

Juridiska fakultetskansliet

Klimat- och näringslivsdepartementet

Remiss över Förbättrad konkurrens i offentlig och privat verksamhet (SOU 2025:22)

Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet har genom remiss beretts tillfälle att avge yttrande i rubricerat ärende och vill anföra följande:

Utredningen har haft i uppdrag att undersöka behovet av nya kompletterande regler på konkurrensrättens område med syfte att effektivisera och förbättra konkurrensen i offentlig och privat verksamhet. Mer konkret har utredningens uppdrag bestått av tre delar som har avsett behovet av, resp., (i) ett nytt bredare konkurrensverktyg för Konkurrensverket; (ii) en bredare informationsplikt för företagskoncentrationer, samt (iii) effektivisering av reglerna om konkurrensbegränsande offentlig verksamhet. Utredningen presenterar en omfattande behovsanalys och överväganden i enlighet med sitt uppdrag och lägger fram tre huvudsakliga förslag: 1. förslag till regler om ett nytt konkurrensverktyg att införas i konkurrenslagen 2. förslag till en utvidgad informationsplikt om företagskoncentrationer i konkurrenslagen, samt 3. förslag till en ny lag om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Detta remissyttrande diskuterar främst konkurrensverktyget. Förslagen till informationsplikt om företagskoncentrationer och en ny lag om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet behandlas mer kortfattat.

Sammantaget ställer sig Juridiska fakultetsnämnden försiktigt positiv till förslagen. Utredningen presenterar en gedigen behovsanalys och välavvägda bedömningar. På några punkter anser nämnden dock att förslagen behöver omformuleras eller inte fullföljas.

Konkurrensrättsverktyget

Konkurrensverktygets huvuddrag

Utredningen har valt att benämna det föreslagna konkurrensverktyget för ”utredningar om konkurrensfrämjande åtgärder”. En utredning om konkurrensfrämjande åtgärder inleds

genom ett beslut av Konkurrensverket där verket identifierat hinder för effektiv konkurrens. Utredningen ska sedan inom 18 månader avslutas genom att Konkurrensverket kan ta enskilda beslut gentemot aktörer och ålägga konkurrensfrämjande åtgärder. I likhet med befintliga konkurrensrättsregler skulle verktyget vara allmänt tillämpligt inom alla sektorer av ekonomin. Till skillnad från gällande konkurrensrättsregler skulle dock utredningen vara inriktad på hela marknader (en eller fler) och inte vara begränsad till enskilda företag. Verktöget skulle göra det möjligt för myndigheten att införa beteendemässiga och, när så är lämpligt, strukturella åtgärder. Myndigheten skulle också kunna rekommendera lagstiftningsåtgärder för att förbättra den berörda marknadens funktion. Åtgärderna ska vara framåtblickande och utredningen ska inte fastställa någon överträdelse av de nuvarande konkurrensreglerna, inte besluta om böter eller skadestånd.

Behovet av ett nytt konkurrensverktyg – vilka problem ska adresseras

Det föreslagna konkurrensverktyget innebär att Konkurrensverket skulle ges möjlighet att de facto reglera marknader, branscher eller industrier. Verktöget utgör en hybridform mellan sektorspecifik lagstiftning och individuella beslut.

Enligt utredningen skulle verktyget kunna riktas mot strukturella konkurrensproblem som har negativa konsekvenser för konkurrensen på en eller flera marknader och som i slutändan kan leda till ineffektiva marknadsresultat i form av högre priser, lägre kvalitet, mindre valfrihet och innovation. Strukturella konkurrensproblem kan uppstå i ett stort antal olika scenarier, men de har i en tidigare studie för Europeiska kommissionen generellt delats in i två kategorier beroende på om skadan är på väg att påverka eller redan har påverkat marknaden eller industrin:

Strukturella risker för konkurrensen avser scenarier där vissa marknadsegenskaper (t.ex. stora kombinerade nätverks- och stordriftseffekter, avsaknad av multi-homing och inlåsningseffekter) och beteende hos de företag som är verksamma på de berörda marknaderna skapar ett hot mot konkurrensen. Detta gäller särskilt marknader som lätt ”tippar” till fördel för ett företag. De risker för konkurrensen som kan följa av dessa marknadsegenskaper kan uppstå genom att det skapas mäktiga marknadsaktörer med en fast marknadsposition och/eller en grindvaksposition, vars uppkomst skulle kunna förhindras genom ett tidigt ingripande. De scenarier som faller under denna kategori är ensidiga strategier av ännu icke-dominerande företag för att monopolisera en marknad med konkurrensbegränsande medel.

Strukturell brist på konkurrens avser ett scenario där en marknad inte fungerar väl och inte ger konkurrenskraftiga resultat på grund av sin struktur (dvs. ett strukturellt marknadsmisslyckande). Dessa omfattar i) marknader som uppvisar systemfel som går utöver beteendet hos ett visst företag med marknadsinflytande på grund av vissa strukturella egenskaper, såsom hög koncentration och inträdeshinder, konsumentinlåsning, bristande tillgång till råvaror (t.ex. data eller dataackumulering), och ii) oligopolistiska marknadsstrukturer med ökad risk för tyst samverkan, inklusive marknader med ökad transparens på grund av

algoritmiserade eller AI-baserade tekniska lösningar (som blir allt vanligare inom olika sektorer).¹

De klassiska konkurrensrättsliga bestämmelserna är främst inriktade på att förhindra att konkurrensen försämras, till exempel genom fusioner, hemliga överenskommelser eller missbruk av dominerande ställning. De är, för att använda utredningens terminologi, händelsestyrda, dvs de avser enskilda företags beteende på en relevant marknad.

Åtgärderna är riktade mot att undanröja den konkreta överträdelsen av de konkurrensrättsliga förbuden efter att överträdelsen inträffat (*ex post*). Åtgärderna enligt det föreslagna konkurrensverket är däremot avsedda att vara förhållandestyrda. De skulle bland annat göra det möjligt för Konkurrensverket att identifiera och åtgärda strukturella konkurrens- och marknadsproblem som inte kan hanteras (alls eller lika effektivt) enligt nuvarande konkurrensrättsregler. Åtgärderna skulle alltså inte vara begränsade till företag som redan har en dominerande ställning eller brutit mot de konkurrensrättsliga förbuden. Verket skulle baseras på ett test som gör det möjligt för Konkurrensverket att ingripa när en strukturell risk för konkurrensen eller en strukturell brist på konkurrens hindrar marknaden från att fungera korrekt.

Såsom utredningen anför har flera länder i och utanför EU på senare tid infört liknande konkurrensverktyg grundat på bedömningen att de befintliga konkurrensrättsliga reglerna är otillräckliga för att bemöta ovanbeskrivna konkurrensproblem av framförallt strukturell art. Föregångslandet i detta avseende är Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland (Storbritannien). Europeiska kommissionen övervägde tidigare också behovet av ett liknande "verktyg" för att möjliggöra ingripanden mot strukturella konkurrensproblem, men diskussionerna ledde inte till ett konkret förslag.² Istället antogs

¹ Kommissionen (2020), Konsekvensbedömning. Schweitzer, H., Europeiska kommissionen, Generaldirektoratet för konkurrens, The new competition tool: its institutional set up and procedural design: expert study, Publikationsbyrå, 2020, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/060011>. Motta, M., Peitz, M., European Commission, Directorate-General for Competition, Intervention triggers and underlying theories of harm: expert advice for the impact assessment of a new competition tool: expert study, Publications Office, 2020, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/487824>. Whish, R., European Commission, Directorate-General for Competition, New competition tool: legal comparative study of existing competition tools aimed at addressing structural competition problems with a particular focus on the UK's market investigation tool: expert study, Publications Office, 2020, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/528171>. Larouche, P., Streel, A., European Commission, Directorate-General for Competition, Interplay between the new competition tool and sector-specific regulation in the EU: expert study, Publications Office, 2020, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/521287>. Crawford, G., Rey, P., Schnitzer, M., Europeiska kommissionen, Generaldirektoratet för konkurrens, An economic evaluation of the EC's proposed "new competition tool", Publikationsbyrå, 2020, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/329087>.

² Utredningen s 91 ff. Det bör nämnas att ett reformpaket i Tyskland har gett det tyska Bundeskartellamt (BKA) möjlighet att förklara att ett företag är "av avgörande betydelse för konkurrensen på olika marknader" (BKA, 2020, s. 12[73]). Dessa reformer kompletterar verktygen för missbruk av dominerande ställning genom att ge Bundeskartellamt möjlighet att ta itu med potentiella konkurrensproblem på marknader som ännu inte domineras av ett företag. När BKA t.ex. har identifierat en plattform med "avgörande marknadsövergripande relevans" kan under fem år myndigheten utfärda ett beslut som förbjuder detta företag från att företa vissa strategiska handlingar. Thomas Höppner, "Digital Upgrade of German Antitrust Law - Blueprint for Regulating Systemic Platforms in Europe and Beyond?", på <https://www.hausfeld.com/news-press/digital-upgrade-of-german-antitrust-law-blueprint-for-regulating-systemic-platforms-in-europe-and-beyond>. Icke desto mindre överväger den tyska lagstiftaren nu att ändra den tyska konkurrenslagen med ett konkurrensverktyg som liknar den brittiska versionen.

som bekant en sektorspecifik reglering för grindvakter på digitala marknader.³ Förordningen om digitala marknader vänder sig dock endast till aktörer av särskild marknadsbetydelse som av kommissionen definierats som grindvakter och är även i övrigt centrerad kring Europeiska kommissionen. Det kan således inte förväntas vara ett effektivt verktyg för att reglera dynamiska marknadsstrukturer och konkurrens i mindre ekonomier.

Oberoende från utvecklingen på europeisk nivå, har flera nordiska länder de senaste åren infört ett särskilt konkurrensverktyg. I ett gemensamt uttalande från 2020 har de nordiska konkurrensmyndigheterna anfört att ett liknande konkurrensverktyg har potential att medföra vissa fördelar, bland annat möjligheten att utveckla ett mer holistiskt synsätt som tar hänsyn till olika aspekter av den eller de berörda marknaderna. Dessutom skulle det nya verktyget göra det möjligt att vidta åtgärder riktade mot strukturella konkurrensproblem av den slag som diskuterats ovan, t.ex. oligopolistiska nationella marknader som underlättar konkurrensbegränsande beteende som inte kan hanteras på ett tillfredsställande sätt enligt de nuvarande konkurrenslagarna.⁴

Utredningen analyserar noggrant de problem som diskuterats vid införandet av liknande konkurrensverktyg i andra nordiska och europeiska länder. Dessutom anger utredningen flera svenska exempel på nätverkseffekter och tippning (bruce-utredningen), höga byteskostnader (speciellt för den finansiella sektorn), oligopol med samordning baserat på algoritmer (bensin och dieselmaknaderna), bilateral marknadsmakt genom vertikala strukturer (MFN-klausuler), problem med asymmetriskt informationsinnehav samt problem med regleringsluckor och offentlig ineffektivitet (SJ och fjärmvärme).⁵ De svenska exemplen kunde utvecklats bättre samt utredningen skulle kunnat i detalj visa på exempel där konkurrensrätten inte kunde nyttjas för att på ett effektivt sätt adressera de problem som beskrivits ovan.⁶

Oavsett dessa invändningar är det dock enligt Juridiska fakultetsnämnden klarlagt att de problem som utredningen redogör för styrker på ett adekvat sätt behovet av ett konkurrensverktyg. Ett konkurrensverktyg kan spela en mer proaktiv roll för att främja ökad konkurrens. Det kan användas för att införa åtgärder som kan öppna marknader och

<https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2022/10/germany-proposes-law-on-competition-that-strengthens-the-federal-cartel-office>

³ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2022/1925 av den 14 september 2022 om öppna och rättvisa marknader inom den digitala sektorn och om ändring av direktiv (EU) 2019/1937 och (EU) 2020/1828 (Förordningen om digitala marknader). Dessutom blev Förordningen om digitala marknader komplicerad. Det är ett invecklat förvaltningsrättsligt verktyg som är halvt exklusivt till förmån för kommissionen. Det är i själva verket ett verktyg för EU-kommissionen som riktar sig till de allra största plattformarna.

⁴ De nordiska konkurrensmyndigheterna gjorde ett gemensamt uttalande 2020 och verkar föredra ett konkurrensverktyg snarare än en förhandsreglering. Jfr Digitala plattformar och de potentiella förändringarna av konkurrenslagstiftningen på europeisk nivå - *De nordiska konkurrensmyndigheternas syn, 2020 Nordiska konkurrensmyndigheternas memorandum*, tillgängligt på: <https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2020/09/Nordic-report-2020-memorandum-on-digital-platforms.pdf>.

⁵ Utredningen, speciellt kapitel 4.4.3. och kapitel 4.4.4.

⁶ Märkligt är att något av exemplen som tas upp har tvärtom adresserats av Konkurrensverket genom användning av den nuvarande konkurrensrätten, samt vissa problem bör möjligen primärt adresseras av kommissionen med hjälp av Förordningen om digitala marknader snarare än av nationella konkurrensmyndigheter.

är avsedda att förändra hela konkurrenssituationen.⁷ Verktöget skulle göra det möjligt för Konkurrensverket, åtminstone i teorin, att undersöka strategiska ömsesidiga beroenden mellan företag, inklusive tyst samordning, med ett starkt fokus på att identifiera konkurrensbegränsande effekter. Möjligheten att undersöka "snäva oligopol" är en viktig fördel med det föreslagna systemet. Detta stöds även av ekonomisk och juridisk forskning som under ett antal år visat på marknads- och regleringsmisslyckanden, speciellt för den digitala ekonomin, som inte kan adresseras på ett adekvat sätt med hjälp av den nuvarande konkurrensrätten.⁸ Det bör således anses vara klarlagt att det finns behov av ett verktyg för konkurrensfrämjande åtgärder som ett komplement till de befintliga konkurrensreglerna och annan sektorsspecifik lagstiftning. Med tanke på att ett sådant verktyg avviker avsevärt från de väletablerade principerna som det befintliga konkurrensrättsliga regelverket vilar på, vill Juridiska fakultetsnämnden dock understryka att utformningen av ett sådant verktyg bör ägnas stort omsorg.

Det föreslagna verktygets utformning och syfte

Konkurrensverktyget ska enligt utredningen regleras i ett relativt kortfattat kapitel i konkurrenslagen. Texten kanske inte är helt stringent i alla delar. Den centrala regeln är den om ålägganden av konkurrensfrämjande åtgärder. 3a kap 1 § 1 st konkurrenslagen lyder som följer:

”Om det finns hinder för en effektiv konkurrens på en eller flera marknader, får Konkurrensverket ålägga ett eller flera företag att vidta åtgärder för att främja en sådan konkurrens.”

Vidare innehåller det föreslagna kapitel 3a regler om åtaganden från företag (3a kap 1 § 2 st), om offentliggörande och samråd (3a kap 1 § 3 st), om tidsfrister (3a kap 1 § 4 st), samt om omprövning (3a kap 1 § 5 st). Samtidigt är det anmärkningsvärt att kapitlet innehåller inga bestämmelser om hur en utredning om konkurrensfrämjande åtgärder ska gå till; detta trots att utredningens huvudsakliga uppdrag har varit att föreslå ”hur ett effektivt tillsynssystem för utredningar om konkurrensfrämjande åtgärder bör utformas.” Juridiska fakultetsnämnden förespråkar större tydlighet med avseende på utredningarnas

⁷ De Open Banking-åtgärder som följde av marknadsundersökningen av den brittiska detaljistbanken är enligt Fletcher ett bra exempel, eftersom de utformades för att öppna upp för innovativ konkurrens från ny teknik och nya affärsmodeller. Se Fletcher, Amelia, Market Investigations for Digital Platforms: Panacea or Complement? (6 augusti 2020). Tillgänglig på SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3668289>.

⁸ Under 2019 skrevs det t.ex. ett antal rapporter som fokuserade på de marknads- och regleringsproblem som förelåg i den digitala ekonomin: Australian Competition and Consumer Commission (2019), Digital Platforms Inquiry. Final Report; BRICS Competition Law and Policy Centre (2019), Digital Era Competition: A BRICS View Committee for the Study of Digital Platforms (2019), Final Report by the Market Structure and Antitrust Subcommittee, George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State; Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye and Heike Schweitzer (2019), Competition policy for the digital era, Publications Office of the European Union. Federal Ministry for Economic Affairs and Energy (2019), A new competition framework for the digital economy. Report by the Commission ‘Competition Law 4.0’; Furman Report: HM Treasury (2019), Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel.

förlopp, t ex när och hur en utredning om konkurrensfrämjande åtgärder ska inledas, vilka steg utredningen ska gå igenom mm (se nedan).

Så som bestämmelserna i kap. 3a är utformade verkar konkurrensverket lägga fokus på främjandet av effektiv konkurrens. Detta förklaras delvis med syftet att erbjuda ett verktyg som kan riktas mot hela marknader och inte mot enskilda företag; samt tillämpas framgent och inte bakåt i tiden. Begreppet ”främjande av effektiv konkurrens” är dock ganska vagt. Man kan fråga sig om inte ålägganden ska adressera hindren snarare än åtgärder för att öka konkurrensen. Det kan noteras att utredningen specificerar i betänkandet att utredningar om konkurrensfrämjande åtgärder syftar till att främja konkurrens framgent ”genom att undanröja hinder för effektiv konkurrens”.⁹ Konkurrensverkets uppdrag och kunskap generellt ligger i att lagföra och åtgärda hinder för effektiv konkurrens snarare än en generell kunskap att främja konkurrens. Verket bör fokusera på identifierade förhållandestyrda hinder för en effektiv konkurrens. Med andra ord måste hindren vara i fokus, annars blir kausaliteten mellan hinder och åtgärd otydlig, samt bedömningen av åtgärdernas proportionalitet i ljuset av hindren försvåras (se nedan).

Förutsättningar för ingripande

Relaterat till ovan, vill Juridiska fakultetsnämnden poängtera vikten av att i kapitlets centrala bestämmelser tydligare ange förutsättningarna för Konkurrensverkets ingripande. Dessa bör relatera för det första till (i) identifierade konkreta hinder för effektiv konkurrens och för det andra till (ii) konstaterad otillräcklighet av de befintliga konkurrensrättsreglerna att bemöta problemet och undanröja hindren.

Vad gäller första förutsättningen, är kravet på identifiering av hinder på en eller flera marknader mycket allmänhållet i förslaget. Utredningen överväger att formulera särskilda förutsättningar som är anpassade till konkreta hinder för effektiv konkurrens, men bedömer i slutändan att en sådan specificering skulle begränsa verktygets flexibilitet och försvåra tillämpningen. Ett annat alternativ som utredningen överväger men förkastar är att införa ett påtaglighetsrekvisit och därmed höja tröskeln för ingripanden. Juridiska fakultetsnämnden instämmer i att en specificering av förutsättningarna för ingripande skulle kunna göra verktyget mindre effektivt för att bemöta framtida utmaningar på dynamiska marknader. Vidare skulle en påtaglighetsrekvisit kunna försvåra åtgärder mot mindre konkurrensproblem, som dock kan åtgärdas med enkla åtgärder. Å andra sidan, finns det risk att tröskeln för ingripande är så lågt ställt att det kan skapa oförutsägbarhet för berörda företag samt leda till onödiga åtgärder. Med tanke på det stora handlingsutrymmet som det nya verktyget lämnar åt Konkurrensverket, skulle ett höjande av tröskeln för ingripande bidra till viss återhållsamhet och noggrann avvägning av behovet för åtgärder. Här kan nämnas att förutsättningarna för inledande av undersökningar och för ingripande för både BKA och CMA är definierade i mer konkreta termer i respektive regelverk.¹⁰

Vad gäller vidare den andra förutsättningen, som gäller förhållandet till de befintliga konkurrensrättsliga reglerna, anger utredningen att ”[e]n naturlig utgångspunkt [för när en utredning för konkurrensfrämjande åtgärder kan komma att användas] är de

⁹ Utredningen. s 209.

¹⁰ Utredningen s 111 och 128.

konkurrensproblem som inte kan åtgärdas effektivt med stöd av det befintliga konkurrensrättsliga regelverket.”¹¹ Samtidigt återspeglas detta inte i lagtexten. Enligt bestämmelserna i kap. 3a står det Konkurrensverket fritt att välja att använda konkurrensverktyget snarare än de mer svårbevisade förbuden om konkurrensbegränsande avtalet eller missbruk av dominerande ställning. Juridiska fakultetsnämnden föreslår därför att det bör framgå av lagtext att konkurrensverktyget ska tillämpas först när förbudsreglerna inte bedöms vara tillämpliga eller adekvata för att adressera de hinder som identifierats samt att Konkurrensverket bör motivera och förklara i sitt beslut om konkurrensfrämjande åtgärder varför förbudsreglerna inte kan eller bör tillämpas.

Vid bedömningen av vilka regler bör användas krävs att Konkurrensverket gör en noggrann analys, speciellt i ljuset av principen om *ne bis in idem* och med hänsyn till möjliga konsekvenser för det fall att det senare visar sig att den väg eller strategi som Konkurrensverket valt inte ger stöd för de åtgärder som Konkurrensverket vill implementera på marknaden eller industrin. Juridiska fakultetsnämnden uppfattning är även att de befintliga konkurrensrättsförbuden bör vara att föredra framför konkurrensverktyget eftersom de skapar förpliktelser både vad gäller böter och skadestånd för överträdelse; något som inte är möjligt med verktyget. Med andra ord bör konkurrensverktyget tillämpas enligt en sorts subsidiaritetsprincip i förhållande till de konkurrensrättsliga förbuden.

Typer av åtgärder och Konkurrensverkets befogenheter

Verktyget ger möjlighet för Konkurrensverket att införa effektiva beteendemässiga och strukturella ålägganden, samtidigt som dessa ålägganden ska stå i proportion till de i utredningen identifierade hindren. Omfattningen på de potentiella korrigerande åtgärder som den föreslagna lagstiftningen öppnar upp för ger tydliga möjligheter att reglera och korrigera marknader, industrier och branscher. Till skillnad från ålägganden enligt den klassiska konkurrenslagstiftningen som tenderar att vara snäva och bakåtblickande, kan åtgärder som vidtas med hjälp av konkurrensverktyget vara framåtblickande och tillämpas på hela marknader eller industrier. Så som konkurrensverktyget är uppbyggd, kan flera enskilda företag ges ålägganden oberoende av marknadsstyrka eller av att ett konkurrensbegränsande avtal identifierats. Ett åläggande enligt verktyget kan dessutom vara bredare än vad som är fallet under förbudsreglerna.¹² Den främsta begränsningen är dock att åtgärderna ska riktas till identifierade företag, vilket inskränker möjligheten att införa horisontell reglering som inte är företagsspecifika.¹³

Bredden av möjliga ålägganden kan ses som problematisk, eftersom den ger alltför stort utrymme för ingripanden och alltför stor diskretion för den ingripande myndigheten (Konkurrensverket). De typer av ingripanden som möjliggörs genom ett konkurrensverktyg kan anses likna dem som mer typiskt införs genom lagstiftning, men vad gäller verktyget utan någon parlamentarisk granskningsprocess. De svenska normgivningsreglerna i kap 8 Regeringsformen (RF) begränsar även möjligheten för regeringen och Konkurrensverket att utfärda generella föreskrifter i vissa fall och det kan

¹¹ Utredningen s 172.

¹² Se Fletcher, Amelia, Marknadsundersökningar för digitala plattformar: universalmedel eller komplement? (6 augusti 2020). Tillgänglig på SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3668289> eller <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3668289>. Ibid.

¹³ Samma problem föreligger med det verktyg som finns i Storbritannien.

vara skälet till att utredningen valde att utforma konkurrensverktyget så att det utmynnar i enskilda beslut snarare än i sektorsövergripande reglering.¹⁴ Verket kan inte utfärda generella föreskrifter utan de åtgärder som verket bestämmer om kommer återfinnas som beslut riktade till enskilda företag.¹⁵

Det finns både fördelar och nackdelar med denna lösning. Fördelen är att enskilda företag kan överklaga besluten, vilket kunde vara svårt om åtgärderna skulle införlivas i en generell föreskrift. Nackdelen är att det kan bli många överklaganden, att enskilda företag kan anse det svårt att framföra relevanta grunder för att beslut som riktas gentemot dem enskilt ska rivas upp, men där problemen som verket har identifierat är mer generella och strukturella.

Med andra ord medan enskilda företag kan åberopa generella regleringar gentemot den som överträder skyldigheter i regleringen, kan enskilda beslut av Konkurrensverket enligt konkurrensverktyget, t.ex. om dataåtkomst eller dataportabilitet, troligen inte åberopas av enskilda företag (tredje män) gentemot det företag som är adressat till beslutet. Det framgår inte tydligt av förslaget, men det verkar som att det enbart är Konkurrensverket som kan genomdriva ett åläggande av åtgärder. Det finns även frågetecken om det utpekade företaget kan motsätta sig att åtfölja beslut under konkurrensverktyget som de anser är i strid med en immaterialrättslig rättighet, GDPR eller regler om cybersäkerhet. En generell föreskrift är tillämplig *erga omnes*. Den kan ge rättigheter till vissa företag t.ex. att få dataåtkomst. Dessa rättigheter skulle kunna anses *lex specialis* och därmed möjliggöra dataåtkomst som annars skulle vara i strid med en immateriell rättighet, GDPR eller regler om cybersäkerhet.¹⁶ Därtill kan möjligen en domstol anse att flera enskilda beslut mot företag i en industri vid en konstitutionell granskning anses de facto vara en generell föreskrift i strid med t.ex. 8 kap 3 § RF.

Juridiska fakultetsnämnden anser att ovan angivna överväganden inte ska föranleda att ett konkurrensverktyg inte införs. Dock pekar övervägandena på en rättslig och processuell risk att besluten angräps inte enbart materiellt utan även på konstitutionella grunder. Konkurrensverket bör dock genom praxis kunna identifiera och mejsla ut gränserna för verktygets omfattning och tillämpningsområde.

Beslutsprocessen

Juridiska fakultetsnämnden instämmer i att befogenheten att vidta beteendemässiga och strukturella åtgärder bör ligga hos Konkurrensverket. Det är dock flera aspekter av beslutsprocessen som förtjänar närmare uppmärksamhet.

I de jurisdiktioner där liknande konkurrensverktyg har införts baseras tillämpningen av verktygen på strikta krav på välunderbyggd ekonomisk analys, lagstadgade rättssäkerhetsgarantier samt ett transparent och inkluderande förfarande. För att ta CMA:s modell som exempel, är, för det första, den grupp som genomför marknadsundersökningen ofta oberoende av den grupp som tar det slutliga beslutet om

¹⁴ Utredningen s 191ff.

¹⁵ Det bör nämnas att omfattande ingripanden på hela marknader eller i hela branscher kanske inte utlöser rätten till försvar för enskilda företag i samma utsträckning som de vanliga konkurrensrättsliga utredningarna gör. Icke desto mindre måste de berörda företagens rättigheter och friheter upprätthållas.

¹⁶ Se Scania-målet, Mål C-319/22 Scania ECLI:EU:C:2023:837

åtgärder för att komma till rätta med de problem som identifierats på en viss marknad, industri eller bransch.¹⁷ Den grupp som tar beslutet om att genomföra en undersökning bör ha identifierat att konkurrensen kan vara snedvriden på en marknad eller att det finns ett marknadsmisslyckande och att marknaden behöver undersökas.¹⁸ För det andra styrs förfarandet av en lagstadgad tidsram, där alla berörda parter har möjlighet att kommentera de preliminära resultaten av undersökningen, samt utredningen görs allmänt tillgänglig på konkurrensmyndighetens webbplats. Detta gör det i sin tur möjligt att utveckla en öppen dialog med de företag som kan ha ett intresse av undersökningen. Vidare utlöses införandet av korrigerande åtgärder av en tydligt identifierad rättslig standard, med en tydlig koppling till ekonomiska överväganden, t.ex. förekomsten av i vart fall *en negativ effekt på konkurrensen* eller till och med ett *allvarligt hinder för konkurrensen*, vilket måste styrkas med tillräckliga bevis. Myndighetens beslut tas sedan av en grupp eller en kommitté som bemannas av i förhållande till myndigheten externa medlemmar samt överklagade beslut granskas av domstolar.¹⁹

I ljuset av ovan anser Juridiska fakultetsnämnden att de överväganden som utredningen presenterar angående beslutsgången och förfarandet för det föreslagna konkurrensverket är otillräckliga. Juridiska fakultetsnämnden håller inledningsvis med utredningen att det inte ska föreligga möjlighet att få beslutet att inleda en undersökning överprövat i domstol. En sådan rätt till överprövning skulle kunna nyttjas för att förhåla processen, som istället ska vara snabb och effektiv; något som skulle vara av intresse inte minst för de företag som ska ingå i utredningen. Det finns tidsramar (18 + månader) som Konkurrensverket ska följa enligt förslaget, som innebär att undersökningen inte bör anses bli för betungande för de företag som är involverade.

För det andra, ställs frågan om vilken form och grad av bevisning det ska krävas för att inleda en utredning om konkurrensfrämjande åtgärder. Det är lite oklart vilken grad av säkerhet som krävs enligt förslaget.²⁰ Vid initierandet av en utredning bör de hinder som ska utredas för konkurrensfrämjande åtgärder i vart fall vara sannolika, dock bör när väl utredningen har genomförts och korrigerande åtgärder ska åläggas gentemot det enskilda bolaget beviskravet ställas högre. Då bör hinder som identifierats enligt 3a kap 1 § vara verifierbara, dvs. Konkurrensverket ska visa mer än enbart potentiella effekter eller hinder. Konkurrensverket bör visa att konkurrenshämmade effekter eller hinder de facto föreligger med t.ex. en fungerande och trovärdig kontrafaktisk metod (t.ex. DiD – Difference in Difference metodik).²¹ Därmed bör verket vara tvingad att faktisk genomföra en marknadsanalys där en eller flera marknader identifieras.²² Det kan vara svårt och kan innebära att små effekter och försumbara hinder inte kommer föranleda att åtgärder beslutas av Konkurrensverket. Vad gäller avsaknad av innovation bör dock beviskraven vara lägre, eftersom det är notoriskt svårt om inte omöjligt att visa på att

¹⁷ Se diskussion nedan.

¹⁸ I Storbritannien kan sektorspecifika myndigheter och regeringen hänvisa till CMA.

¹⁹ Digitala plattformar och de potentiella förändringarna av konkurrenslagstiftningen på europeisk nivå - De nordiska konkurrensmyndigheternas syn, 2020 Nordiska konkurrensmyndigheternas memorandum, tillgänglig på: <https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2020/09/Nordic-report-2020-memorandum-on-digital-platforms.pdf>.

²⁰ Utredningen, s. 210f., 226. Enligt förslaget ska det "stå klart" (s 228) att det finns hinder redan vid inledningen av utredningen. Det ter sig lite märkligt.

²¹ See t.ex. John Kwoka, The effects of mergers on innovation: economic framework and empirical evidence, in: Nihoul, P., & Van, C. P. (Eds.). (2018). The roles of innovation in competition law analysis

²² Jmf. Utredningen s 212f

innovationer inte uppkommit i en kontrafaktisk analys. Eftersom innovationer är viktiga för en liten ekonomi som Sverige, bör här beviskravet vara t.ex. sannolikt.

Vad gäller de åtgärder som kan åläggas bör här ges ett stort utrymme för Konkurrensverket, dock måste det finnas vissa begränsningar. Generellt måste åtgärderna vara proportionella och korrelera med de hinder och problem som identifieras. Åtgärderna måste vara ägnade att åtgärda hindren. Därtill bör inte Konkurrensverket kunna besluta om ålägganden som innebär ett förstatligande (expropriation) av företag eller ren pris/utbudsreglering; detta med hänsyn till det grundlagsstadgade skyddet av äganderätten och näringsfriheten. Vidare bör beaktas om åtgärder vidtagits på EU nivå, t.ex. i enlighet med DMA-förordningen.²³ Det kan ses som ett hinder för att införa åtgärder enligt det ny föreslagna svenska verktyget.

Avslutningsvis vill Juridiska fakultetsnämnden påpeka att det saknas i utredningen förslag på en kollektiv beslutsmekanism. Juridiska fakultetsnämnden anser att det är märkligt att utredningen inte överväger att föreslå att Konkurrensverket ska frångå den beslutsordning som nu föreligger, dvs. med en generaldirektör som tar samtliga beslut enskilt (enrådhetsmyndighet) i vart fall vad gäller det föreslagna konkurrensverktyget. Om Konkurrensverket ska ges en så vidsträckt möjlighet att ålägga åtgärder och strukturera om olika marknader och industrier måste besluten beredas och fattas av en grupp med representanter från samhället, forskningen och andra myndigheter. Juridiska fakultetsnämnden föreslog redan vid ändringen av processordningen i konkurrenslagen i samband med genomförandet av ECN+ direktivet att Konkurrensverket ska frångå vara en enrådhetsmyndighet, och nu är en sådan reform än mer angelägen. Beslut om att inleda en utredning om konkurrensfrämjande åtgärder kan möjligen tas av Konkurrensverkets GD (dock helst tillsammans med en styrelse eller ett råd bestående av oberoende experter), men beslutet om att ålägga åtgärder bör tas av en från myndigheten fristående grupp. De konkurrensmyndigheter som ligger i framkant i Europa har en beslutsprocess där inte enbart en person tar de relevanta besluten. Här borde inspiration tas av systemet i Storbritannien. Som anförts ovan finns i det brittiska systemet en tydlig uppdelning av beslutsfattandet mellan beslutet att initiera en utredning (hänskjuta en marknad för undersökning), som fattas av CMA:s styrelse, och det slutliga beslutet om åtgärder, som fattas av en grupp oberoende beslutsfattare (en CMA-panel). Medlemmarna i CMA-panelen ska vara erfarna, opolitiska och bidrar med en mångfald av expertis och perspektiv. De är inte anställda av CMA. Gruppmedlemmarna för varje marknadsundersökning namnges offentligt. De regler om samråd som ska införas enligt utredningen väger inte upp de problem som är förknippade med att Konkurrensverket är en enrådhetsmyndighet. Därtill behöver Konkurrensverket för att fatta beslut om konkurrensfrämjande åtgärder även kompetens om hur konkurrens främjas mer allmänt, något som inte existerar idag.

Informationsplikt om företagskoncentrationer och ny lag om offentlig säljverksamhet

²³ Konvergenskrav mellan 1/2003 och konkurrensverktyget analyseras i utredningen. Möjligen bör en motsvarande analys genomföras i ljuset av Förordningen om digitala marknader (Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2022/1925 av den 14 september 2022 om öppna och rättvisa marknader inom den digitala sektorn och om ändring av direktiv (EU) 2019/1937 och (EU) 2020/1828 (Förordningen om digitala marknader)

Juridiska fakultetsnämnden tillstyrker förslaget om utökad informationsplikt om företagskoncentrationer, dock vill återigen påpeka att Konkurrensverket bör frågå från att vara en enrådighetsmyndighet och förankra sina beslut i en styrelse med oberoende experter och representanter från samhället i stort.

Juridiska fakultetsnämnden tillstyrker även förslaget om en ny lag om offentlig säljverksamhet men vill samtidigt påpeka vissa risker med några formuleringar i den nya lagen samt föreslå några ändringar.

Lagförslaget syftar till att komma till rätta med bristerna i det nuvarande regelverket (KOS), och till många delar uppnår detta syfte. Juridiska fakultetsnämnden vill dock påpeka att lagförslaget bygger fortfarande på begrepp som är svåra att precisera och avgränsa. Till exempel präglas begreppet otillbörlig säljverksamhet av betydande vaghet. Trots att termen ”otillbörlig” förekommer i andra lagstiftningar²⁴ och utredningen försöker specificera användningen i den nya lagen, förblir det inte helt tydligt vad som skulle kunna utgöra ”otillbörlig påverkan” i praktiken. Otillbörligheten kan antas relatera till offentliga aktörers ekonomiska beteenden, men det finns risk att bedömningen påverkas av det andra kriteriet enligt lagförslaget, nämligen försvarbarheten från allmän synpunkt. Juridiska fakultetsnämnden noterar att avsaknaden av tydligare kriterier för att precisera begreppen otillbörlig offentlig säljverksamhet och försvarbarhet från allmän synpunkt kan försvåra rättstillämpningen.²⁵

En punkt som Juridiska fakultetsnämnden ställer sig kritisk till är det nya kravet om att offentliga aktörer (staten, kommuner och regioner) vart fjärde år utvärderar och dokumenterar hur deras säljverksamhet förhåller sig till förbudet mot otillbörlig offentlig säljverksamhet. Intentionerna med ett sådant krav är goda, men det kan ifrågasättas huruvida ny och omfattande redovisnings- och dokumentationskrav är förenliga med en uttalad vilja att minska den redan omfattande administrativa bördan för förvaltningen på både nationell och europeisk nivå.

Enligt utredningens förslag skulle den förbudsbestämmelse som införs i den nya lagen tona ned de konkurrensrättsliga aspekterna i regleringen, bl.a. ska den relevanta marknaden inte behöva avgränsas. Juridiska fakultetsnämnden är av uppfattningen att prövning av Konkurrensverkets beslut bör dock ändå ske vid PMD istället för i förvaltningsrätten som angivet i förslaget. Det som talar för att beslutet ska överprövas vid PMD är att målen fortfarande kräver överväganden vad gäller konkurrensen mellan offentliga och privata aktörer. Slutligen, anser Juridiska fakultetsnämnden att möjligheten för företag att föra en subsidiär talan vid PMD borde behållas.

Avslutande kommentarer

Juridiska fakultetsnämnden vill avslutningsvis framföra att det föreslagna konkurrensverktyget kan bli ett angeläget komplement till de befintliga konkurrensrättsreglerna som skulle kunna bidra till att främja effektiv konkurrens om verktyget utformas och tillämpas på ett ändamålsenligt och balanserat sätt. Mot bakgrund

²⁴ Utredningen s. 343.

²⁵ Ibid. Möjligen skulle regeln skrivas om och fokusera på säljverksamhet som utgör hinder för eller som försvårar konkurrensen.

av Draghis rapport²⁶ om avsaknad av innovationer och dynamik i europeiskt näringsliv, skulle givetvis ett konkurrensverktyg kunna användas proaktivt för att undanröja konkurrenshinder och pröva nya sorters konstellationer, som t.ex. datapooler m.m. Med andra ord, den flexibilitet som verktyget innehåller kan nyttjas för att tillmötesgå näringslivets behov av flexibilitet för att eliminera hinder för innovation m.m. Här kan verktyget och de klassiska konkurrensreglerna möjligen komma på kollisionskurs, men även den utmaningen bör kunna överbryggas med en fungerande process för konkurrensverktyget och en kollektiv beslutsordning.

Sammanfattningsvis tillstyrker Juridiska fakultetsnämnden förslagen på nya regler för ett nytt konkurrensverktyg, en utvidgad informationsplikt om företagskoncentrationer samt förslaget till en ny lag om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet som anförs i utredningen, med de förslag på ändringar och kommentarer som anges ovan.

Remissvaret har på fakultetsnämndens uppdrag beslutats av dekanus, professor Jane Reichel. Yttrandet har beretts av professorerna Björn Lundqvist och Antonina Bakardjieva Engelbrekt. Föredragande har varit utredare Karolina Alveryd. Yttrandet har expedierats av Juridiska fakultetskansliet.

Jane Reichel

Karolina Alveryd

²⁶ The future of European competitiveness: Report by Mario Draghi,
https://commission.europa.eu/topics/eu-competitiveness/draghi-report_en