

Konkurrensrättsliga aspekter på vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn

Niklas Hallberg

Kandidatuppsats i handelsrätt
Konkurrensrätt
HT2012

Handledare
Jonas Ledendal



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

1. Inledning	11
1.1 Bakgrund.....	11
1.2 Syfte och frågeställning	12
1.3 Avgränsningar.....	13
1.4 Metod och material	13
1.5 Disposition.....	14
2. PSI-regleringen	17
2.1 Bakgrund och rättsutveckling	17
2.1.1 EU-direktivet	17
2.1.2 Implementering av den svenska PSI-lagen.....	18
2.2 PSI-direktivet.....	19
2.2.1 Inledning	19
2.2.2 Definitioner och avgifter.....	19
2.2.3 Icke-diskriminering och konkurrensbestämmelser.....	20
2.2.4 Allmänt intresse eller allmänt ekonomiskt intresse	21
2.2.5 Exklusiv rätt eller särskild rätt.....	21
2.2.6 Kommissionens översyn av direktivet.....	22
2.3 PSI-lagen.....	23
2.3.1 Syfte och tillämpningsområde	23
2.3.2 Villkor	23
2.3.3 Offentlig verksamhet eller affärsverksamhet.....	24
2.4 Analys av rättsläget.....	24
2.4.1 Inledning	24
2.4.2 PSI-regleringens utveckling.....	25
2.4.3 PSI-lagens behov av förändring.....	26

3. Allmänna konkurrensrättsliga regler	29
3.1 Konkurrensrättslig reglering.....	29
3.2 Fördraget om europeiska unionens funktionssätt	29
3.2.1 Allmänt	29
3.2.2 Förbud mot konkurrensbegränsande samarbete	30
3.2.3 Påverkan på handeln	30
3.2.4 Undantagsregler	31
3.3 Konkurrenslagen.....	33
3.3.1 Definition av företag och myndighetsutövning	33
3.3.2 Konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.....	34
3.3.3 Konkurrensbegränsande samarbete	34
3.3.4 Undantagsregler	36
3.4 Analys av rättsläget.....	37
3.4.1 Inledning	37
3.4.2 Europeisk nivå	37
3.4.3 Nationell nivå.....	38
4. Sammanfattning och slutsatser.....	41

Sammanfattning

Sedan tidigt 2000-tal har den tekniska utvecklingen eskalerat kraftigt och ligger således till grund för en rad nya produkter. Den offentliga sektorn besitter en mängd intressant information både i digitalt och pappersformat. I takt med att intresset för skapandet och behovet av nya informationsprodukter och informationstjänster ökat har efterfrågan på informationen från offentliga sektorer blivit allt mer eftertraktad.

År 2003 antog europaparlamentet och europeiska unionens råd ett nytt direktiv om vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn, PSI-direktivet. PSI-direktivet är sekundärrätt och står därför i enlighet med primärrätten, fördraget om den europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Direktivet syftar till att skapa harmonisering på den inre marknaden och ställer upp ett par villkor för vidareutnyttjande. PSI-direktivet uppmanade medlemsstaterna att senast år 2005 införliva nödvändiga lagar och andra författningar för att kunna följa direktivet. Sveriges motsvarighet till PSI-direktivet (PSI-lagen) antogs, efter en korrigerig, år 2010. Tanken är att staten, kommuner eller landsting, med hjälp av PSI-regleringen, skall kunna sluta avtal och licensera ut information till tredje man utan att strida mot annan lagstiftning.

En myndighet får tillämpa sådana avtalsvillkor som lyder under PSI-regleringen men måste även beakta konkurrensrättsliga lagar. Vid avtal som sträcker sig mellan medlemsstater blir FEUF direkt tillämpligt då primärrätt har företräde sekundärrätt. Men frågan är om PSI-regleringen är tidsenligt i vårt digitaliserade och utvecklade samhälle och ställs det tillräckliga villkor ur ett konkurrensrättsligt perspektiv för att sluta ett avtal i enlighet med den harmonisering EU vill uppnå?

Summary in English

Since the early 2000s, technological developments have increased heavily which have formed the basis for a series of new products. The public sector possesses interesting and useful information while the demand for information has become increasingly sought after which is why the creation information products and services have become a booming market.

In 2003, the European Parliament and the European Union adopted a new directive on transmitting information from the public sector named the PSI Directive. The PSI Directive is a secondary law and thereby in accordance with the primary law of the Treaty on the functioning of the European union. The Directive aims to create a harmonization of the internal market and to set up conditions for transmission of information. PSI urged Member States to implement the necessary laws and regulations by 2005 in order to comply with the directive. Sweden's equivalent of the PSI Directive (PSI-act) was adopted after an amendment in 2010 and it enables the state, the municipalities and the county councils to conclude contracts and licensing information to third parties without violating other laws.

The authorities may apply the terms of the contract governed by the PSI regulation but must also consider the antitrust laws. The treaty on the functioning of the EU is directly applicable for contracts extending between Member States as primary law prevails secondary law. But the question is whether the PSI regulation is contemporary in our digitized and developed society and if there are sufficient conditions to conclude an agreement in accordance with the harmonization the EU aims to achieve?

Förkortningar

EU	Europeiska Unionen
FEUF	Fördraget om europeiska unionens funktionssätt
PSI	Public Sector Information
PSI-direktivet	EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2003/98/EG av den 17 november 2003 om vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn
PSI-lagen	Lag (2010:566) om vidareutnyttjande av handlingar från den offentliga förvaltningen
TF	Tryckfrihetsförordningen (1949:105)

Förklaringar

<i>API</i>	Står för Application Programming Interface och är ett maskinläsbart gränssnitt som gör det möjligt för externa program att använda ett system och dess data.
<i>E-delegationen</i>	En kommitté under Näringsdepartementet som arbetar för att driva på e-utvecklingen inom offentlig sektor.
<i>Mashup</i>	Är en typ av applikation som sammanställer information från olika oberoende källor. Det bygger på att information tillhandahålls i största mån standardiserade format och gränssnitt. En mashup ger added value genom att det skapats en ny produkt.
<i>Webtjänst</i>	En webtjänst (engelska web service) som kommunicerar och samarbetar dynamiskt med andra webtjänster genom internetbaserade protokoll.

1. Inledning

1.1 Bakgrund

I takt med den snabba utvecklingen av smarta mobiler, surfplattor och liknande ökar även behovet av appar och annan mjukvara som gör det möjligt för användaren att ta fram information om diverse saker. En stor del av den information som kan vara av betydelse för apputvecklare ägs av den offentliga sektorn. Exempel på sådan information kan vara att en ”turistapp” kan behöva information från kommunala turistbyråer för att få fram sevärdheter och liknande. Denna information matas in i appen tillsammans med information från till exempel kollektivtrafikens buss- och tågtabeller i en så kallad mashup. Detta gäller inte bara mobilappar utan även till exempel webbtjänster. För att kunna skapa sådana informationssamhälls produkter och tjänster krävs att information från den offentliga sektorn görs tillgänglig för vidareutnyttjande.

2003 antog Europeiska unionen ett direktiv (PSI-direktivet) för att bland annat underlätta skapandet av informationsprodukter och informationstjänster som bygger på information från den offentliga sektorn.¹ PSI-direktivet har även till syfte att förtydliga de villkor som myndigheter skall beakta i fråga om vidareutnyttjande av information för allmänheten. Informationsutbytet vi talar om är PSI, Public Sector Information, vilket handlar om utbyte av information mellan den offentliga sektorn och de som är intresserade av vidareutnyttjande. Ämnet och termen har funnits mer än tio år tillbaka. Men för de flesta är begreppet relativt nytt och så sent som 2008 gjorde Stockholms handelskammare en undersökning som visade att knappt hälften av de statliga myndigheterna kände till att de förfogade över information som omfattades av PSI-direktivet.² I dagsläget är direktivet tack vare den fortskridande tekniska och sociala utveckling i behov av förändring. I direktivet finns fortfarande en del utrymmen för missförstånd vilket bland annat kan bidra till att små och medelstora företag inte vågar använda sig av offentliga data, då det bland annat inte finns tydliga riktlinjer för överprövning av beslut.

Den 2 juni 2010 antog riksdagen den nya lagen (PSI-lagen) om återanvändning av offentlig information.³ Den nya lagen syftar till att främja utvecklingen av en informationsmarknad samt att konkurrensen från myndigheternas sida inte begränsas eller snedvrids. Både Storbritannien⁴ och USA⁵ har sedan en tid tillbaka webbplatser för

¹ Europaparlamentet och rådets direktiv 2003/98/EG av den 17 november 2003 om

² <http://www.chamber.se/?id=1421&newsid=17130>, (2012-11-21).

³ Lag (2010:566) om vidareutnyttjande av handlingar från den offentliga förvaltningen

⁴ <http://data.gov.uk/>, (2012-11-21).

tillhandahållande och vidareutnyttjande av offentliga data. I samband med att den nya lagen om vidareutnyttjande av handlingar från den offentliga sektorn trädde ikraft har även Sverige fått liknande webbplatser.⁶ Men i förhållande till ovan nämnda länder ligger Sverige en bra bit efter gällande tillgänglighet av offentlig data.

I de olika PSI-regleringarna förekommer ett par olika relevanta begrepp såsom *information*, *handlingar* samt *data*. För att läsaren skall få en klar bild över PSI-regleringarna krävs att dessa begrepp definieras.

PSI-direktivet talar om *information* från den offentliga sektorn medan PSI-lagen använder termen *handlingar* från den offentliga sektorn. I det följande kommer termerna *information* att användas i både PSI-direktivet och PSI-lagens mening. *Information* är förädlad data som återfinns antingen digitalt eller i pappersformat. Begreppet har liknande innebörd som *handling*.

Termen *handling* betyder enligt 2 kap. tryckfrihetsförordningen (TF) framställning i skrift eller bild som kan uppfattas till exempel genom att avläsas eller avlyssnas endast med ett tekniskt hjälpmedel. Sådana handlingar är allmänna om de upprättats eller inkommit till en myndighet.

Data kan utgöras av rådata, obehandlad data som senare kommer att bli information. Genom ett application programmer's interface (API) kan data öppnas upp för vidareutnyttjande. Vanligtvis använder man sig i detta sammanhang av en så kallad webbtjänst, ofta baserad på standardprotokoll.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är att klargöra vilka konkurrensrättsliga regler som gäller när myndigheter och företag samarbetar för att kunna vidareutnyttja information från den offentliga sektorn. PSI-direktivet utgår ifrån att sådan samverkan i huvudsak regleras genom standardavtal som tas fram på nationell nivå eller av enskilda myndigheter. Uppsatsen avser i första hand att undersöka vilka avtalsvillkor som är tillåtna ur ett konkurrensrättsligt perspektiv. Sådana regler finns dels i den särskilda PSI-regleringen, men PSI-direktivet utgår också ifrån att vidareutnyttjandet sker i enlighet med EU:s allmänna konkurrensrättsliga bestämmelser. Motsvarande förhållande finns mellan de särskilda konkurrensrättsliga bestämmelserna i PSI-lagen och de allmänna bestämmelserna i konkurrenslagen.

Det råder dock viss oklarhet beträffande när respektive bestämmelser blir tillämpliga. Avgörande för denna gränsdragning är begreppet företag i 1 kap. 5 § konkurrenslagen, som från lagens tillämpningsområde utesluter förfaranden ”till den del verksamheten består i myndighetsutövning”. Motsatsvis anger 4 § PSI-lagen att denna inte är tillämplig på ”handlingar som en myndighet tillhandahåller i sin affärsverksamhet”. I 3 kap. 27 §

⁵ <http://www.data.gov/>, (2012-11-21).

⁶ Se till exempel statens sida <http://www.edelegationen.se/> och även det motsvarande privata initiativet <http://www.opengov.se/>.

konkurrenslagen finns även ett förbud mot konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Uppsatsen innefattar härmed två huvudsakliga frågeställningar.

1) Under vilka förhållanden blir PSI-lagen respektive konkurrenslagens bestämmelser tillämpliga vid samarbete mellan myndigheter och företag som gäller vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn?

2) Vilka avtalsvillkor utgör förbjudna konkurrensbegränsningar enligt PSI-lagen respektive konkurrenslagens bestämmelser?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen behandlar inte de påföljder och sanktioner som kan uppkomma vid överträdelse av PSI-regleringen eller de förbud som finns i den allmänna konkurrensrätten. Undersökningen fokuserar i stället på när en sådan överträdelse föreligger. Undersökningen behandlar inte situationen att en myndighets affärsverksamhet eventuellt kan utgöra missbruk av dominerande ställning. Undersökningen behandlar heller inte andra rättsliga aspekter på vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn. Myndigheter måste även ta hänsyn till annan lagstiftning, t.ex. dataskyddsreglering, när information från den offentliga sektorn skall vidareutnyttjas.⁷ Avtal om vidareutnyttjande måste även stämma överens med dessa bestämmelser. Från vidareutnyttjande ska dessutom skiljas själva tillgängliggörandet av sådan information (allmänna handlingar). Detta regleras inte av PSI-direktivet eller PSI-lagen. I svensk rätt regleras frågor om tillgängliggörande (utlämnande av allmänna offentliga handlingar) genom stats- och förvaltningsrätten.⁸

1.4 Metod och material

Uppsatsen använder traditionell rättsvetenskaplig metod.⁹ För att nå det önskade perspektivet har både europeisk och svensk rätt använts. Uppsatsen behandlar både den svenska PSI-lagstiftningen¹⁰ och EU-direktivet om vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn.¹¹ För att koppla in allmänna konkurrensregler i fråga om exklusiva och diskriminerande avtal kommer även den svenska konkurrenslagen¹² och fördraget om europeiska unionens funktionssätt¹³ att beaktas. Eftersom artikel 101 i FEUF och 2 kap. 1 § KL behandlar exklusiva och diskriminerande avtal kommer dessa två konkurrensbestämmelser få mycket utrymme i uppsatsen. Vidare behandlas även 3 kap.

⁷ Jfr personuppgiftslag (1998:204)

⁸ Jfr tryckfrihetsförordningen (1949:105), offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) och förvaltningslagen (1986:223)

⁹ C. Sandgren, ”Rättsvetenskap för uppsatsförfattare”, 2007, s. 37.

¹⁰ Lag (2010:566) om vidareutnyttjande av handlingar från den offentliga förvaltningen.

¹¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/98/EG av den 17 november 2003 om vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn.

¹² Konkurrenslag (2008:579).

¹³ Konsoliderad version av fördraget om europeiska unionens funktionssätt (C 115/47).

27 § samt 1 kap. 5 § KL. För att få en vidare helhetsbild av ämnet bör även undantagsreglerna i KL och FEUF undersökas.

För att få djupare förståelse för behovet av en förändring av PSI-regleringen kommer *förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av direktiv 2003/98/EG om vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn* att behandlas.

För att analysera gällande europeisk rätt har jag använt mig av EU-rättslig metod. Där har både bindande och icke-bindande rättsakter begagnats för att nå uppsatsens syfte och frågeställning. FEUF som använts för den konkurrensrättsliga delen i denna uppsats utgör primärrätt och är bindande rättskälla, det vill säga rättstillämparen är således skyldig att rätta sig efter dem. Primärrätten är med andra ord den överordnade rättskällan inom unionsrätten.¹⁴ PSI-direktivet utgör istället sekundärrätt, vilket innebär att de är antagna enligt fördragen och utgör, i detta fall, bindande rättsakt. De icke-bindande rättsakterna som använts för uppsatsen är bland annat tillkännagivanden, vilka enbart fungerar som vägledning.¹⁵

Vid analys av den svenska nationella rätten har jag istället använt mig av den svenska nationella rättskälleläran.¹⁶ Det vill säga att systematiskt beakta och analysera svenska rättskällor såsom författningar, förarbeten, rättspraxis och doktrin. Källorna avser att skapa en heltäckande bild av vad som krävs för att sluta avtal med stöd av både PSI-lagen och KL.

Uppsatsen är huvudsakligen uppbyggd på nuvarande PSI-reglering och konkurrensrättslig reglering. Föra att kunna utreda de konkurrensrättsliga aspekterna på PSI-direktivet har således (2003/98/EG) direktiv om vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn och FEUF artikel 101 använts. På det nationella planet har istället (2010:566) Lag om vidareutnyttjande av handlingar från den offentliga förvaltningen samt (2008:579) Konkurrenslag behandlats. De framhållna rättsfallen i uppsatsen har endast till syfte att ge vägledning och djupare förståelse i frågan och nämns därför endast i uppsatsens fotnoter.

1.5 Disposition

I kapitel två ges det först en genomgång av gällande PSI-reglering på både europeisk och nationell nivå. Kapitlet börjar med en bakgrund till PSI-regleringen samt en mindre genomgång av rättsutvecklingen. Sedan redogörs för PSI-direktivet och dess innehåll samt kartläggning av vissa termer. Därefter ges läsaren en genomgång av den svenska PSI-lagen och en beskrivning av en problematisk formulering ur lagen. Kapitlet mynnar ut i en analys av rättsläget där det redogörs för både PSI-direktivet och PSI-lagen utveckling och i synnerhet PSI-lagens behov av förändring.

I uppsatsens tredje kapitel presenteras gällande konkurrensrättslig reglering. Även i detta kapitel redogörs först för den europeiska regleringen och sedan för den nationella. Båda underkapitel redovisar de konkurrensrättsliga begrepp av betydelse för ämnet samt vad

¹⁴ J. Hettne – I. Otken Eriksson ”EU-rättslig metod”, 2011, s. 41.

¹⁵ Ibid, s. 40.

¹⁶ C. Sandgren, ”Rättsvetenskap för uppsatsförfattare”, 2007, s. 36.

som kan utgöra förbud vid vidareutnyttjande av information. Båda underkapitlen avslutas med en genomgång av möjliga undantagsregler att uppnå för att undgå de konkurrensrättsliga förbuden. Även detta kapitel avslutas med ett analyserande avsnitt där genomgången lagstiftning kan tänkas att tillämpas vid avtalslutande.

Uppsatsens andre och tredje kapitel är format på så vis som en tratt. Båda kapitlen börjar med en generell framställning av områdena för att sedan redogöra för den europeiska regleringen och slutligen för den nationella regleringen, eftersom den bygger på den europeiska. För att kunna nå uppsatsens syfte och svara på svar på frågeställningarna mynnar därför båda kapitlen ut i en analys.

Det fjärde kapitlet ger en sammanfattning och vissa slutsatser som grundar sig på de bakomliggande kapitlen.

2. PSI-regleringen

2.1 Bakgrund och rättsutveckling

2.1.1 EU-direktivet

Många företag och organisationer inom den offentliga sektorn besitter mycket intressant och betydelsefull information som skulle kunna användas för nyskapande av produkter och tjänster. I november 2003 antogs europaparlamentets och rådets direktiv 2003/98/EG om vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn. PSI-direktivet har till syfte att förenkla vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn inom EU. Detta direktiv, som reglerar villkoren för vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn, har stor potential att bidra till ekonomisk tillväxt och skapa nya arbetstillfällen.

När PSI-direktivet implementerades på EU-nivå såg man hur stora potentiella vinster och positiva påföljder som kunde uppnås genom öppen data. Att vidareutnyttja information från den offentliga sektorn innebär, att de som faller under *den offentliga sektorn* ser till att deras data och handlingar hålls tillgängliga för tredje man att vidareutnyttja. PSI-direktivet antogs med beaktande av bland annat artikel 114 FEUF som syftar till upprättande av en inre marknad, harmonisering och uppföljning av lagstiftning. Då PSI-direktivet, liksom alla andra direktiv utgör sekundärrätt är det mycket viktigt att sådan lag utformas så den ej strider mot primärrätt, FEUF. Skulle en konflikt mellan primär- och sekundärrätt uppstå har primärrätten självklart företräde. Sekundärrätt kan beskrivas som sådana rättsakter som kan utfärdas med stöd av fördragen, dessa utgör ofta bindande rättsakter enligt artikel 288 FEUF.¹⁷ Syftet med PSI-direktivet var att likartad lag skulle verkställas i samtliga medlemsstater, dock utan särskilt krav på tillvägagångssätt eller form.¹⁸ År 2010 kom den svenska PSI-lagen, Lag (2010:566) om vidareutnyttjande av handlingar från den offentliga förvaltningen. PSI-lagen är en försvenskad version av PSI-direktivet och står i enlighet med annan befintlig nationell lagstiftning. Sverige införde sin PSI-lag år 2010 efter att fått omstrukturera lagen en gång, då den ej var helt i linje med PSI-direktivet. Den nuvarande lagen är i bruk och förenlig med såväl PSI-direktivet som annan nationell lagstiftning. Dock har EU-rätten alltid företräde framför nationell lag och grundlag. I målet *Internationale Handelsgesellschaft* uttryckte EU-domstolen att:

¹⁷ J. Hettne – I. Otken Eriksson ”EU-rättslig metod”, 2011, s. 42.

¹⁸ Ibid, s. 178.

”Om den rätt som följer av fördraget, dvs. av en självständig rättskälla, skulle åsidosättas av bestämmelser i nationell lagstiftning, av vilket slag de än kan vara, skulle den förlora karaktären av gemenskapsrätt och den rättsliga grundvalen för själva gemenskapen hotas. Därför påverkas giltigheten av en gemenskapsakt eller dess verkan inom en medlemsstats territorium inte av att det görs gällande att den kränker grundläggande rättigheter i en medlemsstats författning eller principerna i dess författningsstruktur.”¹⁹

Därav är det högst viktigt att nationella myndigheter bidrar till att EU-rätten ges ett effektivt genomslag på nationell nivå.

2.1.2 Implementering av den svenska PSI-lagen

Då Sverige är med i EU ställs det krav att införliva lagstiftning från europeisk nivå för att följa principen om lojalt samarbete. För att integrera PSI-direktivets krav på nationell rätt var Sverige i behov av ny lagstiftning. Den 27e juni 2005 kunde Sverige meddela Europeiska kommissionen att de genomfört PSI-direktivet i svensk rätt. Dock meddelade Europeiska kommissionen två år senare att Sverige underlåtit att införa lagbestämmelser och vidta andra åtgärder samt att de kunde visa på att Sverige även bevarat avtals- och förvaltningspraxis som står i strid mot PSI-direktivet.²⁰ Liksom för PSI-direktivet skall PSI-lagen inte reglera eller påverka frågor gällande tillhandahållande av information, då det är reglerat i annan författning. PSI-lagen vilar på ett par gällande regler i svensk rätt. I prop. 2009/10:175 framgår det att 2 kap. TF reglerar allmänna handlingars offentlighet. Utgångspunkten är att alla, såväl svenska som utländska medborgare, skall ha rätt att ta del av sådana offentliga handlingar som finns hos myndigheter. En allmän handling i detta avseende är vad som framgår av 2 kap. 3 § första stycket TF; ”Med handling förstås framställning i skrift eller bild samt upptagning som kan läsas, avlyssnas eller på annat sätt uppfattas endast med tekniskt hjälpmedel. Handling är allmän, om den förvaras hos myndighet och enligt 6 eller 7 § är att anse som inkommen till eller upprättad hos myndighet.” Dessutom finns ett par begränsningsregler för förfogande av handlingar. Dessa begränsningar är upprättade på grund av sekretess-, integritets- samt immaterialrättsliga skäl. I PSI-lagens samtliga paragrafer kan man finna likheter med PSI-direktivet, förutom 12 §, 15 § och 16 § som saknar motsvarigheter.

Den 6 december offentliggjorde E-delegationen ytterligare ett utkast²¹ till vägledning för vidareutnyttjande. Ett sådant vägledande dokument är väl till hands för myndigheter att begripa och underlätta vidareutnyttjande av information. Dokumentet förklarar syftet med vidareutnyttjande och varför det bör främjas samt framhåller en genomgång av det rättsliga regelverket och rekommendationer för att främja vidareutnyttjande av offentlig information.

¹⁹ Dom av den 17 december 1970 i mål 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, REG 1970, s. 1125, p. 3, svensk specialutgåva, volym 1, s. 503.

²⁰ Prop. 2009/10:175, s. 133.

²¹ UTKAST: Vidareutnyttjande av offentlig information. En vägledning för myndigheter (version 2012-11-30).

2.2 PSI-direktivet

2.2.1 Inledning

I PSI-direktivets inledande punkter (1) – (25) återfinns vissa skäl och åtaganden till direktivets uppkomst. Mycket ligger i behovet att följa den tekniska utveckling som sker och strävandet efter att nå ett utvecklat informations- och kunskapssamhälle. Genom att skapa en inre marknad i samma mening som står i punkt (1) hoppas man på att generera möjligheter för främjad utveckling av gemenskapsomfattande tjänster. Det man vill uppnå är fullständig harmonisering mellan medlemsstaterna när det gäller vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn. Men även att tillförsäkra sig att konkurrensen på den inre marknaden skall vara rättvis. För att uppnå detta krävs, att samtliga medlemsstater genomgår ett minimum av harmonisering. Detta för att undvika att nationella regler och praxis om utnyttjande av informationsresurser mellan medlemsstater avsevärt ska skilja sig åt och därför utgöra hinder.²²

2.2.2 Definitioner och avgifter

Det framgår i PSI-direktivet att det ej ställer några skyldigheter på att tillåta vidareutnyttjande av information, då detta individuellt skall fattas av medlemsstaterna.²³ Vad som skall ses som *handling* framgår under artikel 2 (definitioner), där även begrepp som *offentliga myndigheter*, *organ som lyder under offentlig rätt*, *vidareutnyttjande* samt *personuppgifter* beskrivs. En *handling* i detta avseende inbegriper vad som nämns i avsnitt 1.4 samt ”allt innehåll, oberoende av medium (på papper, eller lagrat i elektronisk form eller i form av ljudinspelningar, bildspelningar eller audiovisuella inspelningar)” och ”varje del av sådant innehåll.”²⁴ Det finns även reglerade villkor för vidareutnyttjande gällande tillgängliga format. Artikeln uppmanar offentliga myndigheter till att deras handlingar skall finnas tillgängliga och, om möjligt och lämpligt, på elektronisk väg. Vad som skall inbegripa *elektronisk väg* bör vara allt material som, oavsett format, kan lagras på en dator. Dock skall det ej krävas att offentliga myndigheter skall behöva skapa nya handlingar för att uppfylla dessa krav.²⁵ Det återfinns även en del andra villkor i PSI-direktivet som bör beaktas. Till exempel om avgifter skall tas ut, bör de vara kostnadsorienterade. Det innebär att de sammanlagda inkomsterna inte får överstiga den sammanlagda summan för insamlings-, framställnings-, reproduktions- och spridningskostnaderna, inklusive en rimlig avkastning på investeringar. Ett sådant avgiftstak är högst nödvändigt för att avgifterna skall ge upphov till att vara oskäligen och diskriminerande. Det finns dock inget som säger att medlemsstaterna eller de offentliga myndigheterna inte får ta lägre eller inga avgifter alls.²⁶ Ett annat villkor i PSI-direktivet är att alla tillämpliga villkor och standardavgifter för vidareutnyttjande av information

²² Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/98/EG, av den 17 november 2003, om vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn, p. 5-7.

²³ Ibid, p. 9.

²⁴ Ibid, artikel 2, p. 3.

²⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/98/EG, av den 17 november 2003, om vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn, artikel 5, p. 1.

²⁶ Ibid, p. 14.

skall fastställas i förväg och om möjligt offentliggöras på elektronisk väg.²⁷ De sista villkoren i PSI-direktivet behandlar frågan för upprättande av licenser. De ej får användas för att på något sätt begränsa konkurrensen samt skall standardlicenser även finnas tillgängliga i digitalt format. Licenserna skall vara skäliga och tydliga och för att nå harmonisering skall medlemsstaterna även uppmana de offentliga myndigheterna att i så stor utsträckning som möjligt använda sig av standardlicenserna. Slutligen artikel nio, reglerar medlemsstaternas skyldighet att upprätthålla praktiska arrangemang för att underlätta tillgången efter handlingar till exempel genom att sätta upp tillgångsförteckningar. Immateriella rättigheter (upphovsrätt och närstående rättigheter) som innehas av tredje man påverkas ej av PSI-direktivet, ej heller handlingar som omfattas av industriell äganderätt enligt punkt 22 PSI-direktivet. Samtliga av de skyldigheter som ovan redogjorts är endast tillämpliga i den mån de inte strider mot bestämmelserna i internationella avtal om skydd mot immateriella rättigheter till exempel Bernkonventionen och TRIPS-avtalet.²⁸

För att återgå till definitionerna i artikel 2 måste termerna *offentliga myndigheter*, *organ som lyder under offentlig rätt*, *vidareutnyttjande* samt *personuppgifter* redogöras. Vad som faller under *offentliga myndigheter* är: ”statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt, sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller av ett eller flera sådana organ som lyder under offentlig rätt.”²⁹ *Organ som lyder under offentlig rätt* omfattar alla organ som är inrättade icke-industriella eller icke-kommersiella organ för allmännas intresse samt juridiska personer vars verksamhet till största delen finansieras av offentliga myndigheter. Beteckningen *vidareutnyttjande* i PSI-direktivet syftar till ”personers eller rättssubjekts användning av handlingar som finns hos offentliga myndigheter för andra kommersiella eller icke-kommersiella ändamål än det ursprungliga ändamål för vilket handlingarna framställdes inom den offentliga verksamheten.”³⁰ Det vill säga att sådan information som vidareutnyttjas för skapandet av nya informationsprodukter och informationstjänster. Sista beteckningen som kräver en definition är *personuppgifter* som enligt PSI-direktivet hänvisar till definitionen i artikel 2 a i direktiv 95/46/EG³¹.

2.2.3 Icke-diskriminering och konkurrensbestämmelser

I PSI-direktivet återfinns det ett par konkurrensrättsliga villkor. Kapitel IV i direktivet behandlar *Icke-diskriminering och konkurrensbestämmelser*. Vad som framgår av artikel 10 är att alla villkor gällande vidareutnyttjande av handlingar skall vara icke-

²⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/98/EG, av den 17 november 2003, om vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn,, artikel 7.

²⁸ Bernkonventionen för skydd av litterära verk (Bernkonventionen), Avtalet om handelsrelaterade immateriella rättigheter (TRIPS-avtalet).

²⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/98/EG, av den 17 november 2003, om vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn, artikel 2, p. 1.

³⁰ Ibid, artikel 2, p. 4.

³¹ ”Personuppgifter: varje upplysning som avser en identifierad eller identifierbar fysisk person (den registrerade). En identifierbar person är en person som kan identifieras, direkt eller indirekt, framför allt genom hänvisning till ett identifikationsnummer eller till en eller flera faktorer som är specifika för hans fysiska, fysiologiska, psykiska, ekonomiska, kulturella eller sociala identitet”.

diskriminerande för jämförbara kategorier av vidareutnyttjande. Det vill säga att uppställda villkor för vidareutnyttjande för en part skall ej vara mer förmånliga än de villkoren för en annan part. Punkt 2 i samma artikel förbjuder korssubventionering, detta för att avgifter och andra villkor för tillhandahållande av handlingar skall hållas lika för alla verksamheter. Det är således förbjudet att driva förlustverksamhet som finansieras av en annan lönsam verksamhet inom företaget. Detta för att motverka att konkurrensen mellan offentliga aktörer och företag ej skall bli ogynnsam då offentliga aktörer ej kan gå i konkurs. PSI-direktivet förbjuder även användandet av exklusiva avtal.³² Det vill säga att alla handlingar som potentiellt kan vidareutnyttjas av andra marknadsaktörer skall hållas öppna för alla och ej bindas ensamrätt till tredje man. En ensamrätt eller ett exklusivt avtal kan te sig i form av de exempelpunkter som räknas upp i artikel 101.1 FEUF, till exempel marknadsuppdelning. Dock kan det i vissa fall vara nödvändigt att upprätta ett exklusivt avtal för att skydda ett allmänt intresse. Så kan till exempel fallet vara om det krävs en erbjuden ensamrätt för att finna någon kommersiell utgivare att offentliggöra informationen. Förvisso skall sådana avtal prövas regelbundet och under alla omständigheter vart tredje år. Exklusiva avtal, som ingås efter det att PSI-direktivet trätt i kraft, skall göras tillgängliga för allmänheten och vara öppna för insyn. Vidare gäller att alla offentliga myndigheter bör följa, utöver de konkurrensbestämmelser som står angivna i PSI-direktivet, de konkurrensbestämmelser som står angivna i FEUF samt de bestämmelser som finns på nationell nivå.

2.2.4 Allmänt intresse eller allmänt ekonomiskt intresse

I artikel 11 PSI-direktivet framgår, att exklusiva avtal kan tillåtas om det är nödvändigt för tillhandahållandet av en tjänst av *allmänt intresse*. Läser man sedan punkt 20 i PSI-direktivets preambel framgår vidare, att ”för att tillhandahålla en tjänst av *allmänt ekonomiskt intresse* kan det dock ibland vara nödvändigt med ensamrätt att vidareutnyttja specifika handlingar från den offentliga sektorn”. Lika så står det i artikel 106 (2) FEUF att ”Företag som anförtrots att tillhandahålla tjänster av *allmänt ekonomiskt intresse* eller som har karaktären av fiskala monopol ska vara underkastade reglerna i fördragen [...]” Här stöter vi på två olika termer som egentligen berör samma område. Har svårt att finna skäl till dessa olikheter då PSI-direktivet som är sekundärrätt skall förhålla sig till och vara enhetlig med primärrätten. Dock framgår det i en översyn av PSI-direktivet³³ att dessa termer skall ses som utbytbara och därför behöver det beaktas djupare. Dock är det sådana olikheter som kan ge upphov till förvirring och därav leda till att en myndighet väljer att inte tillåta vidareutnyttjande.

2.2.5 Exklusiv rätt eller särskild rätt

Gör man en heltäckande jämförelse mellan artikel 11 PSI-direktivet och artikel 106 FEUF framkommer fler skillnader. I artikel 11 PSI-direktivet talas det om ”exklusiva rättigheter” (ensamrätt) och i artikel 106 FEUF istället ”särskilda eller exklusiva

³² Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/98/EG, av den 17 november 2003, om vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn, artikel 11, p. 1.

³³ Commission of the European Communities, Communication on the Review of the PSI Directive (7 May 2009) COM(2009) 212 final, s. 9 fotnot 19.

rättigheter”. Sådana avvikelser skapar problem och förvirring. Dessa två begrepp kan ej ses som synonymer. I lag (2005:590) om insyn i vissa finansiella förbindelser m.m. framkommer det i 2 § punkt 3 att ”Exklusiva rättigheter: rättigheter som det allmänna genom lag eller annan författning eller något administrativt instrument beviljar ett företag och som ger företaget ensamrätt att bedriva viss verksamhet inom ett geografiskt område.” och punkt 4 att ”Särskilda rättigheter: rättigheter som det allmänna genom lag eller annan författning eller något administrativt instrument beviljar ett begränsat antal företag och som inom ett geografiskt område a) begränsar antalet företag som har rätt att bedriva viss verksamhet till två eller flera, b) beviljar flera konkurrerande företag tillstånd att bedriva viss verksamhet, eller c) ger ett eller flera företag författningsmässiga fördelar som i betydande mån påverkar andra företags möjligheter att bedriva samma verksamhet på i allt väsentligt likvärdiga villkor.” På grundval av ovan nämnda formuleringar kan man dra slutsatsen, att i PSI-direktivet och även i PSI-lagen gällande avtal med exklusiva rättigheter i enlighet med artikel 11 PSI-direktivet och 10 § PSI-lagen endast inbegripa ett subjekt medan resten av direktivet och lagen omfattar två eller fler subjekt. Detta till skillnad från artikel 106 FEUF som omfattar både särskilda och exklusiva rättigheter och på så vis innefattar två eller fler subjekt i dess helhet. Undersökningar och intervjuer med myndigheter visar på att det förekommer betydande osäkerheter gällande termen exklusiv rätt och hur den skall tolkas.³⁴ Konkurrensverket och kommissionen har tidigare gett ut riktlinjer för tolkning och utveckling av vissa bestämmelser och termer. Det hade varit på sin plats att göra skriftliga vägledningar och riktlinjer för hur termen exklusiv rätt skall tolkas avseende icke-diskriminerande och relevanta avtal.

2.2.6 Kommissionens översyn av direktivet

Enligt artikel 13 PSI-direktivet skall kommissionen se över tillämpningen av direktivet. Första översynen gjordes 2008 då det bestämdes att inte föreslå några ändringar för tillfället, då rättsläget ännu ej är tillräckligt utvecklat och alla länder ej implementerat PSI-direktivet på nationell nivå. Den andra översynen resulterade i ett förslag till ändring av PSI-direktivet och som publicerades i slutet av 2011.³⁵ Syftet med sådana översyner är att försöka avlägsna faktiska och potentiella skillnader mellan medlemsstater gällande vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn. Sådana skillnader kan ligga till hinder för att nå full ekonomiskt verkan. Kommissionens förslag till ändring grundar sig mycket på att det skett en sådan kraftig tekniskt utveckling bland annat gällande analys av olika information, handlingar och data.

Det nya förslaget om ändring av PSI-direktivet syftar till att ytterligare öppna marknaden för tjänster som bygger på handlingar från den offentliga sektorn. Detta skall uppnås genom att inkludera nya organ, till exempel bibliotek, arkiv och museer. Man vill även begränsa avgifter, som kan tas ut av myndigheter, till att vara beräknade till marginalkostnader istället för att vara kostnadsorienterade. Samt genom att utse en

³⁴ Kartläggning av exklusiva rättigheter, (2010:21). s. 43.

³⁵ KOM(2011) 877 slutlig.

oberoende tillsynsmyndighet för reglerna om vidareutnyttjande och även införa ett krav på att handlingar skall offentliggöras i maskinläsbara format.³⁶

2.3 PSI-lagen

2.3.1 Syfte och tillämpningsområde

Syftet med PSI-lagen är liksom för PSI-direktivet att underlätta enskildas användning av information som tillhandahålls av myndigheter och därav främja utvecklingen av en informationsmarknad. Lagen gäller i huvudsak information hos statliga och kommunala myndigheter eller information hos aktiebolag, handelsbolag, ekonomiska föreningar och stiftelser, där kommuner eller landsting har ett rättsligt inflytande. Lagen är även tillämplig på vissa andra organ som omfattas av rätten att ta del av allmän handling enligt offentlighets- och sekretesslagen. Lagen gäller inte för riksdagen, kommun- och landstingsfullmäktige, utbildnings- och forskningsinstitutioner samt kulturinstitutioner. Utbyten av information som sker mellan myndigheter, såvida de inte används inom en myndighets affärsverksamhet, skall ej ses som vidareutnyttjande.³⁷ PSI-lagen begränsas endast till myndigheters myndighetsutövande och berör således ej affärsverksamhet eller offentlig säljverksamhet. Dock finns en inskränkning i PSI-lagens 4 § sista stycket, ”Lagen gäller inte heller för handlingar som en myndighet tillhandahåller i sin affärsverksamhet.” Detta för att i sådan verksamhet gäller delvis andra regler för vidareutnyttjande.

2.3.2 Villkor

Då en myndighet får ta ut avgifter för vidareutnyttjande får de totala intäkterna för avgifterna, enligt 7 § PSI-lagen, ej överstiga de totala kostnaderna, inklusive en rimlig avkastning på investeringar, för insamling, framställning, reproduktion och spridning av handlingarna.

Villkor för vidareutnyttjande är högst lämpligt för att undvika att konkurrensen begränsas eller sätts ur spel. Enligt 8 § PSI-lagen skall uppställda villkor vara relevanta och inte i onödan begränsa vidareutnyttjandet. PSI-lagen liksom PSI-direktivet menar på, att inga villkor skall vara diskriminerande. Arbetsgruppen bakom E-delegationens utkast strävar efter att myndigheter skall använda sig av standardiserade villkor. Detta för att undvika bekymmer samt underlätta processen för vidareutnyttjande. Detta uppfyller även kravet i 13 § PSI-lagen om skyndsamt behandling av ansökning av vidareutnyttjande. Som regel är att alla som önskar att vidareutnyttja samma typ av information skall i högsta mån ges samma villkor. Om en myndighet i sin affärsverksamhet vidareutnyttjar information skall, enligt 9 § PSI-lagen, samma avgifter och villkor gälla för andra som vidareutnyttjar den informationen.

I vissa undantagsfall då det är nödvändigt att tillhandahålla en tjänst av allmänt intresse får en myndighet beviljas ett exklusivt avtal. En inskränkning i en sådan exklusiv rätt är

³⁶ http://ec.europa.eu/information_society/policy/psi/index_en.htm (2012-12-12).

³⁷ DS 2009:44, s. 10.

att beviljandet enbart sträcker sig för en tid av högst tre år i taget, enligt 10 § PSI-lagen. En sådan exklusiv rätt måste även offentliggöras. Bortsett från det undantag, är det förbjudet för en myndighet att bevilja någon en exklusiv rätt att vidareutnyttja information. En exklusiv rätt kan till exempel te sig som att endast en del av marknaden ges rätt till att vidareutnyttja informationen.

Det ställs således en del krav på myndigheter vid vidareutnyttjande. Om avgifter eller andra villkor ställs för vidareutnyttjande skall en myndighet informera om detta och, om möjligt och lämpligt, lämna informationen på elektronisk väg. Vid lämnande av avgifter skall även beräkningsgrunden, på begäran, redovisas av myndigheten.

2.3.3 Offentlig verksamhet eller affärsverksamhet

PSI-direktivets tillämpningsområde sträcker sig enbart till den offentliga verksamheten jämfört med PSI-lagens definition som endast inbegriper myndighetsutövning och till viss del affärsverksamhet. Termen affärsverksamhet har man lånat från lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk och i förhållande till PSI-lagen var det ej ett lyckat beslut.³⁸ Då en myndighet har verksamhet, som både är en offentlig verksamhet och en affärsverksamhet, finns det risk att PSI-lagen ej går att tillämpa.³⁹ Om så är fallet är PSI-lagen betydligt snävare reglerad än PSI-direktivet. I PSI-lagens 4 § avses affärsverksamhet i den mening som, den verksamhet som myndigheter ursprungligen sysslar med, det vill säga den offentliga verksamhet som nämns i PSI-direktivet, vilket inte framgår i lagen, och därav får termen affärsverksamhet i PSI-lagen två helt skilda betydelser. Till skillnad från 10 § PSI-lagen bör affärsverksamhet istället syfta till den verksamhet som är av kommersiell natur, i likhet med PSI-direktivet.⁴⁰ Det vill säga den verksamhet som hålls för att vidareutnyttja handlingar. I avseende med 10 § PSI-lagen bör termen affärsverksamhet ges en mer ledig betydelse utifrån den konkurrensrättsliga bedömningen av vad som utgör ekonomisk verksamhet.⁴¹

2.4 Analys av rättsläget

2.4.1 Inledning

I regeringens digitala agenda, ”It i människans tjänst”, slår regeringen fast vid att Sverige skall vara bäst i världen på att utnyttja digitaliseringens alla möjligheter.⁴² Digitaliseringen medför inte enbart att saker och ting underlättar, det bidrar även till minskad miljöpåverkan och skapar en mängd nya arbetstillfällen. PSI-regleringen syftar till att öka utvecklingen mot ett sådant samhälle genom att sätta upp regler för vidareutnyttjande av information och säkerställer att konkurrensen på den inre marknaden ej snedvrids eller sätts ur spel. Svenska myndigheter har varit mycket duktiga på att utveckla diverse e-tjänster till exempel i form av mobila appar. Men problemet är att

³⁸ Business Activity and Exclusive Right in the Swedish PSI Act, s.7.

³⁹ Ibid, s.7.

⁴⁰ Ibid, s. 8.

⁴¹ Ibid, s. 8.

⁴² It i människans tjänst – en digital agenda för Sverige, s. 15.

arbetet som gjorts har skett i det egna stupröret. Därav kommer vikten av en väl fungerande PSI-reglering för att främja tredje man att vidareutnyttja sådan information.

2.4.2 PSI-regleringens utveckling

Det hör även till sin plats att kommentera rättsutvecklingen, då även den påverkar myndigheters villkor för att sluta avtal. Sedan PSI-direktivet antogs 2003 har inga ändringar gjorts, vilket kan tolkas som att PSI-direktivet är i behov av utveckling och förändring. Sett utifrån hur PSI-direktivet verkat sedan det antogs, har det ej påträffats några självklara brister. Dock kan konstateras med anledning till alla fördragsbrott som skett inom EU, att kraven och de uppställda villkoren i PSI-direktivet ej varit tillräckliga. Det är ett antal medlemsstater⁴³ som har ställts mot domstol för att ha underlåtit att uppfylla de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att införliva PSI-direktivet med lagstiftningen i medlemsstaten i fråga. För de nämnda medlemsstaterna i fotnoten nedan var anledningen till att de drogs inför domstol, att de underlåtit att införliva PSI-direktivet inom den föreskrivna fristen⁴⁴.

I dagens samhälle, som rakt igenom är präglad av den tekniska utveckling som råder, kan man utan tvekan konstatera, att PSI-regleringen är omodern i det avseendet. Det ställer varken tillräckliga krav på att information skall hållas i digitalt format eller förespråkar skapandet och användandet av standardformat för data. Ett sådant standardformat underlättar både vid avtalslutande samt även för tredje mans användande av data.

Kommissionen höll ett samråd på sin hemsida där 598 svar kom in⁴⁵. Majoriteten av de svarande höll med om att PSI-direktivet ej nått sin fulla potential och att en förändring måste ske. Förslaget om ändring av PSI-direktivet ser, enligt min åsikt, mycket bra ut eftersom det ställer striktare krav på att myndigheters information och data skall hållas tillgängliga i digitala format samt att avgifterna nu istället skall begränsas till marginalkostnaderna. Att inkludera kulturinstitutioner ökar även värdet för vidareutnyttjande. Dessa nämnda ändringar och även de andra som föreslagits är helt i linje med unionens politik⁴⁶ och den tekniska utveckling som nu sker. Man ser även ett tydligt mönster från början till slut hur fokus har legat på förtydligande och exemplifierande av artiklarna. Sådana justeringar skulle gjorts från första början för att underlätta vidareutnyttjande och nå harmonisering i ett tidigare skede.

Utvecklingen och användandet av tekniska hjälpmedel har definitivt präglat det nya PSI-direktivet. I förslaget om ändring av PSI-direktivet framgår bland annat, att en definition av ”maskinläsbart format” kommer att läggas till under artikel 2 *Definitioner*. Vidare kommer även termen ”på elektronisk väg” i artikel 5 att ersättas med ”i maskinläsbart format med tillhörande metadata”. Bara en sådan enkel justering kommer att underlätta vidareutnyttjandet, eftersom sådan data är betydligt mer användarvänlig att arbeta och utveckla nya produkter med. Men framförallt kommer det att underlätta vid avtalslutande, eftersom information i det ”nya formatet” är av högre värde för

⁴³ Däribland Sverige, Österrike, Spanien, Belgien, Polen och Luxemburg.

⁴⁴ Se till exempel mål C-517/06 och C-529/06.

⁴⁵ KOM(2011) 877 slutlig, s. 7.

⁴⁶ Se avsnitt 1.3 i ”KOM(2011) 877 slutlig”.

vidareutnyttjaren och på så vis behöver det ej avtalas fram att informationen skall hållas i maskinläsbart format.

I det föreslagna PSI-direktivet kommer man tillåta vidareutnyttjande av handlingar som bibliotek, museer och arkiv innehar. Gällande immateriella handlingar som sådana kulturinstitutioner innehar skall medlemsstaterna se till att de, om så tillåts, kan vidareutnyttjas både kommersiellt och icke-kommersiellt i enlighet med villkoren i PSI-direktivet kapitel 3 och 4. Vidare kommer sådana kulturinstitutioner, till skillnad från andra offentliga myndigheter, tillåtas att ta ut högre avgifter än vad som avses med marginalkostnaderna enligt artikel 6 punkt 3 i förslag till ändring av PSI-direktivet. Att det görs en sådan inskränkning torde vara för att skydda sådana ”känsliga” handlingar som kulturinstitutioner innehar samt att kunna bevara vissa kulturarv.

En sista förändring som borde ha författats redan vid PSI-direktivets antagande är vem som bär ansvaret för bevisning att de tagna avgifterna för vidareutnyttjande är förenliga. I artikel 6 punkt 5 förslag till ändring av PSI-direktivet, framgår det nu att det är de offentliga myndigheterna som tar ut avgifterna som också bär ansvaret för bevisningen. Då det ej är reglerat i nuvarande PSI-direktiv kan det tänkas vara svårt för mindre företag med begränsad ekonomi att vidareutnyttja avgiftsbelagda handlingar, då bevisning för avgifternas storlek och relevans ej legat på myndighetens ansvar. Nu när det istället åligger myndigheten att påvisa att avgifterna för informationen är förankrade och förenliga med marginalkostnaderna kan det öppna upp dörrar för mindre företag att vidareutnyttja sådana handlingar av offentliga myndigheter.

Återstår att se när ett nytt PSI-direktiv antags och hur dess förändringar får effekt på medlemsstaterna. Ambitionen med PSI-direktivet är att främja vidareutnyttjandet och på så vis skapa nya tjänster och produkter och inte minst nya arbetstillfällen.⁴⁷ Vid en granskning av det nuvarande och det föreslagna PSI-direktivet, ur ett konkurrensrättsligt perspektiv, förekommer det inga hinder eller avsaknaden i de uppställda konkurrensbestämmelserna. Dock kunde det varit till fördel att i PSI-direktivet, liksom i artikel 101.1 FEUF, ha exempel på vad exklusiva avtal kan innebära. Då det, förutom fördragsbrotten, ej förekommit något domstolsavgörande inom PSI-regleringen är det problematiskt att avgöra hur väl fungerande bestämmelserna är. Men utifrån vad som framgått i det föreslagna PSI-direktivet kommer det ge upphov till ett förenklat förfarande att sluta avtal.

2.4.3 PSI-lagens behov av förändring

När det nya PSI-direktivet börjar gälla är det än en gång dags för medlemsstaterna att tillämpa de nya ändringarna på nationell nivå. PSI-lagen är verkligen i behov av förändring framför allt i avseende att den ej fått den effekt och publicitet som man önskat. Enligt en undersökning Stockholms handelskammare gjort visade det sig endast vara 1 av 3 kommuner som hade kunskap om att de besatt information som omfattades av PSI-lagen⁴⁸. Den nuvarande lagen är bra men den känns inte lika genuin som PSI-direktivet

⁴⁷ PSI direktivet p. (3) och (5) samt Förslag till ändring av PSI-direktivet p. (15).

⁴⁸ http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/misslyckad-lag-hotar-smarta-tjanster_6325852.svd (2013-01-08).

dels med tanke på att den tidigare fått kompletteras och dels i det avseende att lagen fått för låg kännedom. Lagen innehåller för många luckor som kan skapa missförstånd och osäkerheter. Exempel på hur sådana luckor kan lösas är bland annat genom att ställa tydligare riktlinjer och krav på digital bearbetning av information. Detta skapar större efterfrågan och på så vis ökad produktion av informationsprodukter och informationstjänster. Det underlättar även en hel del vid avtalsingående. Ju mer information och data hålls i standardformat, och om nödvändigt standardlicenser, desto mer underlättar det för avtal om vidareutnyttjande.

Gällande paragrafen om avgifter i PSI-lagen bör texten exempelvis ändras till:

Om en myndighet får ta ut avgifter för vidareutnyttjande av handlingar, skall den totala summan som tas ut av de myndigheterna begränsas till marginalkostnadsprincipen.

Alternativt att behålla den nuvarande paragrafen och istället lägga till att avgifterna bör vara kostnadsorienterade. I sådana fall bör det tilläggas ett förtydligande på vad ”rimlig avkastning på investeringar” kan innebära. Vad ”rimligt” innebär är högst diffust och kan ge upphov till felaktiga avgiftsberäkningar. I det nya PSI-direktivet föreslås att även bibliotek, museer och arkiv skall omfattas av PSI-regleringen. Om så är fallet bör det tilläggas, att även sådana kulturinstitutioner har rätt att ta ut avgifter för vidareutnyttjande av information samt att, liksom i PSI-direktivet, tillåta dem ta ut högre avgifter än vad som gäller för andra myndigheter.

För att nå fullt digitalt användande bör det införas en reglering i PSI-lagen om tillgängliga format. Handlingar skall, om möjligt och enhetligt med annan lag, hållas tillgängliga i maskinläsbart format och tillsammans med tillhörande metadata.

Genom att ändra rubriken ”Övriga villkor” i PSI-lagen till exempelvis ”Icke-diskriminering och konkurrensbestämmelser” kan det öka förståelsen för de konkurrensrättsliga reglernas betydelse och på så vis resultera i ett högre önskvärt konkurrensrättsligt beteende. I 10 § PSI-lagen om exklusiva avtal bör det i slutet av paragrafen tilläggas att alla beviljade exklusiva avtal skall prövas regelbundet för sin legitimitet. Det bör även i samma paragraf tilläggas, gällande ”Den exklusiva rätten ska offentliggöras”, hur och vart ett sådant offentliggörande skall ske. Förslagsvis borde ett sådant offentliggörande av ett exklusivt avtal göras på myndighetens hemsida, eftersom den är lättåtkomlig och når ut till alla. Enligt egen utsago får de konkurrensrättsliga bestämmelserna för lite utrymme i lagen med tanke på hur viktiga de är för avtalsslutande. Genom att läsa de 25 inledande punkterna i PSI-direktivet får läsaren en förståelse för hur lagen särskilt betonar att konkurrensen på marknaden skall vara rättvis. I grund och botten är det de konkurrensrättsliga bestämmelserna som avgör om det kan och får slutas ett avtal eller ej.

Det är inte enbart på sin plats att PSI-lagen måste förnyas ur ett konkurrensrättsligt perspektiv utan även för att avlägsna kvarstående hinder och luckor som finns i den nuvarande lagen. För att lagen ska få sin fulla potential krävs det tydligare villkor och riktlinjer för att tredje man enklare och i större utsträckning skall, utan onödigt

komplicerade processer, kunna vidareutnyttja tänkbar information och ej heller råka ut för oskäligen avgifter och åtaganden.

3. Allmänna konkurrensrättsliga regler

3.1 Konkurrensrättslig reglering

Oberoende av vilken marknad som granskas kommer det i princip alltid förekomma konkurrens. En marknad med en god fungerande konkurrens är bra och skapar goda valmöjligheter för konsumenterna. Men det är inte bara konsumenterna som vinner på en fungerande konkurrens utan även företagen, konkurrenterna och samhället i stort. För att uppnå dessa konkurrensfördelar krävs det dock att konkurrensen förs på ett effektivt sätt, så att den inte begränsas eller snedvrids. EUs lagstiftning om konkurrens har legat till stor grund för utvecklingen av vår nuvarande konkurrenslag och inte minst varit ett riktmärke sedan anslutningen till Europeiska unionen.⁴⁹ Den nuvarande konkurrenslagen bygger på den konkurrensrättsliga förbudsprincipen vilket innebär, att konkurrensbegränsningar är skadliga och skall därför vara förbjudna. Till skillnad från vår äldre konkurrenslag, som i huvudsak var uppbyggd på missbruksprincipen, gjordes ett ingripande först efter att konkurrensbegränsningen ansågs vara skadlig ur allmän synpunkt.

I både vår svenska och europeiska lagstiftning om konkurrens finner vi paragrafer och artiklar som visar på särskilda konkurrensbegränsningar kan vara olagliga. Det kan röra sig om konkurrensbegränsande samarbeten, missbruk av dominerande ställning samt förbud mot företagskoncentrationer. Men för att hålla uppsatsen till det relevanta kommer endast, som sades i avgränsningen, i huvudsak konkurrenslagens 1 kap. 5 §, 2 kap. 1 §, 2 kap. 2 §, 3 kap 27 § KL samt artikel 101 FEUF att behandlas.

3.2 Fördraget om europeiska unionens funktionssätt

3.2.1 Allmänt

Vid handel mellan medlemsstater inom EU tillämpas inte nationell lagstiftning utan istället fördraget om europeiska unionens funktionssätt. För denna uppsats är det, som tidigare nämnts, endast relevant att behandla artikel 101 i fördraget. Artikel 101 är framtagen för att säkerställa att konkurrensen ej på något sätt hindras, begränsas eller snedvridas på den inre marknaden. Men för att uppnå den önskade effekt krävs en effektiv och enhetlig tillämpning av artikel 101 i FEUF.⁵⁰ Vid avgöranden i svensk

⁴⁹ L. Gustafsson – J. Westin ”Svensk konkurrensrätt”, 2010, s. 18.

⁵⁰ Rådets förordning (EG) nr 1/2003, s. 1, p (1).

domstol om tillämpning av förbuden i 2 kap. 1 § KL skall, på avtal som även kan påverka handeln mellan medlemsstater, även artikel 101 FEUF tillämpas.⁵¹ Förbud som fastställs enligt den svenska konkurrensrätten skall även vara förenat med FEUF, med andra ord får det ej förbjuda något som enligt EU-rätt är tillåtet.⁵² Till skillnad från KL innehåller artikel 101 FEUF inte någon definition av begreppet *företag*. Dock kunde EG-domstolen konstatera i målet Höfner,⁵³ att *företag* innebär alla enheter som bedriver ekonomisk verksamhet oberoende av rättslig status och finansieringsform. Företag kan således vara aktiebolag, handelsbolag, enskilda firmor och ekonomiska föreningar. Till och med statliga och kommunala organ skall anses vara företag så länge de ej utgör ”offentlig makt”.^{54 55}

3.2.2 Förbud mot konkurrensbegränsande samarbete

I artikel 101.1 FEUF framgår det att avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden är förbjudna. Dock krävs det att förfarandet kan påverka handeln mellan medlemsstater och har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den inre marknaden. I vårt fall är det speciellt intressant att beakta avtal som diskriminerar eller ställer upp exklusiva rättigheter. Det kan handla om att marknader eller teknisk utveckling begränsas eller kontrolleras, prisdiskrimination eller marknadsuppdelning.

Som nämns i avsnitt 3.3.3 föreligger det ett par kriterier som skall uppfyllas för att FEUF skall anses tillämplig. Dock räcker det enskilt att samhandelskriteriet, som beskrivs i avsnittet nedan, uppfylls för att tillämpa FEUF.

3.2.3 Påverkan på handeln

Artikel 101 FEUF kan tillämpas på såväl horisontella som vertikala avtal samt på förfaranden från företagets sida som ”*kan påverka handeln mellan medlemsstater*”. Just detta citerade avsnitt utgör ett grundkriterium som måste uppfyllas för att få förbudsreglerna gällande, det så kallade samhandelskriteriet, som resulterar i en påverkan på handeln mellan medlemsstaterna. Kriteriet är ett behörighetskriterium och måste bedömas separat i varje enskilt fall.⁵⁶ Vid bedömning av huruvida ett avtal påverkar handeln är det inte nödvändigt att varje enskild del av avtalet utgör konkurrensbegränsningar för att gemenskapsrätten skall göras tillämplig. Det räcker vidare att avtalet som helhet kan påverka handeln mellan medlemsstaterna.⁵⁷ Vid tillämpning av kriteriet om påverkan på handeln måste, enligt rättspraxis och av ordalydelsen i artikel 101 FEUF, tre huvudsakliga beståndsdelar behandlas; (1) Begreppet

⁵¹ Rådets förordning (EG) nr 1/2003, s. 8, artikel 3, p (1).

⁵² Ibid, s. 8, artikel 3, p (2).

⁵³ C-41/90, (*Höfner och Elser*) REG 1991 s I-1979, p 21.

⁵⁴ L. Gustafsson – J. Westin ”Svensk konkurrensrätt”, 2010, s. 67.

⁵⁵ R. Wish – D. Bailey ”Competition law”, 2012, s.84

⁵⁶ Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget (2004/C 101/07), s. 82, p. 12.

⁵⁷ Ibid, s. 82, p. 14.

”handeln mellan medlemsstater”, (2) begreppet ”kan påverka” samt (3) begreppet ”märkbar effekt”.

Begreppet ”handel” täcker inte bara handel med varor och tjänster utan inkluderar även alla tänkbara former av gränsöverskridande ekonomisk verksamhet, inklusive etablering.⁵⁸ Handeln skall även utbringa en viss effekt ”mellan medlemsstater” där minst två medlemsstater måste påverkas, åtminstone indirekt och potentiellt.⁵⁹ Det är dock inte nödvändigt att avtalet omfattar handeln i en hel medlemsstat. Då handeln påverkas märkbart räcker det förvisso att endast en del av medlemsstaten berörs för att uppnå en samhandelseffekt.

Vid bedömning om påverkan på handel måste även begreppet ”kan påverka” analyseras. I grund och botten räcker det att ett avtal kan påverka handeln mellan medlemsstater direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt. EG-domstolen har tagit fram ett ”handelsmönster”-test för att avgöra huruvida ett avtal eller förfarande ”kan påverka” handeln.⁶⁰ Kortfattat består testet av tre punkter, (a) ”En tillräcklig grad av sannolikhet på grundval av ett antal objektiva rättsliga eller faktiska omständigheter”, (b) Ett inflytande på ”handelsmönstret mellan medlemsstater”, (c) ”Ett direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt inflytande” på handelsmönstret.

Det sista begreppet att beakta är huruvida avtalet eller förfarandet har en ”märkbar effekt”. Vid avgörande om avtalet har en märkbar effekt beror mycket på omständigheterna för fallet i fråga, gällande avtalets art och företagets marknadsställning samt vad det är för produkt/tjänst det rör sig om. Märkbar effekt kan således mätas i både absoluta termer (omsättning) och relativa termer.

3.2.4 Undantagsregler

EG-domstolen har fastställt att förbuden i artikel 101.1 FEUF ej skall göras tillämpliga när avtalet i fråga inte har någon märkbar effekt på handeln mellan medlemsstaterna. Det finns ett framtaget tillkännagivande av kommissionen⁶¹ som reglerar just sådana avtal (de minimis-avtal). Kommissionen anser i tillkännagivandet, att tröskelvärdena i p.7 ej får överskridas för att ett avtal skall falla in under undantagsreglerna. Dock skall kommissionens tillkännagivande ej tillämpas på avtal som innehåller särskilt allvarliga begränsningar som anges i p. 11.

I artikel 101.3 återfinns en individuell undantagsregel som bygger på fyra kumulativa och uttömmande kriterier. Denna undantagsregel finns för att säkerställa att avtal, som faller under förbudet i 101.1 men som har positiva effekter på marknaden i sin helhet, skall ha möjlighet att tillåtas. Vid analys är det viktigt att man väger in de positiva och negativa effekterna mot varandra för att få ett korrekt beslut om avtalet/förfarandet. Gällande

⁵⁸ Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget, (2004/C 101/07) s. 82, p. 19.

⁵⁹ C. Wetter m.fl. ”Konkurrensrätt - en handbok”, 2004, s. 43.

⁶⁰ Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget, (2004/C 101/07) s. 82, p. 24.

⁶¹ Tillkännagivande från kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget (de minimis), 2001/C 368/07.

särskilt allvarliga begränsningar, faller de i regel ej in under 101.3 då de med högsta sannolikhet ej kan uppfylla de fyra kumulativa kriterierna. Sådana begränsningar är ofta svartlistade i många gruppundantagsförordningar. Som nämns i kommissionens tillkännagivande är det till fördel att ordna om kriterierna och byta plats på det andra och tredje kriteriet, detta för att behandla frågan om nödvändighet före frågan om skälig andel för konsumenterna.

Det första villkoret som måste uppfyllas är *effektivitetsvinster*, vilket är ett positivt villkor. Kort sagt måste det begränsande avtalet till exempel främja tekniska och ekonomiska framsteg. Det kan även bidra till en förbättrad produktion eller distribution av varor. Undantagspunkten gäller såväl varor som tjänster.⁶² Genom att främja teknisk utveckling kan företagen erbjuda bättre, mer avancerad samt högre kvalitet på produkten i fråga. Vid bedömning av huruvida effektivitetsvinster uppnås görs en analys, där endast de objektiva fördelarna kan beaktas. I testet skall det konstateras, att effektivitetsvinsterna är av objektiv art och att det finns ett tillräckligt orsakssamband mellan det begränsande avtalet och effektivitetsvinsterna. Värdet på de påstådda effektivitetsvinsterna skall även kontrolleras och styrkas, annars avvisas dem. Vidare krävs en redogörelse för hur effektivitetsvinsterna har uppnåtts eller kommer att uppnås.⁶³ Att göra effektivitetsvinster behöver inte endast innebära kostnadsbesparingar, det kan även resultera i ökat mervärde för konsumenterna.

Det andra (tredje) villkoret är att *begränsningarna skall vara nödvändiga*. Avtal får inte vara onödigt konkurrensbegränsande, utan endast i den mån som krävs för att uppnå effektivitetsvinster. Den avgörande faktorn är således om man kan påvisa att, med det begränsande avtalet och de enskilda konkurrensbegränsningarna, gjorts möjligt att bedriva en mer effektiv verksamhet än om avtalet ej ingåtts. Även här finns ett test för att avgöra om kriterierna uppfyllts. Det består av ett konstaterande om det begränsande avtalet i fråga skall anses nödvändigt för att uppnå effektivitetsvinsterna samt att de enskilda konkurrensbegränsningarna, som till följd av avtalet, också skall ses som rimligt nödvändiga för att uppnå effektivitetsvinster. För att avgöra om begränsningen skall anses nödvändig skulle effektivitetsvinsterna elimineras eller avsevärt minskats om begränsningen ej skulle föreligga.

Det tredje (andra) villkoret som skall uppfyllas är *skälig andel för konsumenterna*. Det vill säga att konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av effektivitetsvinsterna. Inom begreppet *konsument* omfattas alla som köper den erbjudna tjänsten eller produkten, både direkt och indirekt.⁶⁴ Det kan bland annat vara grossister, detaljhandlare samt slutkonsumenter. Vidare måste begreppet *skälig andel* också redogöras. Begreppet innebär att den nytta som förts vidare till konsumenterna åtminstone måste kompensera de negativa verkningar konkurrensbegränsningen skapat. Oberoende om avtalet i fråga har tillfört högre priser eller ej, måste compensationen (den skäliga andelen) alltid täckas fullt ut till konsumenternas fördel.

⁶² Kommissionens riktlinjer för tillämpning av artikel 81.3 (2004/C 101/08), p. 48.

⁶³ Ibid, p. 52-56.

⁶⁴ Ibid, p. 84.

Det fjärde och sista villkoret handlar om att *konkurrensen inte får sättas ur spel*. Vid ett avtal som begränsar konkurrensen enligt artikel 101 är det mycket viktigt att företagen ej ges möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga. Skulle konkurrensen sättas ur spel skadar det den allmänna konkurrensen och konkurrensprocessen, vilket bland annat skulle innebära en felaktig resursfördelning, minskad innovation samt högre priser.⁶⁵ Vid beaktning av i vilken utsträckning konkurrensen har satts ur spel måste hänsyn tas till hur konkurrensen såg ut på marknaden innan avtalet slöts samt hur begränsande avtalet i fråga är. Det vill säga hur pass avtalet påverkat konkurrensen negativt. Det finns till viss del ett samband mellan det konkurrensbegränsande avtalets omfattning och hur pass konkurrensen sätts ur spel. Ju större konkurrensbegränsningar avtalet har desto större risk är det att konkurrensen sätts ur spel och vice versa. Häri beaktas både den faktiska och potentiella konkurrensen.

Som tidigare nämnts måste samtliga fyra villkor uppfyllas för att ett avtal/förfarande skall falla under det individuella undantaget i artikel 101.3 FEUF. Viktigt att belysa är att kommissionens riktlinjer för tillämpning av artikel 81.3, nuvarande 101.3 endast är riktlinjer och därför ej bindande för domstolar och myndigheter i medlemsstaterna. Riktlinjerna är endast till för att fungera som vägledning vid tillämpning av artikel 101.3 FEUF.

3.3 Konkurrenslagen

3.3.1 Definition av företag och myndighetsutövning

Den svenska konkurrenslagen bygger på effektivitetsprincipen, vilket innebär att alla förfaranden som har en konkurrensbegränsande effekt omfattas av KL.⁶⁶ Likaså förfaranden som har en indirekt verkan kan komma att ses som olovlig, men endast om påverkan har en märkbar och direkt effekt. Av vad som framgår i 1 kap. 5 § sträcker sig lagens tillämplighet endast till företag;

”I denna lag avses med företag en fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur, dock inte till den del verksamheten består i myndighetsutövning.

Med företag avses också en sammanslutning av företag.”

Begreppet *företag* skall enligt praxis tolkas vidsträckt och omfattar alla former av ekonomisk eller kommersiell verksamhet, oavsett om verksamheten har ett ekonomiskt vinstsyfte eller ej.⁶⁷ I målet om Ekforsbolagen hade Ekfors Kraft sålt tjänsten ”belyst väg” till Haparanda och Övertorneå kommun. Frågan om kommunerna fått särskilt i uppdrag att fullgöra för det allmännas intresse eller om det är ett monopoliserat område, är avgörande för huruvida kommunerna skall ses som offentliga organ under myndighetsutövning och inte företag. Marknadsdomstolen fann att kommunerna skulle ses som företag då de bedrev ekonomisk verksamhet enligt följande motivering; ”Såvitt

⁶⁵ L. Gustafsson – J. Westin ”Svensk konkurrensrätt”, 2010, s. 71.

⁶⁶ Ibid, s. 49.

⁶⁷ C. Wetter m.fl. ”Konkurrensrätt – en handbok”, 2004, s. 57.

nu är aktuellt är det inte fråga om att kommunernas verksamhet består av myndighetsutövning, och att tillhandahålla gatu- och vägbelysning är utan tvivel en verksamhet som i allmänhet kan bedrivas och bedrivs av privata företag.⁶⁸ Man kan därav dra en rymlig slutsats att förfaranden som kan bedrivas och bedrivs av privata företag ej skall ses som myndighetsutövning.

Nästa term att granska ur lagtexten är hur *myndighetsutövning* skall definieras. Man kan varken i förarbeten eller KL finna någon definition på begreppet. Det finns en fundamental definition av myndighetsutövning i motiven till den äldre förvaltningslagen.⁶⁹ Den definitionen har sedan dess varit gällande och konkurrensverket har i nästan samtliga beslut använt sig av den definitionen vid fastställande av förfaranden som anses vara myndighetsutövning. En myndighetsutövning avser till exempel när en förvaltning utövar sin befogenhet att för enskild bestämma om förmån, rättighet, skyldighet eller annat jämförbart förhållande om befogenheten stödjer sig på lag eller annan författning.⁷⁰

3.3.2 Konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet

Sedan 2010 finns en bestämmelse i KL⁷¹ som syftar till att undvika snedvridning av konkurrensen när staten, kommuner eller landsting uppträder som säljare på marknaden. Paragrafen reglerar juridiska personer som staten, kommun eller landsting har ett direkt eller indirekt inflytande över. Innan paragrafen infördes kunde företag till viss del inte konkurrera med offentliga aktörer då de ej kan gå i konkurs, har andra finansieringsmöjligheter samt andra vinstkrav. Skulle staten, kommun eller landsting bedriva offentlig säljverksamhet som ligger utanför deras befogenheter eller att de ej agerar på korrekt sätt i de säljverksamheter de tillåts att bedriva kan Stockholms tingsrätt, på talan av konkurrensverket, förbjuda staten, kommunen eller landstinget att tillämpa ett visst förfarande.⁷² Dock krävs att förfarandet i den kommersiella eller ekonomiska verksamheten snedvrider eller hämmar en effektiv konkurrens. Staten kan aldrig helt förbjudas att bedriva säljverksamhet. Istället kan man till exempel se om förfarandet i säljverksamheten är förenlig med gällande lag. Paragrafen tar endast sikte på myndigheters offentliga säljverksamhet till skillnad från myndigheters affärsverksamhet i 2 kap. 1 § KL.

3.3.3 Konkurrensbegränsande samarbete

Avtal skall ses som förbjudna om de hämmar eller syftar till att hämma konkurrensen och har betydande ekonomiska verkningar. Vidare krävs också, för att avtalet skall falla under förbudet, att avtalet hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen på ett märkbart sätt. Dock finns det undantag då små företag får samarbeta med varandra. Om vardera företag har en årsomsättning som understiger 30 miljoner kronor eller sammanlagt

⁶⁸ MD 2007:26 (Ekforsbolagen).

⁶⁹ Prop. 1973:90 s. 397.

⁷⁰ L. Gustafsson – J. Westin ”Svensk konkurrensrätt”, 2010, s. 42.

⁷¹ 3 kap. 27 § KL

⁷² Ibid, s. 40.

marknadsandel på 10-15% beroende på om det är vertikala eller horisontella samarbeten, kan det vara tillåtet. Det finns tre väsentliga kriterier som måste uppfyllas för att ett förfarande skall falla under förbudet i 2 kap. 1 § KL.

Ett konkurrensbegränsande samarbete kan endast uppstå om det föreligger ett avtal mellan två eller flera företag. I 1 kap. 6 § KL återfinns en vidare definition av avtal som menar, att avtal kan bestå av beslut av en sammanslutning av företag eller samordnade förfaranden av företag. Ur konkurrensrättslig synpunkt är betydelsen av formen av samarbetet inte särskilt viktig då de alla får samma konkurrensrättsliga påföljder oavsett form.⁷³ Det finns inget kriterium på att avtalsingående skall vara skriftligt. Därav anses även tysta eller underförstådda överenskommelser utgöra avtal, d.v.s. gentlemen's agreements.⁷⁴ Enligt EG-rättsligt praxis framgår det att termen *avtal* bygger på att det förekommer en gemensam vilja mellan parter och uttrycksformen har ingen betydelse så länge det utgör ett troget uttryck för parternas vilja.⁷⁵ Vid tillämpning av KL görs det ofta en mycket vid tolkning av *avtal*, men det avgörande är om det existerar någon "gemensam vilja". I 2 kap. 1 § 2st. KL återfinns några exempel på förfarande som begränsar eller påverkar konkurrensen negativt på något sätt;

- ”1. inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,*
- 2. produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,*
- 3. marknader eller inköpskällor delas upp,*
- 4. olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel, eller*
- 5. det ställs som villkor för att ingå ett avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.”*

Enbart de samarbeten som har till syfte eller resulterar i att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen kan ses som konkurrensbegränsande samarbete. Kan också klargöras att ett samarbete som har till syfte att begränsa konkurrensen är förbjudet i sig och därav behöver inga effekter av samarbetet påvisas.⁷⁶⁷⁷ Frågan om att "ge och ta pris" belyses i Asfaltkartellen och konkurrensverket menade på att ett sådant förfarande skall anses vara konkurrensbegränsande, även om den ena parten ej haft möjlighet att utföra arbetet, eftersom även begränsning av potentiell konkurrens i sig är förbjuden.⁷⁸ I praktiken är konkurrensbegränsningskriteriet och märkbarhetskriteriet helt sammanflätat. För att ett konkurrensbegränsande förfarande ska falla under förbudet krävs det att det begränsar konkurrensen på ett märkbart sätt.⁷⁹ Märkbarhetskriteriet kan delas in i två delar, kvantitativ märkbarhet och kvalitativ märkbarhet. Den kvantitativa märkbarheten

⁷³ Prop. 2007/08:135 s. 71.

⁷⁴ C. Wetter m.fl. "Konkurrensrätt - en handbok", 2004, s. 148.

⁷⁵ MD 2009:11, s. 28.

⁷⁶ Ibid, s. 87.

⁷⁷ MD 2005:7 s. 32.

⁷⁸ MD 2009:11, s. 85.

⁷⁹ Prop. 2010/11:59 s. 12.

definierar vilka företag, beroende på dess storlek, som skall komma att omfattas av förbudet i 2 kap. 1 § KL. Benämningen kvantitativ märkbarhet bygger på att samarbete mellan mycket små företag med ytterst obefintliga marknadsandelar ej på något sätt kan påverka konkurrensen på marknaden, oavsett hur konkurrensbegränsande avtal företagen ingår. För att anses vara ett sådant litet företag som ej skall gå under förbudet i KL har konkurrensverket konstaterat i *Konkurrensverkets allmänna råd om avtal av mindre betydelse*⁸⁰ punkt 7 att;

”Om den totala årsomsättningen för varje avtalspart och till avtalsparten anknutna företag inte överstiger 30 miljoner kronor, anser Konkurrensverket att de tillsammans kan ha en marknadsandel på den relevanta marknaden om högst 15 procent utan att samarbetet omfattas av förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen.”

Men även om avtalsparternas marknadsandelar eller årsomsättningen är mindre än vad som framgår av stycket ovan finns det dock vissa undantag. Dessa undantag presenteras under punkt 9 i samma råd. Stycket hänvisar till punkt 11 i kommissionens tillkännagivande om bagatellavtal och menar på att punkt 7 i det allmänna rådet ej går att tillämpa på avtal som innehåller särskilt allvarliga begränsningar.⁸¹ Sådana begränsningar kan vara (1) fastställande av priser till tredje part, (2) begränsning av produktion eller försäljning samt (3) fördelning av marknader eller kunder.⁸²

De avtal som ej kan anses vara bagatellavtal utifrån den kvantitativa bedömningen skall även överskrida gränsen för den kvalitativa bedömningen för att ses som ett förbud. Man kan säga att den kvalitativa bedömningen är en skälighets- och proportionalitetsbedömning, det vill säga att konkurrensbegränsningar som är objektivt nödvändiga kan tillåtas. Men för att ett avtal eller förfarande skall påverka konkurrensen kvalitativt måste konkurrensbegränsningen i sig ha en sådan negativ effekt på konkurrensen att den blir märkbar.

3.3.4 Undantagsregler

Det kan förekomma fall då ett avtal eller förfarande uppfyller de kriterier som krävs för att anses vara olovligt men istället faller under undantagsreglerna i 2 kap 2-5 § KL. Men för denna uppsats är det endast relevant att behandla de individuella undantagen i 2 kap. 2 § KL. Anledningen till att det finns utformade undantagsregler är, att avtal mellan företag som fallit under förbudet i 2 kap. 1 § KL ändå kan ha positiva effekter för marknaden. Man talar om att de positiva effekterna skall överväga de negativa. Att förbjuda sådana avtal skulle förmodligen hämma utvecklingen av nya produkter och sätta hela marknadens dynamik ur spel.⁸³ Vid lagändringen 1 juli 2004⁸⁴ infördes självreglering, det vill säga att företagen själva står för bevisbördan när de själva åberopar rätten till undantagsreglerna. För att få undantagsreglerna tillämpade måste företaget i fråga bevisa

⁸⁰ Konkurrensverkets författningssamling (KKVFS 2009:1).

⁸¹ Tillkännagivande från kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget (de minimis) (2001/C 368/07).

⁸² Ibid, p. 11.

⁸³ L. Gustafsson – J. Westin ”Svensk konkurrensrätt”, 2010, s.59.

⁸⁴ SFS 2004:409.

att de fyra kumulativa villkoren i 2 kap. 2 § KL är uppfyllda. Till skillnad från de listade exemplen för vad som kan utgöra ett konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § KL är listan med de fyra punkterna i 2 kap 2 § KL uttömmande. De fyra punkter som måste uppfyllas är;

- ”1. bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande,*
- 2. tillförsäkrar konsumenterna en skäligen andel av den vinst som därigenom uppnås,*
- 3. bara ålägger de berörda företagen begränsningar som är nödvändiga för att uppnå målet i 1, och*
- 4. inte ger de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga.”⁸⁵*

Dessa punkter redovisas och utvecklas under avsnitt ”3.2.4 Undantag”. Detta eftersom den svenska lagen är byggd på den europeiska samt att kommissionens tillkännagivande riktlinjer för tillämpningen av artikel 81(3) i fördrag även används på nationell nivå eftersom konkurrensverket ej tagit fram några egna riktlinjer.⁸⁶

3.4 Analys av rättsläget

3.4.1 Inledning

Vid vidareutnyttjande av information och data kan det ske på så vis att det antingen hålls fritt och helt utan avgifter, men kan också vara så att informationen är avgiftsbelagd. Tillämpas sådana avtal med avgifter skall de hållas lika för den verksamheten som för andra användare. Det kan te sig vara enkelt och bekymmersfritt att sluta avtal för vidareutnyttjande av information men det är en hel del aspekter som bör beaktas. Detta gäller både för avtalsslutande på nationell och europeisk nivå. Anledning till att ett avtal måste slutas för vidareutnyttjande av information kan vara för att skydda olika data eller myndigheters integritet. Vidare måste sådant avtal styrkas och visa på att det är nödvändigt för att tillhandahålla en tjänst av allmänt intresse. Avtal om vidareutnyttjande av information skall överensstämma med antingen PSI-regleringen eller konkurrensrättsliga regleringen beroende på om det rör sig om myndighetsutövning, affärsverksamhet eller offentlig säljverksamhet.

3.4.2 Europeisk nivå

Låt oss säga att Lunds kommun sluter ett avtal med ett tyskt företag om vidareutnyttjande av information. För att FEUF skall kunna tillämpas krävs det att avtalet i fråga kan komma att påverka handeln mellan medlemsstaterna, vilket författaren utgår ifrån i detta exempel. För att avtalet skall ses som olovligt skall det påverka handeln mellan medlemsstaterna åtminstone indirekt och potentiellt. Skulle ett förfarande ses som ett olovligt enligt artikel 101.1 FEUF, finns det dock skyddande undantagsregler i artikel

⁸⁵ 2 kap. 2§ p.1. Konkurrenslag.

⁸⁶ L. Gustafsson – J. Westin ”Svensk konkurrensrätt”, 2010, s. 65.

101.3 FEUF som eventuellt kan tillämpas. Beroende på vad för information Lunds kommun avtalar om är det viktigt, att ställa upp striktare avtalsregler när det rör sig om känslig data såsom personuppgifter eller annan sekretessbelagd information. Oavsett vad för information det rör sig om har Lunds kommun rätt att ta ut avgifter för informationen. För att inte ge upphov till diskriminering skall avgifterna vara kostnadsorienterade. Det finns dock inget som hindrar myndigheter att ta ut en mindre summa enligt punkt 14 PSI-direktivet. I detta avseende är det enkelt konstatera, att vikten av att använda standardiserade avtalsmallar är mycket stor, då det undanröjer alla grunder för ett diskriminerande avtal. Det undanröjer även eventuella konflikter gällande avgiftsbeloppet.

Skulle avtalet röra sig om information, som är att ses som speciellt känslig för spridning, finns det möjligheter att i enlighet med artikel 11 punkt 2 PSI-direktivet ingå ett exklusivt avtal. Dock skall ett sådant avtal offentliggöras och hållas öppet för insyn. Myndigheter som avtalar ut information skall ses som företag så länge förfarandet ej faller under offentlig makt.⁸⁷ I målet om Höfner och Elser konstaterade EG-domstolen vad som kan ses som företag. En sådan definition är avgörande för om artikel 101 FEUF skall vara tillämplig på myndigheter eller ej. Då myndigheter sluter avtal om vidareutnyttjande av information utgör det i flesta fall säljverksamhet och på så vis kan myndigheten ses som ett företag⁸⁸. Men sådana förfaranden kan inte alltid ses som säljverksamhet då det även finns myndigheter där sådant är en del av deras myndighetsutövning, till exempel bolagsverket. PSI-direktivet blir då istället tillämpligt.

3.4.3 Nationell nivå

På det nationella planet har vi istället PSI-lagen och KL som kan tillämpas. Det är högst viktigt att det framgår för att undanröja eventuella misstolkningar, eftersom KL bestämmelser är något striktare i sin tolkning. Syftet med PSI-lagen är att underlätta och främja utvecklingen av en informationsmarknad och ställer således inte upp irrelevanta villkor för vidareutnyttjande. Det gäller i princip samma villkor som vid europeisk tillämpning. Dock känns PSI-lagen något mer vag, eftersom då den inte i samma utsträckning som PSI-direktivet, är lika deskriptiv och uttömmande.

För att dra ett praktiskt exempel även i detta avseende föreställer vi oss, att Lunds kommun skall teckna ett avtal om vidareutnyttjande av information med ett svensk företag. I exempel utgår vi ifrån att avtalet ej på något sätt kan påverka handeln mellan medlemsstaterna och därför den nationella lagstiftningen blir tillämplig. Det första att konstatera är, om Lunds kommuns avtal om information är att ses som en del av deras affärsverksamhet eller myndighetsutövning. Detta eftersom PSI-lagen endast tar sikte på myndighetsutövning då affärsverksamhet är reglerat KL. Då PSI-lagen är en svensk variant av PSI-direktivet ställs det likartade villkor för avtalslutande. De villkor som ställs i PSI-lagen är bland annat, enligt 8 §, att avtal skall vara relevanta och icke-diskriminerande samt får ej i onödan begränsa vidareutnyttjandet. Ett relevant villkor kan i den bemärkelsen till exempel vara att skydda en ensamrätt som följer av

⁸⁷ Motsvarande för termen myndighetsutövning.

⁸⁸ C-41/90, (*Höfner och Elser*) REG 1991 s I-1979, p 21.

upphovsrättslagen. Exklusiva avtal, såsom geografisk uppdelning och selektiv prissättning, är liksom i PSI-direktivet vanligtvis ej tillåtet. I 9 § PSI-lagen framgår det att en myndighet får, om det är nödvändigt för att tillhandha hålla en tjänst av allmänt intresse, bevilja ett exklusivt avtal. En informationstjänst som bygger på känslig men intressant information från en myndighet, skulle kunna ses som en tjänst som utgör ett allmänt intresse. Dock bör tjänsten i fråga vara av sådan speciell karaktär att endast en juridisk person skall få rätt att vidareutnyttja informationen för att ej riskera myndighetens eller informationens säkerhet. Det är möjligt för en offentlig myndighet att falla under företagsdefinitionen i 1 kap. 5 § KL, då det omfattar alla former av ekonomisk eller kommersiell verksamhet. Att urskilja affärsverksamhet från myndighetsutövning klargjorde marknadsdomstolen i målet om Ekforsbolagen. Sådana förfaranden som kan och görs av privata aktörer på den relevanta marknaden skall ses som affärsverksamhet. Då det inte rör sig om myndighetsutövning, som regleras i PSI-lagen, utan istället affärsverksamhet blir 2 kap. 1 § KL tillämplig. Skulle det istället röra sig om myndigheters offentliga säljverksamhet kan förfarandet ses som olovlig enligt 3 kap. 27 § KL, om det på något sätt syftar till att snedvrída eller hämma konkurrensen. Samma paragraf kan även förbjuda en myndighet, om det ej strider mot annan lag, att bedriva en viss säljverksamhet.

4. Sammanfattning och slutsatser

Syftet med PSI-regleringen är, genom att skapa gynnsammare förutsättningar för enskildas användning av information som tillhandahålls av den offentliga sektorn, att främja utvecklingen av en informationsmarknad. Regleringen innehåller även bestämmelser för att hindra myndigheter att besluta om villkor som kan begränsa eller sätta konkurrensen ur spel. Genom införandet av PSI-direktivet/lagen är det tänkt att skapa nya företag och arbetstillfällen, men framförallt nya informationstjänster och informationsprodukter.

Ämnet om vidareutnyttjande av information är högaktuellt just nu. Därför är det av stor betydelse att lagen efterföljs och fungerar korrekt. Tack vare ökad användning av datorer och i synnerhet smartphones har det lett till en ökad efterfrågan på appar och hemsidor i form av informationstjänster och informationsprodukter. För att skapa sådana produkter och tjänster krävs det till viss del att myndigheter håller sin information och data tillgänglig för vidareutnyttjande. Tyvärr har den önskade harmonin på den inre marknaden ej uppnåtts, vilket delvis kan bero på oklarheter och otillräcklig lagstiftning. Tanken bakom PSI-direktivet är helt korrekt men det optimala hade varit att kräva myndigheter på att deras information skall hållas tillgängligt för vidareutnyttjande. Dock blir det tämligen komplicerat, eftersom det finns nationella lagstiftningar som skyddar viss information samt att det finns myndigheter som livnär sig på att sälja sådan information.

När en myndighet avtalar om vidareutnyttjande av information skall sådana avtal vara relevanta och icke-diskriminerande. De får ej heller vara exklusiva. Dock tillåts myndigheter i vissa fall att utfärda exklusiva avtal för att tillhandahålla en tjänst av allmänt intresse eller skydda känslig data. Ur konkurrensrättslig synpunkt får avtal ej slutas om de på något sätt kan tänkas hindra, snedvrída eller sätta konkurrensen ur spel. Sådana konkurrensbegränsningar kan vara att marknader delas upp, olika prisåtaganden eller andra oskäligen avtalsvillkor. Beroende på om myndigheten ifråga utgör myndighetsutövning, affärsverksamhet eller offentlig säljverksamhet tillämpas olika bestämmelser. PSI-regleringen tar endast sikte på myndighetsutövning och KL endast affärs- och offentlig säljverksamhet.

Att sluta ett avtal som överensstämmer med konkurrensrättslig reglering är idag en väl inarbetad process eftersom lagstiftningen existerat och fungerat bra sedan många år tillbaka. Skall avtal slutas med stöd i PSI-reglering är det inte lika okonstlat. Det ställs förvisso klara villkor för att sluta avtal, men granskar man dessa noggrannare finner man en del frågetecken och oklarheter. Med den föreslagna PSI-regleringen tror och hoppas

jag dessa frågetecken försvinner och på så vis underlättar för avtalsingående. De föreslagna ändringarna tar sikte på, för vad som är relevant för denna uppsats, avgiftsprinciper och tillgängliga format.

Det föreslagna PSI-direktivet bidrar förhoppningsvis till förbättrade avtalsvillkor samt målet att nå ett digitalt samhälle där information hålls öppet för vidareutnyttjande. Sett ur en entreprenörs perspektiv hade det optimala varit att fastställa regler som ger alla vidareutnyttjare fri och gratis tillgång till information i maskinläsbart format med tillhörande metadata. Men än är vi inte där och med det nya PSI-direktivet kommer det ställas bättre avtalsvillkor genom att införa nya avgiftsprinciper, krav på tillgängliga format samt att vissa kulturinstitutioner härnäst kommer falla under PSI-regleringen. Sådana ändringar är inte bara önskvärda utan direkt nödvändiga för att uppnå syftet med vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn. Den tekniska utvecklingen kommer ej att minska utan tvärt om att öka allt mer och mer. Det är på sin plats att PSI-regleringen ändras om Sverige över huvud taget skall kunna hålla vad de lovat: att vara bäst i världen på att utnyttja digitaliseringens alla möjligheter.

Källförteckning

Offentligt tryck

EU

Konsoliderad version av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (C 115/47).

Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/98/EG – om vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn.

KOM(2011) 877 slutlig – Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv – om ändring av direktiv 2003/98/EG om vidareutnyttjande av information från den offentliga sektorn.

COM(2009) 212 final – Commission of the European Communities, Communication on the Review of the PSI Directive (7 May 2009)

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 - om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

Tillkännagivande från kommissionen - Om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget (de minimis) (2001/C 368/07)

Tillkännagivande från kommissionen – Riktlinjer om begreppet påverkan på handel i artiklarna 81 och 82 i fördraget (2005/C 101/07).

Sverige

Prop. 1973:90. Med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning.

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

Prop. 2009/10:175. Offentlig förvaltning för demokrati, delaktighet och tillväxt.

Prop. 2010/11:59. Horisontella konkurrensbegränsningar.

DS 2009:44. Vidareutnyttjande av handlingar – genomförande av PSI-direktivet

UTKAST: Vidareutnyttjande av offentlig information. En vägledning för myndigheter (version 2012-11-30).

KKVFS 2009:1. Konkurrensverkets allmänna råd om avtal av mindre betydelse (bagatellavtal) som inte omfattas av förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579).

(2010:21) Kartläggning av exklusiva rätter, Statskontoret

Litteratur

Sandgren, Claes, ”Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne material, metod och argumentation”, 2007, Nordstedts Juridik.

Hettne, Jörgen – Otken Eriksson, Ida ”EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning”, uppl. 2, 2011, Norstedts Juridik.

Gustafsson, Leif – Westin, Jacob, ”svensk konkurrensrätt”, uppl. 2, 2010, Norstedts Juridik.

Wetter, Carl m.fl. ”Konkurrensrätt – en handbok”, uppl. 3, 2004, Thomson Fakta.

Jones, Alison – Sufrin, Brenda, ”EU Competition Law – Text, cases and materials”, uppl. 4, 2011, Oxford University Press Inc..

Wish, Richard – Bailey, David, ”Competition Law”, uppl. 7, 2012, Oxford University Press Inc..

Frågelista konkurrensbegränsande offentlig självverksamhet, 2010-06-24, Konkurrensverket

Internetkällor

”Agera Odell, slipp domstol”, 22 oktober 2008,
<http://www.chamber.se/?id=1421&newsid=17130>, (Hämtad 2012-11-21)

http://ec.europa.eu/information_society/policy/psi/index_en.htm, (Hämtad 2012-12-12)

”Misslyckad lag hotar smarta tjänster”, 17 juli 2011,
http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/misslyckad-lag-hotar-smarta-tjanster_6325852.svd (Hämtad 2013-01-08)

Övriga källor

Lundqvist, Björn m.fl. ”Business Activity and Exclusive Right in the Swedish PSI Act”, 2011:2

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

C-41/90 – Höfner och Elser

Marknadsdomstolen

MD 2007:26 – Ekforsbolagen

MD 2005:7 – Bensinkartellen

MD 2009:11 – Asfaltkartellen