



JURIDISKA FAKULTETEN

vid Lunds universitet

Christoffer Letth

Kommunala gym och konkurrensen

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Jörgen Hettne

Termin för examen: VT2014

Innehåll

Abstract	4.
Sammanfattning	5.
1 Inledning och utveckling av det principiella problemet	6.
1.1 Frågeställning	7.
1.2 Metod & Material	8.
1.3 Avgränsning	9.
1.4 Disposition	9.
1.5 Begreppsapparat	10.
1.6 Förkortningar	10.
2 Det kommunala engagemanget i friskvård och gymverksamhet	11.
2.1 En kort bakgrund	11.
3 Om kommunerna	13.
3.1 Kommunal företagande i olika former – ett kort omnämnande	13.
3.2 Kommunens kompetens	14.
3.3 Allmänt intresse	15.
3.4 Lokaliseringsprincipen	17.
3.5 Saker som skall handhas av annan	17.
3.6 Förbud mot understöd till enskild	18.
3.7 Förbudet mot spekulativ näringsverksamhet	18.
3.8 Självkostnadsprincipen	19.
3.9 Underskottsprincipen	21.
3.10 Sedvanlig kommunal affärsverksamhet och det egentliga näringslivet	21.
3.11 Anknytnings och överskottscompetensen	23.
3.12 Överklagan av kommunala beslut	25.

4.1 Om konkurrenslagen	27.
4.1.1 Missbruk av dominerande ställning	29.
4.1.2 Parallell tillämpning	30.
4.1.3 Samhandelskriteriet	31.
4.1.4 Allmänt om missbruk av dominerande ställning	33.
4.1.5 Effektiv konkurrens	33.
4.1.6 Den relevanta marknaden	34.
4.1.7 Dominerande ställning	35.
4.1.8 Bedömningen av missbruk	36.
4.1.9 Relevanta rättsfall inom området missbruk av dominerande ställning	39.
4.2 Offentlig säljverksamhet (Konfliktlösningsregeln)	41.
4.2.1 Vad innebär snedvrída eller hämma samt ägnat att?	43.
4.2.2 Vad menas med försvarbart från allmän synpunkt?	44.
4.2.3 Tillämpning av Konfliktlösningsregeln i 3 Kap. 27 § KL – Strömstad badhus	46.
4.2.4 Skelleftebuss	61.
5 Statsstöd och offentliga företag ur en EU-rättslig synvinkel	66.
5.1 Allmänt	66.
5.2 Potentiella problem	67.
5.3 Offentliga företag och företag med särskilda eller exklusiva rättigheter	68.
5.4 Vad är tjänster av allmänt ekonomiskt intresse?	69.
5.5 Statsstöd	73.
6 Diskussion	78.
Käll- och litteraturförteckning	82.
Rättsfallsförteckning	85.

Abstract

This essay revolves around Swedish municipalities' operation of gyms, a phenomenon that makes the municipalities act as players on the open market. As more and more of the public and private sectors have merged the number of competitive conflicts that this has caused has also increased. The private sector has, for decades, complained that it feels it is an issue and that the public sector is not acting competitively neutral.

In order to bring clarity to the question regarding the admissibility of municipal operation of gyms several aspects were examined. This includes: the extent of municipal competence, the extent to which competition law is capable of correcting any distortions of competition, and to what degree EU law is compatible with public actors and their behavior on the open market.

The author in his investigation concludes that municipal operation of gyms is, seen from the viewpoint of Swedish preparatory work as well as the general EU legal emphasis on market liberalization, essentially an unwanted side effect of several regulations that evolved independently of each other.

Attempts to fix this problem have been made, particularly by the 2010 introduction of the Conflict Resolution rule in the Swedish Competition Act, which seeks to regulate public sales operations. The author notes, however, that this can only be helpful at times when it can be demonstrated that an anti-competitive process actually takes place.

It is still not possible to prohibit a municipality to operate an existing business, solely on the basis that the municipality is not competent to do so. Most likely this is a result of a local government need for legal certainty for decisions made once the review period for the legality of said decision expires.

The conclusion is that this is not a problem which is fully possible to remedy within current legislation and the author predicts, in accordance with the underlying political will to increasingly move towards a competitive and efficient market state that future regulations will in one way or another compel municipalities to take a truly neutral competitive position.

Sammanfattning

Den här uppsatsen kretsar kring svenska kommuners drift av gym, en företeelse som gör att kommunen agerar som aktör på den öppna marknaden. I takt med att allt mer av den offentliga och den privata sektorn har smält samman så har också antalet konkurrenskonflikter som detta kan föranleda ökat. Det privata näringslivet har under årtionden påtalat att det upplever det som ett problem och att den offentliga sektorn i sitt agerande inte är konkurrensneutral.

För att bringa klarhet i uppsatsens frågeställning om tillåtligheten av kommunal gymdrift har ett flertal aspekter undersökts. Först och främst gäller detta omfattningen av den kommunala kompetensen, i vilken mån gällande konkurrensregler är kapabla att avhjälpa eventuella konkurrensnedvridningar samt hur EU-rätten ställer sig till offentliga aktörer och deras agerande på den öppna marknaden.

Författaren kommer i sin utredning fram till att kommunal gymdrift sett utifrån svenska förarbeten likväl som den allmänna EU-rättsliga betoningen på marknadsliberalisering i huvudsak är en oönskad bieffekt av flera regelverk som utvecklats oavhängigt av varandra.

Försök till att åtgärda dessa problem har gjorts, framförallt genom 2010 års införande av Konfliktlösningsregeln i den svenska konkurrenslagen vilken har till syfte att reglera offentlig säljverksamhet. Författaren konstaterar dock att denna enbart kan vara till hjälp vid de tillfällen det går att påvisa att ett konkurrensnedvridande förfarande verkligen äger rum.

Det är fortfarande inte möjligt att förbjuda en kommun att driva en redan existerande verksamhet enbart på den grund att kommunen saknar kompetens till detta. Troligtvis är detta ett resultat av kommunernas behov av rättssäkerhet för tagna beslut när prövningstiden för rättsmedlet laglighetsprövning gått ut.

Slutsatsen är att detta inte är ett problem som tillfullo går att avhjälpa med nuvarande lagstiftning och författaren förutser, i enlighet med den bakomliggande politiska viljan att allt mer sträva mot en konkurrens effektiv marknadsstat, att framtida regleringar på ett eller annat sätt kommer innebära att kommunerna försätts i en verkligt konkurrensneutral position.

1 Inledning och utveckling av det principiella problemet

Ursprunget till den här uppsatsen är författarens intresse för marknadsfrågor och konkurrensproblematik, särskilt i fråga om statlig aktivitet inom näringslivet.

Uppsatsen tar ansats i det faktum att det är relativt vanligt förekommande att gym och friskvårdsanläggningar drivs i kommunal regi och syftar till att åskådliggöra de rättsramar som aktualiseras vid ett sådant förfarande. Vidare är avsikten att förhålla sig till några av de konkurrensrättsliga aspekter som uppstår i mötet mellan privat och offentligt, främst risken för konkurrenssnedvridning genom underprissättning.

Syftet kan för vissa tyckas konstigt, på vilket sätt kan det vara ett problem att ett gym drivs av en kommun; Det finns ju massvis med gym redan, både kommunala och privata, och om någon agerar konkurrenssnedvridande så är det väl bara till att tillämpa den vanliga konkurrenslagstiftningen?

Frågan är enkel men svaret är inte helt givet.

Konkurrens orsakar ett tryck som främjar tillväxt och innovation och en viktig förutsättning för detta är att konkurrensen sker på lika villkor. Resultatet av den effektiva konkurrensen kommer i slutändan konsumenten tillgodo.¹

Företag tävlar på den öppna marknaden om att erbjuda sina produkter och tjänster. En given produkt kan karaktäriseras av differenser i kvalitet, pris och upplevd åtråvärldhet vilket i sin tur kan bero på många olika faktorer såsom företagets organisation, tillverkningsprocess, kontakter inom branschen och kompetens inom marknadsföring för att bara nämna några. Det företag som erbjuder rätt produkt till rätt pris kommer också att få sålt mest vilket i sin tur resulterar i den bästa möjliga allokeringen av samhällets resurser. Konsumenten har helt enkelt gjort sitt val och främjar det företag som bäst uppfyller konsumentens kriterier. De företag som på längre sikt inte klarar av att bära sina egna kostnader går under och den ineffektiva eller oönskvärda resursallokeringen upphör. Ur konsumentens synvinkel kan således skillnaden mellan ett kommunalt och ett privat företag te sig minimal.

¹ KKV:s rapportserie 2004:4, *Myndigheter och marknader*, s. 98

Det som verkligen skiljer är under vilka förutsättningar de olika aktörerna agerar på marknaden. För det första så har privata företag ett avkastningskrav som justerar prisbilden uppåt, det finns ingen företagare som i längden kan driva företag utan att ta ut lön eller vinst i någon form. Kommunen däremot behöver inget avkastningskrav, är i många fall förbjuden att ha det, och om kassan tryter så finns ofta möjligheten att föra över pengar från en annan del av den kommunala kassan. Följaktligen uppstår en risk att kommunen underprissätter eller rent allmänt driver sin verksamhet ineffektivt och i den meningen slösar med skattebetalarnas medel. Därtill har kommunen fördelar på kreditmarknaden i och med att en kommun inte kan gå i konkurs. Av den anledningen betraktas kommunen som en betydligt säkrare gäldenär än ett privat företag och detta kan återspeglas i upplåningsräntorna.² Slutligen är det ett problem av mer formell lämplighetskaraktär om kommunerna engagerar sig på områden på vilka de ej har givits kompetens att verka.

Konkurrensregleringen i skärningspunkten mellan offentligt och privat är mot bakgrund av ovanstående mindre utvecklad än man kan tro.

1.1 Frågeställning

Frågeställningarna som sådant kan formuleras som; i vilken utsträckning är det kommunalrättsligt, EU-rättsligt och konkurrensrättsligt tillåtet för en kommun att driva ett gym och vilka möjligheter finns för att reglera eventuellt konkurrenssnedvridande och kompetensstridiga beteende.

Eftersom aktörerna vi skärskådar är svenska kommuner kommer uppsatsen i huvudsak, men inte uteslutande, att nyttja gällande svensk rätt. Förutom att redogöra för kommunal kompetens och det svenska konkurrensrättsliga regelverket krävs också att en EU-rättslig aspekt genomsyrar uppsatsen då det inte utan vidare kan förutsättas att företeelser på den svenska marknaden är tillfullo förenliga med EUs syn på hur den inre marknaden bör fungera.

Frågeställningen är i skrivande stund aktuell emedan Konkurrensverket under våren 2014 har haft ett fall uppe för handläggning i Stockholms tingsrätt där Strömstad kommun yrkas förbjudas att driva ett gym och en spaanläggning i anslutning till det kommunala badhuset. Vid skrivandets påbörjan var detta fortfarande ett framtida mål men under arbetets gång har

² Svenskt näringslivs publikation, Osund konkurrens – kommunalt företagande för miljarder, Mars 2006, s. 4

dom fallit i målet och på grund av dess relevans för frågeställningen kommer denna att givas särskild uppmärksamhet i den följande framställningen.

Även om just kommunal drift av gymanläggningars varande eller inte kan tyckas som ett tämligen smalt område att behandla och inte intresserar varje läsare, så är det författarens förhoppning att den mer breda redogörelsen för kommuners handlingsutrymme på det egentliga näringslivets plan skall vara den genomsnittlige läsaren behjälplig, eller åtminstone tankeväckande.

1.2 Metod & Material

Skrivandet av denna uppsats utgår från sedvanlig rättsdogmatisk metod. Med det menas att svaret på frågeställningen söks utifrån en genomgång av de juridiska källorna; lagar, författningar, rättspraxis och doktrin. Anledningen till metodvalet är att rättsdogmatisk metod är väl lämpad att besvara en frågeställning som söker utreda det rättsliga ramverket som kringgärdar tillåtligheten och de juridiska effekterna av ett visst beteende.

Materialet ifråga som har använts är relevant doktrin på området tillsammans med lagtext och förarbeten. Dessa har hittats genom slagning i Lunds Universitets bibliotekskatalog, slagningar i de juridiska katalogtjänsterna Karnov och Zeteo samt sökningar på internet via Google och läsning av andra studenters uppsatser. Sökord som använts är b.la. ”kommun”, ”konkurrens”, ”EU”, ”gym”, ”kompetens”, ”drift”, ”offentlig”, ”privat” och olika variationer och kombinationer av dessa. Efter den initiala materialinsamlingen har i huvudsak fotnoter följts för att finna ytterligare relevant material.

På grund av hur smal frågeställningen är har det varit relativt svårt att hitta någon författare som intresserat sig för snarlika frågor och materialet har till stor del fått bearbetas från mer allmänt hållna källor. Närmast kommer man dock med Indéns doktorsavhandling *Kommunen som Konkurrent – kommunalrättsliga befogenheter och konkurrensrättsliga begränsningar* från 2008 i vilken han vid ett flertal tillfällen tar upp gymdrift. Det hade varit önskvärt med någon motpol till Indén som källa men doktrinen kring kommunalt företagande och konkurrens är för tunn.

1.3 Avgränsning

Flera viktiga och omfattande lagrum kommer att gås igenom i den här uppsatsen. Många av dem reglerar inte bara de ämnen som är relevanta för just detta arbete utan har en spännvidd långt utöver vad som är nödvändigt för att klarlägga frågeställningen. Exempelvis så pågår många fler processer inom kommunens verksamhetsområde än bara de som kan betraktas som affärsmässiga. Det centrala lagrummet för kommunernas verksamhet, Kommunallagen, är till för att reglera mycket av detta. I den här framställningen kommer dock enbart de områden som är viktiga för vår uppgift att belysas och övriga delar lämnas åt sidan. Samma förhållningssätt används vid behandlingen av Konkurrenslagen där det huvudsakliga fokus ligger på underprissättning och regleringen av offentlig säljverksamhet och där övriga former av konkurrensbrott nämns görs detta endast som ytligast.

Eftersom den här uppsatsen berör offentligt drivna företag på den öppna marknaden är det inte omöjligt att regelverket kring offentlig upphandling är aktuellt i någon mån. På grund av utrymmesskäl och uppsatsens huvudsakliga fokus på konkurrensfrågor inom säljverksamhet kommer denna aspekt dock att utelämnas.

Detta är inte heller en uppsats i ekonomi. Ekonomisk teori spelar dock en avgörande roll för hur konkurrenslagarna är uppbyggda och syftet med lagarna får något förenklat anses vara resursoptimering. Uppsatsförfattaren har ett intresse för men ingen formell utbildning i ekonomi. Ändock ger han sig vid ett par tillfällen i kast med ekonomiska resonemang. Dessa kommer inte i någon högre grad motiveras eller refereras utan får anses ge uttryck för ekonomisk allmänbildning.

1.4 Disposition

Uppsatsen kan i stora drag sägas vara uppdelad i sex avsnitt. De första två handlar om kommunernas engagemang inom friskvård och den kommunala kompetensen utifrån ett marknads/näringsperspektiv. Det tredje och fjärde avsnittet behandlar konkurrensrätten och redogör för både den svenska konkurrenslagen och det EU-rättsliga regelverket vilket legat till grund för vår egen lag. Det femte avsnittet rör reglerna kring offentliga företag och statsstöd och är det mest EU-centrerade avsnittet i den här uppsatsen. Det sista och sjätte avsnittet titulerat Diskussion utgör författarens egna reflektioner.

1.5 Begreppsapparat

Vid de tillfällen då rättspraxis från EU-rätten används härstammar denna inte enbart från tiden efter då Lissabonavtalet trädde i kraft. Av denna anledning nämns i källorna EG-domstolen vilken numera benämns EU-domstolen. Uppsatsförfattaren har av stilistisk hänsyn valt att genomgående skriva EU-domstolen i den löpande texten även då detta inte är kronologiskt korrekt. Vidare finns inom konkurrensrätten ett flertal termer för att beskriva en negativ påverkan på konkurrensen. Dessa har oftast en lagtekniskt specifik innebörd. När uppsatsförfattaren uttrycker sig generellt har valts att använda uttrycket konkurrenssnedvridande.

1.6 Förkortningar

Dnr – Diarienummer

EU – Europeiska unionen

FEUF – Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

KKV – Konkurrensverket

KL – Konkurrenslag

KomL – Kommunallag

SCB – Statistiska centralbyrån

RÅ – Regeringsrättens Årsbok

2 Det kommunala engagemanget i friskvård och gymverksamhet

2.1 En kort bakgrund

Indén skriver att det kommunala engagemanget inom friskvård i viss mån har fått stå i centrum för den folkliga debatten kring konkurrensen mellan det privata och det offentliga och området har fått symbolisera det lilla företags kamp för överlevnad under konkurrens på ojämlika villkor.³

Uppbyggnaden av simhallar i Sveriges kommuner tog fart under 1900-talets första hälft utifrån en önskan om bättre renlighet. Närmare vår tid har anledningen till hållande av idrottsanläggningar och badhus främst motiverats av folkhälsoskäl. Indén skriver att utvecklingen allt mer har gått mot att det kommunala utbudet speglar det privata och att det numer snarare är regel än undantag att det kommunala badhuset också hyser ett kommunalt gym. Kringverksamheterna är också mer omfattande och inkluderar ibland även kafeterior och solarier. Motiveringen till det är enligt Indén bland annat att kunderna påstås vilja ha ett större utbud av aktiviteter på samma plats.⁴

Indén finner att utvecklingen till denna typ av mer kompletta friskvårdsanläggningar också i många fall har en positiv inverkan på inkomsterna och därför bidrar till att minska skattesubventioneringen av verksamheten.⁵

Jur. Dr. Eva Edwardsson skriver i sin inlägga i KKV:s rapportserie *Myndigheter och marknader* kort om de bakomliggande orsakerna till det offentliga agerande. Hon menar att en av anledningarna till det offentliga ökande marknadsorientering och affärsidkande just orsakas av minskade offentliga resurser. De offentliga aktörerna försöker i sin tur kompensera för detta genom att erbjuda tjänster som kan generera vinst.⁶ Vi kommer nedan se ett exempel på denna typ av vinst vilken minskar nödvändigheten av skattesubventionering när vi granskar rättsfallet kring Strömstad kommun och deras gym och badanläggning.

³ Indén, Tobias, *Kommunen som Konkurrent – kommunalrättsliga befogenheter och konkurrensrättsliga begränsningar*, Iustus förlag, 2008, s. 267

⁴ Indén, s. 267

⁵ Indén, s. 267-268

⁶ Konkurrensverkets rapportserie 2004:4, s. 150

Att kommunen driver idrottsanläggningar eller badhus är i sig inget kontroversiellt och anses sedan länge tillhöra den kommunala kompetensen. Det rör sig om kollektiva nyttigheter vars investeringskostnader är höga och vars förmåga till vinstgenerering är tveksam och sålunda undrar Indén om det finns något vidare intresse för privata aktörer att engagera sig i det. Det potentiella problemet ligger dock inte i dessa anläggningar påpekar han utan just i de anläggningar som drivs i anknytning därtill. Driften av gym och andra verksamheter skulle dock kunna rymmas inom den kommunala anknytningskompetensen på grund av dess nära och naturliga samband. Underlaget för slutsatsen att gym ryms under anknytningskompetensen är ett flertal uttalanden från Konkurrensrådet.⁷

Se exempelvis Konkurrensrådets yttranden dnr. 22/02 samt dnr. 2/03 där Konkurrensrådet skriver att gymverksamhet och aerobics sannolikt faller inom den kommunala kompetensen på grund av anknytningskompetens men samtidigt konstaterar att det finns ett konkurrensproblem i detta. Konkurrensrådet har i dessa yttranden uppmanat kommunerna till att hyra ut lokalerna till privata entreprenörer för att undvika en snedvridning av konkurrensen. Anknytningskompetensen har flera inskränkningar och dessa kommer utvecklas nedan i avsnittet om den kommunala kompetensen, se punkt 3.11.

Indén nämner även att kommunala gym tidigare har hållit en prisnivå ca 30 % lägre än de privata gymmen och hänvisar till Konkurrensrådets yttrande dnr 28/98. Samtidigt konstaterar han att vi inte vet om så är fallet i dagsläget⁸ men anser att det inte finns något som indikerar på att kommunerna stödjer den typen av verksamhet i lägre utsträckning nu. Samtidigt konstaterar han att även om ett kommunalt gym inte behöver någon subvention så står det kommunen fritt att tillskjuta medel i enlighet med underskottsprincipen.⁹

Vi bör komma ihåg att Indéns doktorsavhandling utgavs 2008, före introduktionen av konfliktlösningsregeln, och sålunda är det inte nödvändigtvis så att alla av hans reflektioner återspeglar verkligheten idag.

⁷ Indén, s. 268-269

⁸ 2008, när Indéns avhandling utgavs.

⁹ Indén, s. 270

3 Om Kommunerna

Formen för hur lokalt och regionalt självstyre ser ut blev i princip klar år 1862. Kommuner och Landsting är de rättssubjekt som skapades för att administrera de olika nivåerna av lokalt självstyre. Utmärkande för dem är att de har ett begränsat geografiskt territorium och dess medlemmar, både fysiska och juridiska personer, är tvångsanslutna enligt lag. Samtidigt är kommunerna också egna juridiska personer med den rättshandlingsförmåga som tillkommer dessa. Sålunda finns möjlighet för kommuner att agera både offentlighetsrättsligt och civilrättsligt i utövandet av sin funktion. Ur ett EU-rättsligt perspektiv är en kommun en del av svenska staten och när en kommun agerar så är det staten som agerar.¹⁰

3.1 Kommunal företagande i olika former – ett kort omnämnande

2008 fanns enligt SCB 1575 företag där kommunen ägde mer än 50 % av aktiekapitalet. 1193 av dessa var helägda av kommunerna. Balansomslutningen uppgick för dessa bolag till 787 mdr kr och tillgångarna uppgick till 710 mdr kr. 795 av dessa bolag var fastighetsbolag. Den dominerande kommunala företagsformen är aktiebolag följt av stiftelser. Aktiebolag svarar för nästan 90 av de kommunala företagens omsättning.¹¹

Kommunernas benägenhet till verksamhetsdrift i dessa former har skapat en del juridiska problem. Detta orsakas huvudsakligen av att bolag och stiftelser till sin grund är privaträttsliga fenomen. Lagarna som reglerar dem syftar till att reglera förhållandet mellan enskilda och deras ekonomiska insatser samt det ekonomiska förhållandet gentemot andra. Ett av dessa problem är att kommunerna inte har något rättsligt åtagande för att de kommunala bolagen fullgör sina förpliktelser gentemot borgenärerna. Lindquist skriver att anledningen till att kommunerna bolagiserat så många verksamhetsgrenar är att de demokratiskt beslutsvägarna ansetts som omständliga och tidskrävande. En annan anledning är att koncernbildningar i vissa fall kan vara skattemässigt fördelaktiga när det gäller att flytta kapital mellan kommunala bolag.¹²

¹⁰ Björkman & Lundin, *Kommunen & Lagen – en introduktion*, Upplaga 4, Iustus förlag, 2012, s. 35-36

¹¹ Lindquist, Ulf, *Kommunala befogenheter*, Nordstedts Juridik, Sjunde upplagan, 2011, s. 145-146

¹² Lindquist, Ulf, *Kommunala befogenheter*, Nordstedts Juridik, Sjunde upplagan, 2011, s. 146-149

3.2 Kommunens kompetens

Det kommunala självstyrets grund går att finna i Regeringsformen 14 Kap. 2§.

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

På grund av de skiftande lokala förhållanden som ligger till grund för hur kommuner måste utöva sin verksamhet har lagstiftaren valt att sätta upp ett ramverk för den kommunala verksamheten och inte i detalj specificera var och hur kommunen får agera. Gränssättningen vid oklarhet är istället upp till förvaltningsrätterna och är beroende av förutsättningarna i de enskilda fallen tillsammans med samhällets utveckling i stort.¹³

För att ta reda på vilket handlingsutrymme en kommun har räcker dock inte regeringsformen till utan flera lagar måste skärskådas. Konkurrensverket uttrycker på ett lämpligt sätt ramarna för den kommunala kompetensen:

”Den kommunala kompetensen, eller enkelt uttryckt vad en kommun eller ett landsting har befogenhet att göra, regleras i kommunallagen, lag om vissa kommunala befogenheter och i olika specialförfattningar.”¹⁴

Utgångspunkten för den allmänna kommunala kompetensen är Kommunallag SFS 1991:900 (KomL) 2 Kap. 1§ som lyder:

”Kommuner och landsting får själva ha hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar och som inte skall handhas enbart av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller någon annan.”

I fråga om kommunernas drivande av näringsverksamhet, vilket vi är särskilt intresserade av i denna uppsats, specificeras detta ytterligare i 2 Kap. 7 § KomL:

”Kommuner och landsting får driva näringsverksamhet, om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget.”

Därtill regleras mycket av den kommunala befogenheten nuförtiden i speciallag såsom exempelvis lag om vissa kommunala befogenheter (SFS 2009:47) vilken reglerar

¹³ Indén Tobias, *Kommunen som Konkurrent – kommunalrättsliga befogenheter och konkurrensrättsliga begränsningar*, Iustus förlag, 2008, s. 39

¹⁴ http://www.kkv.se/t/Page_5260.aspx 2014-05-27

internationellt bistånd, turism, tjänsteexport m.m. Dessa befogenheter framgick tidigare ur ett flertal lagar och praxis men konsoliderades 2009 vilket innebar en ökad översiktlighet.¹⁵

Sålunda går det genom att läsa 2 Kap. 1 § KomL och 2 Kap. 7 § KomL gemensamt att konstatera att kommuner får engagera sig inom näringslivet på olika vis, men att där är en rad kriterier som måste uppfyllas för att den enskilda verksamheten skall kunna betraktas som kompetenslig. Låt oss gå igenom och klarlägga dessa.

3.3 Allmänt intresse

Nyckelordet i 2 Kap. 1 § KomL är allmänt intresse och visar på att sådant som inte är av allmänt intresse faller utanför kommunens kompetens. Om något däremot visar sig vara av allmänt intresse är det tillåtet för kommunen att engagera sig även om det bara kommer en mindre del av kommunens medlemmar till godo. Med det menas att det inte är så att alla kommunmedlemmar måste dra nytta av något för att det skall kunna betraktas som ett allmänt intresse. Allmänintresset är inte en kvantitativ fråga.¹⁶

I det allmänna intresset finns ett inbyggt krav på proportionalitet. Tanken är att det skall råda balans mellan kostnaden för insatsen och den förväntade nyttan. Detta krav kommer till ytan då domstolarna prövar kompetensligheten i kommunernas agerande. I RÅ 1993 ref. 35 prövades om ett stöd till en golftävling kunde anses kompetensligt och proportionerligt. Domstolen bedömde att de spenderade 250 000 kronorna inte var oproportionerliga med den förväntade PR som kommunen skulle få genom sitt engagemang. I ett annat fall, RÅ 2006 ref. 81, granskade Regeringsrätten ett kommunalt bidrag på 60 miljoner kr till en stiftelse vars uppdrag var att bedriva internationell vattenforskning. Regeringsrätten kom fram till att bidraget förvisso var kompetensligt då det ligger inom kommunens område att säkra vattenförsörjningen. Men ansåg också att bidragets storlek inte var i proportion till den förväntade nyttan då bidraget framförallt skulle spenderas genom internationell forskning och utredningsarbete och således skulle bara en liten del komma kommunen till nytta.

Allmänintresset bedöms med utgångspunkt i lämplighet, ändamålsenlighet, skälighet etc. och får göras från fall till fall.¹⁷ Den främsta skillnaden mellan kommunen och det privata är att

¹⁵ Björkman & Lundin, *Kommunen & Lagen – en introduktion*, Upplaga 4, Iustus förlag, 2012, s. 39-40

¹⁶ Prop. 1990/91:117 s. 148

¹⁷ Prop. 1990/91:117 s. 148

kommunal verksamhet skall drivas för att tillgodose ett allmänt intresse hos dess medlemmar medan privat affärsverksamhet normalt bedrivs för att producera ett överskott.¹⁸

Förklaringen till denna tyngd på allmänt intresse är enligt Björkman och Lundin just det faktum att kommunmedlemmarna är tvingade in i sammanslutningen och att det därför är väsentligt att dess aktiviteter kommer medlemmarna till godo. Kommunerna är ryggraden i det svenska välfärdssamhället och det innebär att kommunens resurser bör användas just till att upprätthålla välfärdsstatliga värden.¹⁹

I RÅ 1993 ref. 25 avsåg Landstinget i Halland att tillhandahålla likkistor till självkostnadspris. Regeringsrätten konstaterade att behandling av stoftet och andra åtgärder som måste vidtas som ett led vid förfarandet fram till jordfästning inte är något som obligatoriskt åvilar sjukvårdshuvudmannen, landstinget i det här fallet, och att stöd i kommunallagens allmänna kompetensregler var nödvändigt för att landstinget skulle kunna bedriva sådan verksamhet. Regeringsrätten konstaterade att verksamheten var för begränsad i omfattning för att uppbära ett allmänt intresse och tillade att det inte räcker med att verksamheten inte strider mot det allmänna intresset för att den skall vara tillåtlig utan den behöver *uppbäras*²⁰ av det allmänna intresset.

Indén skriver att det går att ifrågasätta om vissa delar av det kommunala verksamheterna som drivs på det egentliga näringslivets område verkligen kan anses stödja sig på ett allmänt intresse och att det vid en bedömning måste avgöras om det är rimligt, skäligt och lämpligt. Han talar här i kontexten av att göra en laglighetsprövning. Han använder sig av en kommunal kioskrörelse som exempel och menar på att eftersom det normalt är en uppgift för det privata så måste det kommunala intresset vara mycket stort för att legitimera en kommunal drift. Vid en domstolsprövning måste det kommunala intresset stå i proportion till ändamålet och Indén ger uttryck för åsikten att domstolen mycket väl kan väga in en konkurrensaspekt i detta som ett led i en skälighets och lämplighetsbedömning av kompetensen. Ett mindre konkurrensstörande förfarande vore för kommunen att iordningställa ändamålsenliga lokaler och låta en privat näringsidkare sköta driften av verksamheten. Samma resonemang går enligt Indén att överföra på driften av gym i anslutning till kommunala simhallar.²¹

¹⁸ Indén, s. 40

¹⁹ Björkman & Lundin, *Kommunen & Lagen – en introduktion*, Upplaga 4, Iustus förlag, 2012, s. 43-44

²⁰ Författarens kursivering

²¹ Indén, s. 71

3.4 Lokaliseringsprincipen

Det räcker dock inte med att ett allmänt intresse föreligger för att kommunen skall äga rätt att engagera sig i en verksamhet. I 2 Kap. 1 § KomL uttrycks även lokaliseringsprincipen vilken innebär att den kommunala åtgärden måste vara knuten till kommunens medlemmar eller område för att den skall betraktas ligga inom kommunens kompetensområde. Som huvudregel skall sålunda kommunen hålla sig inom sin egen kommungräns och inte agera i kringliggande kommuner eftersom detta inte anses beröra dess medlemmar. Det finns flera undantag till detta. Viktiga anläggningar relaterade till exempelvis vägtrafik, flygtrafik, eldistribution och snarlikt som inte nödvändigtvis enbart ligger innanför kommunens geografiska område bedöms som tillhörande kommunens kompetens om det är relevant för dess medlemmar.²² Därtill öppnas det upp i viss specialförfattning för undantag till lokaliseringsprincipen. Exempelvis gäller detta miljösektorn och räddningstjänst. Även i lag om vissa kommunala befogenheter tillåts undantag i frågor om sådant som turism, tjänsteexport, bistånd m.m.²³

3.5 Saker som skall handhas av annan

2 Kap. 1 § KomL ger kommunerna stor frihet att handha ärenden som är av intresse för dess medlemmar. Vissa saker kan dock angå eller vara av intresse för kommunmedlemmarna utan att kommunen för den skull anses behörig att engagera sig. Detta eftersom det trots allt finns en gräns för vad kommunerna principiellt anses skall syssla med. När det gäller frågor inom hälso- och sjukvård så tillhör mycket av det landstingens kompetensområde. Försvars- och utrikespolitik är två områden där staten har exklusiv kompetens. I Sydafrikafallet, RÅ 1969 ref. 52, hade kommunfullmäktige rekommenderat nämnderna att undvika upphandling av varor från ett specifikt land. Regeringsrätten såg det hela som en utrikespolitisk manifestation och således kompetensöverskridande. I RÅ 1990 ref. 9 utropade sig en kommun till kärnvapenfri zon, något som också betraktades som kompetensöverskridande.

²² Prop. 1990/91:117 s. 148-149

²³ Björkman & Lundin, *Kommunen & Lagen – en introduktion*, Upplaga 4, Iustus förlag, 2012, s. 44-45

3.6 Förbud mot understöd till enskild

Huvudregeln är att understöd till enskild inte ingår i den kommunala kompetensen. Regeln står inte att finna i KomL men påträffas i rättspraxis och grundtanken är att det inte ligger i kollektivets intresse att spendera resurser på en enskild individ. Undantaget är självfallet när lagen föreskriver just stöd till enskild såsom försörjningsstöd och andra socialrättsliga bidrag. Ett annat undantag som framkommit genom RÅ 1992 ref. 71 (som handlade om flytt av enskilds avloppsanläggning) är att kommunen kan ge enskild stöd om det är frågan om att undanröja ett potentiellt framtida skadeståndsansvar för kommunen.²⁴

I 2 Kap 8 § KomL regleras individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare vilket även det som huvudregel inte är tillåtet.

Ibland kan det däremot vara acceptabelt vid mycket speciella omständigheter vars effekt skulle påverka hela orten. Då handlar det ofta om att skapa eller upprätthålla en miniminivå på standarden i kommunen och i rättspraxis har tillåtits hjälp i fråga om kommunens enda bensinstation eller det enda hotellet.²⁵ Detta handlar då om fall då det privata näringslivet är oförmöget eller ovilligt att själv hålla den önskade nivån.²⁶

3.7 Förbudet mot spekulativ näringsverksamhet

Som framgår av 2 Kap 7 § KomL får kommunen driva näringsverksamhet om den drivs utan vinstsyfte. Vad som menas med det är att kommunen är förbjuden att bedriva verksamhet vars huvudsyfte är att inbringa vinst, spekulativa företag. Ju högre avkastningskrav som sätts på verksamheten desto mer dominant kommer vinstsyftet att betraktas vid en bedömning i domstol. Det finns dock ingen exakt utpekad gräns för var vinstgenereringen övergår till att bli det huvudsakliga syftet med en verksamhet utan får troligtvis bedömas från fall till fall.²⁷

Det påpekas i regeringens proposition till ny kommunallag att skulle det vara så att kommunen inom sin sedvanliga verksamhet skapar ett immaterialrättsligt alster så finns det inget som hindrar att kommunen som upphovsman nyttjar sin upphovsrätt fullt ut.²⁸

²⁴ Björkman & Lundin, *Kommunen & Lagen – en introduktion*, Upplaga 4, Iustus förlag, 2012, s. 46-47

²⁵ Björkman & Lundin, *Kommunen & Lagen – en introduktion*, Upplaga 4, Iustus förlag, 2012, s. 49

²⁶ Prop. 1990/91:117 s. 153

²⁷ Björkman & Lundin, *Kommunen & Lagen – en introduktion*, Upplaga 4, Iustus förlag, 2012, s. 48

²⁸ Prop. 1990/91:117 s. 151

Av det kan man möjligen dra slutsatsen att då kommunen spenderar sina medlemmars pengar och utifrån dessa ger service skall detta göras med hänsyn till självkostnadsprincipen. Skulle det dock som en bieffekt av kompetensenlig verksamhet uppstå något unikt till kommunens fördel så har kommunen full äganderätt till detta och får utbjuda det till marknadspris.

Indén låter oss veta att detta följer av kravet i 8 Kap. 1 och 2 §§ KomL där det föreskrivs att kommunerna skall iaktta god ekonomisk hushållning och förvalta sina medel på ett sådant sätt att krav på god avkastning och betryggande säkerhet kan tillgodoses.²⁹

3.8 Självkostnadsprincipen

Kommuner får lov att ta ut avgifter för de tjänster de tillhandahåller genom sin allmänna kompetens. För de tjänster som är obligatoriska gäller dock att avgifter får tas ut endast om det finns speciellt stöd för det i lagstiftning.³⁰

Det faktum att näringsverksamheten inte skall drivas med vinstsyfte har en naturlig inverkan på de avgifter som en kommun kan ta ut för sin presterade tjänst. Självkostnadsprincipen finns i 8 Kap. 3c § KomL och lyder ” Kommuner och landsting får inte ta ut högre avgifter än som svarar mot kostnaderna för de tjänster eller nyttigheter som kommunen eller landstinget tillhandahåller (självkostnaden).”

Principen fungerar såsom ett tak för de utgifter som en kommun kan ta ut genom intäkter i sin verksamhet.³¹ Syftet med självkostnadsprincipen är att kommunen inte skall kunna utnyttja den ofta förekommande monopolsituationen som finns vid avgiftsfinansierad kommunal verksamhet.³² Därtill skulle det pris som tas ut utöver självkostnadstaket för kommunen kunna komma att betraktas som en otillåten extra skatt.³³

Självkostnadsprincipens tillämpningsområde sträcker sig endast till kommuner och landsting själva. När en kommun har alla eller flertalet aktier i ett aktiebolag så finns det vissa regler i KL som kommunen är skyldig att följa i utövandet av sitt inflytande men aktiebolaget som sådant är en civilrättslig entitet och lyder således inte under självkostnadsprincipen. Lindquist

²⁹ Indén, s. 58

³⁰ Lindquist, Ulf, *Kommunala befogenheter*, Nordstedts Juridik, Sjunde upplagan, 2011, s. 173

³¹ Lindquist, Ulf, *Kommunala befogenheter*, Nordstedts Juridik, Sjunde upplagan, 2011, s. 101

³² Prop. 2008/09:231 s. 39

³³ Lindquist, Ulf, *Kommunala befogenheter*, Nordstedts Juridik, Sjunde upplagan, 2011, s. 102

skriver även att det är sannolikt men inte helt klart att självkostnadsprincipen täcker all verksamhet under den allmänna kompetensen³⁴

Indén vidareutvecklar för oss förhållandet mellan kommunala bolag och självkostnadsprincipen och återger att Regeringsrätten i RÅ 1992 ref. 52, samma fall som klargjorde att kommunala bolag i princip inte var bundna av självkostnadsprincipen, uttalade att viktiga kommunalrättsliga principer inte får kringgås bara för att en kommun bedriver sin verksamhet i bolagsform.³⁵ Detta tolkar uppsatsförfattaren som att ett kommunalt bolag i princip är fri från självkostnadsprincipen, men att det åligger kommunen att skriva in denna i bolagsordningen.

Inom vissa verksamheter är självkostnadsprincipen avsiktligt upphävd och det föreskrivs att verksamheten skall bedrivas på affärsmässiga grunder. Exempelvis gäller detta sjuktransporter, kollektivtrafik, lokalhållning m.m.³⁶ Däremot finns inget motsvarande undantag stadgat för gymverksamhet.

Indén finner det viktigt att visa på skillnaden mellan förbudet mot spekulativa verksamheter och tillämpningen av självkostnadsprincipen. Förbudet mot spekulativ verksamhet handlar om kommunens kompetens att driva viss verksamhet medan självkostnadsprincipen reglerar hur kompetenslig verksamhet får drivas.³⁷

Ur konkurrensperspektiv uppvisar självkostnadsprincipen ett janusansikte. Samtidigt som den förhindrar överprissättning från kommunens sida så finns en risk att den orsakar en underprissättning på en konkurrensutsatt marknad där privata aktörer inte har samma förutsättningar som en kommun.

Av den anledningen har vid ett flertal tillfällen föreslagits ändringar i självkostnadsprincipen för att komma till rätta med problemet. I ett remissvar i propositionen till den ganska så nyligen utkomna statsstödslagen, Lag om tillämpning av Europeiska unionens statsstödsregler (SFS 2013:388), lyfte advokatfirman Vinge åter frågan.

Regeringen svarade på följande vis om att göra ett generellt undantag för självkostnadsprincipen på marknader som är utsatta för konkurrens:

³⁴ Lindquist, Ulf, *Kommunala befogenheter*, Nordstedts Juridik, Sjunde upplagan, 2011, s. 102

³⁵ Indén, s. 59

³⁶ Lindquist, Ulf, *Kommunala befogenheter*, Nordstedts Juridik, Sjunde upplagan, 2011, s. 102-103

³⁷ Indén s. 47

”Med hänsyn till att bestämmelserna i EUF-fördraget har företräde framför nationella bestämmelser, kan en kommun vara förhindrad att genomföra en kompetensenlig åtgärd prissatt enligt självkostnadsprincipen om priset måste vara högre för att frågan om otillåtet statsstöd inte ska uppkomma. Bestämmelserna om statligt stöd i EUF-fördraget kan alltså begränsa kommunens möjligheter att agera inom ramen för sin allmänna kompetens. Begränsningen får här till följd att åtgärder som kan vara konkurrensnedvridande inte införs. Mot den bakgrunden torde självkostnadsprincipen inte ge upphov till en snedvridning av konkurrensen i strid med statsstödsreglerna.”³⁸

3.9 Underskottsprincipen

Enligt vissa specialregleringar så måste kommuner driva vissa verksamheter affärsmässigt och sålunda sätta marknadsbaserade priser på de tjänster de erbjuder. För de kommunala områden som detta inte gäller på, i huvudsak all verksamhet som drivs under den allmänna kompetensen men som ej är obligatorisk, så är det upp till kommunen att avgöra om priserna skall sättas utifrån självkostnad eller om kommunen så föredrar det, helt eller delvis skattefinansiera tjänsten. Det är detta som är underskottsprincipen.³⁹

3.10 Sedvanlig kommunal affärsverksamhet och det egentliga näringslivet

Exakt vilka typer av anläggningar och verksamheter som kommunen kan bedriva är inte uttömmande skrivet i lag utan får utläsas ur praxis. Exempelvis anses investeringar i idrottsanläggningar, folkbildning och tillhandahållandet av lokaler för föreningslivet som angelägenheter vilka faller inom kommunens kompetens.⁴⁰

När man betraktar affärsverksamhet ur ett kommunalt perspektiv brukar detta delas upp i två områden. Sedvanlig kommunal affärsverksamhet är sådant som bland annat rör energiförsörjning, bostads och kommunikationsverksamhet.⁴¹ Detta är sådan verksamhet som kommuner har varit engagerade i under långt tid och ses som relativt okontroversiellt. Det andra området är det som betecknas som det egentliga näringslivet vilket engagerar sig i varu- och tjänsteproduktion vilket huvudsakligen är förbehållet privata aktörer.⁴²

³⁸ Prop. 2012/13:84 *Olagligt statsstöd*, s. 55

³⁹ Lindquist, Ulf, *Kommunala befogenheter*, Nordstedts Juridik, Sjunde upplagan, 2011, s. 177

⁴⁰ Indén, s. 42

⁴¹ Indén, s. 40

⁴² Indén, s. 40

Om det egentliga näringslivet skriver regeringen i propositionen till ny kommunallag att där får kommuner och landsting enbart vidta åtgärder som syftar till att främja näringslivet i respektive kommun och landsting. Exempel på detta kan vara att tillhandahålla mark eller teknisk service till företagen alternativt hjälp att tillgodose industrins behov av lokaler under förutsättning att detta sker gentemot företagarkollektivet i allmänhet.⁴³

Tobias Indén, som i sin doktorsavhandling behandlade kommunalt engagemang inom näringslivet, fann i sin undersökning av förarbeten fyra kriterier som om uppfyllda är indikativa på att ett kommunalt allmänt intresse föreligger:⁴⁴, ⁴⁵

- En kollektiv nytta vars behov bäst tillgodoses i kommunal regi.
- Investeringskostnaderna är höga och torde inte till fullo kunna bäras av brukarna.
- Något vinstintresse föreligger inte och möjligheten att gå med vinst är också begränsad.
- Privata initiativ och privata konkurrenter är få till antalet eller saknas helt.

Indén berättar att vid 1948 års kompetensreform noterades att rättspraxis tillät inom området för sedvanlig kommunal affärsverksamhet att kommuner engagerade sig i sådan verksamhet av monopolkaraktär som syftade till att förse allmänheten med oundgängliga och av allmänt intresse präglade nyttigheter. Denna kompetens hade huvudsakligen tillkommit genom att det förelegat konkreta behov av kommunala åtgärder medan teoretiska och rättsliga argument spelat en mindre roll vid utvecklingen av kommunens kompetens. Han konstaterar också att många av de verksamheter som tidigare utövades under en allmän kommunal kompetens numera sorterar in under olika former av speciallagstiftning. Där till räknas bl.a. bostadsförsörjning, vatten och avlopp och energisektorn.⁴⁶

Ur ett kompetensperspektiv spelar det mindre roll om kommunens kompetens i fråga om den här typen av nyttigheter härrör från den allmänna ur KomL uppkomna kompetensen eller tillskrivs kommunen ur speciallagstiftning under förutsättning att det verkligen handlar om en verksamhet för vilken kommunen är kompetent. Den mer allmänt hållna KomL innebär däremot med sin avsaknad av specificerade kompetensområden att gråzoner kan uppstå och därtill får gymverksamhet betraktas. Speciallagstiftning har ur den synvinkel fördelen att den

⁴³ Prop. 1990/91:117 s. 152

⁴⁴ Indén, s. 43

⁴⁵ Nedanstående punktlista är ett direkt citat, fristående punktlister lämpar sig dock inte väl för citattecken varvid detta har utelämnats och ersatts med en indragning i marginalen.

⁴⁶ Indén, s. 44-45

är mer detaljerad och tillskriver kommunen en explicit kompetens inom ett visst område. Sett ur ett konkurrensperspektiv öppnar även speciallagstiftning upp för skillnader i avgiftsreglering och i förlängningen olika konkurrensrättsliga effekter jämfört de regelverk som går att finna i KomL, däribland möjligheten till marknadsmässig prissättning.

3.11 Anknytnings och överskottscompetensen

Huvudregeln är som nämnt att det offentliga inte får driva näringsverksamhet inom det egentliga näringslivet och det måste råda mycket speciella förhållande för att det skall anses riktigt att avvika från detta.⁴⁷

Det finns dock två undantag till huvudregeln att kommunen enbart kan bedriva verksamhet på det egentliga näringslivets område om syftet är att förse medlemmarna med tjänst eller nyttighet av allmän karaktär. Båda två har vuxit fram genom praxis och fastän de karaktäriseras som undantag är deras inflytande relativt stort.⁴⁸

Överskottscompetensen betyder att kommunen vid tillfälligt överskott och i mindre omfattning får konkurrera på den allmänna marknaden. Avsikten är att undvika kommunal kapitalförstörelse då ett oplanerat överskott uppstår. I Rå 1993 ref. 12 fick ett landstingsägt tvätteri bjuda ut sin överskottskapacitet vilket hade uppstått på grund av en omstrukturering i landstingets verksamhet. Däremot är det inte tillåtligt att avsiktligt planera en överskottskapacitet för att konkurrera på marknaden.⁴⁹ Det är inte heller acceptabelt att den offentliga verksamheten behåller sin överskottskapacitet under någon längre tid utan den förväntas dimensionera sin kapacitet till sin egen efterfrågan för att så långt som möjligt undvika konkurrensstörningar inom det egentliga näringslivet.⁵⁰

Anknytningscompetensen härrör från att det ibland kan förekomma att kommunen bedriver en verksamhet var till en annan, egentligen inte kompetenslig verksamhet, har ett sådant naturligt samband att det vore opraktiskt eller verklighetsfrämmande att förbjuda kommunen från att driva den. Klassiska exempel från praxis på detta är stuveriverksamhet i kommunägda

⁴⁷ Prop. 1990/91:117 s. 33

⁴⁸ Björkman & Lundin, *Kommunen & Lagen – en introduktion*, Upplaga 4, Iustus förlag, 2012, s. 50

⁴⁹ Björkman & Lundin, *Kommunen & Lagen – en introduktion*, Upplaga 4, Iustus förlag, 2012, s. 51-52

⁵⁰ Hedelin, Johan, *Kommunal konkurrensrätt*, Nordstedts Juridik, 2013, s. 173-175

hamnar, försäljning av växter från stadsträdgårdar och försäljnings och förädlingsverksamhet vid kommunala grustag⁵¹

För att anknytningsverksamheten skall betraktas som kompetensenlig föreligger ytterligare två kriterier. Det första är att verksamheten skall bedrivas utan vinstsyfte och det andra är att verksamheten skall vara av begränsad omfattning.⁵²

RÅ 1992 ref. 61 handlade om att det kommunala brandförsvaret önskade bedriva konsultverksamhet kring brandteknisk rådgivning och analys där tjänsten riktades mot både enskilda och andra myndigheter. Regeringsrätten gjorde bedömningen att verksamheten kunde anses kompetensenlig i och med dess nära samband med den förebyggande verksamhet som myndigheten redan var skyldig att tillhandahålla.

Domstolen betonade att kompetensenligheten vilade på att verksamheten var av en begränsad omfattning. Allt som allt skulle den utgöra 5 % av den förebyggande avdelningens verksamhet och enbart 2 promille av brandförsvarets hela verksamhet.

Ett sista exempel på anknytande verksamhet är cafeterior i kommunala badhus⁵³ och andra verksamheter förlagda där. Det är ofta förekommande att kommunala gym och friskvårdsanläggningar är placerade i anslutning till badhus och härleder sin kompetensenlighet från just anknytningskompetens.

⁵¹ Prop. 1990/91:117 s. 152

⁵² Björkman & Lundin, *Kommunen & Lagen – en introduktion*, Upplaga 4, Iustus förlag, 2012, s. 51

⁵³ Björkman & Lundin, *Kommunen & Lagen – en introduktion*, Upplaga 4, Iustus förlag, 2012, s. 50

3.12 Överklagan av kommunala beslut

Laglighetsprövning

I 10 Kap. 1 § KomL går det att utläsa att varje medlem i en kommun har rätt att få lagligheten av kommunens beslut prövat genom överklagan till förvaltningsrätt. Laglighetsprövningen kan ibland vara ett tämligen tandlöst institut och åtföljs av flertalet begränsningar.

Det är bara kommunmedlemmar som får överklaga, ingen annan. Klagotiden på 3 veckor börjar löpa när det justerade protokollet anförts på kommunens anslagstavla. Klagande får inte återropa nya omständigheter när överklagandetiden gått ut och domstolens prövning rör enbart lagligheten i beslutet och inte lämplighet eller skälighet.⁵⁴

Medlem i en kommun är enligt 1 Kap. 4 § KomL den som är folkbokförd där, äger fast egendom i kommunen eller skall betala kommunalskatt där. För ett företag krävs det således att det äger fast egendom för att ha talerätt.

10 Kap. 2 § KomL anger vilka beslut som får överklagas

”Följande beslut får överklagas:

1. beslut av fullmäktige eller den beslutande församlingen i ett kommunalförbund,
2. beslut av en nämnd eller ett partssammansatt organ, om beslutet inte är av rent förberedande eller rent verkställande art,
3. beslut av förbundsstyrelsen eller en annan nämnd eller ett partssammansatt organ i ett kommunalförbund, om beslutet inte är av rent förberedande eller rent verkställande art, samt
4. sådana beslut av revisorerna som avses i 9 kap. 15 §.”

Och 10 Kap. 8 § KomL anger på vilka grunder ett beslut får överklagas.

- ”8 § Ett överklagat beslut ska upphävas, om 1. det inte har tillkommit i laga ordning, 2. beslutet hänför sig till något som inte är en angelägenhet för kommunen eller landstinget, 3. det organ som har fattat beslutet har överskridit sina befogenheter, eller 4. beslutet strider mot lag eller annan författning. Första stycket 3 och 4 gäller inte beslut enligt 8 kap. 3 d § tredje stycket, 4 § tredje och fjärde styckena samt 5 a och 5 b §§.

Något annat beslut får inte sättas i det överklagade beslutets ställe.”

⁵⁴ Bohlin, Alf, *Kommunalrättens grunder*, Sjätte upplagan, Nordstedts Juridik, 2011, s. 261

Om en kommun skulle ta beslut till att driva en verksamhet som inte är kompetensenlig är således möjligheten för allmänheten att reagera väsentligt begränsad rent tidsmässigt. En redan existerande verksamhet som var kompetensenlig till sitt ursprung, exempelvis en verksamhet i begränsad omfattning baserad på anknytningskompetens, skulle om den i ett senare skede växte sig ur sin kompetens vara immun mot laglighetsprövning. Samma immunitet gäller de verksamheter som är i drift och där ingen helt enkelt reagerat på dess kompetensstridighet vid uppstart.

Indén skriver att ett kommunalt beslut som i sig är kompetensöverskridande blir fortsatt giltigt om det inte granskas genom laglighetsprövning, och citerar Kaijser som formulerar det som att om ingen ”[k]lagar ... så blir även det i beslutsögonblicket olagliga lagligt”^{55,56}.

Förvaltningsbesvär

Förvaltningsbesvär är en annan typ av överklagande skild från laglighetsprövning. Den begränsas inte till att såsom vid laglighetsprövning enbart kontrollera lagligheten av ett beslut utan omfattar en mer allsidig bedömning. Utgångspunkten är att kommunala beslut överklagas genom laglighetsprövning och med få undantag tillämpas endast förvaltningsbesvär om det är särskilt föreskrivet i speciallag i enlighet med 10 Kap. 3 § KomL.⁵⁷ Förvaltningsbesvär förtjänade ett omnämmande men vi går inte in djupare på området.

Innan vi går över till att behandla KL bör slutligen också nämnas att det pågår en utredning om revision i kommunallagen. *Fi 2012:07 Utredning om en kommunallag för framtiden*. Denna har redan utgivit betänkandet *Privata utförare – kontroll och insyn i privata utförares verksamhet*. Ett flertal andra frågor avses utredas fram till att utredningen i sin helhet skall vara färdig 31 mars 2015. Bland dessa inkluderas frågor om konkurrensneutralitet och ett eventuellt behov av ökad koherens med EU-rätten.⁵⁸

⁵⁵ Kaijser, F, Utvecklingstendenser inom svensk kommunalrätt, i; *Svensk rätt i omvandling*, Studier tillägnade Eek m.fl., Nordstedts, Stockholm, 1976, s. 226, citerat direkt från Indén.

⁵⁶ Indén, s. 66

⁵⁷ Bohlin, Alf, *Kommunalrättens grunder*, Sjätte upplagan, Nordstedts Juridik, 2011, s. 261-264

⁵⁸ <http://www.sou.gov.se/sb/d/17373/a/213060> 2014-05-23

4.1 Om Konkurrenslagen

Konkurrenslagens syfte är att motverka och undanröja hinder för en effektiv konkurrens i fråga om produktion av varor och tjänster. Det EU-rättsliga konkurrenssystemet har därtill som syfte att främja integrationen mellan medlemsstaterna.⁵⁹

Lagens skyddsintresse är i huvudsak samhällsekonomin och konsumenterna. Även företagen drar dock indirekt nytta av reglerna då de företag som bryter mot dem förpliktigas ersätta den uppkomna skadan, och på så vis skyddas de laglydiga företagen från otillbörlig konkurrens.⁶⁰

Konkurrenslagen har genomgått två stora förändringar under de senaste två decennierna. Första juli 1993 trädde en konkurrenslag i kraft vilken i stor utsträckning skiljde sig från tidigare svenska konkurrenslagar. Anledningen till den drastiska förändringen var tudelad. Dels önskade lagstiftaren skärpa konkurrensreglerna och dels önskade man anpassa den svenska lagstiftningen till att vara mer förenlig med EUs regelverk. Den tidigare gällande konkurrenslagen ansåg man ha en för svag preventiv verkan på marknaden och man önskade att i den nya införa sanktioner som skulle verka mer effektivt avskräckande i syfte att förhindra konkurrenssnedvridande beteende. Samtidigt hoppades man på att förenkla för de svenska företagen i och med att en anpassad svensk konkurrenslag skulle ta bort den tidigare dubbla regelbördan av skilda konkurrenssystem på EUs gemensamma marknad och den svenska inhemska.⁶¹

De tidigare konkurrenslagarna byggde i huvudsak på missbruksprincipen vilket innebar att det offentliga kunde ingripa först då ett beteende i enskilt fall fått en skadlig effekt. Denna princip frångicks i huvudsak i och med införandet av 1993 års lag och ersattes med den konkurrensrättsliga förbudsprincipen vilken utgår från att vissa beteenden och konkurrensbegränsningar är skadliga per se och således automatiskt förbjudna.⁶²

1 november 2008 trädde sedan en ny konkurrenslag i kraft och det är den som är gällande i skrivande stund. Den bygger vidare på samma syfte som 1993 års lag men anses tydligare, mer effektiv och i än större grad anpassad till EUs regler. Bland annat kan på talan av Konkurrensverket vid Stockholms tingsrätt en konkurrensskadeavgift tilldömas de företag som bryter mot förbuden i konkurrenslagen. Regler om näringsförbud infördes också och kan

⁵⁹ Prop. 2007/08:135 s. 66

⁶⁰ Prop. 2007/08:135 s. 67

⁶¹ Indén, s. 112

⁶² Prop. 2007/08:135 s. 66

utdömas som påföljd för den som deltagit i kartellverksamhet.⁶³ Slutligen infördes också regler om offentlig säljverksamhet vilka syftar till att förhindra konkurrensnedvridningar orsakade av den offentliga sektorn. Dessa började gälla 1 januari 2010.

Som nämnts har Sveriges konkurrenslag skrivits för att till stora delar återspegla EU:s regelverk i konkurrensfrågor, dvs. det materiella regelverket är i stort sett identiskt. Däremot skiljer sig det administrativa och processuella förfarandet på så vis att den svenska lagen är skriven utifrån svensk förvaltnings- och processrätt. Den materiella samstämmigheten innebär att svensk rätt skall tolkas mot bakgrund av den tolkning som motsvarande bestämmelser i EU-rätten har.⁶⁴

Det förekommer tre huvudtyper av konkurrensbegränsande åtgärder som konkurrenslagets regler verkar för att förebygga. Gemensamma förfaranden som omfattar flera aktörer på marknaden, ensidiga förfaranden samt strukturella åtgärder. De gemensamma förfarandena syftar på avtal och samordning företag emellan i syfte att skada konkurrensen på marknaden. I fråga om de ensidiga förfarandena syftar lagen till att förhindra att aktörer på marknaden utifrån deras enskilda styrka skall snedvrida konkurrensen eller tillskansa sig fördelar genom exploaterande förfarande. Med strukturella åtgärder avses att förebygga sammanslagningar och företagskoncentrationer vilka skulle få en ur konkurrenssynpunkt för stark marknadsställning om de tilläts uppstå.⁶⁵

Bernitz skriver att förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i 2 Kap. 1 § KL utan tvekan är den mest centrala av regleringarna i konkurrenslagen.⁶⁶ Uppsatsförfattaren utgår dock i detta arbete från att kommunalt drivna företag inte är intresserade av konkurrensbegränsande samverkan utan de regelverk som är aktuella är i huvudsak missbruk av dominerande ställning i 2 Kap. 7 § KL samt de paragrafer i 3 Kap. KL som rör konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.

I fråga om tillämpningsområde är lagen tillämplig på alla företag i näringslivet i fråga om all produktion av varor, tjänster och nyttigheter. Däremot tillämpas den inte på avtal inom arbetslivet. Inte heller är den tillämplig på de situationer då ett företags konkurrenshämmande

⁶³ http://www.kkv.se/t/Page_4015.aspx 2014-05-27

⁶⁴ Bernitz Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, andra upplagan, Nordstedts Juridik, 2009, s. 90

⁶⁵ Prop. 2007/08:135 s. 67

⁶⁶ Bernitz Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, andra upplagan, Nordstedts Juridik, 2009, s. 79

beteende är en direkt och avsedd eller ofrånkomlig effekt av lagstiftning och sålunda inte ger uttryck för företagets fria partsvilja.⁶⁷

Som företag definieras enligt 1 Kap. 5 § KL följande:

” 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 ersatte i konkurrenslagen från 1993 användandet av det tidigare konkurrensrättsliga begreppet näringsidkare. Syftet med detta var att företag skulle återspegla den EU-rättsliga termen undertaking. Det är således de EU-rättsliga tolkningsramarna som avgör vad som utgör ett företag och detta begrepp tolkas vidsträckt och omfattar varje juridisk eller fysisk person som driver en verksamhet av ekonomisk natur. För att något skall ses som ett företag krävs inte heller att det finns en avsikt att gå med vinst.⁶⁸ I och med det får även begreppet myndighetsutövning förstås utifrån vad EU-rätten inte betraktar som en ekonomisk aktivitet.

4.1.1 Missbruk av dominerande ställning

Missbruk av dominerande ställning enligt 2 Kap. 7 § KL handlar om konkurrensbegränsande förfaranden som ett företag utövar enskilt eller gemensamt inom en koncerngrupp. Paragrafen i dess helhet lyder som följer:

”7 § Missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning på marknaden är förbjudet.

Sådant missbruk kan särskilt bestå i att

1. direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,
2. begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,
3. tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel, eller
4. ställa 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.”

⁶⁷ Prop. 2007/08:135 s. 67

⁶⁸ Prop. 1992/93:56 s. 66

Utformningen av 2 Kap. 7 § KL har gjorts för att överensstämja med art. 102 FEUF vilket är den EU-rättsliga motsvarigheten till missbruk av dominerande ställning.⁶⁹ EU-domstolens praxis utgör vägledande tolkning för den svenska rättstillämpningen.⁷⁰

Art.102 lyder som följer

”Ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den inre marknaden eller inom en väsentlig del av denna är, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, oförenligt med den inre marknaden och förbjudet.

Sådant missbruk kan bestå i att

- a) Direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen höga inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,
- b) Begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,
- c) Tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,
- d) Ställa som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.”

Artikel 102 FEUF har direkt effekt. Med det menas att den gäller oberoende av implementering i det nationella lagrummet. För att den skall vara tillämplig behövs dock att samhandelskriteriet är uppfyllt samt att företagets marknadsdominans utgör åtminstone en väsentlig del av EUs inre marknad. Så som med all EU-rätt så har art. 102 FEUF företräde framför nationell lagstiftning i och med den EU-rättsliga högre ställningen inom normhierarkin.⁷¹

4.1.2 Parallell tillämpning

I EUs konkurrensförordning 1/2003 art. 3 stadgas att medlemsländerna måste tillämpa art. 101 FEUF och art. 102 FEUF utifall att samhandelskriteriet är uppfyllt. Detta måste göras på ett sätt som är enhetligt. Den nationella tillämpningen skall varken vara mildare eller strängare än vad som föreskrivs och nationell rätt får inte tillåta något som EU förbjuder eller förbjuda något som EU tillåter. Däremot så är det tillåtet att tillämpa EU-rätt och nationell rätt parallellt. Förutsättningen för att detta skall gå är att den nationella rätten tar hänsyn till

⁶⁹ Karlsson Johan & Östman Marie, *Konkurrensrätt – En Handbok*, 5:e upplagan, Karnov Group, 2014, s. 635

⁷⁰ Bernitz Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, tredje upplagan, Nordstedts Juridik, 2011, s. 155

⁷¹ Bernitz Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, tredje upplagan, Nordstedts Juridik, 2011, s. 70

lojalitetsprincipen och att EU:s allmänna rättsprinciper beaktas. Dock gäller inte detta i fråga om företagskoncentrationer där kommissionen har exklusiv behörighet när tröskelvärdena för anmälan om koncentration är uppfyllda. Således är både EU-rätt och svensk rätt tillämplig om samhandelskriteriet är uppfyllt emedan enbart svensk rätt kan tillämpas när samhandelskriteriet ej berörs.⁷²

4.1.3 Samhandelskriteriet

Att samhandeln, handeln mellan medlemsstater, påverkas är en förutsättning för att EU-rätt skall vara tillämplig.

Samhandelskriteriet tolkas extensivt och omfattar alla konkurrensbegränsningar som enligt EU-domstolen anses direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt ha en möjlighet att påverka samhandeln negativt. De mest uppenbara situationerna inkluderar sådana där konkurrensbegränsande samarbete berör flera medlemsstater eller direkt påverkar import eller export. Även situationer där konkurrensnedvridningen är nationell men påverkar aktörer från andra medlemsstater och deras möjlighet till export eller marknadsetablering aktualiserar EU-rätten. Bernitz menar att det inte krävs särskilt mycket för att samhandelskriteriet skall vara uppfyllt men att man samtidigt bortser från situationer där påverkan på samhandeln är obetydlig.⁷³

Indén skriver att samhandelskriteriet anses vara uppfyllt när ett företag vilket agerar på den gemensamma marknaden tar emot ett stöd och således påverkar handeln mellan stater. I det fall då stödmottagaren inte själv exporterar varor men produkttypen som denne tillverkar förekommer i gränsöverskridande handel så är kriteriet med stor sannolikhet uppfyllt. Samtidigt skriver han att om stödet enbart har en lokal påverkan så aktualiseras inte samhandelskriteriet och exemplifierar detta med en frisörsalong som uppbär statsstöd, den genomsnittlige medborgaren åker i normalfallet inte till något annat medlemsland för att klippa håret.⁷⁴ Indén skriver även om gymverksamhet i samband med samhandelskriteriet och

⁷² Gölstam, Carl Martin, *Konkurrensrättens grunder*, Iustus, 2013, s. 26-27

⁷³ Bernitz Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, tredje upplagan, Nordstedts Juridik, 2011, s. 72

⁷⁴ Indén, s. 182-183

anser att det kan ”misstänkas att stöd till kommunal friskvårdsverksamhet inte påverkar handeln mellan medlemsstater”.⁷⁵

Någon motivering för den misstanken framgår inte men en referens görs bak till kapitlet där exemplet med frisören fanns. Det är inte orimligt att tänka sig att Indén drar paralleller där emellan, likväl som att man inte brukar korsa landsgränser för att klippa sig gör man det inte heller för att gå och träna. Ur ett konsumentperspektiv är detta en fullt rimlig slutsats. Vad uppsatsförfattaren dock saknar i det resonemanget är hur konkurrensen aktörer emellan och möjligheterna till marknadsinträde påverkas.

Om samhandel skriver Craig och De Búrca att relativt små summor eller att det mottagande företaget är relativt litet till storlek inte exkluderar möjligheten att samhandeln kan påverkas. Inte heller när ett stöd går till en lokal transporttjänst utesluter det en effekt på samhandeln eftersom det kan göra det svårare för konkurrenter från andra medlemsstater att etablera sig, detta enligt den välkända domen Altmark C-280/00 som handlade om lokal busstrafik i Tyskland⁷⁶

När det gäller samhandelskriteriet i den förhållandevis nyligen avkunnade domen i målet C-203/11, vilket handlade om indirekt statlig subventionering av fastighetsrenovering, valde domstolen att göra följande uttalande om samhandel:

”76 Vad gäller det andra villkoret erinrar domstolen om att det, för att kvalificera en nationell åtgärd som statligt stöd, inte är nödvändigt att styrka att stödet faktiskt påverkar handeln mellan medlemsstaterna och att konkurrensen faktiskt snedvrids, utan endast att undersöka huruvida det kan påverka handeln och snedvrیدا konkurrensen (dom av den 15 december 2005 i mål C-148/04, Unicredito Italiano, REG 2005, s. I-11137, punkt 54, samt av den 10 januari 2006 i mål C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze m.fl., REG 2006, s. I-289, punkt 140).”

”77 Om ett stöd som beviljats av en medlemsstat stärker ett företags ställning i förhållande till andra konkurrerande företags ställning i handeln inom unionen, ska denna handel anses vara påverkad av det aktuella stödet (se, bland annat, domarna i de ovannämnda målen Unicredito Italiano, punkt 56 och där angiven rättspraxis, och Cassa di Risparmio di Firenze m.fl., punkt 141).”

”78 *Det är i detta sammanhang inte nödvändigt att det gynnade företaget självt deltar i handeln mellan medlemsstaterna. När en medlemsstat beviljar ett stöd till ett företag, kan dess verksamhet inom landet upprätthållas eller öka på grund av detta, vilket leder till att möjligheterna för företag från andra medlemsstater att gå in på denna medlemsstats marknad minskar*⁷⁷. Om ett företag som dittills inte deltagit i handeln mellan medlemsstaterna får en stärkt ställning, kan det dessutom leda till att företaget tar sig in på marknaden i en annan medlemsstat (domarna i de ovannämnda målen Unicredito Italiano, punkt 58, och Cassa di Risparmio di Firenze m.fl., punkt 143).”

⁷⁵ Indén, s. 270

⁷⁶ Craig & De Búrca, *EU LAW TEXT, CASES, AND MATERIALS*, Fifth edition, Oxford University Press, 2011, s. 1093

⁷⁷ Författarens kursivering

Således är det uppsatsförfattarens tolkning, till skillnad från Indén, att man inte nödvändigtvis kan avfärda möjligheten att kommunalt drivna gym har en negativ inverkan på samhandeln om de förutsättningar under vilket det drivs inte sker på ett konkurrensneutralt sätt.

4.1.4 Allmänt om missbruk av dominerande ställning

Den grundläggande förutsättningen för att regelverket kring missbruk av dominerande ställning skall vara tillämpligt är just att det agerande företaget har en dominerande ställning. Om en sådan ställning inte finns går det inte att göra någonting åt ensidigt konkurrensbegränsande agerande av ett företag.⁷⁸

Syftet med regleringen är att komma åt konkurrensnedvridande agerande orsakade av aktörer med dominerande ställning. Det är själva beteendet som betraktas som problemet. Förekomsten av ett företag med dominerande ställning är inget som i sig strider mot förbudet.⁷⁹

Bernitz skriver att regelverken kring missbruk av dominerande ställning är av stor vikt i Sverige då den svenska marknaden karaktäriseras av en hög företagskoncentration och många dominerande företag. Flera av dessa bolag är sådana som kommer ur tidigare existerande offentliga monopol såsom Posten, SJ och Luftfartsverket och som fortfarande har stark ställning på marknaden.⁸⁰

4.1.5 Effektiv konkurrens

Termen effektiv konkurrens är något som behöver utvecklas. Bernitz förklarar att begreppet konkurrensbegränsning är en nationalekonomisk term härrörande till konkurrenssteori. Inom detta fält används begreppet fri konkurrens eller fullständig konkurrens i syfte att förklara hur priser uppstår på marknader. För att denna fria konkurrens skall kunna råda har man flera aspekter som man utgår ifrån. Köparna måste betrakta säljarnas produkter som likvärdiga, tillgången till information måste vara fullständig och antalet köpare och säljare måste vara

⁷⁸ Bernitz Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, tredje upplagan, Nordstedts Juridik, 2011, s. 155

⁷⁹ Karlsson Johan & Östman Marie, *Konkurrensrätt – En Handbok*, 5:e upplagan, Karnov Group, 2014, s. 635

⁸⁰ Bernitz Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, tredje upplagan, Nordstedts Juridik, 2011, s. 158

stort nog att förhindra att en enskilds agerande kan ha en effekt på den större marknaden. Inte heller får det förekomma några konkurrensbegränsande avtal. Detta är som läsaren förstår en teoretisk modell som sällan återspeglas tillfullo i verkligheten. Effektiv konkurrens å andra sidan, också omnämnt som fungerande konkurrens, innebär att marknaden inte är bunden av allt för omfattande konkurrensbegränsningar och att konkurrensen kan vara hård även om antalet säljare är få och produkterna i viss mån skiljer sig. Den effektiva konkurrensen inkluderar även potentiell konkurrens i det att nya aktörer kan träda in på marknaden.⁸¹

Lindquist skriver att begreppet effektiv konkurrens inte kan betyda något annat än en marknadslösning och att begreppet inte kan anses inkludera andra samhällsintressen än just konkurrensen.⁸²

4.1.6 Den relevanta marknaden

För att avgöra om eller till vilken grad ett företag är dominant behövs en analys av företagets marknadsandel. För att det skall kunna göras behövs en avgränsning av den relevanta produktmarknaden samt en geografisk begränsning av marknaden. Ett företag kan ha en anseilig dominans på en snäv marknad medan det inte alls behöver vara dominerande om produktmarknaden bedöms något vidare. På samma vis kan ett företag dominera starkt om den geografiska marknaden bedöms till en förhållandevis liten ort emedan företaget kan vara mycket litet om hela EU ses som den relevanta geografiska marknaden.⁸³

Bedömningen av marknaden görs inte enbart geografisk utan inkluderar även förhållanden på produktmarknaden. EU-domstolen gjorde i målet *Suiker Unie C-40/73* bedömningen att sockermarknaden i Belgien/Luxemburg respektive södra delen av Tyskland var en väsentlig del av marknaden utifrån en analys av den totala konsumtionen samt produktionen på den inre marknaden som området utgjorde.⁸⁴

Vid bedömningen av den relevanta produktmarknaden ser man till produktens utbytbarhet. De varor som går att byta ut med varandra med hänsyn till pris, funktion och andra relevanta egenskaper anses tillhöra samma produktmarknad. Exempelvis så ansågs i ett välkänt fall från

⁸¹ Bernitz Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, tredje upplagan, Nordstedts Juridik, 2011, s. 51-52

⁸² Lindquist, Ulf, *Kommunala befogenheter*, Nordstedts Juridik, Sjunde upplagan, 2011, s. 102

⁸³ Bernitz Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, tredje upplagan, Nordstedts Juridik, 2011, s. 54-55

⁸⁴ Karlsson Johan & Östman Marie, *Konkurrensrätt – En Handbok*, 5:e upplagan, Karnov Group, 2014, s. 643

EU-domstolen (United Brands-målet) bananer vara skilt från den övriga fruktmarknaden på grund av hur dessa konsumerades. Bernitz påpekar att bedömningen av den relevanta marknaden inte är en exakt vetenskap utan just det, en bedömning. Det är frågan om en samlad bedömning utifrån flera faktorer för att avgöra vilka produkter som kan tillfredsställa ett givet behov hos en konsument. Vid bedömningen av den relevanta geografiska marknaden försöker man definiera det område där företaget huvudsakligen avsätter sin produkt. Bland annat ser man till distributionsmöjligheter och transportkostnader och konsumenternas möjlighet att nå olika leverantörer. För detaljhandel och service så är marknaden ofta lokal eller regional medan industrivaror ofta säljs på en större marknad såsom nationellt eller inom hela EU.⁸⁵

En medlemsstat kan mycket väl utgöra en väsentlig del av den inre marknaden där ett företag har en dominerande ställning, speciellt om företaget har ett lagstadgat monopol på den marknaden. Även hamnar och flygplatser har ansetts utgöra väsentliga delar av marknaden vid tillämpning av art 102 FEUF.⁸⁶

4.1.7 Dominerande ställning

Definitionen av dominerande ställning utgår ifrån EU-domstolens uttalande i *United Brands*-målet.

”att ett företag har en sådan ekonomisk maktställning att det får möjlighet att hindra en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden genom att företagets ställning tillåter det att i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till sina konkurrenter, kunder och, i sista hand, konsumenter.”⁸⁷

Detta utesluter dock inte att ett företag kan vara i dominerande ställning fast än att det förekommer konkurrens på marknaden utan det avgörande är att konkurrensen inte är effektiv nog att hindra dess möjlighet att agera konkurrensbegränsande. Ett företags marknadsandel är en viktig faktor som kan indikera på en dominerande ställning. Om ett företag har en marknadsandel som är mycket hög, 60-85% betraktas det regelmässigt som dominerande. Vid 50 % andel utgör det enligt EU-domstolen i AKZO-målet en presumtion för att dominans föreligger. Vid lägre marknadsandelar spelar de andra faktorerna en stor roll i bedömningen

⁸⁵ Bernitz Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, tredje upplagan, Nordstedts Juridik, 2011, s. 55-57

⁸⁶ Karlsson Johan & Östman Marie, *Konkurrensrätt – En Handbok*, 5:e upplagan, Karnov Group, 2014, s. 643-644

⁸⁷ C-27/76 United Brands mot kommissionen, punkt 65

och det kan hända att ett företag med marknadsandelar endast kring 40 % bedöms som dominerande. Vid ännu lägre andelar än så är det enligt kommissionens riktlinjer inte troligt att ett företag har en dominerande ställning.⁸⁸

Dominansbedömningen av ett företag är en helhetsbedömning och grundar sig på flera faktorer, inte enbart den uppnådda marknadsandelen och både den existerande konkurrensen och potentiell konkurrens är av vikt.⁸⁹

Karlsson och Östman har gjort en sammanställning av faktorer att ta hänsyn till vilken är värd att återge i sin helhet:^{90 91}

- företagets absoluta och relativa marknadsandel över tiden,
- förekomsten och omfattningen av inträdeshinder och möjligheten att faktiska konkurrenter expanderar eller potentiella konkurrenter inträder på marknaden,
- företagets finansiella styrka,
- företagets teknologiska eller kunskapsmässiga övertag,
- huruvida företaget är vertikalt integrerat,
- huruvida företaget är verksamt på näraliggande marknader,
- marknadens utvecklingsfas, samt
- huruvida kunderna utövar en motverkande köparmakt.

4.1.8 Bedömningen av missbruk

Tyngdpunkten för lagstiftningen är att förhindra agerande av dominerande företag som kan leda till att konkurrensen på marknaden försvagas och EU-domstolen har uttalat att dominerande företag har ett speciellt ansvar för att deras agerande inte har negativa effekter. kommissionen alternativt Konkurrensverket beroende på var fallet uppmärksammas och om samhandelskriteriet är tillämpligt har ansvar för att visa på att ett missbruk föreligger eller att ett specifikt beteende tenderar att ha negativa konsekvenser för konkurrensen. Görs detta sannolikt går bevisbördan över på företaget ifråga att visa på att beteendet är berättigat.⁹²

⁸⁸ Bernitz Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, tredje upplagan, Nordstedts Juridik, 2011, s. 161-162

⁸⁹ Karlsson Johan & Östman Marie, *Konkurrensrätt – En Handbok*, 5:e upplagan, Karnov Group, 2014, s. 643-644

⁹⁰ Karlsson Johan & Östman Marie, *Konkurrensrätt – En Handbok*, 5:e upplagan, Karnov Group, 2014, s. 647

⁹¹ Nedanstående punktlista är ett direkt citat, fristående punktlistor lämpar sig dock inte väl för citattecken varvid detta har utelämnats och ersatts med en indragning i marginalen.

⁹² Bernitz Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, tredje upplagan, Nordstedts Juridik, 2011, s. 164

Karlsson och Östman beskriver två huvudtyper av missbruk; exploaterande missbruk och exkluderande missbruk.⁹³ Enligt EU-domstolens praxis ingår i exkluderande missbruk:

”sådana beteenden av ett företag med dominerande ställning som kan påverka strukturen på en marknad där konkurrensen redan är försvagad, just på grund av det ifrågavarande företagets existens, och som, genom att andra metoder används än sådana som räknas till normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas prestationer, medför att hinder läggs i vägen för att den på marknaden ännu existerande konkurrensen upprätthålls eller utvecklas”⁹⁴

När det gäller exploaterande missbruk skriver EU-domstolen att man måste se till om företaget:

”utnyttjat de möjligheter som följer av densamma[den dominerande ställningen⁹⁵] för att uppnå handelsfördelar som denne inte skulle ha uppnått om det hade rått en normal och tillräckligt effektiv konkurrens”⁹⁶

Exempelvis tillhör kopplingsförbehåll och olika villkor för likvärdiga transaktioner den första gruppen medan till den andra gruppen hör oskäligen låga priser och villkor.⁹⁷

En särskilt intressant form av beteende utifrån den här uppsatsens perspektiv och som kan utgöra ett missbruk av dominerande ställning är underprissättning eller predatory pricing som det heter med engelsk terminologi. Det dominanta företaget håller ett pris som är så pass lågt att det inte täcker kostnaderna för produkten eller tjänsten i syfte att slå ut sina konkurrenter vilka i regel är mindre företag med begränsade möjligheter att täcka sina kostnader på annat vis. Syftet är att längre fram i tiden då konkurrenten slagits ut från marknaden höja sina priser till konsumenten och på så vis återfå sin förlorade vinst. Som huvudregel är det fullt tillåtet i Sverige att sälja sina varor och tjänster till ett förlustpris och således kan bedömningen om underprissättningen är otillåten vara vanskelig.⁹⁸

Enligt EU-domstolens avgörande i AKZO-målet gäller att:

”Priser som är lägre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna (dvs. de kostnader som varierar i förhållande till den producerade mängden), och som ett dominerande företag tillämpar för att försöka slå ut en konkurrent, skall betraktas som missbruk.”⁹⁹

⁹³ Karlsson Johan & Östman Marie, *Konkurrensrätt – En Handbok*, 5:e upplagan, Karnov Group, 2014, s. 663

⁹⁴ C-52/07 Kanal 5 och TV4, punkt 25

⁹⁵ Karlsson och Östmans anmärkning till samma citat, Karlsson Johan & Östman Marie, *Konkurrensrätt – En Handbok*, 5:e upplagan, Karnov Group, 2014, s. 664

⁹⁶ C-52/07 Kanal 5 och TV4, punkt 27

⁹⁷ Bernitz Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, tredje upplagan, Nordstedts Juridik, 2011, s.165

⁹⁸ Bernitz Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, tredje upplagan, Nordstedts Juridik, 2011, s.167-168

⁹⁹ C-62/86 AKZO, punkt 71

Samt att:

”Priser som är lägre än de genomsnittliga totala kostnaderna, som omfattar fasta och rörliga kostnader, men som är högre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna, skall betraktas som missbruk när de fastställs inom ramen för en plan som syftar till att slå ut en konkurrent.”¹⁰⁰

Bernitz noterar i andra upplagan, 2009 års utgåva, av sin bok att sådan underprissättning som äger rum vid kommunalt drivna verksamheter där full kostnadstäckning inte krävs är speciella till sin natur. Han konstaterar att nuvarande lagstiftning inte har visat sig kunna lösa de konkurrensproblem som uppstår när offentligt ägda företag utnyttjar den offentliga finansieringen på ett vis som innebär att konkurrensen på marknaden inte sker på lika villkor. Bernitz noterar även att regeringen har aviserat förslag om införande av särskild lagstiftning på området för att komma tillrätta med problem.¹⁰¹

Vad Bernitz syftar på är den kommande, från ett 2009 års perspektiv, lagstiftningen om offentlig säljverksamhet. Lite förenklat och för att gå saker i förväg så har KKV möjlighet att föra talan vid Stockholms tingsrätt utifall att en kommunal underprissättning snedvrider konkurrensen och denna prissättning inte är försvarbar från allmänt synpunkt. När vi behandlar konfliktlösningens regel nedan kommer vi dock att kunna konstatera att den inte tillfullo har möjlighet att lösa problemet med kommunalt agerande på det egentliga näringslivets område.

Hedelin skriver att det finns särskilda kännetecken för offentligt företagande som gör att vissa konkurrensfrågor är mer frekvent förekommande och konstaterar att området är förhållandevis tungt på missbruksfall medan det är färre på området för konkurrensbegränsande avtal. Detta orsakas av att det offentliga engagemanget på marknaden vill subventionera eller driva en verksamhet där man anser att sådan ej kan uppstå utan kommunalt engagemang. Något som i sin tur leder till att de kommunala aktörerna får en stor marknadsandel och en trolig dominerande ställning. När man sedan vid dominansbedömningen ser inte bara till marknadsandelar utan även till de bakomliggande strukturerna och i synnerhet verksamhetens förmåga att agera oberoende av konkurrenterna ter sig de offentliga aktörernas position som ännu starkare och bäddar för att kunna betraktas som dominerande redan vid ganska låga marknadsandelar.¹⁰²

¹⁰⁰ C-62/86 AKZO, punkt 72

¹⁰¹ Bernitz Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, andra upplagan, Nordstedts Juridik, 2009, s. 165-166

¹⁰² Hedelin, Johan, *Kommunal konkurrensrätt*, Nordstedts Juridik, 2013, s. 63

Såsom uppges i 2 Kap. 7 § KL och art. 102 FEUF finns åtskilliga fler sätt än underprissättning på vilket man kan missbruka en dominerande ställning. På grund av deras relativt ringa relevans för uppsatsens centrala tema låter vi dock bli att beskriva dem utförligare och fortsätter med att återge hur praxis ser ut relaterat till kommunal underprissättning.

4.1.9 Relevanta rättsfall inom området missbruk av dominerande ställning

Det finns endast ett rättsfall (Stockholms Tingsrätt T8-723-98) som har medfört ett ingripande gentemot en kommunal underprissättning. Detta avsåg en situation i samband med att Stenungsund kommun under 1994 vid sin kommunala simhall hade utökat sin kapacitet rörande solarietjänster från tre till åtta solarier. Priset för nyttjandet av solarierna var det samma som för bad vilket också var inkluderat i tjänsten, och i vissa fall även lägre än priset för endast bad. Prissättningen varade under lång tid och var svår att möta för konkurrenterna. KKV ansåg i sin bedömning att det borde kunna ställas särskilda krav på ett offentligt företags agerande. Därtill var prissättningen enligt KKV ett långsiktigt hinder för nyetableringar på marknaden. Kommunen medgav i tingsrätten käromålet och utifrån utredningen ansågs det klarlagt att kommunen brutit mot förbudet av missbruk mot dominerande ställning.¹⁰³

Indén skriver i sin kommentar till rättsfallet att det är osannolikt att kommunen blivit fälld om den istället för att medge bestritt KKV:s talan. Sannolikt hade det varit mycket svårt för KKV att bevisa att avsiktsrekvisitet var uppfyllt i och med kommunens skyldighet att följa självkostnadsprincipen.¹⁰⁴

Det finns enligt Hedelin inte några svenska rättsfall där en domstol varken har avvisat eller bifallit en stämning baserad på det subjektiva rekvisitet, dvs avsikten att eliminera konkurrens, enligt AKZO-målet.¹⁰⁵

Hedelin skriver att AKZO-principen är ett avsteg från den sedvanliga missbruksbedömningen där normalt företagets avsikt inte är av någon vikt och att företagets avsikt kan vara behjälpligt vid de fall då det objektiva syftet med ett agerande är svårbedömt.¹⁰⁶

¹⁰³ Hedelin, Johan, *Kommunal konkurrensrätt*, Nordstedts Juridik, 2013, s. 69-70

¹⁰⁴ Indén, s. 273

¹⁰⁵ Hedelin, Johan, *Kommunal konkurrensrätt*, Nordstedts Juridik, 2013, s. 70

¹⁰⁶ Hedelin, Johan, *Kommunal konkurrensrätt*, Nordstedts Juridik, 2013, s. 71

Den terminologi kring objektivt och subjektivt som Hedelin använder kan behöva ett förtydligande eftersom termen subjektivt sammankopplat med företag inte nödvändigtvis är självklart. Först och främst beskriver Hedelin det objektiva syftet som det syfte som framstår för en utomstående som betraktar en åtgärd utifrån ekonomiska och rättsliga aspekter. Det subjektiva syftet i sammanhanget är det syfte som företaget faktiskt hade.¹⁰⁷

Hur ett sådant subjektivt syfte påvisas är ingenting som vi skall gå in på djupet i men uppsatsförfattaren anar att även påvisandet av ett företags subjektiva syfte förutsätter existensen av objektiva bevis såsom interna handlingsföreskrifter, PM, och uttalande av personer i ledande ställning som sparats för eftervärlden.

Indén har hittat flera ärenden ur KKV:s praxis där KKV bedömt att möjligheten att tillämpa konkurrenslagen och förbudet mot missbruk av dominerande ställning inte funnits bland annat till följd av svårigheterna att belägga avsiktsrekvisitet., eller det subjektiva rekvisitet som Hedelin kallar det.¹⁰⁸

I KKV:s praxis finns även exempel på hur problem med kommunalt drivna gym inte faller in under konkurrenslagen då de ej bedöms som dominerande. I KKV dnr 530/93 hade Sundsvalls kommun i samband med upprustningen av den kommunala sporthallen också investerat i en styrketräningsanläggning. Konkurrenter på marknaden ansåg att prissättningen inte var marknadsenlig och ställde sig också frågande till att kommunen erbjöd vissa kundgrupper, bland annat egna anställda samt arbetslösa, 25 % rabatt. Då det fanns fem andra gym och fem så kallade workout-ställe i Sundsvall konstaterade KKV att kommunens verksamhet ej hade en dominerande ställning. Dock menade KKV att rabattsystemet kunde påverka konkurrensen och ansåg att det skulle omfatta alla gym, inte bara det kommunala. Indén kritiserar KKV:s beslut att inte göra en mer grundlig undersökning eftersom kommunens verksamhet utifrån andra faktorer möjligen hade kunnat ses som havande en dominerande ställning. Samtidigt påpekar han att svårigheten att bevisa avsiktsrekvisitet hade kvarstått.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Hedelin, Johan, *Kommunal konkurrensrätt*, Nordstedts Juridik, 2013, s. 45

¹⁰⁸ Indén, s. 273-275 (KKV dnr 583/93 & dnr 685/94)

¹⁰⁹ Indén, s. 276-277

4.2 Offentlig säljverksamhet (Konfliktlösningsregeln)

Under lång tid har det påpekats konkurrensproblem från det privata näringslivet om att offentliga aktörer bedriver säljverksamhet. Redan 1994 fick en utredare av regeringen i uppdrag att undersöka och föreslå åtgärder för att komma till rätta med problemet. Arbetet resulterade i *Konkurrens i balans* (SOU 1995:105).¹¹⁰

Utredaren menade att den traditionella uppdelningen mellan privat och offentlig sektor luckrats upp i och med den ökade marknadsorienteringen och affärsmässigheten inom offentlig sektor i kombination med att det privata i allt större uträkning kunde konkurrera om offentlig produktion genom att delta i upphandlingar av varor och tjänster. Samtidigt konstaterade utredaren att det regelverk som fanns till för att reglera konkurrens antingen förhöll sig till den offentliga eller den privata sektorn men att det fanns en avsaknad av regelverk där sektorerna överlappade.¹¹¹

Åsikterna gick isär kring vad som skulle göras och medan representanter för näringslivet yrkade på att genom lagstiftning göra en gränsdragning så hävdade representanter för kommunerna att sådan lagstiftning skulle inkräkta på det kommunala självstyret. Slutligen bestämde man sig för att skapa ett forum sammansatt av de olika representanterna och därigenom försöka lösa konkurrenskonflikter genom dialog och förhandling. Samtidigt gavs forumet, som tog namnet Konkurrensrådet, i uppgift att arbeta fram vägledning för hur konkurrenskonflikter i framtiden skulle kunna undvikas. Konkurrensrådets verksamhet ledde i flera fall till att det privata och det offentliga kunde enas om principer som borde iakttas vid offentlig näringsverksamhet. Samtidigt kunde dock konstateras att offentliga aktörer i princip aldrig ändrade sitt beteende, rådets råd till trots. Rådet avvecklades 2003 och sedermera har uppgiften att följa konkurrensproblem mellan privat och offentligt legat hos Konkurrensverket.¹¹²

Under senare delen av 2000-talet har därtill ett flertal rapporter från andra aktörer producerats vilka har belyst det fortsatta problemet med konkurrens mellan offentlig och privat näringsverksamhet. Till dessa räknas bland annat Stadskontorets *Konkurrens i gränslandet mellan det offentliga och privata*, 2005:19 samt två rapporter utgivna av Svenskt Näringsliv

¹¹⁰ Prop. 2008/09:231 s. 12-14

¹¹¹ Prop. 2008/09:231 s. 12-14

¹¹² Prop. 2008/09:231 s. 12-14

2006: *Osund konkurrens – kommunalt företagande för miljarder och Osund statlig konkurrens slår ut privat företagsverksamhet.*¹¹³

Detta sammantaget ledde slutligen till att regeringen 2008 lade fram i sin proposition 2008/09:231 *Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden m.m.* ett nytt regelverk kring offentligt företagande vilket kom att infogas i konkurrenslagen. Regelverkets kärna återfinns i konkurrenslagen 3 Kap. 27 § KL och benämnes oftast Konfliktlösningsregeln.

Talan väcks av Konkurrensverket vid Stockholms tingsrätt och överklagas till Marknadsdomstolen. Om Konkurrensverket väljer att inte föra talan så får de berörda företagen göra det om de så vill.¹¹⁴

Dan Sjöblom vid Konkurrensverket konstaterade 2011 att ett flertal kommuner aktivt börjat se över hur de bedriver sina verksamheter och på det viset uppvisat ett självsanerande beteende i försök att efterleva den nya lagstiftningen. Samtidigt hade vid den tidpunkt 2011 då artikeln skrevs ett femtiotal ärenden baserade på klagomål gått vidare till utredning.¹¹⁵ Möjligen kan detta tolkas som att konkurrenssnedvridande eller påstått snedvridande beteende är vanligt förekommande i kommunal sektor och att den kommunala omställningen tar tid.

Nedanstående citerade paragrafer ur konkurrenslagen är de centrala rörande konfliktlösningsregeln.

”27 § Staten, en kommun eller ett landsting får förbjudas att i en säljverksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § första stycket tillämpa ett visst förfarande, om detta

1. snedvrider, eller är ägnat att snedvrیدا, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller
2. hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.

Förbud får inte meddelas för förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt.

En kommun eller ett landsting får även förbjudas att bedriva en viss säljverksamhet i fall som avses i första stycket. En sådan verksamhet får dock inte förbjudas, om den är förenlig med lag.

Ett förbud gäller omedelbart, om något annat inte bestäms.”

¹¹³ Prop. 2008/09:231 s. 12-14

¹¹⁴ Konkurrenslag SFS 2008:579 3 Kap. 32 §

¹¹⁵ Dagens Industri, 22/8-2011, artikel hämtad från KKV:s hemsida, s. 1-2 i pdf

”28 § Det som sägs i 27 § gäller även ett förfarande eller en verksamhet i en annan juridisk person om staten, en kommun eller ett landsting direkt eller indirekt har ett dominerande inflytande över den juridiska personen genom ägarskap, finansiell medverkan, gällande regler eller på annat sätt. Det som sägs om staten, en kommun eller ett landsting tillämpas då på den juridiska personen.”

”29 § Ett förbud enligt 27 § får även omfatta ett förfarande eller en verksamhet som väsentligen överensstämmer med det förfarande eller den verksamhet som förbjuds.”

Som framgår av 27 § får en offentligt driven affärsrörelse förbjudas att tillämpa ett visst förfarande, dvs. de får förbjudas att agera på ett visst sätt om detta snedvrider eller är ägnat att snedvrیدا konkurrensen alternativt hämmar eller är ägnat att hämma uppkomsten av konkurrens. Dock får förfarandet inte förbjudas om det är försvarbart ur allmän synpunkt.

Som också framgår av 27§ 2st får även en hel säljverksamhet, dvs. en verksamhet eller affärsrörelse förbjudas om den uppfyller de konkurrensnedvridande eller konkurrenshämmande kriterier som anges i 27§ 1p eller 2p. Dock ej om verksamheten är förenlig med lag.

Ovanstående paragrafer ser i första anblicken ut att kunna på ett effektivt sätt åtgärda konkurrensnedvridande beteenden men är också kringgärdade med flera skrivningar som utgör undantag från eller modifierar förbuden. Följaktligen behövs en djupare analys för att kunna avgöra hur regelverket fungerar i praktiken.

4.2.1 Vad innebär snedvrída eller hämma samt ägnat att?

Enligt regeringens proposition bör grundförutsättningen för tillämpningen av konfliktlösningsregeln vara förekomsten av eller faran för negativa konsekvenser för konkurrensen. Den frågan som skall analyseras i det enskilda fallet är om beteendet skadar drivkrafterna eller marknadsmekanismerna för konkurrens. Regeln omfattar både situationer där det inte råder konkurrens på så lika villkor som det skulle kunna göra som där den offentliga aktörens beteende förhindrar privat etablering eller orsakar bortfall av sådan. Som exempel på typfall av sådant skadligt beteende hänvisar regeringen till vad Konkurrensrådet tidigare har sagt. Dessa förfaranden inkluderar bland annat underprissättning, diskriminering och tillträdesvägran till infrastruktur. Därtill kan sammanblandning av myndighetsutövning

och säljverksamhet orsaka problem. Regeringen påpekar att exemplifieringen inte är uttömmande.¹¹⁶

Rekvisitet snedvrider avser således situationer där det inte råder konkurrens på så lika villkor som möjligt medan rekvisitet hämmar syftar på de situationer då de privata alternativen faller bort, ej etablerar sig på marknaden eller deras tillväxt och utveckling hålls tillbaka.¹¹⁷

I fråga om termen effektiv konkurrens understryker regeringen att det inte har någon självklar fast innebörd utan att termen tvärtemot avser utgöra ett dynamiskt begrepp i det att konkurrensen till sin natur skapar ett tryck för optimering och utveckling. Alla avvikelser från den effektiva konkurrensen är inte sådana att de omfattas av konfliktlösningsregeln. Termerna snedvridda och hämma innebär enligt regeringen att de hejdar eller dämpar konkurrensstryckets styrka och förutsätter således att effekten skall vara av någon betydelse för att omfattas av begreppet.¹¹⁸

Ägnat att innebär i sin tur faro-momentet för konkurrenshämmande effekter och syftar till om beteendet i själva sin art är sådant att det får anses påtagligt öka risken konkurrensproblem.¹¹⁹ Det är således inte nödvändigt att förfarandet faktiskt snedvrider konkurrensen utan enbart risken i sig kan utgöra tillräckliga skäl att förbjuda förfarandet.

4.2.2 Vad menas med försvarbart från allmän synpunkt?

I regeringens proposition är syftet med formuleringen att det skall vara möjligt att ta hänsyn till andra allmänna intressen än konkurrensintresset och regeringen skriver att huruvida det föreligger försvarbarhet får prövas i det särskilda fallet och fortsätter med att påpeka att en viktig faktor är att kontrollera om det konkurrenssnedvridande beteendet strider mot en lag eller annan författning. Någon exemplifiering av vad som utgör ett allmänt intresse ges inte men regeringen omnämner åtminstone kommunala allmänna intressen som en möjlig konfliktyta.¹²⁰

Regeringen menar att det bör ses till om motiven för beteendet är interna eller externa och skriver att detta behöver undersökas. Motiven kan vara antingen externa och med det avses att

¹¹⁶ Prop. 2008/09:231 s. 36

¹¹⁷ Prop. 2008/09:231 s. 57

¹¹⁸ Prop. 2008/09:231 s. 57

¹¹⁹ Prop. 2008/09:231 s. 57-58

¹²⁰ Prop. 2008/09:231 s. 37-38

det är allmänhetens behov som styr beteendet eller interna vilka karaktäriseras av egenintresse såsom exempelvis att behålla personal. Externa motiv kan således enligt regeringen utgöra grund för att acceptera ett konkurrensnedvridande agerande medan de interna motiven inte bör beaktas i bedömningen.¹²¹

Prövningen bör enligt regeringen ha sin utgångspunkt i de långsiktiga effekterna av beteendet på konkurrensen. Därtill ingår i utvärderingen en proportionalitetsbedömning där ju allvarligare skador för konkurrensen desto tyngre vägande skäl krävs för att tillåta beteendet och om det allmänna intresset kan tillgodoses på ett annat sätt än just genom det konkurrensnedvridande så skall detta istället tillämpas. Tydligare än så vill regeringen i sin proposition inte vara utan lämnar på grund av de skiftande omständigheterna som kan ligga för bedömning över till rättstillämpningen.¹²²

Vad som framgår av regeringens proposition trots sina allmänt hållna formuleringar och vaga uttryck är att det i grund och botten handlar om att väga två eller flera för sig viktiga och på allmän grund underbyggda intressen. Effektiv konkurrens är ett av dessa intressen och vad det andra är antags variera från fall till fall. Måhända kan ett par exempel då det allmänna intresset har fått väga in vara belysande.

I KKV dnr. 567/2012 beslöt KKV att inte driva vidare ett ärende som handlade om spårbunden kollektivtrafik till Arlanda flygplats. Ett privat bussbolag hade framfört att Stockholms Lokaltrafiks (SL) pendeltågtrafik utgjorde konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet genom att vara skattesubventionerad och underprissatt. Fastän att KKV konstaterade att bussbolagen och pendeltrafiken till viss del kom att konkurrera om samma kunder ansåg KKV, med bakgrund i syftet till lagen om kollektivtrafik och det behov av samordning av kollektivtrafik som fanns samt behov av mer trafik än kommersiellt lönsamt, att SL:s pendeltågslinje mellan Stockholm och Uppsala med stopp på Arlanda inte var något KKV skulle driva vidare. Detta får enligt uppsatsförfattaren utgöra ett resonemang kring allmän försvarbarhet och hur ett annat intresse, kollektivtrafik i det här fallet, kan få företräde framför konkurrensintresset.

Ett exempel på där försvarbart enligt allmän synpunkt har försökt användas men det misslyckats är i den nyligen avkunnade domen i Dala Mitt-målet, MD mål nr A 1/13.

¹²¹ Prop. 2008/09:231 s. 38

¹²² Prop. 2008/09:231 s. 38

Fallet handlar förenklat om ett brandövningsområde som kommunalförbundet Räddningstjänsten Dala Mitt (RDM) äger och vilket det vägrat andra privat aktörer tillträde till. RDM har utifrån sitt eget behov av området försökt att försvara sitt beteende med hänvisning till allmän synpunkt. Utredningen i frågan kom dock fram till att även om RDM har ett legitimt behov så finns utrymme att låta andra aktörer hyra in sig så länge detta planerats i god tid och således kan tillträdesvägran av allmän synpunkt inte accepteras.

4.2.3 Tillämpning av konfliktlösningsregeln i 3 Kap. 27 § KL

Inte allt för många mål om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet har kommit upp till rätten ännu och således har utvecklingen av rättspraxis varit långsam. Konkurrensverket har i sammanhanget anklagats för att vara allt för passivt¹²³ men vi har dock ett par rättsfall som bör nämnas. Eftersom regelverket tillkom i syfte att avhjälpa just konkurrensproblem i skärningspunkten mellan offentligt och privat skall vi undersöka två fall.

Det för uppsatsen i tid mest aktuella och i sak mest relevanta målet är KKV mot Strömstad kommuns badhus vilket avgjordes i Stockholms Tingsrätt i april i år, 2014. På grund av dess vikt kommer domen att få uppta ett icke oansenligt antal sidor. KKV förlorade tvisten och har redan uttalat att de tänker överklaga till Marknadsdomstolen.¹²⁴ Domen refereras nedan och författaren har försökt att skala av de bitar som inte har varit väsentliga för domstolen i syfte att korta ned och klargöra utan att göra avkall på bedömningsunderlaget. Eftersom bevisbördan ligger på KKV är antalet detaljer och den generella redogörelsen för situationen också mer uttömmande i KKV:s anförande. Rättsfallsreferatet utgår från vad KKV anför och redogör för Strömstad kommuns synpunkter i den mån de strider mot KKV:s.

¹²³ http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/konkurrensverket-struntar-i-ny-lag_5375019.svd 2014-05-26

¹²⁴ http://www.kkv.se/t/NewsPage_9798.aspx 2014-05-06

KKV mot Aktiebolaget Strömstads Badanstalt (Stockholms Tingsrätt Mål nr. T 16810-12)

Aktiebolaget Strömstads Badanstalt (Badanstalten) är ett av Strömstad kommun (kommunen) helägt bolag vilket bedriver bad och friskvårdsverksamhet i Strömstad. Det skall enligt ägardirektiven tillgodose kommunmedlemmarnas behov av simhall i enlighet med självkostnads och likställighetsprincipen.¹²⁵

Simhallen och dess lokaler ägs av det kommunala fastighetsbolaget (fastighetsbolaget). Badanstalten har 12 fast anställda och ett tjugotal timanställda. Dess omsättning 2010 var 10,8 miljoner kr.

Mellan åren 1997-2009 har kommunen gett bidragsstöd till Badanstalten med totalt 14 miljoner kr.

Förutom simhall så driver kommunen i samma lokaler ett gym och en spaanläggning. Gymmet består av en gruppträningslokal, en spinninglokal med 21 cyklar, 16 styrketräningsmaskiner, 20 konditionsmaskiner och två solarier. Gymtjänsterna säljs enbart som ett paket tillsammans med tillgång till simhallen. Det går ej att enbart köpa gymtjänsterna. Omsättningen för gymverksamheten var år 2010 3,8 miljoner kr.

Spaverksamheten består i sin tur av behandlingsrum, ett relaxrum, bastu och jacuzzi och det säljs förutom behandlingar även spaartiklar. Spakunderna får tillgång till gymverksamheten likväl som simhallen. Det går ej att köpa spabehandling utan tillgång till simhall och gym. Spaverksamhetens omsättning var åtminstone 2,6 miljoner kr under 2010.

Ytterligare två gym finns i kommunen. Ett av Westcoast Fitness Center men numera ägt av Nordic Wellness(Westcoast) samt ett som drivs av Quality Spa & Resort Strömstad(Quality).

Westcoast startade 2009 och ger tillgång till gym och gruppträning. Omsättningen för 2010 var ca 2,5 miljoner kr.

Quality bedriver sedan 2007 hotell- och restaurangverksamhet i vilket de även ger tillgång till spa och gym med viss gruppträningsaktivitet.

KKV yrkade i målet på att Badanstalten skulle förbjudas bedriva både gym liksom spaverksamhet samt sådan säljverksamhet som väsentligen överensstämde med dessa.

¹²⁵ Likställighetsprincipen innebär att kommunen inte får särbehandla kommunmedlemmar.

Konkurrensverkets grunder

KKV ansåg att såväl gym som spa utgör säljverksamheter i enlighet med 1 Kap. 5 § KL.

KKV menade att Badanstalten har i egenskap av offentlig aktör konkurrensfördelar jämfört med de privata alternativen och att Badanstalten har en stark position på marknaden för gym i Strömstads kommun samt att den har en stark position på marknaden för dagspa i Strömstads och Tanums kommuner.

KKV hävdade att Badanstaltens gymverksamhet snedvrider eller är ägnad att snedvrیدا förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden. Alternativt att den hämmar eller är ägnad att hämma förekomsten eller utveckling av effektiv konkurrens.

Samma argument framfördes kring spaverksamheten och marknaden för dagspa.

Slutligen hävdade KKV att varken gymverksamheten eller spaverksamheten var förenlig med den kommunala kompetensen och således inte förenlig med lag i enlighet med vad som avses med 3 Kap. 27 § 3st KL.

Badanstalten replikerade med att verksamheten ryms inom den kommunala kompetensen samt att de ej utövar någon verksamhet som snedvrider, är ägnad att snedvrیدا, hämmar eller är ägnad att hämma konkurrensen. De ansåg även att det råder en effektiv konkurrens på både marknaden för träning och för spaverksamhet.

Konkurrensverket utvecklar sin talan och Badanstalten svarar

Mellan 1997-2009 fick Badanstalten sammanlagt 14 miljoner kr i driftsbidrag. Enligt Badanstalten gick inget av detta till gym eller spaverksamheten men eftersom det saknas särredovisning för dessa verksamheter går det ej att verifiera.

KKV håller för troligt att en del av bidraget gått till simhallen men att det också är sannolikt att en stor del av bidragen gått till gym och spa eftersom Badanstalten samordnat entré, reception, omklädningsrum och dusch. Därtill arbetar större delen av den fasta personalen i samtliga verksamheter.

Badanstalten fick inget bidrag 2010 men KKV utesluter inte att den kommer behöva det i framtiden. Årsredovisningen 2010 indikerade att Badanstalten kunde motse betydande hyreshöjningar 2012 och detta skulle sannolikt innebära ett behov av kommunalt stöd.

Badanstaltens hyra var 2006 satt till knappt 1,5 miljoner kr med en avtalsbestämd indexreglering. Hyresavtalet förlängdes med 3 år när det gick ut 2009.

KKV ifrågasätter om hyran är marknadsmässig. Fastighetsbolaget har uppgett att årsbeloppet för 2006 beräknades och att en rabatt på 1,1 miljoner kr gavs. Badanstaltens hyra täcker sålunda endast 60 % av fastighetsbolagets kostnader för lokalen. Fastighetsbolaget uppgav ytterligare att hyran inte beräknats utifrån dess kostnader för lokalen utan utifrån Badanstaltens betalningsförmåga. Anledningen var att Badanstalten fram till 2007 var helägt av fastighetsbolaget och då var man mindre noga med kostnadsfördelningen.

Fastighetsbolagets andra kommunala hyresgäster har dock hyra utifrån fastighetsbolagets självkostnad medan privata hyrestagare har kommersiella kontrakt.

KKV menar att gymverksamheten är en fullskalig gymanläggning. Badanstalten har uppgett att gymmet ej har någon heltidsanställd personal utan endast timanställda vid behov. KKV anser att det kan stämma eftersom Badanstaltens personal arbetar i samtliga verksamheter. Det har framgått av utredningen att gymverksamheten sysselsätter motsvarande 3 heltidsanställda förutom de timanställda gyminstruktörerna.

Mellan 2005-2010 har gymmets omsättning pendlat mellan 3 144 000 kr och 3 840 000 kr. Intäkterna utgör 35-40 % av Badanstaltens intäkter.

Dagspa

Dagspaet uppfördes 2001 av fastighetsbolaget till en omkostnad av 2,4 miljoner kr.

Verksamheten sysselsätter enligt Badanstaltens uppgifter fyra heltidsanställda. Omsättningen för verksamheten har mellan 2005-2010 varierat från 2,1 miljoner kr till 3,4 miljoner kr. Den har sålides stått för 23-31 % av Badanstaltens intäkter.

Kompetens

I kompetensfrågan menar KKV att verksamheterna till skillnad från själva simhallen inte faller inom vad som utgör sedvanlig kommunal kompetens och de är inte sådana verksamheter som normalt inte kan drivas med vinst och är därför inte i behov av allmänna medel för sin existens.

Gymmet kan ej anses vara en sådan idrottsarena som kommuner har rätt att driva. Inte heller är badanstalten en turistanläggning enligt lagen om vissa kommunala befogenheter.

Spaverksamheten är av sådan lyxbetonad karaktär att den inte kan anses utgöra ett allmänt intresse enligt kommunallagen.

När det gäller anknytningskompetensen så hävdar KKV att den kompetensstridiga verksamheten skall efterfrågas i samband med nyttjandet av den kompetensliga verksamheten. Det räcker inte med att kunderna vissa gånger besöker simhallen, andra gånger går till gymmet. Den kompetensliga verksamheten skall vara själva målet med besöket. KKV menar dock att även om detta kriterium var uppfyllt så skulle det inte räcka. Den kompetensstridiga verksamheten är inte så begränsad i omfattning till simhallsverksamheten som anknytningskompetensen kräver. Simhallen står bara för ca en tredjedel av intäkterna medan de två övriga verksamheterna står för resten.

Relevant marknad gym

Emedan Badanstalten menat att gymmet enbart är ett av många alternativ för friskvård och motion anser KKV att gymmet och dess tjänster är en specifik produktmarknad. Detta eftersom gym erbjuder en möjlighet att träna kroppens samtliga muskler och erbjuder en allsidig träning. Därtill är tillgängligheten på ett gym och dess gruppträningspass av en annan form än många andra organiserad gruppträningsaktiviteter som enbart sker på bestämda tidpunkter och begränsade tillfällen.

I fråga om geografisk marknad är den viktigaste faktorn hur långt kunderna är beredda att resa enligt Riksidrottsförbundets undersökning. Enligt FRISK (branschorganisation) är sex till tio minuters färdtid den ungefärliga tiden konsumenten är beredd att resa. Några andra tätorter med gym finns inte inom den restiden från Strömstad.

Få av Strömstad kommuns invånare arbetar på annan ort, 542 av 12000, vilket gör att det saknas grund för att träning på annan ort och att det konkurrenstryck det skulle innebära är av någon större betydelse. Westcoast har uppgett att ca 95 % av deras kunder är från orten. Badanstalten har uppgett att den främst riktar sig till kommuninvånarna. Quality riktar sig till sina gäster.

Relevant marknad dagspa

Enligt ISPA (Branschorganisation) är spa en helhetsupplevelse förknippad med avslappning och reflektion. Enligt Svenska Spahotell är de ord som associeras med spa avkoppling, lugn, njutning etc. KKV anser att kriterierna även är relevanta för dagspa. Spa säljer normalt även artiklar som tvål, tvättsvampar och hudvårdsprodukter. KKV anser således att spa skall ses som en helhetsupplevelse och utgör en icke utbytbar produkt på en egen marknad.

Spamarknaden kan vidare uppdelas i två marknader, dagspa och hotellspa. Badanstalten har förvisso ett samarbete med Laholmen hotell och anser att de är verksamma på båda produktmarknaderna. KKV ifrågasätter inte att ett stort antal av spabesökarna övernattar på hotell i Strömstad men menar att detta inte gör Badanstalten till ett hotellspa då det saknar egna övernattningsmöjligheter.

I fråga om den geografiska marknaden har Spa & Hälsa (Branschorganisation) uppgivit att kunder sannolikt inte är villiga att resa mer än 60 minuter för ett besök vid ett dagspa. Enligt Svenska spahotells undersökning ansåg endast 5 % av gästerna att priset var den viktigaste faktorn. Mot bakgrund av detta anser KKV att kunderna till dagspa i huvudsak kommer välja det närmaste alternativet. Det finns två spa i Strömstad kommun, Badanstalten och Quality. I Tanums kommun finns inga spa och det närmaste spa ligger i Brastad, Lysekil. Sålunda anser KKV att den relevanta marknaden begränsas till Strömstad och Tanum. Norska anläggningar är inte aktuellt på grund av restid och ett högre prisläge.

KKV anser att gym- och spaverksamheterna är konkurrensbegränsande

Det finns tre anläggningar på gymmarknaden; Badanstalten, Westcoast och Quality

Westcoast såldes 2013 till Nordic Wellness som är ett större företag med 103 anläggningar. Westcoast erbjuder ett fullskaligt gym med styrketräningsmaskiner, konditionsmaskiner och fria vikter. Det finns även bastu och duschutrymme. Gymmet är öppet alla dagar. Dess omsättning 2010 var 2,5 miljoner kr.

Quality är enligt KKV inte någon egentlig konkurrent till Westcoast och Badanstalten.

Quality är ett spahotell ca 3 km från Strömstad centrum. Det finns en mindre gymanläggning för styrka och kondition samt viss tillgång till fri gruppträning. Quality erbjuder i motsats till Westcoast och Badanstalten inga månads eller årskort till gymmet även om man kan köpa endags eller tiogångers kort. Inte heller marknadsför spahotellet sitt gym i någon större utsträckning. I dagsläget är gymmet främst till för hotellgästerna. Quality borde dock relativt enkelt kunna expandera sin verksamhet och får anses vara en potentiell konkurrent.

Badanstalten har ca 60 % av marknadsandelarna och Westcoast resterande 40 %.

Badanstaltens omsättning för gym var ca 3,8 miljoner kr år 2010.

Quality erbjuder förutom hotellspa även dagspa och beräknar att den delen av verksamheten omsätter mellan 100 000 kr och 1 miljon kr årligen.

Badanstaltens omsättning för spaverksamhet var 2010 ca 3,3 miljoner kr och Badanstaltens marknadsandelar är således 77 % medan Qualitys är 23 % utifrån en beräknad omsättning på 1 miljon kr.

Badanstaltens konkurrensbegränsande fördelar

Badanstalten har samdrifts- och lokaliseringsfördelar. Gymmet och spaet befinner sig i samma lokaler som simhallen vilken regelmässigt inte går att driva med vinst. Gym och spa delar reception, dusch, omklädningsrum och bastu med simhallen och behöver inte bära kostnaderna för detta till skillnad från privata aktörer.

Därtill kan badhuspersonal användas i gym och spa när så behövs. Gym och spa har tillgång till simhallens pooler. Det är viktigt för en spaanläggning att kunna erbjuda pool och denna kostnad är en stor investering för privata aktörer.

Gym och spaverksamheterna drar nytta av den förmånliga hyressättningen. Även om hyran hade uppgått till självkostnaden så finns fortfarande en fördel jämfört med privata aktörer som måste betala marknadshyra. Badanstalten menar att gym- och spaverksamheterna aldrig betalat en hyra understigande marknadspriset men det saknas särredovisning för att stödja detta.

Badanstalten har även finansiella fördelar bestående i dels kravet att följa självkostnadsprincipen vilket ger en konkurrensfördel. Dels finns tillgång till kapital på förmånliga villkor om kommunen vill göra en investering.

Slutligen är det direkta stödet på ca 14 miljoner kr mellan 1997-2009 som givits till Badanstalten ytterligare en fördel i förhållande till privata aktörer likväl som det faktum att fastighetsbolaget bekostat uppförandet av spalokalerna till en kostnad av 2,4 miljoner kr.

Enligt Badanstaltens årsredovisning 2010 förväntar sig denna också att kommande hyreshöjningar skall täckas av kommunalt stöd.

Badanstaltens invändningar

Strömstad har varit en kurort sedan slutet av 1700-talet och haft turism som en framträdande faktor i kommunen sedan 1800-talet. Badanstalten har en 100-årig tradition av att bedriva friskvård och har betydelse för den allmänna folkhälsan i Strömstad och regionens turism.

Verksamheten har haft en särskilt tydlig profilering mot att tjäna besöksgrupper som normalt inte står i fokus hos kommersiella aktörer; seniorer, gravida, föräldrar med småbarn, överviktiga och funktionshindrade samt personer med rehabiliteringsbehov.

Simbassängen som upptar Badanstaltens yta till största del är Badanstaltens huvudsakliga verksamhet. Inom ramen för simverksamheten uppstod en efterfrågan på kompletterande träning och rehab. Därför används de överblivna vinds- och källarlokalerna som ej kan användas i simverksamheten för träning. Därtill har i anslutning till simverksamheten för att öka dess utnyttjande och de positiva effekterna upprättats enklare faciliteter för massage och behandlingar.

I kompetensfrågan anför Badanstalten att Idrotts- och fritidsaktiviteter ingår i den sedvanliga kommunala kompetensen. De anser att de riktar sig mot andra kundgrupper än de mer

specialiserade aktörerna såsom Westcoast som drivs mot större och mer kapitalstarka kundgrupper. Om verksamheten inte ryms inom sedvanlig kompetens så gör den det åtminstone genom anknytningskompetens.

En stor del av besökarna använder simbassängen i tränings eller rehab syfte och behöver därför träningsredskap i anslutning därtill. Badanstaltens yta är därtill 1486 kvm och enbart 320 kvm utgörs av träningsutrymme.

Badanstalten drivs som en helhet enligt självkostnadsprincipen. Överskottet från gymverksamheten hjälper till att reducera underskottet från simverksamheten och spaverksamheten går plus/minus noll. Verksamhetens totala resultat för 2013 är 2279 kr.

I fråga om spa så är simning och bastu något som har nära anknytning. Spaverksamheten disponerar endast 207 kvm av Badanstaltens yta och står för enbart 4000 besökare årligen medan simhallen har 52000. Spaverksamheten har ett nära och naturligt samband med simverksamheten och är i så begränsad omfattning att den omfattas av anknytningskompetensen.

Befogenhetslagen ger dessutom kommuner rätt att uppföra och driva turistanläggningar, något som kommunen genom sim, spa och gymverksamheten gjort för att tillförsäkra Strömstad kurorts bevarande för turister likväl som kommunmedlemmarna.

Konkurrensen fungerar

Badanstaltens träningsverksamhet syftar inte på något vis till att snedvrیدا eller hindra en effektiv konkurrens. Westcoast startade 2009 och tog enligt KKV på bara två år 40 % av marknadsandelarna och gick från 0 till ca 900 medlemmar på den tiden. Badanstaltens medlemsantal har enbart ökat med 10 personer. Westcoasts omsättning står för 30 % av den företagsgruppens omsättning. Detta visar att konkurrensen i Strömstad varken är hämmande eller snedvriden.

Därtill är Nordic Wellness som förvärvat Westcoast en av Sveriges största gymaktörer med 103 klubbar, 200 000 medlemmar och 300 miljoner kr i omsättning.

Någon underprissättning existerar inte, Badanstaltens erbjudande kostar 640 kr per månad medan Nordic Wellness kostar 279 kr per månad. Westcoast har därtill ett större utbud av träningsredskap och gruppträningspass än vad Badanstalten har.

Alla bidrag som har betalats ut har gått till simverksamheten och ingenting till gym eller spaverksamheterna. Badanstalten vidhåller att hyressättningen gällande spa och gymverksamheten alltid varit marknadsmässig.

Vad anbelangar spaverksamheten är den enkelt inredd och utgör ett komplement till simhallen. Det är vanligt enligt läkarordination att utföra såväl simning som behandlingar. Den typiske svenske kunden spenderar lite tid för behandling och 10 minuter i bubbelpoolen, ofta inom ramen av friskvårdsbidrag. Spaverksamheten har en hög, närmare 70 %, andel norska besökare. Det är enkelt att ta sig mellan Norge och Strömstad. Badanstalten har inte de marknadsandelar KKV påstår. Det geografiska upptagningsområdet omfattar större delen av södra Norge. Det finns flera spa i Oslo som ligger inom en timmes bilfärd från Strömstad. KKV:s argument om att broavgifter har ett inflytande vid resval är inte rimligt. Oslo har en betydande del svenska besökare. Nordby, Skandinavien största handelscentrum ligger mindre än 2 mil från Strömstad centrum och tillresta norrmän konsumerade under 2011 30 % mer i Strömstad än i hela Stockholms län. KKV har även bortsett från spaanläggningen Tanumstrand. Slutligen utgör ca 40 % av Badanstaltens spaverksamhet hotellspa och den rapport KKV använder sig av för att definiera marknaden för dag/hotellspa har tillskapat sina definitioner på godtycklig grund.

Domstolens bedömning

Kompetensfrågan

När det gäller den allmänna kompetensen konstaterar domstolen att denna syftar till att låta kommunerna tillhandahålla allmännyttiga anläggningar och producera nyttigheter av kollektiv natur. Från rättspraxis nämner domstolen sådant som bostäder, energi, kollektivtrafik och idrottsanläggningar m.m. Den skriver att tanken är att kommunerna skal engagera sig i sedvanlig kommunal näringsverksamhet men endast i undantagsfall engagera sig på det egentliga näringslivets område och hänvisar till prop. 1990/91:117 s. 33 f. och 152.

Tingsrätten drar slutsatsen att de ifrågasatta verksamheterna, särskilt spaverksamheten, inte uppvisar de karaktäristiska drag som utgör sedvanlig kommunal verksamhet.

Vad gäller befogenhetslagen anser domstolen det vara avgörande om verksamheterna kan karaktäriseras som turistanläggningar och såldes falla inom den kommunala kompetensen. Tingsrätten nämner hotell, campingplatser och semester och stugbyar liksom friluftsanordningar som exempel. Tingsrätten kommer till slutsatsen att gym och spa inte utgör sådana turistanläggningar som avses i befogenhetslagen.

I frågan om anslutningskompetens ser först domstolen till om det kan finnas ett kvalificerat samband mellan den kompetensenliga och den kompetensstridiga verksamheten. Detta görs utifrån de som nyttjar anläggningens behov och förväntningar. Den hänvisar bl.a. Indén 2008 som vi också använt oss av ovan och konstaterar att det inte går att utesluta när det gäller gymmet att anknytningskompetens föreligger under förutsättning att kommunen säljer friskvårdstjänster i begränsad omfattning. Däremot konstaterar den också att någon anknytningskompetens inte går att finna mellan spa och simhall då de som nyttjar spaet inte kan sägas vara ute efter de tränings eller rehabiliteringseffekter som simhallen erbjuder.

Slutligen konstaterar domstolen att på grund av den stora omfattning som verksamheterna drivs i, de representerar var och en ca en tredjedel av omsättningen, så är anknytningskompetens inte tillämpbar för varken spa eller gym.

Konkurrensfrågan

Domstolen börjar med att gå till förarbetena för konfliktlösningsregeln och väljer att lyfta fram ett par saker. Konfliktlösningsregeln syftar till att komma till rätta med konkurrensnedvridningar som kan uppstå när det offentliga konkurrerar med det privata och att regeln är tillämpbar vid förekomsten eller faran för negativa effekter på konkurrensen. Därtill nämner den att ibland kan den offentliga aktörens blotta närvaro på marknaden ha en snedvridande effekt eller utgöra etableringshinder, att rekvisitet snedvrider tar sikte på situationer då det inre råder konkurrens på så lika villkor som möjligt samt att effekterna måste vara av någon betydelse för att ett förbud skall vara aktuellt.

För en mer utförlig insyn i domstolens reflektioner kring förarbetena hänvisas till själva domen.

Relevant marknad

Vid bedömningen av den relevanta marknaden går domstolen på KKV:s linje och fastställer den till gymtjänster i Strömstad. Även vid bedömningen av den relevanta marknaden för dagspa gick tingsrätten på KKV:s linje och fastställde den till Strömstads och Tanums kommuner.

Badanstaltens ställning på marknaden för gym

Badanstalten och Westcoast är de som erbjuder mer fullskaliga gym och de har generösa öppettider. Badanstaltens omsättning var 2010 3,8 miljoner kr och Westcoasts omsättning var 2,5 miljoner kr. Quailtys anläggning konstaterar domstolen är mindre och närmast en integrerad del av hotellets spaverksamhet. Domstolen utgår från att Badanstalten har en marknadsandel på 60 % och Westcoast har resterande 40 %.

Badanstaltens ställning på marknaden för dagspa

Badanstaltens omsättning var 2010 2,6 miljoner kr. Quality uppskattade sin omsättning till mellan 100 000 kr och 1 miljon kr. Domstolen konstaterar att Badanstalten förefaller ha en betydande marknadsandel.

Badanstaltens fördelar som offentlig aktör

Domstolen konstaterar att samnyttjandet av personal för simhallen och gym och spaverksamheten utgör en fördel som Badanstalten har som offentlig aktör. Samma gäller samnyttjandet av omklädningsrum, duschar, bastu och reception.

Domstolen konstaterar även att Badanstalten har en förmånlig hyra vilken inte uppgår till fastighetsbolagets självkostnader. Detta får i jämförelse med privata aktörer vilka måste betala marknadsmässig hyra ses som en fördel.

Tingsrätten håller det för sannolikt att en del av de driftsbidrag på 14 miljoner kr som utdelats till Badanstalten mellan 1997-2010 har kommit gym och spaverksamheterna tillgodo.

Tingsrätten betraktar även det faktum att fastighetsbolaget har bekostat iordningställandet av spalokalerna till en summa av 2,4 miljoner kr som en konkurrensfördel.

Effekterna på konkurrensen

Domstolen konstaterar att trots Badanstaltens existens på marknaden etablerades Westcoast 2009. Ägaren till Westcoast konstaterade att etableringen var trög i början men att Westcoast med tiden kom att kunna erbjuda en mer omfattande gymverksamhet än Badanstalten.

Westcoast har sedan förvärvats av Nordic Wellness, ett stort företag i branschen.

Quailtys gymverksamhet är i mindre skala och domstolen betraktar den ej som en konkurrent till Badanstalten men får i alla fall ses som en potentiell konkurrent. KKV har ej presenterat någon utredning om Badanstaltens inverkan på Quality.

Domstolen konstaterar att utredningen ej är tillräcklig för att den skall kunna dra några slutsatser kring Badanstaltens effekt på konkurrensen.

I fråga om Badanstaltens dagspaverksamhet anser domstolen att det inte är visat att den haft konkurrens effekt. Quality som primärt är ett spahotell har i sin spaverksamhet haft en av KKV godtagen omsättning på 1 miljon kr. Därtill finns ytterligare ett spa vid Tanumstrand som tillhandahåller spatjänster.

Sammantaget anser domstolen att KKV:s utredning ej är tillräcklig för att dra slutsatsen att Badanstaltens närvaro har snedvridande eller hämmande konkurrens effekt.

Slutligen tittar domstolen på om Badanstaltens verksamhet är ägnad att snedvrida eller hämma konkurrensen. Domstolen frågar sig om KKV lyckats visa att förhållandena är ägnade att påverka konkurrensen på marknaden. Domstolen konstaterar att Westcoast lyckats etablera sig och driva gymverksamhet vilket senare kunnat säljas till ett större företag och att ytterligare en spanläggning tillkommit, Tanumstrand. Domstolen konstaterar också att någon utredning om att verksamheterna skulle skada drivkraften till konkurrens eller marknadsmekanismerna ej har lagts fram. Tvärtemot framgår av utredningen att Badanstalten ej underprissatt sina gymtjänster och att Westcoast ej har fått upphöra med sin verksamhet

eller haft svårt att expandera. Inte heller kan man dra slutsatsen att ytterligare gym eller spa skulle existera i en så liten kommun som Strömstad om Badanstalten inte funnits.

Således lämnar domstolen KKV:s talan utan bifall.

Kommentarer till domen

Ett par intressanta frågeställningar dyker upp när man närmare granskar domen.

Den första och kanske mest uppenbara frågan är; Underkände tingsrätten Strömstad kommuns kompetens på samtliga områden varpå de sedan fortsatte med konkurrensbedömningen såsom om ingenting hänt? I så fall varför?

Skall det förstås som att domstolen ej anser sig ha möjlighet att förbjuda en verksamhet enbart på den grund att den ej är kompetenslig?

Förarbetena lutar starkt åt det hållet. Det är svårt att hitta stycken i propositionen som pekar åt ett annat håll. Först dock ett par citat som skulle kunna stödja tanken att kompetensstridig verksamhet kan förbjudas enbart på den grunden.

”I fråga om det kommunala området finns det således en omfattande reglering genom kommunallagen och lagen om vissa kommunala befogenheter. Denna reglering får anses vara så omfattande och heltäckande att den bör kunna läggas till grund för bedömningen av vad som beträffande kommunal säljverksamhet är försvarbart från allmän synpunkt. En kommunal verksamhet som är förenlig med kommunal-lagen eller någon specialförfattning om kommuners säljverksamhet är följaktligen försvarbar från allmän synpunkt. Något förbud ska därför inte få meddelas mot en kommunal verksamhet som sådan om den är förenlig med lag.”¹²⁶

En rimlig tolkning av ovanstående citat vore att förbud får ges om den kommunala verksamheten ej är förenlig med lag. Detta kan förstärkas med ytterligare ett kort citat ” Den principiella utgångspunkten är att ett förfarande som strider mot lag etc. saknar försvarbarhet från allmän synpunkt.”¹²⁷

Denna tankegång modifieras dock av nästa två citat.

¹²⁶ Prop 2008/09:231, s. 38-39

¹²⁷ Prop 2008/09:231, s. 58

”En grundförutsättning vid tillämpningen av en konfliktlösningsregel mellan offentliga och privata aktörer bör vara förekomsten av, eller fara för, negativa effekter för konkurrensen. Regeln bör ta sikte på konkurrensbegränsningen som sådan, dvs. effekterna för själva konkurrensen. Den fråga som ska besvaras vid prövningen i det enskilda fallet är om beteendet skadar drivkrafterna till konkurrens samt själva mekanismerna på marknadsplatsen.”¹²⁸

”Såsom anges i avsnitt 5.2 är det flera rekvisit i konfliktlösningsregeln som måste uppfyllas för att den ska vara tillämplig i det enskilda fallet. För det första måste det vara fråga om en säljverksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § konkurrenslagen som den offentliga aktören bedriver, för det andra ska det vara fråga om ett förfarande – eller en verksamhet när det är aktuellt – som snedvrider eller är ägnat att snedvrیدا förutsätt-ningarna för en effektiv konkurrens på marknaden och för det tredje ska, när det är ett förfarande som bedöms, detta inte vara försvarbart från allmän synpunkt.”¹²⁹

Det tycks som att uppsatsförfattarens ansträngning att i förarbetena hitta något som möjliggör ett förbud enbart på kompetensstridig grund har fallit platt. Det framgår av de två senare citaten att för att ett förbud skall kunna vara aktuellt krävs, även i fall av kompetensstridighet, att en konkurrenssnedvidande faktor är närvarande. Kompetensstridigheten innebär vid en bedömning endast att ett konkurrenssnedvidande beteende inte kan vara försvarbart ur allmän synpunkt.

Sålunda kan vi också konstatera att tingsrättens tillvägagångssätt i sin bedömning är fullständigt rationellt och att tingsrätten saknar grund för förbud om inte beteendet ifråga är konkurrenssnedvidande.

Sett utifrån en hollistisk synvinkel förefaller det onödigt snävt att inte kunna ingripa vid en konstaterad kompetensstridighet. Utifrån konkurrensrättens allmänna syfte att främja effektiv konkurrens så är det däremot förståeligt att nedslag inte görs i helt andra rättsområden när konkurrensen inte påverkas. Eftersom konfliktlösningsregeln inte tillåter förbud mot kompetensstridigt verksamhet per se så återstår därmed enbart lagprövningsinstitutet med alla dess restriktioner. Svaret på varför det är så ligger enligt Indén möjligen i kommunernas behov av rättssäkerhet när de utövar det lokala demokratiska självstyret.¹³⁰

När det gäller konkurrensaspekten uttalar tingsrätten ett flertal gånger att någon konkurrenssnedvidande effekt inte kunnat påvisas utifrån KKV:s utredning. Är tingsrättens bedömning riktig, vad måste man visa på för att en snedvidande effekt skall vara synlig och vad kunde KKV gjort annorlunda?

¹²⁸ Prop 2008/09:231, s. 36

¹²⁹ Prop 2008/09:231, s. 47

¹³⁰ Indén, s. 73

Låt oss jämföra med ett annat fall för att se om det bringar någon klarhet.

4.2.4 Skelleftebuss (Stockholms Tingsrätt T 8160-11)

Skelleftebuss Aktiebolag är ett av Skellefteå kommun via Skellefteå Stadshus AB ägt bolag. Bolagets huvudverksamhet är att bedriva regional och interregional linjetrafik. Dess omsättning var avrundat 128 miljoner kr under 2009, 135 miljoner kr under 2010, 137 miljoner kr under 2011 och 152 miljoner kr under 2012.

Skelleftebuss kör bl.a. stadstrafik i Skellefteå, skolskjutsar och åt kollektivtrafikmyndigheten linjetrafik som är tidtabellsbunden. Till linjetrafiken används ca 110 bussar.

Dessutom så erbjuder bolaget beställningstrafik till privatpersoner och företag. Den verksamheten innebär uthyrning av buss tillsammans med chaufför till grupper som beställer färd för en viss sträcka. Omsättningen för beställningstrafik var 2009 7,8 miljoner kr varav ca 80 % var till privata kunder vilket utgör omkring 4,4 % av bolagets totala omsättning. Ca 80 % av privatkunderna är föreningar och resterande del företag.

Förutom Skelleftebuss finns åtta andra aktörer som bedriver beställningstrafik inom kommunen. Fyra av dem mycket små med enbart en buss vardera och de resterande fyra med 4-17 bussar. Av de fyra sistnämnda bedriver tre av dessa även linjetrafik. Tillsammans omsätter dessa bolag 16 miljoner kr och således har Skelleftebuss en marknadsandel på 47 %.

Parterna i målet var ense om att verksamheten utgjorde säljverksamhet som omfattas av KL och var vidare ense om att den relevanta marknaden var beställningstrafik som utgick från Skellefteå kommun. KKV yrkade på att bolaget skulle förbjudas bedriva beställningstrafik utifrån att det skulle hämma eller var ägnat att hämma konkurrensen samt att verksamheten inte var kompetenslig. Bolaget bestred detta.

I fråga om kompetensligheten gick domstolen in på tre områden. Befogenhetslagen, den allmänna kommunala kompetensen samt anknytnings och överskottscompetensen.

I fråga om befogenhetslagen konstaterade domstolen att denna reglerar lokal och regional linjetrafik men inte den typen av beställningstrafik som det gällde i målet.

När det gäller den allmänna kompetensen konstaterar domstolen att enbart ett annat kommunalt bolag i Sverige bedriver beställningstrafik och i mycket begränsad omfattning.

Bolaget ansåg att behörigheten fanns där eftersom beställningstrafiken tillgodosåg ett transportbehov hos föreningslivet. Domstolen konstaterar dock att verksamheten på inget vis var subventionerad till föreningslivet utan bedrivs på affärsmässiga grunder samtidigt som det genom förhör framkommit att det finns privata aktörer på marknaden som kan förse dessa tjänster. Därtill riktar sig ca 20 % av beställningstrafiken till företag och således kan beställningstrafiken enligt domstolen inte anses grundad på den allmänna kompetensen.

Någon anknytningskompetens kunde domstolen inte heller finna eftersom denna baseras på ett kvalificerat samband utifrån nyttjarnas perspektiv och utifrån det är beställningstrafik och linjetrafik skilda. Inte heller drevs verksamheten i begränsad omfattning eller i enlighet med självkostnadsprincipen. Överskottscompetensen omöjliggjordes av det faktum att beställningstrafiken varit i drift sedan 1974 och att bolagets överkapacitet får betraktas vara av permanent art. Domstolen drog slutsatsen att beställningstrafiken inte var förenlig med lag.

Vid bedömningen huruvida verksamheten var konkurrensbegränsande drog domstolen följande slutsatser.

Skelleftebuss hade mellan åren 2000-2011 redovisat ett negativt rörelseresultat på 66 miljoner kr. 2009 fick bolaget ett koncernbidrag på 50,3 miljoner kr och under 2000-2011 var de totala koncernbidragen 57,7 miljoner kr. Även om bidragen i fråga endast handlat om bokslutsdispositioner och inte likvida medel anser domstolen att bolaget fått sina förluster täckta av kommunen. Till vilken del detta kommit beställningstrafiken tillgodo var ej möjligt att avgöra eftersom någon särredovisning inte gjorts, men domstolen konstaterar att beställningstrafiken hänger samman med den övriga verksamheten i bolaget. Ur den synvinkeln anser domstolen att Skelleftebuss som offentlig aktör kunnat driva beställningstrafiken med betydande säkerhet och utan påtagliga risker utifrån kommunens bidrag.

2011 omvandlades dessutom bolagets långfristiga lån till en koncerngemensam kredit hos kommunens interna bank. Således får bolaget tillgång till medel utan att behöva genomgå en kreditprövning till skillnad från privata bolag. Något som stärker bilden av att bolaget har finansiella fördelar som offentlig aktör.

Det faktum att domstolen konstaterat att bolaget bedriver verksamheten kompetensstridigt och dessutom har fördelar som offentlig aktör anser domstolen redan indikerar att bolagets

säljverksamhet är i vart fall ägnad att påverka konkurrensen negativt. En vidare bedömning måste enligt domstolen dock göras innan några slutsatser kan dras.

Domstolen konstaterar att bolaget har en marknadsandel på närmare 50 %, att den största konkurrenten har 3 bussar för beställningstrafik och att övriga konkurrenter är mycket små.

I jämförelse så finns på marknaden i Östersund med 10 000 färre invånare sex bussbolag som bedriver beställningstrafik med sammanlagt 16 bussar. I Umeå, som förvisso är större finns 7-8 bussbolag som bedriver beställningstrafik.

De representanter för de mindre bussbolagen som det hållits förhör med har samtliga uppgivit att de är intresserade av att expandera sina verksamheter i Skellefteå.

Skelleftebuss tycktes enligt domstolen ha en stark marknadsposition och konkurrenterna är små vid en jämförelse med andra marknader. Tingsrätten utgår från att Skelleftebuss starka position på marknaden hänger samman med att det är en offentlig aktör i och med att konfliktlösningsregeln utgår från att det finns en grad av samband mellan offentligt ägande av en aktör och dennes agerande på en marknad. Således drar tingsrätten slutsatsen att Skelleftebuss agerande på marknaden för beställningstrafik hämmar konkurrensen.

Den marknadsandel som bolagets har och dess starka position på marknaden innebär enligt domstolen att den konkurrenshämmande effekten är av någon betydelse.

Bolagets närvaro på marknaden kan inte betraktas som konkurrensneutral utifrån ett behov av att upprätthålla en nödvändig service i och med närvaron på marknaden av privata aktörer.

Tingsrätten förbjuder därmed verksamheten.

Kommentarer till domen i Skelleftebuss

Vi har redan konstaterat så mycket som att en kompetensstridig verksamhet i sig inte utgör skäl nog att tillämpa konfliktlösningsregelns förbud. Däremot så har tingsrätten här, till skillnad från Strömstadmålet, ansett att företagets agerande på marknaden hämmar konkurrensen.

Eftersom vi använder Skelleftebusmålet för att kontrastera Strömstadmålet så fortsätter vi här med en gemensam kommentar kring konkurrenssnedvridning.

Till att börja med kan vi se att i Strömstadfallet bedöms badanstaltens marknadsandelar för gym uppgå till 60 % och spatjänsterna anses åtminstone betydande medan i Skelleftebuss är kommunens marknadsandel kring 50 %. Båda dessa är höga siffror och aktörerna får betraktas som dominanta på marknaden, särskilt när man tar i beaktande aktörernas finansiella ställning. Vidare har i Strömstadfallet badhuset bedömts ha både stordriftsfördelar, förmånlig hyressättning, finansiella fördelar i form av tillgång på billiga krediter och kommunalt driftstöd. Skelleftebuss har även de fått kommunala subventioner och har en tillgång till billiga krediter.

Det som främst tycks skilja fallen åt är hur konkurrensen i övrigt ser ut på marknaden. I Skelleftebuss finns ett flertal små konkurrenter som har en önskan att utöka sin verksamhet. Jämförelser har även gjorts med hur liknande marknader i andra kommuner ser ut.

I Strömstadfallet har ingen jämförelse med någon annan lokal marknad gjorts och antalet konkurrenter är färre. Quality bedöms endast som en potentiell konkurrent och Westcoast har lyckats starta upp sin verksamhet och växa under rådande förhållande. Dessutom är Westcoast nu ägt av en större kedja som får antas ha betydande finansiell styrka.

I fråga om spaverksamheten lyckades inte heller KKV att visa på någon konkurrenssnedvridande effekt och ytterligare ett företag har framträtt på marknaden sedan stämningen först ingavs.

Detta visar om något på svårigheterna i att påvisa att konkurrenssnedvridande eller hämmande effekter föreligger. Bara det att Badanstalten har en så stark ställning på marknaden kan man tycka borde få domstolen att höja på ögonbrynen. Domstolen uttalade att man utifrån utredningen inte kunde dra slutsatsen att det skulle finnas utrymme för fler gym eller spa på den relevanta marknaden om inte Badanstalten fanns. Detta förefaller uppsatsförfattaren vara ett konstigt resonemang utifrån de marknadsandelar man precis konstaterat att Badanstalten har.

Det har i Strömstadfallet även konstaterats att någon underprissättning inte skett vilket man annars kanske skulle förvänta sig av ett kommunalt gym. Detta kan troligtvis förklaras av det kopplingsförbehåll kommunen implementerar i köpet av gym- och spatjänster. Det går som nämnt inte att köpa ett gymkort utan tillgång till simhallen eller spatjänster utan tillgång till

både gym och simhall. Om kommunen i stället drivit gymmet och spaet som skilda bolag från simhallen är det möjligt att utgången blivit en annan. Det är inte orimligt att tänka sig att prisbilden i det fallet för gymtjänsten hamnat på nivåer betydligt närmare de som Westcoast håller och frågan om underprissättning hade åter aktualiserats.

I efterhand anser uppsatsförfattaren att tingsrättens dom förvisso är förståelig, men att utgången sannolikt hade blivit en annan om KKV hade varit mer utförligt i sitt försök att visa på ett konkurrenssnedvridande beteende.

Slutligen kan man undra om inte kopplingsförbehållet i sig borde utgöra ett förbjudet missbruk av dominerande ställning i enlighet med 2 Kap. 7 § 4p KL med tanke på Badanstaltens marknadsandelar. Något som måhända KKV kan fundera över vid en framtida talan men som tyvärr inte ryms i denna uppsats.

5 Statsstöd och offentliga företag ur en EU-rättslig synvinkel

5.1 Allmänt

Vi har redan nämnt en del ovan om EU-rättsliga inslag inom konkurrensrätten. Vår egen konkurrenslag återspeglar i stort EUs egna konkurrensklausuler och art. 102 FEUF har behandlats tillsammans med beskrivningen av tillämpningen av vårt eget förbud mot missbruk av dominerande ställning. Sålunda kommer den delen inte att återbesökas.

Den första frågan man bör ställa sig är; Vad anser EU om att det finns offentligt ägda företag? Det korta och koncisa svaret är: EU anser ingenting. Detta skall vi dock utveckla lite.

Artikel 345 FEUF lyder ”Fördragen ska inte i något hänseende ingripa i medlemsstaternas egendomsordning” Ur det kan vi utläsa att vem som äger ett företag inte är något som angår EU. Sålunda spelar det ur EU-rättslig synvinkel ingen roll om kommunerna producerar stål, levererar IT-tjänster eller driver gym under förutsättning att de för den interna marknaden etablerade spelreglerna efterlevs. Som Craig och De Búrca påpekar så är det ingenting ovanligt i blandekonomiska system att det förekommer offentligt ägande.¹³¹

Att EU inte reglerar vem som kan äga vad kan vid först anblicken tyckas självklart och ointressant att notera. Poängen är dock att det inte betyder att EU befinner sig vid någon punctum archimedes utan att ha gjort ett ställningstagande för en viss typ av samhällsordning. Tvärtom är fokuset på den inre marknaden, de fyra friheterna och den mobilitet av produktionsfaktorer och fokus på effektiv konkurrens i allra högsta grad ett val av marknadskultur.¹³²

Offentligt ägande har potentialen att skapa stora obalanser på marknaden och av den anledningen finns ett omfattande regelverk kring statsstöd och den generella driften av offentligt ägda företag vilket vi skall behandla här nedan.

¹³¹ Craig & De Búrca, *EU LAW TEXT, CASES, AND MATERIALS*, Fifth edition, Oxford University Press, 2011, s. 1072-1073

¹³² Craig & De Búrca, *EU LAW TEXT, CASES, AND MATERIALS*, Fifth edition, Oxford University Press, 2011, s. 604-605

5.2 Potentiella problem

Författaren ser två, bitvis parallella och sammankopplade, resonemang som behöver utvecklas och vilka eventuellt kan påverka kommunal gymdrifts förenlighet med EU-fördragen. Såsom med alla EU-rättsliga resonemang inom marknadsrätten förutsätter dessa att samhandelskriteriet är uppfyllt, är det inte det så har EU-fördragen ingen inverkan på det nationella handlingsplanet.

Artikel 106 FEUF nedan föreskriver att i fråga om offentliga företag så skall dessa inte vidta eller bibehålla några åtgärder som strider mot fördragsreglerna, i synnerhet de som rör konkurrensfrågor. Ändock, om man ser till en kommunal gymverksamhet, så agerar denna under självkostnadsprincipen vilket innebär att kommunen är förhindrad att driva verksamheten utifrån en affärsmässig prissättning. Resultatet av detta kan bli en konkurrenssnedvridande effekt på marknaden för gymtjänster och frågan är om inte skyldigheten att hålla sig inom ramen för självkostnadsprincipen skulle kunna betraktas som konkurrenssnedvridande i sig.

Det finns ett par förutsättningarna som behöver vara uppfyllda för att ett sådant resonemang skall hålla. Undantagen som aktualiseras genom att en tjänst betecknas som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse får inte gälla och samhandelskriteriet, troligast kanske i betydelsen att den konkurrenssnedvridande effekten på lokal nivå avskräcker utländska investerare från att engagera sig på marknaden, måste vara aktuellt.

Det andra benet på resonemanget handlar om statsstöd och huruvida detta inte borde aktualiseras så fort en kommun väljer att skjuta till medel till sitt gym. Detta utvecklas vidare nedan efter att vi avhandlat det första benet och artikel 106 FEUF.

5.3 Offentliga företag och företag med särskilda eller exklusiva rättigheter

Artikel 106 FEUF lyder som följer:

”1. Medlemsstaterna ska beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter inte vidta och inte heller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i fördragen, i synnerhet reglerna i artiklarna 18 samt 101–109.”

”2. Företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol ska vara underkastade reglerna i fördragen, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot unionens intresse.”

”3. kommissionen ska säkerställa att bestämmelserna i denna artikel tillämpas och, när det är nödvändigt, utfärda lämpliga direktiv eller beslut vad avser medlemsstaterna.”

Från ovanstående citat kan vi läsa att p.1 föreskriver att offentligt ägda företag och de företag som av det offentlig tilldelats särskilda rättigheter ej skall agera på ett vis som strider mot fördraget eller bibehåller fördragsstridiga åtgärder. P.2 utvecklar detta med att ta upp möjligheten till undantag från konkurrensreglerna om det bedöms som nödvändigt för att utföra vissa tjänster. P.3 anger slutligen att kommissionen är det organ som övervakar och säkerställer reglernas åtföljnad.

Indén skriver om artikel 86.2 EG (Nuvarande art 106.2 FEUF) att den precis som andra undantag från gemenskapsrätten skall tolkas restriktivt och att det åligger den som gör undantaget gällande att visa dess tillämplighet. Det framgår av bestämmelsen att undantaget bara skall gälla om något annat sätt att uppfylla verksamhetens syfte inte finns. För att avgöra om undantaget är tillämpligt måste företaget i fråga ha anförtrotts att tillhandahålla en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. Sedan måste det avgöras om konkurrensreglerna ifråga hindrar verkställandet av tjänsten och om ett undantag är proportionerligt med tjänstens syfte.¹³³

¹³³ Indén, s. 158-159

5.4 Vad är tjänster av allmänt ekonomiskt intresse?

Artikel 14 i FEUF lyder som följer:

”Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 4 i fördraget om Europeiska unionen och artiklarna 93, 106 och 107 i det här fördraget och med beaktande av den betydelse som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har för unionens gemensamma värderingar och den roll som dessa tjänster spelar när det gäller att främja social och territoriell sammanhållning, ska unionen och medlemsstaterna, var och en inom ramen för sina respektive befogenheter och inom fördragets tillämpningsområde, sörja för att sådana tjänster utförs på grundval av principer och villkor, särskilt ekonomiska och finansiella, som gör det möjligt för dem att fullgöra sina uppgifter. Europaparlamentet och rådet ska genom förordningar i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet fastställa dessa principer och villkor, utan att det påverkar medlemsstaternas befogenheter att i överensstämmelse med fördragen tillhandahålla, beställa och finansiera sådana tjänster.”

Termen tjänster av allmänt intresse har nämnts av kommissionen ett flertal gånger men definieras inte i sig av fördraget. Det närmaste man kommer är ovanstående artikel 14 FEUF samt artikel 106.2 FEUF vilka talar om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Tjänster av allmänt intresse täcker både marknadsorienterade och icke marknadsorienterade frågor och är vagt definierad.¹³⁴ För vår del ligger fokus dock på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och således behöver vi inte täcka något utöver det.

Craig & De Búrca skriver att tjänster av allmänt intresse, och inkluderat i detta de av ekonomiskt intresse, ses som ”en av hörnpelarna i den europeiska samhällsmodellen”¹³⁵. Tillgång till dessa ses som ”essentiella delar av det europeiska medborgarskapet och nödvändiga för att låta dem [medborgarna]¹³⁶ tillfullo åtnjuta deras fundamentala rättigheter”¹³⁷ De vanliga marknadsprinciperna får modifieras i den utsträckning det är nödvändigt för att dessa tjänster skall kunna utföras och för de som förser dessa tjänster följer vissa skyldigheter. Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är de marknadsaktiviteter som troligast kan få undantag i enlighet med artikel 106.2 FEUF eller när det gäller att bli undantaget från att karaktäriseras som statsstöd, enligt artikel 107 FEUF.¹³⁸

Bernitz anser att artikel 106.2 FEUF är svårtolkad men har åberopats många gånger för att försvara återstående regleringar på olika medlemsstaters marknader. Kärnan i artikeln är dock

¹³⁴ Craig & De Búrca, EU LAW TEXT, CASES, AND MATERIALS, Fifth edition, Oxford University Press, 2011, s. 1073-1074

¹³⁵ White Paper on Services of General Interest, COM(2004)374, p4, fritt översatt från engelska

¹³⁶ Författarens anmärkning.

¹³⁷ White Paper on Services of General Interest, COM(2004)374, p4, fritt översatt från engelska

¹³⁸ Craig & De Búrca, EU LAW TEXT, CASES, AND MATERIALS, Fifth edition, Oxford University Press, 2011, s. 1074

de undantag som får göras från konkurrensreglerna då det är nödvändigt för tjänsternas fullgörande. Som exempel på sådana tjänster som uppvisar allmänt intresse anger han reklamfri TV, särskild service på kommunikationsområdet, hälso- och sjukvård samt utbildning.¹³⁹

Om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse skriver Indén att dessa av ”kommissionen definierats som tjänster som utförs på affärsmässiga grunder men som bedömts ligga i allmänhetens intresse enligt särskilda kriterier och som därför omfattas av särskilda förpliktelser från medlemsstaternas sida.”¹⁴⁰ Vidare är det också nödvändigt att verksamheten skiljer sig från annan ekonomisk verksamhet och att den inte hade kunnat utföras på den öppna marknaden. I och med att det inte finns någon fastlagd definition av vad som utgör en sådan tjänst står det medlemsstaterna förhållandevis fritt att själva avgöra vad som är en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse utifrån den egna socioekonomiska kontexten. Dock har kommissionen möjlighet att uttala sig om vad som kan anses utgöra en sådan tjänst och EU-domstolens praxis visar också på detta.¹⁴¹

Som exempel på tjänster som *inte* utgör en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse anger Indén lastning, lossning, lagring och övrig hantering av varor i en hamn med motiveringen att dessa inte särskiljer sig med några speciella kännetecken i förhållande till annan ekonomisk verksamhet. Exempelen härstammar från EU-domstolens praxis i målen C-179/90 och C-242/95. I målet C-266/96 ansåg dock EU-domstolen att lotsning var en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse då lotsen hade skyldighet att tillhandahålla tjänsten till alla trafikanter. Likaså har åläggandet att samla in, befordra och dela ut post till alla konsumenter och på samma villkor till ett enhetligt pris bedömts vara en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse utifrån EU-domstolens praxis i C-320/91¹⁴²

Därtill är bostadsförsörjning och avfallshantering ytterligare två områden vi kan lägga till till listan av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.¹⁴³

Som summering skriver Indén att ett allmänt ekonomiskt intresse sålunda består av en ekonomisk service av sådan dignitet för det allmänna att det berättigar ett ingripande för att säkerställa att tjänsten verkligen tillhandahålls.¹⁴⁴

¹³⁹ Bernitz Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, tredje upplagan, Nordstedts Juridik, 2011, s. 222

¹⁴⁰ Indén, s. 160

¹⁴¹ Indén, s. 160-161

¹⁴² Indén, s. 161

¹⁴³ Madell, Tom, *Tjänster av allmänt intresse – ett svenskt perspektiv*, SIEPS 2011:8, s. 7

Slutligen krävs också för att en tjänst av allmänt intresse skall föreligga att företaget ifråga fått ett formellt uppdrag att utföra tjänsten. Det behöver dock inte ske genom reglering i lag utan annan myndighetsutövning eller administrativa åtgärder är också acceptabelt. Ett privaträttsligt avtal räcker dock ej. Enligt kommissionens dokument *Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och statligt stöd 12/11/2002* måste bland annat specificeras förplikternas natur, det berörda företaget, ansvaret för försäljningspris, eventuellt kompensationsbelopp samt förpliktelseernas tillämpningstid, normalt ej mer än fem år.¹⁴⁵

Kan man då anse att ett gym utgör ett exempel på en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse?

Utifrån ett EU perspektiv spelar det inte någon roll på vilken nivå inom den nationella hierarkin som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse definieras och det kan således ske utifrån kommunal nivå. Detta är också i linje med tankar om regionalt självstyre och EUs subsidiaritetsprincip.¹⁴⁶ På det svenska planet är det dock oreglerat på vilken nivå vi avser att den här typen av definitioner skall göras. Det betyder i sin tur att en kommun som hävdar något vara en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse också gör detta på eget bevåg utan att sådan kompetens blivit tilldelad från en högre nivå inom den svenska normhierarkin.

Gymverksamhet tycks även sakna den nivå av allmänintresse och här talar vi inte om allmänintresse utifrån kommunallagen utan utifrån ett europeiskt perspektiv, som dessa tjänster bör uppbära.

De tjänster som inom doktrin och praxis anses ge uttryck för ett sådant intresse tycks ligga på mer fundamental nivå än gymverksamhet. Det talas om essentiella delar av det europeiska medborgarskapet och viktiga former av främst infrastrukturkaraktär såsom kommunikation, sjukvård och ett fungerande postväsende.

Vidare särskiljer sig i uppsatsförfattarens ögon inte en gymverksamhet från någon annan ekonomisk verksamhet i betydelsen att det skulle behöva ett allmänt ingripande för att tillgodose allmänhetens behov av en sådan tjänst.

¹⁴⁴ Indén, s. 162

¹⁴⁵ Indén, s. 162-163

¹⁴⁶ Madell, Tom, *Tjänster av allmänt intresse – ett svenskt perspektiv*, SIEPS 2011:8, s. 26-28

Således är det inte troligt att gymverksamhet vid en bedömning i domstol skulle komma att betraktas som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. Detta är viktigt eftersom en sådan status är nödvändig för att undantag från EU:s allmänna konkurrensregler skall komma på tal.

Eftersom artikel 106 FEUF föreskriver att medlemsstaterna genom sina företag eller företag som de gett särskilda rättigheter inte får skapa eller upprätthålla åtgärder som bryter mot fördraget krävs slutligen att art. 106 FEUF läses i samband med någon annan artikel, som företagen i fråga bryter mot. Med detta har resonemanget *gone full circle* som det engelska uttrycket lyder. Vi har tidigare gjort antagandet att kommuner inte engagerar sig i konkurrensbegränsande avtal enligt art. 101 FEUF vilket vi står fast vid och då återstår bara missbruk av dominerande ställning enligt art. 102 FEUF. Vi kan således inte bara schablonartat anse att en prissättning utifrån självkostnaden i sig är konkurrensnedvridande utan både en dominansbedömning och påvisande av missbruk är nödvändigt.

Uppsatsförfattaren ser detta som olyckligt i och med att en aktör som följer självkostnadsprincipen i sig utgör ett inslag av planekonomi på marknaden. Om ett offentligt företag har en likartad eller högre prisbild än ett motsvarande privat företag innebär detta i praktiken att det offentliga företaget är mindre effektivt än det privata och således slösar med offentliga medel. Håller det å andra sidan ett lägre pris betyder det sannolikt att verksamheten korssubventioneras eller gynnas på något annat vis av sin offentliga ställning, alternativt mindre sannolikt att den offentliga verksamheten faktiskt är mer effektiv. Det privata kommer då att ha mycket svårt att överleva eller överhuvudtaget ge sig in på marknaden. Även om det offentliga mot förmodan skulle vara mer effektivt kommer prisbildningsmekanismen på sikt att slås ut, de privata alternativen och konkurrenstrycket med dem falla bort, och incitamenten för att bedriva en effektiv rörelse kommer minska.

En sista reflektion är kring undantaget i art. 106.2 FEUF och hur detta förhåller sig till det rent inhemska regelverket som är konfliktlösningsregeln. I enlighet med EU-rättens högre ställning än nationell rätt i normhierarkin får det antagas att art. 106.2 FEUF kan ha en inverkan om samhandelskriteriet är uppfyllt.

Regeringen skriver i sin proposition att vid tillämpningen av konfliktlösningsregeln på ett sådant beteende som omfattas av det EU-rättsliga regelverket kring missbruk av dominerande ställning men som är tillåtet enligt art. 106.2 FEUF får detta betraktas som att beteendet är

försvarbart ur allmän synpunkt. Därför anser regeringen att någon grändragningsproblematik inte uppstår.¹⁴⁷

En annan situation som kan uppstå är att ett konkurrenshämmande beteende har sin grund i att ett av EU godkänt statsstöd lämnats till den offentlige aktören. Regeringen ser dock inget problem i en förbudstalan enligt konfliktlösningsregeln i ett sådant fall i och med att statsstödet är något som får lov att ges men som inte utgör en skyldighet.¹⁴⁸

Hedelin är generellt av samma åsikt om art. 106.2 FEUF och dess förhållande till nationell rätt. Han skriver att det enbart är då det finns en samhandelseffekt och tillämpningen av nationella regler får en annan utgång än de gemenskapsrättsliga som art. 106.2 FEUF får betydelse för den nationella rättstillämpningen. Hedelin nämner hur vi har valt att inte tillskapa en direkt motsvarighet i den nationella rätten till artikel 106 FEUF men lyfter också fram hur snarlik denna är med bedömningen om försvarbart ur allmän synpunkt i konfliktlösningsregeln.¹⁴⁹

5.5 Statsstöd

I fråga om tillämpning av artikel 107 FEUF om statsstöd finns frågan om huruvida driftsbidrag och dylikt från den kommunala ägaren till bolaget kan klassas som statsstöd. I och med att verksamheten måste förhålla sig till självkostnadsprincipen tycks vid en första anblick stödet inte vara förenligt då en offentlig investering måste bedömas utifrån vad en privat investerare hade gjort, detta i sin tur innebär att en investering i en verksamhet som inte avser att gå med vist inte heller kan betraktas som affärsmässig utan utgör ett statsstöd.

Artikel 107 i funktionsfördraget behandlar statsstöd och lyder som följer:

1. Om inte annat föreskrivs i fördragen, är stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrída konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den inre marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.
2. Förenligt med den inre marknaden är

¹⁴⁷ Prop. 2008/09:231 s. 44

¹⁴⁸ Prop. 2008/09:231 s. 45

¹⁴⁹ Hedelin, Johan, *Kommunal konkurrensrätt*, Nordstedts Juridik, 2013, s. 92

- a) stöd av social karaktär som ges till enskilda konsumenter, under förutsättning att stödet ges utan diskriminering med avseende på varornas ursprung,
- b) stöd för att avhjälpa skador som orsakats av naturkatastrofer eller andra exceptionella händelser,
- c) stöd som ges till näringslivet i vissa av de områden i Förbundsrepubliken Tyskland som påverkats genom Tysklands delning i den utsträckning stödet är nödvändigt för att uppväga de ekonomiska nackdelar som uppkommit genom denna delning. Fem år efter ikraftträdandet av Lissabonfördraget får rådet på förslag av kommissionen anta ett beslut om upphävande av denna punkt.

3. Som förenligt med den inre marknaden kan anses

- a) stöd för att främja den ekonomiska utvecklingen i regioner där levnadsstandarden är onormalt låg eller där det råder allvarig brist på sysselsättning och i de regioner som avses i artikel 349, med hänsyn till deras strukturella, ekonomiska och sociala situation,
- b) stöd för att främja genomförandet av viktiga projekt av gemensamt europeiskt intresse eller för att avhjälpa en allvarlig störning i en medlemsstats ekonomi,
- c) stöd för att underlätta utveckling av vissa näringsverksamheter eller vissa regioner, när det inte påverkar handeln i negativ riktning i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset,
- d) stöd för att främja kultur och bevara kulturarvet, om sådant stöd inte påverkar handelsvillkoren och konkurrensen inom unionen i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset,
- e) stöd av annat slag i enlighet med vad rådet på förslag från kommissionen kan komma att bestämma genom beslut.

Artikel 107 FEUF har som vi kan se tre punkter. P1 förbjuder statsstöd som snedvrider eller hotar att snedvrیدا konkurrensen på den gemensamma marknaden. P2 listar upp en rad undantag vid vilket det är tillåtligt för en medlemsstat att ge stöd. P3 följer upp med en lista där det *kan* vara tillåtligt.

Någon legaldefinition ges inte i fördraget av statsstöd utan EU-domstolens praxis och kommissionens listor är vägledande. Utifrån det är statsstöd ett brett begrepp och inkluderar allt som i substantiell mening ger ett företag en konkurrensfördel. Exempel på sådant stöd kan vara direkta bidrag, skattelättnader, fördelaktig upplåning, olika former av garantier och tillhandahållande av nyttigheter eller tillgångar till reducerat pris.¹⁵⁰

I de situationer då staten inte bara ger stöd till ett företag utan faktiskt äger hela eller delar av detta behöver bedömningen bli något mer detaljerad.

¹⁵⁰ Craig & De Búrca, *EU LAW TEXT, CASES, AND MATERIALS*, Fifth edition, Oxford University Press, 2011, s. 1088

EU-domstolen har skapat något som allmänt kallas för ”The private investor test” vilket härstammar från ett fall kring en statsstödsåtgärd som den belgiska regeringen vidtog under 80-talet.¹⁵¹

Kärnan är att när staten investerar kapital i ett företag måste det föreligga ett intresse för avkastning åtminstone på lång sikt. Om det inte gör det så betraktas investeringen som ett statsstöd. Jämförelsen görs med en privat investerare som inte skulle använda sitt kapital till något som inte avser ge någon avkastning. Således är det av vikt att avgöra huruvida en privat investerare hade gett sig in i transaktionen på samma villkor som staten. Bakgrunden till förbudet är således att mottagaren av stödet får en konkurrensfördel över sina konkurrenter vilket ogillas, detta är dock inte förbjudet under förutsättningen att det handlar om en kompensation för tjänster utförda enligt Altmarkkriterierna.¹⁵²

De kriterierna är, för att ge en kort översikt, fyra till antalet. Stödmottagaren måste ha ett klart definierat serviceuppdrag, kriterierna för kompensation måste vara beräknade på förhand på ett objektivt och transparent sätt, kompensationen får inte övergå det som är nödvändigt för att täcka kostnaderna för service inklusive en skälig vinst för utförandet av tjänsten, och slutligen om urvalet av tjänsteleverantör inte görs via upphandling måste kompensationen till leverantören etableras genom en ingående analys.¹⁵³

Uttryckt på ett annat sätt så är ovanstående kriterier vad som måste vara uppfyllt för att en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse skall kunna uppbära stöd utan att det räknas som ett förbjudet statsstöd enligt artikel 107.1 FEUF.

Som man ser om man noggrant läser art. 107.1 FEUF krävs inte enbart att det handlar om ett stöd för att det skall fångas upp av art 107.1 FEUF. Det är egentligen fråga om fyra kriterier.

Det första är som nämnt att det måste komma från staten, kom ihåg att utifrån en EU-rättslig synvinkel är alla organisationsformer inom ett land som agerar för det offentliga en del av staten. Kommuner och landsting är inget undantag.

¹⁵¹ Se C-142/87 Tubemeuse: Belgium v Commission

¹⁵² Craig & De Búrca, *EU LAW TEXT, CASES, AND MATERIALS*, Fifth edition, Oxford University Press, 2011, s. 1090

¹⁵³ C-280/00 Altmark Trans GmbH Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, punkt 89-93

Det andra som återges i formuleringen ”att gynna vissa företag eller viss produktion”¹⁵⁴ innebär ett krav på att stödet är selektivt.

Indén utvecklar detta med att kontrastera selektivt med allmänt gynnsamma förändringar såsom en nationell skattesänkning eller förmånliga avskrivningsregler vilket är acceptabla och inte fångas upp av 107.1 FEUF. Om stödet riktar sig mot ett eller flera specifika företag eller en viss industrisektor är selektivitetskravet däremot uppfyllt.¹⁵⁵

Det måste också snedvrída eller hota att snedvrída konkurrensen samt uppfylla samhandelskriteriet. Samhandelskriteriet har vi redan behandlat i en annan del av uppsatsen och behöver inte gå in på djupare här. Snedvrídandet av konkurrensen behöver dock ett omnämmande.

Craig och De Búrca skriver att i många fall är det relativt enkelt att avgöra om konkurrensen snedvríds. Ett direkt bidrag exempelvis försätter oundvikligen ett företag i en bättre situation. Vid en bedömning undersöker domstolen företagets position och om stödåtgärden har försatt företaget i en bättre konkurrensposition än det var före mottagandet så bedöms kriteriet ha uppfyllts.¹⁵⁶

Blockundantagen som också bör nämnas skapades 2008 och deklarerar vissa kategorier av stödåtgärder som förenliga med den gemensamma marknaden. För att ett stöd skall fall in under den kategorin krävs att stödet leder till nya aktiviteter som inte annars hade blivit av och att ekonomisk tillväxt gynnas utan att det snedvríder konkurrensen. De huvudsakliga kategorierna utgöres av stöd till små och medelstora företag, kvinnligt företagande, miljöstöd, forskningsstöd med flera.¹⁵⁷

Slutligen skall också nämnas den så kallade *de minimis* avgränsningen. Enligt kommissionens förordning EG 1998/2006 anses statsstöd givna under en treårsperiod och till ett maxbelopp om 200 000 euro så pass lågt att det inte påverkar samhandeln. Sålunda undantas sådana stöd från förbudet inom statsstödsreglerna.^{158 159}

¹⁵⁴ Art. 107.1 FEUF

¹⁵⁵ Indén, s.180

¹⁵⁶ Craig & De Búrca, *EU LAW TEXT, CASES, AND MATERIALS*, Fifth edition, Oxford University Press, 2011, s. 1092

¹⁵⁷ Craig & De Búrca, *EU LAW TEXT, CASES, AND MATERIALS*, Fifth edition, Oxford University Press, 2011, s. 1099

¹⁵⁸ Hedelin, Johan, *Kommunal konkurrensrätt*, Nordstedts Juridik, 2013, s. 312

¹⁵⁹ Indén, s. 181-182

En del stödåtgärder anses dock vara så pass oförenliga med den gemensamma marknaden att dessa inte ingår i de minimis undantaget. Detta handlar i huvudsak om exportstöd och driftstöd. Driftstöd anses påverka konkurrensen genom att hålla nere produktions och försäljningspriser och ger inte heller någon långsiktig positiv effekt eftersom företaget vid stödets upphörande återgår till att vara i samma situation som förut.¹⁶⁰

Vi kan direkt från en läsning av lagtexten av art. 107 FEUF se att gymverksamhet inte utgör en sådan verksamhet som får eller kan få utgöra ett undantag från statsstödsreglerna. Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har vi därtill behandlat ovan i avsnittet om artikel 106 FEUF. Gym är inte en sådan tjänst. Ett driftsstöd av en kommun till sin gymverksamhet bör således betraktas som ett olagligt statsstöd. Exempelvis bör detta omfatta delar av de 14 miljoner kr som i ovan beskrivna Strömstadfallet tilldelats Badhuset. Detta förutsätter naturligtvis som författaren har argumenterat för att samhandelskriteriet är uppfyllt. Indén tror som visat ovan att så inte är fallet. Dock har uppsatsförfattaren veterligen ingen prövning i EU-domstolen skett av ett fall med likartade förutsättningar som här uppmålas och man kan inte med säkerhet säga att samhandelskravet inte uppfylls. Enligt resonemanget presenterat ovan i avsnittet om samhandelskriteriet och sett utifrån EU-domstolens uttalande är det inte osökt att tänka sig att EU-domstolen tagit en mer konkret ställning till samhandelskriteriet och möjligheterna för utländska aktörer att agera på en marknad där subventioner förekommer.

För att ingen skall tro att vi har glömt bort den så skall vi kort nämna att Sverige har en lag om tillämpning av Europeiska unionens statsstödsregler (SFS 2013:388). Denna reglerar i huvudsak skyldigheten att återkräva olagligt statsstöd, ränta på detta och andra rent processuella förfaranden. Sålunda har den inte haft något substantiellt att tillföra den här uppsatsen.

¹⁶⁰ Indén, s. 192-193

6 Diskussion

Kärnan i ett positivistiskt rättssystem är att det inte finns något givet rätt eller fel eller möjligen att det som är lag är rätt för att det är lag, en form av cirkelresonemang. Med det följer även att det som inte är uttryckligen förbjudet är tillåtet. När man således försöker bedöma tillåtligheten av en verksamhet som kan sägas vara semireglerad måste man vara medveten om lagstiftarens intentioner och det rådande ideologiska klimatet i den politiska och ekonomiska sfären.

I och med att frågeställningen behandlat ett existerande fenomen faller det sig naturligt att när man betraktar dess tillåtlighet ser till argument som talar emot detta. Att valet av frågeställning i sig kan anses ideologiskt laddad är dock inget som bestrides och uppsatsförfattaren gör heller inget försök att dölja att han själv är av uppfattningen att kommuner ej bör bedriva gymverksamhet. Framställningen i uppsatsen har dock gjorts med en genomgående avsikt att vara saklig och det är uppsatsförfattarens förhoppning att även läsaren ser det så. I slutändan är det en ideologisk fråga huruvida kommuner skall driva gym eller inte även om den nationalekonomiska disciplinen är kapabel att svara på om en sådan drift är effektiv.

Kommunala gym och dess tillåtlighet är något som befinner sig i en rättslig gråzon där verksamheten träder in och ur reglerat område beroende på vilken aspekt man åsyftar. Svårigheten i att besvara frågeställningen tycks ha sin källa i att de olika rättsområdena ursprungligen utvecklats i viss isolation från varandra. Kommunallagens hänsyn till konkurrensrätt får sägas vara minst sagt begränsad och sträcker sig till att ange kommunernas kompetensbegränsning och förbud mot spekulativ verksamhet.

Konkurrenslagen å andra sidan vilken är av en modernare tappning har använts till att försöka ”fixa” problemet med den kommunala näringsverksamheten när utvecklingen går mot en mer utpräglad marknadsstat och konkurrenskonflikterna blir fler i mötet mellan privat och offentligt.

Vi har i denna uppsats sett hur konkurrenslagen, och framförallt konfliktlösningsregeln, möjliggjort att angripa rent snedvridande agerande på marknaden men också ofullkomlighet i förhållande till en stark och dynamisk kommunal kompetens.

Med utgångspunkt i Indéns fyra förutsättningar för att påvisa ett kommunalt allmänt intresse kan vi med ganska stor säkerhet dra slutsatsen att ett fristående kommunalt gym inte uppfyller de krav som bör ställas på ett allmänt intresse. Samtidigt är möjligheterna att begränsa en uppstart av ett fristående kommunalt gym snäva. En laglighetsprövning skulle, om den kom till stånd, sannolikt få beslutet upphävt och innebära att någon verksamhet aldrig uppstod. Detta förutsätter dock att en uppmärksam kommunmedlem reagerar inom den tid som är föreskriven för överklagan och det är inte något som man alltid kan räkna med.

Om uppsatsförfattarens förståelse av konfliktlösningsregelns tillämpningsrekvisit är korrekt så återstår dock möjligheten för KKV att föra en förbudstalan vid Stockholms tingsrätt. Detta är också den enda möjligheten att hantera en redan existerande verksamhet. Ett bifallande av en sådan talan kräver däremot att KKV kan visa på att verksamheten genererar en negativ effekt på konkurrensen på den relevanta marknaden. Saknas en sådan effekt, eller är KKV oförmögert att visa på det, så kommer den kompetensstridiga verksamheten att få fortsätta.

I de situationer då verksamheten drivs kompetensenligt utifrån den så kallade anknytningskompetensen uppstår överhuvudtaget inte problematiken kring kommunallagen och dess något tandlösa förhållningssätt till rättsmedel. Konfliktlösningsregeln är dock fortsatt tillämplig och om den kommunala verksamheten har negativa effekter på konkurrensen finns möjlighet att förbjuda ett visst förfarande eller en hel verksamhet om nödvändigt. Detta förutsätter dock att förhållandet inte går att försvara ur allmän synpunkt. Man kan samtidigt fråga sig hur något modernt gym skulle kunna vara av så liten skala att det inte blir för stort för att gå bortom anknytningskompetensens krav på en begränsad omfattning.

Ur näringslivets perspektiv tycks boven i dramat vid kompetensenlig verksamhet i många fall vara kommunens skyldighet att följa självkostnadsprincipen. Frågan man kan ställa sig är om det överhuvudtaget är lämpligt att kommuner skall följa självkostnadsprincipen när de agerar på marknader som är konkurrensutsatta. Det är ofrånkomligen så att ett företag som förbjuds att gå med vinst och inte heller kan gå i konkurs har en destabiliserande effekt på övriga aktörer på marknaden. En inskränkning av självkostnadsprincipen till tjänster helt utan konkurrens är en möjlig lösning på problemet. En annan är en tydligare definition av den kommunala kompetensen och ett förbud att överhuvudtaget verka på marknader som är utsatta för konkurrens.

Det EU-rättsliga regelverket för marknaden har i sin tur flera årtiondens utvecklingshistoria innan ett svenskt medlemskap ens var på tal och får i mångt och mycket betraktas som en främmande rättsordning till vilket den svenska anpassningen fortfarande är ett pågående arbete.

Från ett EU-perspektiv finns det som vi har sett inga invändningar mot att företag drivs i offentlig regi så länge spelreglerna på marknaden efterföljs. Uppsatsförfattaren menar att gymverksamhet inte är en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse och utifrån det finns inte någon möjlighet att använda sig av undantagen för att kringgå konkurrensreglerna.

Möjligheten att angripa kommunal gymverksamhet och i förlängningen självkostnadsprincipen enbart med hjälp av art. 106 FEUF är tyvärr obefintlig. Denna måste läsas samman med någon annan artikel. Just i fallet med Strömstad badhus är det förvisso möjligt att detta skulle fungera eftersom vi fann ett kopplingsförbehåll och verksamheten tycks vara dominerande på den relevanta marknaden. Detta hade dock inte avhjälpt själva grundproblemet i att kommuner överhuvudtaget driver gym när privata aktörer kan göra det lika väl eller bättre.

När det gäller art. 107 FEUF och statsstöd, om uppsatsförfattarens resonemang kring samhandelskriteriet håller för en rättslig prövning, så skulle detta omöjliggöra för kommunala gym att motta driftsbidrag eftersom dessa skulle betraktas som otillåtet statsstöd. Detsamma gäller finansiering på annat än affärsmässiga grunder. Kommunen skulle fortfarande kunna driva ett gym ur konkurrensrättsligt hänseende, men EU-rättens företrädare framför nationell rätt hade inneburit att självkostnadsprincipen fick stå tillbaka.

Omfattningen av problemet i praktiken är okänt i och med att denna uppsats inte i någon större utsträckning begagnar sig av statistiska data. Klart är dock att från det privata näringslivets sida har det under lång tid uppfattas det som ett problem och görs så fortfarande. På en makroekonomisk nivå är kommunalt företagande under självkostnadsprincipen trots allt ett inslag av planekonomi i en annars fri marknad. Historien har redan visat på effektivitetsskillnaderna mellan dessa system.

Slutsatsen som ändock får dras är att kommunalt drivna gym för tillfället är tillåtligt under vissa snäva förutsättningar. Tillåtligt, troligtvis därför att det saknas effektiva rättsmedel för att angripa problemet.

Sett utifrån svenska förarbete likväl som den marknadsliberalisering som genomsyrar EUs gemensamma marknad får detta närmast betraktas som en önskad bieffekt av det lokala självstyret. För närvarande går detta bara att angripa om det finns en påvisbar negativ effekt på konkurrensen. Om författaren skall sträcka sig till att sia om framtiden kommer utredningen till den nya kommunallagen att medför en striktare bedömning i frågan och antagligen förpassa självkostnadsprincipen på konkurrensutsatta marknader till historien. Alternativet är att vi får se en uppstramning av den kommunala kompetensen och besluts angripbarhet. Kommunerna kommer sannolikt också att fortsätta med sin självsanerande verksamhet för att slippa de problem som föreligger med verksamheter i den yttersta gränsen av kommunal kompetens. Det vore dumdrigt att starta upp nya egna verksamheter och den för kommunen viktiga inkomstbringande aspekten av en gymverksamhet i samband med simhall kan troligtvis till viss del uppvägas av marknadsmässig hyressättning till en privat gymaktör.

Käll- och litteraturförteckning

Tryckta källor

Författningar

Kommunallag SFS 1991:900

Konkurrenslag SFS 2008:579

Lag om tillämpning av Europeiska unionens statsstödsregler SFS 2013:388

Lag om vissa kommunala befogenheter SFS 2009:47

Regeringsform SFS 1974:152

Lagförarbeten och utredningar

Fi 2012:07 *Utredning om en kommunallag för framtiden*

Prop. 1990/91:117 *om en ny kommunallag*

Prop. 1992/93:56 *Ny konkurrenslagstiftning*

Prop. 2007/08:135 *Ny konkurrenslag*

Prop. 2008/09:231 *Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden m.m.*

Prop. 2012/13:84 *Olagligt statsstöd*

SOU 1995:105 *Konkurrens i balans*

EU-rätt

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, särskilt artiklarna 102, 106, 107 och 345

Icke-officiellt dokument från kommissionen, *Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och statligt stöd*, 12/11/2002

Kommissionens *White Paper on Services of General Interest*, COM(2004)374

Kommissionens förordning EG 1998/2006

Konkurrensförordning EG 1/2003

Böcker

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, andra upplagan, Nordstedts Juridik, 2009

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, tredje upplagan, Nordstedts Juridik, 2011

Björkman & Lundin, *Kommunen & Lagen – en introduktion*, Upplaga 4, Iustus förlag, 2012

Bohlin, Alf, *Kommunalrättens grunder*, Sjätte upplagan, Nordstedts Juridik, 2011

Craig & De Búrca, *EU LAW TEXT, CASES, AND MATERIALS*, Fifth edition, Oxford University Press, 2011

Gölstam, Carl Martin, *Konkurrensrättens grunder*, Iustus, 2013

Hedelin, Johan, *Kommunal konkurrensrätt*, Nordstedts Juridik, 2013

Indén, Tobias, *Kommunen som Konkurrent – kommunalrättsliga befogenheter och konkurrensrättsliga begränsningar*, Iustus förlag, 2008

Kaijser, F, *Utvecklingstendenser inom svensk kommunalrätt, i; Svensk rätt i omvandling*, Studier tillägnade Eek m.fl., Nordstedts, Stockholm, 1976

Karlsson Johan & Östman Marie, *Konkurrensrätt – En Handbok*, 5:e upplagan, Karnov Group, 2014

Lindquist, Ulf, *Kommunala befogenheter*, Nordstedts Juridik, Sjunde upplagan, 2011

Rapporter/Artiklar

KKV:s rapportserie 2004:4 *Myndigheter och marknader*

Madell, Tom, *Tjänster av allmänt intresse – ett svenskt perspektiv*, SIEPS 2011:8

Stadskontorets *Konkurrens i gränlandet mellan det offentliga och privata*, 2005:19

Svenskt näringslivs publikation, *Osund konkurrens – kommunalt företagande för miljarder*, Mars 2006

Svenskt näringslivs publikation, *Osund statlig konkurrens slår ut privat företagsverksamhet*, Oktober 2006

Dagstidningar

Dagens Industri, 22/8-2011 (Se otryckta källor, Sjöblom, Dan)

Otryckta källor

Sjöblom, Dan, http://www.kkv.se/upload/Filer/Press/Tal-artiklar/artikel_Dan_S_offentlig_saljverksamhet_110822.pdf

http://www.kkv.se/t/Page_5260.aspx 2014-05-27

<http://www.sou.gov.se/sb/d/17373/a/213060> 2014-05-23

http://www.kkv.se/t/Page_4015.aspx 2014-05-27

http://www.kkv.se/t/NewsPage_9798.aspx 2014-05-06

<http://www.sou.gov.se/sb/d/17373/a/213060> 2014-05-23

http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/konkurrensverket-struntar-i-ny-lag_5375019.svd 2014-05-26

http://www.konkurrensverket.se/t/Page_9206.aspx 2014-05-27

Rättsfallsförteckning

Svenska avgöranden

Marknadsdomtolen A 1/13 Dala Mitt

RÅ 1969 ref. 52

RÅ 1990 ref. 9

RÅ 1992 ref. 52

RÅ 1992 ref. 61

RÅ 1992 ref. 71

Rå 1993 ref. 12

RÅ 1993 ref. 25

RÅ 1993 ref. 35

RÅ 2006 ref. 81

Stockholms Tingsrätt T 8160-11 Skelleftebuss

Stockholms Tingsrätt T 16810-12 Strömstad badhus

Stockholms Tingsrätt T 8-723-98

Konkurrensrådets yttranden

Dnr. 22/02

Dnr. 2/03

Konkurrensverket

Dnr. 530/93

Dnr. 583/93

Dnr. 685/94

Dnr. 567/2012

EU-domstolen

C-40/73 Suiker Unie: Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v Commission of the European Communities

C-27/76 United Brands: United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities. - Chiquita Bananas

C-62/86 AKZO: AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities

C-142/87 Tubemeuse: Kingdom of Belgium v Commission of the European Communities

C-179/90 Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA.

C-320/91 Corbeau: Criminal proceedings against Paul Corbeau

C-242/95 GT-Link A/S v De Danske Statsbaner

C-266/96 Corsica Ferries France v Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova and Others

C-280/00 Altmark Trans GmbH Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH

C-197/11 & C-203/11: Förenade målen Eric Libert m.fl. mot Gouvernement flamand (C-197/11) och All Projects & Developments NV m.fl. mot Vlaamse Regering (C-203/11)

C-52/07 Kanal 5 Ltd, TV 4 AB Mot Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM)