



Domstolsprövning av marknadsrelaterad lagstiftning

En rapport skriven av
Eva Edwardsson
på uppdrag av Konkurrensverket

Förord

I vissa delar av Konkurrensverkets rapport Åtgärder för bättre konkurrens (2009:4) har externa rapporter använts som underlag. På uppdrag av Konkurrensverket har Eva Edwardsson undersökt och analyserat domstolsprövningen av den marknadsrelaterade lagstiftningen.

Det är författaren själv som svarar för slutsatser och bedömningar.

Stockholm, mars 2009

Dan Sjöblom
Generaldirektör

Universitetslektor Eva Edwardsson

1 Domstolsprövning av marknadsrelaterad lagstiftning. Inledning

För att konkurrensen ska kunna fungera väl på olika marknader krävs en väl fungerande konkurrensfrämjande lagstiftning som måste vara utformad så att den kan genomdrivas. Ansvaret för att genomdriva konkurrenslagstiftningen ligger både på offentliga myndigheter och domstolar (s.k. *public enforcement*) och på enskilda aktörer som uppträder på marknaderna, främst konkurrenter (*private enforcement*). Hur väl konkurrenslagstiftningen än är formulerad, hur effektiva konkurrensmyndigheterna än är och hur processbenägna enskilda företag än kan tänkas vara, är det den efterföljande domstolsprocessen som är avgörande för om konkurrenslagstiftningen kan sägas fungera väl. Domstolsprocessen utgör så att säga konkurrenslagstiftningens akilleshäla.

I Sverige är domstolsprövningen av konkurrensfrämjande lagstiftning uppdelad mellan allmän domstol, allmän förvaltningsdomstol och Marknadsdomstolen, vilken är en av Sveriges tre fristående specialdomstolar. Samtliga tre domstolslag är således representerade. Skälen till denna ordning är delvis historiska, dvs. lagstiftaren har en gång gjort vissa val och senare lagstiftning har byggt vidare på dem. Uppdelningen förhindrar dock en högre grad av specialisering, med risk för längre handläggningstider som följd. Dessutom försvåras en enhetlig rätts-tillämpning.

En konkret åtgärd som verkningsfullt och långsiktigt skulle kunna förbättra konkurrenssituationen i Sverige vore om lagstiftaren för just det *offentliga genomdrivandet* av konkurrensfrämjande lagstiftning bestämmer sig för *ett* domstolsslag. I denna rapport kommer att behandlas om detta är möjligt och om det vore lämpligt.

Det finns i den svenska rättsordningen en mängd lagar som direkt eller indirekt påverkar marknadsförhållanden. Större delen av civilrätten kan räknas hit. Den här rapporten avgränsas till att behandla ett antal lagar som mer direkt kan kallas marknadsrelaterad eller marknadsrelaterad konkurrensfrämjande lagstiftning. Till den räknas lagstiftning som har som skyddsintresse att främja och i vissa fall även att reglera konkurrensförhållanden på marknader. Lagstiftning kan vara antingen *generell* som konkurrenslag (2008:579) eller *sektorsspecifik*. Sektorsspecifik lagstiftning införs ofta sedan en tidigare reglerad marknad öppnats för konkurrens. Lag (2003:389) om elektronisk kommunikation (LEK) är ett exempel liksom

den sektorsspecifika lagstiftningen för energimarknaden, postmarknaden och vissa transportmarknader som järnvägs- och luftfartstransporter. Marknadsrelaterad konkurrensfrämjande lagstiftning kan också syfta till att reglera handlandet hos offentliga myndigheter eller offentliga företag. Till den marknadsrelaterade konkurrensfrämjande lagstiftningen kan därför räknas de båda lagarna om offentlig upphandling (2007:1091) och (2007:1092), lag (2005:590) om insyn i vissa finansiella förbindelser (transparenslagen). Den ändring i konkurrenslagen som föreslagits i en pm från Näringsdepartementet (N2008/4625) gällande offentlig säljverksamhet är ytterligare ett exempel. Därutöver kan nämnas lag (2008:962) om valfrihetssystem, som syftar till att införa och vidmakthålla konkurrensmekanismer i den offentliga sektorn. Ytterligare ett viktigt rättsområde är den konsumentskyddande lagstiftningen som hanteras av Konsumentombudsmannen (KO).

I fråga om domstolsprövning av konkurrensfrämjande lagstiftningen kan det konstateras att olika lagar ger upphov till överklaganden till domstol i olika grad. Det motiverar en mer utförlig behandling av främst tre olika lagar. Diskussionen om formerna för domstolsprövning kommer till stor del att inriktas på förhållanden som gäller *konkurrenslagen*. Trots att antalet ärenden där Konkurrensverket beslutar att väcka talan om konkurrensskadeavgift eller att en företagskoncentration ska förbjudas är relativt få (ca 1-5 ärenden per år), tar målen avsevärda domstolsresurser i anspråk. I fråga om den sektorsspecifika lagstiftningen verkar *lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation* vara den lagstiftning som genererar flest avgöranden och som leder till omfattande mål hos några av förvaltningsdomstolarna. Den konkurrensfrämjande lagstiftning som förmodligen skapar det allra största antalet mål är emellertid *lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)*. Upphandlingsmålen utgör en vanligt förekommande måltyp med konkurrensrättslig anknytning och utgör en del av det vardagliga arbetet i allmän förvaltningsdomstol.

Det offentliga genomdrivandet av marknadsrelaterad lagstiftning sker huvudsakligen genom tillsyn och ingripanden av förvaltningsmyndigheter. Det är därför naturligt att domstolsprövningen gäller myndighetens beslut och äger rum i allmän förvaltningsdomstol - inte i allmän domstol. I denna rapport föreslås en ordning där domstolsprövningen av marknadsrelaterad lagstiftning samlas till en huvudmodell, i vilken prövning sker i två instanser inom ramen för de allmänna förvaltningsdomstolarna.

Jämfört med dagens situation skulle detta innebära en förändrad instansordning i konkurrensrättsliga mål. Instansordningen har nyligen varit föremål för en offentlig utredning (SOU 2006:99). Utredningens rekommendation var att behålla dagens instansordning samt att i anslutning till detta inte föreslå att Konkurrensverket skulle ges beslutanderätt ifråga om konkurrensskadeavgift. Det krävs starka skäl att på nytt överväga samma frågor. Ett sådant skäl är det nu formulerade önskemålet att få fram förslag på reformer som långsiktigt kan stärka konkurrensen i Sverige. Dagens svenska ordning i konkurrensrättsliga mål kan leda tillbaka till 1953 års konkurrensbegränsningslag, som in sin tur vilar på en utredning som

inleddes strax efter andra världskriget. Det måste finnas kraft att någon gång i grunden pröva och ompröva den rådande ordningen. Den relevanta frågan idag bör vara på vilket sätt domstolsprövning av marknadsrelaterad lagstiftning ska ske i Sverige de närmaste 20-30 åren.

Det kan vara så att en mer enhetlig modell för domstolsprövning av konkurrensvårdande myndigheters ingripanden verkningsfullt och långsiktigt skulle kunna förbättra konkurrenssituationen i Sverige. Frågan är i vart fall värd att utreda närmare. I ett inledande avsnitt kommer att diskuteras om dagens ordning med uppdelning av prövningen av marknadsrelaterad lagstiftning på olika domstolslag ger upphov till problem och i sådana fall vilka. Därefter kommer bakgrunden till varför Sverige har en så markant uppdelad domstolsprövning att redovisas. Sedan behandlas vilka faktorer som skulle kunna motivera en reformerad domstolsprövning samt även vilka alternativa möjligheter som finns för att åstadkomma en effektiv domstolshantering. Därefter redovisas ett konkret förslag, som tillgodoser både behovet av rättssäkerhet å ena sidan och krav på effektivitet och snabbhet å den andra. Förslagets huvudsakliga inriktning är följande:

- Koncentrera domstolsprövning av marknadsrelaterad lagstiftning till huvudsakligen *ett* domstolslag, nämligen de allmänna förvaltningsdomstolarna. På så sätt samlas fler mål av likartat slag till en domstolstyp vilket underlättar specialisering, som kan leda till kortare handläggningstider.
- När domstolsprövningen till övervägande del förs till de allmänna förvaltningsdomstolarna, bör även modellen att Konkurrensverket i vissa ärenden endast kan stämma företag vid allmän domstol överges. Konkurrensverket ges alltså beslutanderätt vad avser konkurrensskadeavgift, förbud mot företagskoncentration etc.
- Instansordningen ska som idag rymma minst två instanser. Däremot bör domstolsprövningen liksom i övriga EU som huvudregel utföras som en intensiv laglighetsprövning, med undantag för frågan om konkurrensskadeavgiftens storlek. Denna fråga ska kunna bli föremål för en full prövning, dvs. även förvaltningsbeslutets lämplighet ska då prövas.

2 Problembeskrivning

I betänkandet "Ökat förtroende för domstolarna – strategier och förslag nämns domstolarnas handläggningstider som en av de faktorer som har särskilt stor betydelse för att allmänheten ska ha förtroende för domstolväsendet (SOU 2008:106, s. 42-43). Det är rimligt att anta att domstolars handläggningstider, och därmed indirekt förtroendet för hela lagstiftningen, är betydelsefulla även för marknadsaktörer. I en bred diskussion om förändringsfaktorer som positivt kan påverka konkurrenssituationen i Sverige, kan de långa handläggningstiderna i domstol inte uteslutas. Frågan om handläggningstider hänger emellertid också samman med graden av specialisering inom domstolväsendet samt med frågan om den mest lämpliga instansordningen.

2.1 Konkurrenslagstiftningen

2.1.1 Långa handläggningstider?

En första fråga att ställa sig måste vara om domstolsprövningen av den marknadsrelaterade konkurrensfrämjande lagstiftningen i Sverige verkligen präglas av långa handläggningstider. Det kan konstateras att konkurrensfrågornas betydelse stadigt har ökat i betydelse alltsedan 1950-talet. I samma takt har intresset av att låta staten direkt gå in och styra enskilda marknader minskat. Det är symptomatiskt att myndigheten som var satt att övervaka marknadens priser och att hantera statliga prisregleringar – Statens pris- och kartellnämnd, sedermera Statens pris- och konkurrensverk (SPK) - slutligen kom att ersättas av en myndighet som enbart ska främja och övervaka konkurrensen – Konkurrensverket. I och med 1993 års konkurrenslag övergav Sverige den tidigare missbruksprincipen som huvudprincip för konkurrensrättsliga myndighetsingripanden. Istället grundar sig Sveriges konkurrenslagstiftning numera på förbudsprincipen. Det är naturligt att en förbudslagstiftning genererar fler ingripanden och myndighetsbeslut som sedan kan bli föremål för överklagande

Det är särskilt i mål gällande konkurrensskadeavgift som handläggningstiderna faktiskt drar ut avsevärt på tiden. Till den svenska konkurrenslagstiftningens främsta predjudikatsmål hör det så kallade bensinkartellmålet (MD 2005:7) där Marknadsdomstolen avgjorde målet ca 4 år och 8 månader efter att Konkurrensverket hade expedierat sin stämningsansökan. Asfaltkartellmålet kommer att avgöras slutligt av Marknadsdomstolen under första halvåret år 2009, men det har då gått mer än sex år sedan Konkurrensverket lämnade in sin stämningsansökan i mars år 2003. Här påverkas den totala handläggningstiden av att vissa frågor i processen har fått avgöras i mellandom, vilket tog ca 1 1/2 år. Vid sidan av konkurrensmålen överklagas vissa av Konkurrensverkets beslut, t.ex. gällande ålägganden, direkt till Marknadsdomstolen. Det finns ingen kritik mot handläggningstiderna för prövningen av dessa ärenden. Hur lång tid ett mål kommer att ta från Konkurrensverkets beslut till att Marknadsdomstolen har avgjort målet beror ju på vad det är för sorts mål och omständigheterna i det enskilda fallet. MD 1998:10 Optiroc som gällde en företagskoncentration avslutades i Marknadsdomstolen ca 10 månader efter att Konkurrensverket hade lämnat in sin stämningsansökan vid Stockholms tingsrätt. Ett mål gällande missbruk av dominerande ställning från SJ:s sida (MD 2000:2) tog emellertid ca 4 år att avgöra.

2.1.2 Kritik från OECD

OECD har under en följd av år hävdat att konkurrensrättsliga mål i Sverige har alltför långa handläggningstider. I rapporten "The Role of Competition Policy in Regulatory reform in Sweden" från år 2006 rekommenderade OECD att Konkurrensverket skulle ges befogenheten att besluta om konkurrensskadeavgift samt att oberoendet borde stärkas för både Konkurrensverket och Marknadsdomstolen (s. 6). I rapporten framhålls att handläggningstider i konkurrensrättsliga mål även i normalfallet kan vara långa, men att Sverige utmärker sig med *ovanligt och oacceptabelt* långa handläggningstider (s. 50). I nyhetsbrevet OECD Policy Brief – Competition Law and Policy in Sweden från juni 2007 konstateras att "Courts have appeared sceptical of the SCA's [Konkurrensverkets] cases, and competition cases

take a long time between initiation and final resolution." Sedan Konkurrenslagsutredningen avvisade en förändrad ordning där Konkurrensverket ges beslutanderätt i fråga om konkurrensskadeavgifter, har OECD valt att fortsätta att föra fram rekommendationen att en sådan reform borde genomföras.

2.1.3 Konkurrenslagsutredningen SOU 2006:99

Utredningens direktiv

Enligt kommittédirektiven till Konkurrenslagsutredningen (dir. 2004:128) skulle utredaren se över effektiviteten i instanssystemet och överväga förändringar i handläggningen hos Konkurrensverket, Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen. Utredaren skulle överväga att minska antalet domstolsinstanser samt en ordning där Konkurrensverket beslutar om konkurrensskadeavgift och "*där verkets beslut överprövas direkt av Marknadsdomstolen*" (SOU 2006:99, s. 681). Det kan vara exakt denna anvisning till utredaren som leder till att betänkandet inte utreder instansordningen och Konkurrensverkets befogenheter precis så förutsättningslöst som hade varit optimalt, vilket inte ska skymma det faktum att Konkurrenslagsutredningen håller mycket hög klass. Det går nämligen inte att förena en direkt överprövning av verkets beslut hos Marknadsdomstolen med rättsstatens krav att mål om konkurrensskadeavgifter, som till sina effekter är sådana att de är att likställa med anklagelse om brott, måste prövas i minst två instanser. Detta är också betänkandet slutsats (s. 249).

Handläggningstiderna

De långa handläggningstiderna var en huvudanledning till att utredningen om en översyn av konkurrenslagen tillsattes. I betänkandet noteras (s. 177-178) den kritik mot långa handläggningstider som uttalats i SOU 2004:47 Näringslivet och förtroendet - Förtroendekommissionen. Utredningen konstaterar också att i fråga om konkurrensmålen är handläggningstiderna långa, men utredningens övergripande slutsats blir ändå att den nuvarande ordningen, där Konkurrensverket får stämma företag i mål om konkurrensskadeavgift vid Stockholms tingsrätt, fungerar förhållandevis väl. Handläggningstiderna är långa, men utredningen hänvisar till att rättsliga processer måste få ta tid i en rättsstat (s. 270).

Instansordningen

I betänkandet förs en allsidig diskussion om den lämpliga instansordningen i konkurrensmål (s. 277-289). Frågan om Konkurrensverket ska kunna besluta om konkurrensskadeavgift i enskilda ärenden kopplas dock i betänkandet genomgående ihop med en domstolsprövning i endast en instans. Ingenstans överväger utredningen på allvar om det vore möjligt att låta Konkurrensverkets beslut om konkurrensskadeavgift överklagas i *två instanser* inom ramen för de *allmänna förvaltningsdomstolarna*, som ju är fallet med t.ex. lag (2003:389) om elektronisk kommunikation. Däremot utreds i enlighet med direktiven frågan om Konkurrensverket kan omorganiseras på sådant sätt att myndigheten, eller en del av den skulle kunna utgöra en domstol i Europakonventionens mening, vilket ju också skulle kunna leda till kortare handläggningstider. Slutsatsen blir att det skulle vara möjligt, men svårt (s. 251).

Utredningen diskuterar också domstolarnas kompetens och behov av specialdomstolar och/eller specialisering i konkurrensrättsliga mål. Det anförs att mål enligt konkurrenslagen rymmer komplicerade juridiska bedömningar och ekonomiska analyser (s. 254). Utredningen ställer sig bakom uppfattningen att domstolarnas kompetens bäst upprätthålls genom möjligheter till *specialisering* för domare i de allmänna domstolarna och de allmänna förvaltningsdomstolarna (s. 276-279). Utredningen konstaterar att den inte har mandat att föreslå att Marknadsdomstolen skulle inordnas i den ordinära instansordningen, men diskuterar ändå denna möjlighet, men då enbart i förhållande till de allmänna domstolarna, dvs. att Marknadsdomstolen skulle inordnas i Svea hovrätt (s. 277, 279-281). Där emot diskuterar utredningen inte möjligheten att inordna Marknadsdomstolen inom Kammarrätten i Stockholm. Konkurrensskadeavgifternas likhet med brottmål talar enligt betänkandet för att specialiseringen bör ske inom ramen för de allmänna domstolarna, men utredningen påpekar också att andra ärenden enligt konkurrenslagen passar bättre i de allmänna förvaltningsdomstolarna. I valet mellan allmän domstol och allmän förvaltningsdomstol anser utredningen att fler och starkare skäl talar för att konkurrens mål ska handläggas i allmän domstol, nämligen det faktum att andra partsställningar förekommer, likheten med både brottmål och dispositiva tvistemål samt att målen idag handläggs i allmän domstol (s. 280).

2.2 Lag om elektronisk kommunikation och annan sektorspecifik lagstiftning

Tidigare reglerade marknader har avreglerats, dvs. öppnats för konkurrens, i stor utsträckning och Sverige har ofta legat långt framme med reformer, även sedan Sverige blev EU-medlem år 1995. Regelreformer ger konsekvent upphov till mer lagstiftning och nya eller nygamla myndigheter som Post- och Telestyrelsen, Energimarknadsmyndigheten etc. Problem med för långa handläggningstider har särskilt präglat domstolsprövningen av lag (2003:389) om elektronisk kommunikation. Trots lagrådets kritik har Regeringsrätten sedan år 2007 uteslutits ur instanskedjan och Kammarrätten i Stockholm är numera sista instans. Skälet till ändringen var att rättsprocesserna drog ut på tiden (prop. 2006/07:119, s. 28-29), vilket tydligt visar att det har funnits och förmodligen fortfarande finns ett reellt problem med alltför långa handläggningstider i dessa mål. Däremot har det aldrig satts ifråga att myndighetens beslut skulle prövas av de allmänna förvaltningsdomstolarna.

Lagstiftningen på den elektroniska kommunikationens område är inte bara juridiskt och ekonomiskt komplicerad, utan är även en lagstiftning där marknadsanalyser förutsätter insikter i den teknik som den elektroniska kommunikationen bygger på, vilket ställer extremt stora krav på domstolarnas kompetens. Myndigheten Post- och telestyrelsen och liknande expertmyndigheter har tillgång till både juridisk, ekonomisk och teknisk expertis. Förvaltningsdomstolarna avgör målen med stöd av två särskilt förordnade ekonomiska experter. Domstolens sammansättning blir därför två domare och två ekonomiska experter i länsrätt respektive tre domare och två ekonomiska experter i kammarrätt (LEK 8 kap. 25-26 §§).

I fråga om den domstolsprövning av myndighetsbeslut är det unikt för Sverige (och Finland) att förvaltningsdomstolarna generellt har full prövningsrätt och alltså prövar både ett myndighetsbesluts laglighet såväl som lämpligheten. Huvudregeln i andra europeiska länder är att domstolsprövningen är begränsad till att avse myndighetsbeslutets laglighet. Skillnaden mellan en full prövning och en prövning av beslutets laglighet ligger inte i att den senare prövningen per definition skulle vara mer begränsad. Den avgörande skillnaden ligger i att i Sverige övertar förvaltningsdomstolarna förvaltningsmyndigheternas hela prövningsbefogenhet. Det presumeras därigenom i svensk rätt att förvaltningsdomstolen har expertkunskap på samma nivå som myndigheten, eller faktiskt som var och en de myndigheter som finns inom förvaltningsdomstolarnas jurisdiktion. Utan tvekan är förvaltningsdomstolarna överlägset väl skickade att avgöra rättsliga frågeställningar förknippade med om en myndighet har fattat ett beslut som ryms inom dess kompetens. Det kan emellertid ifrågasättas om en domstol förmår att fatta det mest lämpliga beslutet, dvs. om den förmår att fatta ett beslut på samma expertnivå som myndigheten själv. Detta kommer att utvecklas närmare i avsnitt 6.2-6.3.

2.3 Upphandlingslagarna

De allmänna förvaltningsdomstolarna hanterar en mycket stor mängd mål gällande överprövning av pågående upphandlingar. Exakt hur många målen är till antalet är svårt att få uppgift om. Som måltyp anses mål gällande upphandlingslagstiftningen tillhöra kategorin "Övrigt" i Domstolsverkets statistik, vilket utgör ca 20 % av förvaltningsdomstolarnas måltyp. Det går inte av statistiken att få uppgift om hur många av dessa mål som gäller just upphandling.

Ifråga om offentlig upphandling verkar det inte i första hand vara långa handläggningstider som utgör det största problemet. Däremot finns det rapporter som tyder på att det finns brister i förvaltningsdomstolarnas rättstillämpning. Konkurrensverket har tidigare påpekat att praxis mellan olika domstolar varierar, ibland till och med inom samma länsrätt (Konkurrensverkets rapport 2007:2, s. 80, 2009:1, s. 16), vilket naturligtvis innebär både ett rättssäkerhets- och effektivitetsproblem. Rättsfrågor verkar inte bedömas på ett enhetligt sätt av förvaltningsdomstolarna. Vid granskning av enskilda mål kan i vissa fall ifrågasättas om inte nästa instans, dvs. en kammarrätt borde ha beviljat prövningstillstånd. Till detta kan anföras att det fortfarande finns ett relativt begränsat antal avgöranden om offentlig upphandling från Regeringsrätten. Konkurrensverket har framfört önskemål om att domstolsprövning av upphandlingslagarna bör koncentreras till färre länsrätter och kanske en utvald kammarrätt (2009:1, s. 17)

2.4 Analys

Domstolshandläggningen av marknadsrelaterad konkurrensfrämjande lagstiftning utmärks fortfarande av generellt långa handläggningstider, som i vissa fall blir extremt långa. Det råder visserligen olika uppfattningar om detta måste accepteras eftersom domstolsprocesser måste få ta tid i en rättsstat eller om det tvärtom är så att handläggningstidernas längd utgör ett allvarligt problem för

konkurrenssituationen i Sverige. Åtgärden att korta instansordningen, som i fallet med lag (2003:389) om elektronisk kommunikation, tyder på det senare.

Frågan måste också ställas vilken tid som vore den optimala för domstolshandläggningen. Förhållandena på marknader där aktörer konkurrerar med varandra präglas av snabbt beslutsfattande och krav på ständig tillgång på relevant information. Det är ett viktigt samhällsintresse att konkurrenssnedvridningar kan rättas till både rättssäkert och snabbt. En osäkerhet om vilka spelregler som bidrar säkert till försämrade konkurrensförhållanden på den svenska marknaden. Det är därför viktigt att det offentliga genomdrivandet av konkurrensfrämjande lagstiftning fungerar effektivt. Annars förtas den avskräckande verkan som lagstiftningen är tänkt att ha. En effektiv, rättssäker och ändamålsenlig domstolsprövning av konkurrensvårdande myndigheters beslut borde inte ta längre än *ett halvår* i varje instans. Skulle Sverige kunna organisera domstolsprövningen av marknadsrelaterad konkurrensfrämjande lagstiftning på ett sådant sätt, vore mycket vunnet för en förbättrad konkurrenssituation i Sverige.

Frågan om långa handläggningstider är sammankopplad med frågorna om specialisering inom domstolsväsendet och även om vilken instansordning som är mest lämplig. Konkurrensfrämjande lagstiftning rymmer en stor mängd av komplicerade juridiska bedömningar och kvalificerade ekonomiska analyser. Redan detta faktum talar för att handläggningen i domstol av sådan lagstiftning bör koncentreras till färre domstolar. Även om så sker till viss del redan idag, kan koncentrationen av marknadsrelaterade mål till vissa domstolsslag öka utan att rättssäkerheten skulle sättas i fara. Idag har vi en situation där prejudikaten inom marknadsrelaterad rättspraxis skapas av tre olika domstolar. Marknadsdomstolen, Regeringsrätten och i vissa fall Kammarrätten i Stockholm. Dessutom kan konkurrensrättsliga skadeståndsmål väckas i varje tingsrätt där det svarande företaget har sitt säte, även om Stockholm tingsrätt enligt 3 kap. 26 § KL alltid är behörig att pröva frågor om skadestånd.

Den allmänna uppfattningen idag är att specialdomstolar bör undvikas och specialisering istället bör ske inom ramen för de båda allmänna domstolsslagen. Redan idag finns det vissa allmänna domstolar som inom rymmer sig Miljödomstolen, i första instans. Miljööverdomstolen utgör en del av Svea hovrätt. Migrationsdomstolarna i första instans utgör samtidigt länsrätterna i Stockholm, Göteborg och Malmö och Migrationsöverdomstolen är en integrerad del av Kammarrätten i Stockholm.

Konkurrenssituationen i Sverige skulle förbättras om handläggningstiderna i domstol kunde hållas mycket korta. Detta förutsätter emellertid att domstolarna hanterar tillräckligt många mål för att kunna utveckla och vidmakthålla sin kompetens i konkurrensfrågor, dvs. det måste finnas en kritisk massa av konkurrensrättsligt inriktade mål. Detta skulle underlättas om lagstiftaren bestämmer sig för en framtida huvudmodell för domstolsprövningen. Modellen bör omfatta att konkurrensvårdande förvaltningsmyndigheters beslut överprövas i allmän förvaltningsdomstol i första instans och i Marknadsdomstolen i andra instans.

Innan de närmare detaljerna kring detta förslag utvecklas, ska redovisas varför det i Sverige har kommit att uppstå en ordning där den huvudsakliga konkurrensmyndigheten Konkurrensverket inte tillåts både utreda och besluta om konkurrensöverträdelser, utan måste fungera som en slags åklagare i mål om konkurrensskadeavgift.

3 Bakgrund till dagens ordning

3.1 1953 års konkurrensbegränsningslag

3.1.1 Nyetableringssakkunniga (SOU 1951:27) – den senaste förutsättningslösa diskussionen om konkurrensvårdens organisering?

Vid varje lagändring är det brukligt att beskriva gällande rätt och hur den tidigare lagstiftningen har varit utformad. Vid ändringar i konkurrenslagstiftningen brukar vanligen år 1953 väljas som startpunkt. Detta år trädde 1953 års lag om motverkande i vissa fall av konkurrensbegränsningar i näringslivet (1953:603) ikraft. Mer sällan redovisas det betänkande som låg till grund för den nya lagstiftningen, nämligen de så kallade Nyetableringssakkunnigas betänkande (SOU 1951:27). Det är synd, för frågan är om det inte är där den senaste förutsättningslösa diskussionen om konkurrensvårdens lämpliga organisation i Sverige fördes.

De nyetableringssakkunniga hade påbörjat sitt arbete år 1946, dvs. strax efter andra världskrigets slut. Betänkandet innehöll en gedigen genomgång av konkurrensförhållandena på ett stort antal svenska marknader. Utredningen fann att kartellavtal och nyetableringshinder existerade i så stor kvantitativ omfattning på svenska marknader att det ingav stora betänkligheter (s. 12). De nyetableringssakkunniga ansåg att konkurrensen i många fall var starkt hämmad och föreslog därför införandet av en lagstiftning som skulle möjliggöra ett offentlig ingripande mot konkurrenssnedvridningar. Ett sådant lagstöd hade inte funnits tidigare, utan äldre lagstiftning hade enbart inneburit en skyldighet för företag att lämna upplysningar i särskilt fall på begäran av Kungl. Maj:t samt senare även en skyldighet att låta registrera kartellavtal, för att på så sätt ge offentlighet åt avtalens existens.

I betänkandet förs en förutsättningslös diskussion om hur staten bäst hanterar konkurrensbegränsningar. Utgångspunkten för de sakkunniga är att lagstiftningen måste gå längre än att bara företa utredningar och offentliggöra uppgifter om konkurrensbegränsningar. En generell kriminalisering avvisas dock som en alltför långtgående åtgärd liksom överhuvudtaget en konkurrenslagstiftning baserad på förbudsprincipen (s. 491-492).¹ En ordning som enbart medger att ett offentligt organ förhandlar med de konkurrensbegränsande aktörerna ansågs ha många fördelar, men de sakkunniga stannar vid att det är deras bestämda upp-

¹ Mot bakgrund av 2004 års moderniseringsreform av EU:s konkurrensrätt är det intressant att notera följande uttalande: "I teorin kunde det eventuellt synas möjligt att utarbeta även en mer nyanserad lagstiftning på sådant sätt, att det även utan lagtolkning i det enskilda fallet skulle vara möjligt att låta vederbörande monopolparter själva ta ansvaret för att de uppträda i enlighet med lagen. I praktiken låter det sig dock inte göras...." SOU 1951:27, s. 492

fattning att ett statligt organ som har laga stöd att beslut om både förhandling och förelägganden vore den bästa lösningen. De sakkunniga föreslog därför att ett statligt organ skulle ha befogenhet att föra förhandlingar med företag om undanröjandet av skadliga konkurrensbegränsningar. Om förhandlingarna inte fick ett tillfredsställande resultat, skulle det finnas en befogenhet att utfärda ett föreläggande om t.ex. hävandet eller modifiering av ett kartellavtal. Ett fortsatt handlande i strid med föreläggandet skulle vara straffbelagt. Frågan om ett företag hade handlat i strid mot ett föreläggande skulle prövas i de allmänna domstolarna enligt vanliga straffrättsliga regler (s. 496).

I betänkandet behandlas frågan om vilket organ som ska ges befogenheten att ingripa mot otillåtna konkurrensnedvridningar. Utredningen kan tänka sig flera olika lösningar. Det diskuteras om uppdraget ska anförtros allmän domstol, den dåvarande Monopolutredningsbyrån, Kommerskollegium eller Priskontrollnämnden. Till sist stannar utredningen vid att föreslå ett helt nytt organ – Näringsfrihetsrådet – NFR. Till Näringsfrihetsrådets befogenheter skulle höra att ta ställning till om en konkurrensbegränsning var skadlig ur allmän synpunkt, att om så var fallet, genom förhandling försöka få företagen att upphöra med konkurrensbegränsningen, att, om förhandlingen blev resultatlös, utfärda föreläggande att konkurrensbegränsningen skulle upphöra. Om ingen av dessa åtgärder ledde till att konkurrensbegränsningen undanröjdes, skulle Näringsfrihetsrådet anmäla detta till Kungl. Maj:t.

Vilken sammansättning Näringsfrihetsrådet skulle ha ansåg utredningen vara en svår fråga (s. 506). Utöver att rådet behövde ledamöter med domarerfarenhet samt ekonomiska experter, ansågs det nödvändigt att ge Näringsfrihetsrådet "...en så vid förankring som möjligt i företagavärlden och de stora konsumentgrupperna..." (s. 506). Därför föreslogs det att det inom rådet skulle finnas representanter för såväl företagavärlden, som konsument- och löntagarintressen. Näringsfrihetsrådet föreslogs därför bestå av sju ledamöter – fyra fasta och tre tillfälliga. Av de fyra fasta ledamöterna skulle två ha domarerfarenhet och två vara ekonomiska experter. De tre tillfälliga ledamöterna skulle väljas ur ett särskilt tillsatt råd, bestående av 21 ledamöter som representerade olika intressen.

Näringsfrihetsrådets sammansättning skulle alltså i varje enskilt ärende ha en sammansättning där de olika motstående partsintressena i just det aktuella fallet var representerade. Just detta förhållande föranleder utredningen att slå fast att eftersom varje ärende är så organiserat att olika berörda parter kommer att stå mot varandra, får inte Näringsfrihetsrådet fungera både som "åklagare" och "domare" (s. 18, 509). Därför föreslås inrättande av en speciell ombudsman för näringsfrihetsfrågor, som senare kom att få namnet Näringsfrihetsombudsmannen – NO. Ombudsmannen gavs alltså ställning som en allmän åklagare som kunde ta initiativ till att ärenden ska tas upp i Näringsfrihetsrådet.

3.1.2 Proposition 1953:103 med förslag till lag om motverkande i vissa fall av konkurrensbegränsningar inom näringslivet

De nyetableringssakkunnigas betänkande utsattes för en massiv kritik från remissinstanserna. Kritiken riktades mot förslaget samtliga delar samt mot att det överhuvudtaget skulle införas möjligheter att ingripa mot konkurrensbegränsningar. Svea hovrätt erinrade bland annat att "...man i vårt land i uppkomna konfliktlägen på det hela taget givit avtalsfriheten företräde framför näringsfriheten.." (s. 84), dvs. domstolen gav uttryck för den i Sverige länge representerade uppfattningen att även konkurrensbegränsande avtal skulle respekteras av de rättsvårdande domstolarna och myndigheterna.

De viktigaste skillnaderna mellan betänkandet och lagförslaget blev att Näringsfrihetsrådet till följd av remissinstansernas kritik inte gavs befogenhet att meddela förelägganden. Vile företagen efter förhandlingar inte avveckla konkurrensbegränsningarna, kunde rådet endast anmäla detta till Kungl. Maj:t. Departementschefen menade att eftersom rätten för Näringsfrihetsrådet att meddela förelägganden inte infördes, kunde kritik inte längre riktas mot att nämnden skulle få ställning som både förhandlande och dömande myndighet (s. 276).

KBL utformades istället så att den byggde på en kombination av missbruksprincipen och förbudsprincipen. Det infördes en kriminalisering av två sorters konkurrensbegränsningar som ansågs särskilt stötande, nämligen bruttopriser och anbudskarteller. För andra typer av konkurrensbegränsningar fanns en generalklausul som medgav att förhandlingar inför Näringsfrihetsrådet kunde föras om konkurrensbegränsningar som ansågs otillbörliga ur allmän synpunkt.

Näringsfrihetsrådet gavs en något annorlunda sammansättning än som föreslagits, men rådet utformades ändå som ett partssammansatt organ. Rådet fick totalt nio ledamöter. Tre fasta ledamöter – två med domarerfarenhet och en ekonomisk expert – skulle vara oberoende av företag- och konsumentintressen. De övriga sex ledamöterna tillsattes för tre år i taget och de skulle representera företag- respektive löntag- och konsumentintressen, dvs. Näringsfrihetsrådet gavs inte den sammansättning som var skälet till att de Nyetableringssakkunniga ansåg det olämpligt att samla både den utredande och den förhandlande funktionen i ett och samma organ. Rådet fick inte heller ta upp ärenden på eget initiativ, utan detta var en uppgift för ombudsmannen för näringsfrihetsfrågor.

3.2 Senare reformer 1953-1982

Den konkurrensvårdande organisationen kom sedan från 1953 och fram till 1982 att genomgå flera förändringar, även om dessa inte i grunden ändrade något av de antaganden som legat till grund för utformningen av den första lagstiftningen. 1957 inrättades SPK – Statens pris- och kartellnämnd. SPK var den myndighet till vilken företag var skyldig att lämna uppgifter. SPK fick alltså en "utredande" funktion och Näringsfrihetsombudsmannen fick hämta uppgifter om företag från SPK och inte direkt från företag. Det betydde att det under den här perioden på konkurrensrättens område skapades den synnerligen otympliga organisationen med tre olika myndigheter för den utredande, beslutande respektive "dömande"

verksamheten. Efter en lagändring år 1966 infördes möjligheten för Näringsfrihetsrådet att meddela ett leveransföreläggande vid konstaterad otillbörlig leveransvägran.

År 1971 genomfördes en reform så att Näringsfrihetsrådets uppgifter övertogs av det så kallade Marknadsrådet, som också skulle handlägga den nya lagstiftningen om otillbörlig marknadsföring. Sådan lagstiftning om otillbörlig konkurrens (jfr. tyskans unlauteren Wettbewerb) har många beröringspunkter med den konkurrensfrämjande lagstiftningen, men är inriktad på att förhindra illojal konkurrens från aktörer, främst kanske genom otillbörlig marknadsföring. 1973 ändrade Marknadsrådet namn till Marknadsdomstolen. Ombudsmannen för näringsfrihetsfrågor kom från 1970 att benämnas Näringsfrihetsombudsmannen - NO. 1953 års konkurrensbegränsningslag ersattes senare med 1982 års konkurrenslag (1982:729). Ingen ändring vad avser konkurrensvårdens organisation föreslogs, utan den kom fortsatt att bestå i en uppdelning i funktionerna "domstol", åklagare och utredare. Man kan fråga sig varför just konkurrensområdet skulle ha en tredelad organisation, där inte ens "åklagarfunktionen" samtidigt fick inneha en utredningsfunktion.

3.3 Konkurrenslag 1993:20

3.3.1 *Konkurrenskommittén SOU 1991:59*

1992 års konkurrenslag föregicks av betänkandet SOU 1991:59. Många av utredningens förslag kom i huvudsakliga delar inte att genomföras, eftersom lagstiftaren istället valde att anpassa lagstiftningen till konkurrensreglerna inom EU. 1991 års konkurrenskommitté föreslog dock två viktiga förändringar för en mer adekvat organisering av det offentliga genomdrivandet av konkurrenslagstiftningen, som också ledde till en förändrad lagstiftning. Marknadsdomstolen föreslogs upphöra som partssammansatt domstol samt NO och SPK skulle slås ihop till Konkurrensverket.

Konkurrenskommittén hade också uppmärksammat att mer ingripande åtgärder på konkurrensrättens område måste kunna överklagas i två instanser. Konkurrenskommittén föreslog att Marknadsdomstolen skulle utgöra första instansen i konkurrensrätt och att domstolens avgörande skulle kunna överklagas till Högsta domstolen. Som ett alternativ övervägde utredningen att Stockholms tingsrätt, efter mönster från patenträtten, skulle vara första instans (s. 236-239). Kommittén föredrog dock den förstnämnda lösningen. Däremot ifrågasatte inte Konkurrenskommittén ordningen att Konkurrensverket skulle vara tvungen att väcka talan i domstol i konkurrensrelaterade mål, utan att själv kunna besluta om konkurrens-skadeavgifter.

3.3.2 *Proposition 1992/93:56*

I och med 1993 års konkurrenslag infördes den nu gällande ordningen att mål om konkurrenskadeavgift prövas av Stockholms tingsrätt i första instans. Andra former av åtgärder från Konkurrensverkets sida som t.ex. beslut om vite och ålägganden överklagas direkt till Marknadsdomstolen. Tvärt emot konkurrenskommitténs förslag ansågs det nu mer lämpligt att Stockholms tingsrätt skulle vara

första instans i mål, efter förebild från patentmålen. Tingsrättens beslut överklagas till Marknadsdomstolen.

3.4 Analys - den försiktiga svenska konkurrenslagstiftningen

Ulf Bernitz har i sin avhandling Marknadsrätt från år 1969 betecknat den svenska rättsutvecklingen på konkurrensrättens område som påtagligt försiktig i jämförelse med andra länder (Marknadsrätt, s. 421-423). Påståendet grundas bland annat på att Sverige i jämförelse med andra länder längre höll fast vid en non-interventionsprincip. Avtalsfriheten sattes före konkurrensfriheten längre än i andra länder.

Även de begränsade möjligheterna till statligt ingripande när lagstiftningen väl infördes uttrycker också en påtaglig svensk försiktighet på konkurrensrättens område och frågan är om det är denna försiktighet som lever vidare i det att det anses problematiskt att samla den utredande och beslutande funktionen hos det nuvarande Konkurrensverket. Denna försiktighet kanske rentav är en bidragande orsak till att det under så lång tid har ansetts finnas konkurrensbrister i Sverige.

De nyetableringssakkunniga ville alltså införa möjligheten att utfärda förelägganden för Näringsfrihetsrådet. Eftersom rådet skulle vara *partssammansatt* ville man undvika att samla både en utredande och en dömande/beslutande funktion inom en myndighet. När sedan departementschefen väljer att låta föreläggandemöjligheten utgå, behålls ändå ordningen att låta ombudsmannen för näringsfrihetsfrågor väcka talan inför Näringsfrihetsrådet.

Uttalandet om att Näringsfrihetsrådet inte ska vara både åklagare och domstol och att det därför krävdes medverkan av Näringsfrihetsombudsmannen har kommit att bli en truism i svenska förarbeten till konkurrenslagen som till slut kommit att upprepas utan att egentligt ifrågasättande. Den svenska ordningen där Konkurrensverket får uppträda som "åklagare" inför Stockholms tingsrätt i första instans och därefter Marknadsdomstolen kan alltså ledas tillbaka till de Nyetableringssakkunnigas betänkande från 1951. Men de antaganden som då motiverade den valda ordningen existerar inte längre, i vart fall inte sedan Marknadsdomstolen år 1992 slutade att vara ett partssammansatt organ.

Ett faktum som tidigare kunde motivera en "åklagarfunktion" var att i den tidigare svenska konkurrenslagstiftningen var vissa överträdelse kriminaliserade. Det var emellertid aldrig NO som hanterade dessa åtal, utan en allmän åklagare. I och med 1993 års konkurrenslag och även den nuvarande konkurrenslagen, har Sverige lämnat en generell kriminalisering av konkurrensrättsliga överträdelse bakom sig för en överskådlig tid. Det betyder också att argumentet att den främsta konkurrensvårdande myndigheten inte samtidigt ska vara både åklagare och domare har än mindre fog för sig. Införandet av möjligheten att föra talan om näringsförbud ändrar inte detta faktum.

Genomgången av tidigare förarbeten visar att uppfattningen att myndigheterna inte ska kunna kombinera en utredande och beslutande funktion verkar ha for-

mulerats på just konkurrensrättens område och att ställningstagandet inte på allvar har satts ifråga, utan lever vidare. Skrivningarna om att Näringsfrihetsrådet riskerade att uppfattas som både "åklagare" och "domstol", dvs. framstå som ett inkvisitoriskt organ framstår närmast som ett retoriskt grepp som verkar ha formulerats av konkurrenslagstiftningens motståndare (hälften av de Nyetablerings-sakkunniga hade anfört starka reservationer mot den föreslagna lagstiftningen). Ett annat sätt att uttrycka det är ju att en förvaltningsmyndighet både utreder eventuella lagöverträdelse och fattar beslut om en överträdelse verkligen har skett. Så gör Skatteverket, Finansinspektionen och Post- och telestyrelsen och många andra myndigheter.

För att något utveckla jämförelsen med Skatteverket, kan det konstateras att det inte finns någon opinion mot att Skatteverket fungerar som både "åklagare" och "domstol" när verket både utreder taxeringsfrågor, fastställer taxeringen och i förekommande fall även beslutar om skattetillägg. Taxeringsförfarandet i "första instans" äger rum inom Skatteverket. Skatteverkets beslut om årlig taxering, omprövning skattetillägg eller skönstaxering överklagas sedan i ett kontradiktoriskt förfarande vid länsrätt, kammarrätt och med Regeringsrätten som prejudikationsinstans. Precis samma modell är möjlig att införa i konkurrensområden. På 1950-talet var det möjligt att införa en sådan ordning, eftersom konkurrensområden i Sverige var alldeles nytt. Med den något vaga lagstiftning som 1953 års konkurrensbegränsningslag utgjorde som grund, fanns ett förutsebarhetsproblem. Konkurrensrätten idag är ett betydligt mer utvecklat rättsområde och då gör sig inte frågan om bristande förutsebarhet gällande på samma sätt.

Efter införandet av 1993 års konkurrenslag och ordningen att Stockholms tingsrätt fungerar som första instans har den bristande enhetligheten vad gäller de marknadsrelaterade målen handläggningssätt kommit att permanentas. Det måste ifrågasättas om det är adekvat att patentlagstiftningen fick stå modell för domstolsprövning av konkurrenslagstiftningen. Konkurrenslagstiftningen har ju mer gemensamt med upphandlingslagarna, lag om elektronisk kommunikation, sektorsspecifik lagstiftning etc. som alla handläggs inom de allmänna förvaltningsdomstolarna. Stockholms tingsrätt handlägger endast ett fåtal konkurrensrelaterade mål. Enligt muntlig uppgift från berörd avdelning vid Stockholms tingsrätt finns i februari år 2009 femton konkurrensrättsliga mål av totalt 900 mål i balans. Av dessa 15 mål är alla utom ett vilandeförklarat. Det måste ifrågasättas om så få mål kan utgöra en tillräcklig kvantitet mål som låter domstolen vidmakthålla och utveckla sin konkurrensrättsliga kompetens.

4 Vad har ändrats?

På vilket sätt ett land – även ett medlemsland i den Europeiska unionen – organiserar det offentliga genomdrivandet av konkurrenslagstiftningen och annan marknadsrelaterad lagstiftning får ses som en öppen fråga. Det finns dock alltid möjlighet att så att säga "formatera om hårdskivan" och välja en förändrad ordning. Vilka skäl finns då för att Sverige bör överväga en förändrad instansordning

för den marknadsrelaterade lagstiftningen, förutom en politiskt uttryckt vilja att konkurrensförhållandena ska förbättras?

Först bör nämnas EU-medlemskapet och det faktum att svenska företag och konsumenter agerar på den inre marknaden. En önskan om en materiell rättslikhet på konkurrenslagstiftningens område har funnits alltsedan 1993 års konkurrenslag. Emellertid måste frågan ställas varför Sverige inte också ska välja *administrativ rättslikhet*, dvs. att vi organiserar den konkurrensvårdande organisationen på i huvudsak samma sätt som andra EU-länder. Det är alldeles sant att Sverige inte är tvunget att välja en administrativ rättslikhet, men varför ska Sverige med sin relativt lilla och öppna ekonomi välja en annan ordning? Detta argument gör sig särskilt starkt gällande sedan Konkurrensverket blivit en del av det nätverk av europeiska konkurrensmyndigheter (ECN) som tillsammans med EU-kommissionen tillämpar EU:s konkurrensregler.

Det har inom EU och Sverige skett en markant regelreformerings av tidigare reglerade marknader. Detta leder till både mer lagstiftning och ett ökat behov av of-fentligt genomdrivande även av denna lagstiftning. Ifråga om sektorsspecifik lagstiftning med ursprung i EU finns inte alltid någon valmöjlighet om vilka befogenheter de ansvariga myndigheterna ska ha för Sveriges del. Olika direktiv utfärdas och på tidigare reglerade områden förutsätts förekomsten av en kontroll- eller regleringsmyndighet. I takt med ökad regelreformerings får Sverige nya myndigheter som ska hantera sektorsspecifik konkurrenslagstiftning. Det kan alltså förväntas mer av marknadsrelaterade lagstiftning av samma typ som den om elektronisk kommunikation. Dessa förvaltningsmyndigheters beslut överklagas till förvaltningsdomstol och frågan bör även av detta skäl ställas om det inte är dags att försöka bestämma sig för en enhetlig huvudmodell för hur marknadsrelaterade lagstiftning bör hanteras. Detta gör sig särskilt starkt gällande på konkurrenslagstiftningens område, dvs. både den generella och sektorsspecifika.

5 Vilka alternativ är möjliga?

Det finns flera alternativa möjligheter att åstadkomma snabbhet och särskild kompetens inom domstolsväsendet. Att åstadkomma specialisering inom allmänna domstolar eller allmänna förvaltningsdomstolar är dock en åtgärd som framgångsrikt har prövats redan tidigare, t.ex. i fråga om miljö- och migrationsdomstolarna.

Emellertid finns även andra möjligheter. En lösning är ju att öka resurserna till domstolsväsendet. Det kan dock knappast förbättra situationen just för den marknadsrelaterade konkurrensfrämjande lagstiftningen. Även om denna typ av lagstiftning är mycket betydelsefull, kommer den ändå att utgöra en minoritet jämfört med andra områden. Ökade resurser till myndigheterna som handlägger konkurrensfrämjande lagstiftning framstår i så fall som en säkrare väg att gå, medan ökade resurser till domstolsväsendet inte kan förväntas ha någon större träffsäkerhet om den lagstiftning som här är i fråga.

Det är alltid möjligt att begränsa antalet instanser, som har skett i fråga om lag (2003:389) om elektronisk kommunikation. Huvudsaken är dock att konkurrensrelaterad lagstiftning prövas i minst två instanser.

Domstolarna kan genom sina interna rutiner välja att hårdare prioritera de marknadsrelaterade målen, vilket till del redan sker idag. Det är också möjligt att använda sig av förtursförklaring och bestämda tidsgränser för hur lång tid en viss måltyp får ta. Samtidigt är ju utgångspunkten att i allmän domstol och allmän förvaltningsdomstol handläggs ju annan lagstiftning som också är oerhört viktig. Även om det är väsentligt att marknadsaktörer får snabbt besked om en av deras konkurrenter har överträtt konkurrenslagstiftning, är det tveksamt om denna typ av mål ska prioriteras framför t.ex. mål om tvångsomhändertaganden.

Domsstolarna kan bli bättre på så kallad materiell processledning, men det kan knappast förväntas att handläggningstiderna dramatiskt skulle förbättras genom detta.

Mot bakgrund av dessa alternativa förslag, framstår det ändå som mest rationellt att fortsätta koncentrationen av marknadsrelaterad lagstiftning till färre domstolar och till en huvudsaklig ordning för myndighetsbeslut och efterföljande domstolsprövning.

6 Förslaget

6.1 Inför en enhetlig huvudmodell för prövning av konkurrensvårdande myndigheters beslut

En reform som enligt min mening borde tas till övervägande är att införa en ordning så att det offentliga genomdrivandet av både den generella och sektorsspecifika lagstiftningen hanteras på ett så likartat sätt som möjligt. Detta skulle innebära att de konkurrensvårdande myndigheterna utreder och beslutar om en överträdelse av lagstiftningen har skett. Myndigheternas beslut resulterar i olika ålägganden, beslut om konkurrensskadeavgift, förbud mot företagskoncentrationer, s.k. SMP-beslut etc. vilka sedan kan överklagas till förvaltningsdomstol i första instans. Förvaltningsprocessen är ju huvudsakligen skriftlig, vilket är en långt mer adekvat ordning jämfört med kraven på muntlighet inför allmän domstol.

Den första instansen kan lämpligen benämnas "Marknadsdomstolen". Det bör också övervägas att begränsa antalet länsrätter som också ska inneha funktionen att utgöra marknadsdomstol. Antalet länsrätter uppgår idag till 23. Om regeringens proposition 2008/09:165 om en långsiktigt hållbar organisation för de allmänna förvaltningsdomstolarna i första instans blir verklighet kommer antalet framtida förvaltningsdomstolar i första instans att uppgå till tolv. Trots det minskade antalet förvaltningsdomstolar, finns det skäl att överväga en ordning där ca 4-6 förvaltningsdomstolar får utgöra Marknadsdomstolen i första instans.

Förvaltningsdomstolens eller "Marknadsdomstolens" beslut överklagas till nuvarande Marknadsdomstolen, som då istället får bli Marknadsöverdomstolen, vars lagfarna ledamöter alla ha uppdraget som heltidssysselsättning och inte som idag att endast ordförandens uppdrag är på heltid. Marknadsdomstolen skulle då upphöra att vara en fristående specialdomstol och istället bli en särskild domstol inom den allmänna förvaltningsdomstolsorganisationen. En sådan reform skulle också ligga i linje med direktiven i den pågående utredningen om särskilda åtgärder för vissa måltyper i domstol (Dir. 2008:49). Jag avstår från exakt ange hur Marknadsöverdomstolen skulle organiseras, men en lämplig ordning kunde vara en sammansättning med tre ledamöter med domarerfarenhet och två särskilt förordnade ekonomiska experter. Marknadsöverdomstolen skulle kunna fungera som en egen avdelning inom förslagsvis Kammarrätten i Stockholm.

Fördelen med detta förslag är att det offentliga genomdrivandet av marknadsrelaterad konkurrensfrämjande lagstiftning skulle prövas huvudsakligen i ett domstolsslag, nämligen allmän förvaltningsdomstol. Den nuvarande uppdelningen mellan olika domstolsslag skulle minska. Detta skulle innebära följande:

- Samtliga ärenden och mål enligt konkurrenslagen skulle vara föremål för beslut av Konkurrensverket. Överprövning sker i två instanser inom ramen för de allmänna förvaltningsdomstolarna, dvs. Marknadsdomstolen och Marknadsöverdomstolen.
- Ingen förändring sker i fråga om PTS:s beslutsbefogenheter och domstolsprövning av myndighetens beslut gällande lag (2003:389) om elektronisk kommunikation, utom att även dessa mål prövas av det som kommer att kallas Marknadsdomstolen och Marknadsöverdomstolen.
- Övrig sektorsspecifik lagstiftning hanteras enligt samma ordning som konkurrenslagen och lag om elektronisk kommunikation. Det måste möjligen övervägas om prövning ska ske i två eller tre instanser, dvs. om Regeringsrätten fortfarande ska vara prejudikatinstans i marknadsrelaterade mål eller om den uppgiften ska ligga på Marknadsöverdomstolen
- Den egentliga "bulken" av konkurrensrelaterade mål i allmän förvaltningsdomstol utgörs av upphandlingsmålen. Även om överprövningen av upphandlingsmålen mer indirekt berör konkurrensförhållanden på marknader, är det ändå en lagstiftning där konkurrensrättsliga frågeställningar finns aktuella. En ordning där överprövning enligt upphandlingslagarna koncentrerades till färre länsrätter/förvaltningsdomstolar i första instans än idag vore en välkommen utveckling. Konkurrensverkets nya ställning som tillsynsmyndighet i upphandlingsfrågor talar också för att mål enligt konkurrenslagen och upphandlingslagarnas överprövningsmål borde prövas enligt samma ordning. Dessutom utgör överprövningen ett slags laglighetsprövning, vilket passar väl in i nedanstående förslag om införandet av en generell laglighetsprövning.

- En ytterligare fördel är att den kommande lagstiftningen om offentlig säljverksamhet också skulle komma att hanteras i allmän förvaltningsdomstol. Med det liggande förslaget i Näringsdepartementets promemoria ska annars frågor om den kommunala kompetensen komma att bedömas av allmän domstol, vilket är olyckligt och ytterligare ett exempel på det stora behovet av en samlad översyn av domstolshanteringen av marknadsrelaterade mål.
- Eventuella mål i fråga om lag (2008:962) om valfrihetssystem skulle också hanteras enligt samma ordning som KL, LEK och upphandlingslagarna.
- Den rättsliga hanteringen av konsumentlagstiftningen måste övervägas ytterligare. Det är dock inte omöjligt att inordna även denna lagstiftning enligt den nu föreslagna huvudmodellen, dvs. att även KO ges både utrednings- och beslutandekompetens och att myndighetens beslut överklagas i de föreslagna marknadsdomstolarna. Detta skulle då medföra förändringar ifråga om mål enligt t.ex. marknadsföringslagen samt annan lagstiftning som idag handläggs av Marknadsdomstolen på talan av KO.

6.2 Inför laglighetsprövning som huvudregel

En ytterligare reform att införa ifråga om domstolsprövning av marknadsrelaterad konkurrensfrämjande lagstiftning vore att införa laglighetsprövning som huvudregel. Begreppet laglighetsprövning är något som i svensk rätt starkt är förknippat med laglighetsprövning enligt kommunallagen, dvs. kommunalbesvär och ett förordande av laglighetsprövning riskerar att utlösa närmast reflexartade invändningar. Laglighetsprövning av myndighetsprövning är emellertid den huvudsakliga ordningen i rättstater av västeuropeiskt snitt samt för gemenskapsdomstolarnas prövning av mål om ogiltighet. Sverige och även Finland är helt ensamma om en ordning där lämplighetsprövning av myndighetsbeslut utgör huvudregeln i förvaltningsprocessen. Det förhållandet att svenska förvaltningsdomstolar prövar både myndighetsbesluts laglighet och lämplighet har förvånansvärt sällan ifrågasatts i Sverige. Professorn i offentlig rätt vid Oslo universitet, Eivind Smith, har emellertid skrivit flera artiklar i ämnet, men den svenska debatten har uteblivit. Jag har själv skrivit om ämnet i den kommande festskrift som ges ut med anledning av Regeringsrättens hundraårsjubileum 2009.

Det ska tydligt sägas att laglighetsprövning inte innebär en mindre noggrann eller mindre omfattande domstolsprövning av myndighetsbeslut. Den egentliga skillnaden mellan att ha laglighetsprövning istället för lämplighetsprövning som inriktning för domstolsprövningen är att om domstolen finner att myndighetens beslut är behäftad med fel, så kommer beslutet att upphävas. Domstolen fattar därmed inte själv det beslut som den finner mest lämpligt. Beslutet går istället tillbaka till myndigheten för ett nytt beslut eller möjligen att myndigheten väljer att avskriva ned ärendet. Skulle Sverige välja denna modell, skulle vi välja samma modell som t.ex. Tyskland och flera andra EU-länder.

6.3 Laglighetsprövning – begränsad eller intensiv?

I det följande ska göras en mindre utveckling gällande frågan om laglighets- eller lämplighetsprövning i allmänhet. Distinktionen mellan prövning av förvaltningsbesluts laglighet och lämplighet är välkänd i Sverige liksom i andra rättsstater. Inom EU råder en ordning som kan få representera alternativet till den svenska ordningen. Det faktum att EG-domstolarna ska begränsa sig till laglighetsprövning framgår redan av ordalydelsen i artikel 230 EG. Vid överprövning är det möjligt för gemenskapsdomstolarna att ogiltigförklara rättsakter på fyra alternativa grunder: bristande behörighet, åsidosättande av väsentliga formföreskrifter, åsidosättande av EG-fördraget eller någon rättsregel som gäller dess tillämplig eller vid maktmissbruk. Domstolen kan inte fatta ett nytt beslut som sätts i det överklagade beslutets ställe, utan prövningen är kassatorisk. Domstolen kan alltså inte ogiltigförklara ett beslut på grunden att den själv gör bedömningen att ett annat beslut hade varit bättre eller mer skäligt, dvs. domstolen får inte ersätta myndighetens bedömning med sin egen. En i stort likartad ordning finns i de flesta europeiska länder.

I en internationell diskussion blir det tydligt att den domstolsprövning som kallas laglighetsprövning – *judicial review* – inte betecknar något enhetligt, utan är något som domstolar utövar med varierande intensitet. Man skiljer alltså generellt på överklagande (*appeal*) och *judicial review*. I sin striktaste form av laglighetsprövning prövas alltså enbart lagligheten, inte lämpligheten. Den svenska ordningen för kommunalbesvär ligger nära denna strikta form av laglighetsprövning. Domstolsprövningen kan sedan utökas med en prövning av att beslutet inte är orimligt, vilket brukar exemplifieras av något som benämns *Wednesbury unreasonableness*.² Laglighetsprövning kan sedan utövas med allt större intensitet, med vilket avses att domstolar inom ramen för en laglighetsprövning kommer att pröva båda legalitetsprincipen och proportionalitetsprincipen. En sådan laglighetsprövning kallas i utländsk litteratur för "*structured proportionality review*". Bevisbördan för beslutets riktighet ligger på myndigheten.

Det står numera klart att gemenskapsdomstolarnas i konkurrensrättsliga mål tillämpar en intensiv laglighetsprövning. Detta får anses följa av målet *C-12/03 P Kommissionen mot Tetra Laval*. Avgörandet utgör ett representativt exempel på hur intensiv en laglighetsprövning kan vara. Bakgrunden till Tetra Laval-målet var att EU-kommissionen på grundval av EG:s företagskoncentrationsförordning hade förklarat fusionen mellan företagen *Tetra Laval BV* och *Sidel SA* som oförenlig med den gemensamma marknaden. Företagen förde emellertid en framgångsrik ogiltighetstalan mot beslutet vid Förstainstansrätten (*mål T-5/02, Tetra Laval mot kommissionen*). I domen gick Förstainstansrätten hårt åt kommissionsbeslutet. Så hårt att EU-kommissionen i sin tur överklagade till EG-domstolen och anförde att Förstainstansrätten hade gått utanför ramarna för ogiltighetstalan. EU-kommissionen menade att Förstainstansrätten hade gett sig in i och ifrågasatt kommissionens

² Se målet *Ass. Provincial Picture House Ltd v. Wednesbury Corp* (1948) 1 KB 223. Som exempel på ett orimligt beslut brukar anges ett beslut att rödhåriga lärare skulle få sparken från en skola på grund av att de är rödhåriga.

ekonomiska bedömningar på ett sådant sätt att den kommit att ersätta dess bedömning med sin egen. EU-kommissionen anklagade med andra ord Förstainstansrätten för att ha gjort en lämplighetsprövning av kommissionens beslut. EG-domstolen upprätthöll i mål C-12/03 emellertid Förstainstansrättens dom. Den prövning som skedde av EU-kommissionens beslut och som väl kan stå modell för en motsvarande prövning vid svensk förvaltningsdomstol ska omfatta om den bevisning som åberopas är korrekt, tillförlitlig, motsägelsefri och tillräcklig. En laglighetsprövning hindrade alltså inte att Förstainstansrätten ingående kan pröva kommissionens tolkning av ekonomiska fakta.

Det går däremot en principiell gräns vid att en domstol kan ersätta myndighetens beslut med sitt eget. En sådan *full intensisty review* eller *correctness review*, vid vilken domstolen befinner sig i samma position som den ursprungliga beslutsfattaren är inte på något sätt okänd i övriga Europa. Gemenskapsdomstolarna utövar en sådan full prövning av böternas storlek i konkurrensfall. Samma ordning måste givetvis gälla i Sverige, dvs. t.ex. Konkurrensverkets beslut om konkurrens-skadeavgiftens storlek skulle fullt ut prövas i de föreslagna marknadsdomstolarna och här kan dessa sätta sitt eget beslut i myndighetens ställe. Men en fullständig prövning bör med ett västeuropeiskt synsätt fortfarande utgöra ett undantag till huvudregeln om laglighetsprövning.

En korrekt utförd laglighetsprövning omfattar således frågor om rätt organ har fattat beslutet, om beslut är fattade efter något fel i förfarandet som kan ha påverkat utgången, om rättsfrågorna är korrekt bedömda, om faktiska omständigheter som lagts till grund för beslutet har uppfattats korrekt – dvs. att bevisningen är korrekt, tillförlitlig, motsägelsefri och tillräcklig – att beslutet inte strider mot någon rättsregel samt att det inte skett något maktmissbruk. En laglighetsprövning under vilken dessa frågor prövas innebär en omfattande och intensiv prövning av ett myndighetsbeslut.

Det enda som domstolen inte gör, är att fatta de slutliga beslutet i ärendet. Finner förvaltningsdomstolen att beslutet inte är lagligt, upphävs det och återförvisas till myndigheten. Är det inte olagligt står beslutet fast. En laglighetsprövning i t.ex. mål om elektronisk kommunikation skulle medföra att parterna även fortsättningsvis argumenterar för eller emot att beslutet som PTS har fattat är lagligt. Däremot behöver parterna inte uppehålla sig vid vilket beslut som domstolen ska fatta. En sådan reform skulle kunna korta inlagorna i varje sådant mål med ett par hundra sidor.

6.4 Vilka skäl finns att frånga lämplighetsprövning som huvudregel vid prövning av förvaltningsbeslut?

Det bör enligt min mening generellt övervägas en ändrad ordning i Sverige, så att laglighetsprövning av förvaltningsbeslut även här blir huvudregeln. Flera viktiga omständigheter i svensk rätt talar för att det är dags att kritiskt ifrågasätta den utbredda lämplighetsprövningen.

- Förvaltningsbeslut överklagas numera enligt lag huvudsakligen till förvaltningsdomstol. Tidigare gällde som just nämnts ordningen att besluten överklagades till närmast högre myndighet.
- Det finns numera i Sverige till skillnad mot tidigare en fullt utbyggd förvaltningsdomstolsorganisation i tre instanser som är tydligt åtskild från förvaltningen.
- Förvaltningsprocessen utgörs numera huvudsakligen av en tvåpartsprocess.

Det kan tilläggas att rättsskipningen och förvaltningen fortfarande behandlas i samma kapitel i regeringsformen, men Grundlagsutredningen föreslår två separata kapitel. Medan förvaltningsdomstolar och förvaltningsmyndigheter tidigare i Sverige inte har varit tydligt åtskilda, så har detta idag ändrats. Det har skett en rad reformer inom förvaltningsdomstolsorganisationen från år 1971 och framåt och som delvis har styrts av en anpassning till Europakonventionen om mänskliga fri- och rättigheter.

Det huvudsakliga skälet bakom att inte låta förvaltningsdomstolar generellt pröva förvaltningsbesluts lämplighet är principen om maktindelning. Domstolar och myndigheter tillhör olika delar av den offentliga makten i en rättsstat. Domstolarna hämtar sin legitimitet från att de är skapade i enlighet med ett lands konstitution och att de utövar sin dömande verksamhet under lagarna. Förvaltningsmyndigheter utgör däremot en del av regeringens eller exekutivens maktsfär. Den exekutiva makten och även lagstiftningsmakten har en mer direkt demokratisk legitimitet som domstolar saknar. Därför vilar arbetsfördelningen mellan domstolar och myndigheter ytterst på en i Västeuropa utbredd uppfattning om demokratisk legitimitet.

Ytterligare betydande skäl till att förvaltningsdomstolar inte som huvudregel kan ersätta myndighetens bedömning om ett besluts lämplighet med sin egen uppfattning brukar anföras möjligheten till ansvarsutkrävande samt bristande expertis hos domstolarna. Domstolskontroll av förvaltningsbeslut sker alltså i första hand för att säkerställa att myndigheter utövar sin makt under lagarna. Den svenska rättsutvecklingen har emellertid skett på sådant sätt att myndighetsbeslut tidigare överklagades till den närmast överordnade myndigheten. Under dessa förhållanden var det rimligt att anta att överprövningsinstansen hade samma eller till och med högre kompetens än den underordnade myndigheten. Numera, när överklagandet enligt huvudregeln sker till förvaltningsdomstol, verkar frågan om vilken kompetens det överordnade prövningsorganet har på myndigheters områden för expertis ha lämnats åt sidan

När lagstiftning medger ett utrymme för valfrihet i frågan om vad som är skäligt eller lämpligt, bör förvaltningsmyndigheten träffa det valet och domstolarnas uppgift uppfattas då i de flesta europeiska länder att vara att se till att besluten

inte går utöver de gränser som enligt lag binder myndigheten. Finns det utrymme för att det som på engelska kallas *discretion* och som brukar översättas med "fritt skön" på svenska, bör det utövas av organ som står under politisk kontroll. Domarnas särskilda oberoende och frånvaro av specialiserade kanslier gör faktiskt domare mindre lämpade än förvaltningsorgan att avgöra vad som är ett lämpligt beslut. Däremot är domstolarna absolut mest lämpade att avgöra om ett myndighetsbeslut är lagligt.

Ett ytterligare skäl att gå över till att betrakta laglighetsprövning som huvudregel för domstolsprövning av förvaltningsbeslut är efterfrågan på rationalitet i statsapparatusens organisering. När Näringsfrihetsrådet en gång infördes, var det en myndighet. Därefter döptes den om till Marknadsrådet och sedermera Marknadsdomstolen. Det skedde dock inga dramatiska förändringar i rådets/ domstolens befogenheter. Numera står det dock alldeles klart att Marknadsdomstolen verkligen är en domstol. Myndigheterna på det marknadsrelaterade området, Konkurrensverket, PTS, Energimarknadsmyndigheten, Konsumentverket är alla statliga förvaltningsmyndigheter. När myndigheters beslut överklagas till en domstol, som är en helt annan typ av organ än myndigheter, måste frågan ställas varför domstolar ska ha samma befogenheter som myndigheterna.

Den svenska ordningen med generell lämplighetsprövning framstår som säregen betraktad i ett EU-perspektiv. För medlemsstaterna råder processuell autonomi, dvs. i avsaknad av gemensamma regler har medlemsstaterna den förvaltningsprocessrätt de önskar. Det finns inget EG-rättsligt hinder mot att det i Sverige i normalfallet utförs en lämplighetsprövning av myndighetsbeslut. Men effekten är ju, att i alla andra länder prövas EG-rättsliga anspråk enligt laglighetsprövningens principer, medan i Sverige gör förvaltningsdomstolarna en lämplighetsprövning.

7 Konsekvenser

De förändringar som här föreslås medför att organisatoriska förändringar bör övervägas för främst Konkurrensverket, men även Marknadsdomstolen. Om Konkurrensverket ges beslutanderätt i det som idag kallas konkurrens mål, bör det övervägas om ett särskilt beslutande organ för dessa frågor ska skapas inom Konkurrensverket. Till ett sådant organ kunde knytas lagfarna ledamöter och ekonomiska experter. I vilket fall är det väsentligt att jämföra Konkurrensverkets beslutsbefogenheter och lämpliga organisation i jämförelse med andra myndigheter med liknande befogenheter. Ledning för hur beslutsorganet ska organiseras borde därför kunna hämtas från andra myndigheter som t.ex. Skatteverket, Post- och telestyrelsen, Finansinspektionen etc.

Marknads(över)domstolen skulle genom den ökade ärendetillströmningen inrättas som en domstol med det antalet ordinarie domare som är lämpligt för en överinstans, vilket skulle betyda en utökning av antalet ledamöter jämfört med idag. Som en avdelning inom Kammarrätten i Stockholm skulle Marknadsöverdomstolen vid sidan av de marknadsrelaterade målen också skulle hantera andra måltyper precis som en vanlig avdelning.

Däremot skulle den nu föreslagna ordningen medföra att den nyss införda möjligheten till fakultativ kumulation av mål om skadestånd försvinner. Detta är i och för sig en nackdel. Skadeståndsmål bör handläggas i allmän domstol. Det måste emellertid också talas klartext om de civilrättsliga skadeståndsmålen som medel för effektivt genomdrivande av konkurrensrättens regler. Att inordna konkurrensrättsliga mål vid allmän domstol, för att tillgodose möjligheten till kumulation av mål om skadestånd eller av någon annan anledning, är att spanna kärran för hästen istället för tvärtom. Rent faktiskt förekommer givetvis andra partsställningar än den mellan myndigheten och enskilda företag i konkurrensrättsliga mål, men de förra kommer alltid att utgöra en mycket mindre andel jämfört med det offentliga genomdrivandet av konkurrenslagstiftningen. Det har länge inom EU:s medlemsländer funnits en önskan att mål om skadestånd på grund av företags överträdelse av konkurrensreglerna ska öka. Önskemålet ska möjligen ses mot bakgrund av en upplevd brist på resurser för det offentliga genomdrivandet av konkurrensrätten samt en önskan att efterlikna förhållandena inom private enforcement i USA. Innan vi har infört tredubbla skadestånd och en jury i konkurrensrättsliga mål kommer en nämnvärd ökning av private enforcement med all sannolikhet inte att bli verklighet.

Handläggningen av skadestandsfrågor är och förblir en del av det vi kallar private enforcement, eller *enskilt genomdrivande*, av konkurrenslagstiftning. Med tanke på det omfattande utredningsbehovet, de svårbedömda sakfrågorna och behovet av ekonomisk expertis i konkurrensrelaterade mål bör det offentliga genomdrivandet av konkurrenslagstiftning – inte det privata – få vara bestämmande för instansordningens och domstolsprövningens former. Förutom det faktum att det i konkurrensmål förekommer tvistemålsprocesser mellan enskilda parter, angav Konkurrenslagsutredningen även likheten med brottmål samt det faktum att konkurrensmål i dag handläggs i allmän domstol som skäl för att inte ändra instansordningen. Dessa kan i och för sig ses som goda argument, men det kan ju lika gärna hävdas att mål om konkurrensskadeavgift är mer lika mål om skattetillägg och därför passar väl i allmän förvaltningsdomstol. Kanske är frågan om vilken annan lagstiftning som bör vara modell för konkurrenslagstiftningen en fullkomligt felformulerad fråga. Utgångspunkten bör vara vad som passar bäst för majoriteten av de konkurrensrelaterade måltyperna.

Det är fullt möjligt att just skadeståndsmålen skulle öka i antal om de konkurrensrättsliga målen skulle handläggas inom ramen för de allmänna förvaltningsdomstolarna, eftersom handläggningstiderna högst sannolikt skulle bli kortare. Idag står det de skadestandsberättigade till buds att kumulera sina anspråk med mål som tar 4-6 år att avgöra, vilket riskerar att medföra ökade ombudskostnader. Det kan då framstå som mer fördelaktigt för enskilda att väcka talan om skadestånd först efter att det konkurrensrättsliga avgörandet vunnit laga kraft. Marknadsdomstolens slutliga avgörande skulle då ha bevisverkan i den efterföljande civilprocessen.

Det förhållande att ett avtal som står i strid med konkurrensreglerna är ogiltigt bör inte heller påverka möjligheterna att föra konkurrensrättsliga mål till allmän

förvaltningsdomstol. I konkurrensrätten följer ogiltigheten direkt av att ett avtal är i strid med 2:1 KL och inte omfattas av någon av undantagsreglerna. Denna ordning gäller även inom EG-rätten. Hur avtalsparternas inbördes förhållande påverkas av detta är en fråga som de får hantera inom ramen för civilprocessen. Huvudsaken är trots allt att den rättsliga omgivningen får en signal om att det finns ett avtal som av alla rättsvårdande myndigheter ska betraktas som ogiltigt. Talan om näringsförbud kan som idag föras på talan av Konkurrensverket inför de föreslagna marknadsdomstolarna och handläggas enligt de regler som idag gäller för sådana mål.

Det finns många fördelar med att föra över konkurrensrättsliga mål till allmän förvaltningsdomstol och även att skapa en gemensam huvudmodell för prövning av det offentliga genomdrivet av marknadsrelaterad konkurrensfrämjande lagstiftning. Processen i allmän förvaltningsdomstol är givetvis lika rättsäker som den i allmän domstol. Förvaltningsprocessrättens skriftlighet, där den muntliga förhandlingen endast kompletterar utredningen i målet, är mer adekvat än en konkurrensrättslig process som handläggs enligt en ordning som bygger på muntlighetsprincipen. Handläggningstiderna i marknadsrelaterade mål skulle kunna komma att kortas. Särskilt i kombination med införandet av en intensiv laglighetsprövning skulle tyngdpunkten i förfarandet förskjutas till myndigheten och till domstolsprövningen i första instans, vilket är i enlighet med allmänna strävanden inom rättsskipningen i Sverige. Om Konkurrensverket eller andra konkurrensvårdande myndigheter får sitt beslut om konkurrensskadeavgift eller gällande ett åläggande upphävt i domstol och återförvisat till sig, får myndigheterna en tydligare signal om att det har handlat fel, jämfört med att domstolarna tar hand om det slutliga avgörandet.

Om formerna för domstolsprövningen ges en huvudsaklig utformning, är det också möjligt att överväga en mer enhetlig organisationsmodell för de generella respektive sektorsspecifika konkurrensmyndigheterna, kanske rent av en sammanslagning av Konkurrensverket med övriga sektorsspecifika konkurrensmyndigheter. De konkurrensrättsliga frågeställningarna är inte sällan likartade. Idag konkurrerar ju myndigheterna med varandra om en högt specialiserad arbetskraft, vilket framstår som onödigt.

Dessutom skulle en förändrad instansordning i Sverige och införande av beslutanderätt för Konkurrensverket i mål om konkurrensskadeavgift och företagskoncentrationer medföra en större administrativ rättslikhet med andra EU-länder, vilket, mot bakgrund av det gemensamma genomdrivet av EG:s konkurrensregler inom European Competition Network, vore en tydlig fördel.

8 Avslutning

Välståndet i Sverige påverkas positivt av en ökad effektivitet i statsförvaltningen. Domstolsprövningen av de konkurrensvårdande myndigheternas beslut måste följaktligen organiseras på ett ändamålsenligt sätt. Denna rapportens huvudförslag kan genomföras om det finns en öppenhet för förändring. En mer effektiv dom-

stolsprocess i marknadsrelaterade mål kan visa sig vara den enskilt viktigaste åtgärden för att förbättra konkurrensförhållandena i Sverige.

9 Källförteckning

Offentligt tryck

Prop. 2008/09:165 om en långsiktigt hållbar organisation för de allmänna förvaltningsdomstolarna i första instans

Prop. 2007/08:135 Ny konkurrenslag m.m.

Prop. 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning

Prop. 1981/82:165 med förslag till konkurrenslag

Prop. 1953:103 med förslag till lag om motverkande i vissa fall av konkurrensbegränsningar inom näringslivet

SOU 2008:106 Ökat förtroende för domstolarna – strategier och förslag

SOU 2006:99 En ny konkurrenslag

SOU 1991:59 Konkurrens för ökad välfärd

SOU 1978:9 Ny konkurrensbegränsningslag

SOU 1951:27 Konkurrensbegränsning. Betänkande med förslag till lag om skydd mot samhällsskadlig konkurrensbegränsning

Kommittédirektiv (dir. 2004:128) Ökad effektivitet på konkurrensområdet m.m.

Promemoria Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden (N2008/4625/MK)

Konkurrensverkets rapport (2009:1) delrapport 2 – Åtgärder för en bättre konkurrens

Konkurrensverkets rapport (2007:2) Länsrätternas domar om offentlig upphandling

DOV:s rapport Länsrättsutredningen 2008:3

Litteratur

Bernitz, Ulf, Marknadsrätt, Jurist- och samhällsvetareförbundets Förlags AB, Stockholm, 1969

Smith, Eivind, (2000) *Sverige som konstitutionell demokrati*, SvJT 2000 s. 11-35.

Smith. Eivind, (2006) *Juger l'administration, c'est aussi administrer. Om förvaltningen och dess domare i Sverige, i God förvaltning – ideal och praktik*, Juridiska fakultetens i Uppsala årsskrift 2006, s. 209-227

Övrigt

OECD The Role of Competition Policy in Regulatory Reform, 2006

OECD Policy Brief – Competition Law and Policy in Sweden, June 2007