

Näringsdepartementet

Remissyttrande

2008-10-14 / KKO R 08-01

Ert dnr. N 2008/4625/MK

Departementspromemorian "Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden"

Stiftelsen Den Nya Velfärden bedriver verksamhet i bland annat näringspolitiska frågor genom Konkurrenskommissionen (KKO) och Företagarombudsmannen (FO). Stiftelsen har i sin verksamhet uppmärksammat problemet med att svenska företagare utsätts för osund konkurrens av offentligt finansierade aktörer. Ett särskilt sorgebarn i detta avseende är kommunerna, vilka alltför ofta bedriver olagliga verksamheter som snedvrider konkurrensen, framförallt till nackdel för småföretagare. Ett politiskt initiativ i frågan är således varmt välkommet.

Stiftelsen instämmer i den i promemorian framförda beskrivningen av problembilden samt bedömningen att åtgärder behöver vidtas skyndsamt.

Utredarens förslag förutsätter att Stockholms tingsrätt bland annat ska kunna ta ställning till huruvida en kommunal näringsverksamhet strider mot kommunallagen. Stiftelsen Den Nya Velfärden anser att Stockholms tingsrätt är ett väl lämpat val av forum och delar således utredarens bedömning att det inte föreligger några hinder för en sådan ordning. Det är även lämpligt att Konkurrensverket får i uppdrag att föra talan enligt det föreslagna regelverket. Stiftelsen förutsätter att Konkurrensverket tilldelas de extra medel som krävs för en effektiv tillämpning av de nya reglerna.

Konkurrensneutralitet kan i princip aldrig uppnås mellan privata och offentliga aktörer, bland annat på grund av fundamentala finansieringsförutsättningar. Utredningen förefaller dock inte ha som utgångspunkt att offentliga aktörer per definition snedvrider konkurrensen om de ger sig in på den privata marknaden. Tvärtom, för att förbud ska kunna meddelas krävs att Konkurrensverket, eller en enskild part, visar att den offentliga aktörens agerande snedvrider eller är ägnat att snedvrida förutsättningarna för en effektiv konkurrens.

Enligt Stiftelsen Den Nya Valfärdens mening utgör detta ett av flera exempel på att utredaren gjort samma typ av överväganden som lett till att tidigare utredningar på området, exempelvis Konkurrens i balans – åtgärder för ökad konkurrensneutralitet vid offentlig prissättning m.m. (SOU 1995:105), inte resulterat i effektiva åtgärder för att komma tillrätta med osund konkurrens från det offentliga.

Eftersom erfarenheten visar att de offentliga aktörerna är ovilliga att vidta rättelse, ens då konkurrenssnedvridning konstaterats, är det av yttersta vikt att de åtgärder som vidtas är tillräckligt kraftfulla för att vara effektiva. Annars finns en risk att de nya bestämmelserna snarast blir ägnade att legitimera just de olämpliga beteenden bestämmelserna avser att hindra.

Dessvärre saknar de åtgärder som föreslås i förevarande promemoria den kraftfullhet som krävs för att effektivt förebygga och hindra osund konkurrens från det offentliga. Detta beror huvudsakligen på två särskilt allvarliga brister i förslaget.

1. Den föreslagna regleringen tillåter offentliga aktörer att bedriva olaglig verksamhet.
2. Med den av utredaren förordade placeringen av bevisbörda riskerar regleringen att i praktiken bli verkningslös.

Mot denna bakgrund kan Stiftelsen Den Nya Valfärden inte tillstyrka promemorians förslag. Istället tvingas Stiftelsen avstyrka förslaget i sin helhet, trots att det bygger på ett lovvärt politiskt initiativ

Under förutsättning att de båda ovan angivna bristerna rättas till föreligger emellertid förutsättning för att den nya regleringen kan bli verkningsfull. De brister i förslaget som

Stiftelsen Den Nya Velfärden särskilt vill uppmärksamma utvecklas därför nedan med förslag till förändring för att rätta till problemen.

Förslagets två grundläggande brister

Den föreslagna regleringen tillåter offentliga aktörer att bedriva olaglig verksamhet

Ett minimikrav som måste ställas vid en rättslig prövning av en förbudstalan mot en offentlig aktörs agerande är att domstolen kan ingripa mot, och förbjuda, verksamheter som är olagliga. Den föreslagna regleringen uppfyller inte detta minimikrav.

Såvida inte snedvridning av konkurrensen kan visas kommer Stockholms tingsrätt som första instans vara tvungen att tillåta även uppenbart lagstridiga ageranden av offentliga aktörer. Detta beroende på att frågan om den offentliga aktörens lagöverträdelse, eller brott mot andra föreskrifter, har gjorts till en del av försvarlighetskriteriet.

I allmänhetens ögon, och framför allt för de företagare regleringen avser att skydda, kommer sådana resultat sannolikt framstå som att domstolen godkänner att offentliga aktörer bryter mot lagen. I förlängningen riskerar detta att leda till en urholkad tilltro till rättssystemet. Den föreslagna regleringen bör därför ändras på så sätt att olagliga verksamheter förbjuds oavsett om konkurrenssnedvridning kan visas eller ej.

Det kan i sammanhanget noteras att det kommunala självstyret ska utövas under lagarna. Om en kommun börjar bedriva exempelvis nattklubsverksamhet eller annan kompetensstridig verksamhet finns således ingen anledning att, med hänvisning till det kommunala självstyret, låta kommunen fortsätta med det. Det saknas i detta avseende anledning att göra åtskillnad mellan olika verksamheter med hänsyn till på vilken grund de är olagliga. En kommuns önskan att bedriva olagliga verksamheter är helt enkelt aldrig skyddsvärd. Detsamma gäller naturligtvis även statliga myndigheter.

Stiftelsen Den Nya Velfärdens förslag i denna del är således att frågan huruvida den offentliga aktörens agerande är olagligt ska brytas ut från försvarlighetsbedömningen och istället utgöra ett självständigt förbudsrekvisit. Eftersom lagbrott begångna av offentliga aktörer per definition aldrig är godtagbara kommer försvarlighetsbedömningen endast omfatta ageranden som snedvrider konkurrensen utan att stå i strid med lag eller annan för den offentliga aktören bindande reglering.

Med den av utredaren förordade placeringen av bevisbörda riskerar regleringen att bli verkningslös

Beträffande konkurrenssnedvridning är ett av de vanligaste klagomålen mot offentliga aktörer att de använder allmänna medel för att subventionera låga priser i den del av verksamheten som är konkurrensutsatt. Om någon av den offentliga aktörens verksamheter skyddas av monopol är det även vanligt med klagomål mot så kallad korssubventionering, det vill säga att höga avgifter i monopolverksamheten finansierar låga priser i den konkurrensutsatta delen av verksamheten.

För en utomstående är det dock ytterst svårt att bevisa den typen av samband, särskilt som offentliga aktörer inte sällan åberopar sekretess för att slippa lämna ut uppgifter om prissättning med mera. Med den placering av bevisbördan som valts av utredaren kan varje ärende Konkurrensverket väljer att behandla antas bli synnerligen resurskrävande. Därmed blir effektiviteten av Konkurrensverkets talerätt starkt begränsad. Av samma skäl kan antas att den subsidiära talerätt förslaget innebär för enskilda företag kommer bli helt verkningslös.

Mot den bakgrunden måste, enligt Stiftelsens mening, bevisbördan konstrueras på så sätt att det ankommer på Konkurrensverket, eller det enskilda företaget, att lägga fram de skäl och närmare omständigheter som denne har och kan skaffa sig kännedom om till stöd för att den offentliga aktören snedvrider konkurrensen. Därefter måste det i princip ankomma på den offentliga aktören att vederlägga detta.

Beträffande bevisbördan för huruvida den offentliga aktörens verksamhet är förenlig med lag bör denna till fullo åvila den offentliga aktören. En rimlig utgångspunkt inför varje offentlig aktörs beslut att påbörja en ny verksamhet är att den offentliga aktören först måste förvissa sig om att verksamheten är laglig i sig. Bortsett från det stötande i att offentliga aktörer ägnar sig åt olagligheter innebär det dessutom ett oacceptabelt risktagande med allmänna medel att investera i en verksamhet som kan tvingas att avvecklas på grund av att den är olaglig. Detta gäller för statliga myndigheter såväl som för kommuner. Mot den bakgrunden kan det inte anses betungande att den offentliga aktören vid en eventuell rättsprocess måste redovisa den utredning som rimligen bör ha utförts redan innan den ifrågasatta verksamheten påbörjades.

Beträffande försvarlighetsbedömningen anser Stiftelsen Den Nya Valfärden att grundregeln bör vara att konkurrenssnedvridningar i alla dess former ska beivras. En konkurrenssnedvridande verksamhet bör således förbjudas om det inte kan visas att verksamheten är försvarlig. Det bör av dessa skäl ankomma på den offentliga aktören att visa att viss verksamhet är försvarlig trots att den snedvrider konkurrensen. Den offentliga aktören är dessutom den som lättast kan samla in det underlag som behövs för att visa att konkurrenssnedvridningen är försvarbar.

Övriga kommentarer till utredningen

Allmänt

En betydande fördel med det föreslagna regelverket är att detta möjliggör rättslig prövning av kommunala bolags jämte statliga myndigheters verksamheter. Om de i förevarande remissyttrande efterfrågade förändringarna genomförs skapas dessutom förutsättningar för en effektiv prövning av dessa verksamheter.

Avsnitt 4.2.1

I avsnitt 4.2.1 anger utredaren beträffande en verksamhets försvarbarhet, att:

” Det bör tilläggas att statsmakternas prövning av vissa förfaringssätt inte alltid får formen av en uttrycklig specialreglering. Vissa beteenden kan ha vunnit det allmännas godkännande i annan form, såsom genom uttalanden av riksdagen eller statsmakternas godtagande i annan ordning. En verksamhet som bedrivs i enlighet med av regeringen eller riksdagen fastlagda övergripande mål på exempelvis det kulturpolitiska området är därmed som sådan att anse som försvarbar ur allmän synpunkt. Det kan också finnas kopplingar av särskilt slag till en specialreglering. Detta får givetvis uppmärksammas vid en prövning enligt konfliktlösningsregeln.”

Enligt Stiftelsen Den Nya Valfärdens mening är uttalandet allt för vagt och lämnar därmed utrymme för offentliga aktörer att ta allehanda uttalanden eller ageranden till intäkt för att bedriva konkurrenssnedvridande eller annars olaglig verksamhet. Därmed minskar den föreslagna regleringens preventiva verkan oavsett om verksamheterna efter domstolsprövning i ett senare skede förbjuds eller ej.

Den offentliga makten ska som tidigare påpekats utövas under lagarna. Om avseende över huvud taget ska fästas vid sådana mjuka viljeyttringar krävs således, enligt Stiftelsens mening, en avsevärd precisering avseende vilken typ av mjuka viljeyttringar som ska kunna läggas till grund för tillåtelse att bedriva konkurrenssnedvridande eller annars olaglig verksamhet. Vidare krävs en utveckling av hur specifika dessa mjuka viljeyttringar måste vara. Till exempel, måste de vara särskilt riktade till den offentliga aktören. Eller menar utredaren att det räcker att den mjuka viljeyttringen innehåller en mer allmän önskan om viss måluppfyllelse?

Det är också viktigt att framhålla att mjuka viljeyttringar aldrig får tas till intäkt för att bedriva konkurrenssnedvridande eller annars olaglig verksamhet om det mål viljeyttringen ger uttryck för kan uppnås på annat sätt, utan konkurrenssnedvridning eller olaglig verksamhet.

Avsnitten 4.2.8 samt 7.1

Avsnitt 4.2.8 handlar om föreskrifternas räckvidd. Stiftelsen Den Nya Valfärden delar utredarens bedömning att tillämpningen av det nya regelverket inte bör förutsätta uppsåt eller oaktsamhet. Stiftelsen instämmer vidare i att det är lämpligt att förbud kan avse viss verksamhet eller vissa beteenden. Avgörande är att förbudet effektivt hindrar offentliga aktörers konkurrenssnedvridande eller på annat sätt olagliga verksamheter och beteenden.

I avsnitt 7.1 anger utredaren bland annat följande avseende de förbud som kan meddelas med stöd av den nya regleringen:

”Vid tillämpningen måste naturligtvis också en proportionalitetsgrundsats iakttas, dvs. ett förbud och därtill kopplade villkor får inte göras mer ingripande än som är nödvändigt för att tillgodose syftet med paragrafen.”

Stiftelsen Den Nya Valfärden delar inte den bedömningen. Den allmänna proportionalitetsprincipens syfte är att skydda rättigheter. Som principen kommer till uttryck i bland annat svensk grundlag (regeringsformens reglering) avser den att skydda enskilda rättigheter gentemot det allmänna. Principen innebär att myndigheter inte får använda mer ingripande åtgärder än som krävs med hänsyn till ändamålet.

På EU-nivå innebär principen att EU-institutionerna endast får vidta åtgärder om det är nödvändigt för att uppnå målen i fördragen. Åtgärdernas omfattning ska alltså stå i proportion till målet. Om EU kan agera enligt flera olika metoder som ger samma effekt ska alltså den metod väljas som ger medlemsländerna och EU-medborgarna störst frihet.

Offentliga aktörer är dock inte enskilda och skyddas således inte av proportionalitetsprincipen från ingripanden från det allmänna. Proportionalitetsprincipen är således inte relevant i förevarande fall, vilket ju handlar om att riksdagen förbjuder det allmänna, främst kommunala och statliga myndigheter, att agera på visst sätt.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis finner Stiftelsen Den Nya Velfärden att det politiska initiativ som har legat till grund för aktuella lagförslag är lovvärt och tyder på insikt i de problem som drabbar småföretagen. Med förslagets lagtekniska utformning bedömer dock Stiftelsen att syftet med regelverket inte kommer att uppnås. Tvärtom förefaller regelverket snarast ägnat att legitimera stora delar av sådan kompetensstridig, eller på annat sätt olaglig, verksamhet som för närvarande bedrivs av främst kommuner och landsting. Med förslagets nuvarande utformning kan Stiftelsen inte annat än avstyrka detta i sin helhet.

Stockholm den 14 oktober 2008

STIFTELSEN DEN NYA VÄLFÄRDEN



Pär Cronhult
/chefjurist/



Mårten Hyltner
/föredragande/