

Stockholm den 23 juni 2025

Klimat- och näringslivsdepartementet
KN2025/00748 och KN2025/00567

Endast per e-post:
kn.remissvar@regeringskansliet.se och
siri.saeed@regeringskansliet.se

Remissyttrande

SOU 2025:22, FÖRBÄTTRAD KONKURRENS I OFFENTLIG OCH PRIVAT VERKSAMHET OCH HEMSTÄLLAN FRÅN KONKURRENSVERKET OM FÖRETAGSKONCENTRATIONER

INLEDNING

Advokatfirman Kahn Pedersen bedriver högspecialiserad affärsjuridisk rådgivning inom bland annat offentlig upphandling, kommunalrätt, statsstödsrätt och annan kommersiell förvaltningsrätt. Vi har omfattande erfarenhet av juridiskt biträde till kommuner, regioner, statliga myndigheter samt kommunala, regionala och statliga bolag inför allmän förvaltningsdomstol, bland annat vid tillämpning av de upphandlingsrättsliga lagarna, laglighetsprövningar och andra mål inför allmän förvaltningsdomstol, vilka anknyter till det offentligas näringsverksamhet.

Vi inkommer därför med nedan synpunkter på SOU 2025:22, *Förbättrad konkurrens i offentlig och privat verksamhet och hemställan från Konkurrensverket om företagskoncentrationer* ("Betänkandet"). Vårt yttrande följer Betänkandets disposition och rubriksättning.

AVSNITT 6.6.1 – OFFENTLIG SÄLJVERKSAMHET REGLERAS I EN NY LAG

Kahn Pedersen tillstyrker utredningens förslag att de nuvarande bestämmelserna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet i konkurrenslagen (2008:579) upphävs och, om utredningens förslag genomförs, offentliga aktörers säljverksamhet som bedrivs i konkurrens med privata aktörer istället regleras i en egen lag. Givet utredningens uppdrag och bakgrunden till att utredningen tillsattes framstår det, enligt Kahn Pedersens mening, som ändamålsenligt att placera reglerna i en egen lag och särskilja reglerna från konkurrensrättens område.

Reglerna har förvisso till syfte att skydda konkurrensintresset, men Kahn Pedersen kan samtidigt konstatera att reglerna främst aktualiserar frågor om det offentligas näringsverksamhet och det offentligas förhållande till näringslivet, snarare än frågor av sedvanlig konkurrensrättslig karaktär. Regelverket angränsar, med andra ord, i större utsträckning till exempelvis reglerna om offentlig upphandling, den kommunala kompetensen, myndighetsutövning och statsstödsregelverket, och bör följaktligen inte behandlas i en konkurrensrättslig kontext.

Den föreslagna lagen innebär en begränsning i den grundlagsskyddade kommunala kompetensen. I det fortsatta lagstiftningsarbetet bör det därför noga övervägas hur den nya lagen utformas och hur restriktiv den behöver vara i förhållande till offentliga aktörer med hänsyn till de ändamål som ligger bakom förslaget. Inte minst är det angeläget att säkerställa att verksamheter som tillför stor samhällsnytta inte i onödan begränsas eller förbjuds. Vid varje sådan begränsning är det naturligtvis viktigt att påminna sig om regeringsformens reglering om hur sådana begränsningar får att ske.

Den kommunala kompetensen härrör ur 1 kap 1 § samt 14 kap. regeringsformen (RF). I 1 kap. 1 § RF anges:

"Den svenska folkstyrelsen bygger på fri åsiktsbildning och på allmän och lika rösträtt. Den förverkligas genom ett representativt och parlamentariskt statsskick och genom kommunal självstyrelse."

I 14 kap. 2 § RF anges vidare följande:

"Kommunerna sköter lokala och regionala angelägenheter av allmänt intresse på den kommunala självstyrelsens grund. Närmare bestämmelser om detta finns i lag. På samma grund sköter kommunerna även de övriga angelägenheter som bestäms i lag."

Slutligen anges i 14 kap. 3 § RF att "[e]n inskränkning i den kommunala självstyrelsen bör inte gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som har föranlett den".

Dessa tre bestämmelser i regeringsformen ger sammantaget uttryck för relationen mellan statlig och kommunal makt i Sverige och för det betydande mått av kommunalt självstyre som utgör ett av vårt statsskicks mest framträdande grundvalar.

I motivuttalandena till 1974 års regeringsform beskrevs det kommunala självstyret på följande sätt:

"Genom lagstiftningen har som nämnts kommunerna fått betydelsefulla åligganden. Dessa uppgifter ger många gånger stor handlingsfrihet åt kommunerna. Av grundläggande betydelse för kommunernas kompetens är emellertid att de utöver sina särskilda åligganden har en fri sektor inom vilken de kan ombesörja egna angelägenheter. Inom detta område finns alltså utrymme för en kommunal initiativrätt. Denna initiativrätt kan sägas bilda en kärna i den kommunala självbestämmanderätten som bör komma till klart uttryck i RF. Jag föreslår därför att det redan i RF:s inledande paragraf tas in en bestämmelse med innehåll att den svenska folkstyrelsen förverkligas förutom genom ett representativt och parlamentariskt statsskick också genom kommunal självstyrelse. Det senare uttrycket är visserligen obestämt, men det kan likväl anses belysande när det gäller att ge uttryck åt principen om en självständig och inom vissa ramar fri bestämmanderätt för kommunerna."

[...]

Den närmare ansvarsfördelningen mellan stat och kommun bör mot bakgrund av vad jag nyss har sagt inte anges i grundlag. Däremot delar jag beredningens uppfattning att RF bör anvisa på vilket sätt kommunernas uppgiftsområde skall avgränsas. I princip bör också här ställas kravet att lagformen skall anlitas. Genom kravet på riksdagens medverkan skapas en garanti för att frågorna om de kommunala arbetsuppgifterna blir föremål för den allmänna debatt och därav följande genomlysning som deras vikt fordrar. Jag föreslår en bestämmelse i ämnet i 8 kap. 5 § RF. Genom att välja formuleringen att kommunernas befogenheter och åligganden skall anges i lag har jag velat tydligt markera att kommunerna också i fortsättningen skall ha sig tilldelade ett område där de själva mera fritt bedömer vilken verksamhet som skall bedrivas.”¹

Regeringsformens reglering i allmänhet, och kraven på befogenhetsbeskrivningar i lagform i synnerhet, innebär inte bara att riksdagen genom lag ska ha möjlighet att ge kommuner kompetens (även om detta förstås är sant), utan även att den kommunala grundkompetensen *endast kan begränsas genom lag*. Ett annat sätt att uttrycka det, vilket också går att se i regeringsformens portalparagraf, är att kommuner, liksom riksdagen, får sin makt och behörighet direkt av folket, men att riksdagen har möjlighet att genom lagstiftning begränsa den makt som kommuner på detta sätt tilldelats.

Den proportionalitetsprincip som finns i 14 kap. 3 § RF bekräftar detta synsätt. När riksdagen lagstiftar om begränsningar i det kommunala självstyret ska dessa begränsningar inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det mål som begränsningen syftar till. Denna proportionalitetsprincip föreslogs av Grundlagsutredningen², just för att förstärka det konstitutionella skyddet för det kommunala självstyret och se till att detta inte eroderas över tid genom olika befogenhetsbegränsande riksdagsinitiativ.

Denna konstitutionella bakgrund har betydelse vid tolkningen av de lagbestämmelser som reglerar kommunala befogenheter, men även vid en bedömning i det enskilda fallet av huruvida en viss kommunal eller regional verksamhet är kompetensenlig. Följande slutsatser kan dras:

- Även om den kommunala kompetensen regleras i lag så är det inte enbart genom lag som den kommunala kompetensen tillskapas. Kommunal kompetens finns således både i delegerad form (när riksdagen genom lag gett en kommun eller region en viss uppgift) men också i en ”kärnform”, dvs. den ursprungliga kompetens som kommunen får av kommunmedlemmarna.
- Kommuners *kärnkompetens* kan endast begränsas av det underliggande folkmandatet (dvs. befogenheten gäller endast i förhållande till den valkrets som kommunen får sin makt ifrån; denna begränsning kallas ibland lokaliseringsprincipen) eller av uttrycklig lagreglering.
- Kravet på att begränsningar av kommuners befogenheter ska framgå av lag, tillsammans med den proportionalitetsprincip som RF förskriver, innebär att det inte är möjligt att tolkningsvägen begränsa den kommunala kompetensen. Sådana begränsningar kan därför inte

¹ Prop. 1973:90 med förslag till en ny regeringsform, s. 190-191

² Se SOU 2007:93, *Den kommunala självstyrelsens grundlagsskydd*.

heller tillkomma enkom genom praxisbildning. Man bör också avstå från *e contrario*-slut och analogitolkningar av kommunallagen, i vart fall i den mån dessa används för att motivera en begränsning i den kommunala befogenheten. Om det inte finns en uttrycklig lagstadgad begränsning, ska kommunen alltså anses fri att agera i sina medlemmars intresse på det sätt som RF och relevant lagstiftning föreskriver.

Kravet på att begränsningar av kommuners befogenheter ska framgå av lag innebär att det inte är möjligt för riksdagen att delegera rätten att begränsa den kommunala befogenheten till regeringen eller till en myndighet. Som vi nedan kommer att utveckla innebär detta ett hinder mot att Konkurrensverket blir så kallad beslutsmyndighet i lagen om offentlig säljverksamhet.

AVSNITT 6.6.2 – FÖRBUD MOT OTILLBÖRLIG OFFENTLIG SÄLJVERKSAMHET INFÖRS

Ett ständigt gällande förbud som träffar offentliga aktörers säljverksamhet införs

Utredningen anför att intern försäljning vanligen inte anses ingå på marknaden i konkurrensrättsliga sammanhang, utan att det endast är försäljning som erbjuds externt på en marknad som omfattas.

Kahn Pedersen tillstyrker i och för sig att motsvarande ordning bör gälla enligt lagen om offentlig säljverksamhet, men efterfrågar ett förtydligande om att intern försäljning aldrig omfattas av det nya regelverket, exempelvis i fråga om kommunala bolag som säljer och köper tjänster från/till varandra och/eller kommunen. Sådan intern försäljning handlar normalt mer om delning av resurser mellan offentliga organ för att säkerställa ett effektivt resursutnyttjande än om sådan kommersiell försäljning som sker på den externa marknaden. Kahn Pedersen vill också framhålla att det finns annan lagstiftning som tydligt möjliggör sådan intern försäljning, exempelvis bestämmelserna om så kallad intern upphandling i 3 kap. 11-16 §§ lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU") och om så kallad upphandling mellan myndigheter i 3 kap. 17-18 §§ samma lag. Det vore därför mycket olyckligt om den nya lagen om offentlig säljverksamhet skulle utformas eller tillämpas på ett sätt som skulle inskränka de möjligheter som de nämnda bestämmelserna i LOU ger. Vidare är det av samma skäl angeläget att säkerställa att den nya lagen om offentlig säljverksamhet inte inskränker offentlig aktörers möjligheter att anlita inköpscentraler på det sätt som regleras i 7 kap. 10-13 §§ LOU. Ett sådant förtydligande är relevant inte minst mot bakgrund av att de nya reglerna om offentlig säljverksamhet kommer att skiljas från konkurrensrättens område.

Förbudets utformning

Kahn Pedersen tillstyrker i och för sig att fokus ska skiftas från det tidigare konkurrensrättsliga fokuset, men anser att det vore problematiskt om enskilda företag, hur stora eller små de än må vara, ska kunna förhindra offentliga aktörers verksamhet, oavsett hur stor eller liten som påverkan av den offentliga aktörens verksamhet eller förfarande är.

Kahn Pedersen förespråkar därför att det, för att förbudet ska aktualiseras, *dels* krävs att den aktuella verksamheten eller förfarandet har en reell, påvisbar och betydande påverkan på privata aktörers möjlighet att bedriva verksamhet på marknaden, *dels* att det endast är företag av motsvarande storlek och som erbjuder motsvarande tjänster/varor som är relevanta för jämförelsen.

Risken är annars att jämförelsen görs mot irrelevanta aktörer som i realiteten inte har möjlighet att konkurrera på marknaden avseende samma tjänster/varor. Det framstår inte heller som rimligt att enbart den omständigheten att det finns en enskild aktör med mycket begränsad verksamhet, och som bara kan erbjuda motsvarande tjänster/varor i mycket mindre omfattning, ska kunna hindra en offentlig aktörs befintliga verksamhet. (Se även avsnittet "Om termen otillbörlig i lagen om offentlig verksamhet" nedan.)

Om termen otillbörlig i lagen om offentlig säljverksamhet

Utredningen anger att syftet med förslaget inte är att "ineffektiva privata företag ska gynnas genom att förbjuda konkurrens". Kahn Pedersen instämmer i och för sig i utredningens målsättning, men ifrågasätter om inte nuvarande utformning riskerar att möjliggöra just det.

Som anförts under "Förbudets utformning" ovan, innebär utredningens förslag att redan den omständigheten att en offentlig aktörs verksamhet eller förfarande försvårar för privata aktörer att träda in på marknaden att ett förbud mot verksamheten eller förfarandet kan aktualiseras. Det finns emellertid inget undantag för exempelvis ineffektiva företag eller företag vars verksamhet inte är av jämförbar karaktär som den offentliga aktörens.

Kahn Pedersen föreslår därför att det tydliggörs att en verksamhet eller ett förfarande kan anses otillbörligt, endast om det påverkar företagsekonomiskt effektiva företag av jämförbar storlek, med motsvarande verksamhet och som, om det inte vore för det otillbörliga förfarandet eller verksamheten, hade kunnat tillhandahålla samma tjänster/varor till de kunder som den offentliga aktören riktar sig till.

Bedömningen av otillbörliga förfaranden och verksamheter

Utredningen anför att sammanblandning mellan myndighetsutövning och säljverksamhet bör kunna anses ha en otillbörlig påverkan i många fall. Kahn Pedersen har i och för sig inget att invända mot den bedömningen, men efterfrågar ett förtydligande om att verksamhet som bedrivs med stöd av den kommunala överskottscompetensen alltid är tillåten. Annars uppstår risken för att utredningens förslag påverkar gränserna för den kommunala kompetensen, vilket förslagen, enligt utredningen, inte ska göra (s. 354 i Betänkandet).

Utredningen anför att otillbörlig påverkan kan yttra sig i att privata aktörer inte kan träda in på marknaden. Kahn Pedersen efterfrågar i detta avseende ytterligare vägledning om hur bedömningen ska göras, bland annat hur bedömningen ska göras av om den offentliga aktören fyller ett tomrum för att ingen privat aktör vill träda in på marknaden. Om det exempelvis saknats en viss typ av verksamhet i en kommun under en längre tid och kommunen därför träder in för att fylla det tomrummet, men en privat aktör senare påstår att den vill träda in på marknaden, är kommunens verksamhet då otillbörlig? I en sådan situation har kommunen lagt ned resurser för att tillgodose allmänhetens behov, för att senare tvingas avveckla verksamheten enkom för att en privat aktör, i och med kommunens verksamhet, insett att det finns möjlighet att etablera sig på den aktuella marknaden. Det framstår inte som rimligt eller förenligt med intresset av god hushållning med offentliga medel att en sådan verksamhet ska kunna förbjudas, åtminstone inte på kort sikt.

Statsstödsperspektiv på subventioner av en säljverksamhet

Kahn Pedersen invänder mot utredningens bedömning att det faktum att ett stöd som godkänts enligt statsstödsregelverket inte innebär att verksamheten eller förfarandet är tillåtet, eftersom det saknas problematisering kring EU-rättens företräde och risken för att reglerna om offentlig säljverksamhet förhindrar åtgärder som enligt är tillåtna EU-rätten, och därmed hindrar EU-rättens genomslag.

Försvarbart från allmän synpunkt

Kahn Pedersen instämmer i och för sig i vad utredningen anför om att det "bör" vara möjligt att ta hänsyn till andra allmänna intressen än konkurrensintresset vid tillämpningen av reglerna om offentlig säljverksamhet. Kahn Pedersen förespråkar dock att det förtydligas att sådana hänsyn "ska" tas vid tillämpningen, eftersom det är en avgörande del i bedömningen av vad som är försvarbart från allmän synpunkt. Om det vore möjligt att bortse från andra intressen än konkurrensintresset, riskerar viktiga samhällsintressen att inte ens beaktas i bedömningen.

Det är viktigt att återigen understryka att utgångspunkten i regeringsformen är att kommuner har ett betydande mått av självbestämmande vad avser vilka verksamheter som är försvarbara från allmän synpunkt. Begränsningar i detta självbestämmande måste därför tillämpas restriktivt och ha ett tydligt stöd i lag.

Kahn Pedersen invänder mot utredningens bedömning att det inte är nödvändigt att det av lagtext framgår att säljverksamhet som är lagenlig ska anses vara försvarbar från allmän synpunkt. Kahn Pedersen menar att en sådan formulering är nödvändig, skulle ha ett betydande signalvärde och behövs för att förtydliga att vissa verksamheter eller förfaranden som *prima facie* framstår som otillbörliga, faktiskt är tillåtna och förenliga med lagen om offentlig säljverksamhet. Eftersom den omständigheten att en säljverksamhet är lagenlig är en fundamentalt viktig omständighet i bedömningen av försvarbarheten räcker det, enligt Kahn Pedersens mening, inte att det endast nämns i förarbetena, utan bör framgå uttryckligen av lagen.

Kahn Pedersen instämmer i utredningens bedömning att det finns vissa verksamheter som är så angelägna för samhället att de inte helt bör lämnas åt marknaden att tillhandahålla. Som exempel nämner utredningen offentligt ägande och drift av infrastruktur av kommunalt ägda fibernät. Kahn Pedersen instämmer även i utredningens bedömning att beredskapsskäl kan motivera att verksamhet bedrivs i offentlig regi. Det kommer vara helt avgörande för uppbyggnaden av Sveriges civilförsvär och samhällets robusthet att offentliga aktörer inte förhindras att bedriva denna typ av verksamheter, även om det i enskilda fall skulle försvåra för privata aktörer att konkurrera. Det kan också vara ett uttryck för den lokala folkviljan att samhällsviktiga verksamheter i större utsträckning ska bedrivas i offentlig regi. Lagen om offentlig säljverksamhet bör inte utgöra hinder mot att de folkvalda i en kommun eller region går sina väljare till mötes i detta avseende.

Kahn Pedersen efterfrågar ytterligare vägledning om hur offentlig säljverksamhet som präglas av både externa och interna motiv ska bedömas. Detta torde vara relativt vanligt och kommer att ge upphov till betydande gränsdragningsproblem. Även om bedömningen ytterst kommer att behöva göras i det enskilda fallet och de närmare konturerna utmejslas av rättstillämpningen, behövs det ytterligare vägledning och/eller exempel på vad som avgör om en sådan verksamhet är tillåten eller otillåten.

Kahn Pedersen tillstyrker utredningens förslag att verksamheter som är förenliga med lag, författning eller annat bindande ägardirektiv inte ska kunna förbjudas. Kahn Pedersen efterfrågar dock vissa förtydliganden i denna del.

- För det första behöver det förtydligas att detta även gäller rättspraxis från Högsta förvaltningsdomstolen, inte minst eftersom den kommunala kompetensen många gånger utvecklas genom just domstolarnas praxis (jfr s. 366 i Betänkandet).
- För det andra behöver det förtydligas om andra typer av bindande direktiv än ägardirektiv kan beaktas (jfr s. 346 i Betänkandet där det talas om "*annat bindande direktiv*") och vilken typ av direktiv det i så fall kan röra sig om.
- För det tredje behöver det förtydligas vad som gäller för kommunala och regionala bolag i detta avseende. Enligt utredningen kan en bolagsordning i ett kommunalt bolag vilken i sig är oförenlig med kommunallagen (2017:725) inte kan åberopas till stöd för att ett visst förfarande är försvarbart. Kahn Pedersen vill i sammanhanget ifrågasätta denna bedömning. Det finns redan andra rättsmedel för att angripa en bolagsordning som strider mot rättsordningen (laglighetsprövning enligt kommunallagen). Kahn Pedersen ser därför inget objektivt argument för varför en av den lokala beslutande församlingen antagen och lagakraftvunnen bolagsordning (eller ägardirektiv) inte ska tillmätas samma betydelse som en av riksdagen antagen bolagsordning eller ägardirektiv. Kahn Pedersen förespråkar följaktligen att en kommunal eller regional verksamhet som bedrivs i enlighet med en lagakraftvunnen bolagsordning, ägardirektiv eller annat bindande direktiv från en kommunal eller regional beslutande församling inte ska kunna förbjudas.
- För det fjärde är det av största vikt att en laglighetsprövning enligt kommunallagen är slutlig och att Konkurrensverket genom lagen om offentlig säljverksamhet inte ges möjlighet att ompröva lagakraftvunna kommunala beslut. En laglighetsprövning enligt kommunallagen kan bara göras inom tre veckor från det att det tillkännagavs på kommunens, regionens eller kommunalförbundets anslagstavla att protokollet över beslutet justerats. För laglighetsprövningar gäller vidare att samtliga omständigheter som anförs till stöd för talan ska ha anförts inom denna frist. Skälet för dessa regler är att det kommunala självstyret inte ska lamslås av rättsliga invändningar väckta långt efter det att beslutet fattats utan att eventuell rättslig prövning istället ska koncentreras till tiden direkt efter det att det relevanta beslutet fattats. För att detta system inte helt ska undermineras måste det förtydligas att verksamheter som är förenliga med lagakraftvunna kommunala beslut enligt kommunallagen inte ska kunna förbjudas.
- För det femte behövs vägledning om vad som gäller för verksamheter som är "*en direkt och avsedd följd av specialreglering eller en ofrånkomlig följd av denna*" (s. 350 i Betänkandet, vår understrykning). Är det exempelvis tillräckligt att "*följdverksamheten*" är en naturlig följd av en specialreglerad eller på annat sätt kompetensenlig verksamhet? Så torde exempelvis vara fallet för kommunal verksamhet som bedrivs med stöd av överskotts kompetensen, och utredningens förslag ska som bekant inte påverka den kommunala kompetensen (jfr s. 354 i Betänkandet). Hur omfattande får "*följdverksamheten*" vara? Inom vissa områden, exempel-

vis på energi- och kollektivtrafikområdet, kan det uppstå många tänkbara verksamheter som är sprungna ur den reglerade "kärnverksamheten".

Utredningen anför att prövningen av om en verksamhet eller ett förfarande är försvarbart ur allmän synpunkt bör ha sin utgångspunkt i de långsiktiga verkningarna på möjligheterna för privata aktörer att bedriva sin verksamhet, inte vad som sker på kort sikt. Kahn Pedersen efterfrågar förtydliganden och ytterligare vägledning i detta avseende, eftersom uttalandena ger upphov till vissa frågor. Är det exempelvis irrelevant att en privat aktörs möjlighet att ta sig in på marknaden påverkas negativt här och nu? Är det endast relevant om aktörens möjlighet att på längre sikt påverkas negativt? Hur långt fram i tiden ska bedömningen blicka?

Utredningen redogör för att myndigheter under regeringen, med vissa undantag, vart tredje år ska genomföra avgiftssamråd med Ekonomistyrningsverket. Kahn Pedersen förespråkar ett förtydligande av vilken betydelse ett sådant avgiftssamråd har för bedömningen av om ett förfarande är försvarbart ur allmän synpunkt. Enligt Kahn Pedersen borde en prissättning som godtagits av Ekonomistyrningsverket som huvudregel anses försvarbar från allmän synpunkt, eftersom Ekonomistyrningsverket (staten) då har kontrollerat att den aktuella avgiften/prissättningen är beräknad utifrån verksamhetens ekonomiska mål, att regler och riktlinjer på avgiftsområdet följs och att enhetliga och vedertagna principer för prissättning tillämpas.

I övrigt förespråkar Kahn Pedersen ett förtydligande av att lagen om offentlig säljverksamhet inte ska påverka offentliga aktörers möjlighet till internt resursutnyttjande eller andra former av samarbeten som syftar till att tillgodose ett allmänintresse. Detta inkluderar olika former av myndighets-samverkan och myndigheters försäljning till andra myndigheter på angelägna områden, såsom beredskap, inköps-samverkan m.m. (Jfr de ovan nämnda reglerna om intern upphandling respektive upphandling mellan myndigheter i LOU.) Risken är annars att tillåtligheten i olika inköpscentraler, såsom Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet, och olika myndighetssamarbeten, både statliga och kommunala/regionala, kan ifrågasättas enligt reglerna om offentlig säljverksamhet. Det skulle dels påverka nu rådande ordningar, vilka är förenliga med EU-rätten, dels vara mycket olyckligt ur ett resursutnyttjandeperspektiv och leda till att offentliga medel inte kan nyttjas lika effektivt. Det vore vidare förödande för det kommunala och regionala beredskapsarbetet om inte kommuner och regioner kunde samverka fritt för att vidta robusthetshöjande åtgärder till gagn för totalförsvaret.

Särskilt om kommunal kompetens och näringsverksamhet

Utredningen menar att om det "verkar" konstlat att en kommunal verksamhet drivs utan vinstsyfte, är det ett argument för att verksamheten faller utanför den kommunala kompetensen. Kahn Pedersen invänder mot denna bedömning.

Det anförda innebär att utredningen föreslår ett slags presumptionsregel om att viss kommunal verksamhet ska anses ej kompetensenlig, även om den är kompetensenlig. Utöver att uttalandet riskerar att påverka den kommunala kompetensen, kan Kahn Pedersen konstatera att det avgörande inte ska vara hur verksamheten framstår eller om dess syfte "verkar" konstlat; det avgörande måste vara om verksamheten *de facto* är kompetensenlig.

I sammanhanget bör det beaktas att den enda bevisning som ett tillsynsobjekt kan anföra i detta avseende är påståendet om att verksamheten bedrivs utan vinstsyfte. Det är så gott som omöjligt att

motbevisa ett påstående om att något "verkar" ha ett annat syfte. I praktiken kommer det alltså bli fråga om att ord står mot ord, där den enda parten (Konkurrensverket) påstår att något verkar konstlat medan den andra parten (den offentliga aktören) anför att så inte är fallet.

En presumptionsregel i linje med utredningens förslag kommer med andra ord att leda till att kommunala aktörer inte kan försvara sig mot påståendet om att det "verkar" konstlat att en viss verksamhet drivs utan vinstsyfte, eftersom det svårligen går att leda i bevis. En sådan ordning vore inte förenlig med grundläggande rättssäkerhetsprinciper och helt oförenlig med regeringsformens krav på att begränsningar i den kommunala kompetensen måste göras i lag.

Särskilt om kommunal prissättning och självkostnadsprincipen

Kahn Pedersen instämmer i utredningens bedömning att självkostnadsprincipen innebär att konkurrensintresset ska stå tillbaka, eftersom förbud inte kan meddelas mot ett förfarande som är förenligt med lag.

Utredningen anför dock att det inte bör finnas något hinder mot att ingripa mot verksamheter på annan grund, till exempel för att "*blotta närvaron av en offentlig aktör på marknaden innebär att offentliga aktörer [sic!] trängs ut från marknaden och att verksamheten som sådan inte är kompetensenlig*" (s. 356 i Betänkandet). Kahn Pedersen har i och för sig inget att invända mot denna bedömning, men vill framhålla att detta inte kan användas för att kringgå självkostnadsprincipen och därmed förbjuda en verksamhet som bedrivs på grundval av principen.

Kahn Pedersen anser att det bör förtydligas att en verksamhet eller ett förfarande som bedrivs på grundval av, eller är ett utflöde av, självkostnadsprincipen, aldrig kan förbjudas, även om den "*blotta närvaron av en offentlig aktör på marknaden innebär att [privata] aktörer trängs ut från marknaden*".

AVSNITT 6.6.3 – STATLIGA AKTÖRER BÖR BEHANDLAS PÅ SAMMA SÄTT SOM KOMMUNALA AKTÖRER

Kahn Pedersen har inget att invända mot utredningens förslag att statliga aktörer bör behandlas på samma sätt som kommunala aktörer. En förutsättning för detta är dock att statlig verksamhet som är förenlig, eller en följd av, ägardirektiv eller vad riksdagen i övrigt beslutat alltid ska anses försvarbar ur allmän synpunkt.

Kahn Pedersen noterar dock att utredningen uttalar att om ett statligt bolag agerar utanför verksamhetsföremålet, bör säljverksamheten kunna förbjudas om det i övrigt finns förutsättningar för det. I detta avseende efterfrågar Kahn Pedersen ett förtydligande och/eller vägledning i *dels* frågan om verksamhetsföremålet utgör den yttersta gränsen för vad som är tillåten säljverksamhet för statliga företag, *dels* frågan om all verksamhet som ryms inom verksamhetsföremålet (vilket har beslutats av staten) ska anses förenlig med lagen om offentlig säljverksamhet.

AVSNITT 6.6.4 – KRAV PÅ REGELBUNDEN UTVÄRDERING AV SÄLJVERKSAMHET INFÖRS

Kahn Pedersen tillstyrker att utvärderingen av offentliga aktörers säljverksamheter inte ska ske oftare än vart fjärde år. En mer regelbunden utvärderingen skulle, som utredningen konstaterar, skapa onödig administration för de offentliga aktörerna.

Utredningen föreslår att det inte införs något undantag från utvärderingsplikten för säljverksamhet som är av tillfällig natur eller begränsad omfattning. Utredningen motiverar detta med att det kan förekomma att verksamheter som från början varit av begränsad omfattning med tiden växer.

Kahn Pedersen invänder mot denna bedömning, och förespråkar att ett sådant undantag faktiskt införs i den nya lagen. Om en verksamhet växer till att inte längre vara av begränsad omfattning, kommer den per automatik att omfattas av den offentliga aktörens utvärderingsplikt, eftersom den inte längre är av begränsad omfattning. Utredningens argument att det kan förekomma att verksamheter växer över tid saknar därför relevans.

I detta sammanhang noterar Kahn Pedersen även att utredningen funnit det lämpligt att införa ett undantag från kravet på särskild redovisning för säljverksamheter som är tillfälliga eller av mindre omfattning (se s. 383 i Betänkandet). Kahn Pedersen tillstyrker utredningens förslag i den delen, och anser att samma argument (att undvika onödigt betungande krav) gör sig gällande även i fråga om kravet på regelbunden utvärdering av säljverksamhet.

AVSNITT 6.6.6 – KONKURRENSVERKET ÄR TILLSYNS- OCH BESLUTSMYNDIGHET

Som vi redogjort för ovan framgår det av regeringsformen att begränsningar i det kommunala självstyret måste ske genom lag.

En konsekvens av detta är att det inte är möjligt att delegera beslutanderätten om vad som utgör kompetensenlig verksamhet till en myndighet. Istället måste beslut om kompetensenlighet ske genom en laglighetsprövning där endast sådan kommunal verksamhet som tydligt framstår som olaglig vid en ren lagtolkning kan förbjudas. En sådan laglighetsprövning kan endast göras av en rättsvårdande myndighet, dvs. en domstol, i första instans.

Regeringsformen ger alltså inte utrymme för en sakmyndighet som Konkurrensverket att besluta att en viss kommunal verksamhet inte är kompetensenlig.

Mot denna bakgrund framstår det för oss som oförenligt med regeringsformen att låta Konkurrensverket bli beslutsmyndighet på det sätt som utredningen föreslår. Kahn Pedersen avstyrker därför förslaget att Konkurrensverket ska vara beslutsmyndighet enligt lagen om offentlig säljverksamhet.

Däremot ser vi enligt regeringsformen inga hinder mot att Konkurrensverket ges rätten att ansöka om att en förvaltningsdomstol ska besluta om att en viss kommunal verksamhet ska förbjudas eller begränsas. Förvaltningsdomstolens prövning ska då ske utifrån en strikt lagtolkning.

I övrigt föreslår Kahn Pedersen att regeringen överväger att ge en statlig myndighet i uppdrag att ge vägledning om dessa frågor, särskilt med hänsyn till komplexiteten i de frågor som lagen om offent-

lig säljverksamhet kommer att ge upphov till. Kahn Pedersen anser att Upphandlingsmyndigheten vore lämpad att få ett sådant uppdrag, givet myndighetens befintliga uppdrag att vägleda om andra frågor/rättsområden som berör offentliga aktörers affärsverksamhet (offentlig upphandling och statsstöd).

AVSNITT 6.6.7 – KONKURRENSVERKET FÅR FATTA BESLUT OM FÖRELÄGGANDEN

Konkurrensverket får besluta om förelägganden

Kahn Pedersen avstyrker utredningens förslag att Konkurrensverket ska få förelägga "någon annan" att tillhandahålla uppgifter, handlingar eller annat samt att ålägga den som förväntas kunna lämna upplysningar i saken att inställa sig till förhör. Detta särskilt mot bakgrund av att verkets förelägganden ska gälla omedelbart, om inget annat beslutats (mer om detta nedan).

Behovet av denna rätt att förelägga "någon annan" borde vara relativt litet. Information om offentliga aktörers säljverksamhet och förfaranden i säljverksamheter torde nästintill uteslutande finnas hos själva tillsynsobjektet. Om en privat aktör faktiskt anser att den offentliga aktörens beteende påverkar den privata aktören negativt, bör den privata aktören inte behöva tvingas att lämna relevanta upplysningar (utan lämna sådana upplysningar självmant). Under alla omständigheter har konsekvenserna av denna långtgående rätt inte analyserats tillräckligt ingående.

Om en utomstående aktör inte vill lämna upplysningar, kan det exempelvis bero på att utlämnandet är till nackdel för den utomstående aktören. Rättssäkerhetsskäl talar i så fall för att Konkurrensverket inte ska ha rätt att tvinga någon att lämna sådana upplysningar eller infinna sig till förhör, utan föregående domstolsprövning.

Mot denna bakgrund avstyrker Kahn Pedersen även utredningens förslag att Konkurrensverkets förelägganden ska gälla omedelbart, om inget annat beslutas.

Särskild reglering gällande advokatsekretess bör införas

Kahn Pedersen tillstyrker utredningens förslag att den som ett föreläggande riktar sig till inte ska vara skyldig att tillhandahålla en handling vars innehåll kan antas vara sådant att en advokat eller ens advokats biträde inte får höras som vittne om innehållet, och som innehåller av advokaten eller biträdet eller den som tystnadsplikten gäller till förmån för. Detta är en grundläggande rättssäkerhetsgaranti.

Av samma anledningar tillstyrker Kahn Pedersen att en sådan handling ska förseglas och överlämnas till förvaltningsdomstolen i enlighet med utredningens förslag.

AVSNITT 6.6.8 – KONKURRENSVERKET FÅR BEFOGENHET ATT VIDTA ÅTGÄRDER MOT OTILLBÖRLIG SÄLJVERKSAMHET

Som vi anført ovan avstyrker Kahn Pedersen att Konkurrensverket ska vara beslutsmyndighet.

Kahn Pedersen föreslår istället att Konkurrensverket, liksom länge var fallet enligt LOU, ska kunna ansöka om att förvaltningsrätten ska besluta om förbud enligt lagen. En naturlig följd av en sådan

ordning är att Konkurrensverkets inte kan fatta beslut om åtgärder mot otillbörlig säljverksamhet, utan endast ansöka om att domstolen ska fatta beslut om sådana åtgärder. Under förutsättning att denna ändring sker framstår det som ändamålsenligt att domstolen också kan besluta att dess förelägganden ska gälla omedelbart. Huvudregeln bör dock vara att beslut enligt lagen om offentlig säljverksamhet gäller först när de vunnit laga kraft.

Det framstår som sannolikt att beslut enligt lagen om offentlig säljverksamhet kommer att vara mycket ingripande för tillsynsobjekten. Det kommer exempelvis vara möjligt för Konkurrensverket (enligt nuvarande förslag) eller domstol att förbjuda hela verksamheter, vilket skulle innebära avsevärda intrång i offentliga aktörers verksamheter och egendomsskydd samt i många fall det kommunala självstyret.

Att efterkomma ett föreläggande kan leda till såväl stora kostnader som betydande konsekvenser för enskilda offentliga aktörer, exempelvis i form av uppsägningar på grund av arbetsbrist. Om det vid en domstolsprövning visar sig att Konkurrensverkets eller underinstansens bedömning är felaktig, exempelvis för att en verksamhet *de facto* är försvarbar från allmän synpunkt, kommer en skyldighet att börja avveckla verksamheten redan i och med beslutet att ge upphov till onödig kapitalförstöring och potentiellt irreversibla konsekvenser. I sammanhanget bör det även beaktas att regelverket, som utredningen poängterar, innefattar flera svåra gränsdragningar och rättsfrågor. De tillämpningsproblem som sannolikt kommer att prägla regelverkets första tid talar också för att inte tumma på de offentliga aktörernas rättssäkerhet.

Mot denna bakgrund framstår det varken som proportionerligt eller rättssäkert att förelägganden ska gälla omedelbart, särskilt inte förelägganden som innebär att en verksamhet förbjuds. En grundläggande rättssäkerhetsgaranti skulle därför vara att förelägganden inte ska gälla förrän de vunnit laga kraft.

De jämförelser som utredningen gör med vad som gäller för konkurrensrättens område saknar, enligt Kahn Pedersens mening, betydelse, eftersom det nya regelverket ska särskiljas från konkurrensrättens område.

Om förelägganden ändå ska gälla omedelbart, förespråkar Kahn Pedersen att det endast ska avse förelägganden om att upphöra med vissa förfaranden, inte förelägganden om att upphöra med viss verksamhet eller andra typer av mer strukturella ingripanden.

I övrigt har vi följande synpunkter på denna del av Betänkandet.

Yttrande över utkast till beslut

Utredningen föreslår att Konkurrensverket, innan verket beslutar om förelägganden, ska ge den som föreläggandet riktar sig mot tillfälle att yttra sig över verkets utkast till beslut. Kahn Pedersen tillstyrker i och för sig förslaget, men har följande synpunkter.

Vi har omfattande erfarenhet av att företräda upphandlande myndigheter och enheter i tillsynsärenden enligt upphandlingslagarna gentemot Konkurrensverket. Baserat på denna erfarenhet kan vi konstatera att de aktörer som är föremål för Konkurrensverkets tillsyn upplever att Konkurrensverket inte beaktar, utan istället ofta helt bortser från, de omständigheter eller argument som tillsynsobj-

jektet anför. Tillsynsobjektens generella upplevelse av Konkurrensverkets handläggning av ärenden enligt upphandlingslagarna är ofta att inhämtandet av tillsynsobjektets synpunkter endast är en formalitet och att tillsynsobjektets invändningar inte påverkar Konkurrensverkets "preliminära" bedömning. Det upplevs istället som att den "preliminära" bedömningen *de facto* är slutlig, på så vis att det inte spelar någon roll om tillsynsobjektet anför argument eller omständigheter som talar emot Konkurrensverkets "preliminära" bedömning, eftersom sådana argument eller omständigheter inte beaktas av verket.

Det sätt på vilket Konkurrensverket handlägger tillsynsärenden, där tillsynsobjektets invändningar mycket sällan tillmätts någon egentlig betydelse, understryker vikten av att det är en domstol, och inte en sakmyndighet som ges rätten att beslut om begränsningar i den kommunala kompetensen i första instans. Konkurrensverket är inte heller bundet av förvaltningsprocesslagen och kan därmed inte erbjuda den typ av rättssäkerhet som en domstol erbjuder.

Mot denna bakgrund föreslår Kahn Pedersen i första hand att Konkurrensverket inte tillåts bli beslutsmyndighet enligt lagen om offentlig säljverksamhet. I andra hand föreslår Kahn Pedersen att det, i lagen om offentlig säljverksamhet, införs en motiveringsskyldighet för Konkurrensverket med den innebörden att verket ska motivera varför den offentliga aktörens invändningar inte förändrar verkets preliminära bedömning.

Beslut om interimistiska förelägganden får fattas

Kahn Pedersen avstyrker utredningens förslag att Konkurrensverket ska få besluta om interimistiska förelägganden, om det föreligger särskilda skäl.

Som vi anfört tidigare i detta avsnitt 6.6.8, riskerar Konkurrensverkets förelägganden att permanent slå sönder verksamheter som senare visar sig vara tillåtna. De skäl och argument som vi anfört ovan om varför Konkurrensverkets förelägganden inte ska gälla omedelbart gör sig därför ännu mer gällande i fråga om interimistiska förelägganden, vilka ofta har typen av "preliminära" bedömningar eller ställningstaganden.

Vid en avvägning mellan å ena sidan risken för felaktiga bedömningar som leder till irreversibla konsekvenser för både den offentliga aktören och enskilda individer såsom anställda eller kunder, och å andra sidan behovet av att otillåtna beteenden förhindras, anser Kahn Pedersen att rättssäkerhetsskäl väger tyngst.

Om det ändå ska införas en möjlighet för Konkurrensverket att besluta om interimistiska förelägganden, föreslår Kahn Pedersen att det ska krävas "*synnerliga skäl*" och/eller att Konkurrensverket måste ansöka hos förvaltningsrätten om interimistiska åtgärder. Exempel på sådana "*synnerliga skäl*" skulle kunna vara att det rör sig om uppenbara överträdelser av reglerna om offentlig säljverksamhet eller att en privat aktör riskerar att gå i konkurs på grund av (den otillbörliga) konkurrensen från den offentliga aktören och att det enda sättet att hindra konkursen är att den offentliga aktören omedelbart upphör med den påstådda överträdelsen.

AVSNITT 6.6.9 – KONKURRENSVERKET FÅR GODTA ÅTAGANDEN

Kahn Pedersen tillstyrker utredningens förslag i denna del.

AVSNITT 6.6.10 – KONKURRENSVERKET FÅR BESLUTA OM MARKNADSSTÖRNINGSavgift VID ÖVERTRÄDELSE AV LAGENS FÖRBUD

Frågan om uppsåt, oaktsamhet eller strikt ansvar

Kahn Pedersen tillstyrker utredningens förslag att det av rättssäkerhetsskäl inte bör införas ett strikt ansvar för överträdelser av förbudet i lagen om offentlig säljverksamhet. Denna bedömning är särskilt relevant mot bakgrund av att det kommer att finnas betydande osäkerhetsmoment inbyggda i prövningen av huruvida en verksamhet eller ett förfarande är otillbörligt och om det är försvarbart från allmän synpunkt, inte minst eftersom frågorna berör svåra gränsdragningar om den kommunala kompetensen.

En ordning med ett strikt ansvar skulle vidare, precis som utredningen påpekar, riskera att dämpa innovations- och initiativviljan hos offentliga aktörer. Det vore inte önskvärt i en tid då behovet av både innovation och initiativ kanske är större än någonsin för att möta de utmaningar som samhället står inför.

Att den befintliga konfliktlösningsregeln haft begränsat genomslag bör i sammanhanget få stå tillbaka, eftersom utredningens förslag redan innebär en avsevärd skärpning av offentliga aktörers ansvar för offentlig säljverksamhet.

Ringa fall

Kahn Pedersen har i och för sig inget att invända i denna del, men efterfrågar ytterligare vägledning och/eller exempel på vad som kan utgöra ringa fall.

I nuläget anges endast exemplet att överträdelserna framstår som bagatellartad eller försumbar med hänsyn till dess påverkan på privata aktörers möjligheter att bedriva verksamhet på marknaden. Det får anses vara uppenbart att en sådan situation är ett ringa fall (och det kan för övrigt ifrågasättas om en sådan situation överhuvudtaget ska anses utgöra en överträdelse). Exemplet ger därför ingen egentlig vägledning i en fråga som sannolikt kommer vara relevant för tillämpningen av bestämmelserna om marknadsstörningsavgift.

Även om gränserna kommer vara upp till rättstillämpningen att avgöra, krävs ytterligare vägledning och/eller exempel för att domstolarna ska ha möjlighet att förstå vad lagstiftaren avser med "ringa fall".

Kahn Pedersen föreslår vidare att det bör förtydligas att det alltid ska anses utgöra ett ringa fall om den typ av verksamhet som beslutet rör aldrig tidigare varit föremål för ett lagakraftvunnet domstolsavgörande där verksamheten i fråga ansetts förbjuden. Marknadsstörningsavgift är en sanktionsavgift och bör därför inte kunna utgå annat än i fråga om särskilt tydliga lagöverträdelser. Av detta följer att en marknadsstörningsavgift aldrig ska kunna utgå första gången den aktuella typen av verksamhet prövas i domstol.

Den offentliga aktören bör ges tillfälle att yttra sig innan beslut fattas

Som angetts i avsnitt 6.6.8 ovan (se underrubriken *Yttrande över utkast till beslut*) förespråkar Kahn Pedersen att det införs en motiveringsskyldighet för Konkurrensverket innan verket beslutar om eller

ansöker om förelägganden. Av samma skäl och på samma sätt anser Kahn Pedersen att det bör införas en skyldighet för Konkurrensverket att motivera varför verket inte godtar den offentliga aktörens argument innan beslut om marknadsstörningsavgift fattas.

Hinder mot marknadsstörningsavgift

Kahn Pedersen tillstyrker utredningens förslag att det inte ska vara möjligt att besluta om en marknadsstörningsavgift för en överträdelse som omfattas av ett förläggande vid vite, om överträdelsen ligger till grund för en ansökan om utdömande av vitet, eftersom det i ett sådant fall följer av förbudet mot dubbel straffbarhet att ett förfarande om utdömande av vite inte får inledas för samma överträdelse.

En annorlunda ordning skulle riskera att strida mot förbudet mot *ne bis in idem* och såväl de svenska högsta domstolarnas och Europadomstolen för de mänskliga rättigheternas fasta praxis.

AVSNITT 6.6.11 – MARKNADSSTÖRNINGSavgIFTENS STORLEK

Inledningsvis efterfrågar Kahn Pedersen vägledning om vad som ska anses utgöra förmildrande omständigheter. Den vägledningen kan med fördel bestå i både konkreta exempel och allmänna principer för vad som ska anses förmildrande.

För egen del anser Kahn Pedersen att olika self cleaning-åtgärder (självsanering) borde anses utgöra förmildrande omständigheter. Utöver att en sådan ordning skulle skapa tydliga incitament för offentliga aktörer att ändra historiska beteenden, kan Kahn Pedersen konstatera att det ligger i linje med utredningens motiv för att införa en skyldighet för offentliga aktörer att genomföra regelbunden utvärdering av sina säljverksamheter. Utredningen anför att regelbunden utvärdering ger möjlighet till självsanering av otillbörliga förfaranden eller verksamheter, vilket vore positivt för både den offentliga aktören och marknaden (s. 369 i Betänkandet).

Utredningen anför att införandet av en sanktionsavgift (dvs. marknadsstörningsavgiften) kan innebära att offentliga aktörers initiativförmåga och innovationsvilja hämmas. Rädslan för en sanktionsavgift kan även innebära att marknadsmisslyckanden inte åtgärdas för att den offentliga aktören inte vågar träda in på marknaden i fråga.

Kahn Pedersen delar utredningens oro och föreslår därför att de nämnda omständigheterna bör anses vara förmildrande omständigheter vid fastställandet av marknadsstörningsavgiftens storlek. Åtgärder som vidtagits i god tro med ett gott uppsåt bör inte straffas lika hårt som andra verksamheter eller beteenden, särskilt inte mot bakgrund av att regeringen under de senaste åren uppmanat offentliga aktörer att visa initiativförmåga och innovationsvilja för att bland annat effektivisera resursutnyttjande och öka Sveriges beredskapsförmåga och robustheten i civilsamhället.

Kahn Pedersen anser att det, under alla omständigheter, bör förtydligas att en marknadsstörningsavgift inte ska utgå (alternativt sättas ned till noll) den första gången den aktuella typen av verksamhet eller åtgärd förbjuds. Kommuner ska inte riskera marknadsstörningsavgift annat än då det redan framgår av tydlig praxis att den aktuella verksamheten eller åtgärden är förbjuden.

I övrigt har vi följande synpunkter på denna del av Betänkandet.

Bedömning av sanktionsvärdet

Utredningen anför att överträdelsens konkreta eller potentiella konsekvenser för konkurrensen särskilt ska beaktas vid fastställandet av marknadsstörningsavgiftens storlek. I denna bedömning ska, enligt utredningen, de ekonomiska effekterna som ett visst agerande faktiskt eller typiskt sett orsakar på marknaden vägas in.

Kahn Pedersen har ingen invändning i sak, men ser ett behov att det generellt förtydligas att bevisbördan för *både* omständigheter som påverkar marknadsstörningsavgiftens storlek *och* att förutsättningarna för att meddela förbud eller förelägganden åligger tillsynsmyndigheten. Detta inte minst eftersom det rör sig om potentiellt mycket höga sanktionsbelopp. En sådan placering av bevisbördan skulle vara i linje med vad som sedan tidigare gäller för sanktionsavgifter (se t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 4548-21; MÖD 2015:34; SOU 2010:29, s. 407; prop. 2023/24:3, s. 35; samt EU-domstolens avgörande i mål C-601/21, *kommissionen mot Polen*, punkt 71) och får anses vara en grundläggande rättssäkerhetsgaranti. Det följer dessutom av regeringsformens krav på att begräsningar i den kommunala kompetensen ska framgå av lag.

Kahn Pedersen instämmer i utredningens bedömning att om det finns oklarheter kring om ett förfarande eller en verksamhet ska anses vara tillåten enligt reglerna eller inte, bör sanktionsvärdet anses vara relativt lågt, även om det senare visar sig att reglerna har överträtts. Detta kan exempelvis vara fallet när rättsläget är oklart om vad som gäller för den kommunala kompetensen. Om det är oklart huruvida en viss verksamhet är kompetensenlig, bör kommuner kunna utgå från att den inte är förbjuden (eftersom alla begräsningar i den kommunala kompetensen måste framgå av lag) och ska därmed inte riskera att drabbas av någon sanktion.

Preskription

Kahn Pedersen avstyrker utredningens förslag om en femårig preskriptionstid för påförande av marknadsstörningsavgift.

Utredningens enda argument i detta avseende är "*enlighetsskäl*". Utredningen menar att "[d]et finns ingen god anledning till att överträdelser av förbudet mot otillbörlig offentlig säljverksamhet ska ha en kortare preskriptionstid än övriga bestämmelser i konkurrenslagen" (s. 623 i Betänkandet, vår understrykning).

Detta är inte ett relevant argument för en femårig preskriptionstid. Utredningens förslag innebär att reglerna om offentlig säljverksamhet ska skiljas från konkurrenslagen och det framstår därför som motsägelsefullt att konkurrenslagens preskriptionstider ska tjäna som förebild för preskriptionstiden enligt lagen om offentlig säljverksamhet. Reglerna om offentlig säljverksamhet kommer inte längre att omfattas av konkurrenslagen och jämförelser med konkurrenslagen i övrigt saknar därför betydelse.

Kahn Pedersen föreslår istället att preskriptionstiden ska utgå från reglerna om upphandlingsskadeavgift enligt upphandlingslagarna, enligt vilka gäller att Konkurrensverket ska besluta om upphandlingsskadeavgift inom två år från det att avtal slutits (dvs. från tidpunkten för överträdelsen). Enligt Kahn Pedersens uppfattning finns det "*ingen god anledning*" till att marknadsstörningsavgiften ska omfattas av en längre preskriptionstid än upphandlingsskadeavgift enligt upphandlingslagarna. Argumentet om "*enhetlighetsskäl*" gör sig minst lika gällande enligt vårt förslag.

AVSNITT 6.6.13 – KONKURRENSVERKET FÅR FÖRENA BESLUT OM FÖRELÄGGANDEN OCH BESLUT OM ATT GODTA ÅTAGANDEN MED VITE

Som framförts anser Kahn Pedersen att regeringsformen medför hinder mot att Konkurrensverket blir beslutsmyndighet vad avser frågor om den kommunala kompetensen. Mot denna bakgrund framstår det som alldeles särskilt olämpligt att Konkurrensverket, en sakmyndighet, ska kunna förelägga en kommun att vid vite upphöra med en viss kommunal verksamhet.

Med denna reservation tillstyrker Kahn Pedersen att eventuellt vite ska beräknas enligt viteslagen (1985:206).

AVSNITT 6.6.14 – ÖVERKLAGANDE

Kahn Pedersen föreslår att beslut enligt lagen om offentlig säljverksamhet ska fattas av allmän förvaltningsdomstol på ansökan av Konkurrensverket.

Som utredningen påpekar, kommer Konkurrensverket ha möjlighet att väga in andra aktörers synpunkter inför ett beslut om att godta ett åtagande genom att ge berörda aktörer möjlighet att lämna synpunkter innan beslut fattas. Att därutöver ge privata aktörer möjlighet att överklaga beslut skulle, enligt Kahn Pedersens mening, riskera att ge upphov till betydande processekonomiska konsekvenser och både fördröja den laga kraften av Konkurrensverkets beslut och skapa en betydande osäkerhet för offentliga aktörer.

Vidare noterar Kahn Pedersen att reglerna om offentlig säljverksamhet kommer att tillämpas på statliga, kommunala och regionala verksamheter. Prövningar kommer, precis som utredningen konstaterat, ibland att innebära avvägningar mellan politiskt fattade beslut och ett utomstående intresse (konkurrensintresset). Därtill vill Kahn Pedersen framhålla att de verksamheter och förfaranden som kommer att bli föremål för prövning kan komma att angränsa såväl myndighetsutövning som annan offentlig näringsverksamhet, såsom den kommunala kompetensen på det egentliga näringslivets område.

Det kommer därför, enligt vad utredningen anför, vara av yttersta vikt att tillämpningen av lagen om offentlig säljverksamhet överensstämmer med befintlig praxis om bland annat den kommunala kompetensen. Denna typ av gränsdragningsfrågor har utvecklats av förvaltningsdomstolarna och förvaltningsdomstolarna har således störst erfarenhet, och är bäst lämpade, att göra prövningar enligt ett regelverk som kan påverkas av denna praxis. Det kan även rent generellt konstateras att de allmänna förvaltningsdomstolarna har störst erfarenhet av att pröva olika typer av myndighetsbeslut, där ibland andra beslut som fattas av Konkurrensverket.

AVSNITT 6.7 – SEKRETESS FÖR UPPGIFTLÄMNARE

Kahn Pedersen har inget att invända i denna del, men vill understryka vikten av att rätten till partsinsyn alltid ska få företräde framför uppgiftslämnarens eventuella sekretessintressen. Annars riskerar den offentliga aktörens rättssäkerhet, och då särskilt rätten att bemöta anklagelser m.m., att äsidosättas.

Samma rättssäkerhetsskäl bör, enligt Kahn Pedersens mening, även motivera en rätt till insyn, och därmed uppgift om vem uppgiftslämnaren är, under Konkurrensverkets samrådsförfaranden inför beslut om att godta åtaganden enligt lagen om offentlig säljverksamhet.

Att en offentlig aktör inte får veta vem som lämnat uppgifter när uppgifterna inte lett till ett tillsynsämmande framstår däremot, enligt de skäl som utredningen redovisat, som rimligt.

AVSNITT 8 – IKRAFTTRÄDANDE- OCH ÖVERGÅNGSBESTÄMMELSER

Utredningen föreslår att marknadsstörningsavgift enligt lagen om offentlig säljverksamhet inte får tas ut för överträdelser som skett innan lagens ikraftträdande, utan endast för överträdelser som ägt rum efter den 1 augusti 2026.

Kahn Pedersen tillstyrker i utredningens förslag, men anser att det bör förtydligas att det, vid bestämmandet av marknadsstörningsavgiftens storlek, inte ska beaktas huruvida överträdelsen påbörjats före den 1 augusti 2026. Att ett otillåtet agerande påbörjades dessförinnan ska med andra ord inte beaktas i skärpande riktning.
