



Utvärdering av reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet

RAPPORT 2016:9

Utvärdering av reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet

Konkurrensverkets rapportserie 2016:9

Konkurrensverket oktober 2016

Utredare: Johan Hedelin

ISSN-nr 1401-8438

E-print, Stockholm 2016

Foto: Matton Images

Förord

Det har nu gått snart sju år sedan bestämmelserna i 3 kap. 27–32 §§ konkurrenslagen (2008:579), KL, trädde i kraft. Konkurrensverket har hittills drivit sex olika mål i domstol med stöd av de nya reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.

Under det senaste året har flera domar kommit och just nu finns inga ytterligare mål i domstol som väntar på att bli avgjorda. I den här rapporten beskriver vi lärdomarna från tillämpningen av regelverket, inklusive hur det hittills har gått i domstol. Vi beskriver också de utmaningar Konkurrensverket ser vid tillämpningen av regelverket och anger hur detta kommer att påverka våra framtida prioriteringar, utredningar och processer.

Vid framtagandet av denna rapport har berörda haft tillfälle att lämna synpunkter på en utkastversion. Ett särskilt tack riktas till de organisationer som bemödat sig att bistå oss med värdefulla synpunkter.

Stockholm oktober 2016

Dan Sjöblom
Generaldirektör

Innehåll

Sammanfattning	7
Summary	10
1 Inledning	13
1.1 Syfte	14
1.2 Konkurrensverkets hittillsvarande arbete med konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet (KOS)	15
1.3 Kommunallagens betydelse för konkurrensen	17
2 Hur har det gått i domstol?	19
2.1 Prioritering	20
2.2 Juridiska grundförutsättningar för ett förbud	20
2.3 Relevant produktmarknad och relevant geografisk marknad	21
2.4 Påverkan på marknaden/effekter	21
2.5 Skadeteorierna för KOS är fortsatt under utveckling.....	23
3 Förväntningarna på regelverket har inte fullt ut kunnat realiseras	25
3.1 Marknadsavgränsningar	25
3.2 Marknadseffekter på bekostnad av marknadsförutsättningar.....	30
3.3 Bevisbördans placering och beviskravets nivå.....	33
4 Vad Konkurrensverket respektive lagstiftaren kan göra	38
4.1 Satsa ännu mera på marknadsavgränsning.....	38
4.2 Prioritera bort ärenden där marknadsandelen är låg.....	40
4.3 Prioritera bort vid dåligt bevisläge och eller ändrade förutsättningar.....	40

4.4	Eventuell framtida översyn av KOS-regelverket	42
4.5	Ändringar i andra regelverk, t.ex. särredovisning och sekretess	42
5	Vilka ärenden kommer Konkurrensverket att prioritera framöver?	46
5.1	Ärenden där det är orimligt svårt att avgränsa en relevant marknad.....	47
5.2	Ärenden där säljverksamheten är mycket begränsad i termer av marknadsandel på den relevanta marknaden	48
5.3	Ärenden där konkurrensbegränsningen baseras på historiska fördelar eller där aktören har förändrat sitt beteende.....	49
Bilaga 1	Synpunkter som har lämnats med anledning av utkastversionen.....	52
	Synpunkter som hänför sig till själva KOS- regelverket (avsnitt 1-3)	53
	Synpunkter som avser regeländringar utanför KOS-regelverket (avsnitt 4)	54
	Synpunkter som avser Konkurrensverkets framtida prioriteringar (avsnitt 5)	56
	Övriga synpunkter.....	58
Bilaga 2	Referat av domar	60

Sammanfattning

Marknadsdomstolen har i de senaste målen om verksamhetsförbud mot konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet ställt beviskraven högt. Så högt att den praktiska effekten har blivit att verksamhet som domstolen ansett i och för sig stå i strid med den kommunala kompetensen som den framgår av kommunallagen, ändå har kunnat fortsätta drivas.

Marknadsdomstolen har lagt fokus på frågor om hämmande av förekomsten eller utvecklingen av konkurrensen (3 kap 27 § 1 st 2 p) på bekostnad av frågor om snedvridning av förutsättningarna för konkurrens (1 p). Införandet av ett separat snedvridningsrekvisit i lagtexten har inte fått genomslag på lagtillämpningen vilket medfört att Konkurrensverket förväntats föra bevisning om en mängd frågor om marknadens utveckling som svårigen låter sig bevisas när det handlar om ett framåtriktat verksamhetsförbud mot kommunal verksamhet på ofta vidsträckta marknader.

I flera fall har Konkurrensverkets talan kommit att underkännas endast baserat på att marknadsandelen för den offentliga aktören är låg. Marknadsavgränsningarna i ärenden om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet har kommit att tillmätas en helt avgörande betydelse. Oklarheter om marknadsavgränsningen har medfört att Marknadsdomstolen inte nödvändigtvis gått vidare och prövat frågan om en konkurrensbegränsning. Konkurrensverket och enskilda parter som går till domstol kan alltså tappa mål endast på grund av bristfällig utredning om den exakta marknadsandelen.

Det finns anledning för Konkurrensverket att satsa ytterligare resurser på marknadsavgränsningarna i de mål som drivs. Konkurrensverket har numera inlemmat arbetet med konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet i den enhet som redan arbetar med missbruk av dominerande ställning. Den enhetens långa, omfattande och breda erfarenheter av marknadsavgränsning säkrar att Konkurrensverkets samlade erfarenheter på området kan tas till vara, till gagn för effektiviteten i arbetet med konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.

Den ensidigt placerade bevisbördan i ärenden om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet har enligt Konkurrensverket visat sig svårbemästrad särskilt när den kopplas samman med tidigare omtalade och högt ställda förväntningar på marknadsavgränsning från domstolens sida och ett tydligt fokus på faktiska effekter snarare än på konkurrensförutsättningarna. Konkurrensverket har hittills lagt ner över 25 000 arbetstimmar i de sex ärenden som tagits till domstol och har förpliktigats att betala ersättning för rättegångskostnader med cirka 10 miljoner kronor.

Konkurrensverket kommer inte att prioritera ärenden där det saknas en eller flera privata aktörer som kan visa på konkreta, mätbara och dokumenterade skador. Normalt förutsätter påvisande av skador att man inte enbart påvisar en allmänt negativ utveckling, utan att denna kan hänföras till den offentliga aktören på ett eller annat sätt.

Mot bakgrund av hittillsvarande praxis kommer Konkurrensverket vidare att väga förväntad resursåtgång för avgränsning av relevant marknad mot nyttan av ett ingripande. Konkurrensverket kommer inte heller kunna prioritera ärenden där den offentliga aktören har en mycket låg marknadsandel, om det inte på andra grunder går att härleda tydliga konkurrens effekter av det offentligas beteende.

På motsvarande sätt kommer Konkurrensverket normalt inte kunna prioritera att driva ärenden där de fördelar som ligger till grund för konkurrensbegränsningen endast är historiska, om det inte kan visas att dessa har fortsatt betydelse.

Slutligen kommer Konkurrensverket inte att prioritera att fortsätta driva ett ärende mot domstol om frivilliga åtgärder som den berörda aktören vidtar bedöms tillräckliga för att komma tillrätta med det huvudsakliga konkurrensproblemet.

Konkurrensverkets kommande prioriteringar kan medföra att vissa rättsfrågor förblir oprövade och att vi får mindre praxis. Konkurrensverkets ambition är ändå att genom tydliga prioriteringar skapa förutsättningar för en fortsatt praxisutveckling till gagn såväl för de offentliga aktörerna som för deras privata konkurrenter.

Summary

In the latest cases concerning the prohibition of commercial activities following anti-competitive sales activities by public entities, the Market Court has set stringent requirements on proof. Indeed, these requirements have become so stringent that the effect, in practice, has been that activities considered by the courts to be contrary to municipal competence as described in the Municipal Act have been able to continue.

The Market Court has focussed on issues that could hinder the existence or development of competition (Chapter 3 Section 27 para 1 item 2) rather than issues of distortion of competition conditions (item 1). The introduction of a separate distortion requirement in the legislation has had no effect on the application of the law, which has led to the Competition Authority being expected to furnish proof of a wide range of issues relating to the development of the market. Obtaining such proof is clearly difficult when it is a question of future prohibition of municipal activities in what are often extensive markets.

In several cases, the Competition Authority's plea has been rejected on the sole ground that the market share of the public entity was low. Market definition in cases concerning anti-competitive sales activities by public entities have been given fundamental importance. Due to ambiguities in market definition, the Market Court has not necessarily continued to examine the question of competition restrictions. The Competition Authority, as well as individual parties that go to court, may therefore lose a case simply due to inadequate investigation of the exact market share.

There is thus good reason for the Competition Authority to place additional resources into clarifying market definitions in ongoing legal cases. The Competition Authority has now transferred work with anti-competitive sales activities by public entities to the unit that already works with abuse of a dominant position. The unit's long, extensive and broad experience of market limits ensures that the Competition Authority's accumulated experience in the area can be used to improve efficiency in the work with anti-competitive sales activities by public entities.

In the opinion of the Competition Authority, the one-sided burden of proof in cases of anti-competitive sales activities by public entities has proved to be difficult, particularly when it is combined with the above-mentioned stringent expectations on market definition on the part of the courts and a focus on the actual effects rather than the competition conditions. So far, the Competition Authority has expended over 25,000 working hours on the six cases taken to court and has been ordered to pay costs of around SEK 10 million.

The Competition Authority will not give priority to cases which do not have one or more private operators that can prove concrete, measurable and documented damage. Proof of damage normally requires not only demonstrating a generally negative development, but also that this can be attributed to the public entity in one way or another.

In the light of legal practice to date, the Competition Authority will also weigh up the expected use of resources for the definition of the relevant market against the benefit of intervention. Nor will the Competition Authority be able to give priority to cases where the public entity has a very small market share, unless it is possible to

link clearly detrimental competition to the public entity's actions on other grounds.

In a similar fashion, the Competition Authority will not normally be able to give priority to taking on cases in which the benefits of limiting competition are purely historical, unless it can be proved that these are of continued importance.

Finally, the Competition Authority will not give priority to continue pursuing a case in court if voluntary measures on the part of the entity concerned are deemed sufficient to address the main competition problem.

The Competition Authority's future priorities may lead to some legal issues remaining untried and that we thereby have less judicial precedent. And yet, the Competition Authority's ambition is still to improve the development of precedent with clear priorities, in order to benefit both to the public entities and their private competitors.

1 Inledning

Det har nu gått snart sju år sedan bestämmelserna i 3 kap. 27–32 §§ konkurrenslagen (2008:579), KL, trädde i kraft. Under det senaste året har flera domar kommit där reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet (de s.k. KOS-bestämmelserna) har prövats.

Marknadsdomstolen har i de två senaste målen om verksamhetsförbud mot kommunal verksamhet som har avdömts på talan av Konkurrensverket (Borås¹ och Strömstad²) ställt beviskraven högt. Så högt att den praktiska effekten i bägge fallen har blivit att verksamhet som domstolen ansett i och för sig stå i strid med den kommunala kompetensen som den framgår av kommunallagen ändå har kunnat fortsätta drivas.

Verksamheten har fått fortsätta drivas på grund av att de kommunala reglerna om laglighetsprövning bygger på en medborgartalan, utan någon talerätt för flertalet företag eller för den delen för konkurrensmyndigheten. Tillsynsmyndighet för kommunallagens regler saknas.

Näringslivets organisationer har kritiserat tillämpningen av regeln i några sammanhang, se t.ex. Företagarnas rapport *Osund konkurrens – fortfarande ett problem för små företag* (juli 2013) och Almegas rapport *Kommunal konkurrens – kommuner säljer brandskyddsutbildning på den privata marknaden*.

¹ Se MD 2016:3 *Konkurrensverket./Borås kommun* (2016-02-15).

² Se MD 2015:12 *Konkurrensverket./AB Strömstads Badanstalt* (2015-07-10).

1.1 Syfte

De förväntningar som omvärlden, däribland näringslivet, och Konkurrensverket har haft på det nya regelverket har inte fullt ut infriats. Med anledning av de senaste domarna finns det behov för Konkurrensverket att ta ställning till vilka ärenden som ska prioriteras framöver och hur verket fortsatt ska bedriva sina utredningar och processer. Slutsatserna bör även ligga till grund för kommunikation om hur Konkurrensverket prioriterar nya ärenden.

Vidare kan övervägas vilka åtgärder som skulle kunna vidtas för att bättre motsvara de förväntningar som fanns på regelverket när det infördes 2010, förväntningar som enligt Konkurrensverkets bedömning även kommer till uttryck i förarbetena (prop. 2008/09:231).

Rapporten syftar till att beskriva och sammanfatta de slutsatser som kan dras av den i och för sig ännu begränsade praxis från Marknadsdomstolen som kommit på KOS-området. Tingsrättspraxis har delvis refererats men ligger inte till grund för rapportens slutsatser.

Det finns ett stort intresse från allmänhet, kommuner och det privata näringslivet för KOS-processerna och KOS-bestämmelserna. Ett särskilt avsnitt kommer därför att tillägnas det framtida arbetet med KOS-ärenden och hur detta kommer att läggas upp.

En utkastversion av rapporten har sedan i juli och in i september 2016 varit tillgänglig för intressenter och allmänhet med en inbjudan att lämna synpunkter på innehållet. De synpunkter som därvid har lämnats framgår av den sammanställning vilken återfinns som bilaga 1. Det är framförallt näringslivsorganisationer som i sammanhanget har inkommit med synpunkter.

1.2 Konkurrensverkets hittillsvarande arbete med konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet (KOS)

En uppföljning av lagtillämpningsärenden enligt 3 kap. 27–32 §§ konkurrenslagen gjordes redan år 2013 i en skrivelse som sedan tillställdes Näringsdepartementet (dnr 617/2013). Dessförinnan lämnade Konkurrensverket en liknande skrivelse under år 2011 (dnr 265/2011). Konkurrensverket har pekat på svårigheter att påvisa ifrågasatta förfaranden avseende offentliga aktörers priser och prissättning på grund av bristande särredovisning. Ytterligare ett problem som uppmärksammats är att klaganden och övriga aktörer på marknaden uppfattar det som problematiskt att ärenden om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet tar lång tid att utreda och att det tar lång tid innan ett ifrågasatt konkurrensproblem upphör.

Sammanfattningsvis är det i runt 20 av de ärenden som Konkurrensverket utrett som offentliga aktörer har förklarat att de frivilligt avsåg att ändra en ifrågasatt verksamhet eller ett ifrågasatt förfarande. Detta har bidragit till att relativt få ärenden har gått till domstol.

I tabell 1 finns en redogörelse för statistik kring de sex ärenden som Konkurrensverket valt att driva till domstol. Det totala antalet utredningstimmar har erhållits genom att lägga ihop antal registrerade timmar för utredningsärendet på avdelningen för konkurrenstillsyn med antalet registrerade timmar för domstolsärendet på den juridiska avdelningen. För att beräkna den totala tiden ett ärende har tagit från början till slut räknas detta från registreringsdatum på Konkurrensverket fram till slutligt avgörande i domstol.

Antalet timmar belyser den faktiska tid Konkurrensverket har lagt på ett ärende. Även antalet dagar synliggör utredningstiden, men visar också på väntetider under utredningen, dvs. när ett ärende inte utreds aktivt utan exempelvis väntar på prövning i domstol. Båda måtten är intressanta att lyfta i detta sammanhang och för varje enskilt ärende bör bägge måtten beaktas.

Konkurrensverket har hittills lagt ner totalt drygt 25 000 timmar i de sex ärenden som drivits till domstol och den sammanlagda handläggningstiden för dessa är drygt 10 000 dagar. Konkurrensverket har hittills förpliktigats att betala ersättning för rättegångskostnader i Växjö, Borås och Strömstad-målen till en sammanlagd summa om drygt 10 miljoner kronor.

Tabell 1 Avslutade ärenden i domstol

Ärende	Datum när utredning inleddes	Datum för stämning	(TR/MD)	Totalt antal timmar registrerade	Totalt antal dagar	Framgång i domstol (ja/nej/delvis)
Borås kommun mark- och anläggnings-entreprenader, Dnr 45/2012	2010-05-21	2012-01-23	MD	5 538	2 096	Nej
Skelleftebuss Aktiebolag, Dnr 391/2011	2010-01-07	2011-05-31	TR	4 395	1 282	Ja
Räddningstjänsten Dala Mitt, Dnr 304/2010	2010-05-21	2011-05-26	MD	3 551	2 113	Ja
Strömstad Badanstalt, Dnr 628/2012	2011-04-06	2012-10-12	MD	3 597	1 556	Nej
Mälarenergi Stadsnät AB, Dnr 190/2011	2010-06-29	2011-07-22	TR	2 164	1 382	Delvis
Växjö kommun – Fjärrvärme, Dnr 380/2013	2011-07-04	2013-06-19	MD	5 780	1 717	Nej (Konkurrensverket drog tillbaka överklagandet i MD)

En slutsats av statistiken är att utredningar om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet är resurskrävande och ofta tar lång tid. Det medför påfrestningar på Konkurrensverkets resurser men därutöver bör särskilt framhållas de svårigheter som tidsutdräkt kan medföra för inte minst mindre och medelstora företag som anmäler eller annars berörs av konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.

Som bakgrund till redovisningen av antalet arbetade timmar kan sägas att en årsarbetskraft normalt anses motsvara drygt tvåtusen timmar. Antalet ärenden som nått domstol är även av det skälet relativt begränsat, vilket man naturligtvis bör ha i åtanke när man avgör vilka slutsatser man kan dra av ärendestatistiken.

1.3 Kommunallagens betydelse för konkurrensen

Behovet av en skarpare kommunalrättslig reglering är en fråga som Konkurrensverket tidigare har förhållit sig till i sin rapport *Myndigheter och marknader* (Konkurrensverkets rapportserie 2004:4) och den har även nyligen (avseende viktiga delfrågor om rätten till överklagande) varit föremål för remissbehandling med anledning av Utredningen om en kommunallag för framtidens slutbetänkande, *En kommunallag för framtiden* (SOU 2015:24) vars förslag Konkurrensverket i huvudsak tillstyrkte (dnr 336/2015).

Som framgår av Konkurrensverkets remissyttrande över utredningen ligger det i sakens natur att de taleberättigades intresse av att pröva redan verkställda beslut kan vara begränsat. Konkurrensverket tillstyrkte därför den föreslagna regeln med innebörd att hänsyn ska tas till huruvida ett beslut kan rättas, vid bedömningen av om verkställighet får ske innan beslutet har vunnit laga kraft.

Utredningen föreslog i sitt betänkande att juridiska personer som bedriver näringsverksamhet från fast driftställe i en kommun eller i ett landsting liksom vissa ideella föreningar med lokal geografisk förankring ska bli medlemmar i kommunen respektive landstinget, samt därigenom tillförsäkras talerätt vid laglighetsprövning. Förslaget möjliggör – om det genomförs – bättre kontroll av efterlevnaden av kommunallagens regler om framförallt kommunal näringsverksamhet och stöd till privat näringsverksamhet. Indirekt främjas därigenom en tydlig gränsdragning mellan offentlig och privat näringsverksamhet.

Genom ytterligare praxisutveckling avseende kommunal kompetens underlättas även tillämpningen av konkurrenslagens regler om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet (även om domstolarna i de fall som Konkurrensverket hittills tagit till domstol har delat verkets bedömningar av den kommunala kompetensens gränser).

Det kan konstateras att bristande praxisutveckling på det kommunalrättsliga området har framhållits som en bidragande orsak till oklarheter med hänsyn till att en inte obetydlig del av praxis framstår som åldersstigen. Dessa oklarheter har emellertid hittills inte medfört några problem för Konkurrensverket när det gäller att avgränsa det kommunalrättsligt tillåtliga området. Det kan ändå konstateras att det ökade antalet domstolsprövningar av kommunal kompetens som blivit resultatet av regeln om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet har berikat domstolspraxis avseende kommunal kompetens och gjort kompetensdiskussioner mera frekventa ute i kommunerna.

2 Hur har det gått i domstol?

Marknadsdomstolen har lagt beviskraven högt och kräver omfattande utredningar av Konkurrensverket. Det är enkelt att med facit i hand konstatera att Konkurrensverket borde ha utrett marknadsavgränsningarna ytterligare i de mål avseende verksamhetsförbud som verket förlorat i Marknadsdomstolen.

Denna genomgång syftar till att ta fasta på vad som kan göras ännu bättre i framtida utredningar och processer. Det bör dock framhållas att praxis på KOS-området är begränsad och att Konkurrensverket också har nått betydelsefull framgång i de processer man har valt att driva.

Än så länge har Konkurrensverket drivit sex mål i domstol avseende konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet (KOS). Verket vann processerna mot Räddningstjänsten Dala-Mitt och Skelleftebuss. Vidare fick Konkurrensverket med sig tingsrätten i Borås-processen. Därutöver gjorde domstolen, inom ramen för bedömningen av rättegångskostnaderna i Mälarenergi-målet, en s.k. prima facie bedömning, med innebörden att den antagliga utgången om målet hade prövats färdigt hade varit att Konkurrensverket vunnit. På detta baserades sedan fördelningen av rättegångskostnaderna.

Avslutningsvis har Konkurrensverket, så som framgår nedan, i samtliga fall som det har varit fråga om verksamhetsförbud fått gehör i domstolarna för sin uppfattning att de offentliga aktörerna har agerat utanför den kommunala kompetensen.

2.1 Prioritering

Med facit i hand kan konstateras att Konkurrensverket inte alltid har gjort rätt vid prioritering av ärenden. Vid tiden för prioritering saknar verket i allmänhet stora delar av den kunskap man besitter i efterhand.

Det är verkets ambition att vara en lärande organisation och att göra genomtänkta och tydliga prioriteringar som blir allt bättre efter hand baserat på den kunskap verket förvärvar.

Med en tydligare prioriteringspolicy – som nyligen har fastställts – och kommunikation runt den nya praxis som kommit är ambitionen att skapa förståelse för varför vi inte kan driva vissa typer av ärenden och att vägleda allmänhet och företag om vilka typer av KOS-ärenden som Konkurrensverket avser att prioritera.

2.2 Juridiska grundförutsättningar för ett förbud

De juridiska grundförutsättningarna för ett ingripande vållar normalt inga problem. Konkurrensverket har i de flesta fall fått domstolarna med sig när det gäller att fastställa att kommunens agerande ligger utanför den kommunala kompetensen och att det rör sig om en offentlig aktör samt en säljverksamhet. Kravet på att visa en konkurrensbegränsning har ställt höga krav vilket i flera fall medfört att Konkurrensverket förlorat frågan om verksamhetsförbud.

2.3 Relevant produktmarknad och relevant geografisk marknad

Avgränsningen av relevant produktmarknad och relevant geografisk marknad har Konkurrensverket i många fall fått stöd för. I RDM³ och Skelleftebuss-målen⁴ fick Konkurrensverket till stora delar med sig domstolarna vad gäller bedömningen av relevant marknad.

Utgången har varit delvis annorlunda i de mål som Konkurrensverket förlorat. Trots det fick verkets marknadsavgränsningar delvis stöd i Strömstad-målet⁵ och i Växjö-målet⁶. I Borås-målet⁷ vann Konkurrensverket marknadsavgränsningarna i tingsrätten men förlorade i Marknadsdomstolen.

Baserat på hittillsvarande praxis synes MD i sina krav på marknadsavgränsning ha lagt sig nära de krav på utredning och avgränsningar som ställs inom ramen för 2 kap. 7 § konkurrenslagen om missbruk av dominerande ställning (se vidare avsnitt 3).

2.4 Påverkan på marknaden/effekter

Det har varit problematiskt att påvisa effekterna av olika beteenden inom ramen för hittillsvarande processer. Det har varit oklart vilka krav som kan ställas inom ramen för regelverket om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet och Konkurrensverket har

³ Se MD 2014:1 *Konkurrensverket./Räddningstjänsten Dala Mitt* (2014-01-31).

⁴ Se Stockholms tingsrätt T 8160-11 *Konkurrensverket./Skelleftebuss AB* (2013-07-12).

⁵ Se MD 2015:12 *Konkurrensverket./AB Strömstads Badanstalt* (2015-07-10).

⁶ Se Stockholms tingsrätt T 9248-13 *Konkurrensverket./Växjö kommun* (2015-11-16).

⁷ Se MD 2016:3 *Konkurrensverket./Borås kommun* (2016-02-15).

inte utgått från att beviskraven varit så höga som Marknadsdomstolen sedermera har tillämpat. Som framgår även av förarbetena har reglerna som en mer generell utgångspunkt att själva det offentliga inslaget i allmänhet kan vara ett ofrånkomligt och oundvikligt upphov till vissa marknadsstörningar, till följd av att det råder skilda grundförutsättningar i förhållande till privata företag. Bestämmelsen utgår således från att en grad av samband normalt finns mellan exempelvis offentligt ägande av aktören och dennes beteende på marknaden (prop. 2008/09:231 s. 35).

I de höga kraven ligger en särskild utmaning för Konkurrensverket eftersom de företag som drabbas av offentliga aktörers säljverksamhet ofta är små- och medelstora företag. Dessa aktörer har sällan tillgång till mera omfattande och tillförlitlig branschstatistik eller marknadsundersökningar vilket gör att förutsättningarna delvis skiljer sig från en utredning enligt 2 kap. 7 § konkurrenslagen. Konkurrensverket tvingas i allmänhet göra omfattande undersökningar av marknadsförutsättningarna.

Den bevisning som domstolarna lagt vikt vid hittills är bland annat vittnesbevisning⁸, kontrafaktiska scenarion⁹, marknadsdata¹⁰, egna marknadsundersökningar/kundundersökningar¹¹ och sam- eller stordriftsfördelar.

⁸ Se MD 2014:1 *Konkurrensverket./Räddningstjänsten Dala Mitt* (2014-01-31), Stockholms tingsrätt T 8160-11 *Konkurrensverket./Skelleftebuss AB* (2013-07-12) och MD 2016:3 *Konkurrensverket./Borås kommun* (2016-02-15).

⁹ Stockholms tingsrätt T 8160-11 *Konkurrensverket./Skelleftebuss AB* (2013-07-12).

¹⁰ Se MD 2016:3 *Konkurrensverket./Borås kommun* (2016-02-15).

¹¹ Se Stockholms tingsrätt T 9248-13 *Konkurrensverket./Växjö kommun* (2015-11-16).

I flera av de processer som Konkurrensverket har drivit har det helt eller delvis saknats möjligheter att ta fram fullgod marknadsdata.¹² Istället är det motparten som har lämnat in uppgifter om marknaden. Bevisbördan har ansetts ligga hos Konkurrensverket och motparten har således inte behövt ge in motsvarande underlag som verket hade behövt lämna för att anses ha styrkt sina påståenden.

En viss obalans har legat häri, även om det inte är orimligt att den som begär ett förbud åläggs den huvudsakliga bevisbördan. Att motparten har lämnat in någon form av marknadsdata trots att Konkurrensverket ansett att data varit för otillförlitliga för att stödja sig på, har såvitt kan bedömas medfört att domstolarna ändå lagt stor vikt vid motpartens uppgifter.

2.5 Skadeteorierna för KOS är fortsatt under utveckling

Det är svårt att visa på effekter i KOS-ärenden eftersom den offentliga aktören sällan är dominant på marknaden och då dess agerande åtminstone momentant kanske medför låga priser – trots att konkurrensen, investeringsviljan och företagsklimatet på längre sikt försämras (vilket är svårare att leda i bevis).

Eftersom regelverket är nytt saknas etablerad praxis för hur de offentliga åtgärder som lagstiftaren har avsett att förbjuda påverkar konkurrensen och hur detta ska visas i det enskilda fallet, s.k. skadeteorier. Det har bidragit till osäkerhet under utredningar och domstolsprocesser. Om det inte är helt tydligt vad det slutliga målet med en utredning är eller vad som ska klarläggas blir det också svårare att nå resultat.

¹² Se MD 2016:3 *Konkurrensverket./Borås kommun* (2016-02-15) och Stockholms tingsrätt T 9248-13 *Konkurrensverket./Växjö kommun* (2015-11-16)

Det är här som KOS i verklig mening skiljer sig från klassisk konkurrensrätt. Klassisk konkurrensrätt utgår ofta från en statisk marknadssituation och har som syfte att skydda konsumenter på en avgränsad marknad och är tillbakablickande (bortsett från prövningen av företagskoncentrationer).

I KOS är däremot bilden en annan. Inte sällan så bidrar en offentlig aktör till ett ökat konkurrenstryck vilket medför att konsumenterna på i vart fall kort sikt kan gynnas av den offentliga aktörens närvaro på marknaden. Därtill kommer att KOS är framåtblickande.

En annan viktig aspekt i KOS-mål är att den största skadan egentligen uppstår för små aktörer och särskilt på en lokal marknad. I många fall är även den offentliga aktören en liten spelare på den relevanta marknaden. Det innebär att den offentliga aktören oftast inte utgör ett stort hot mot något stort företag. Det kan helt enkelt sägas vara svårt att påvisa skadan i förhållande till stora spelare på marknaden eller när en jämförelse görs med hela marknaden. Däremot kan den offentliga verksamheten upplevas väldigt negativt av små privata aktörer.

Som framhölls även i förarbetena kan det inte anses typiskt att offentliga aktörer har en dominerande ställning (prop. 2008/09:231 s. 30) och regelverket utgår från att offentliga aktörer verkar under andra förutsättningar än privata företag och att ett samband normalt finns mellan exempelvis offentligt ägande av en aktör och dennes beteende på marknaden (prop. 2008/09:231 s. 35).

3 Förväntningarna på regelverket har inte fullt ut kunnat realiseras

I förhållande till vad som kunde förväntas baserat på förarbetena till regeln om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet är det framförallt avseende kraven på dokumentation av en konkurrensbegränsning som praxisutvecklingen har gått åt ett håll som varit oväntat. Så har det blivit i flera avseenden. Framförallt aktualiseras två frågor som delvis hänger samman med varandra, nämligen att Marknadsdomstolen i praktiken har lagt fokus på frågor om hämmande av förekomsten eller utvecklingen av konkurrens (3 kap 27 § 1 st 2 p) på bekostnad av frågor om snedvridning av förutsättningarna för konkurrens (1 p), se vidare avsnitt 3.2, samt att marknadsavgränsningarna har tillmätts en helt avgörande betydelse, se vidare avsnitt 3.1.

Vidare aktualiseras frågor om den lämpliga placeringen av bevisbördan för en konkurrensbegränsning, se vidare avsnitt 3.3.

3.1 Marknadsavgränsningar

Marknadsavgränsningen har fått avgörande betydelse i bägge målen om verksamhetsförbud som Konkurrensverket har förlorat alldeles oavsett om marknadsandelen varit låg (Borås, se vidare 3.2) eller bara ansetts bristfälligt utredd (Strömstad, spa-delen respektive det enskilt anhängiggjorda målet mot ATV-media, se närmast nedan).

Frågor om relevant marknad med koppling till konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet diskuterades i propositionen nästan uteslutande i specialmotiveringen där det framgår att det är

konkurrensen på vad som i konkurrensrätten betecknas som den relevanta marknaden som ska bedömas, dels produktmarknaden, dels den geografiska marknaden (prop. 2008/09:231 s. 58).

Hur tillämpningen av marknadsavgränsningen har blivit i ärenden om verksamhetsförbud har påverkat Konkurrensverkets möjligheter att ingripa och därigenom lagstiftningens möjligheter att leva upp till de förväntningar som fanns på regelverket när det infördes. Således har i domarna lagts mera utrymme på avgränsningen av marknader än på hela konkurrensbegränsningsbedömningen i övrigt.

I flera fall har någon bedömning i sak av själva konkurrensbegränsningen över huvud taget inte gjorts när marknadsavgränsningarna har ansetts vara oklara, som t ex i Strömstadsärendet (spa-delen).

Exempel Strömstad (spa-delen)

Enligt MD medförde osäkerhet beträffande den relevanta produktmarknaden svårigheter att bestämma den geografiska marknadens storlek. Av utredningen framgick att en dagspakund inte är benägen att resa mer än en timme för att besöka ett dagspa, medan en hotellspakund är beredd att åka längre. Det innebär att den geografiska marknaden för dagspatjänster kan avgränsas med utgångspunkt i en restid om en timme. Inom denna restid från Badanstaltens spa ligger även de södra delarna av Norge. Av förhör framgick att Strömstads kommun på olika sätt och i stor utsträckning påverkats av att kommunen gränsar till Norge genom den omfattande gränshandel och de turistströmmar som förekommer mellan länderna. Det kunde mot denna bakgrund inte uteslutas att dessa förhållanden påverkar marknaden. Frågan om och i så fall i vilken utsträckning som den geografiska marknaden påverkas av närheten till Norge hade emellertid inte närmare utretts av Konkurrensverket. Den bristande utredningen i dessa hänseenden innebär enligt Marknadsdomstolen att det saknades underlag för att med tillräcklig grad av säkerhet fastställa den relevanta marknaden på sådant sätt att det är möjligt att göra någon bedömning av om den verksamhet som Badanstalten bedrev beträffande spaverksamhet hade någon påverkan eller var ägnad att ha någon påverkan av någon betydelse på konkurrensen. Redan på grund härav kunde Konkurrensverkets talan inte bifallas vad avser spaverksamheten.

Marknadsdomstolen synes sammanfattningsvis ha kopplat ihop förarbetenas skrivningar om att en konkurrensbegränsning ska ha "någon betydelse" (prop. 2008/09:231 s. 37 och s. 57) med skrivningar om att marknaden behöver avgränsas (s. 58). Resultatet har blivit att ett märkbarhetskriterium de facto har skapats, vilket inte överensstämmer med förarbetenas lydelse. Med märkbarhetskrav avses normalt ett krav på en viss marknadsandel på den relevanta marknaden för att en konkurrensbegränsning ska anses föreligga.

Enligt förarbetena borde dock något märkbarhetskrav inte ställas eftersom man då inte fullt ut skulle kunna ta i beaktande den grundläggande skillnaden mellan offentliga och privata aktörer (s. 37). Av förarbetena framgår även att en utgångspunkt för regeln om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet är att den ska lösa just de konkurrenskonflikter som uppstår till följd av ensidiga förfaranden av en offentlig aktör som inte kan sägas ha en dominerande ställning på marknaden (s. 33).

Konkurrensverkets utgångspunkt har i avsaknad av klagande praxis från MD varit att uttalandet i förarbetena om att överträdelser måste ha "någon betydelse" ska läsas i sitt sammanhang där det anknyter till (och kontrasterar) sådana beteenden vilka omtalas i närmast föregående stycke, nämligen beteenden vilka är neutrala för konkurrensen och inte omfattas av konfliktlösningsregeln. För att ett förbud ska kunna komma ifråga har Konkurrensverket därför utgått från att det ifrågasatta beteendet måste ha potential att begränsa konkurrensen, snarare än att de konkurrensbegränsande effekterna ska nå upp till någon viss nivå.¹³

Ytterligare ett exempel på att marknadsavgränsningens svagheter har tillmätts avgörande betydelse är målet ATV-media som drevs med hjälp av den s.k. subsidiära talerätten och således utan Konkurrensverkets medverkan.

¹³ Se vidare Konkurrensverkets skrivelse med överklagande till MD avseende Rådningstjänsten Dala-Mitt, dnr 392/2011, punkt 44-45

Exempel ATV-media¹⁴

Marknadsdomstolen konstaterade i målet att det inte var klarlagt vilka aktörer som kunde möta en efterfrågan på ett mer omfattande tjänsteutbud. Inte heller var det visat att de som saknade förmåga att erbjuda efterfrågade produkter kunde ställa om sitt utbud för att möta en efterfrågan av detta slag utan väsentliga kostnader eller risker. Sammantaget gav utredningen därmed inte någon tydlig bild av vilka aktörer som kunde tillhandahålla vad på den aktuella produktmarknaden. Med hänsyn härtill och till den oklarhet som fanns i utredningen om kunders preferenser m.m. saknades tillräckliga hållpunkter för att fastställa en geografisk marknad. Det var därmed enligt Marknadsdomstolen inte möjligt att bedöma om den verksamhet som Kommunalförbundet bedrev hade sådan påverkan eller var ägnad att ha sådan påverkan av betydelse på konkurrensen som förutsätts för att meddela ett förbud enligt 3 kap. 27 § tredje stycket första meningen KL. Det kan således konstateras att domstolen även i detta mål underkände marknadsavgränsningarna och inte fullt ut gick vidare och prövade den eventuella konkurrensbegränsningen.

Det förutsattes i propositionen att marknader skulle avgränsas vid tillämpningen av den nya regeln i konkurrenslagen men däremot inte att marknadsavgränsningen skulle komma att tillmätas en så avgörande betydelse.

Sammanfattningsvis framgår av hittillsvarande praxis att oklarheter om marknadsavgränsningen medför att MD inte nödvändigtvis går vidare och prövar frågan om en konkurrensbegränsning (jfr dock Borås-målet nedan där betydande utredning gjordes i MD-processen). Konkurrensverket och enskilda parter som går till domstol kan alltså tappa mål endast på grund av bristfällig

¹⁴ Se MD 2015:17 *ATV-MEDIA Aktiebolag./Kommunalförbundet Medicenter* (2015-11-17)

utredning om den exakta marknadsandelen, och detta alldeles oavsett om det ändå framgår av omständigheterna att marknadsandelen måste antas vara betydande.

3.2 Marknadseffekter på bekostnad av marknadsförutsättningar

Av KOS-regeln i 3 kap 27 § konkurrenslagen framgår att en kommun eller ett landsting får förbjudas att bedriva en viss säljverksamhet (som inte är förenlig med lag) om det

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

Det framgår således redan av lagtextens ordalydelse att de bägge punkterna tar sikte på delvis olika bedömningar framförallt genom att första punkten avser *förutsättningarna* för konkurrens på marknaden medan den andra punkten avser *utvecklingen* av själva konkurrensen på marknaden.

Konkurrensverket har som huvudregel valt att inte hålla isär yrkanden om förbud baserat på snedvridning från dito yrkanden som baseras på ett hämmanderesonemang. Detta eftersom rättsföljden i bägge situationerna blir densamma och det vore process-ekonomiskt onödigt att göra en sådan distinktion.¹⁵

¹⁵ Inte heller domstolarna har hållit isär begreppen annat än undantagsvis (jfr dock punkt 36 i Strömstadsdomen där Konkurrensverket felaktigt anges ha hävdat enbart hämmande, vilket inte överensstämmer med den talan Konkurrensverket faktiskt förde i relevanta inlagor).

I efterhand kan man konstatera att tyngdpunkten ofta har hamnat väldigt tydligt på frågor om effekter på själva marknaden (dvs. andra punkten) trots att det handlar om två alternativa rekvisit. Att rekvisiten är alternativa medför att det redan från lagtextens lydelse måste anses vara tydligt att en snedvridning av *förutsättningarna* för konkurrens är tillräcklig för att etablera en konkurrensbegränsning. Det framgår även tydligt i förarbetena till regeln om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet:

”När det gäller bedömningen av beteendets effekter är det viktigt att i det enskilda fallet ta ställning till om beteendet skadar drivkrafterna till konkurrens samt själva mekanismerna på marknadsplatsen. Prövningen bör ha sin utgångspunkt i beteendets långsiktiga verkningar på förutsättningarna för en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, inte vad som sker eller kan ske på kort sikt. Frågan är om konkurrenstrycket på marknaden ökar, eller är ägnat att öka, eller om det minskar, eller är ägnat att minska, genom det aktuella beteendet.”
(Prop. 2008/09:231 s. 36-37)

Det ligger i sakens natur att det krävs att ett beteende och dess effekter analyseras under lång tid för att något ska kunna sägas om dess långsiktiga effekter på bland annat etablering och konkurrens. För detta har det i allmänhet inte funnits möjlighet i de mål som har avdömts men de kortsiktigt observerade förhållandena på marknaden har ändå kommit att tillmätas avgörande betydelse.

Att en snedvridning är avsedd att kunna etableras utan att någon effekt på själva marknaden behöver dokumenteras överensstämmer även med de äldre förarbetsuttalanden som gjordes när formuleringen om snedvridning först fick sin plats i den tidigare gällande lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (LIU). Som framgår av tidiga

förarbeten till KOS-regeln hade inspiration till lagregelns formulering hämtats därifrån (Ds 2001:17 s. 38).

Enligt förarbetena till LIU tog bedömningen av en snedvridning sikte på själva konkurrensnedvridningen som sådan och inte på vilka effekter den fick på marknaden (prop. 1993/94:35 s. 59).

Sammanfattningsvis har införandet av ett separat snedvridningsrekvisit i lagtexten inte fått genomslag på lagtillämpningen vilket medfört att Konkurrensverket förväntats föra bevisning om en mängd frågor om marknadens utveckling som svårligen låter sig bevisas när det handlar om ett framåtriktat verksamhetsförbud mot kommunal verksamhet på ofta vidsträckta marknader.

Effekten har framförallt blivit att MD har kommit att underkänna konkurrensbegränsningar endast baserat på att marknadsandelen för den offentliga aktören är låg, såsom skedde i Borås-ärendet (se även utgången i tingsrätt avseende Växjö-målet).

Exempel Borås

Vid förhållandena i målet kunde, enligt MD, Servicekontorets andel av den relevanta marknaden för mark- och anläggningsentreprenader beräknas som kvoten mellan en extern fakturering om ca 12 miljoner kronor per år och en total omsättning på marknaden om ca 8 miljarder kronor per år, dvs. till ca $(12 \div 8\,000 =) 0,15$ procent. Med utgångspunkt i en så liten andel av den relevanta marknaden kunde inte Servicekontorets försäljning till externa aktörer – oavsett om Servicekontoret i egenskap av offentlig aktör kunde anses ha några konkurrensfördelar eller ej – anses vara ägnad att hämma konkurrensen.

Sammanfattningsvis kan man baserat på detta konstatera att det vid särskilt låga marknadsandelar enligt praxis anses omöjligt att den offentliga aktörens fördelar – oavsett om de är stora och väldokumenterade eller ej – slår igenom på marknaden. Låg marknadsandel anses därigenom vara tillräckligt för att något förbud inte ska kunna meddelas även om små lokala företag upplever att den offentliga aktörens närvaro har stor påverkan på de lokala konkurrensförhållandena och på de lokala företagens arbetsförutsättningar.

Anekdotiskt kan konstateras att, när det istället handlat om förfarandeförbud på en till själva upphandlingen avgränsad upphandlingsmarknad, har MD dömt till Konkurrensverkets fördel (RDM¹⁶).

3.3 Bevisbördans placering och beviskravets nivå

Avslutningsvis något om bevisbördans placering och beviskravets nivå.

Bevisbördan

I remissomgången kritiserade professorn i processrätt Torbjörn Andersson en skrivning i den föreslagna specialmotiveringen där det kortfattat angavs att det enligt "vanliga principer" får anses vara Konkurrensverket som bär bevisbördan för att ett förfarande snedvrider eller är ägnat att snedvrیدا konkurrensen (s. 52 längst ned i den remitterade promemorian). Andersson angav att påståendet var i hög grad utmanande. Yttrandet var beställt av Konkurrensverket och ingavs som bilaga till verkets remissyttrande över förslaget till KOS-regel. Andersson ansåg att de principer som

¹⁶ Se MD 2014:1 *Konkurrensverket./Räddningstjänsten Dala Mitt* (2014-01-31)

finns för bevisbördans placering inte utan närmare motivering kunde utgöra grund för att lägga bevisbördan på Konkurrensverket. Han förordade att förarbetena borde utvecklas kring bevisbördan men i arbetet med propositionen ströks istället formuleringen om att Konkurrensverket hade bevisbördan (all omgivande text blev kvar i propositionen).

I propositionen stod regeringen alltså inte uttalat bakom en kategorisk placering av bevisbördan på Konkurrensverket och ursprunget till denna förändring torde – om den över huvud taget ska sökas i remissomgången – få sökas i det yttrande som Konkurrensverket ingav och det därtill fogade rättsutlåtandet.

Marknadsdomstolen har trots den strykning som regeringen genomförde i propositionen och i bägge fallen av verksamhetsförbud (p. 62 resp. 65) lagt hela bevisbördan på Konkurrensverket. Placeringen av bevisbördan är alls inte förvånande eftersom det ju är Konkurrensverket som begär ett förbud, men heller inte så självklar som det är lätt att ge sken av, vilket framgår av Torbjörn Anderssons yttrande i denna del.

Den ensidigt placerade bevisbördan har i vart fall enligt Konkurrensverket visat sig svårbemästrad, särskilt när den kopplas samman med tidigare omtalade och högt ställda förväntningar på marknadsavgränsning från domstolens sida och ett tydligt fokus på faktiska effekter snarare än på konkurrensförutsättningarna.

Beviskravets nivå

Det kan vidare konstateras att domstolen uppställer mycket höga beviskrav för att Konkurrensverket ska kunna styrka påstådda marknadsavgränsningar och att det föreligger en konkurrensbegränsning. Konkurrensverket har genomgående frambringat

omfattande vittnesbevisning som inte har tillerkänts avgörande bevisvärde.

I många fall när det är fråga om verksamhetsförbud är det svårt att kartlägga hela marknader eller att få fram tillförlitlig skriftlig bevisning eftersom de som konkurrerar med den offentliga verksamheten ofta är mindre aktörer som inte har tillgång till omfattande marknadsdata. Detta ofta till skillnad från större företag som utreds inom klassisk konkurrensrätt.

Det förekommer också att mindre företagare är rädda att lämna uppgifter till Konkurrensverket som är till nackdel för kommunen. Konkurrensverket saknar därvid legala möjligheter enligt offentlighets- och sekretesslagen att skydda uppgiftslämnare i ärenden om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet på samma sätt som verket kan skydda uppgiftslämnare i andra typer av ärenden.

Det är svårt att dra någon slutsats om det beviskrav som uppställs avseende konkurrensbegränsningskriteriet på grund av den begränsade praxis som finns på området. Marknadsdomstolen synes likväl ställa kravet att Konkurrensverket har full bevisbörda och ställer höga beviskrav även för omständigheter som verket svårligen kan föra bevisning om. Det gör att Konkurrensverkets manöverutrymme minskar.

Konkurrensverket noterar därutöver att Marknadsdomstolen inte på ett strukturerat sätt har redogjort för bevisvärderingen, utan endast tagit fasta på den bevisning som domstolen har tillmätt avgörande betydelse i domskälen. Det är därför svårt att närmare bilda sig en uppfattning om varför t.ex. vissa vittnen har tillmätts större bevisvärde än andra och hur den närmare bevisvärderingen skett.

Marknadsdomstolen verkar i ett fall ha tillmätt den omständigheten att en enda privat aktör har kunnat träda in på en marknad och sedan avyttra sin verksamhet stor betydelse.

Exempel Strömstad (gym-delen)

Marknadsdomstolen framhöll i Strömstad-domen att det väl kunde förhålla sig så som omvittnat, att den som överväger att starta en gymverksamhet undviker att göra det på en ort där det finns ett kommunalt gym. Utsagan var dock enligt vad som framgick av vittnesmålet inte grundad på förhållandena i Strömstads kommun. Att det kan vara svårt att etablera ett gym hade, som framgick av tingsrättens dom, bekräftats av ett annat vittne. Men som framgick av domen kunde (Konkurrensverkets klagande) Westcoast Fitness Center AB inte bara etablera sin verksamhet utan senare också överlåta den till Nordic Wellness, som i målet beskrivits som en av de större aktörerna på den svenska marknaden. I Marknadsdomstolen hade vidare, genom förhör, framkommit att Strömstads kommun efter dagen för tingsrättens dom fått två förfrågningar från privata aktörer om att starta gym i kommunen samt en förfrågan som avsåg byggandet av ett spahotell med bl.a. en gymdel. Vidare hade framkommit bl.a. att avgifterna för att träna på Badanstaltens gym hade höjts och att bolaget inte fick några bidrag från kommunen till gymverksamheten. Härutöver hade klarlagts att kommunens personal i vart fall numera var oförhindrad att använda sitt friskvårdsbidrag för träning även på andra ställen än vid Badanstalten. Vid dessa förhållanden konstaterade Marknadsdomstolen att utredningen om effekterna på konkurrensen av Badanstaltens gymverksamhet sammantaget inte var tillräcklig för att läggas till grund för slutsatsen att bolagets närvaro på marknaden medförde att konkurrensen snedvrids eller hämmas.

Särskilt om tidsperspektivet vid prövning av KOS-ärenden

Underlaget för bedömningen av vilka effekter bevisbördan och beviskravet har haft är begränsat eftersom MD i flera mål har mer eller mindre avbrutit prövningen i samband med marknadsavgränsningen, se vidare ovan. När prövningen slutfördes i Strömstads-målet (gym-delen) tillmätte domstolen emellertid avgörande betydelse till nytillkomna fakta bl.a. aviserat etableringsintresse, vilket mycket väl kan ha varit en följd av att potentiella etablerare förväntade sig att ett förbud skulle meddelas. Vidare ansågs de historiska fördelar som verksamheten hade haft inte längre ha betydelse. Konkurrensverket (staten) ansågs även fullt ut ansvarig för rättegångskostnaderna trots att verksamheten hade sett väsentligen annorlunda ut vid tiden för stämning.

Häri ligger enligt Konkurrensverket en betydande svårighet med att bevisa en konkurrensbegränsning eftersom många konkurrensfördelar typiskt sett endast går att påvisa för historisk tid samtidigt som det alltid står en offentlig aktör fritt att ändra verksamhetens karaktär under den rättsliga prövningen. Att nytillkomna fakta som talar för den offentliga aktören omedelbart tillmäts betydelse samtidigt som historiska fakta som talar för Konkurrensverkets sak omedelbart anses kunna elimineras med en beteendeändring minskar avsevärt Konkurrensverkets möjligheter att etablera en konkurrensbegränsning.

Konkurrensverket kommer i fortsatta prioriteringar att utgå från de höga krav som har kommit att ställas i praxis. Vidare måste Konkurrensverket noga överväga om mål är fortsatt möjliga att driva vid mera betydelsefulla beteendeförändringar som framkommer under den rättsliga prövningen.

4 Vad Konkurrensverket respektive lagstiftaren kan göra

Enligt Konkurrensverkets bedömning finns en väsentlig diskrepans mellan de förväntningar som vid införandet fanns på regelverket om förbud mot konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet och de begränsade effekter som regelverket sedermera har fått. Det handlar i hög grad om näringslivets förväntningar på regelverket.

I rapporten (avsnitt 3) har framhållits några förklaringar till varför denna diskrepans har uppkommit. Konkurrensverket är angeläget att i den mån det är möjligt leva upp till lagstiftarens ambitioner och målsättningar med regelverket som de formulerades vid genomförandet och analyserar därför nedan tänkbara åtgärder och förtydliganden för att underlätta den framtida rättstillämpningen.

Några konkreta förslag väljer Konkurrensverket att inte lägga i detta läge. Praxis är begränsad och det finns särskilda förhållanden i alla de mål som avgjorts vilket ytterligare försvårar att dra långtgående slutsatser. Av betydelse för att Konkurrensverket avstår från att lägga förslag är också de stora svårigheterna att ändra lagstiftning i aktuella avseenden. Det problemet gör sig gällande framförallt avseende bevisbördans placering och beviskravet (3.3) samt avseende marknadsavgränsningens (3.1) och de bägge alternativa rekvisitens roller (3.2) vilket i samtliga tre fall närmast är frågor som borde ha behandlats ännu utförligare i förarbeten.

4.1 Satsa ännu mera på marknadsavgränsning

Hur tillämpningen av marknadsavgränsningen har blivit i ärenden om verksamhetsförbud har kraftigt påverkat Konkurrensverkets

möjligheter att ingripa och därigenom lagstiftningens möjligheter att leva upp till de förväntningar som ställdes på regelverket när det infördes, inte minst sett från näringslivets sida (se även 3.1).

Det var förutsett i propositionen att marknader skulle avgränsas vid tillämpningen av den nya regeln i konkurrenslagen men däremot inte att marknadsavgränsningen skulle komma att tillmätas en så avgörande betydelse.

Mot den bakgrunden finns anledning för Konkurrensverket att satsa ytterligare resurser på marknadsavgränsningarna i de mål som drivs. Det kommer ställa krav på utökade utredningsinsatser (vilket i sig minskar det antal ärenden som Konkurrensverket har resurser för att driva).

Mot den bakgrunden har Konkurrensverket numera inlemmat arbetet med konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet i den enhet som redan arbetar med missbruk av dominerande ställning (AK2). Den enhetens långa, omfattande och breda erfarenheter av marknadsavgränsning säkrar att Konkurrensverkets samlade erfarenheter på området marknadsavgränsningar kan tas till vara, till gagn för effektiviteten i arbetet med konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.

I den mån marknaderna är svårutredda kan det medföra att vissa ärenden inte kan drivas alls, särskilt som motpartens påståenden om marknaden riskerar att tillmätas avgörande betydelse oavsett i vilken utsträckning de kan underbyggas.

Kraven på marknadsavgränsningar – där sådana är svåra och resurskrävande att göra – riskerar sammanfattningsvis att göra vissa KOS-ärenden omöjliga att prioritera i förhållande till andra ärenden som Konkurrensverket ansvarar för.

4.2 Prioritera bort ärenden där marknadsandelen är låg

Sammanfattningsvis har införandet av ett separat snedvridningsrekvisit i lagtexten inte fått genomslag på lagtillämpningen vilket medfört att Konkurrensverket förväntats föra bevisning om en mängd frågor om marknads kortsiktiga utveckling som svårligen låter sig bevisas när det handlar om ett framåtriktat verksamhetsförbud mot kommunal verksamhet på ofta vidsträckta marknader (se även 3.2).

Mot denna bakgrund måste Konkurrensverket framöver prioritera bort vissa ärenden där den offentliga aktörens marknadsandel riskerar att anses relativt låg, trots att krav på någon viss marknadsandel inte avsågs föreligga vid införandet av reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Detta om det inte på andra grunder går att härleda tydliga konkurrens effekter av det offentligas beteende (se vidare avsnitt 5.2).

Ju mindre marknadsandel desto svårare blir det att påvisa någon effekt på marknaden även om man kan konstatera att konkurrensen i utgångsläget var snedvriden. Konkurrenssnedvridningen försvinner så att säga genom storleken på marknaden när begreppet "någon betydelse" i förarbetena tolkas på det sätt som domstolarna gjort i praxis. Några bestämda procentgränser för vad som är tillräcklig marknadsandel kan ännu inte uppställas efter de enstaka mål som avgjorts av MD.

4.3 Prioritera bort vid dåligt bevisläge och eller ändrade förutsättningar

Den ensidigt placerade bevisbördan och det höga beviskravet har visat sig svårt att uppfylla särskilt när de kopplas samman med

högt ställda förväntningar på marknadsavgränsning och ett tydligt fokus på faktiska effekter på marknaden snarare än på konkurrensförutsättningarna. Marknadsdomstolens domskäl har heller inte bringat full klarhet i hur bevisningen värderas (se även 3.3).

Om det krävs omfattande skriftlig bevisning t.ex. marknadsundersökningar, utöver vittnesbevisning, medför det att stora resurser kommer behöva tas i anspråk för att utreda frågor enligt bestämmelsen om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Dessutom förhåller det sig ofta på det viset att den offentliga aktören själv är den som är bäst lämpad att ta fram viss typ av data så som t.ex. vilken typ av besökare en verksamhet har. I vissa situationer är den offentliga aktören den enda som har tillgång till viss data så som t.ex. beträffande verksamhetens kostnader och intäkter men aktören kan inte särskilja de kostnader som är hänförliga till intern och extern verksamhet (se vidare 4.5).

Även om Konkurrensverket har bevisbördan bör det vara möjligt att viss förklaringskyldighet utlöses hos motparten om Konkurrensverket kan underbygga sin talan till en viss nivå. Det gäller särskilt när offentligt stöd av olika slag har lämnats till en näringsverksamhet, varvid det borde ankomma på den offentliga aktören att visa att detta stöd inte har använts inom den ifrågasatta näringsverksamheten (en slags omvänd bevisbörda).

Vidare är det angeläget att ge uppgiftslämnare i ärenden om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet samma skydd för sin anonymitet som uppgiftslämnare i andra typer av konkurrensärenden.

Konkurrensverket kommer i fortsatta prioriteringar att utgå från de höga krav som har kommit att ställas i praxis men anser fortsatt att bevisbördans placering i vissa fall, särskilt när ett offentligt stöd har

dokumenterats, måste bero på vilken part som har bäst förutsättningar att bringa klarhet i omständigheterna t.ex. den hos vilken beviset finns. Därvid är bristen på särredovisning och den bristfälliga utformningen av befintliga krav på särredovisning ett problem för Konkurrensverket (se vidare 4.5).

Slutligen måste Konkurrensverket noga överväga om mål är fortsatt möjliga att driva vid mera betydelsefulla beteendeförändringar som framkommer under den rättsliga prövningen.

4.4 Eventuell framtida översyn av KOS-regelverket

Av förevarande rapport framgår att Konkurrensverket, trots att en verksamhet anses strida mot den kommunala kompetensen, har ett mycket högt beviskrav för att styrka påstådda marknadsavgränsningar och att det föreligger en konkurrensbegränsning. Det gör att utrymmet för att pröva ärenden om verksamhetsförbud begränsas.

Vid en framtida översyn av reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet (KOS) skulle det kunna övervägas att möjliggöra förbud mot verksamhet som strider mot den kommunala kompetensen utan krav på konkurrensbegränsning av viss omfattning.

4.5 Ändringar i andra regelverk, t.ex. särredovisning och sekretess

Avslutningsvis är det angeläget att i ökad utsträckning beakta behovet av särredovisning för att konkurrensutsatt kommunal verksamhet ska kunna följas upp ekonomiskt. Behovet av särredovisning blir allt större men kraven allt mera splittrade. Olika

krav på särredovisning gäller t.ex. el, kollektivtrafik, fjärrvärme, naturgas och allmänna vattentjänster. Därutöver finns frivillig särredovisning gällande avfall och folktandvård.

Sedan 2005 finns lagen (2005:590) om insyn i vissa finansiella förbindelser (den s.k. transparenslagen) för vilken Konkursverket är tillsynsmyndighet. Lagen har emellertid mycket höga tröskelvärden för vilka företag som omfattas av dess regler (normalt 40 miljoner euro).

Sverige har en tradition av att låta konkurrens- och upphandlingsregelverk gälla utan tröskelvärden, oavsett samhandelseffekt etc. Transparenslagen har hittills fått begränsat genomslag mycket på grund av den kulturkonflikt som finns mellan revision och konkurrenslagstillämpning – man är van vid helt olika typer av regelverk. Transparenslagens regler är dock logiska, generellt utformade och kan med fördel tjäna som utgångspunkt för andra regelverk om särredovisning.

Transparenslagen kan och bör därför ses i ett större sammanhang tillsammans med andra regler om särredovisning och de växande behoven av sådan redovisning.

Konkurrensverket anser att all konkurrensutsatt kommunal säljverksamhet bör särredovisas per säljverksamhet och att denna redovisning ska präglas av öppenhet och transparens. Skälen till detta är flera:

- Kommunens affärsverksamhet innebär ett ekonomiskt risktagande med offentliga medel varför särredovisning blir ett sätt för kommuninvånare, förtroendevalda och företag att följa kommunens riskexponering.

- I avsaknad av särredovisning kan kommunens sammanblandning av medel för myndighetsutövning och konkurrerande säljverksamhet leda till ett pris som subventioneras med allmänna medel.
- I kommunens arbete för en god ekonomisk hushållning är särredovisning av säljverksamhet ett viktigt analys- och åtgärdsverktyg för en ekonomi i balans.
- Särredovisning ger privata företag möjlighet att bedöma om den kommunala verksamheten drivs på ett konkurrensneutralt sätt när de utvärderar sina förutsättningar att konkurrera och fattar strategiska affärsbeslut.
- Med särredovisning av kommunal säljverksamhet får Konkurrensverket och domstolar tillgång till ett analysverktyg för en mer effektiv tillämpning av såväl konkurrensregler som andra regler.

Konkurrensverket har lämnat förslag till förbättrad särredovisning i remissyttrande (dnr 304/2016) över utredningen om en ändamålsenlig kommunal redovisning (SOU 2016:24). Konkurrensverket tillstyrker förslaget att kommunal årsredovisning ska innehålla upplysning i not om vilka särredovisningar som upprättats under räkenskapsåret till följd av bestämmelser i lag eller förordning. Konkurrensverket delar även utredningens bild av att lagstiftarens krav på form och innehåll varierar i befintliga särredovisningsregler. Detta torde dock enligt Konkurrensverket inte innebära att det saknas förutsättningar för att samordna eller utöka befintliga regler för särredovisning av kommunal säljverksamhet i ny lagstiftning. Konkurrensverket fann det i sitt remissyttrande anmärkningsvärt att något förslag inte lämnades i denna del. Konkurrensverket framhöll avslutningsvis vissa oklarheter vad

gäller den nya ramlagens efterlevnad och normgivning. Konkurrensverket saknade därvid förslag till sanktionsmöjligheter i de fall reglerna inte följs liksom tydligare beskrivning av hur tillsyn och normgivning skulle gå till.

Avslutningsvis bör framhållas betydelsen av att Konkurrensverket genom ändringar i offentlighets- och sekretesslagen (OSL) tillförsäkras samma möjligheter att skydda uppgiftslämnare i ärenden om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet som i andra ärenden enligt konkurrenslagen. Det innebär att motsvarande regler som enligt OSL 3 kap 30 § bör gälla även här.

5 Vilka ärenden kommer Konkurrensverket att prioritera framöver?

Efter en inledande utvärdering av tillämpningen av förbudet mot konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet och praxis har Konkurrensverket under april 2016 tagit fram en ny prioriteringspolicy, där det framgår vilka problem Konkurrensverket avser att prioritera framöver. Den har följande innehåll.

När offentliga aktörer agerar på en konkurrensutsatt marknad riskerar det att snedvrida förutsättningarna för en effektiv konkurrens eller hämma förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. Konkurrensverket prioriterar ärenden där den offentliga aktörens agerande hämmar eller snedvrider de långsiktiga förutsättningarna för konkurrens.

Konkurrensverket prioriterar ärenden där konkurrensproblemen är tydliga. Konkurrensproblemen är tydligast när en eller flera privata aktörer kan visa på konkreta, mätbara och dokumenterade skador eller riskerar sådana skador. Exempel på skador är när privata företag hämmas i sin utveckling och tillväxt, när privata företag tvingas lägga ner hela eller delar i sin verksamhet och när nya privata företag får svårt att etablera sig eller växa på en avgränsad relevant marknad.

Av detta följer att Konkurrensverket normalt inte kommer att prioritera ärenden där det saknas en eller flera privata aktörer som kan visa på konkreta, mätbara och dokumenterade skador. Normalt förutsätter påvisande av skador att man inte enbart påvisar en allmänt negativ utveckling, utan att denna kan hänföras till den offentliga aktören på ett eller annat sätt.

Mot bakgrund av erfarenheterna, bland annat den praxis som utarbetats och de utmaningar Konkurrensverket står inför i vissa utredningar kan även konstateras att Konkurrensverket kommer avstå från att prioritera följande typer av ärenden.

5.1 Ärenden där det är orimligt svårt att avgränsa en relevant marknad

Konkurrensverket kommer inte att prioritera ärenden där det bedöms vara mycket svårt att avgränsa en relevant marknad på grund av att uppgifter om denna är mycket svåråtkomliga på olika sätt. Marknadsavgränsningarna har fått större betydelse än vad Konkurrensverket först utgick ifrån, och höga krav på bevisning inom marknadsavgränsningen måste avspeglas i Konkurrensverkets prioriteringar (se vidare 3.1) samt föranleda ytterligare satsningar på marknadsavgränsningen i varje ärende (se vidare 4.1).

I MD 2015:12 Konkurrensverket./Strömstad Badanstalt konstaterade MD att Konkurrensverkets utredning var bristande gällande avgränsningen av den relevanta marknaden för dagspatjänster. Enligt domstolen saknades underlag för att med tillräcklig grad av säkerhet kunna fastställa den relevanta marknaden på sådant sätt att det var möjligt att göra någon bedömning av om den verksamhet som Badanstalten bedrev beträffande spaverksamhet hade någon påverkan eller var ägnad att ha någon påverkan av betydelse på konkurrensen.

Marknadsavgränsningarna har tillmätts en annan betydelse än vad Konkurrensverket hade förväntat. Konkurrensverket driver utredningen efter en bedömning av vad som i det enskilda fallet anses avvägt i förhållande till omfattningen av konkurrensproblemet, den ifrågasatta verksamhetens omsättning m.m. Domstolen har emellertid inte bedömt detta vara tillräckligt för att fastställa den relevanta marknaden och för att kunna bedöma konkurrensproblemetts effekter.

Konkurrensverket konstaterar att utredningen av marknadsavgränsningen är av stor betydelse även i utredningar gällande

konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Konkurrensverket bedömer att det i vissa fall kan leda till en oproportionerligt tung utredning.

Konkurrensverket har ett ansvar för att använda verkets resurser så effektivt som möjligt och kommer mot bakgrund inte minst av utgången i Strömstad-målet att väga förväntad resursåtgång för avgränsning av relevant marknad mot nyttan av ett ingripande.

5.2 Ärenden där säljverksamheten är mycket begränsad i termer av marknadsandel på den relevanta marknaden

Konkurrensverket kommer inte att prioritera ärenden där säljverksamhetens omfattning är mycket begränsad, det vill säga där det finns risk att den offentliga aktören anses ha en mycket låg marknadsandel på den relevanta marknaden. Jämför här med skrivningarna kring marknadsandel i exemplet Borås.

Som framgått av exemplet Borås ovan fann domstolen att den offentliga aktörens marknadsandel uppgick till ca 0,15 procent av den slutligt bestämda relevanta marknaden snarare än till 3–4 procent av den marknad som Konkurrensverket hade hävdad var relevant. Med utgångspunkt i en så liten andel av den relevanta marknaden kunde inte Servicekontorets försäljning till externa aktörer – oavsett om Servicekontoret i egenskap av offentlig aktör kunde anses ha några konkurrensfördelar eller ej – anses vara ägnad att hämma konkurrensen. Marknadsdomstolen ogillade Konkurrensverkets talan (se vidare 3.2 och 4.2).

Konkurrensverket drar av detta slutsatsen att ärenden där den offentliga aktören har en mycket låg marknadsandel inte ska

prioriteras. När den offentliga aktören har en mycket låg marknadsandel blir det svårt att visa att det konkurrensbegränsande beteendet har haft någon effekt. På en brett avgränsad relevant marknad kommer den offentliga aktören ofta ha en mycket låg marknadsandel. Vid en bedömning av effekterna på denna marknad riskerar resultaten att vara mycket små och ändå visar Konkurrensverkets utredning ofta på lokala konkurrensproblem, vilka mindre företag vittnar om.

Mot bakgrund inte minst av utgången i Borås-målet kommer Konkurrensverket framöver inte att kunna prioritera ärenden där den offentliga aktören har en mycket låg marknadsandel, om det inte på andra grunder går att härleda tydliga konkurrens effekter av det offentliga beteendet.

5.3 Ärenden där konkurrensbegränsningen baseras på historiska fördelar eller där aktören har förändrat sitt beteende

Konkurrensverket kommer inte att prioritera ärenden där den offentliga aktören underhand har ändrat sitt beteende så mycket att det blivit väsentligen mindre konkurrensbegränsande efter ändringarna (se vidare 4.3). Självklart har det därvid också betydelse hur betydande den kvarvarande konkurrensbegränsningen är, dvs. en åtgärd som var mera konkurrensskadlig i utgångsläget kräver större ändring än en mindre konkurrensskadlig ursprungsåtgärd. På sådana prioriteringar finns redan exempel från Konkurrensverkets utredningar, men även i Strömstads badanstalt (MD).

Av domen framgår även mera allmänt att domstolens beredvillighet att acceptera historiska fördelar som grund för en

konkurrensbegränsning är begränsad (se vidare 3.3). Konkurrensverket måste därför framöver noga pröva även om tydliga fördelar som en offentlig aktör haft under lång tid fortsatt kan antas påverka aktörens beteende och beteende på marknaden. Därvid torde i allmänhet gälla att ju längre tillbaka i tiden som en fördel ligger desto högre krav torde ställas på bevisningen att den har fortsatt betydelse.

Under processen i målet *MD 2015:12 Konkurrensverket./Strömstad Badanstalt* framkom att Badanstalten hade höjt avgiften för att träna på Badanstaltens gym, att bolaget inte längre fick några bidrag från kommunen till gymverksamheten samt att kommunens personal åtminstone numera var oförhindrad att använda sitt friskvårdsbidrag för träning även på andra ställen än vid Badanstalten. Många förändringar skedde efter att process i domstol inlett.

Konkurrensverket har möjlighet att beakta icke förbindande frivilliga åtgärder från en offentlig aktör för att komma tillrätta med ifrågasatta verksamheter eller förfaranden under utredningen och när så bedöms prioritera bort ärendet.

Anledningen till att incitamentet för den aktör som utreds att ändra sitt beteende är större i ärenden om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet jämfört med andra förbud i konkurrenslagen är att detta förbud är framåtriktat. Detta innebär att endast pågående överträdelser kan förbjudas. Om det konkurrensbegränsande beteendet upphör saknas anledning att fortsätta prioritera utredningen. Konkurrensverket har i flera fall godtagit frivilliga åtgärder av effektivitetsskäl.

Konkurrensverket kommer mot bakgrund inte minst av utgången i bland annat Strömstad-målet, inte att prioritera att fortsätta driva ett ärende mot domstol om den frivilliga åtgärden bedöms

tillräcklig för att komma tillrätta med det huvudsakliga konkurrensproblemet. Det kan innebära att vissa rättsfrågor förblir oprövade och att vi får mindre praxis. Konkurrensverket bedömer ändå det som ett effektivt sätt att främja en välfungerande konkurrens. På motsvarande sätt kommer Konkurrensverket normalt inte kunna prioritera att driva ärenden där de fördelar som ligger till grund för konkurrensbegränsningen endast är historiska om det inte kan visas att dessa har fortsatt betydelse.

Bilaga 1 Synpunkter som har lämnats med anledning av utkastversionen

En utkastversion av föreliggande rapport har sedan i juli och in i september 2016 varit tillgänglig för intressenter och allmänhet med en öppen inbjudan att lämna synpunkter på innehållet.

Det är framförallt näringslivets organisationer som har kommit in med synpunkter med anledning av Konkurrensverkets rapport-utkast. Dessa har i flera fall efterlyst en tydligare beskrivning av syfte och målsättning med regelverket. De har därvid betonat regelverkets funktion att hantera konkurrensfrågor när det offentliga verkar på marknaden – även på marknader som enligt organisationerna borde ligga utanför det offentliga åtagandet.

Återvinningsindustrierna framhåller i sitt yttrande konkurrens från kommuner och kommunala bolag som ett av de tre mest betydande hindren för tillväxt. I sitt yttrande pekar man på förekomsten av överkapacitet efter större investeringar som en bidragande faktor till att gemensamma resurser utnyttjas på angränsande marknader med påföljande risk för underprissättning.

Konkurrensverket konstaterar att regelverket tillkom för att lösa just de konkurrenskonflikter som uppstår till följd av ensidiga förfaranden av en offentlig aktör som inte kan sägas ha en dominerande ställning på marknaden (prop. 2008/09:231 s. 33). Vidare att prövningen bör ha sin utgångspunkt i beteendets långsiktiga verkningar på förutsättningarna för en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, inte vad som sker eller kan ske på kort sikt (prop. 2008/09:231 s. 36–37). Bägge dessa

huvudpunkter framgår tydligt av förarbetena och har refererats i Konkurrensverkets rapportutkast.

Synpunkter som hänför sig till själva KOS-regelverket (avsnitt 1-3)

Nästan alla som har yttrat sig över rapportutkastet ställer sig i huvudsak bakom de bedömningar Konkurrensverket gör i rapporten gällande problemen med regelverket och tolkningen av reglerna (vilka i huvudsak återfinns i avsnitt 1-3). Flera av näringslivets organisationer anser att beviskraven har varit högt ställda för konkurrensbegränsningen och/eller att bevisbördan lagts på verket trots att detta inte varit lagstiftarens avsikt.

Svenskt Näringsliv anser att en presumtion för konkurrensbegränsning när en aktör agerar utanför den kommunala kompetensen borde ha tillämpats. Detta med beaktande av förarbeten och systematiken i konkurrensrätten i övrigt. Man kritiserar därvid att tillämpningen har lagt sig alltför nära den "klassiska" konkurrensrätten.

Visita föreslår att kravet på konkurrensbegränsning av viss omfattning helt utmönstras när det handlar om kompetensstridig verksamhet, dvs. i praktiken vid meddelande av s.k. verksamhetsförbud.

Svenskt Näringsliv anser att rapporten inte är uttömmande i dess beskrivning vad gäller tidsaspekterna, vilket anges vara av särskild betydelse för mindre företag. Att tillämpningen av regelverket tar lång tid i det enskilda ärendet anses utgöra ett problem i sig.

Svenskt Näringsliv efterlyser även tydligare och djupare samhälls-ekonomiska beräkningar som illustrerar även de kortsiktiga effekterna av offentligt agerande på marknaden i form av uteblivna investeringar och arbetstillfällen, detta baserat på en långsiktig konsekvensanalys.

Den långa tidsutdräkten för berörda ärenden är beskriven i rapporten (avsnitt 1.2). Konkurrensverkets ambition är att utredningarna i de delar som är påverkbara för verket ska gå snabbare genom att nu tillkommen praxis ger underlag för att prioritera ärenden på det sätt som framgår i rapportutkastet. Det ger förutsättningar för att de ärenden som faktiskt prioriteras kan utredas något snabbare.

Vissa utredningsåtgärder är dock till sin natur sådana att de tar tid att genomföra oavsett vilka resurser som tillförs. Konkurrensverket kan inte heller i någon större utsträckning påverka tidsåtgången i domstol.

Vad gäller de samhälls-ekonomiska analyserna ligger det enligt Konkurrensverket i sakens natur att långsiktiga sådana är svåra att göra. Det framgår tydligt av förarbetena att det är de långsiktiga effekterna som ska tillmätas betydelse vid prövningen och Konkurrensverket kommer fortsatt att utveckla dessa analyser samt pedagogiken kring dem.

Synpunkter som avser regeländringar utanför KOS-regelverket (avsnitt 4)

Generellt sett efterlyser näringslivsorganisationerna mer konkreta förslag för att bringa situationen på berörda marknader mer i enlighet med det syfte som lagen tillkom för. De lägger även fram

förslag som är mer eller mindre direkt kopplade till själva lagregleringen.

Återvinningsindustrierna framhåller i sitt yttrande egna erfarenheter av att anmäla ärenden och svårigheterna att komma fram i dessa på grund av bristfällig särredovisning. Följaktligen innebär det att man redan i utgångsläget låter bli att anmäla ärenden på grund av de förväntade bevissvårigheterna. För att åtgärda problemen behövs enligt organisationen nya regler angående särredovisning.

Enligt Återvinningsindustrierna borde Konkurrensverket få i uppdrag att utreda särredovisningens betydelse för att uppfylla konkurrensregler av olika slag, detta som en komplettering till den redan levererade utredningen om kommunal redovisning (SOU 2016:24). Svenskt Näringsliv förespråkar en omvänd bevisbörda i de fall det inte föreligger en fullgod särredovisning.

Näringslvsorganisationerna presenterar utöver krav på särredovisning en del ytterligare förslag som inte är omedelbart kopplade till själva regelverket. Flertalet näringslvsorganisationer framhåller därvid det av Konkurrensverket framlagda förslaget om ändring i offentlighets- och sekretesslagen 3 kap. 30 §, som skulle erbjuda skydd åt uppgiftslämnare i KOS-ärenden på samma sätt som i andra konkurrenslagsärenden. Enligt Svenskt Näringsliv har 30 procent av företagen i en större undersökning av företagsklimatet svarat att de är rädda att framföra kritik till kommunen.

Företagarna förespråkar även egen beslutanderätt för Konkurrensverket i KOS-ärenden, något som avseende andra typer av konkurrensärenden nyligen har föreslagits av en statlig utredning (SOU 2016:49).

Företagarna framhåller även rättegångskostnadsreglerna enligt vilka den part som förlorar betalar motpartens kostnader. Denna kostnadsfördelning begränsar enligt Företagarna användningen av den talerätt som tillkommer enskilda företag. Företagarna anser att varje part borde bära sina egna kostnader i denna typ av mål.

Flera näringslivsorganisationer framhåller kommunallagsutredningens redan framlagda förslag om vidgad talerätt (SOU 2015:24), vilka Konkurrensverket har refererat i rapporten (avsnitt 1.3).

Återvinningsindustrierna förespråkar avslutningsvis även ett förtydligande av den kommunala kompetensen.

Synpunkter som avser Konkurrensverkets framtida prioriteringar (avsnitt 5)

Flera näringslivsorganisationer anger visserligen att det är värdefullt att Konkurrensverket i rapportutkastet aviserar sina prioriteringar. Näringslivets organisationer är dock generellt sett kritiska till de hårdare prioriteringarna. De ser en risk för att ärendemängderna minskar och regelverket i förlängningen urholkas genom otillräcklig praxisutveckling. Svenskt Näringsliv konstaterar att de nya domstolarna behöver fler och bättre ärenden för att praxis ska kunna utvecklas.

Visita betonar särskilt svårigheterna för mindre företag att prestera utredningar och nödvändiga uppgifter om marknader. Återvinningsindustrierna menar att deras bransch omfattas av prioriteringen som den föreslås i rapportutkastet men aviserar problem med att möta de anknytande beviskraven.

En advokatbyrå ifrågasätter mer tydligt de prioriteringar Konkurrensverket har lagt fram i rapporten även om de delar merparten av slutsatserna som dras med anledning av domstolspraxis. Advokatbyråns anser sammanfattningsvis att avgränsning av relevant marknad är möjlig att genomföra – om än resurskrävande – och att resursfrågan inte borde utgöra någon grund för prioritering.

Advokatbyråns varnar vidare för de sammantagna effekterna av att prioritera ned både ärenden där den offentliga aktören har låga marknadsandelar såväl som sådana ärenden där konkurrensbegränsningen är av historisk natur. Detta med utgångspunkten att marknadsandelen alltid är liten i början och att den när verksamheten vuxit sig stark lätt kan framstå som historisk. Marknadsandelen utgör enligt advokatbyråns endast en indikation på vilken effekt som uppkommer på marknaden.

Konkurrensverket delar uppfattningen att många ärenden ger bättre förutsättningar för praxisutveckling. Relativa processvårigheter måste dock enligt Konkurrensverket tillåtas slå igenom på de relativa prioriteringarna mellan olika arbetsområden. Konkurrensverkets resurser är begränsade och behöver normalt användas så att effekterna på den samlade ekonomin blir så stora som möjligt.

Med undantag för möjligheten att göra s.k. gryningsräder har Konkurrensverket i princip samma utredningsbefogenheter i KOS-ärenden som i andra konkurrenslagsärenden. Dessa befogenheter har emellertid visat sig vara i praktiken mindre välfungerande vid utredning av offentliga aktörers beteenden.

Avgränsningen av relevant marknad styr vilka marknadsandelar som beräknas. Även om marknadsandel endast utgör en indikation på vilka effekter som kan förväntas på marknaden anser

Konkurrensverket att marknadsandel framöver bör vara en viktig faktor vid prioritering. Detta ska inte tolkas som att alla ärenden där den offentliga aktören har en låg marknadsandel kommer att prioriteras bort. Det är inte otänkbart att en offentlig aktör med låg, eller till och med obefintlig marknadsnärvaro kan vidta åtgärder som medför tydligt negativa konkurrens effekter. Allt annat lika torde dock ett ärende med hög marknadsandel för den offentliga aktören vara viktigare att prioritera.

Konkurrensverkets ställningstagande att prioritera bort ärenden där konkurrensbegränsningen enbart är historisk ska inte tolkas som att alla ärenden där konkurrensbegränsningen har sin grund i historiska förhållanden kommer att prioriteras bort. Däremot drar Konkurrensverket slutsatsen att det måste vara möjligt att visa att en konkurrensbegränsning som ligger längre bak i tiden fortfarande får praktisk betydelse för utvecklingen på marknaden.

Övriga synpunkter

I yttrandena över verkets rapportutkast lämnas ett antal förslag som varken är direkt kopplade till tillämpningen av själva regelverket om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet eller till andra anknytande regelverk. Svenskt Näringsliv efterlyser t.ex. utredningar av olika slag samt kompetensutveckling hos beslutsfattare.

Såväl Svenskt Näringsliv som Företagarna efterlyser bättre och tydligare kommunikation kring alla de ärenden där det finns frivilliga åtaganden så att dessa i och för sig framgångsrika ärenden kan bli till större lärdom och efterföljd. All konkurrenslagstillämpning handlar om att erhålla effekter på hela marknader genom att ingripa i några enskilda fall.

Konkurrensverket noterar vad som sagts i yttrandena om att kommunikationen kring s.k. frivilliga åtaganden borde bli tydligare, för att dessa i högre grad ska kunna vägleda utvecklingen. Detta kan möjligen i någon mån mildra de negativa följderna av en bristande praxisutveckling. Många frivilliga åtaganden har emellertid gjorts i ett tidigt skede av handläggningen och sker utan att aktören i egentlig mening medger någon konkurrensbegränsning. Åtagandena får heller inte bindande verkan ens för aktören själv.

Svenskt Näringsliv föreslår att ett uppdrag lämnas till Konkurrensverket att utreda utvecklingen av konkurrensen på marknader där det offentliga konkurrerar med det privata eller att Konkurrensverket i avsaknad av ett sådant uppdrag på eget initiativ borde göra en sådan utredning.

Konkurrensverket följer löpande utvecklingen av konkurrensen på olika marknader och presenterar resultatet i rapportform. Konkurrensverket kommer att överväga om det finns någon marknad med stort offentligt inslag där arbete i annan form än lagtillämpning, t.ex. genom allmänt utredningsarbete eller rapportutgivning, kunde vara en framgångsrik metod. Generellt sett torde det förutsätta att antalet offentliga aktörer är begränsat så att en dialog kring aktuella frågor kan etableras.

En mer generell dialog förs, som konstateras i ett av yttrandena, inom ramen för en gemensam seminarierie tillsammans med SKL och flera näringslivsorganisationer.

Bilaga 2 Referat av domar

Nedan refererade domar har analyserats och återges här i syfte att ge en koncis sammanfattning över den praxis som kommit på KOS-området.

Stockholms tingsrätt T 8160-11 *Konkurrensverket./Skelleftebuss AB* (2013-07-12)

Detta mål avsåg om Skelleftebuss Aktiebolag (Skelleftebuss) genom att bedriva beställningstrafik med buss mot andra kunder än Skellefteå kommun bedrev konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet, som vid vite skulle förbjudas.

Tingsrätten gick på Konkurrensverkets linje och förbjöd Skelleftebuss att bedriva beställningstrafik där annan än Skellefteå kommun var beställare. Domen överklagades inte.

Det rådde inte tvist mellan parterna om att den relevanta marknaden utgjordes av beställningstrafik med buss inom ett område som i stort sett motsvarades av Skellefteå kommun. Tingsrätten kunde också, på omständigheter som Konkurrensverket anförde, instämma i denna marknadsavgränsning.

Däremot var det tvistigt mellan parterna om Skelleftebuss beställningstrafik med buss var konkurrensbegränsande genom att hämma, eller är ägnad att hämma, konkurrensen på marknaden och om beställningstrafiken var förenlig med kommunalrättsliga regler om i vilka fall näringsverksamhet fick bedrivas.

Tingsrätten konstaterade att Skelleftebuss beställningstrafik till privata aktörer skedde utanför den kommunala kompetensen, dvs. beställningstrafiken var inte förenlig med lag.

Även om koncernbidragen inte inneburit att bolaget fått några likvida medel måste bidragen, som utgått under ett flertal år och till betydande belopp, enligt tingsrätten, sägas ha inneburit ett väsentligt bidrag till och säkerhet för bolagets verksamhet. Skelleftebuss, som offentlig aktör, har med andra ord kunnat bedriva sin verksamhet, som bl.a. omfattade beställningstrafik till privata kunder, utan påtagliga risker för verksamhetens existens.

Kreditinnehavaren, enligt vad som framkommit, att bolaget fick tillgång till medel utan att genomgå någon kreditprövning av det slag som ett privat företag måste genomgå. Detta stärkte bilden av att Skelleftebuss hade ekonomiska och finansiella fördelar i sin egenskap av offentlig aktör.

Tingsrätten hade redan konstaterat att Skelleftebuss när det gällde beställningstrafiken mot privata kunder fick anses agera utanför den kommunala kompetensen och hade fördelar som offentlig aktör. Redan dessa omständigheter indikerade enligt tingsrätten att bolagets säljverksamhet i vart fall var ägnad att påverka konkurrensen negativt. Konkurrensen på den relevanta marknaden skulle emellertid bedömas i vidare mån innan några slutsatser kunde dras av dessa omständigheter.

Skelleftebuss hade en andel på den relevanta marknaden som uppgick till ca 50 procent. Detta sattes i relation till hur marknaden såg ut i övrigt. Den största konkurrenten var Lestanders Buss som hade tre bussar för beställningstrafik i Skellefteå. Övriga aktörer var mycket små. Kålaboda Buss som var etablerat i Robertsfors, mellan Umeå och Skellefteå, hade en buss.

I ett utlåtande (*Etablering och drift av beställningstrafik*) hade förhållandena på marknaden för beställningstrafik i Skellefteå med marknaden i Östersund jämförts. Där framgick att det i Skellefteå kommun med sina drygt 70 000 invånare, fanns två bussbolag som bedrev beställningstrafik med sammanlagt åtta bussar. Dessa företag var Skelleftebuss och Lestanders Buss. Detta jämfördes med Östersunds kommun, där invånarantalet var knappt 60 000 och det fanns sex bussbolag som bedrev beställningstrafik med sammanlagt 16 bussar. Bedömningen var att det borde finnas utrymme för fler beställningsbussar inom ett eller flera företag inom Skellefteå, än de åtta bussar som vid tillfället var etablerade i kommunen.

Av förhör framkom att det i Umeå – som förvisso var en större kommun än Skellefteå – fanns 7–8 bussföretag som bedrev beställningstrafik. Samtliga tre konkurrenter hade uppgett sig vara intresserade av expansion av sina bolags verksamheter i Skellefteå. Skelleftebuss marknadsposition framstod som mycket stark och konkurrenterna som små vid en jämförelse med andra marknader, främst Östersund.

Tingsrätten lyfte fram att konfliktlösningsregeln utgår från att en grad av samband normalt finns mellan offentligt ägande av en aktör och dennes beteende på marknaden (prop. 2008/89. s. 35). Tingsrätten kunde alltså utgå från att Skelleftebuss starka position på marknaden hängde samman med att bolaget var en offentlig aktör. Bolagets verksamhet på marknaden för beställningstrafik fick därmed enligt tingsrätten sägas hämma konkurrensen på sätt som avses i 3 kap. 27 § konkurrenslagen.

Skelleftebuss omsättning inom beställningstrafiken och dess starka position på den relevanta marknaden innebar att konkurrenshämningen fick anses vara av någon betydelse.

MD 2014:1 Konkurrensverket./Räddningstjänsten Dala Mitt
(2014-01-31)

Konkurrensverket yrkade vid Stockholms tingsrätt att Räddningstjänsten Dala Mitt (RDM) skulle förbjudas att a) vägra ge Stanley Security Sverige AB tillträde till brandövningsområdet Bysjön, beläget på fastigheten Borlänge Kvarnsveden 3:149, för anordnande av utbildningen Räddningsinsats eller motsvarande, och, b) tillämpa förfaranden som väsentligen överensstämmer med det i a) angivna förfarandet. Stockholms tingsrätt lämnade Konkurrensverkets talan utan bifall.

Målet rörde bl.a. frågan om kommunalförbundet Räddningstjänsten Dala Mitt (RDM) - i samband med att Myndigheten för samhällsskydd och beredskap (MSB) infortrat anbud på anordnande av en praktisk yrkesutbildning för bl.a. deltidsbrandmän benämnd Räddningsinsats - på fråga från Stanley Security AB vid fem tillfällen vägrat att upplåta brandövningsområdet Bysjön i Borlänge kommun och om RDM:s handlande utgjort ett sådant förfarande som enligt 3 kap. 27 § konkurrenslagen snedvrider, eller är ägnat att snedvrida, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.

Marknadsdomstolen konstaterade inledningsvis att domstolen i allt väsentligt delade tingsrättens bedömning bland annat i följande frågor

- att tillämpning av 3 kap. 27 § konkurrenslagen inte strider mot den kommunala självstyrelsen,

- att tillträde till egendom av det slag som Bysjön utgör är att betrakta som ett angeläget allmänt intresse i den mening som avses i 2 kap. 15 § regeringsformen,
- att Konkurrensverket har bevisbördan för att förutsättningar föreligger att förbjuda ett visst förfarande och att det ankommer på Konkurrensverket att styrka relevanta omständigheter.

Marknadsdomstolen instämde i tingsrättens bedömning beträffande den relevanta produktmarknaden, dvs. att den utgörs av marknaden för den utbildning som MSB anordnar och låter anordna och som benämns Räddningsinsats.

Lika med tingsrätten konstaterade Marknadsdomstolen att det inte var tillräckligt för tillämpning av regeln i 3 kap. 27 § konkurrenslagen att en konkurrent uppger att det skulle vara önskvärt att få tillgång till en viss anläggning. Det fordras i stället, som framgår av tingsrättens dom, att det skulle vara ekonomiskt ofördelaktigt eller att möjligheterna att vinna en upphandling skulle minska för den som nödgas lägga ett anbud utan tillgång till anläggningen i fråga.

Marknadsdomstolen har funnit (se punkt 111 f.) att det fanns fördelar med att anordna utbildningen på övningsfältet i Bysjön jämfört med att anordna den på övningsfältet i Västerås respektive Avesta; övningsfältet i Bysjön kunde sålunda användas utan föregående anpassning och till en lägre kostnad än de två andra. RDM:s vägran att upplåta övningsfältet i Bysjön i samband med dessa upphandlingar hade därför i vart fall varit ägnad att snedvrیدا eller hämma konkurrensen.

Sammantaget fann Marknadsdomstolen att Konkurrensverket visat att RDM:s förfarande i tre av de påtalade fallen i vart fall varit ägnat

att snedvrída eller hämma konkurrensen samt att förfarandet varit av betydelse för konkurrenstrycket.

RDM hade enligt vad utredningen visade ett behov av att för egen del använda övningsområdet i Bysjön för att bl.a.  terst lla respektive underhålla vissa övningsobjekt och för att vidmakthålla, utveckla och kontrollera kompetensnivån hos sin personal. Av vittnesuppgifter framgick dock, att det fanns utrymme att upplåta  vningsf llet för utbildningen Räddningstjänst om dessa uppl telser planeras i god tid. Vad som kommit fram om förutsättningarna för RDM:s egen verksamhet har därmed inte inneburit att förbundets vägran att upplåta övningsområdet varit försvarbar från allmän synpunkt. Inte heller har det varit försvarbart att vägra att upplåta övningsområdet med hänvisning till att RDM skulle ha ett samordningsansvar enligt arbetsmiljölagen.

MD 2015:12 Konkurrensverket./AB Strömstads Badanstalt (2015-07-10)

Konkurrensverket yrkade vid Stockholms tingsrätt att Aktiebolaget Strömstads Badanstalt (Badanstalten), vid vite om två miljoner kronor, skulle förbjudas att bedriva a) gymverksamhet, som gruppträning med instruktör och tillgång till styrketr ningsmaskiner, konditionsmaskiner samt fria vikter, b) dagspaverksamhet, som tillgång till relaxavdelning och försäljning av spabehandlingar samt spaartiklar och c) säljverksamhet som väsentligen överensstämmer med de i a) och b) angivna verksamheterna. Stockholms tingsrätt lämnade Konkurrensverkets talan utan bifall.

Prövningen av en offentlig säljverksamhet borde, som tingsrätten redovisat, enligt förarbetena till de i målet aktuella bestämmelserna ha sin utgångspunkt i beteendets långsiktiga verkningar på

förutsättningarna för en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden. Frågan är om konkurrenstrycket på marknaden ökar eller är ägnat att öka, eller om det minskar eller är ägnat att minska genom det aktuella beteendet (se prop. 2008/09:231 s. 36 f.). Det är således enligt förarbetena konkurrensen på vad som i konkurrensrätten betecknas som den relevanta marknaden som ska bedömas.

Marknadsdomstolen konstaterade, i likhet med tingsrätten, att Konkurrensverket har bevisbördan för att förutsättningar föreligger att förbjuda viss säljverksamhet enligt 3 kap. 27 § konkurrenslagen. Det åligger därvid Konkurrensverket att styrka såväl hur den relevanta produktmarknaden respektive geografiska marknaden är avgränsad som att det föreligger sådana omständigheter som kan påverka konkurrensen på ett negativt sätt. Huruvida den offentliga säljverksamheten i fråga påverkar eller är ägnad att påverka konkurrensen på ett negativt sätt är rättsfrågor som avgörs på grundval av dessa sakförhållanden.

Marknadsdomstolen konstaterade i likhet med tingsrätten att Badanstalten var en s.k. offentlig aktör, att dess gymverksamhet respektive spaverksamhet var av ekonomisk och kommersiell natur samt att Badanstaltens gymverksamhet respektive spaverksamhet var sådan säljverksamhet som i och för sig omfattas av 3 kap. 27 § konkurrenslagen.

Marknadsdomstolen fann vidare, i likhet med tingsrätten, att Badanstaltens gym- respektive spaverksamhet inte rymdes inom den kommunala kompetensen. Frågan var således om verksamheterna i fråga snedvred, eller var ägnade att snedvrida, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller om de hämmade, eller var ägnade att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens enligt 3 kap. 27 § konkurrenslagen.

Marknadsdomstolen konstaterade att det låg i sakens natur att ett av en kommun helägt bolag som Badanstalten bedrev verksamhet under delvis andra förutsättningar än privata aktörer. Det var ju också detta förhållande som låg till grund för de i målet aktuella bestämmelserna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Av grundläggande betydelse var enligt marknadsdomstolen, som tingsrätten konstaterat, att en offentlig aktör är bunden av självkostnadsprincipen, vilken också gäller i en verksamhet som bedrivs i ett helägt bolag som Badanstalten. Av betydelse ansågs också vara, som tingsrätten funnit, att en offentlig aktör kan ha vissa fördelar jämfört med privata aktörer, såsom finansiella fördelar.

Det förhållandet att en offentlig aktör var bunden av självkostnadsprincipen innebar emellertid i och för sig inte att den verksamhet som aktören bedriver står i strid med bestämmelserna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Det gjorde inte heller det förhållandet att offentliga verksamheter som byggts upp när de aktuella bestämmelserna trädde i kraft den 1 januari 2010 hade kunnat åtnjuta fördelar av olika slag jämfört med privata aktörer, såsom finansiella fördelar. Avgörande är i stället i vad mån den offentliga verksamheten påverkar eller är ägnad att påverka konkurrensen på ett negativt sätt.

Av betydelse i föreliggande fall var, som tingsrätten anfört, att Badanstaltens gym respektive spaanläggning var samlokaliserad med bolagets simhall. I såväl gymverksamheten som spaverksamheten kunde, som tingsrätten vidare anfört, simhallens bassäng liksom dess reception, omklädningsrum, duschar och bastu nyttjas. Vidare kunde, som tingsrätten också anfört, anställd personal arbeta i såväl simhallen som i gymverksamheten och spaverksamheten. I vilken utsträckning detta minskat kostnaderna för

Badanstaltens gymverksamhet respektive spaverksamhet var emellertid inte helt klarlagt.

När det gällde gymverksamheten föranledde vad som framkommit i Marknadsdomstolen inte annan bedömning än den tingsrätten gjort, vare sig när det gällde produktmarknaden eller den geografiska marknaden. I föreliggande mål utgjordes alltså den relevanta produktmarknaden av gymtjänster och den relevanta geografiska marknaden av Strömstads kommun.

Såsom framgår av tingsrättens dom fanns tre aktörer som bedrev gymverksamhet i Strömstad: Badanstalten, Nordic Wellnes och Quality Spa & Resort Strömstad AB. Både Badanstalten och Nordic Wellnes erbjöd tillgång till styrketränings- och konditionsträningsutrustning samt gruppträning. Quality Spa & Resort Strömstad AB:s gym var, enligt vad utredningen visade och som tingsrätten anfört, mindre och närmast en integrerad del av den spaverksamhet som hotellet också drev. År 2010 omsatte Badanstalten 3,8 miljoner kronor i sin gymverksamhet och Westcoast Fitness Center AB 2,5 miljoner kronor. Någon uppgift om Quality Spa & Resort Strömstad AB:s omsättning i gymverksamheten hade inte lagts fram.

Marknadsdomstolen framhöll att det väl kunde förhålla sig så som omvittnat, att den som överväger att starta en gymverksamhet undviker att göra det på en ort där det finns ett kommunalt gym. Utsagan var dock enligt vad som framgick av vittnesmålet inte grundad på förhållandena i Strömstads kommun. Att det kan vara svårt att etablera ett gym har dock, som framgår av tingsrättens dom, bekräftats av ett annat vittne. Men som framgår av domen kunde Westcoast Fitness Center AB inte bara etablera sin verksamhet utan senare också överlåta den till Nordic Wellness, som i målet beskrivits som en av de större aktörerna på den svenska marknaden.

I Marknadsdomstolen har, genom förhör, framkommit att Strömstads kommun efter dagen för tingsrättens dom fått två förfrågningar från privata aktörer om att starta gym i kommunen samt en förfrågan som avsåg byggandet av ett spahotell med bl.a. en gymdel. Vidare har framkommit bl.a. att avgifterna för att träna på Badanstaltens gym har höjts och att bolaget inte får några bidrag från kommunen till gymverksamheten. Härutöver har klarlagts att kommunens personal i vart fall numera är oförhindrad att använda sitt friskvårdsbidrag för träning även på andra ställen än vid Badanstalten.

Vid dessa förhållanden konstaterade Marknadsdomstolen, lika med tingsrätten, att utredningen om effekterna på konkurrensen av Badanstaltens gymverksamhet sammantaget inte var tillräcklig för att läggas till grund för slutsatsen att bolagets närvaro på marknaden medförde att konkurrensen snedvrids eller hämmas. Konkurrensverket har således inte heller i Marknadsdomstolen kunnat visa att konkurrensen hämmas eller snedvrids eller att Badanstaltens gymverksamhet var ägnad att hämma eller snedvrida konkurrensen på sätt som förutsätts enligt 3 kap. 27 § konkurrenslagen. Konkurrensverkets talan lämnades därför utan bifall i denna del.

När det gällde spaverksamheten fann Marknadsdomstolen i likhet med tingsrätten att produktmarknaden i praktiken kan delas in i s.k. dagspa och span som erbjuder logimöjligheter, s.k. hotellspan.

Frågan om i vilken mån det för en kund som använde sig av spa-tjänster kunde vara utbytbart att använda tjänster på ett dagspa med tjänster som tillhandahålls på ett hotellspa eller om det vid t.ex. köp av ett paket infattande övernattnings på ett hotell och besök på ett dagspa kunde anses utbytbart med ett besök på vad Konkurrensverket benämner hotellspa, har dock i målet inte

närmare belysts. Någon utredning av kunders synpunkter, preferenser och förekomsten av utbytbarhet på marknaden förelåg således inte. Mot bakgrund av det anförda fann Marknadsdomstolen att det inte kan anses klarlagt att det inte förekommit någon utbytbarhet av betydelse på efterfrågesidan beträffande dagspa och hotellspa.

Den nu angivna osäkerheten beträffande den relevanta produktmarknaden påverkade möjligheten att bestämma den geografiska marknadens storlek.

Av utredningen framgick, som tingsrätten funnit, att en dagspakund inte är benägen att resa mer än en timme för att besöka ett dagspa, medan en hotellspakund är beredd att åka längre. Det innebär, som tingsrätten anför, att den geografiska marknaden för dagspatjänster kan avgränsas med utgångspunkt i en restid om en timme. Inom denna restid från Badanstaltens spa ligger inte bara Strömstads och Tanums kommuner, som tingsrätten utgått från i sin prövning, utan även de södra delarna av Norge.

Av förhör framgick att Strömstads kommun på olika sätt och i stor utsträckning påverkats av att kommunen gränsar till Norge genom den omfattande gränshandel och de turistströmmar som förekommer mellan länderna. Det kan mot denna bakgrund inte uteslutas att dessa förhållanden påverkar marknaden. Frågan om och i så fall i vilken utsträckning som den geografiska marknaden påverkas av närheten till Norge har emellertid inte närmare utretts av Konkurrensverket.

Den bristande utredningen i dessa hänseenden innebär att det saknas underlag för att med tillräcklig grad av säkerhet fastställa den relevanta marknaden på sådant sätt att det är möjligt att göra någon bedömning av om den verksamhet som Badanstalten bedrev

beträffande spaverksamhet hade någon påverkan eller var ägnad att ha någon påverkan av någon betydelse på konkurrensen. Redan på grund härav kan Konkurrensverkets talan inte heller bifallas i vad den avser spaverksamheten.

Stockholms tingsrätt T 9248-13 *Konkurrensverket./Växjö kommun* (2015-11-16)

Detta mål avsåg frågan om Växjö kommuns beteende att, vid försäljning av tomtmark för uppförande av småhus till såväl enskilda som till privata exploatörer, ställa upp villkor i avtal om försäljningen vilka innebar krav på anslutning till fjärrvärme för uppvärmningen och/eller förbud mot att installera värmepump var ett sådant konkurrensbegränsande beteende som skulle förbjudas enligt 3 kap. 27 § konkurrenslagen (2008:579).

Konkurrensverket väckte i juni 2013 en förbudstalan mot kommunen och gjorde gällande att kommunens tomtförsäljningsverksamhet med kraven på anslutning till fjärrvärme och förbud mot att installera en värmepump utgjorde en konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet enligt 3 kap. 27 § konkurrenslagen. Enligt Konkurrensverket var kommunens beteende konkurrensbegränsande på förutom marknaden för försäljning av tomtmark för uppförande av småhus i Växjö kommun, också på envar av fyra andra marknader: den för produktion och försäljning av småhus i Sverige, den för återförsäljning och installation av värmepumpar till småhus i Kronobergs län, den för distribution av värmepumpar till småhus i Sverige och den för brunnsborring i Växjö med tio mils omnejd.

Tingsrätten konstaterade att vid en prövning enligt den angivna s.k. konfliktlösningsregeln har Konkurrensverket bevisbördan för att förutsättningar föreligger för att förbjuda ett visst förfarande eller

en viss säljverksamhet. Beviskravet fick, mot bakgrund av att talan kan innebära ett sanktionerat förbud, anses vara att verket skulle styrka sin talan.

Växjö kommun sålde tomtmark för uppförande av småhus till såväl enskilda som till privata exploatörer. I samband med sådana försäljningar ställde kommunen upp villkor som innebar krav på anslutning till fjärrvärme för uppvärmning av huset och/eller ett förbud mot att installera värmepump. Enligt Konkurrensverket var tomtförsäljningsverksamheten en sådan säljverksamhet som omfattas av konkurrenslagen. Att vid verksamheten ställa upp villkor om anslutning och förbud mot värmepump var, enligt Konkurrensverket, ett förfarande som snedvred eller hämmade förutsättningarna för en effektiv konkurrens, eller var ägnat att göra detta. Enligt Konkurrensverket påverkades marknaderna förutom på en avgränsad tomtförsäljningsmarknad, på fyra andra marknader där kommunen inte själv bedriver någon verksamhet.

Det agerande från kommunens sida som var ifrågasatt i målet avsåg försäljning av tomtmark till enskilda för uppförande av småhus. Det framstår som klart att denna försäljningsverksamhet var sådan att den omfattas av 1 kap. 5 § konkurrenslagen; dvs. var en verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. Kommunen bedrev alltså sådan säljverksamhet som i och för sig omfattas av konfliktlösningsregeln i 3 kap. 27 § konkurrenslagen.

Vad som var speciellt i detta mål var att Konkurrensverket hävdade att på den marknad där kommunen själv bedrev verksamhet – marknaden för försäljning av tomtmark – ledde förfarandet till skada för konsumenterna. Konkurrensverket hade dock inte åberopat någon utredning om förfarandets effekter för själva konkurrensen. På övriga fyra relevanta marknader bedrev – som

tidigare sagts – kommunen inte någon verksamhet i konkurrens med där verkande privata aktörer.

Av förarbetena (prop. 2008/09:231) till konfliktlösningsregeln framgår att det bedömts finnas ett behov av en regel för att i domstol kunna lösa konflikter som uppstår när bl.a. en kommun bedriver säljverksamhet på marknaden. En utgångspunkt är att en sådan regel ska lösa konkurrensproblem som uppstår vid säljverksamhet som inte kan lösas med tillämpning av förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och förbudet mot missbruk av dominerande ställning i 2 kap. 7 § i lagen, bl.a. konkurrensproblem som uppstår till följd av ensidiga förfaranden av en offentlig aktör som inte kan sägas ha en dominerande ställning på marknaden (a. prop., s. 33).

Det anges vidare att syftet med konfliktlösningsregeln är att komma till rätta med konkurrensnedvridningar som kan uppstå när offentliga aktörer bedriver säljverksamhet i konkurrens med privata aktörer (a. prop., s. 35).

Det framgår också att en grundförutsättning vid tillämpningen av en konfliktlösningsregel mellan offentliga och privata aktörer bör vara förekomsten av, eller fara för, negativa effekter för konkurrensen. Regeln tar 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. Här rör det sig om faktorer som incitament till en tävlan som skapar en effektiv konkurrens. En effektiv konkurrens främjar en rationell produktion samt resursfördelning, bidrar till att öppna marknader och gynnar etablering av nya företag och utveckling av nya produkter. Den effektiva konkurrensen leder vidare till lägre priser och avgifter för konsumenter och andra

köpare samt ger dessa ökad service och vidare valfrihet och möjligheter att påverka utbudet av varor, tjänster och andra nyttigheter. Skadas konkurrensen drabbar detta medborgarna och konsumenterna ekonomiskt. Konfliktlösningsregeln bör omfatta såväl situationer där det inte råder konkurrens på så lika villkor som möjligt på marknaden som fall där privata aktörer inte etablerar sig eller där det privata alternativet faller bort till följd av den offentlige aktörens beteende (a. prop., s. 36).

Av förarbetena framgår vidare att konfliktlösningsregeln är att se som ett komplement till förbuden i 2 kap. 1 och 7 §§ i konkurrenslagen och att regeln kan tillämpas också på ett förfarande oavsett om detta omfattas av förbuden i de nämnda lagrummen. Skulle det däremot framkomma under utredningen av ett ärende att något av de ständigt gällande förbuden i konkurrenslagen har överträtts bör ingripande ske med stöd av det generella förbudet (a. prop., s. 41 och 43). Även om förbuden i konkurrenslagen i de allra flesta fall inte anses kunna råda bot på uppkomna konkurrenskonflikter vid offentlig säljverksamhet på marknaden, exempelvis som en följd av att en offentlig aktör vanligen inte har en dominerande ställning, kan det i enskilt fall inte uteslutas att ingripande kan ske med stöd av det generella förbudet (jfr a. prop., s. 30).

Det ska i detta sammanhang, för frågan om vad begreppet "marknaden" i 3 kap. 27 § avser, framhållas att bestämmelsen i 2 kap. 7 § konkurrenslagen kan vara tillämplig även om missbruket av en dominerande ställning på en marknad får verkningar på en annan marknad om det finns ett samband mellan marknaderna (jfr exv. Karlsson/Östman, *Konkurrensrätt*, 5 uppl., s. 14 och s. 675 f., Whish/Bailey, *Competition Law*, 7 uppl., s. 205 ff.).

Marknad 1 – försäljning av tomtmark för uppförande av småhus i Växjö kommun

Tingsrätten konstaterade att det saknades underlag för att komma till slutsatsen att konkurrensen på marknaden för försäljning av tomtmark för uppförande av småhus i Växjö kommun skadades av kommunens påtalade förfarande. Konkurrensverkets talan kunde därför inte bifallas på denna grund.

Marknaderna 2–5 – marknader där kommunen inte bedriver någon verksamhet

Frågan för dessa marknader, på vilka kommunen alltså inte bedrev någon verksamhet, var om konfliktlösningsregeln över huvud taget var tillämplig.

Tingsrätten konstaterade att enligt förarbetena till konfliktlösningsregeln, är syftet med regeln att komma till rätta med konkurrensnedvridningar som kan uppstå när offentliga aktörer bedriver säljverksamhet med privata aktörer. Det tydde, enligt tingsrätten, på att aktörerna måste befinna sig på samma marknad.

Det finns inget i förarbetena till lagstiftningen som enligt tingsrätten tydde på att regeln skulle vara tillämplig på konkurrensnedvridningar som uppstår även på s.k. kopplade marknader eller på marknader som bara i någon form har samband med den marknad på vilken säljverksamheten bedrivs eller hur en avgränsning av marknaderna i så fall skulle göras.

En fråga som då uppstod var om det förhållandet att konfliktlösningsregeln är placerad i konkurrenslagen innebär att regeln kan vara tillämplig också på andra marknader än den där säljverksamheten bedrivs, men som har något samband med säljverksamheten. Tingsrätten konstaterade emellertid att konfliktlösningsregeln i flera avseenden skiljer sig från 2 kap. 1 och 7 §§ konkurrenslagen.

Regeln utgör inte ett ständigt förbud. Den offentlige aktören behöver varken ha ingått något avtal eller ha en dominerande ställning för att konfliktlösningsregeln ska vara tillämplig. Enligt förarbetena (a. prop., s. 41 och 43) är konfliktlösningsregeln ett komplement till förbuden i konkurrenslagen. Konfliktlösningsregeln saknar dessutom motsvarighet och förebild i unionsrätten. Detta talade, enligt tingsrätten, mot att med förebild från de allmänna konkurrensbestämmelserna utsträcka konfliktlösningsregeln till att omfatta också snedvridningar som kan uppstå på angränsande marknader, särskilt som det saknas hållpunkter för hur denna avgränsning ska göras.

Mot denna bakgrund då konfliktlösningsregeln kan innebära ett förbud som dessutom kan vitessanktioneras, fann tingsrätten att kommunens påtalade förfarande på tomtförsäljningsmarknaden inte kunde läggas till grund för ett förbud, därför att konkurrens-snedvridningar kunde ha uppkommit på andra marknader där kommunen inte var verksam.

Av vad hittills sagts blev slutsatsen att Konkurrensverkets talan lämnades utan bifall redan på grund av att verket dels inte åberopat någon utredning som kunde ge underlag för att kommunens förfarande ledde till konkurrensskada på marknaden för försäljning av tomtmark i Växjö kommun (marknad 1), dels då konfliktlösningsregeln inte var tillämplig på de andra åberopade marknaderna där kommunen inte själv bedrev verksamhet (marknaderna 2-5).

Konkurrensbegränsning på de "kopplade" marknaderna?

Tingsrätten fann i detta fall ändå anledning att – under antagande att konfliktlösningsregeln var tillämplig också när den offentliga aktören och den privata aktören befann sig på olika marknader – beröra om kommunens förfarande i säljverksamheten är konkurrensbegränsande på dessa marknader.

Tingsrätten frågade sig om kommunens förfarande med avseende på marknaderna 2 och 4 (nationella marknader) kunde anses vara konkurrensbegränsande.

Utgångspunkten var att det nybyggdes omkring 8 000 småhus i Sverige per år. Enligt vad som framkommit hade kommunens förfarande hittills kommit att tillämpas på 15 tomtförsäljningar per år. Det kunde antas att förfarandet framöver kommer att tillämpas på lika många tomtförsäljningar per år. Enligt tingsrätten kunde detta inte sägas vara, eller förväntas vara, av någon betydelse för konkurrensen.

Tingsrätten kunde i detta fall inte godta att det vid effektbedömningen skulle tas hänsyn till att 18 andra kommuner hade ett "fjärrvärmekrav". Någon utredning om vad dessa kommuners krav innebar hade inte lagts fram. Förhållandena i dessa kommuner kunde också vara helt andra än i Växjö kommun.

Marknad 4 – distribution av värmepumpar till småhus i Sverige

På motsvarande skäl som sagts under marknad 2 kunde detta enligt tingsrätten inte innebära någon konkurrensskada av betydelse. Härtill ansåg tingsrätten att distributörernas marknadsunderlag kunde förväntas vara större än husfabrikanternas. I målet hade från kommunens sida nämnts att det under 2012 gjordes omkring 40 000 värmepumpsinstallationer i småhus.

Tingsrätten ställde sig vidare frågan om kommunens förfarande med avseende på marknaderna 3 och 5 (regionala marknader) kunde anses vara konkurrensbegränsande.

Marknad 3 – återförsäljning och installation av värmepumpar till småhus i Kronobergs län

Enligt kommunen installerades 40 000 värmepumpar i Sverige år 2012. Kronobergs län hade omkring 2,6 procent av småhusbeståndet i Sverige. Om man antog att länet hade ungefär samma andel av installationerna innebar detta cirka 1 000 pumpar. Mot den bakgrunden framstod kommunens försäljning av tomter med fjärrvärmekrav och förbud mot värmepump som alltför liten för att vara av betydelse för konkurrensen.

Marknad 5 – brunnborrning i Växjö med tio mils omnejd

Tingsrätten konstaterade att den relevanta produktmarknaden i detta fall var förhållandevis vid; den omfattade inte bara borrning för energibrunnar. Redan det talade för att kommunens förfarande hade en begränsad betydelse i konkurrenshänseende. Som kommunen vidare, med stöd av sin utredning framhållit, fick det antas att bergvärme sällan aktualiseras som uppvärmningsform för nya hus som i Vikaholm. Bergvärme var, enligt kommunen, ett värmealternativ för befintliga hus som hade sämre isolering än vad nya småhus hade. Mot den bakgrunden framstod, enligt tingsrätten, omfattningen av kommunens säljverksamhet med förfarandet som alltför liten för att vara av någon betydelse för konkurrensen på denna marknad.

Med gjorda bedömningar fann inte tingsrätten anledning att gå in på frågan om försvarbarhet. Tingsrättens bedömningar innebar att Konkurrensverkets förbudstalan lämnades utan bifall.

MD 2016:3 Konkurrensverket./Borås kommun (2016-02-15)

Marknadsdomstolen ogillade Konkurrensverkets talan. Målet rörde frågan om Borås kommuns (kommunen) agerande - att genom sin utförare Servicekontoret sälja mark- och anläggningsentreprenader

till externa aktörer – utgjorde ett sådant konkurrensbegränsande beteende som stred mot 3 kap. 27 § konkurrenslagen (2008:579), KL.

Stockholms tingsrätt fann i det överklagade avgörandet att "Servicekontorets säljverksamhet avseende mark- och anläggningsentreprenader till externa aktörer fick anses vara ägnad att snedvrیدا och hämma konkurrensen på marknaden. Den skulle därmed, eftersom den heller inte var förenlig med lag, förbjudas."

Målet rörde kommunens försäljning av mark- och anläggningsentreprenader till externa aktörer. Frågan i målet var huruvida detta beteende stred mot 3 kap. 27 § konkurrenslagen.

Marknadsdomstolen konstaterade att prövningen av en offentlig säljverksamhet bör ha sin utgångspunkt i beteendets långsiktiga verkningar på förutsättningarna för en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden (se MD 2015:12 punkt 60 och prop. 2008/09:231 s. 36 f.). Frågan var om konkurrenstrycket på marknaden ökar, eller är ägnat att öka, eller om det minskar, eller är ägnat att minska, genom det aktuella beteendet.

Konkurrensverket hade bevisbördan för att förutsättningar föreligger att förbjuda visst förfarande respektive viss säljverksamhet enligt 3 kap. 27 § konkurrenslagen. Det ålades därvid verket att styrka såväl hur den relevanta marknaden var avgränsad som att det förelåg sådana omständigheter som kunde påverka konkurrensen på ett negativt sätt (se MD 2015:12, punkt 62).

Marknadsdomstolen fann, lika med tingsrätten, att kommunens försäljning av mark- och anläggningsentreprenader i förevarande fall utgjorde en säljverksamhet i konkurrenslagens mening. Vidare fann Marknadsdomstolen, lika med tingsrätten, att den av kommunen bedrivna säljverksamheten inte var förenlig med lag.

Relevant produktmarknad

Marknadsdomstolen konstaterade att Konkurrensverket mot kommunens bestridande inte hade visat att produktmarknaden i förevarande fall var begränsad till att omfatta mark- och anläggningsentreprenader med ett kontraktsvärde under 10 miljoner kronor. Den relevanta produktmarknaden fick därmed, på det sätt som kommunen vitsordat, omfatta mark- och anläggningsentreprenader med ett kontraktsvärde såväl över som under 10 miljoner kronor.

Relevant geografisk marknad

På grund av det anförda var mot kommunens bestridande inte visat att den relevanta geografiska marknaden var begränsad till Borås kommun och de åtta näraliggande kommunerna på det sätt som Konkurrensverket gjort gällande. Den geografiska marknaden fick därmed, i enlighet med vad kommunen godtagit, anses omfatta Borås kommun och ett område kan nås vid en timmes resa med bil. Med denna avgränsning stod klart att den geografiska marknaden, förutom Borås och de åtta näraliggande kommunerna, också omfattade en betydande del av de övriga 14 kommunerna. Någon närmare utredning om vilka områden inom dessa kommuner som kunde nås vid en restid om en timma fanns emellertid inte. Vid dessa förhållanden får den relevanta geografiska marknaden, som kommunen vitsordat, ansetts omfatta de 23 kommunerna i deras helhet.

Servicekontorets marknadsstyrka och påverkan på konkurrensen

Vid dessa förhållanden kunde Servicekontorets andel av den relevanta marknaden för mark- och anläggningsentreprenader beräknas som kvoten mellan en extern fakturering om ca 12 miljoner kronor per år och en total omsättning på marknaden om ca 8 miljarder kronor per år, dvs. till ca $(12 \div 8\,000 =) 0,15$ procent. Med utgångspunkt i en så liten andel av den relevanta marknaden

kunde inte Servicekontorets försäljning till externa aktörer – oavsett om Servicekontoret i egenskap av offentlig aktör kunde anses ha några konkurrensfördelar eller ej – anses vara ägnad att hämma konkurrensen. Marknadsdomstolen upphävde tingsrättens dom och ogillade Konkurrensverkets talan.

Det har nu gått snart sju år sedan reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet trädde i kraft. Konkurrensverket har drivit flera olika mål i domstol med stöd av de nya reglerna.

I den här rapporten beskriver vi lärdomarna från tillämpningen av regelverket, inklusive hur det har gått i domstol. Vi beskriver också de utmaningar Konkurrensverket ser vid tillämpningen av regelverket och anger hur detta kommer att påverka våra framtida prioriteringar, utredningar och processer.



Adress 103 85 Stockholm

Telefon 08-700 16 00

Fax 08-24 55 43

konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se