

Konkurrensrättsforum 21-22 april 2009

Anförande av Charlotte Zackari, chefsjurist, Konkurrensverket

Konkurrensverkets prioriteringar 2009

Det talade ordet gäller!

Inledning

Konkurrenspolitiken och konkurrensrätten lever naturligtvis med samhället. Med finanskrisen har också stöd- och regleringspolitik funnits i fokus och konkurrenspolitikens hållfasthet prövas. I Sverige pågår omfattande regelreformer med nya konkurrensrelaterade utmaningar.

Konkurrensverket är också en myndighet som tilldelats nya uppgifter. Vi har också i vår nyligen avlämnade rapport till regeringen, *Åtgärder för en bättre konkurrens*, bidragit med ett 60-tal förslag inom olika områden och sektorer. Förslagen läggs för att minska hinder för marknadstillträde, minska konkurrensnedvridningar, öka kundrörligheten, och för att få bättre regelverk och tillsyn.

Den finansiella krisen – en utmaning för konkurrenspolitiken och konkurrensmyndigheter

För att återkomma till den finansiella krisen så är ju en fråga som har funnits sedan finanskrisens början hur konkurrensövervakningen står sig? Det är ett hårt tryck på politiker att agera mot finanskrisens effekter och med det följer en risk för ökad protektionism och nationella kortsiktiga stödinitiativ som inte bidrar till stärkt tillväxt.

Men det tycks som att facit är att konkurrens nytta har hävdats med framgång. Försvaret för väl fungerande marknader genom konkurrens och konkurrensövervakning har stått pall.

EU:s konkurrenssystem har också kunnat leverera mot de krav som ställs och konkurrensreglerna kunnat ses som en del av lösningen i den finansiella krisen och inte en del av problemet.

Kommissionen har – med bibehållna principer – kunnat möta behov av granskning och godkännanden. Kommissionär Neelie Kroes har tagit varje tillfälle i akt att förmedla dessa budskap och att också föra fram att kommissionen inte har någon anledning i dessa tider att vara extra mjuk mot karteller.

Vi har internt på verket sett på om vi har behov av särskilda anpassningar vad gäller hantering av anmälan om företagsförvärv. Den frågan har bland annat aktualiserats i diskussion med Forum för Konkurrensrättsadvokater. Vi ser inga skäl att göra avkall på den materiella prövningen. Vad som framförallt är viktigt när genomförandet brådskar – till exempel vid ett pantövertagande – är en tidig kontakt med Konkurrensverket. Förhandskontakter är viktiga och vi är beredda att ha dem. Föreligger inga vertikala eller horisontella samband mellan köparens och förvärsobjektets verksamhet är kravet på uppgiftslämnande också begränsat. Men återigen – vi uppmanar till förhandskontakter.

Konkurrensverkets bredare uppdrag

Låt mig då gå över till Konkurrensverket och våra prioriteringar. Låt mig först beröra vårt breda uppdrag och uppehålla mig lite vid upphandling, vård och omsorg, offentligt-privat och regelreformer för att sen gå över på konkurrenslagstillämpning.

När jag talade här på Konkurrensrättsforum 2008 talade jag en del om det breda uppdraget som sedan hösten 2007 innefattade tillsyn över upphandling. Jag betonade att det finns synergier med konkurrenslagstillämpning.

Upphandling

Då liksom nu vill jag nämna att anbudskarteller är ett område som vi prioriterar och där vi ser resultat. Vi har i olika former, bl.a. i rundabordsamtal med upphandlare runtom i Sverige och i andra möten betonat vikten av vaksamhet och tips. Det har också gett en hel del resultat vad gäller tips. Vi har under senaste året haft två

platsundersökningar gällande misstänkta anbudskarteller som min kollega Anne Vadaz Nilsson kommer att tala mer om imorgon. De är pågående utredningar i dag på Konkurrensverket.

Vi har också i vår rapport till regeringen föreslagit att det ska skrivas in i statliga myndigheters instruktioner att de ska kontakta Konkurrensverket när de har misstankar om en anbudskartell.

Nya viktiga uppdrag som nu ligger framför oss relaterar till vård- och omsorgssektorn – genom systemen som sätts för att ge kunden valfrihet. Systemen kräver förstås konkurrens på lika villkor. Om det inte finns tilltro till icke-diskriminering och konkurrensneutralitet riskerar systemen att fallera.

Tillsynsmyndighet för LOV

Det första steget här är att Konkurrensverket sedan 1 januari i år har ett nytt tillsynsuppdrag som tillsynsmyndighet för LOV, lagen (2008:962) om valfrihetssystem. LOV började då gälla för de kommuner och landsting som frivilligt väljer att släppa in privata leverantörer i vissa vård- och omsorgssektorer.

Förfarandet är relativt lite reglerat i LOV, men om valfrihetssystem väljs så ska det annonseras på en särskild nationell webb-plats (som Kammarkollegiet tillhandahåller), alla leverantörer som uppfyller ställda krav godkännas och släppas in i systemet och kommunen - eller landstinget - ska ge neutral och korrekt information till brukarna om valmöjligheterna. Informationen ska vara *saklig, relevant, jämförbar, lättförståelig och lättillgänglig*. Konkurrensverket har inte i uppdrag att vaka över kvalitetsfrågor men se till att förfarandena följs och att de grundläggande EG-rättsliga principerna om icke-diskriminering, objektivitet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande, efterlevs.

Vårt arbete med uppgiften pågår bl.a. med informationsinsatser och – i detta skede – intensiv dialog med andra inblandade myndigheter och olika aktörer. Vi förstår också beredda att granska regelöverträdelser av större betydelse eller av principiellt intresse.

Tillsynsroll vad gäller vårdval i primärvården

Vårdval i primärvården ligger som ett andra steg.

From 1 januari 2010 kommer det att finnas en obligatorisk skyldighet för landstingen att släppa in privata vårdaktörer i primärvården och brukaren kan också här välja mellan olika vårdgivare och LOV ska gälla även här.

Propositionen (2008/09:74) är tagen av riksdagen och Konkurrensverkets förutses bli tillsynsmyndighet – men med ett till hösten mer preciserat uppdrag. En del av uppdraget blir sannolikt att följa upp och se på reformen som sådan. Det skulle framförallt motiveras av att det kan vara svårt att komma tillrätta med konkurrensnedvridningar mellan landsting och privata leverantörer eftersom landstinget genom subventioner eller på annat sätt har utrymme att gynna egna utförarenheter.

Utmaningen inom vård och omsorgssektorn är stor. Det är nya oprövade system för många och många aktörer inblandade – även på myndighetssidan. Stora investeringar och satsningar görs – också av små och medelstora företag. Trovärdigheten för systemen är central och vår uppgift viktig.

Tillsynsmyndighetens verktyg - rättsmedel och sanktioner vid upphandling och LOV förfaranden

En viktig fråga för oss som tillsynsmyndighet är förstås vilka verktyg vi har i vår tillsyn – framförallt vad som finns av sanktioner och tvångsmedel. Varken upphandlingsreglerna i LOU, LUFSS eller LOV ger verket några sanktionsmöjligheter. För upphandlingsreglerna har vi däremot sedan en tid frågan om Konkurrensverket ska få sanktionsmöjligheter.

Det s.k. rättsmedelsdirektivet ska föras in i svensk rätt och en departementspromemoria är väntad under senare delen av april för att remissas så att en proposition kan läggas i höst. Det centrala i rättsmedelsdirektivet är ogiltighet för inkorrekt upphandling kompletterat med en sanktion om ogiltighet undantagsvis inte kan komma ifråga. Nya regler förväntas träda i kraft 1 april 2010.

Konkurrensverket har i flera sammanhang pekat på behovet av sanktioner. De sanktioner som Konkurrensverket önskar är en marknadsskadeavgift för allvarliga överträdelse av upphandlingsreglerna. T.ex. vid otillåten direktupphandling eller fall av uppenbar diskriminering eller bristande proportionalitet i ett anbuds-förfarande.

Eftersom det är viktigt att kunna fastställa vilka statliga och kommunala organ som är att betrakta som en upphandlande myndigheter eller enheter, vill vi också ha en möjlighet till en fastställelsetalan.

Därtill behörighet att vid vite kräva in uppgifter eller dokument. För Konkurrensverket som tillsynsmyndighet är det naturligtvis en mycket viktig fråga vilka muskler kommer att finnas framöver. Vi menar att det inte är tillräckligt att låta efterlevnaden styras av vilka missnöjda anbudsgivare som har råd och också mod att angripa ett upphandlande organ, utan vi vill som myndighet – och som en "tredje part", kunna agera så att allvarliga överträdelse sanktioneras. Det pågår ju även en diskussion om regelförenkling under tröskelvärdena och om det skulle bli inskränkningar i parts överklagandemöjlighet så är sanktioner för Konkurrensverket än viktigare.

Som jag ser det finns det ett behov av motsvarande tillsynsverktyg också för LOV tillsyn där också LOV området ska breddas till primärvården.

Andra sektorer som är föremål för regelreformer

För 2009 har vi i vår verksamhetsplanering - utöver vårdsektorn - även pekat fokusering på konkurrens i omreglerade marknader och marknader som är föremål för omreglering.

Jag tänker inte uppehålla mig särskilt här. Men t.ex. vad gäller omregleringen av apoteksmarknaden, har verket haft en offensiv hållning. Vi inledde 2007 en analys inför den förestående avregleringen och vi fortsätter nu arbetet i ett regeringsuppdrag som gäller att fortsatt följa utvecklingen för att lämna en rapport i slutet av året.

Ett flertal andra sektorer är också under utredning och prövning för omreglering eller ej. Fordonsbesiktning är ifrågasatt. Personresor med tåg är en sådan sektor. Spelmarknaden en annan.

Offentligt – privat

Som ett viktigt område som anknyter till reglerreformer är konkurrensförhållanden mellan offentliga och privata aktörer. Vi har i vår rapport till regeringen lyft fram ett antal frågor t.ex.:

- Att införa regler om att en myndighet inte får sammanblanda näringsverksamhet med myndighetsutövning.
- Att förbjuda statliga myndigheter att sälja varor och tjänster på konkurrensutsatta marknader kombinerat med strikta kriterier för undantag.
- Att införa effektiva regler för offentliga sektorns försäljning av grunddata.
- Att öka möjligheten att få kommunala beslut prövade genom att öka kretsen som kan klaga.
- Att öka insynen i offentlig verksamhet genom att införa nationella transparensregler.
- Att införa nationella statsstödsregler.
- Att se till att förslaget om konfliktlösningsmekanism sjösätts.

Vad gäller konfliktlösningsmekanismen så var en departementspromemorian på remiss förra sommaren med förslag om tillägg i konkurrenslagen om talerätt för Konkurrensverket mot konkurrenshämmande statlig verksamhet eller förfaranden och konkurrenshämmande kommunala förfaranden. Avsikten var att lägga en proposition nu till vårriksdagen och ha ett ikraftträdande till 1 juli nu i sommar. Proposition är dock ännu inte lagd men – enligt vad jag hört – sannolikt väntas innan sommaren och med förslag om ikraftträdande 1 januari 2010.

Konkurrensverket har rustat för de väntade nya uppgifterna och inrättat en ny avdelning, Konkurrensavdelning 4 (KA 4), för att ta hand om konfliktlösning och

även vård och omsorgsfrågor och verkets hantering av transparenslagen. Johan Hedelin är chef för avdelningen.

Effektiv lagtillämpning

Låt mig då slutligen komma till övervakning och lagtillämpning vad gäller överträdelser av konkurrenslagen. Detta är en mycket tydlig prioritering för oss. Det är viktigt för Konkurrensverket att konkurrenslagstillämpning är effektiv. Det är också regeringens vilja och prioritering i myndighetsstyrningen.

Jag kan också säga att det närmast är en självklarhet för oss på verket – och för mig – att det också som ger ett stort genomslag och som betyder mycket för efterlevnaden av konkurrensreglerna är framgångar i kartell- och missbruksärenden i domstol.

Asfaltkartellen känns ju närmast som något som är känt hos var man. Det målet började i tingsrätten 2004 och ledde till en i huvudsak fällande dom i tingsrätten sommaren 2007. NCC, Peab bolagen och ytterligare några av de mindre aktörerna har överklagat tingsrättens dom medan Skanska och Vägverket och andra mindre företag inte överklagat. Konkurrensverket har anslutningsväddat för en högre konkurrensskadeavgift. Att få en fällande dom i tingsrätten gav redan den en mycket stark avskräckande effekt och det viktiga nu är att också i Marknadsdomstolen nå en fällande dom. Efter ett stort antal rättegångsdagar mellan november förra året och mitten av februari i år väntar vi nu den domen till 28 maj.

En ytterligare dom som kom i september förra året, det sk bilhandlarmålet med Volvo/Renaulthandlare, var en full framgång i Marknadsdomstolen för Konkurrensverket. 21 miljoner dömdes ut i böter men domen ger nog inte någon riktigt tydlig bild över vad vi kan vänta av MD beträffande nivåerna eftersom – som jag nämnde om tidigare idag – Konkurrensverket hade sina yrkanden från tingsrätten och som Marknadsdomstolen erinrade – så är den domstolen bunden av yrkandena och en aktör slog så att säga i "taket" vad gäller yrkat belopp.

Fällande domar har emellertid ett genomslag och jag tycker att det är lite intressant att i Konkurrensverkets intressentundersökning, som låg klar i december förra året, visade sig att 7 av 10 tror inte att konkurrenslagen följs.

Effektiva instrument

För en effektiv lagtillämpning är det viktigt med effektiva instrument och också genom internt effektiviseringsarbete.

Om vi ser på instrumenten har jag ju tidigare idag talat om konkurrensskadeavgift, avgiftsföreläggande och näringsförbud. Om jag skulle summera det igen i kortform så anser vi att det genom nya KL finns tydligare anvisningar från lagstiftaren om konkurrensskadeavgiftens beräkning och att det ska leda till reellt avskräckande avgifter vad gäller särskilt skadliga överträdelser. Konkurrensverket har en uppgift att fylla här genom att argumentera våra yrkanden om avgift på ett tydligt och transparent sätt. Vår förhoppning är att Marknadsdomstolen redan i domen i Asfaltmålet i slutet av maj ger en transparent och tydlig signal om avgifterna.

Avgiftsföreläggande bör kunna fungera som ett effektivt sätt att avsluta ett ärende. Det kan givetvis vara en väg för företag att lägga en överträdelse bakom sig men också för Konkurrensverket att göra en utredning, lägga fast en sanktion och sen ha resurser och kraft frigjorda för nya ärenden men här krävs ändå en fullvärdig utredning från vår sida och förstås en enighet om faktiska förhållanden. För att avgiftsförelägganden ska fungera, vara attraktivt, krävs förstås också en betydande samsyn om nivå på konkurrensskadeavgift. Det kan vara svårt att finna den idag så kanske kommer de första exemplen snarare gälla fall där konkurrensskadeavgiften är marginell (t.ex. för en aktör utan betydande medel eller en mindre aktör).

Tröskelvärden i förvärvsprövningen bör ge en mer fokuserad förvärvsprövning men kanske mer komplicerade fall. Detta är dock – givet lågkonjunkturen – för tidigt att uttala något om.

Näringsförbudet har jag också talat om men visst bör den bidra till en effektiv lagtillämpning och framförallt genom en preventiv funktion. Här arbetar vi på Konkurrensverket med att öka tryggheten beträffande hur vi hanterar näringsförbud genom transparens i ett allmänt råd.

Egna nya instrument

Nya instrument, verktyg, som vi arbetat med är bland annat en elektronisk vägledning för branschorganisationer; "Kör på Grönt". Branschorgan och deras företag själva kan söka information om det man ägnar sig åt är tillåtet, förbjudet eller inom en gråzon. Konkurrensverket har ju tidigare gjort en branschstudie som visade

att det fanns aktiviteter som sannolikt upp till 1/3 låg i gråzonen och det motiverade oss att gå vidare. Vägledningen är avsedd att vara enkel, användarvänlig och informativ. Det finns korta texter och vissa rättsfall för; grönzon t.ex. för standardavtal och utbildning, rött t.ex. för prissamarbete och marknadsdelning och gult, för "gråzonen" med texter och exempel t.ex. om kalkyleringsstöd och informationsutbyte. Den elektroniska vägledningen är framförallt avsedd som en väckarklocka och det finns en ordentlig waiver att det är omständigheterna i varje enskilt fall som avgör och att den inte är en vägledning för specifika fall. Man uppmanas, om man har en misstanke om överträdelse, att kontakta juridiskt ombud med kunskap i konkurrensrätt.

Vi har också arbetat en del med att som vi själva internt kallar det "scanna av" marknader för att se på om det kan finnas tecken på karteller. Det innefattar en systematisk analys av upphandlingar inom en specifik bransch och tid för att se mönster. Här tror jag att min kollega Anne Vadaz Nilsson kommer att berätta mer om imorgon.

Även vad gäller existerande instrument så finns förstås frågor och rättsutveckling och en del av detta relaterar också till EU arbetet.

Inom EU är regelförenkling en viktig uppgift. Frågan framförallt vad gäller den vertikala översynen om vi kommer att se mer generell vägledning och färre av det sektorsspecifika. Det gäller t.ex. gruppundantaget för motorfordon.

En förenklingsfråga finns också för gruppundantaget för försäkringsbranschen. Hur mycket av sektorsspecifik reglering är motiverad?

I översynen av förordning 1/2003 kan ju intressanta frågor komma fram. Det återstår nog att se. Men visst kan det här finnas aspekter som rör myndigheters behörighet och makt vad gäller ålägganden mm.

Vad kommer vi framledes se beträffande styrning med direktiv, guidance eller annat för private enforcement?

Vad gäller ålägganden har vi själva i SAS-Eurobonusärendet fått se på gränserna för ålägganden i tiden och vad vi kan anse är exekverbart. Här hade ju SAS begärt omprövning av det åläggande som MD fastställde 2001 och då SAS också upphörde med sitt Eurobonus system på de linjer beslutet omfattade. Vi konstaterade när vi avskrev ärendet att (1) det i och för sig finns en förvaltningsrättslig möjlighet att

ompröva, men att detta inte är någon skyldighet, (2) att ett beslut om förhållandena idag närmast skulle kunna ses som ett förhandsbesked som vi är förhindrade att ge.

Vad gäller instrumentet åtaganden har vi i Sveriges Annonsörer sett invändningar från motparten i tingsrätten om att det åtagande man själva lämnat skulle vara oprecist. Och här finns förstås frågan om hur långt ett frivilligt åtagande kan justeras och specificeras.

Låt mig då avsluta med några andra instrument som vi anser bör åtgärdas.

- En modernisering av 1956 års lag. Här har Konkurrensverket i sin rapport till regeringen lagt fram ett komplett förslag till en modernisering av 1956 års lag. Förslaget innefattar en modernisering av de begrepp och förhållanden som gällde 1956. Lagen föreslås också breddas till att innefatta också behov av uppgifter(utanför rena tillsynsärenden) också vad gäller upphandling. Att få en modernisering här för att på ett tydligt sätt kunna undersöka sektorer är viktigt.
- Ev. möjlighet till köllapp i samband med anmälan om eftergift. Också detta kan ni läsa om i vår rapport till regeringen men här anser vi framförallt att det är viktigt med transparens och tydlighet. Aktörer ute i EU ska helt enkelt kunna förstå vilka krav som finns och ett köllappssystem kan ge en sådan tydlighet – även om kraven idag i en eftergiftsanmälan inte är högt ställda.
- Låt mig så avsluta med ett något mer visionärt förslag. Vi har i regeringsuppdraget fört fram behovet av att effektivisera domstolsstrukturen för marknadsrelaterade mål genom att låta dem avdömas i ett och samma domstolsslag. Vi menar att bilden av hanteringen idag är för splittrad och att det finns behov av snabbhet för att möta näringslivets krav och av kompetens, vilka båda samspelar och bäst skulle kunna mötas om målen samlades och avdömdes i ett och samma domstolsslag – allmän förvaltningsdomstol eller allmän domstol. Ett sådant system skulle också bygga på att Konkurrensverket har en egen beslutanderätt i karteller, missbruk och förvärv. Vi anser att den nu pågående sk Målutredningen bör titta på detta förslag. Förslaget bygger på en rapport av universitetslektor Eva Edwardsson. Hon går lite längre än vad Konkurrensverket gjort och förespråkar t.ex. allmän förvaltningsdomstol och också en övergång till legalitetsprincipen.