



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

JURIDISKA INSTITUTIONEN GÖTEBORG

Konfliktlösningsregeln

Kommuner och landsting

Examensuppsats

Juristprogrammet

30 poäng

Författare: Anna Gottfries

Handledare: Filip Bladini

Innehåll

1. Inledning.....	4
1.1 Problemformulering och syfte.....	5
1.2 Metod	6
1.3 Avgränsning.....	6
1.4 Disposition	7
2. Bakgrund	7
2.1 Kommuner och landsting	7
2.2 Rättsläget <i>före</i> konfliktlösningsregeln	8
2.3 Utredningar	9
3. Den nya konfliktlösningsregeln – en introduktion	11
3.1 Tillämpning av konfliktlösningsregeln	11
3.2 Konfliktlösningsregelns räckvidd i vissa andra avseenden.....	13
4. Kommunernas befogenheter.....	13
4.1 Kommunal självstyrelse.....	13
4.2 Den kommunala kompetensen – vad får kommun och landsting ägna sig åt?.....	14
4.2.1 Allmän kompetens.....	15
4.2.2 Anknytningskompetens	18
4.2.3 Specialreglerad kompetens	19
4.2.4 Principerna.....	20
5. Konkurrensproblem	27
5.1 Sammanblandning av roller	28
5.1.1 Myndighetsutövning som konkurrensfördel.....	28
5.1.2 Förtroendeförluster	29
5.2 Offentliga subventioner.....	30
5.3 Vidareutnyttjande av information och kompetens från myndighetsutövningen	30
5.4 Överskotts försäljning.....	31

6. Konfliktlösningsregeln i dess beståndsdelar – rekvisit och problematik	32
6.1 Kommunala företag	32
6.1.1 Vad utgör ett företag enligt definitionen i konkurrenslagen 1 kap. 5 § ²	32
6.1.2 Konfliktlösningsregelns tillämplighet vid förfaranden eller verksamheter i en annan juridisk person.....	32
6.1.3 Reglerna för kommunala bolag.....	33
6.2 Säljverksamhet	34
6.3 Förfarande	34
6.4 Effektiv konkurrens eller för effektiv konkurrent.....	34
6.4.1 Snedvrída eller hämma konkurrensen.....	34
6.4.2 Relevant marknad	36
6.4.3 Kommun och landsting som konkurrent.....	36
7. Undantag för vad som är försvarbart från allmän synpunkt eller förenligt med lag.....	38
7.1 Förenligt med lag.....	39
7.2 Försvarbart från allmän synpunkt.....	39
8. Laglighetsprövning.....	41
9. Konkurrensverkets roll.....	42
10. Avslutande diskussion	43
11. Källförteckning.....	47
Bilaga 1.....	51

1. Inledning

Var och en av Sveriges befolkning är medlem i en av Sveriges 290 kommuner¹ och 18 landsting². Kommuner och landsting spelar också en stor och viktig roll i det stora antalet liv; vi lever inte bara inom kommunernas geografiska område, vi kommer även dagligen i kontakt med den kommunala organisationen.³ Den svenska vardagen kan med andra ord sägas vara ”ganska kommunal”.⁴ De flesta av oss föds på ett landstingsdrivet sjukhus, lär oss läsa i en kommunal grundskola och vidareutbildas på en kommunal gymnasieskola. Många är vi också som litar på den offentliga sjukvården när vi blir sjuka och räknar med omvårdnad från det offentliga när vi blir gamla.⁵

Kommunerna har dessutom en viktig roll för näringslivets infrastruktur, kommunerna ansvarar för vatten, avlopp, gator och en stor del av vägnätet och energiförsörjning.⁶ Samtidigt som kommunerna således är viktiga för näringslivet är konkurrens från kommuner och landsting föremål för ett av de vanligaste klagomålen till Konkurrensverket⁷ och det privata näringslivet har varit mycket kritiskt mot att privata företag utkonkurreras av offentliga aktörer.⁸ Kommuner och landsting säljer nämligen, i allt högre utsträckning, varor och tjänster på den marknad som tidigare var förbehållen vad man brukar beteckna det egentliga näringslivet.⁹ Klagomålen rör den konkurrens som privata företagare från offentliga aktörer som agerar på den konkurrensutsatta marknaden. Ett sådant klagomål är att offentliga aktörer använder sig av underprissättning genom att subventionera verksamheten med skattemedel. En kartläggning visar att underprissättning från offentliga aktörer är det mest allvarliga och troligtvis det vanligaste konkurrensproblemet mellan privata och offentliga aktörer.¹⁰

Problemet med konkurrens från offentliga aktörer har länge uppmärksamrats och efter närmare 15 års utredningar trädde den så kallade *konfliktlösningsregeln* i kraft den 1 januari 2010. Enligt regeln kan Stockholms tingsrätt, på begäran av i första hand konkurrensverket, förbjuda ett visst förfarande inom en verksamhet som drivs av en kommun, ett landsting eller av staten. Drivs

¹ Se SKL:s, hemsida: http://www.skl.se/web/kommuner_och_landsting.aspx

² Se SKL:s, hemsida: http://www.skl.se/web/kommuner_och_landsting.aspx

³ Se Indén 2008, s. 17 samt Wetterberg 2000, s. 11

⁴ Wetterberg 2000, s. 11

⁵ SKL:s hemsida <http://skl.se/web/Om_kommuner.aspx>

⁶ Wetterberg 2000, s. 12

⁷ Konkurrensverket ”Vanliga klagomål” < <http://www.kkv.se/t/Page.aspx?id=612> > 2010-12-13

⁸ Se t.ex. Svenskt näringslivs hemsida: <http://www.svensktnaringsliv.se/fragor/osund_konkurrens/kommuner-ska-inte-konkurrera-med-foretag_11062.html>

⁹ Indén 2008, s. 17

¹⁰ SOU 1995:105

verksamheten av kommun eller landsting kan en verksamhet förbjudas i sin helhet. Förutsättningarna är att förfarandet snedvrider eller har till syfte att snedvrida konkurrensen på marknaden. Ett år efter att lagrummet infördes har fortfarande ingen praxis bildats på området och hur rättsområdet ska utveckla sig återstår fortfarande att se. Enligt konkurrensverket har dock flera kommuner på egen hand börjat sanera sin verksamhet.¹¹

Att komma till rätta med problemet att kommuner och landsting konkurrerar med privata aktörer är av stor principiell betydelse eftersom det rör frågan om vilken roll kommuner och landsting ska spela. Ska kommuner och landsting överhuvudtaget ägna sig åt sådan verksamhet? Vem vinner egentligen på att kommuner och landsting erbjuder varor och tjänster och vem förlorar om sådan verksamhet förbjuds?

1.1 Problemformulering och syfte

Problematiken kring konkurrens från det offentliga har länge uppmärksammats och näringslivet har sagt sig uppleva konkurrens från det offentliga som inte sker på lika villkor.¹² Kommuner och landsting kan inte försättas i konkurs eftersom de i princip har en outtömlig källa till intäkter genom skatter. Detta innebär att kommuner och landsting bedriver verksamhet utan några påtagliga risker för verksamhetens existens. Privata aktörer på marknaden hamnar i en svår situation eftersom de verkar under helt andra förutsättningar.¹³ Den nya konflikthanteringsregeln är tänkt att hantera just sådana situationer.

Som nämnt i inledningen är ett av de vanligaste klagomålen att kommuner och landsting ägnar sig åt underprissättning i verksamhet som är konkurrensutsatt. Kommuner och landstings prissättning grundar sig i underskottsprincipen och självkostnadsprincipen och förbud kan därför inte meddelas mot underprissättning eftersom undantag görs för vad som är en direkt följd av lag.¹⁴ Det område som undantas, på grund av undantaget för laglighet, sträcker sig dock längre än underprissättningen; konfliktlösningsregeln är inte tänkt att flytta gränserna för det kommunala självstyret. För att visa på de situationer där konfliktlösningsregeln inte är tillämplig kommer därför en stor del av uppsatsen att ägnas åt den kommunala kompetensen.

¹¹ Se exempelvis Johan Hedelin <<http://www.kkv.se/t/Page.aspx?id=6492>> 2010-12-21

¹² Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 *Myndigheter och marknader – en tydligare gräns mellan offentligt och privat*, s 49 ff

¹³ Indén 2008, s. 41, prop 2008/09:231 s 35, jfr även SOU 2008:118 s 115 f

¹⁴ Se nedan om undantag för vad som är försvarbart från allmän synpunkt.

Min föresats med denna uppsats är att reda ut hur den nya regeln är tänkt att fungera och hur den ska relateras till kommunernas kompetens att driva verksamheter. Min ambition är att ge en sammanhållen bild av rättsläget och de frågeställningar som aktualiseras i anslutning till området.

Utgångspunkter för uppsatsen har varit följande frågeställningar;

Vilken problematik utgör konkurrens från kommuner och landsting och vad innebär den nya konfliktlösningsregeln?

Vad är kommuner och landsting kompetenta att ägna sig åt? Hur ser förhållandet mellan den kommunala kompetensen och konfliktlösningsregeln ut?

Kan konfliktlösningsregeln tänkas lösa problemet med konkurrens från kommuner och landsting?

1.2 Metod

Uppsatsen är till största delen deskriptiv, jag har utgått ifrån frågeställningen om hur rättsläget ser ut och använt mig av rättsdogmatisk metod. Eftersom konfliktlösningsregeln fortfarande är tämligen ung med juridiska mått mätt har jag inte kunnat finna någon större vägledning i juridisk doktrin i form av litteratur. Inte heller har någon vägledande praxis på området bildats varför någon sådan genomgång inte har kunnat göras. En viktig utgångspunkt har varit de utredningar och förarbeten som föregick konfliktlösningsregeln. Frågan om konkurrens från offentliga aktörer har diskuterats och utretts under närmare 15 års tid och materialet är därför omfattande. Jag har gått igenom stora delar av detta material, tyngdpunkten har dock lagts på de utredningar och förarbeten som jag ansett vara av störst relevans. För att få in ett praktiskt perspektiv har jag även gått igenom debattartiklar som har skrivits om konfliktlösningsregeln samt varit i kontakt med Björn Hellman på konkurrensverket som jobbar med tillämpningen av konfliktlösningsregeln.

Vad gäller den kommunala kompetensen har mer traditionella källor funnits att tillgå. Jag har för redogörelsen rörande den kommunala kompetensen använt mig av såväl praxis, förarbeten och doktrin.

1.3 Avgränsning

Eftersom utrymmet för uppsatsen är begränsat måste vissa avgränsningar göras. Utgångspunkten för uppsatsen är den nya konfliktlösningsregeln i Konkurrenslagen 3 kap. 27 §. För att begränsa uppsatsens omfattning behandlas dock endast verksamhet där kommuner och landsting

konkurrerar med privata aktörer på den öppna marknaden. Således berörs inte de speciella förutsättningar som gäller när *statlig* verksamhet konkurrerar på den öppna marknaden.

Uppsatsen är begränsad till att i första hand beskriva konfliktlösningsregeln och den problematik som gett upphov till bestämmelsen samt de frågeställningar som kan uppstå vid tillämpningen. Uppsatsen behandlar inte de regler i konkurrenslagen som inte berör problematiken kring konkurrens från offentliga aktörer. Förbudet mot missbruk av dominerande ställning berörs endast översiktligt för att ge en bakgrund till konfliktlösningsregeln. Lagar som snedvrider konkurrensen mellan offentliga och privata aktörer behandlas inte i uppsatsen. Inte heller kommer jag beröra de fall när den offentliga aktören gynnar den egna verksamheten vid offentlig upphandling. En angränsande problematik som inte heller behandlas i uppsatsen är regler om statsstöd.

1.4 Disposition

Inledningsvis ges en bakgrund till ämnet frågeställningen, där behandlas den rättsliga ställningen för kommuner och landsting och vad som ligger till grund för ett medlemskap. Vidare behandlas kort rättsläget innan konfliktlösningsregeln trädde i kraft och de utredningar som föregått regeln. För att snabbt sätta in läsaren i uppsatsens ämne – konfliktlösningsregeln – ges en introduktion. Därefter behandlas den kommunala kompetensen, det vill säga vad kommuner och landsting har rätt att ägna sig åt enligt kommunalrättsliga bestämmelser. Därpå följande kapitel behandlar de konkurrensproblem som uppkommer när offentliga aktörer konkurrerar på den öppna marknaden. Sedan fördjupar sig uppsatsen i de olika rekvisit som finns i konfliktlösningsregeln och tillhörande frågeställningar och eventuella problem, en stor del ägnas åt det undantag som finns för vad som är försvarbart från allmän synpunkt eller vad som är lagligt. Därefter behandlas konkurrensverkets roll och ett mer praktiskt perspektiv ges. Avslutningsvis ges en sammanfattande diskussion.

2. Bakgrund

2.1 Kommuner och landsting

Hela Sverige är indelat i kommuner. Enligt RF 1 kap. 7 § delas dessa in i primärkommuner och landstingskommuner. I kommunallagen används en annan terminologi, där talas det istället, i 1 kap. 1 §, om *kommuner* och *landsting*. De termer som återfinns i RF används normalt inte idag; begreppet primärkommuner saknar i princip motsvarighet i annan lagstiftning och termen

landstingskommun fick aldrig något större genombrott i det allmänna språkbruket. Således är det Kommunallagens termer som normalt används. Framöver kommer även jag använda mig av begreppen kommuner och landsting. Landstingens indelning följer länens geografiska gränser, i kommunallagen 1 kap. 2 § anges att varje landsting omfattar ett län om inte något annat är särskilt föreskrivet. Landstingens huvudsakliga ansvarsområde är hälso- och sjukvård och tandvård men det har även andra uppgifter. Kommuners och landstings verksamhetsområde och kompetens behandlas mer ingående nedan. Kommunallagen reglerar grunderna för såväl kommuners som landstings verksamhet och organisation.

En kommun är en *juridisk person* som utgörs av en sammanslutning av kommunmedlemmar och omfattar ett geografiskt område inom vilket den kan agera.¹⁵ En kommun kan således bland annat ingå avtal, ha fordringar och skulder, anställa personal och uppta lån. Skillnaderna mellan kommunen och en privaträttslig juridisk person är dock många och lämpligen bör den betecknas *offentligrättslig juridisk person*.¹⁶ En sådan skillnad är att kommuner inte är frivilliga sammanslutningar mellan enskilda; kommunernas existens är lagfäst genom RF 1:7 och kommunallagen 1:1. Kommuner uppkommer eller upplöses genom beslut av regeringen eller, i vissa fall, en annan myndighet, närmare bestämt Kammarkollegiet eller Länsstyrelsen vilket regleras i *Lagen (1979:411) om Sveriges indelning i kommuner och landsting*.¹⁷ Inte heller medlemskapet i en kommun är frivilligt, det infaller, enligt kommunallagen 1 kap. 4 §, ipso jure; det vill säga utan att någon behöver yrka eller besluta om det. Medlemskapet uppstår så snart någon antingen blir folkbokförd, äger en fastighet eller är taxerad till kommunalskatt i en kommun.¹⁸ Detta innebär att juridiska personer endast kan bli kommunmedlemmar om de äger en fastighet på kommunens område¹⁹ eftersom juridiska personer inte kan folkbokföras²⁰ eller bli taxerade för kommunalskatt²¹. Ytterligare en stor skillnad mot privaträttsliga juridiska personer är att kommuner, enligt RF 1 kap. 7 §, har rätt att ta ut skatt för den service den utför.²²

2.2 Rättsläget före konfliktlösningsregeln

Innan det att konfliktlösningsregeln trädde i kraft fanns det inte tillräckliga regler för att komma till rätta med problemen. Visserligen fanns det ett stort antal lagar som bidrog till mer

¹⁵ Lindquist 2005, s. 49

¹⁶ Lindquist 2005, s. 51

¹⁷ Lagen (1979:411) om ändringar i Sveriges indelning i kommuner och landsting, 1 kap 1-3 §§.

¹⁸ Bohlin 2007, s. 19

¹⁹ Lindquist 2005, s. 29

²⁰ Folkbokföringslagen (1991:481) 1 kap 1 §

²¹ Inkomstskattelag (1999:1229) 1 kap 3 § 2 st

²² Lindquist 2005, s. 15 f

konkurrensneutrala förutsättningar mellan offentliga och privata aktörer på marknaden men det fanns inte någon bestämmelse som reglerade hur konkurrensförhållandet mellan offentliga och privata aktörer skulle hanteras.²³ Kommunallagen har bestämmelser som reglerar vad kommuner och landsting får ägna sig åt, den så kallade *kommunala kompetensen*.²⁴ Det var dock inte, innan konfliktlösningsregelns tillkomst, tillräckligt att kommunerna höll sig inom den kommunala kompetensen; precis som alla andra som driver affärsverksamhet var kommunerna tvungna följa reglerna i konkurrenslagen.²⁵ I konkurrenslagen 2 kap. 7 § återfinns förbudet mot missbruk av dominerande ställning vilket är det förbud som ligger närmast till hands. Den offentliga aktören måste för att förbudet ska aktualiseras ha en dominerande ställning på den relevanta marknaden i det enskilda fallet. I flertalet fall torde den offentliga aktören inte ha en sådan dominerande roll som avses. I de fall en dominerande ställning anses föreligga kan regeln naturligtvis tillämpas.²⁶ Konkurrenslagen var inte, enligt Indén, anpassad för att tillämpas på situationer där offentliga aktörer konkurrerar med privata aktörer.²⁷

2.3 Utredningar

Frågan har uppmärksammats och varit föremål för ett stort antal utredningar genom åren. För att försöka ge läsaren ett sammanhang ska jag kort gå igenom denna följetong av utredningar.

År 1994 tillsatte regeringen en särskild utredare som fick i uppgift att kartlägga underprissättning vid offentlig näringsverksamhet och skattesubventionerad verksamhet och, om det ansågs behövt, föreslå åtgärder som kunde vidtas för att komma till rätta de konkurrensproblem som kunde tänkas bli följden.²⁸ Utredningen, som kallas *Underprissättningsutredningen*, presenterade år 1995 genom betänkandet *Konkurrens i balans – åtgärder för ökad konkurrensneutralitet vid offentlig prissättning m.m.* (SOU 1995:105).

Regeringen inrättade år 1997 Rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor, även kallat Konkurrensrådet, som ett led i den fortsatta beredningen av Underprissättningsutredningens förslag. Rådet skulle framför allt fungera som ett forum för diskussioner mellan företrädare för offentlig och privat sektor. Dessutom skulle det ta fram konkreta fall och försöka undvika eller undanröja snedvridningar av konkurrensen genom

²³ SOU 2000:117 s 37

²⁴ Se mer om den kommunala kompetensen nedan

²⁵ Indén 2008, s. 111 samt 115 f

²⁶ Holland 2009, s. 69. Se även Indén 2009 b, s. 291

²⁷ Indén 2009 b, s. 291

²⁸ Dir. 1994:72

kontakter med parterna själva.²⁹ År 2000 redovisade Konkurrensrådet sitt uppdrag genom betänkandet *Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor* (SOU 2000:117). Rådet föreslog att man skulle införa en bestämmelse i dåvarande konkurrenslagen (1993:30) som skulle rikta in sig på att korrigera konkurrensnedvridande förfaranden från offentliga aktörer.³⁰ Konkurrensrådets uppdrag förlängdes successivt och avvecklades först den 31 december 2003. Näringsdepartementet arbetade parallellt med Konkurrensrådet fram ett sådant lagförslag som rådet föreslagit och 2001 presenterades promemorian *Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor* (Ds 2001:17). Där lades ett förslag till att en konfliktlösningsregel skulle införas i dåvarande konkurrenslagen.

Konkurrensverket fick efter Konkurrensrådets upphörande i sitt regleringsbrev för år 2004 i uppdrag att i avvaktan på eventuella nya lagregler särskilt följa utvecklingen rörande konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor. Genom ett regeringsbeslut fick konkurrensverket senare i uppdrag att se över vad som ytterligare skulle behövas för att förbättra konkurrensen mellan offentliga och privata aktörer.³¹ I oktober samma år redovisade konkurrensverket sitt uppdrag genom rapporten *Myndigheter och marknader – tydligare gräns mellan offentligt och privat* (Konkurrensverkets rapportserie 2004:4).

Frågan om konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor hade nu behandlats vid flera tillfällen i riksdagen, dock utan att leda till någon lagstiftning. Näringsutskottet uttalade våren 2005 att regeringen borde lägga ett förslag om hur man skulle komma till rätta med problemet.³² Riksdagen beslutade i enlighet med förslaget.³³

I den ekonomiska vårpropositionen för år 2006³⁴ sade dåvarande regeringen att frågan om konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor skulle behandlas i ett sammanhang för att säkerställa att beredningsunderlaget var aktuellt och relevant.³⁵

Näringsdepartementet utarbetade promemorian *Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden* vilken remissbehandlades under 2008. I promemorian finns bland annat förslaget till den nuvarande konfliktlösningsregeln.

²⁹ Kommittédirektiv dir. 1997:145, *Ett råd för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor*

³⁰ SOU 2000:117 s 205 f

³¹ Se regeringsbeslut 2004-02-05 N2004/732/NL

³² Bet 2004/05:NU16

³³ rskr. 2004/05:297

³⁴ Prop. 2005/06:100, *2006 års ekonomiska vårproposition*

³⁵ Prop. 2005/06:100, *2006 års ekonomiska vårproposition* s 22

Den 1 januari, i år, 2010 trädde så slutgiltigt Konfliktlösningsregeln i Konkurrenslagen (2008:579) 3 kap. 27 § i kraft³⁶ såsom föreslås i propositionen 2008/09:231 *Konfliktlösningsregler vid offentlig säljverksamhet på marknaden m.m.*

3. Den nya konfliktlösningsregeln – en introduktion

3.1 Tillämpning av konfliktlösningsregeln

Innebörden av konfliktlösningsregeln är att Stockholms tingsrätt i vissa fall kan meddela förbud mot offentlig säljverksamhet, eller ett särskilt förfarande, om verksamheten eller förfarandet är konkurrensbegränsande. Förbud mot ett förfarande kan meddelas enligt 3 kap. 27 § 2 st. exempelvis om ett kommunalt bolag tillämpar vissa försäljningsvillkor som är konkurrensbegränsande. Förbud att bedriva en viss verksamhet enligt konkurrenslagen 3 kap. 27 § 3 st., kan meddelas om blotta närvaron av en offentlig aktör på marknaden kan anses begränsa den fria konkurrensen. Förbud att bedriva en viss verksamhet får endast meddelas gentemot en kommunal eller landstingsdriven verksamhet, inte en statlig. Motiveringen i förarbetena till att ett förbud mot att driva en viss verksamhet skulle kunna meddelas är att redan själva närvaron av den offentliga aktören kan få en sådan negativ effekt att ett förbud är befogat. Av konkurrenslagen 3 kap. 27 § 4 st., framgår att förbudet gäller omedelbart om inte något annat bestäms.³⁷ För att konfliktlösningsregeln ska tillämpas krävs inte uppsåt eller oaktsamhet. Sanktioner kan först utlösas när en kommun eller ett landsting *bryter mot ett förbud som har meddelats* enligt konfliktlösningsregeln, och således inte direkt av den allmänt utformade regeln i sig.³⁸ Dock ska man se till *proportionaliteten*, ett förbud får inte vara mer ingripande än vad som krävs för att uppnå syftet med regeln.³⁹ Primär talerätt har konkurrensverket enligt konkurrenslagen 3 kap. 32 § 1 st. För det fall att konkurrensverket beslutar att inte väcka talan om förbud enligt konfliktlösningsregeln får istället det företag som berörs av förfarandet eller verksamheten väcka talan enligt konkurrenslagen 3 kap. 32 § 2 st.

Begreppet konkurrensbegränsning används inte i konfliktlösningsregeln, istället talar man om att förfarandet eller verksamheten *snedvrider*, eller är *ägnat att snedvrída*, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden eller *hämmar*, eller är *ägnat att hämma* förekomsten eller

³⁶ Se SFS 2009:1280, lag om ändring i konkurrenslagen (2008:579)

³⁷ Prop. 2008/09:231 s 59

³⁸ Prop. 2008/09:231 s 41

³⁹ Prop. 2008/09:231 s 41

utvecklingen av en sådan konkurrens. I den fortsatta framställningen kommer jag med avseende på dessa båda begrepp använda konkurrensbegränsning.

Konfliktlösningsregeln gör undantag för konkurrensbegränsande förfaranden om de är försvarbara från *allmän synpunkt*. Vid bedömningen av om ett förfarande är försvarbart från allmän synpunkt ska utgångspunkten i första hand tas i vad som är förbjudet enligt lag. En verksamhet som är förbjuden enligt lag anses inte vara försvarbar från allmän synpunkt. En grund för att en verksamhet kan anses vara försvarbar från allmän synpunkt är om den uppfyller ett allmänt intresse som väger tyngre än konkurrensintresset. I det fallet är det således en avvägning som måste göras i det enskilda fallet. I de fall frågan rör ett förbud, för en kommun eller ett landsting, att bedriva viss verksamhet överhuvudtaget görs undantag för vad som är *förenligt med lag*.

Flera av remissinstanserna efterfrågade typiska situationer som kan angripas med hjälp av konfliktlösningsregeln.⁴⁰ Konkurrensrådet har i sitt betänkande sammanställt en del exempel på sådana situationer.⁴¹ De typfall som rådet pekade ut kan kort sammanfattas som fall med en blandning av monopolskyddad och konkurrensutsatt verksamhet, utnyttjande av myndighetsutövning på konkurrensutsatta marknader, ensam tillgång till en strategisk nytthet (facilitet), t.ex. viss tung infrastruktur, försäljning av överskottskapacitet, stöd till den egna säljverksamheten, offentlig produktion när privata företag saknas, sysselsättning av arbetshandikappade, sysselsättning av arbetslösa och ungdomar, gynnande av egen verksamhet vid offentlig upphandling, samt kommunal försäljning över kommungränsen.⁴² Av propositionen framgår att dessa exempel utgör en god illustration av problematiken men att de inte kan tjäna som exempel i det enskilda fallet. Av typfallen kan dock vissa vidare slutsatser dras; i propositionen sägs att underprissättning,⁴³ diskriminering, vägran att ge tillträde till viss infrastruktur eller som är selektiva bör utgöra sådana konkurrensbegränsningar som avses i konfliktlösningsregeln. Avseende verksamheter anges att en blandning av myndighetsutövning och affärsverksamhet kan hämma förutsättningarna för en effektiv konkurrens. I vissa fall antas även den offentliga aktörens blotta närvaro kunna ha en sådan inverkan. Det poängteras dock att även de här nämnda situationerna endast utgör exempel. En bedömning måste göras i det enskilda fallet eftersom andra situationer kan uppstå och eftersom förutsättningarna skiljer sig åt

⁴⁰ Prop. 2008/09:231 s 36

⁴¹ Se SOU 2000:117 s 83 ff

⁴² Prop. 2008/09:231 s 24 f, Se även nedan för närmre beskrivning av konkurrensproblematiken.

⁴³ Se nedan om problematiken kring underprissättning.

mellan olika kommuner och landsting. Istället för att försöka ge en uttömmande beskrivning har man uppmuntras en dynamisk rättstillämpning.⁴⁴ En möjlig konsekvens härav är att det kan bli svårt att dra slutsatser från praxis eftersom förhållandena i det enskilda fallet ska tillmätas en stor betydelse.⁴⁵

Jag har i det följande anledning att återkomma till ovan nämnda rekvisit och ska då närmre beskriva deras innebörd.

3.2 Konfliktlösningsregelns räckvidd i vissa andra avseenden

Enligt konkurrenslagen 3 kap. 29 § får ett förbud enligt konfliktlösningsregeln även omfatta en verksamhet som väsentligen överensstämmer med det förfarande eller den verksamhet som förbjuds. Detta för att regeln ska kunna tillämpas på ett effektivt sätt där det inte finns någon möjlighet att komma runt ett förbud genom att göra mindre justeringar i den verksamhet eller det förfarande som har ansetts vara konkurrenssnedvridande.⁴⁶

Enligt konkurrenslagen 3 kap. 30 § får ett interimistiskt beslut meddelas, ett sådant förbud får dock endast meddelas efter det att rättegången inletts och om det finns särskilda skäl därför.

Enligt konkurrenslagen 6 kap. 1 § 2 p. får förbud enligt konfliktlösningsregeln förenas med vite. Kommuner och landsting kunde innan konfliktlösningsregeln tilldömas vitessanktioner enligt reglerna om konkurrensbegränsande samarbete mellan företag och missbruk av dominerande ställning. Några principiella skäl mot att rikta vitessanktioner mot kommun och landsting har inte ansetts föreligga.⁴⁷ Kriterierna för när vite ska utgå är dock oklara.

4. Kommunernas befogenheter

4.1 Kommunal självstyrelse

Sveriges kommuner är enligt RF 1 kap. 1 § och kommunallagen 1 kap. 1 § tillförsäkrade kommunal självstyrelse. Detta är en grundläggande princip vilket bland annat visar sig genom att den således fastslås i regeringsformen och kommunallagen.⁴⁸ Det svenska systemet ter sig ovanligt vid en internationell jämförelse. Sverige är en enhetsstat men det svenska lokala självstyret är

⁴⁴ Prop. 2008/09:231 s 36

⁴⁵ Jrf. Legnerfält och Andersson, SvJT 2010 s. 391, s. 5

⁴⁶ Prop. 2008/09:231 s 41

⁴⁷ Prop. 2008/09:231 s 51 jfr. prop.2002/03:50 s 167

⁴⁸ Bohlin 2007, s. 21

starkare än i de flesta andra europeiska länderna.⁴⁹ Trots att principen framkommer i två bestämmelser har den inte närmare preciserats. Ser man till bestämmelsen i kommunallagen framgår att det rör sig om en princip som anger relationen mellan stat och kommun och som är avsedd att ge kommunerna självständig, och ibland fri, bestämmanderätt. Dock är det staten som bär det yttersta ansvaret för samhället och kommunens självbestämmande har, och måste ha, vissa gränser. Det är riksdagen som genom lagstiftning bestämmer omfattningen av kommunernas självstyrelse. Att beslut om kommunernas befogenheter och åligganden ska fattas enligt den ordningen är fastslaget i RF 8 kap. 5 §.⁵⁰

Eftersom undantagen om vad som är försvarbart från allmän synpunkt och vad som är lagligt finns påverkar inte konfliktlösningsregeln det kommunala självstyret.⁵¹

4.2 Den kommunala kompetensen – vad får kommun och landsting ägna sig åt?

Som framgår är det av stor betydelse att utröna var gränserna för den kommunala kompetensen går. Det vill säga vilken typ av verksamhet kommuner och landsting får ägna sig åt, det är också av stor vikt att förstå under vilka förutsättningar denna verksamhet får ske eftersom det är avgörande för bedömningen av konfliktlösningsregeln. Som jag redan berört ovan kan ett förbud mot en viss verksamhet inte meddelas om verksamheten är kompetenslig. Även bedömningen rörande undantag för ett visst förfarande enligt försvarbarhetsrekvisitet tar sin utgångspunkt i den kommunala kompetensen i enlighet med ovan gjorda redogörelse. Jag ska därför i det följande försöka förklara vad som gäller beträffande den kommunala kompetensen, vilka principer som ska tillämpas för att avgöra om en kommun har rätt att befatta sig med en viss uppgift och vilka principer som reglerar kommunernas förfaranden inom verksamheten.

Den kommunala kompetensen avser alltså frågan om kommunernas befogenhet att befatta sig med olika angelägenheter eller, med andra ord, vad kommuner ska och får göra. Kompetensen kan delas in i den allmänna kompetensen, det vill säga den kompetens som ges i Kommunallagen och den specialreglerade kompetensen det vill säga den kompetens som ges i speciallagar.⁵²

I kommunallagens begynnelse angavs tidigare att stads- och landskommuns kompetens omfattade kommunmedlemmarnas ”gemensamma ordnings- och hushållsangelägenheter”. Hur

⁴⁹ Wetterberg 2000, s 48

⁵⁰ Bohlin 200, s. 22 f.

⁵¹ Prop. 2008/09:231 s 55

⁵² Bohlin 2007, s. 83 f

kompetensregeln skulle tolkas var inte helt klar men i ordet ”gemensamma” ansågs ligga ett krav om att åtgärden skulle komma ett större antal kommuninvånare eller en större del av kommunens område till nytta. År 1948 ersattes begreppet ”gemensamma ordnings- och hushållsangelägenheter” med begreppet ”kommunen äger själv vårda sina angelägenheter”. Därmed försvann gemensamhetsintresset och i dess ställe instiftades *allmänintresset*. Den centrala skillnaden mellan gemensamhetsintresset och allmänintresset är att det i det senare inte finns något krav om att en av kommunen beslutad åtgärd måste komma ett visst antal kommuninvånare till nytta. Kommunen ska ha kompetens att ägna sig åt en viss verksamhet om det med hänsyn till verksamhetens art är av allmänt intresse att kommunen ägnar sig åt den. Det är då inte av betydelse om resultatet endast berör ett fåtal. Ett sådant exempel är att kommunen kan anslå medel för väghållning inom ett visst område av kommunen även om det bara är de i området bosatta som nyttjar vägen.⁵³

4.2.1 Allmän kompetens

Lagstiftaren har valt att endast ge ramarna för den kommunala kompetensen eftersom det inte ansetts vara varken möjligt eller önskvärt att i detalj reglera dessa frågor.⁵⁴ En allt för rigid lagstiftning hade gjort det omöjligt att ta hänsyn till kommunernas olika förutsättningar vad gäller storlek, demografisk struktur, geografiskt läge m.m. För att kunna anpassa verksamheten till de speciella förutsättningar som gäller i en viss kommun ska således det tämligen flexibla 2 kap. Kommunallagen tillämpas.⁵⁵ Kommunerna har enligt reglerna i kommunallagen 2 kap. 1 och 7 §§ möjlighet att agera inom ett stort område som hänför sig till näringslivet. För att kommunen ska vara kompetent att vidta en åtgärd ska verksamheten avse att tillgodose ett allmänt kommunalt intresse enligt kommunallagen 2 kap. 1 §. För att kommunen därutöver ska ha kompetens att ägna sig åt *näringsverksamhet* måste dessutom kraven i kommunallagen 2 kap. 7 § vara uppfyllda; verksamheten ska syfta till att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster samtidigt som den inte får ha ett vinstsyfte.⁵⁶ Regeln innebär dock inte något absolut vinstförbud av den innebörden att en kommunal verksamhet aldrig får gå med vinst utan det väsentliga är att vinsten inte är *själva syftet* med verksamheten. Att det verkar onaturligt att en viss verksamhet bedrivs utan vinstsyfte utgör dock ett argument för att det aktuella engagemanget inte är kompetensenligt.⁵⁷

⁵³ Bohlin 2007, s. 85 se även SOU 1947:53 s. 68

⁵⁴ Se prop. 1973:90, s. 190. Jfr prop. 1990/91:117, s. 27

⁵⁵ Prop. 1990/91:117 s. 27

⁵⁶ Indén 2009 a, s. 15

⁵⁷ Lindquist och Losman 2009, s. 29

En kommun som bedriver en verksamhet som går med vinst torde ha en mycket tung bevisbörda för att vinstsyfte inte finns.⁵⁸

Främst hänför sig det kommunala engagemanget inom näringslivet till så kallad *sedvanlig kommunal affärsverksamhet* exempelvis energiförsörjning, bostadsförsörjning och ett kommunalt engagemang på kommunikationsväsendets område.⁵⁹ Inom området för sedvanlig kommunal affärsverksamhet agerar kommunen ofta sida vid sida med det privata näringslivet och ofta på marknadsmässiga villkor genom en specialreglerad kompetens.⁶⁰ Det gemensamma för sådan verksamhet är att det ofta rör sig om tillhandahållandet av kollektiva anläggningar. I de fall det inte rör sig om att endast tillhandahålla en anläggning eller en anordning torde verksamheten i regel utgöras av tillhandahållandet av tjänster, inte varor, samtidigt som anläggningen utgör den primära delen av verksamheten.⁶¹ Många gånger när det rör sig om sedvanlig kommunal verksamhet intar kommunen något av en monopolställning på marknaden. Detta beror främst på att verksamheten ofta kräver tillgång till kommunägd mark.⁶²

Det finns också en stor sektor av näringslivet som traditionellt sett varit förbehållen privata aktörer, denna sektor brukar kallas för det *egentliga näringslivet*. Kommuner och landsting får endast i undantagsfall driva verksamhet eller på annat sätt agera inom detta område.⁶³ Att kommuner och landsting som huvudregel inte ska engagera sig på det egentliga näringslivets område torde främst hänföra sig till konkurrensmässiga hänsyn, lagstiftaren har velat skydda det privata näringslivet från konkurrens från kommuner och landsting.⁶⁴ Det egentliga näringslivet karakteriseras av att det främst ägnar sig åt service och varuproduktion samt tillhörande verksamheter såsom distribution och marknadsföring.⁶⁵ Konkurrensrådet ifrågasatte, i sitt betänkande, om kommuner och landsting ska ha rätt att driva verksamhet på det egentliga näringslivets område överhuvudtaget. Rådet kom dock fram till slutsatsen att det finns tre skäl

⁵⁸ Lindquist och Losman, 2009, s. 28

⁵⁹ Indén 2009 a, s. 15, se även prop 1990/91:117 s 152 för fler exempel såsom bostadsföretag, tvätterier, el, gas och värmeverk, renhållningsverk, fryserier, saluhallar, slakthus, parkeringsanläggningar, buss, spårvägs och sjötrafikföretag, hamnar, flygplatser samt rörelser för att tillhandahålla idrottsarenor och olika fritids och nöjesanläggningar

⁶⁰ Indén 2009 a, s. 15

⁶¹ Prop. 1990/91:117 s. 33 se även Lindquist 2005, s. 257

⁶² Lindquist 2005 s 257 se även SOU 1947:53 s 76

⁶³ Prop. 1990/91:117 s 33

⁶⁴ Indén 2009 a, s. 16

⁶⁵ Indén 2008, s. 46

som under vissa situationer kan motivera sådan verksamhet; avsaknad av privata alternativ, hög grad av samproduktionsfördelar och oavsiktliga överskott.⁶⁶

Frågan om den kommunala kompetensen ska i enlighet med lagmotiven bedömas främst ur synvinkeln om det är *lämpligt*, *ändamålsenligt* och *skäligt* att kommunen befattar sig med angelägenheten.⁶⁷ Vad som anses vara lämpligt, ändamålsenligt och skäligt skiljer sig naturligtvis åt mellan olika delar av landet. Eftersom besluten dock alltid kan komma att prövas av domstol finns en viss garanti att kompetensen bedöms på ett likartat sätt.⁶⁸ Någon tydlig gräns mellan vad kommunerna har kompetens att befatta sig med och vad som är förbehållet det egentliga näringslivet låter sig i övrigt inte göras; grunden i kommunallagen 2 kap. 1 § saknar precision eftersom det inte alltid kan förutses vad som utgör ett allmänt intresse.⁶⁹ Det finns dock vissa hållpunkter att utgå ifrån när man ska försöka avgöra om ett visst engagemang är av allmänt intresse. När en angelägenhet framstår som gemensam för en stor del av en kommuns invånare anses ofta ett kommunalt allmänintresse vara för handen. Trots att gemensamhetsintresset, som ovan nämnt, inte längre är ett krav kan således det faktum att en verksamhet kommer många kommuninvånare till godo ses som en indikation om att den är av allmänt intresse.⁷⁰ Typiska exempel från praxis och förarbeten där det har ansetts föreligga ett allmänt intresse är elförsörjning,⁷¹ uppförande av idrottshall,⁷² och att se till att det finns en konstfrusen isbana⁷³.

I RÅ 1993 ref 25 yttrade regeringsrätten att en åtgärd, för att få kompetens enligt kommunallagen, måste *uppbäras* av ett allmänt intresse och att det inte är tillräckligt att åtgärden *inte står i strid med* ett allmänt intresse. Verksamheten rörde endast en begränsad service; tillhandahållandet av likkistor till självkostnadspris och övriga åtgärder, till följd av dödsfallet, skulle även fortsatt falla på den avlidnes anhöriga. Regeringsrätten angav att verksamheten inte kunde anses uppbäras av ett allmänt intresse, och därmed inte var kompetenslig, eftersom den hade en sådan begränsad omfattning.

Av förarbetena kan vissa ytterligare riktlinjer skönjas; att det rör sig om en kollektiv nytta vars behov bäst tillgodoses i kommunal regi, att investeringskostnaderna är så höga att de inte fullt ut kan bäras av användarna, att det inte föreligger något vinstintresse och att det är mycket få eller

⁶⁶ SOU 2000:117 s 119 ff

⁶⁷ Prop. 1990/91:117 s. 148

⁶⁸ Bohlin 2007, s. 86

⁶⁹ Indén 2009 a, s. 16

⁷⁰ Lindquist 2005, s. 19 se även Indén 2009 a, s. 17

⁷¹ RÅ 1967 I 29, RÅ 1975 Ab 327 och RÅ 1976 Ab 236

⁷² RÅ 1970 C 85

⁷³ RÅ 1970 C70, RÅ 1973 A 165 och RÅ 1974 A 973

inga privata initiativ eller konkurrenser. Verksamheter som inte uppfyller dessa kriterier torde inte heller som utgångspunkt rymmas inom den kommunala allmänna kompetensen.⁷⁴ Vanligtvis sammanfaller kriterierna för vad som är av allmänt intresse med vad som enligt välfärdsekonomisk teori bäst tillgodoses i allmän regi. Enligt välfärdsekonomisk teori finns det heller inte någon anledning för det allmänna att driva verksamhet som inte uppfyller kriterierna.⁷⁵

4.2.2 Anknytningskompetens

Reglerna om kommunernas kompetens utgör dock inte ett absolut hinder för kommunerna att engagera sig på det egentliga näringslivets område. Med stöd av så kallad *anknytningskompetens* kan kommunerna engagera sig i sådan verksamhet som har ett *nära* och *naturligt* samband med kompetensenlig verksamhet. Anledningen till att ett kommunalt engagemang kan accepteras trots att det ligger utanför ramarna för den allmänna, såväl som den speciella, kompetensen är att det ansetts opraktiskt och verklighetsfrånvänt att förbjuda sådan verksamhet. Exempel på verksamhet som därigenom kan accepteras är stuveriverksamhet i en kommunägd hamn, förädling och försäljning från ett kommunägt grustag och försäljning av plantskoleväxter från en kommunägd stadsträdgård.⁷⁶

I RÅ 1953 I 107 slog regeringsrätten fast att kommunen i fråga hade rätt att driva en kiosk i en kommunägd busstation. Rätten redovisade inte sina skäl för domen men enligt Lindquist får man anta att det var kioskens natur av *sekundärt och sedvanligt tillbehör* till den kommunala anläggningen som var avgörande. Av avgörandet bör man kunna dra slutsatsen att kommuner får bedriva kommersiella *smårörelser* som behövs på kommunala anläggningar. Ett krav torde dock vara att de väsentligen är inriktade på att betjäna dem som besöker de kommunala anläggningarna för anläggningens egen skull. Det normala torde dessutom vara att kommunen upplåter lokaler och sedan låter en privat aktör driva rörelsen istället för att kommunen gör det på egen hand.⁷⁷

Ytterligare ett exempel på anknytningskompetens utgör RÅ 1992 ref. 61. Regeringsrätten accepterade, med hänvisning till anknytningskompetensen, att det kommunala brandförsvaret bedrev konsultverksamhet i form av brandteknisk rådgivning både riktat mot andra myndigheter

⁷⁴ SOU 1947:53 s. 76 se även Indén 2008, s. 43

⁷⁵ SOU 2000:117 s 144, se även Indén 2008, s 43

⁷⁶ Prop. 1990/91:117 s. 152

⁷⁷ Lindquist 2005, s. 276 f

och enskilda. Verksamheten ansågs ha ett nära och naturligt samband med den brandskyddsverksamhet myndigheten var skyldig att tillhandahålla på förvaltningsrättslig grund.⁷⁸

Vad som utgör ett *naturligt samband* eller en *naturlig anknytning* kan inte exakt specificeras. Klart är dock att rättsinstanserna har avsett ett i någon mening kvalificerat samband mellan den kompetensenliga verksamheten och den omtvistade i de fall där en precis och konsekvent gränsdragning hade tett sig opraktisk eller verklighetsfrämmande. Regeln kan betraktas som en avrundningsregel som understryker att de kommunalrättsliga principerna om kompetens är målsättningsprinciper och inte precisionsinstrument.⁷⁹ Det är lätt att påvisa samband mellan olika slag av sedvanlig kommunal verksamhet och sådan verksamhet som utgörs av det egentliga näringslivet. För att anknytningskompetensen inte ska sätta reglerna om kommunal kompetens ur spel måste den således användas med viss återhållsamhet.⁸⁰

4.2.3 Specialreglerad kompetens

Som ovan nämnt kan kommunerna även ha specialreglerad kompetens vilket anges i kommunallagen 2 kap. 4 §. Sådan specialreglerad kompetens innebär att kommunerna kan befatta sig med angelägenheter som ligger utanför den allmänna kompetensen vilket också ofta är motivet till dessa speciallagar. När regeringsrätten funnit att ett visst område legat utanför den allmänna kompetensen har en speciallag utvidgat kompetensen för att kommuner ska kunna bedriva sådan verksamhet.⁸¹ Den övervägande delen av den verksamhet som bedrivs av kommuner och landsting är specialreglerad.⁸² Specialregleringarna reglerar inte endast kompetensen som sådan utan speciallagarna kan även innehålla förtydliganden av annat slag. Exempelvis kan de ange att självkostnadsprincipen inte ska tillämpas vid en viss verksamhet.⁸³ Andra speciallagar förtydligar att en offentlig aktör får bedriva en viss verksamhet men att det inte är ett krav.⁸⁴

Ofta rör specialregleringarna konkurrensutsatta verksamhetsområden som tidigare varit offentliga monopol,⁸⁵ till exempel postmarknaden,⁸⁶ telemarknaden⁸⁷ och energisektorn⁸⁸. I lagen (2009:47)

⁷⁸ Lindquist 2005, s. 277 f

⁷⁹ Lindquist 2005, s. 278

⁸⁰ Lindquist 2005, s. 281

⁸¹ Bohlin 2007, s. 84

⁸² Prop. 2008/09:231 s. 21

⁸³ Prop. 2008/09:231 s. 21

⁸⁴ Prop. 2008/09:231 s. 22

⁸⁵ Prop. 2008/09:231 s. 22

⁸⁶ Se Postlagen (1993:1684)

⁸⁷ Se Lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation.

⁸⁸ Se Ellagen (1997:857)

om vissa kommunala befogenheter har ett antal så kallade smålagar sammanförts. Lagen ger, enligt 1 kap. 1 §, kommuner och landsting vissa utökade befogenheter i förhållande till kommunallagen och gör undantag för vissa verksamhetsområden. Till de undantagna områdena hör sjuktransporter, kollektivtrafik och turism. I 1 kap. 2 § görs ett undantag från kravet på anknytning till kommunens område eller medlemmar, det vill säga lokaliseringsprincipen. Vidare anges i lagen ett undantag från bestämmelserna i kommunallagen 2 kap. 7 §, om förbudet att driva en verksamhet med vinstsyfte, och den så kallade självkostnadsprincipen i kommunallagen 8 kap. 3 c §. I lagen om vissa kommunala befogenheter 1 kap. 3 § anges att verksamheten i vissa fall ska drivas på affärsmässiga grunder.

I motiven till konfliktlösningsregeln anges att förbud enligt regeln inte bör komma i fråga för;

*”förfaranden eller verksamheter som är en direkt och avsedd effekt av en specialreglering eller ofrånkomlig följd av en sådan reglering”.*⁸⁹

Redan i förarbetena till konkurrenslagen angavs denna ordning där det sades att när riksdagen beslutat om offentliga regleringar genom lag kan situationen uppkomma att konkurrenslagen inte ska tillämpas. Företag kan vara rättsligt förpliktigade att handla på ett visst sätt, exempelvis ett konkurrensbegränsande avtal kan sålunda vara uttryck för något annat än den fria partsviljan.⁹⁰ I vissa fall kan speciallagar ha till syfte att värna om särskilda intressen som ställs mot konkurrensintresset. Den fria konkurrensen får i dessa fall stå tillbaka i viss utsträckning och därmed även konfliktlösningsregeln.⁹¹

4.2.4 Principerna

I kommunallagarna från år 1953 och 1977 sades som nämnt att *kommunerna själva fick vårda sina angelägenheter*. Den allmänna kompetensen var därmed utformad som en generalklausul och rättsbildningen kring den kommunala kompetensen ankom på regeringsrätten. I sin praxis tog regeringsrätten fram ett antal, för den kommunala verksamheten, grundläggande principer som sedermera till stor del har kodifierats⁹² och givits en större tyngd. Avsikten med kodifieringen var inte att ändra rättstillämpningen och regeringsrättens praxis är därför fortfarande den främsta källan för att förstå den närmare betydelsen av principerna.⁹³

⁸⁹ Prop. 2008/09:231 s. 34

⁹⁰ Prop. 1992/93:56 s. 70

⁹¹ Prop. 2008/09:231 s. 37 f

⁹² Se Kommunallagen 2 kap 1-3, 7-8 §§ och 8 kap. 3 c §

⁹³ Bohlin 2007, s. 83 f

Det är viktigt att poängtera att de principer som framkommit genom regeringsrättens praxis och senare kodifierats i kommunallagen är avsedda att gälla under olika förhållanden. Således medger de en viss flexibilitet. Det är inte fråga om någon juridisk exakthet utan principerna har istället målsättningskaraktär. I processer där principerna tillämpats har det vanligtvis krävts ett *betydande* åsidosättande av principerna för att ett kommunbeslut ska upphävas.⁹⁴

De kompetensbegränsande principerna sätter den yttre ramen för kommunernas handlingsfrihet. De principer kommunerna har att beakta enligt kommunallagen, och som närmre beskrivs nedan, är; *lokaliseringsprincipen*, principen att de inte får ta sig an *uppgifter som ankommer på någon annan* och de får enligt huvudregeln *inte understödja varken enskilda personer eller enskilda företag*. Om en viss verksamhet håller sig inom ramen, och kommunen därmed får ägna sig åt densamma, finns det ytterligare principer som kommunen måste förhålla sig till; *självkostnadsprincipen*, *likställighetsprincipen* och *principen om förbud mot retroaktiva beslut*.⁹⁵ Icke kodifierade men fastslagna i praxis är dessutom *proportionalitetsprincipen* och *underskottsprincipen*.⁹⁶ De principer som särskilt inverkar på konfliktlösningsregeln är självkostnadsprincipen och underskottsprincipen vilka därför ska beröras särskilt.

4.2.4.1 Kompetensbegränsande principer

Lokaliseringsprincipen kommer till uttryck i kommunallagen 2 kap. 1 § där det anges att kommuner och landsting själva får ha hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har *anknytning till kommunens eller landstingets område eller dess medlemmar*. Kravet om att intresset ska vara knutet till kommunen innebär inte att det är nödvändigt, eller ens tillräckligt att den verksamhet man vill främja bedrivs inom kommunens gränser. Lokaliseringsprincipen hindrar således inte att kommunen ger bidrag till en verksamhet med regional eller riksomfattande verksamhet så länge bidraget står i proportion till kommunmedlemmarnas intresse. Förutsatt att kravet på anknytning är uppfyllt kan det kommunala engagemanget till och med sträcka sig utanför rikets gränser.⁹⁷

Kommuner och landsting får inte ägna sig åt sådan *verksamhet som ankommer på annan*. I tidigare lagstiftning angavs, som ovan nämnt, att kommunen fick vårda *sina* angelägenheter. Av formuleringen ansågs följa att kommuner inte fick ägna sig åt sådana uppgifter som ankom på någon annan. I nuvarande kommunallagen 2 kap. 1 § anges uttryckligen att kommuner och

⁹⁴ Lindquist 2005, s. 51

⁹⁵ Bohlin 2007, s. 87 f

⁹⁶ Lindquist 2005, s. 49

⁹⁷ Bohlin 2007, s. 88 ff

landsting själva får ha hand om sådana angelägenheter som *inte* ska handhas av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller någon annan.⁹⁸

Kommuner får inte utan särskilt stöd i lag ge *understöd åt enskild* eftersom det inte anses utgöra ett allmänt intresse. Förbudet innebär även att kommuner inte får efterge fordringar som den har på sina medlemmar. Undantag för gåvor och förmåner till anställda har dock accepterats av regeringsrätten i vissa fall.⁹⁹

En kommun får heller inte, som huvudregel, ge *understöd åt ett enskilt företag*. Däremot får kommunen vidta sådana åtgärder som allmänt främjar näringslivet i kommunen enligt kommunallagen 2 kap. 8 § 1 st. Exempelvis får kommunen tillhandahålla iordningställda byggklara industriområden utrustade med ledningar för vatten och avlopp.¹⁰⁰ Enligt 2 kap. 8 § 2 st får kommuner dock i undantagsfall ge understöd till enskilda näringsidkare, närmare bestämt om det föreligger *synnerliga skäl*. Det kan exempelvis röra sig om att stödja en livsmedelsbutik i glesbygden om det behövs för att garantera en viss minimistandard av kommersiell service till hushållen.¹⁰¹

Hänsyn måste tas till om de åtgärder en kommun avser vidta står i *rimlig proportion* till det kommunala intresse som kommunallagen tillerkänner ändamålet. Att proportionalitetsprincipen ska tillämpas kommer inte till uttryck i kommunallagen men framkommer av praxis.¹⁰² I de fall åtgärden hänför sig till det egentliga näringslivets område måste således det privata näringslivets intresse av att slippa konkurrera med det offentliga vägas in; det vill säga konkurrensintresset.¹⁰³

4.2.4.2 Begränsningsprinciper inom ramen för kompetensen

Ovan nämnda principer begränsar kommunernas kompetens att driva verksamhet som sådan, det finns dock även principer som begränsar de förfaranden som kommunerna får vidta inom verksamheten.

Likställighetsprincipen beskrivs i kommunallagen 1 kap. 2 § och innebär att kommuner inte utan stöd i speciallag får särbehandla vissa kommunmedlemmar eller grupper av kommunmedlemmar

⁹⁸ Bohlin 2007, s. 92 f

⁹⁹ Bohlin 2007, s. 94 ff

¹⁰⁰ Bohlin 2007, s. 101

¹⁰¹ Bohlin 2007, s. 103

¹⁰² Lindquist 2005, s. 49

¹⁰³ Lindquist 2005, s. 49, se även Indén 2008, s. 43

på annat än objektiv grund. Det är således ett krav på kommunen om objektivitet och rättvisa gentemot kommunmedlemmarna.¹⁰⁴

I kommunallagen 2 kap. 3 § sägs att kommuner och landsting inte får fatta *beslut med tillbakavarande verkan* om beslutet är till nackdel för kommunmedlemmarna förutsatt att det inte finns synnerliga skäl därtill. Regeln gäller således endast den som är medlem i en kommun. Utomstående är hänvisade till det civilrättsliga skyddet mot retroaktiv verkan vilket i princip är likvärdigt.¹⁰⁵

4.2.4.2.1 Underskottsprincipen

Underskottsprincipen innebär att kommunen inte behöver ta betalt från kommunmedlemmarna för tjänster och andra prestationer som kommunen utför och är, likt proportionalitetsprincipen, inte kodifierad.¹⁰⁶ Principen framkommer dock indirekt av stadgandet i kommunallagen 8 kap. 3b § 1 st. där det anges att kommuner och landsting *får* ta ut avgifter för tjänster och nyttigheter som tillhandahålls vilket innebär att de inte *måste* ta ut avgifter.¹⁰⁷ Principen innebär dessutom att kommuner och landsting som väljer att avgiftsbelägga en verksamhet utöver kan skattefinansiera densamma.¹⁰⁸ Det råder med andra ord inget avgiftsfinansieringstvång i svensk kommunalrätt utan huvudregeln är att kommuners behov av medel ska täckas genom skatter.¹⁰⁹ De avgifter som tas ut kan således variera kraftigt mellan olika kommuner.¹¹⁰

4.2.4.2.2 Självkostnadsprincipen

Enligt Kommunallagen 8 kap. 3 c § får kommuner och landsting ”inte ta ut högre avgifter än som svarar mot kostnaderna för de tjänster eller nyttigheter som kommunen eller landstinget tillhandahåller”, det vill säga självkostnaden. Innebörden av självkostnadsprincipen är, enkelt uttryckt, att avgifterna inte får vara så höga att en kommun går med vinst, avgifterna får därför inte överstiga kostnaderna för verksamheten.¹¹¹ Självkostnadsprincipen anger med andra ord ett maximipris som inte får överskridas men dock underskridas. Syftet med självkostnadsprincipen är bland annat att hindra kommunen från att utnyttja den monopolställning som ofta uppkommer i samband med avgiftsfinansierad kommunal verksamhet.¹¹² Överskott ska således undvikas så

¹⁰⁴ Lindquist 2005, s. 55 f

¹⁰⁵ Lindquist 2005, s. 65

¹⁰⁶ Lindquist 2005, s. 49

¹⁰⁷ Indén, 2009 b, s. 288 f

¹⁰⁸ Bohlin 2007, s. 156

¹⁰⁹ Bohlin 2007, s. 155

¹¹⁰ Bohlin 2007, s. 105

¹¹¹ Bohlin 2007, s. 104

¹¹² Bohlin 2007, s. 105

långt det är beräkningsmässigt möjligt. Självkostnadsprincipen kan beskrivas som ett förbud mot att dagens kommunmedlemmar betalar för vad morgondagens kommunmedlemmar nyttjar.¹¹³

Självkostnaden utgörs enligt huvudregeln av den totala kostnaden för hela verksamheten och inte endast kostanden för den enskilda prestationen.¹¹⁴ Alla relevanta direkta eller indirekta kostnader som krävs för att driva verksamheten ska ingå i beräkningen av självkostnaden, i princip innebär det att alla kostnader som vid en normal affärsmässig drift är motiverade ska ingå i självkostnaden.¹¹⁵ Den avgiftsbelagda verksamheten måste med hänsyn till de avgiftsskyldiga skötas på ett ekonomiskt tillfredställande sätt. Inga irrelevanta kostnader får ligga till grund för avgiften, varje kostnad som påverkar avgiften måste därför ha ett direkt samband med verksamheten. Det är således otillåtet att lägga så kallade främmande uppgifter till grund för avgiftsberäkningen. Exempelvis ska inte elabonnenter betala för gatu- och vägbelysning. Dessutom bör storleken på avgiften endast påverkas av de kostnader som uppkommer för att tillhandahålla prestationen till de avgiftsbetalande abonnenterna.¹¹⁶

Eftersom kostnaderna för *flera* verksamheter inte får läggas till grund för beräkningen måste en avgränsning av vad som utgör *en* sammanhållen verksamhet göras. Omständigheter som kan vara av betydelse för avgränsningen är att verksamheten omfattas av en särskild lagstiftning, att den riktar sig till olika kategorier av kommunmedlemmar, att avgifterna bestäms kommunövergripande eller på annat sätt samt vilket organisatoriskt och driftmässigt samband som råder mellan olika uppgifter.¹¹⁷

Om avgifterna överskrider självkostnaden genererar det en vinst till kommunen. Kommunen kan då använda inkomsten till andra åtgärder som annars skulle ha täckts av skatteinkomsterna. Resultatet blir då att avgiftskollektivet särbehandlas gentemot övriga kommunmedlemmar, det rör sig då om en så kallad förtäckt beskattning. Eftersom det inte är möjligt att i detalj förutse vad självkostnaden blir har principen i praxis dock erhållit karaktären av en målsättningsprincip. Det

¹¹³ Se RÅ 1910 ref. 160 i vilket besvär väcktes över en avgift för vattenklosett. En del av avgiften skulle enligt stadsfullmäktige själv avsättas till en fond som skulle användas vid framtida behov. Regeringsrätten upphävde beslutet om avgift för vattenklosettanordning med motiveringen att ”/.../ avgiften för vattenklosett bestämts till ett belopp, som måste anses i så hög grad öfverstiga stadens kostnader i anledning af vattenklosettanordningen, att avgiften till väsentlig del innefattade en för stadens allmänna ändamål upptagen beskattning, men stadsfullmäktige icke ägt att i den ordning, som sålunda tillämpats, af vissa till staden skattskyldiga upptaga skatt/.../”

¹¹⁴ Prop. 1993/94:188 s. 84 f se även Bohlin 2007, s. 108

¹¹⁵ Prop. 1993/94:188 s. 84 f

¹¹⁶ Bohlin 2007, s. 110

¹¹⁷ Bohlin 2007, s. 108

innebär att ett tillfälligt överuttag av avgifter godtas så länge de inte överstiger självkostnaden väsentligt, annars anses det inte vara olagligt.¹¹⁸

Principen gäller som huvudregel och är således tillämplig för verksamhet som bedrivs enligt allmän kompetens såväl som verksamhet vars kompetens är specialreglerad. Avseende specialreglerad verksamhet gäller principen endast när avgiften inte finns reglerad i ifrågavarande lag.¹¹⁹ Det finns dock vissa undantag från självkostnadsprincipen; den gäller inte för kommuner och landstings medelsförvaltning vilket framgår av kommunallagen 8 kap. 2 §. Principen är inte heller tillämplig i fråga om förvaltning av kommunal och landstingsägd egendom. Det gäller såväl överlåtelse som upplåtelse av både fast och lös egendom.¹²⁰

Nästa fråga är om självkostnadsprincipen ska tillämpas vid driften av kommunägda bolag. I RÅ 1992 ref. 52 fastslog regeringsrätten att kommunala verksamheter som bedrivs i bolagsform formellt sett är obundna av självkostnadsprincipen. Regeringsrätten angav dock att detta inte fick innebära att viktiga kommunalrättsliga principer, såsom självkostnadsprincipen, åsidosätts i förhållande till de slutliga förbrukarna. Det kan inträffa om bolaget på grund av ett kommunbeslut tvingas sätta en högre avgift än vad avgiften enligt självkostnadsprincipen hade blivit om kommunen bedrivit verksamheten i egen regi. Exempel på ett sådant beslut är enligt regeringsrätten att kommunen ingår ett arrendeavtal med bolaget i vilket bolaget åläggs betala en högre kostnad för arrendet än vad kommunen hade kunnat räkna in i underlaget för beräkningen av självkostnaden om kommunen själv hade bedrivit verksamheten. Bolaget måste följa bolagsrättsliga bestämmelser och den ökade kostnaden för arrendet hade därför tagits ut i nästa led, det vill säga i avgifterna för de slutliga förbrukarna. Tillför kommunen sig en högre ersättning genom ett sådant förfarande får det anses innebära ett kringgående av självkostnadsprincipen och vinsten skulle, enligt regeringsrätten, utgöra en förtäckt beskattning.

I förarbetena till kommunallagen sägs att i de fall kommunen eller landstinget bedriver en verksamhet i bolagsform behöver tillämpningen av självkostnadsprincipen i det enskilda fallet regleras i avtal, bolagsordningar eller andra liknande rättsliga dokument.¹²¹ Att kommunägda

¹¹⁸ Bohlin 2007, s. 110 f

¹¹⁹ Prop. 1993/94:188 s. 82

¹²⁰ Prop. 1993/94:188 s. 83

¹²¹ Prop. 1993/94:188 s 82

bolag endast har att följa självkostnadsprincipen i de fall det särskilt reglerats i bolagsordning eller dylikt har även bekräftats av Högsta domstolen i NJA 2008 s 120.¹²²

Frågan är om kommunerna därmed kan tillskansa sig medel genom att lägga om verksamhet till bolagsform och inte skriva in självkostnadsprincipen i bolagsordningen. Ett förfarande där kommunen driver verksamhet i bolagsform och därigenom inbringar vinst genom att inte tillämpa självkostnadsprincipen torde strida mot intentionerna bakom självkostnadsprincipen såväl som andra bestämmelser i kommunallagen. Det skulle främst strida mot förbudet för kommunen att driva näringsverksamhet med vinstsyfte i kommunallagen 2 kap. 7 §, skriver kommunen inte in att självkostnadsprincipen ska gälla den verksamhet som bedrivs i bolagsform torde verksamheten således inte vara kompetenslig till att börja med. Dessutom torde ett sådant förfarande utgöra olaga särbeskattning.¹²³

En viss distinktion måste göras mellan förbudet mot att driva vinstgivande företag och självkostnadsprincipen. Den första reglerar kompetensen att driva viss verksamhet medan den andra endast riktar in sig på hur en kompetenslig verksamhet får bedrivas.¹²⁴

4.2.4.2.3 Självkostnadsprincipens och underskottsprincipens inverkan på konkurrensen mellan kommunala och privata aktörer

Att kommuner och landsting tillämpar underprissättning är, som ovan nämnt, ett av de vanligaste klagomålen till konkurrensverket.¹²⁵ I förarbetena slås det också fast att underprissättning kan stå i strid med konfliktlösningsregeln.¹²⁶ Så länge prissättningen är förenlig med lag kan dock inte ett förbud meddelas mot ett förfarande enligt konfliktlösningsregeln eftersom det, i enlighet med ovan gjorda redogörelse, då anses vara försvarbart från allmän synpunkt. Kommuner och landsting får inte sätta en högre avgift än självkostnaden och behöver inte sätta någon avgift alls vilket alltså innebär att problemet med underprissättning inte går att komma åt med hjälp av konfliktlösningsregeln. För ett privat företag motsvarar självkostnaden normalt en lägsta prisgräns eftersom det inte är ekonomiskt hållbart att ha högre utgifter än intäkter för kommunerna utgör självkostnaden tvärt emot ett pristak.

¹²² Jfr Höök och Lundin, Juridisk Tidskrift 1998-99 s 578 som anser att självkostnadsprincipen i praktiken är tillämplig även för kommunägda bolag.

¹²³ Jfr Bohlin 2007, s. 110 f

¹²⁴ Indén 2008, s. 47

¹²⁵ Konkurrensverket "Vanliga klagomål" < <http://www.kkv.se/t/Page.aspx?id=612> > 2010-12-13

¹²⁶ Prop 2008/09:231 s. 36

Det har inte varit självklart att självkostnadsprincipen ska vara tillämplig när en kommun eller ett landsting tillhandahåller en prestation på en konkurrensutsatt marknad. I förarbetena har anförts att det i dessa fall inte finns någon anledning att tillämpa självkostnadsprincipen eftersom konsumenterna redan är skyddade mot monopolprissättning.¹²⁷ I förarbetena till konfliktlösningsregeln behandlas frågan om underprissättning till följd av självkostnadsprincipen.¹²⁸ Den slutsats som dras är dock att frågan bör utredas vidare i särskild ordning.¹²⁹ Frågan om underskottsprincipen och frivilligt avgiftsuttag berörs däremot inte. Konkurrensintresset får således, som huvudregel, stå tillbaka när en kommun i enlighet med självkostnadsprincipen inte gör tillägg för vinst och ett förbud enligt konfliktlösningsregeln inte kan meddelas med avseende på prissättningen i dessa fall. Däremot finns det inget hinder mot att ändå ingripa mot beteendet om en annan grund kan motivera ett förbud till exempel att verksamheten inte har stöd i kommunallagens kompetensregler.¹³⁰ Advokaterna Elisabeth Legnerfält och Helene Andersson vid Advokatfirman Delphi skriver i en artikel avseende frågan om självkostnadsprincipen och underprissättning att;

*”Det innebär att den kanske enskilt viktigaste frågan inte regleras utan istället blir något som kommer att hanteras först i en eventuell kommande lagstiftning”.*¹³¹

5. Konkurrensproblem

Det framgår av de utredningar som gjorts att det uppstår olika konkurrensproblem när offentliga aktörer bedriver säljverksamhet i konkurrens med privata aktörer.¹³² Konkurrens från offentliga aktörer får även, enligt konkurrensverket, en rad konsekvenser för samhällsekonomin. Privat produktion kan trängas undan eftersom konkurrensen inte sker på lika villkor. Företagens förväntningsbild och affärsstrategier kan påverkas och det kan uppstå en osäkerhet kring vilka spelregler som gäller på marknaden. Myndigheters förtroende bland allmänheten kan också påverkas negativt genom att myndighetsuppgifter och näringsverksamhet sammanblandas.¹³³ Enligt konkurrensverket kan problemen delas in i tre huvudgrupper; *sammanblandning av roller, problem på grund av offentliga subventioner* samt *problem förbundna med att information och kompetens från*

¹²⁷ Prop. 1993/94:188 s. 83 f

¹²⁸ Prop. 2008/09:231 s. 39 samt Prop. 2008/09:21 s. 26 ff

¹²⁹ Prop. 2008/09:21 s. 26

¹³⁰ Prop. 2008/09:231 s. 39

¹³¹ SvJT 2010 s. 391.

¹³² Se exempelvis SOU 2000:117 och Konkurrensverkets rapportserie 2004:4

¹³³ Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 s. 39

*myndighetsrollen utnyttjas.*¹³⁴ Även konkurrensrådet har behandlat situationer när konkurrensproblem kan uppstå.¹³⁵ Under följande rubriker ska jag försöka sammanfatta och förklara de konkurrensproblem som kan uppstå. Utgångspunkt tas, så långt möjligt, i konkurrensverkets indelning av konkurrensproblemen.

5.1 Sammanblandning av roller

5.1.1 Myndighetsutövning som konkurrensfördel

En konkurrenskonflikt kan, enligt konkurrensverket, uppstå när en kommunal enhet ägnar sig åt myndighetsutövning samtidigt som den erbjuder andra varor eller tjänster.¹³⁶ Konkurrensrådet använder sig av begreppet *hybridorganisation* och förklarar att det är en organisation inom den offentliga sektorn som bedriver såväl monopolskyddad verksamhet som konkurrensutsatt verksamhet.¹³⁷ Vidare anges att särskilda konkurrensproblem uppstår där den monopolskyddade delen av verksamheten i hybridorganisationen består av myndighetsutövning som inverkar på den konkurrensutsatta delen av verksamheten. Om den kommunala enheten erbjuder tjänster som den även kontrollerar finns det en stor risk att eventuella kunder väger in det i sitt beslut. Att välja den offentliga aktörens tjänst kan antas ge en snabb och positiv behandling under myndighetsutövningen.¹³⁸

Ett sådant exempel, som såväl konkurrensverket som konkurrensrådet hänvisar till, är när kommunala räddningstjänsten säljer brandskyddsutrustning samt underhåll och service av utrustningen i konkurrens med privata företag.¹³⁹ Räddningstjänsten har i sin myndighetsutövning en rad konkurrensfördelar gentemot privata aktörer. Räddningstjänsten utför brandsyn och har då rätt att beordra inköp av viss typ av brandskyddsutrustning, dessutom kontrollerar räddningstjänsten att installationen är gjord på rätt sätt. I sin myndighetsutövning har räddningstjänsten möjlighet att informera eventuella kunder om de varor och tjänster som räddningstjänsten erbjuder och får därmed en försäljningskanal som inte privata aktörer har tillgång till. Konsumenten kan också få föreställningen att den vara som räddningstjänsten erbjuder har ett särskilt godkännande och därför är av bättre kvalitet än andra produkter.¹⁴⁰

¹³⁴ Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 s. 61

¹³⁵ Se SOU 2000:117 s. 83 ff

¹³⁶ Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 s. 61

¹³⁷ SOU 2000:117 s. 83

¹³⁸ Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 s. 61

¹³⁹ Konkurrensverkets dnr 858/2004, SOU 2000:117 samt Konkurrensrådets yttrande 12/99

¹⁴⁰ Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 s. 62

Ett vanligt och problematiskt förhållande är att myndigheter i konkurrens med privata aktörer *erbjuder konsulttjänster* inom området för sin myndighetsutövning. För att återkoppla till ovanstående exempel; räddningstjänsten erbjuder konsulttjänster vid sidan av sin roll som brandsynförrättare. Det innebär att en person i sin myndighetsroll under en brandsyn kan komma att bedöma ett brandskydd som räddningstjänsten själv har tagit fram i rollen som konsult. Det kan vara svårt för den person från räddningstjänsten som utför tillsynen att anmärka på en kollegas utformning av brandskyddet.¹⁴¹

Vid upphandling eller leveransavtal som rör en längre avtalsperiod kan en offentlig aktör också antas ha en större trovärdighet än privata alternativ. Kunden behöver inte oroa sig för och lägga ner resurser på att kontrollera om den offentliga aktören har betalningsförmåga, kan hantera eventuella skadeståndsanspråk eller riskerar att få lönsamhetsproblem under avtalsperioden och därmed upphöra med sin verksamhet.¹⁴²

Myndighetsrollen kan således innebära konkurrensfördelar och de dubbla rollerna kan tyckas böra undvikas.¹⁴³ Konkurrensrådet har poängterat att det inte krävs ett aktivt utnyttjande av myndighetsrollen för att konkurrensen ska snedvridas; enbart förhållandet att en aktör kan utföra myndighetsutövning och kompletterande tjänster kan göra det attraktivt för kunden att välja den offentliga aktören.¹⁴⁴ Försök att komma till rätta med problemet har gjorts genom att separera de olika verksamheterna i olika bolag. Trots en sådan separation är dock risken för sammanblandning överhängande och det kan ifrågasättas om det är en tillräcklig lösning.¹⁴⁵

5.1.2 Förtroendeförluster

När myndigheter agerar på en konkurrensutsatt marknad kan trovärdighetsproblem uppkomma i myndighetsrollen. Det kan råda osäkerhet rörande var de offentliga intressena slutar och de kommersiella intressena börjar. Detta kan naturligtvis ha en skadlig effekt på utförandet av det offentliga uppdraget. Tvingas den offentliga aktören ta oförutsedda risker med allmänna medel kan det leda till högre skatter och sämre service till medborgarna. Detta utgör inte ett

¹⁴¹ SOU 2000:117 s. 87 se även Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 s. 63. Det bör även noteras att det inte nödvändigtvis strider mot KomL när en räddningstjänst bedriver konsultverksamhet. Regeringsrätten fann i RÅ 1992 ref 61 att räddningstjänsten i Göteborg fick bedriva konsultverksamhet i begränsad omfattning. Man tog fasta på att verksamheten endast omfattade 2 promille av räddningstjänstens totala verksamhet och att intäkterna inte gav någon vinst utan endast täckte kostnaderna. Kommunen framförde att den kunskap som räddningstjänsten förmedlade endast kunde förvärfvas av någon med mycket nära anknytning till räddningstjänstens verksamhet.

¹⁴² Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 s 64

¹⁴³ Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 s 63

¹⁴⁴ SOU 2000:117 s. 87 ff

¹⁴⁵ Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 s 63 f

konkurrensproblem i sig utan är snarare ett övergripande problem som uppkommer när offentliga aktörer agerar på den konkurrensutsatta marknaden.¹⁴⁶

5.2 Offentliga subventioner

Ytterligare konkurrensnedvridningar uppstår när en offentlig konkurrensutsatt verksamhet subventioneras. Sådana subventioner kan ske på en rad olika sätt. Det kan ske inom *en och samma* verksamhet såväl som mellan *olika* verksamheter. Subventionen kan även ske genom att den konkurrensutsatta verksamheten inte behöver ta hänsyn till samtliga relevanta kostnader, exempelvis lokalkostnader. Kommunala och landstingsdrivna verksamheter kan även få bättre lånevillkor än privata aktörer och behöver därigenom inte ta lika stora finansiella risker. Det faktum att kommun- och landstingsägda bolag har tillgång till allmänna medel ger dessutom en sorts garanti mot konkurrs vilket kan utgöra en stor fördel gentemot privata företag.¹⁴⁷ Den närmast outtömliga källan till intäkter i form av skatter ger exempelvis kommuner och landsting möjlighet att ta *större affärsmässiga risker*.¹⁴⁸ Subventioner till konkurrensutsatta verksamheter blir särskilt problematiska eftersom privata företag därigenom kan tvingas konkurrera, på ojämnliska villkor, med en offentlig aktör som det privata företaget varit med och finansierat genom skatter.¹⁴⁹

När skattemedel eller andra anslag används för att finansiera en konkurrensutsatt verksamhet uppstår en liknande situation som vid så kallad *korssubventionering*.¹⁵⁰ Traditionellt sett innebär korssubventionering att ett och samma företag bedriver verksamhet inom olika områden som är utsatt för konkurrens i olika stor utsträckning. Intäkter från den mindre kurrensutsatta verksamheten kan användas för att hålla priserna nere i den resterande verksamheten. Företaget får därmed ett övertag gentemot andra företag på den konkurrensutsatta marknaden.¹⁵¹

5.3 Vidareutnyttjande av information och kompetens från myndighetsutövningen

Problem kan uppkomma när en offentlig aktör har ensam tillgång till en verksamhet som kan jämföras med en *nödvändig funktion*¹⁵² och dessutom är inblandad i ett senare led av produktionen

¹⁴⁶ Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 s 64 f

¹⁴⁷ Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 s 66

¹⁴⁸ Indén 2008, s. 41

¹⁴⁹ Indén 2008, s. 41

¹⁵⁰ SOU 2000:117 s 98

¹⁵¹ Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 s 66 f

¹⁵² Se SOU 2000:117 s 88 där istället för ”nödvändig funktion” begreppet ”strategisk facilitet” används. Båda begreppen sägs dock motsvara det engelska begreppet ”essential facility” som myntats inom EU.

som är konkurrensutsatt. Med *nödvändig funktion* avses en verksamhet som i praktiken inte kan utföras av mer än en aktör men som flera aktörer i senare led är beroende av. Det innebär att konkurrerande företag hamnar i en beroendeställning till den offentliga aktören eftersom de måste köpa tjänsten från denne. De konkurrerande företagen tvingas således köpa tjänsten från en aktör som i ett senare skede är en konkurrent. Det finns en risk för att den offentliga aktören missgynnar sina konkurrenter för att gynna den egna verksamheten. Till exempel kan det röra sig om bättre och billigare tillgång till viss infrastruktur.¹⁵³ Ett angränsande problem är när offentliga aktörer säljer en kompetens som uppkommit genom myndighetsrollen.¹⁵⁴

5.4 Överskottsförsäljning

Som motiv till offentlig säljverksamhet ges ibland att det handlar om överskottsförsäljning. Till exempel kan en kommunalt ägd plantskola vars uppgift är att odla fram växter till det offentliga rummet få ett överskott av plantor på grund av att det är ett gynnsamt klimat ett visst år. Försäljning vid en sådan *tillfällig* och oförutsedd överkapacitet har accepterats i RÅ 1993 ref 12. Ett tvätteri drabbades av en sådan tillfällig nedgång i efterfrågan och regeringsrätten accepterade att tvätteriet sålde sina tjänster på den konkurrensutsatta marknaden trots att det egentligen inte ansågs ligga inom kommunens kompetens¹⁵⁵. Konkurrensrådet skriver i sin rapport att tillfällig överskottsförsäljning är en rimlig avvägning mellan kravet på konkurrensneutralitet och kravet på att bättre utnyttja tillgängliga resurser när efterfrågan tillfälligt sjunker. Vidare konstaterar konkurrensrådet att sådan tillfällig överskottsförsäljning inte brukar ha så stor inverkan på den öppna marknaden och att konkurrensproblematiken inte är så stor. Konkurrensrådet skriver att det med en sådan avgränsning till exempel inte finns någon risk för att kommuner och landsting säljer tjänster externt, som egentligen var för internt bruk, när tjänsterna utan problem kan dimensioneras.¹⁵⁶ Konkurrensrådet varnar dock för att tillfällig överskottsförsäljning har en tendens att bli *permanent*. Kommunal verksamhet får således inte överdimensioneras i syfte att skapa ett permanent överskottsutrymme.¹⁵⁷ Ur ett ekonomiskt perspektiv är det tveksamt att tillåta att tillfällig överskottskapacitet avsätts på den öppna marknaden, just på grund av att ett sådant förfarande inte sällan får till följd att verksamheten blir permanent.¹⁵⁸ Det kan röra sig om

¹⁵³ SOU 2000:117 s 88 och Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 s 70 f

¹⁵⁴ Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 s 73 ff

¹⁵⁵ Se nedan om kommunens kompetens.

¹⁵⁶ SOU 2000:117 s 95

¹⁵⁷ Bohlin 2007, s 97 ff

¹⁵⁸ Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 s 34 se även Indén 2008 s 49

att den offentliga aktören utökar sin verksamhet såväl som att den offentliga aktören inte begränsar sin verksamhet vid en efterfrågenedgång.¹⁵⁹

6. Konfliktlösningsregeln i dess beståndsdelar – rekvisit och problematik

6.1 Kommunala företag

6.1.1 Vad utgör ett företag enligt definitionen i konkurrenslagen 1 kap. 5 §?

I konkurrenslagen 3 kap. 27 § 1 st. anges att det är företagsbegreppet i konkurrenslagen 1 kap. 5 § som ska användas.¹⁶⁰ Ett företag är, enligt konkurrenslagen 1 kap. 5 §, en fysisk eller juridisk person som driver en verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. Begreppet har samma betydelse som det EU-rättsliga begreppet ”undertaking”. Begreppet företag ska således, liksom inom EU-rätten, tolkas vidsträckt. Begreppet omfattar alla juridiska och fysiska personer som bedriver ekonomisk eller kommersiell verksamhet. Således omfattas även statliga och kommunala organ förutsatt att det inte rör sig om myndighetsutövning. Med andra ord faller all ekonomisk verksamhet som inte utgör myndighetsutövning oavsett associationsform under begreppet. Att verksamheten inte har något vinstsyfte har i sammanhanget inte någon betydelse.¹⁶¹ Värt att notera är att offentliga organ vars huvudsakliga verksamhet utgör myndighetsutövning vid sidan av denna kan bedriva sådan ekonomisk och kommersiell verksamhet och utgöra ett företag enligt definitionen i konkurrenslagen.¹⁶²

6.1.2 Konfliktlösningsregelns tillämplighet vid förfaranden eller verksamheter i en annan juridisk person

Konfliktlösningsregeln riktar in sig på de situationer när staten, en kommun eller landsting bedriver säljverksamhet. I vissa fall sker detta i form av en annan juridisk person, det vill säga genom att den offentliga aktören äger ett bolag. Regeln ska vara neutral i förhållande till hur den offentliga aktören bedriver sin verksamhet och således omfattas även sådana juridiska personer som har en tillräckligt stark koppling till den offentliga aktören.¹⁶³ I konkurrenslagen 3 kap. 28 § anges således att konfliktlösningsregeln ska tillämpas även vad gäller annan juridisk person om

¹⁵⁹ Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 s 69

¹⁶⁰ Se även Prop 2008/09:231 s 34

¹⁶¹ Prop 1992/93:56 s 66 se även prop. 2007/08:135 s 248 där det anges att 1 kap 5 § i den nya konkurrenslagen motsvarar tidigare 3 § 1 och 2 st.

¹⁶² Gustafsson och Westin 2010, s 36 ff

¹⁶³ Prop 2008/09:231 s 42

kommunen eller landstinget har ett direkt eller indirekt dominerande inflytande över verksamheten genom ägarskap, finansiell medverkan, gällande regler eller på annat sätt. Det anges i propositionen att definitionen av ett sådant offentligt företag bör motsvara den som ges i lagen (2005:590) om insyn i vissa finansiella förbindelser mm.¹⁶⁴ I lagens 2 § finns en definition som motsvaras av artikel 2 b i kommissionens direktiv 2006/111/EG om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag samt i vissa företags ekonomiska verksamhet.¹⁶⁵ Enligt definitionen är ett offentligt företag ett företag som det allmänna har ett direkt eller indirekt dominerande inflytande över. Inflytandet kan ha sin grund i så väl ägarskap som finansiell medverkan eller de regler som gäller för företaget. Det allmänna *ska* anses ha ett sådant dominerande inflytande om det direkt eller indirekt innehar mer än hälften av rösterna eller kapitalet i företaget eller har rätt att utse mer än hälften av företagets administrativa eller verkställande ledning eller dess styrelse. Detta dock förutsatt att inte annat följer av omständigheterna. Inflytande kan även finnas på annat sätt exempelvis genom ett avtal som ger den offentliga aktören ett dominerande inflytande. Detta innebär att större krav ställs på ett företag om staten, en kommun eller ett landsting har dominerande inflytande över det. Företaget jämförs med den offentliga aktören när konfliktlösningsregeln ska tillämpas.¹⁶⁶

6.1.3 Reglerna för kommunala bolag

Kommunala företag regleras i kommunallagen 3 kap. I kommunallagen 3 kap. 16 § sägs att kommuner och landsting, efter beslut av fullmäktige, får lämna över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag, handelsbolag, en ekonomisk förening, en ideell förening, en stiftelse eller en enskild individ. Den verksamhet som således överlämnas ska dock falla inom den kommunala kompetensen. Fullmäktige i kommunen ska tillse att bolaget följer de regler som gäller för den kommunala kompetensen förutom när bolaget verkar på en specialreglerad marknad och det uttryckligen anges att dessa bestämmelser inte ska gälla.¹⁶⁷ När kommun eller landsting lämnar över vården av en viss kommunal angelägenhet till ett aktiebolag ska fullmäktige enligt kommunallagen 3 kap. 17 § fatta vissa beslut; det kommunala *ändamålet* med verksamheten fastställas, samtliga *styrelseledamöter* och minst en *revisor* ska utses. Dessutom ska fullmäktige få *yttra sig* rörande alla beslut som ska fattas om de är principiella eller av en annan anledning av större vikt. Syftet med att fullmäktige ska fastställa ändamålet med verksamheten är att riskerna för

¹⁶⁴ Prop 2008/09:231 s. 42 f

¹⁶⁵ EUT L 318, 17.11.2006, s. 17, Celex 32006L0111.

¹⁶⁶ Prop. 2008/09:231 s. 42 f

¹⁶⁷ Prop. 1990/91:117 s. 50 f

kompetensöverskridande ska minimeras. Kravet på att precisera ändamålet är särskilt starkt om verksamheten ligger nära gränsen för den kommunala kompetensen.¹⁶⁸

6.2 Säljverksamhet

Vad som omfattas av konfliktlösningsregeln är säljverksamhet, det vill säga försäljning av varor, tjänster och andra nyttigheter. Till säljverksamhet räknas även annan utbudsverksamhet såsom uthyrning. Anledningen till att det inte närmare preciseras i bestämmelsens ordalydelse att det är just säljverksamhet som avses är att det klart framgår av konkurrenslagen 1 kap. 1 § att syftet med lagen är att;

”undandröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens i fråga om produktion av och handel med varor, tjänster och andra nyttigheter”.

Därmed ansåg regeringen att det inte fanns något skäl att uttryckligen ange detta i konfliktlösningsregeln.¹⁶⁹ Konfliktlösningsregeln omfattar inte bidrag som ges till offentlig säljverksamhet, däremot kan effekterna av bidragen, i form av det agerande som vidtas i verksamheten på grund av bidraget, komma att prövas enligt regeln.¹⁷⁰

6.3 Förfarande

Med begreppet förfarande i konfliktlösningsregeln avses både ett faktiskt handlande och en underlåtenhet att handla. Vid övervägande av ett förbud krävs inte att förfarandet i fråga pågår eller redan har förekommit. Ska domstolen förbjuda ett förfarande som ännu inte förekommit krävs dock en tillräcklig grad av sannolikhet för att förfarandet kommer att vidtas.¹⁷¹

6.4 Effektiv konkurrens eller för effektiv konkurrent

6.4.1 Snedvrída eller hämma konkurrensen

Konfliktlösningsregeln tar sikte på konkurrensbegränsningen som sådan, det är *förekomsten av, eller fara för, negativa effekter för konkurrensen* på marknaden som ska vara utgångspunkten vid tillämpningen av regeln. I det enskilda fallet ska domstolen se till om drivkrafterna till konkurrens skadas, huruvida själva mekanismen på marknaden skadas. Främst är det de långsiktiga effekterna för en effektiv konkurrens som ska vara avgörande vid denna bedömning. Det torde finnas fall där den offentliga aktörens verksamhet ökar konkurrensen eller åtminstone förhåller sig neutral. I

¹⁶⁸ Prop. 1990/91:117 s. 53 f samt s. 162

¹⁶⁹ Prop. 2008/09:231 s. 34

¹⁷⁰ Prop. 2008/09:231 s. 35

¹⁷¹ Prop. 2008/09:231 s. 57

de fallen är konfliktlösningsregeln inte tillämplig. Exempel på sådana neutrala marknader är när en offentlig aktör erbjuder service på områden där det råder ett bristande kommersiellt intresse. Konkurrensnedvridningen ska således vara av en viss betydelse. Dock föreligger inte något märkbarhetskrav.¹⁷² Begreppet *effektiv konkurrens* har inte någon given innebörd vilket poängteras i propositionen. Där det sägs att det inte finns någon

”bestämd ekonomisk nivå vid vilken man kan säga att produktiviteten m.m. nått det optimala och inte kan drivas längre”.

I stället är det fråga om ett dynamiskt begrepp; konkurrenstryck ska, när intensiteten är hög, frambringa ständig förändring.¹⁷³

I konfliktlösningsregelns första stycke, första punkten anges att förbud får meddelas om förfarandet eller verksamheten *snedvrider, eller är ägnat att snedvrída, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden*. Det som avses är de situationer där det inte råder konkurrens på så lika villkor som det hade kunnat göra. Ett exempel på detta, som ges i propositionen är att den offentliga aktören behandlar andra företag olika utan att ha en saklig grund.¹⁷⁴ I första stycket, andra punkten, anges rekvisitet att det *hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens*. Det rekvisitet tar bland annat sikte på situationen att privata aktörer faller bort eller att privata alternativ inte alls etableras på marknaden på grund av den offentliga aktörens förfarande eller verksamhet. Det kan också röra sig om att privata aktörer hålls tillbaka genom att tillväxten avtar eller utvecklingen på något annat sätt hindras.¹⁷⁵ Konfliktlösningsregeln omfattar inte varje avvikelse från den effektiva konkurrensen. Begreppen *snedvrída* och *hämna* innebär att de konkurrensförsvagande effekterna ska vara av någon betydelse.¹⁷⁶ Genom att inbegripa förfaranden som är *ägnade* att snedvrída konkurrensen eller *ägnade* att hämma konkurrensen framkommer att även *fara* för konkurrensbegränsande effekter omfattas av konfliktlösningsregeln. Frågan som ska ställas är huruvida förfarandet till sin art är utformad på ett sådant sätt att det får anses föreligga en påtaglig risk för en sådan effekt.¹⁷⁷

¹⁷² Prop. 2008/09:231 s. 37

¹⁷³ Prop. 2008/09:231 s. 57

¹⁷⁴ Prop. 2008/09:231 s. 57

¹⁷⁵ Prop. 2008/09:231 s. 57

¹⁷⁶ Prop. 2008/09:231 s. 57

¹⁷⁷ Prop. 2008/09:231 s. 57 f

6.4.2 Relevant marknad

För bedömningen av konfliktlösningsregeln ska en marknadsavgränsning göras, det är konkurrensen på den så kallade relevanta marknaden som ska bedömas.¹⁷⁸ Man bestämmer vid denna marknadsavgränsning produktmarknaden och den geografiska marknaden. Avgörande för avgränsningen av produktmarknaden är produktens utbytbarhet. Produkter är, enligt förarbetena till konkurrenslagen, inbördes utbytbara om de;

”med hänsyn till egenskaper, pris, användning, konsumenters och andra avnämares uppfattning och faktiska substitutionsmöjligheter m.m. tillhör samma produktmarknad”.

Ytterligare en fråga av betydelse är om den finns en produkt som snabbt kan förändras och därmed bli utbytbar och tillhöra samma produktmarknad.¹⁷⁹ Avgränsningen av den relevanta geografiska marknaden utgörs av det område inom vilket de företag som erbjuder eller efterfrågar en viss produkt driver sin verksamhet. Dessutom ska konkurrensvillkoren vara tillräckligt likartade för att kunna särskilja området från närliggande områden där konkurrensvillkoren är märkbart annorlunda.¹⁸⁰ Bland det som har betydelse är transportmöjligheter och transportkostnader.¹⁸¹

6.4.3 Kommun och landsting som konkurrent

6.4.3.1 Omfattning

Enligt konkurrensverkets rapportserie saknas det tillförlitliga uppgifter rörande omfattningen av den offentliga verksamhet som bedrivs i konkurrens med privata aktörer.¹⁸² Statistik finns visserligen rörande omsättningen i kommunala och landstingsägda bolag men det finns ingen statistik rörande den konkurrensutsatta verksamheten som kommuner och landsting bedriver i förvaltningsform.¹⁸³ Det saknas ett system för att avgränsa och redovisa omfattningen av den verksamhet som är konkurrensutsatt. Det är svårt att göra en gränsdragning mellan olika verksamheter inom samma organisatoriska enhet. Den konkurrensutsatta verksamheten kan utgöra en mindre del av en verksamhet som i huvudsak ägnar sig åt en verksamhet som inte är konkurrensutsatt.

¹⁷⁸ Prop. 2008/09:231 s. 58

¹⁷⁹ Prop. 1992/93:56 s. 85

¹⁸⁰ Prop. 2008/09:231 s. 58

¹⁸¹ Prop. 1992/93:56 s. 85

¹⁸² Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 s. 39

¹⁸³ Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 s. 40

Sedan Konkurrensverkets rapport kom har dock lagen (2005:590) om finansiella förbindelser m.m., den så kallade Transparenslagen införts i Sverige. Syftet med lagen är att EU-kommissionen ska kunna utöva tillsyn över att medlemsstaterna efterlever EU:s regler om statsstöd. EU-kommissionen måste därför kunna ha insyn i de finansiella förbindelserna mellan det allmänna, det vill säga stat, kommun och landssting, och offentliga företag, se Transparenslagen 1 §. Dessa aktörer ska således tillämpa så kallad öppen redovisning, se Transparenslagen 3 §. Omfattade är så kallade offentliga företag, det vill säga företag som stat, kommun eller landsting har ett dominerande inflytande över genom ägande, finansiell inblandning eller de regler som gäller för företaget, se Transparenslagen 2 § 1 punkten. Vidare ska EU-kommissionen ha möjlighet att inhämta information om transaktionerna mellan konkurrensskyddad och icke konkurrensskyddad verksamhet, kallat separat redovisning, se Transparenslagen 4 och 5 §§. Företag som fått offentligt stöd för en skäligen tidsperiod genom ett öppet, genomblickbart och ickediskriminerande förfarande är dock undantagna från kravet om separat redovisning. Lagen i sin helhet är dessutom endast tillämplig för företag som har en nettoomsättning¹⁸⁴ som överstiger 40 miljoner euro under vart och ett av de två senaste åren, se Transparenslagen 3 § 3 punkten samt 4 § 2 punkten (b). Vidare undantas företag som inte påverkar handeln med andra EES-länder i nämnvärd utsträckning, se Transparenslagen 3 § 2 punkten samt 4 § 2 punkten (a). Det är Konkurrensverket som har tillsyn över att lagen efterlevs och som samlar in informationen vid behov enligt Transparenslagen 10 och 11 §§.¹⁸⁵ Således föreligger en viss skyldighet att redovisa omfattningen av den verksamhet som träffas av konfliktlösningsregeln men med hänsyn till de verksamheter som är undantagna enligt lagen är det ändå inte möjligt att få en heltäckande bild av omfattningen.

Ett problem är att den statistik som finns över kommun- och landstingsägda företag behandlar skilda branscher och det således inte går att urskilja vilken verksamhet som skulle kunna hamna inom konfliktlösningsregelns ramar, därmed ges inte heller av den anledningen en klar bild av omfattningen.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Nettoomsättning har väsentligen samma betydelse som 3 kap 12 § Årsredovisningslagen (1995:1554); det omfattar försålda varor och utförda tjänster som ingår i företagets normala verksamhet med avdrag för lämnade rabatter, mervärdesskatt och annan skatt som är direkt knuten till omsättningen. Se Prop. 2004/05:140 Genomförande av transparensdirektivet s. 50-51.

¹⁸⁵¹⁸⁵ Prop. 2004/05:140 samt www.kkv.se (2011-03-13)

¹⁸⁶ Se SCB Offentligt ägda företag 2009

6.4.3.2 Vad tycker företagen?

Konkurrensverket har låtit göra en undersökning bland företagsledare i privata företag med minst en anställd. Undersökningen gjordes i tio olika branscher; skogsvård, turism, städning, konsultverksamhet avseende samhällsplanering, uppdragsutbildning, åldringsvård, tandvård, gymverksamhet, bredbandstjänster och åkeriverksamhet. Vid valet av branscher utgick man från vilka sektorer som varit aktuella i konkurrensrådets yttranden.¹⁸⁷ I undersökningen framkom att två av tre tillfrågade företagare ansåg att konkurrens från offentliga aktörer förekom i någon mån, omkring en tredjedel av dessa företagare menade att det förekom i stor eller mycket stor omfattning.¹⁸⁸ Tre fjärdedelar av de företag som ansåg sig vara utsatta för konkurrens från det offentliga menade att detta var ett problem, andelen som tyckte att problemet var stort eller mycket stort uppgick till 40 %.¹⁸⁹ En klar majoritet, fyra av sex, av de här företagen svarade att den offentliga aktören inte försökte konkurrera på lika villkor som det privata näringslivet och endast ett av sex ansåg att det omvända var fallet.¹⁹⁰

Johan Hedelin, avdelningschef på konkurrensverket med ansvar för arbetet med konfliktlösningsregeln, sammanfattade i slutet av september år 2010 antalet fall. Han sa att konkurrensverket på ett eller annat sätt uppmärksammats på ca 80 fall där konkurrensen har ansetts vara snedvriden. Konkurrensverket har sedan bedömt att det i 40 fall funnits tillräckliga skäl att utreda frågan vidare. Av dessa 40 fall avslutades hälften i augusti medan resterande utreds vidare.¹⁹¹

7. Undantag för vad som är försvarbart från allmän synpunkt eller förenligt med lag

En grundläggande utgångspunkt för regeringen var, vid instiftandet av konfliktlösningsregeln, att även andra allmänintressen, förutom konkurrensintresset, skulle kunna beaktas.¹⁹² Som ovan nämnt ska förbud enligt konfliktlösningsregeln, andra stycket, om *förfaranden* som är konkurrensbegränsande inte meddelas om förfarandet är *försvarbart från allmän synpunkt* (härefter försvarbarhetsrekvisitet). Hänsyn ska då tas till sådana allmänintressen som väger upp för den

¹⁸⁷ Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 s. 49

¹⁸⁸ Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 s. 50

¹⁸⁹ Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 s. 52

¹⁹⁰ Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 s. 54

¹⁹¹ <http://konkurrensverket.se/t/Page_6492.aspx> 2010-12-16. Se även pågående och avslutade utredningar: <<http://www.kkv.se/Diariet/resultat.asp?nav=11>> 2010-12-16

¹⁹² Prop. 2008/09:231 s. 37

konkurrenssnedvridning som ett beteende kan ge upphov till.¹⁹³ Konfliktlösningsregelns tredje stycke som anger att ett förbud får meddelas mot en viss verksamhet som sådan förutsatt att den inte är förenlig med lag (härefter laglighetsrekvisitet).

7.1 Förenligt med lag

På det kommunala området anses det finnas omfattande regleringar genom kommunallagen och specialförfattningar och genom den rättspraxis som utvecklats på området. Tillsammans är de i princip uttömmande ifråga kommunernas kompetens att bedriva säljverksamhet. För att skapa tydlighet rörande kommunal verksamhet som är konkurrenssnedvridande i sig har man valt att begränsa räckvidden till icke-kompetensenlig verksamhet och därför tagit in laglighetsrekvisitet i den del av konfliktlösningsregeln som rör verksamheter som är konkurrenssnedvridande i sig.¹⁹⁴ Något förbud enligt konfliktlösningsregeln kan således inte meddelas mot en kommunal verksamhet som sådan om den är förenlig med lag.¹⁹⁵

7.2 Försvarbart från allmän synpunkt

Vid bedömningen enligt konfliktlösningsregelns andra stycke om vad som är *försvarbart från allmän synpunkt* ska utgångspunkten vara de rättsliga förutsättningarna som kan gälla för förfarandet.¹⁹⁶ I första hand beaktas om förfarandet strider mot

”en lag, en annan författning eller något annat för (staten,) en kommun eller ett landsting bindande direktiv”.

Som exempel på vad som kan anses vara författningsstridigt anges i propositionen att förfarandet strider mot kommunallagen eller att det strider mot bolagsordningen, i det fall det är fråga om ett kommunalt bolag.¹⁹⁷ I de fall ett visst beteende är en direkt följd av, eller en oundviklig konsekvens av, en specialreglering ska konfliktlösningsregeln således inte tillämpas.¹⁹⁸ Redan vid den nya konkurrenslagens instiftande framfördes att

”när riksdagen efter avvägning mellan olika allmänintressen genom lag beslutat om offentliga regleringar som medför konkurrensbämmande verkningar kan (däremot) den situationen uppkomma att konkurrenslagen inte alls ska tillämpas”.

¹⁹³ Prop. 2008/09:231 s. 37

¹⁹⁴ Prop. 2008/09:231 s. 59

¹⁹⁵ Prop. 2008/09:231 s. 38 f

¹⁹⁶ Prop. 2008/09:231 s. 37

¹⁹⁷ Prop. 2008/09:231 s. 58

¹⁹⁸ Prop. 2008/09:231 s. 37

Den anledning som gavs i motiven var att företagen kan vara förpliktigade att handla på ett visst sätt och att en konkurrensbegränsning då inte är uttryck för den fria partsviljan.¹⁹⁹

När det gäller *kompetensenlig* kommunal verksamhet är tillämpningsområdet som framgår således begränsat till konkurrensbegränsande förfaranden inom verksamheten och själva verksamhetens existens berörs därmed inte.²⁰⁰ För att konfliktlösningsregeln ska kunna tillämpas på ett förfarande inom en kompetensenlig verksamhet krävs dock, som sagt, att såväl konkurrensnedvridning som försvarbarhet saknas.²⁰¹ Som ett moment i prövningen kan domstolen således ha att pröva om förfarandet i sig är kompetensenligt med hänvisning till kommunallagen.²⁰²

Det är för förståelsen av rekvisiten viktigt att skilja mellan *verksamhet* och *förfarande*. En kommunal verksamhet är alltid antingen kompetensenlig, och därmed laglig, eller icke-kompetensenlig, och därmed olaglig, vilket innebär att lagligheten alltid kan avgöra bedömningen av om en verksamhet, trots konkurrensnedvridning, ska undantas från ett förbud enligt konfliktlösningsregeln. Ett förfarande däremot kan i vissa fall vara reglerat men i andra fall inte. Exempel på ett sådant reglerat förfarande är *självkostnadsprincipen* i Kommunallagen 8 kap. 3 c §. Principen innebär att kommuner inte får ta ut högre avgifter från brukarna än vad det kostar att tillhandahålla servicen vilket leder till att kommuner i de fall principen ska tillämpas *måste* sätta priser som privata aktörer inte kan matcha.²⁰³ Ett sådant förfarande är således försvarbart från allmän synpunkt med hänvisning till kommunallagen. Ett annat exempel är då en kommun eller ett landsting regelbundet säljer varor och tjänster med hänvisning till ett *permanent* överskott. Ett sådant förfarande är inte kompetensenligt och således inte heller försvarbart från allmän synpunkt.²⁰⁴ Skulle en kommun istället använda sig av försäljningskanaler som kommunen får genom sin myndighetsutövning och som därmed är stängda för privata aktörer är det ett förfarande som inte regleras i någon lag. Bedömningen av försvarbarhetsrekvisitet får då, av naturliga skäl, ta en annan utgångspunkt.

Ytterligare en del av bedömningen av försvarbarhetsrekvisitet är motiven bakom det konkurrensnedvridande förfarandet. Det är av vikt huruvida syftet med beteendet är internt eller externt. Det vill säga om syftet med säljverksamheten är allmänhetens behov därav eller om

¹⁹⁹ Prop. 1992/93:56 s. 70

²⁰⁰ Prop. 2008/09:231 s. 59

²⁰¹ Prop. 2008/09:231 s. 55

²⁰² Prop. 2008/09:231 s. 40

²⁰³ Se mer om självkostnadsprincipen nedan.

²⁰⁴ Prop. 2008/09:231 s. 40

intresset istället är att främja den egna organisationen, till exempel för att kunna behålla personal. Externa motiv ska tas med i bedömningen till skillnad från interna motiv som alltså inte ska beaktas.²⁰⁵ Det är de långsiktiga effekterna av ett konkurrensnedvridande beteende som ska ställas mot allmänintresset i fråga vid bedömningen av vad som är försvarbart, således är inte de kortsiktiga effekterna av vikt.²⁰⁶ Innan ett belagt allmänintresse kan anses vara försvarbart från allmän synpunkt ska det dessutom vägas in om det finns ett alternativt tillvägagångssätt att tillgodose allmänintresset som inte snedvrider konkurrensen. Finns ett sådant alternativt tillvägagångssätt ska allmänintresset inte anses vara försvarbart från allmän synpunkt.²⁰⁷ En bedömning av huruvida ett visst beteende är försvarbart från allmän synpunkt ska göras i det enskilda fallet.²⁰⁸

Som ett moment i prövningen av om ett förfarande är försvarbart ur allmän synpunkt kan man således ha att pröva om förfarandet är kompetensöverskridande enligt kommunallagen. Det finns dock en avgörande skillnad; vid den konkurrensrättsliga prövning av konfliktlösningsregeln som görs enligt konkurrenslagen tillämpas naturligtvis inte kommunallagens regler om laglighetsprövning och upphävande av kommunala beslut. Det är endast frågan om att pröva kommunallagens materiella kompetensregler vilka således ingår i grunden för den konkurrensrättsliga bedömningen. Konfliktlösningsregelns syfte är att värna en effektiv konkurrens till förmån för konsumenterna. En förvaltningsdomstol gör en laglighetsprövning av kommunallagens materiella regler och kan upphäva ett kommunalt beslut men det är inte förvaltningsdomstolens uppgift att ingripa på de grunder och i de former som anges i konkurrenslagen.²⁰⁹

8. Laglighetsprövning

En prövning av kommunala beslut kan göras enligt kommunallagen 10 kap. som har rubriken ”laglighetsprövning”. Tanken är att rätten därmed endast ska pröva ett besluts laglighet. Begreppet laglighetsprövning är dock till viss del missvisande eftersom det i vissa fall är ofrånkomligt att rätten väger in lämplighetsaspekter i prövningen även om slutsatsen blir att kommunens beslut är kommunalrättsligt olagligt.²¹⁰ Lagligheten i ett kommunalt beslut kan

²⁰⁵ Prop. 2008/09:231 s. 38

²⁰⁶ Prop. 2008/09:231 s. 38

²⁰⁷ Prop. 2008/09:231 s. 38

²⁰⁸ Prop. 2008/09:231 s. 37

²⁰⁹ Prop. 2008/09:231 s. 40

²¹⁰ Bohlin 2007, s. 86

endast överprövas av en kommunmedlem vilket innebär att företag endast kan överklaga i rollen som fastighetsägare. Anledningen till den ordningen är att endast kommunmedlemmar anses vara berörda av de kommunala besluten. Vidare är det endast beslut av beslutande organ såsom kommunfullmäktige och nämnd som kan överklagas. Verkställande åtgärder och åtgärder av beslutsförberedande karaktär kan således inte överklagas. Beslut fattade av kommunala bolag kan av samma anledning heller inte prövas genom en laglighetsprövning. Det innebär att det, innan konfliktlösningsregeln, inte fanns något sätt att få ett enligt kommunallagen olagligt beslut prövat och upphävt.²¹¹ Ett beslut som kan prövas kan endast göra det med utgångspunkt i de bestämmelser som finns i kommunallagen. Grunderna är att beslut inte har tillkommit i laga ordning, att åtgärden skulle utföras av en annan, att det organ som har fattat beslutet därigenom överskridit sina befogenheter eller att beslutet strider mot lag eller annan författning. Ett beslut måste överklagas inom tre veckor efter att det justerade protokollet anslagits på kommunens anslagstavla. Om ingen överklagar inom dessa tre veckor vinner beslutet laga kraft och det står kvar även om det skulle visa sig vara olagligt. Prövningen görs av de allmänna förvaltningsdomstolarna och rätten kan endast pröva det som anförs av de klagande parterna. Vidare är det, som rubriken antyder, endast lagligheten och inte lämpligheten som kan prövas. Skulle domstolen finna att ett överklagat beslut inte är lagligt kan den upphäva beslutet, domstolen har dock ingen möjlighet att ersätta beslutet med ett annat. Laglighetsprövningen skiljer sig från så kallat förvaltningsbesvär, det senare innebär att en fullständig prövning ska göras och har till syfte att tillvarata den enskildes intressen. Laglighetsprövningen är istället en medborgartalan som utgör en begränsad legalitetskontroll och inte ett rättsmedel som möjliggör att den enskilde kan få sin fråga omprövad.²¹²

Den möjlighet som konfliktlösningsregeln ger Stockholms tingsrätt att pröva kommunala verksamheter och förfaranden i kommunal verksamhet och att dessutom meddela förbud är således en nyhet.

9. Konkurrensverkets roll

Konkurrensverket har en viktig roll i arbetet för konfliktlösningsregelns genomförande eftersom det är de som ska utreda anmälningar och som sedan har primär talerätt i Stockholm tingsrätt enligt konkurrenslagen 3 kap. 32 §. Ännu har konkurrensverket dock inte tagit något ärende vidare till Stockholms tingsrätt. Carl Bokwall och Per-Owe Arfwedson från Advokatfirman

²¹¹ Prop. 1990/91:117 s. 134 se även Indén 2008, s. 64

²¹² Indén 2008, s 63

Cederquist skriver i en artikel att det nya regelverket kommer få mycket liten effekt om konkurrensverket är restriktiva med att driva pilotfall.²¹³ I en debattartikel i SvD brännpunkt skriver Anette Magnusson och Niklas Kåvius från Stockholms handelskammare att

”Konkurrensverket tycks stå handfallna inför den nya lagen. Trots att cirka 40 klagomål har kommit in till verket, har inget gått till domstol. Det krävs mer handlingskraft av den myndighet som givits ansvar att upprätthålla sunda spelregler.”

Författarna misstänker att Konkurrensverket duckar för de svåra frågorna i väntan på ett solklart fall.²¹⁴ Dan Sjöblom, Konkurrensverkets generaldirektör, gav svar på tal och anförde att man redan nått stora framgångar genom att flera kommuner självmant sett över sin verksamhet och rättat sig efter de nya reglerna. Självsaneringen är enligt Sjöblom mycket effektiv och leder till snabb förändring i många fall. Konkurrensverket har också jobbat aktivt för att informera kommunerna om konfliktlösningsregeln genom att hålla informationsmöten. Sjöblom skriver även att man på Konkurrensverket har valt att prioritera större och mer allvarliga företeelser. Han anför vidare att rättslig praxis naturligtvis är av värde men att syftet med konfliktlösningsregeln i första hand är att undanröja konkurrensproblem, inte att driva processer.²¹⁵ Björn Hellman på konkurrensverket säger att konfliktlösningsregeln redan lett till att ett flertal aktörer som har utretts av konkurrensverket har åtagit sig att ändra sin verksamhet och helt upphöra med vissa förfaranden. Han säger vidare att medvetenheten om lagregeln är relativt hög bland såväl kommunala som privata aktörer och detta trots att inget ärende gått till domstol. Han ser en lösning på problemet med konkurrens från offentliga aktörer när medvetenheten ökar ytterligare i kombination med en ökad tillgång till praxis, när sådan bildas.²¹⁶

10. Avslutande diskussion

I förevarande uppsats har jag försökt beskriva den nya konfliktlösningsregeln. Av framställningen framgår att många frågor återstår som inte kommer få ett svar förrän praxis bildas på området. En hel del kan dock sägas om konfliktlösningsregeln redan nu.

²¹³ Upphandling24 < <http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.280877/svag-medicin-mot-osund-konkurrens>> 2010-12-21

²¹⁴ SvD hemsida < http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/konkurrensverket-struntar-i-ny-lag_5375019.svd> 2010-12-21

²¹⁵ Konkurrensverkets hemsida < http://www.kkv.se/t/NewsPage_6483.aspx> 2010-12-21

²¹⁶ Bilaga 1

Kommuner och landsting är kompetenta att ägna sig åt ett stort antal verksamhetsområden. Visserligen begränsas kommuner och landsting av att verksamheten ska vara av allmänt intresse men genom den så kallade anknytningskompetensen finns det ändå många möjligheter för kommuner och landsting att engagera sig på det egentliga näringslivets område. Även specialreglerad kompetens utvidgar området inom vilket kommuner och landsting kan engagera sig. Konfliktlösningsregeln står i relation till den kommunala kompetensen genom att utgångspunkten för undantagen i regeln tas i kommunallagen. Bedömningen av om ett *förfarande* är försvarbart från allmän synpunkt utgår först och främst från vad som följer av lag. Ett förbud mot en viss *verksamhet* kan inte meddelas om verksamheten är förenlig med lag. Det innebär att en kompetensenlig verksamhet inte kan förbjudas med hjälp av konfliktlösningsregeln och att ett förfarande som är en följd av en kommunalrättslig princip inte heller den kan förbjudas. Därmed flyttas inte heller gränserna för vad kommuner och landsting ska få ägna sig åt och konfliktlösningsregeln påverkar inte det kommunala självstyret. Oklarheter finns främst kring hur underprissättningen ska hanteras med tanke på självkostnadsprincipen och underskottsprincipen. Syftet med självkostnadsprincipen är att skydda konsumenten eftersom kommuner och landsting ofta intar något av en monopolställning. Självkostnadsprincipen kan också sägas vara ett skydd mot att vissa medlemmar av en kommun inte särbeskattas. Att frånga självkostnadsprincipen skulle innebära att brukare av vissa tjänster fick bidra till kommunen i större utsträckning än brukare av andra tjänster. Argumenten för självkostnadsprincipen och underskottsprincipen måste dock vägas mot vad underprissättning innebär för privata aktörer när kommuner och landsting säljer varor och tjänster på en konkurrensutsatt marknad. Privata aktörer har ingen möjlighet att matcha den prissättning som kommunala aktörer använder sig av vilket i förlängningen kan leda till att de privata aktörerna trängs undan. Frågan är för närvarande under utredning och förhoppningsvis hittar man under arbetet en bra lösning på problemet. Förslag som tidigare har diskuterats är att ett generellt undantag från självkostnadsprincipen ska gälla för all kommunal verksamhet som är konkurrensutsatt. Det har hävdats att principen i de fallen inte behövs eftersom konsumenternas skydd mot att kommuner agerar hur som helst på grund av monopolställningen inte föreligger när verksamheten är konkurrensutsatt. Förslaget skulle dock även i fortsättningen innebära att vissa kommunmedlemmar missgynnas.

Som framgår av framställningen i uppsatsen får konkurrens från kommuner och landsting effekter för privata aktörer på marknaden. Kommuner och landsting har en fördelaktig position i jämförelse med privata aktörer och kan därför agera på ett sätt som gör det svårt för privata aktörer att konkurrera. I och med konfliktlösningsregeln finns det en möjlighet att meddela

förbud mot kommunal och landstingsdriven verksamhet, eller ett förfarande inom verksamheten, förutsatt att verksamheten, eller förfarandet snedvrider eller hämmar konkurrensen. Det finns dock stora begränsningar genom att sådant som är försvarbart från allmän synpunkt eller sådant som är en direkt eller oundviklig följd av en lag inte kan förbjudas, det kanske största problemet i detta avseende är att underprissättning inte kan förbjudas med stöd av konfliktlösningsregeln. Underprissättning är, enligt praktiker och privata aktörer ett av de främsta problemen när offentliga aktörer agerar på den konkurrensutsatta marknaden. Konfliktlösningsregeln tillför dock en ny möjlighet att ingripa när offentliga aktörer konkurrerar med privata aktörer. Innan konfliktlösningsregeln trädde i kraft var laglighetsprövning enligt kommunallagens 10 kap. enda sättet att pröva kommunala beslut. Det innebar dels att endast medlemmar av kommunerna kunde överklaga beslut och dels att endast beslutens laglighet, inte lämplighet, kunde prövas. Dessutom kunde beslut tagna i kommunägda företag inte prövas enligt reglerna om laglighetsprövning. Redan innan konfliktlösningsregeln trädde i kraft var konkurrenslagen visserligen tillämplig även i fråga om företag drivna av offentliga aktörer, dock var lagen inte anpassad för de problem som uppstod och erbjöd inte en egentlig lösning. Det innebar att privata företag som drabbades av konkurrensbegränsningar från kommun eller landsting inte hade någon egentlig möjlighet att få sin fråga prövad. Möjligheten för Stockholms tingsrätt, att på talan av konkurrensverket, meddela förbud mot en verksamhet eller ett förfarande innebär således en stor förändring i förhållande till den gamla ordningen.

Kritik har framförts mot att konkurrensverket inte har tagit något fall till domstol och att det därför ännu inte finns någon praxis. Kritikerna har anfört att bestämmelsen riskerar att bli verkningslös om praxis uteblir. Konfliktlösningsregelns syfte är dock, som konkurrensverket pekar ut, att undanröja konkurrensproblem till följd av att offentliga aktörer konkurrerar med privata aktörer och på det kommunala området har regeln redan fått effekt genom kommunernas självsanering. Naturligtvis är det av största vikt att praxis bildas anser dock att vi inte får underskatta värdet av att kommuner och landsting, till följd av det nya rättsläget, på eget initiativ kommer till rätta med konkurrensproblemet. Med det sagt ställer jag mig ändå frågande till om Konkurrensverket har fått ett tillräckligt slagkraftigt verktyg för att på ett genomgripande sätt kunna förändra situationen. Det är som ovan nämnt för tidigt att säga om konfliktlösningsregeln innebär lösningen på de konkurrensproblem som uppstår när offentliga aktörer agerar på en konkurrensutsatt marknad. Frågan har utretts under mycket lång tid och en av anledningarna till det torde vara att det inte finns en problemfri lösning. De kommunalrättsliga principer som till stor del utgör problemet ur konkurrenssynpunkt har utarbetats under lång tid och bygger på goda

grunder och att helt slopa till exempel självkostnadsprincipen är inte okontroversiellt. Mot de privata företagens rätt att slippa underprissättning måste också övriga kommunmedlemmars intresse vägas. Det kan exempelvis sägas vara positivt ur hälsosynpunkt att många människor har tillgång till gymverksamhet till ett lågt pris. Konfliktlösningsregeln är, enligt min åsikt, en början på att komma tillrätta med problemet men ännu återstår mer att önska från lagstiftaren.

11. Källförteckning

Lagar

Lag om ändring i konkurrenslagen (2008:579)

Lag (2005:140) om finansiella förbindelser m.m. (Transparenslagen)

Inkomstskattelag (1999:1229)

Årsredovisningslagen (1995:1554)

Folkbokföringslagen (1991:481)

Lagen (1979:411) om ändringar i Sveriges indelning i kommuner och landsting

Praxis

RÅ 1910 ref. 160

RÅ 1953 I 107

RÅ 1967 I 29

RÅ 1970 C 70

RÅ 1970 C 85

RÅ 1973 A 165

RÅ 1974 A 973

RÅ 1975 Ab 327

RÅ 1976 Ab 236

RÅ 1992 ref. 52

RÅ 1992 ref 61

RÅ 1993 ref 12

NJA 2008 s 120

Förarbeten

SOU 1995:105, *Konkurrens i balans: åtgärder för ökad konkurrensneutralitet vid offentlig prissättning m.m.*, Slutbetänkande av Underprissättningsutredningen

SOU 2000:117, *Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor*, betänkande från Konkurrensrådet

SOU 2008:118, *Styra och ställa: förslag till en effektivare statsförvaltning: slutbetänkande från 2006 års förvaltningskommitté*

Prop. 1973:90 med *förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m.*

Prop 1990/91:117 *om en ny kommunallag*

Prop 1992/93:56 *Ny konkurrenslagstiftning*

Prop.2002/03:50 *Etikprövning av forskning*

Prop. 2004/05:140 *Genomförande av transparensdirektivet*

Prop 2005/06:100, *2006 års ekonomiska vårproposition*

Prop. 2007/08:135 *Ny konkurrenslag mm.*

Prop 2008/09:21 *Kommunala kompetensfrågor mm.*

Prop. 2008/09:231, *Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden m.m.*

Kommittédirektiv 1994:72, *Offentlig underprissättning och subventioner på en konkurrensutsatt marknad*

Betänkande 2004/05:NU16, *Transparensdirektivet och vissa övriga konkurrenspolitiska frågor från Näringsdepartementet*

Rskr. 2004/05:297

Litteratur

Bohlin Alf, *Kommunalrättens grunder*, 5:e upplagan, 2007, Nordstedts Juridik, Stockholm

Wetterberg Gunnar, *Kommunerna*, 2:a upplagan, 2000, SNS Förlag, Stockholm

Indén Tobias, *Kommunen som konkurrent – kommunalrättsliga befogenheter och konkurrensrättsliga begränsningar*, 2008, Iustus Förlag, Uppsala

Lindquist Ulf, *Kommunala befogenheter – en redogörelse för kommunernas och landstingens allmänna befogenheter enligt rättspraxis*, 6:e upplagan, 2005, Nordstedts Juridik, Stockholm

Gustafsson Leif och Westin Jacob, *Svensk konkurrensrätt*, 2010, Nordstedts Juridik, Stockholm

Lindquist Ulf och Losman Sten, *Kommunallagen – en handbok med lagtext och kommentar*, 12:e upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2010

Utredningar

Konkurrensverkets rapportserie 2004:4, *Myndigheter och marknader – en tydligare gräns mellan offentligt och privat*, Stockholm

SCB *Offentligt ägda företag 2009*, ISSN: 1654-3513, artikelnummer OE 27 SM 10 01

Indén Tobias, *Kommunal prissättning i konkurrens – en modifierad underskotts- och självkostnadsprincip*, 2009, rapport skriven på uppdrag av konkurrensverket. (2009 a)

Artiklar

Höök Johan och Lundin Olle, Juridisk Tidskrift 1998-99 *Kommunala koncerner och den kommunala självkostnadsprincipen*

Holland Anna-Karin, Ny juridik 2:09 *Konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet – nytt lagförslag*,

Indén Tobias, Juridisk tidskrift nr 2, 2009/10, *Konkurrensrätten och den offentliga säljverksamheten – en ny konfliktlösningsregel*, Jure, Stockholm (2009 b) s. 286-296.

Legnerfält Elisabeth och Andersson Helene, SvJT 2010 s 391, *Nya regler i konkurrenslagen kan förbindra statliga och kommunala bolag att konkurrera med privata aktörer – kommentarer kring konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet*

Bokwall Carl och Arfwedson Per-Owe, Upphandling24, *Svag medicin mot osund konkurrens*

Internetsidor

Sveriges kommuner och landstings hemsida:

http://www.skl.se/web/kommuner_och_landsting.aspx

Konkurrensverkets hemsida:

<http://www.kkv.se/t/Page.aspx?id=612>

Svenskt Näringslivs hemsida:

<http://www.svensktnaringsliv.se>

Bilaga 1

Intervju med Björn Hellman på Konkurrensverket den 6 december 2010

Vad är ditt perspektiv på konfliktlösningsregeln? Vilken roll har du?

Jag arbetar som föredragande vid KKV:s Konkurrensavdelning 4. Det innebär att mitt perspektiv på konfliktlösningsregeln i 3 kap. 27 § konkurrenslagen (2008:579) ("KL") är, att utifrån förvaltningslagens krav på bl.a. objektivitet, utreda dels inkomna ärenden, dels ärenden som verket självt har initierat. Beroende på vad utredningen ger för resultat, föreslår jag att beslut ska fattas om antingen projektläggning för vidare utredning alternativt avskrivning.

Frågan om den offentliga sektorns närvaro på den konkurrensutsatta marknaden har utretts i närmare 15 år, vad anser du är anledningen till att det här har varit ett så svårt problem att lösa?

Jag antar att åtminstone en del av svårigheterna med att finna en lösning på problematiken återfinns i

- det faktum att det i Sverige finns en grundlagsstadgad kommunal självstyrelse (jfr. 1 kap. 7 § regeringsformen (1974:152)). Den då föreslagna lagregeln i blivande 3 kap. 27 § KL kan möjligen ha uppfattats som ett ingrepp i denna självstyrelse (jfr. t ex prop. 2008/09:231, s. 31);
- att även andra sätt än lagstiftning har prövats för att lösa problematiken. Exempel på detta är det dåvarande Konkurrensrådet vars verksamhet byggde på att parterna frivilligt skulle följa rådets förslag (jfr t ex prop. 2008/09:231, ss. 29 – 30); och,
- att 2 kap. 1 § samt 2 kap. 7 § KL, respektive art. 101 och 102 i TFEU, skulle vara tillräckliga för att lösa även de problem som 3 kap. 27 § avser att lösa. Detta har dock avvisats av regeringen (jfr. prop. 2008/09:231, ss. 29 – 30).

Anser du att problemet nu, i och med konfliktlösningsregeln, har lösts/kommer att lösas?

Regeln har redan lett till att ett flertal aktörer som har utretts av KKV har åtagit sig att ändra sin verksamhet/upphöra med vissa förfaranden. Medvetenheten om lagregeln är även relativt hög hos såväl statliga och kommunala, som privata, aktörer trots att inga ärenden ännu har gått till domstol. Förhoppningsvis kommer på sikt en än större medvetenhet om regeln, parad med en ökad tillgång till praxis från redan avgjorda ärenden, leda till att problemet löses.

Vilka svårigheter ser du vid tillämpningen av konfliktlösningsregeln?

I och med att praxis naturligt nog ännu saknas, finns fortfarande ett antal osäkerhetsfaktorer vilka påverkar utredningen. Detta medför vissa problem vid tillämpning av regeln.

Tidigare har kommunala beslut endast kunnat prövas genom en laglighetsprövning, anser du att den nya möjligheten att förbjuda viss verksamhet genom konfliktlösningsregeln ingriper på kommunernas självstyrelse? Är det i så fall ett problem som du ser det?

Nej, jag anser inte att konfliktlösningsregeln ingriper på kommunernas självstyrelse. Konfliktlösningsregeln är inte avsedd att flytta gränsmärkena mellan dels kommunal kärnverksamhet och sådan kommunal affärsverksamhet som är kompetensenlig, dels det område som förbehålls det egentliga näringslivet. Tvärtom utgår konfliktlösningsregeln från det gällande rättsläget i kompetensfrågan i enlighet med vad som följer av kommunallagen och rättspraxis, och den ska även medverka till att upprätthålla detta läge (jfr. prop. 2008/09:231, s. 39).

Följaktligen anser jag inte heller att det är något problem.

Konkurrensverket har fått kritik för att inte ännu ha tagit något ärende till Stockholms tingsrätt och svaret från er generaldirektör Dan Sjöblom var då att ni dels prioriterar de större och mer allvarliga företeelserna men också att ni har haft framgångar i form av självsanering ute i kommunerna.

Är självsaneringen en utveckling du fortsatt ser?

Jag tror att de offentliga aktörerna är angelägna om att hålla sig inom lagens ramar och därför tror jag att självsaneringen kommer att fortsätta.

Är det något ni kommer fortsätta att jobba för i form av ytterligare information ute i kommunerna och liknande insatser?

Nej. KKV företog under första halvåret, och under den tidiga hösten, 2010 en stor mängd informationsresor till olika aktörer runt om i landet. Dessa insatser i anledning av den nya lagregeln är nu avslutade. Inte heller planeras några liknande framtida insatser.

Finns det någon prognos för när det första fallet kan tas till tingsrätten?

För närvarande kan ingen sådan prognos lämnas då det skulle föregripa utredningen i de pågående ärendena.