

Juridiska institutionen

Examensarbete, juristprogrammet

Vårterminen 2018, 30 hp



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Konkurrerande offentlig säljverksamhet

- En utvärdering av KOS-reglernas ändamålsenlighet

OSCAR SJÖBERG

Handledare: Jakob Heidbrink

Sammanfattning

Den offentliga förvaltningens gravitation mot marknadsmässiga arbetsmetoder och verksamheter ledde under 00-talet till en debatt om det allmännas inkräktande på det privata näringslivets territorium som 2010 utmynnade i nya regler i konkurrenslagen (2008:579) vilka saknar motstycke i EU-rätten. Reglerna om konkurrerande offentlig säljverksamhet är en blandning av offentlig rätt och konkurrensrätt som inledningsvis varken de allmänna domstolarna eller förvaltningsdomstolarna sade sig ha kompetens att hantera.¹

Åtta år senare kan det konstateras att Patent- och Marknadsdomstolarna inte haft några större svårigheter i att hantera de frågor om kommunal kompetens och försvarbarhet från allmän synpunkt som traditionellt sett varit vigda åt förvaltningsdomstolarna. Istället har de stora tvistefrågorna rört avgränsningen av relevanta marknader och huruvida de offentliga säljverksamheterna verkligen varit ägnade att ha några konkurrenshämmande effekter av någon betydelse. I flera fall har kommunala verksamheter varit klart i strid med den kommunala kompetensen men inte kunnat förbjudas på grund av oklara marknadseffekter.

Konkurrensverket har lagt ner stora resurser i rättsprocesserna men bara lyckats åstadkomma förbud mot kommuners konkurrenshämmande beteenden i två fall. Uppsatsen utvärderar reglerna om konkurrerande offentlig säljverksamhets ändamålsenlighet för att söka svaret på vad som åstadkommit de ovan nämnda svårigheterna. Uppsatsen visar att svaren står att finna i den svåra uppgift det innebär att visa på offentliga verksameters kortsiktiga effekter på konkurrensen, en verksamhet åt gången. För att nå sitt primära ändamål att minska offentliga säljverksamheters

¹ I sina remissyttranden anförde Stockholms tingsrätt (Patent- och marknadsdomstolen) att en prövning enligt KOS-reglerna lämpligen måste hanteras av förvaltningsdomstolarna eftersom den innebar bedömningar om kommunala beslut och allmän försvarbarhet. Kammarrätten i Jönköping anförde att med tanke på de kvalificerade konkurrensrättsliga frågor som sannolikt skulle hanteras det mest ändamålsenliga måste vara att hantera processen inom Patent- och marknadsdomstolarna. Se Näringsdepartementets remissammanställning – *PM Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden* s. 56.

hämmande effekt på konkurrensen skulle reglerna behöva tillåta att flera offentliga säljverksamheters gemensamma effekter på marknaden beaktades vid en och samma prövning.

Vidare har uppsatsen också visat att ett för stort fokus på det primära ändamålet i vissa fall riskerar att vara kontraproduktivt för det högre syftet – effektiv konkurrens.

Innehållsförteckning

1. INTRODUKTION	7
1.1 SYFTE.....	8
1.2 METOD.....	8
1.3 AVGRÄNSNINGAR	9
1.4 DISPOSITION	10
2. KOMMUNAL KOMPETENS OCH BEGRÄNSNINGSPRINCIPER	12
2.1 DEN KOMMUNALA KOMPETENSEN	12
2.2 LAGLIGHETSPRÖVNING	19
3. KOS-REGLERNAS BAKGRUND OCH ÄNDAMÅL	23
3.1 BEHOVET AV LAGSTIFTNING	23
3.2 LAGSTIFTNINGENS ÄNDAMÅL	25
3.2.1 Att avgöra lagstiftnings ändamål	25
3.2.2 KOS-reglernas ändamål.....	26
4. KOS-REGLERNAS UTFORMNING.....	29
4.1 EN MISSBRUKSREGEL I KONKURRENSLAGEN	29
4.2 KONFLIKTLÖSNINGSREGELN	31
4.2.1 Gemensamma rekvisit.....	32
4.2.2 Förfarande eller säljverksamhet	35
5. KONFLIKTLÖSNINGSREGELNS TILLÄMPNING	40
5.1 INLEDNING.....	40
5.2 KONKURRENSVERKET MOT SKELLEFTEBUSS AB, T 8160–11	40

5.3 KONKURRENSVERKET MOT RÄDDNINGSTJÄNSTEN DALA MITT, MD 2014:1	44
5.4 KONKURRENSVERKET MOT AB STRÖMSTADS BADANSTALT, MD 2015:12.....	49
5.5 KONKURRENSVERKET MOT VÄXJÖ KOMMUN, T 9248–13	53
5.6 ATV MEDIA MOT KOMMUNALFÖRBUNDET MEDIACENTER JÖNKÖPINGS LÄN, MD 2015:17.....	56
5.7 KONKURRENSVERKET MOT BORÅS KOMMUN, MD 2016:3.....	59
5.8 SAMMANFATTNING.....	62
6. KOS-REGLERNAS ÄNDAMÅLSENLIGHET	63
6.1 NÅGOT OM FORSKNINGSLÄGET	63
6.2 ATT UTVÄRDERA LAGSTIFTNINGS ÄNDAMÅLSENLIGHET	65
6.3 KOS-REGLERNAS ÄNDAMÅLSENLIGHET I SANKTIONSLEDET	66
6.4 KOS-REGLERNAS ÄNDAMÅLSENLIGHET I ÖVERVAKNINGSLEDET	68
<i>6.4.1 Domstolarnas fokus på kortsiktiga effekter på konkurrensen.....</i>	<i>70</i>
<i>6.4.2 Kommunala säljverksamheters potentiellt samverkande effekter</i>	<i>72</i>
<i>6.4.3 Kommunernas säljverksamheter är olagliga men kan inte förbjudas.....</i>	<i>73</i>
6.5 SAMMANFATTANDE KOMMENTAR	75

Förkortningar

Befogenhetslagen	Lag (2009:47) om vissa kommunala befogenheter
KKV	Konkurrensverket
KL	Konkurrenslag (2008:579)
KomL	Kommunallag (2017:725)
KOS	Konkurrerande offentlig säljverksamhet
MD	Marknadsdomstolen (numera PMÖD)
PMD	Patent- och marknadsdomstolen (Stockholms tingsrätt)
PMÖD	Patent- och marknadsöverdomstolen (Svea hovrätt)
Prop.	Proposition
SkI	Sveriges Kommuner och Landsting
SOU	Statens offentliga utredningar
RF	Regeringsformen (1974:152)
RÅ	Regeringsrättens årsbok

1. Introduktion

Gränsen mellan offentlig verksamhet och näringslivet har de senaste 30 åren blivit alltmer otydlig. En anledning till detta har sagts vara att det allmänna inom många områden utvecklats mot att bli mer marknadsorienterat, bl.a. som en följd av avreglering och privatisering av offentlig verksamhet.² Det kan uttryckas som att kommuner, landsting och statliga myndigheter mer och mer liknar en tjänsteproducent till kunder snarare än förvaltare av allmänna medel och myndighetsutövare mot medborgare. Under 90- och 00-talet började det allmännas inkräktande på det traditionella näringslivet i form av offentliga säljverksamheter uppmärksammas av lagstiftaren bl.a. eftersom det tycktes påverka näringslivets konkurrensensmöjligheter negativt.³ Då näringslivet tvingas konkurrera med offentliga aktörers säljverksamheter, som drivs utan vinstkrav och utan risk för konkurs, finns risk att konkurrensen störs. I den näringspolitiska debatten efterfrågades därför konkreta verktyg för att hindra det allmänna från att bedriva säljverksamheter med konkurrenshämmande effekter.

Efter att under 00-talet ha misslyckats med att komma tillrätta med problematiken på frivillig väg infördes 1 januari 2010 nya regler i konkurrenslagen (2008:579) (KL) för att hantera konkurrerande offentlig säljverksamhet. De så kallade KOS-reglerna (koncurrerande offentlig säljverksamhet), som ger Patent- och marknadsdomstolen möjlighet att förbjuda staten, kommun eller landsting att utöva vissa konkurrensstörande beteenden, var starkt efterfrågade av såväl Svenskt Näringsliv som Konkurrensverket (KKV).⁴ Samtidigt var regleringen i sin utformning helt unik inom unionsrätten och därmed ett oprövat kort.⁵ Under åren som gått sedan införandet

² Se exempelvis Madell, *Gråzonen mellan offentlig och privat rätt – forskning idag*, Förvaltningsrättslig tidskrift 2002 s. 221.

³ Se exempelvis SOU 2000:117, *Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor*, s. 9.

⁴ Se https://www.svensktnaringsliv.se/fragor/osund-konkurrens/ny-lag-ska-minska-osund-konkurrens_552187.html, pressmeddelande på Svenskt Näringslivs webbplats, 2009-11-26.

⁵ Johan Hedelin, *Kommunal konkurrensrätt*, Norstedts Juridik, 2013, Stockholm, s. 97.

har det dock ifrågasatts vilken nytta reglerna fått.⁶ Har de blivit det kraftfulla verktyg som efterfrågades? Idag, drygt åtta år efter reglernas införande, kan vi bl.a. konstatera att förbud har utfärdats i två av de sex fall som avgjorts i domstol och många näringsidkare upplever fortfarande konkurrens från offentliga säljverksamheter som ett stort problem.⁷ Samtidigt har KKV nedlagt över 25 000 arbetstimmar i domstolsprocesser och förpliktigats betala ca tio miljoner kronor i rättegångskostnader till kommuner man fört förbudstalan mot.⁸

Uppsatsen motiveras bl.a. av att det angående KOS-reglerna saknas litteratur i allmänhet och neutrala betraktelser ”utifrån” i synnerhet. De uttalanden och analyser som förekommit sedan reglernas införande har närmast uteslutande kommit från intresserade parter som haft antingen en politisk agenda eller på något annat sätt varit part i mål.

1.1 Syfte

Uppsatsen syftar till att från ett neutralt perspektiv utvärdera KOS-reglernas ändamålsenlighet för de uttalade ändamålen att i första hand *minska offentliga säljverksamheters hämmande effekter på konkurrensen* och i förlängningen *bidra till effektiv konkurrens i stort*. Den centrala fråga jag avser söka svar på kan formuleras som: Hur väl lämpar sig regleringen för sitt ändamål?

1.2 Metod

I en enklare verklighet än den vi lever i hade man för att svara på ovanstående frågor helt enkelt mätt offentliga säljverksamheters påverkan på konkurrensen före reglernas ikraftträdande och sedan upprepat detta ett lämpligt antal år senare. Sedan hade den del av den (eventuellt) uppmätta

⁶ Flera av näringslivets företrädare har riktat hård kritik mot KOS-reglerna. Exempelvis har Almega Tjänsteföretagen menat att reglerna är ”tandlösa”: <http://www.gp.se/debatt/manga-kommuner-struntar-i-konkurrenslagen-1.581453>, och Svenskt Näringsliv att reglerna är ”ett får i vargkläder”: https://www.svensktnaringsliv.se/fragor/osund-konkurrens/nya-konkurrenslagen-ett-far-i-vargaklader_584502.html.

⁷ Se Konkurrensverkets enkät *När det offentliga och det privata konkurrerar*. Dnr 185/2017 s. 11.

⁸ Konkurrensverkets rapport 2016:9, *Utvärdering av reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet*, s. 8.

förändringen på konkurrenstrycket som är hänförlig till införandet av KOS-reglerna behövt isoleras för att få svar på vilken effekt lagstiftningen bidragit med. Några sådana mätningar låter sig givetvis inte göras. Det skulle heller inte ge svar på var det finns brister i regleringen. För att utvärdera lagstiftningens ändamålsenlighet har jag istället valt att studera rättstillämpningen i de mål där KOS-reglerna tillämpats för att söka svar på reglernas förmåga att nå sitt ändamål.

För att utvärdera lagstiftningens ändamålsenlighet måste först lagstiftningens ändamål fastställas. Det har jag gjort genom att studera KOS-reglernas förarbeten i kombination med doktrin om såväl de aktuella reglerna som lagstiftningens ändamålsenlighet i allmänhet. I nästa steg har jag studerat hur tillämpningen av KOS-reglerna gått till och i denna praxis sökt identifiera tendenser som kan påverka lagstiftningens förmåga att uppfylla sitt ändamål. I uppsatsen inkluderas avgöranden från både under- och överinstans. Underinstansers avgöranden har lågt prejudikatvärde vad gäller gällande rätt, men eftersom uppsatsens syfte inte är att fastställa gällande rätt och antalet mål där KOS-reglerna tillämpats är överskådligt, har jag inkluderat domar från båda instansnivåer. Det faktum att vissa mål och frågan varför vissa mål inte tagits vidare från första instans kan vara en viktig del i att analysera styrkor och svagheter i rättstillämpningens förmåga att bidra till reglernas ändamålsenlighet.

Vidare har jag tagit del av offentliga aktörers utlåtanden om och synpunkter på lagstiftningen och rättstillämpningen. För att få en uppfattning om i vilken mån den upplevda problematiken med offentlig säljverksamhet påverkats av de nya reglerna har jag även studerat vissa marknadsundersökningar och enkäter gjorda av intresseorganisationer och statliga myndigheter. Utifrån slutsatser av mina egna rättsfallsanalyser och övrigt material i ljuset av lagstiftningens uttalade ändamål, har jag sedan med hjälp av regleringsteori dragit slutsatser om ändamålsenligheten och pekat på specifika faktorer som jag menar påverkar denna.

1.3 Avgränsningar

Det finns förstås många samverkande och motverkande faktorer som påverkar vilken effekt en given lagstiftning når. Som nämnt i metodavsnittet ovan kan alla dessa inte mätas. Jag vill därför trycka på att denna uppsats inte avser utvärdera vilken effekt KOS-reglerna fått på konkurrensen. Uppsatsen avser utvärdera KOS-reglernas förmåga att nå sitt ändamål, huvudsakligen utifrån

rättsfallsanalyser av de mål där KOS-reglerna tillämpats, dock med stöd från den knapra forskning och litteratur som finns i frågan.

Som det kommer visa sig nedan är statliga verksamheter delvis undantagna från KOS-reglernas tillämpningsområde. Dessutom har samtliga mål som tagits till domstol hittills endast berört kommunal säljverksamhet. Med hänsyn till detta har jag genomgående valt att fokusera på konfliktytorna mellan just kommunal säljverksamhet och privat verksamhet. Varför KKV, eller någon drabbad privat aktör, inte väckt talan om förbud mot några av landstingens eller statens verksamheter är en intressant fråga i sig. Men det är också en fråga som kräver en annan typ av ansats och därför inte ryms i denna uppsats. På dessa grunder kommer så väl bakgrundskapitel som de analyserande kapitlen fokusera på de faktorer som har koppling till kommunal säljverksamhet. Det kommer dock i uppsatsen redogöras för i vilken mån statliga myndigheters verksamheter omfattas av KOS-reglerna men några mer ingående analyser kring statliga myndigheters och landstings säljverksamheter kommer dock inte göras.

1.4 Disposition

Uppsatsen inleds med en redogörelse för den kommunala kompetensen i syfte att belysa inom vilka områden kommuner *får* bedriva säljverksamhet. I samma kapitel redogörs för de centrala principer som begränsar kommunernas handlingsutrymme för säljverksamhet och vilka möjligheter som finns till hands för att ingripa när kommunen agerar utanför sitt kompetensområde.

I kapitel tre ges inledningsvis en bakgrund till KOS-reglernas införande och avslutas med en kort utredning för att klargöra KOS-reglernas ändamål.

Det fjärde kapitlet utgörs av en genomgång av KOS-reglernas utformning och följs upp av det femte kapitlet som består av en analys av rättspraxis till dags dato (våren 2018). Först görs en individuell genomgång och analys av KOS-reglernas tillämpning i vart och ett av de sex avgöranden som finns från domstol. Detta följs av en kort sammanfattning av tillämpningen i stort.

Det avslutande kapitlet utgörs slutligen av en analys där jag med hjälp av regleringsteori presenterar mina slutsatser angående reglernas ändamålsenlighet. Här belyses såväl brister som styrkor i lagstiftningen och kapitlet rymmer även några förslag om tänkbara förbättringar samt diskussion om vissa förslag som lyfts i debatten kring KOS-reglerna. Jag presenterar dock inte några konkreta förslag de lege ferenda, för att åstadkomma något sådant skulle sannolikt behövs det offentliga utredningsväsendets resurser.

2. Kommunal kompetens och begränsningsprinciper

2.1 Den kommunala kompetensen

Den kommunala kompetensen anger gränserna för kommuners och landstings verksamheter och de uppgifter dessa får utföra.⁹ Ett annat uttryck för att något ligger inom den kommunala kompetensen är att det är kompetensligt, eller att företeelsen är en kommunal befogenhet. Fortsättningsvis kan båda termerna komma att användas i texten.

Kommunal kompetens kan härledas från tre håll – kommunallagen, speciallagstiftning eller rättspraxis. Genom kommunallagsreformen 1991 kodifierades praxis för den kommunala kompetensen i ett antal grundprinciper som idag återfinns i KomL 2:1–2:6.¹⁰ Vidare ges kommunerna genom specialreglering utökade befogenheter att bedriva näringsverksamhet på vissa områden. Sedan 2009 finns dessa befogenheter samlade i lag (2009:47) om vissa kommunala befogenheter (befogenhetslagen). Lagen ger kommunerna möjlighet att i vissa verksamheter göra avsteg från de annars kompetensbegränsande reglerna i KomL.¹¹ Men lagen uppställer också vissa skyldigheter, såsom kravet på affärsmässighet inom kollektivtrafikområdet och vid tillhandahållande av lokaler.¹² Notera dock att lagen endast hanterar *vissa* kommunala befogenheter, grunderna för den kommunala kompetensen regleras alltså av andra kapitlen i KomL.

⁹ Alf Bohlin, *Kommunalrättens grunder*, upplaga 7:1, Visby, Wolters Kluwer Sverige, 2016.

¹⁰ Ulf Lindquist m.fl., *Kommunallagen i lydelsen den 1 januari 2017*, upplaga 15, Visby, Wolters Kluwer Sverige, 2017.

¹¹ Se t.ex. avsteget från lokaliseringsprincipen på kollektivtrafikområdet, befogenhetslagen 1:2 1 st.

¹² Befogenhetslagen 1:3 1 st.

Utöver den lagreglerade kompetensen har i rättspraxis utvecklats ytterligare två kompetensgrunder, kallade anknytningskompetens och överskottskompetens.¹³

Det är dock inte så att det råder någon genuin konsensus och klarhet om var gränserna för den kommunala kompetensen går och hur grundprinciperna i KomL ska tillämpas. Tvärtom rör det sig om principer med förhållandevis knaper rättspraxis, som ska gälla för skiftande förhållanden och som måste medge en viss flexibilitet i tillämpningen. Nedan följer en genomgång av de centrala grundprinciperna för den kommunala kompetensen.

Allmänt intresse – 2:1 KomL

Allmänintresset är utgångspunkten för den kommunala kompetensen – det en kommun gör ska vara till någon slags nytta för kommunmedlemmarna¹⁴. Det innebär dock inte att varje verksamhet eller beslut måste komma alla kommunmedlemmar tillgodo. En bedömning av allmänintresset måste alltid ta utgångspunkt i verksamhetens art.¹⁵ Det ska alltså bedömas huruvida den *typen* av verksamhet är lämplig eller ej, det måste också finnas sakliga motiv till allmänintresset i handlingen.

Proportionalitetsprincipen – 2:1 KomL

Bedömningen av huruvida en kommunal åtgärd faller inom det allmänna intresset eller inte rymmer ett centralt krav på proportionalitet. Ett ofta citerat rättsfall som belyser principens tillämpning är RÅ 1993 ref. 35, där domstolen hanterade en kommunal åtgärd i form av marknadsföring under en golftävling. Syftet var att marknadsföra kommunen, vilket gjordes till en kostnad av 250 000 kr. Domstolen ansåg att det inte hade ”visats att stödet skulle haft en omfattning som stått i missförhållande till den förväntade nyttan av evenemanget”.

Marknadsföringsinsatsen ansågs inte vara en oproportionerlig åtgärd i förhållande till den

¹³ Dessa redogörs för på s. 18–19 nedan.

¹⁴ Av KomL 1:5 1 st. framgår: ”Medlem av en kommun är den som är folkbokförd i kommunen, äger fast egendom i kommunen eller ska betala kommunalskatt där.”

¹⁵ Bohlin s. 104.

kommunala nyttan av att marknadsföra kommunen. Proportionalitetskravet var uppfyllt och beslutet stod därför fast.

Lokaliseringsprincipen - 2:1 KomL

En kommunal angelägenhet har anknytning – är lokaliserad – till kommunens område eller medlemmar. Det innebär således att en åtgärd kan vara kompetenslig även om den bedrivs utanför kommungränsen, förutsatt att den är till nytta för medlemmarna. Det kan till exempel innefatta ett vägbygge inom annan kommun,¹⁶ eller till och med åtgärder utanför Sveriges gränser.¹⁷ Det viktiga är att åtgärden kommer kommunmedlemmarna till godo. Befogenhetslagen ger kommuner möjlighet att frångå lokaliseringsprincipen på vissa områden som t.ex. kollektivtrafik samt distribution av fjärrvärme, el och vattentjänster.¹⁸ En viktig avgränsning att ha i åtanke för hela den kommunala kompetensen och särskilt om kommunen bedriver verksamhet utanför sitt geografiska område är dock att uppgiften för att vara kompetenslig inte får anses ankomma på annan utförare.

Uppgifter som ankommer på annan – 2:2 KomL

I kapitlets andra paragraf uttrycks att kommunen inte får ta hand om sådana angelägenheter som staten, annan kommun eller landsting eller någon annan ska ta hand om. Annans exklusiva kompetens ska alltså gå före kommunens. De vanligaste gränsfallen handlar om när kommuners och statens åtaganden kolliderar. Att statens angelägenheter ska ha företräde kan belysas med två klassiska rättsfall. I det s.k. ”Sydafrikafallet”¹⁹ hade kommunfullmäktige på politiska grunder rekommenderat kommunnämnderna att undvika produkter från just Sydafrika i sina upphandlingar. Regeringsrätten konstaterade att det var en utrikespolitisk manifestation. Utrikespolitik är en exklusivt statlig angelägenhet och kommunfullmäktiges beslut låg därmed utanför den kommunala kompetensen. I det senare avgörandet RÅ 1993 ref. 32 fanns det en

¹⁶ RÅ 1977 ref. 77.

¹⁷ RÅ 1979 Ab 12.

¹⁸ Lindquist m.fl. s. 27.

¹⁹ RÅ 1969 ref. 52.

betydligt starkare koppling till kommunens egna intressen, men där det statliga intresset ändå tog över och slog ut den kommunala kompetensen. I målet hade Malmö kommun anslagit medel för opinionsbildning i frågan om Öresundsbroförbindelsen. Trots att bronns tillkomst givetvis skulle ha enorm påverkan för Malmö kommun ansåg Regeringsrätten att Öresundsbrofrågan var av infrastrukturell betydelse för Sverige som stat. Därmed skulle opinionsbildning i frågan ankomma på staten och inte kommunen.

Likställighetsprincipen – 2:3 KomL

Att den kommunala förvaltningen ska behandla kommunmedlemmarna lika framgår redan av objektivitetsprincipen i 1:9 Regeringsformen (1974:152) (RF). Bestämmelsen anger bl.a. att förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen ska beakta allas likhet inför lagen samt iaktta saklighet och opartiskhet. Likställighetsprincipen i KomL är på sätt och vis en upprepning av detta, på kommunal nivå. Det kan uttryckas som att kommunmedlemmar som är i samma situation ska behandlas lika.²⁰ Men lagtexten medger också att särbehandling är tillåten om det finns sakliga skäl för en sådan. Särbehandlingen strider bara mot likställighetsprincipen om det är fråga om en *obehörig särbehandling*, vilket innebär att särbehandling godtas om den vilar på objektiv och saklig grund. Det kan exempelvis handla om att kommunen särbehandlar vissa medlemmar i syfte att uppfylla sitt eget verksamhetsansvar. I RÅ 1991 ref. 19 godtogs att barnomsorgspersonal fick företräde i barnomsorgskön för att kommunen ville främja rekryteringen av sådan personal och på så sätt minska bristen på barnomsorgsplatser. Det ansågs inte strida mot likställighetsprincipen eftersom det var ett led i att uppfylla verksamhetsansvaret och särbehandlingen vilade därmed på saklig grund.

Likställighetsprincipen omfattar som huvudregel såväl den allmänna som den specialreglerade kompetensen, även om det också där finns några specifika undantag.²¹ Notera att lagtexten bara specifikt nämner kommunens medlemmar. Således står det inte i strid med likställighetsprincipen att kommunen behandlar medlemmar och icke-medlemmar olika. Det leder till att man kan välja

²⁰ Bohlin s. 141.

²¹ Lindquist m.fl. s. 30.

att särbehandla utifrån medlemskap, både i positiv eller negativ mening.²² Personer som inte är kommunmedlemmar kan alltså t.ex. avgiftsbefrias för en tjänst som medlemmar måste betala för och vice versa.

Rätt att ta ut avgifter – 2:5 KomL

Utgångspunkten är att kommuners behov ska täckas av kommunalskatten.²³ I 2:5 KomL stadgas dock att kommuner har rätt att ta ut avgifter för tjänster eller nyttigheter som kommunen tillhandahåller. Är kommunen enligt lag skyldig att tillhandahålla tjänsten, får den bara avgiftsbeläggas om också detta särskilt framgår i lag eller annan författning. Sådana tjänster som kommunen frivilligt tillhandahåller får således avgiftsbeläggas, denna frihet begränsas dock av självkostnadsprincipen.

Självkostnadsprincipen – 2:6 KomL

Eftersom kommunens behov i första hand ska täckas av kommunalskatten är det inte meningen att kommunala avgifter ska användas till något annat än just den specifika tjänst som avgiften är kopplad till. Självkostnadsprincipen gäller för hela kommunens verksamhet och syftar även till att hindra kommuner från att göra vinst på avgiftsfinansierad kommunal verksamhet som ofta är monopoliserad.²⁴ Eftersom kommunerna har stor frihet att själva bestämma vilka tjänster och nyttigheter som ska vara avgiftsbelagda och självkostnadsprincipen endast utgör en övre gräns för avgiftsnivån, kan såväl avgifternas storlek som förekomst variera kraftigt mellan kommuner. En kommun med hög kommunalskatt har kanske istället färre avgiftsbelagda tjänster, lägre avgifter, eller vice versa. Den kommunala beskattningsrätten och hur en kommun genom skatter och avgifter väljer att finansiera sin verksamhet kan tillsammans med den kommunala rösträtten sägas utgöra ryggraden i det kommunala självstyret.²⁵

²² Bohlin s. 145.

²³ Se Lundin och Madell, (20/3 2018, Zeteo), kommentaren till 2:5 KomL.

²⁴ Bohlin s. 131.

²⁵ Lindquist m.fl. s. 35.

Inom vissa verksamhetsområden gäller inte självkostnadsprincipen. Vid exempelvis handel med el ska kommunala bolag vara affärsmässiga.²⁶ I HFD 2015 ref. 70 ansåg domstolen att självkostnadsprincipen är underordnad ellagens (1997:957) reglering av nätföretagens avgiftsuttag och därmed ska kravet på affärsmässighet tillämpas istället för självkostnadsprincipen. Avgifterna på elförbrukning bestäms istället av tillgång och efterfrågan och konkurrensutsätts på den öppna marknaden. Även de kommunala bostadsbolagen ska bedrivas affärsmässigt, vilket genom undantag i befogenhetslagen, som tidigare nämnt, även gäller vid tillhandahållande av lokaler samt på kollektivtrafikområdet.

Förbud mot vinstdrivande näringsverksamhet – 2:7 KomL

Av 2:7 § KomL framgår att kommunen får bedriva näringsverksamhet så länge den avser tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster till medlemmarna samt saknar vinstsyfte. Den tillåtna typen av verksamhet brukar kallas ”*sedvanlig kommunal affärsverksamhet*” och kännetecknas av verksamhet som exempelvis kollektivtrafik och energiförsörjning – verksamhetstyper som har en stark och tydlig koppling till allmännyttan.²⁷ Den typ av affärsverksamhet som inte anses vara sedvanlig kommunal benämns istället ”*det egentliga näringslivet*” – här är kommunernas rörelseutrymme betydligt mer begränsat.²⁸ Vinstförbudet inom kommunal näringsverksamhet bidrar till att klargöra gränsen mellan den tillåtna sedvanliga kommunala verksamheten och det egentliga näringslivets område.²⁹ Denna princip och uppdelning mellan kommuners respektive näringslivets sysslor är en avgörande del av tillämpningen av konfliktlösningens regel. Notera att man i lagtexten valt att förbjuda vinstsyfte, istället för vinst. Det ger kommunerna tillåtelse att i sin näringsverksamhet åtminstone tillfälligt

²⁶ Se Lundin & Madell, (22/3 2018, Zeteo) kommentaren till 2:6 KomL.

²⁷ Lindquist m.fl. s. 37.

²⁸ Bohlin s. 120.

²⁹ Lundin & Madell resonerar att ”...om det framstår som konstlat att bedriva verksamheten utan vinstsyfte är det ett argument för att verksamheten faller utanför den kommunala kompetensen.” (22/3 2018, Zeteo) se kommentaren till 2:7 KomL.

eller periodvis gå med vinst, så länge vinsten inte är ett åsyftat resultat av verksamheten.³⁰ Detta ligger också i linje med självkostnadsprincipen i 2:6 KomL. Eftersom många kommunala verksamheter är avgiftsfinansierade begränsas ju möjligheten till vinst av självkostnadsprincipen. Men genom möjligheten till temporära överskott kan kommunerna ändå t.ex. säkra nödvändiga och långsiktiga investeringar inom verksamheten.

Anknytningskompetens

I samband med att kommunen bedriver sedvanlig kommunal affärsverksamhet, d.v.s. kompetenslig verksamhet, kan denna kompetens under vissa förutsättningar utsträckas till att även omfatta verksamhet som hör till det egentliga näringslivet. Den verksamheten blir då kompetenslig genom s.k. *anknytningskompetens*. Det förutsätter att det finns ett nära och naturligt samband mellan verksamheterna.³¹ De typiska exemplen på anknytningskompetens brukar vara stuveriverksamhet i kommunägda hamnar, cafeteria eller kiosk i sim- och idrottshallar och liknande. Verksamheten ska vara av mindre skala och behövlig för att kunna bedriva kärnverksamheten på ett tillfredställande sätt. Det kan uttryckas som att den genomsnittlige konsumenten, när denne nyttjar huvudverksamheten, förväntar sig sådan service som den anknyttande verksamheten erbjuder. Det finns dock inget som rättsligt hindrar kommunen från att låta privata aktörer bedriva dessa mindre verksamheter istället för att hålla dem i egen regi genom anknytningskompetens.

Överskottscompetens

Utöver anknytningskompetens kan kommuner tillåtas sälja på den öppna marknaden när det är fråga om en *tillfällig överproduktion* av interna tjänster och produkter.³² Kommunal verksamhet

³⁰ Lindquist m.fl. resonerar att den enda rimliga tolkningen måste vara att det på sikt inte är tillåtet att driva verksamheten med vinst och att kommunen måste ha den tunga bevisbördan för att visa att det inte finns ett vinstintresse, se s. 38.

³¹ Bohlin, s. 105.

³² I RÅ 1993 ref. 12 ansågs ett landstingsägt tvätteris försäljning på den öppna marknaden vara kompetenslig verksamhet. Detta eftersom den var ett resultat av *tillfällig* överproduktion och försäljningen i mindre omfattning konkurrerade på den öppna marknaden samt var ett sätt att undvika onödig kapitalförstöring.

får dock inte planeras så att de permanent genererar ett produktionsöverskott i syfte att kunna avyttra överskottet. Det ska vara tillfälligt och en följd av att det till exempel är svårt att planera produktionen helt utan överskott. Att avyttra ett överskott av blommor och växter som kommunen inom ramen för parkförvaltningen odlar för utsättning i parker och offentliga miljöer har t.ex. ansetts vara en sådan tillåten försäljning av överskott eftersom den svårligen låter sig planeras i exakta tal. Det måste dock vara fråga om tillfälliga produktionstoppar av mindre omfattning.

2.2 Laglighetsprövning

Före KOS-reglernas ikraftträdande fanns få rättsliga verktyg att nyttja mot konkurrerande offentliga säljverksamheter. Konkurrensverket var utlämnade till de traditionella konkurrensrättsliga reglerna om missbruk av dominerande ställning och konkurrensbegränsande avtal, som i flera avseenden ansågs ineffektiva mot offentliga aktörer.³³ Kommunmedlemmar och näringsidkare å sin sida hade istället de kommunala överklagandeinstituten att tillgå. Kommunala beslut kan överklagas antingen genom laglighetsprövning eller förvaltningsbesvär. Huvudregeln är att beslut fattade av kommunala organ som fullmäktige, nämnd eller förbundsstyrelse överklagas genom laglighetsprövning.³⁴ Förvaltningsbesvär eller annan överklagandeform³⁵ används endast om detta är särskilt reglerat.³⁶ För en kommunmedlem som före KOS-reglernas införande ville att kommunen skulle avbryta en verksamhet som medlemmen ansåg utgöra konkurrerande säljverksamhet, var en laglighetsprövning av den kommunala säljverksamheten

³³ Se Hedelin s. 63–89.

³⁴ KomL 13:2.

³⁵ I plan- och bygglagen (2010:900) samt offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) finns särskilda bestämmelser om att fullmäktiges beslut i vissa fall kan överklagas genom förvaltningsbesvär till länsstyrelsen. Se plan- och bygglagen 13:3 respektive offentlighets- och sekretesslagen 6:7–8 och Tryckfrihetsförordningen (1949:105) 2:15.

³⁶ KomL 13:3.

det rättsmedel som stod till buds. På så sätt kan en klagande i vissa fall få till stånd en prövning av verksamhetens kompetenslighet.

Laglighetsprövning prövar, precis som ordet antyder, endast beslutets laglighet. Det vill säga dess överensstämmelse med lag och att det tillkommit i rätt ordning med en beslutsför församling. Huruvida beslutet är skäligt eller lämpligt i övrigt ska inte ingå i prövningen.³⁷ Det bör dock påpekas att vid en prövning av en verksamhets kompetenslighet blir skälighets- och lämplighetsbedömningar i princip ändå ofrånkomliga. I själva kompetensfrågan ligger ju att kommunalt handlade ska vara lämpligt/skäligt/ändamålsenligt utifrån allmänintresset.³⁸ Men andra skälighetsbedömningar utifrån politiska hänsyn, budgetprioriteringar eller liknande ska alltså inte ingå i laglighetsprövningen. Rättsverkningarna av en laglighetsprövning blir, om domstolen finner att det prövade beslutet står i strid med lag, att beslutet upphävs.³⁹ Domstolen kan alltså inte sätta något annat beslut i dess ställe. Det finns heller inget som rättsligt hindrar kommunen från att efter domstolens upphävande, fatta samma beslut en gång till.

Av flera anledningar var och är laglighetsprövningen ett trubbigt verktyg för att angripa konkurrerande offentlig säljverksamhet. Till att börja med måste det finnas ett beslut att klaga på som inte ännu vunnit laga kraft.⁴⁰ En näringsidkare behöver därför vara mycket vaksam på om kommunen beslutar att bedriva någon icke kompetenslig säljverksamhet som skulle kunna konkurrera med näringsidkarens egen verksamhet. Eftersom klagotiden är begränsad till tre veckor från att beslutet tillkännagivits på kommunens anslagstavla (som från och med 1 januari 2018 måste finnas digital på kommunens webbplats)⁴¹ är det lätt att inse svårigheterna för en näringsidkare att inom dessa tre veckor inte bara notera det kommunala beslutet utan också inse de konkurrensbegränsande effekterna av det samt inkomma med ett välgrundat överklagande.

³⁷ Bohlin s. 297.

³⁸ Bohlin s. 104 respektive 297.

³⁹ KomL 13:8.

⁴⁰ KomL 13:4 2 st. respektive 13:5 1 st.

⁴¹ KomL 8:9.

Detta innebär särskilda svårigheter för den klagande eftersom officialprincipen tillämpas med återhållsamhet i mål om laglighetsprövningen.⁴² För laglighetsprövning gäller istället att domstolen inte ska beakta några omständigheter utöver de som klaganden hänvisat till före överklagandetidens utgång.⁴³ Det ankommer på den klagande att visa att beslutet är olagligt. Den klagande måste således inom klagotiden på tre veckor ange samtliga skäl till varför det kommunala beslutet är olagligt. Efter klagotidens utgång kan den klagandes eventuella tillägg endast beaktas om de utgör ”förttydliganden och preciseringar av de omständigheter som åberopats i det inom rätt tid ingivna överklagandet”⁴⁴.

När kommunen bedriver säljverksamhet i form av aktiebolag finns något större möjligheter till en laglighetsprövning av huruvida verksamheten håller sig inom de kommunala befogenheterna. För kommunala bolag finns nämligen krav på att kommunstyrelsen årligen måste pröva om verksamheten i respektive bolag utförts inom ramen för de kommunala befogenheterna.⁴⁵ Denna prövning leder till ett överklagbart beslut om verksamhetens kompetensenlighet som alltså kan prövas i en laglighetsprövning. Skulle verksamheten visa sig ha utförts utanför ramarna för de kommunala befogenheterna, d.v.s. inte vara kompetensenlig, ska styrelsen lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder. Även detta torde sedan rendera i ett överklagbart beslut i fullmäktige. Det bör dock påpekas att det här inte går att få till stånd något förbud mot verksamheten utan endast upphävida beslut som kan sätta press på kommunens beslutsfattare.

Det är endast kommunens medlemmar som kan begära en laglighetsprövning.⁴⁶ Det avgörande är alltså inte huruvida den klagande påverkas av beslutet eller inte, det är endast medlemskap som ger klagorätt. Genom medlemskapet inkluderas självfallet många av de som kan tänkas missgynnas av en konkurrerande offentlig säljverksamhet. Men samtliga drabbade näringsidkare

⁴² Bohlin s. 315.

⁴³ KomL 13:7.

⁴⁴ RÅ 1994 ref. 65.

⁴⁵ KomL 6:9.

⁴⁶ KomL 13:1.

omfattas förstås inte. Till exempel i de fall verksamheten leder till undanträngningseffekter (d.v.s. att en näringsidkare inte kan verka i kommunen p.g.a. kommunal konkurrens) gör kravet på medlemskap att de näringsidkare som inte äger en fastighet i den aktuella kommunen och inte är folkbokförda där, inte heller har möjlighet att pröva verksamhetens kompetenslighet. En näringsidkare som skulle vilja ta sig in på en kommunal marknad står därför mer eller mindre handfallen, åtminstone rättsligt, inför den konkurrerande kommunala verksamheten.

3. KOS-reglernas bakgrund och ändamål

3.1 Behovet av lagstiftning

År 1997 inrättade regeringen ”rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor”, Konkurrensrådet. Rådet bestod av en sammansättning företrädare från både offentlig och privat sektor som skulle utgöra ett forum för diskussioner mellan dessa sektorer. Konkurrensrådet gav också ut närmre ett hundra yttranden i specifika ärenden som gällde offentlig säljverksamhet. En av rådets uppgifter var att ta emot anmälningar och därefter ta ställning till om det i det enskilda fallet förelåg konkurrens på lika villkor mellan offentliga och privata företag på den aktuella marknaden. Rådet gav sedan yttranden till hur den offentlige aktören borde agera, t.ex. avbryta verksamheten eller anpassa sitt agerande på något sätt. Rådets roll för offentlig konkurrensrätt kan liknas med Allmänna reklamationsnämndens roll för konsumenträtten. Dessvärre kunde konstateras att offentliga aktörer så gott som aldrig ändrade sitt beteende utifrån rådets yttranden.⁴⁷ Detta trots att man inom rådet ofta kunde nå enighet mellan sektorernas företrädare angående vad det allmänna bör iaktta när de bedriver säljverksamhet. Rådets arbete utmynnade dock i utredningen SOU 2000:117 - *Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor*, och rådets uppdrag förlängdes sedan till 2003.

Behovet av lagstiftning synliggjordes ytterligare år 2004 genom en av Konkurrensverket beställd rapport där företagsledare från tio olika branscher fick svara på frågor om hur de upplevde konkurrensen från offentliga aktörer. 63 procent av de svarande upplevde konkurrens från det allmänna, drygt hälften av dessa upplevde att den konkurrensen var ett stort eller mycket stort problem.⁴⁸ Vid tidpunkten uppgick antalet kommunalt ägda företag till 1 423 st med en omsättning om totalt 120 miljarder kronor.⁴⁹ År 2016 hade detta enligt uppgifter från Statistiska

⁴⁷ Prop. 2008/09:231 *Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet m.m.*, s. 14.

⁴⁸ Konkurrensverkets rapportserie 2004:4 *Myndigheter och marknader* s. 48 ff.

⁴⁹ *Ibid* s. 46.

Centralbyrån vuxit till 1 795 kommunalt ägda företag med en omsättning om ca 195 miljarder kronor.⁵⁰

I SOU 2000:117 konstaterades att verksamheter där offentliga och privata aktörer konkurrerade med varandra hade ökat påtagligt och att dessa konfliktytor behövde begränsas.⁵¹ Några centrala förfaranden som ansågs begränsa konkurrensen var: att kommuner blandade monopolskyddad och konkurrensutsatt verksamhet, utnyttjande av myndighetsutövning på konkurrensutsatta marknader, ensam tillgång till viss strategisk facilitet, försäljning av överskottskapacitet, stöd till den egna säljverksamheten, offentlig produktion när privata företag saknas, gynnande av egen verksamhet vid offentlig upphandling samt kommunal försäljning över kommungränsen.⁵² I propositionen till den idag gällande konfliktlösningsregeln har regeringen till stor del tagit fasta på de slutsatser som konkurrensrådet dragit. I propositionen ges dock inte några exempel på specifika affärsområden som offentliga aktörer bör undvika. Det avgörs av den kommunala kompetensen och vad som kan anses allmänt försvarbart, vilket i sig kan variera mellan olika regioner och kommuner. Detta beror bl.a. på att två olika kommuner kan ha helt olika förutsättningar beroende på faktorer som invånarantal eller landsbygd kontra storstad. Därför måste alltid en prövning göras i det enskilda fallet. Som en introduktion till ämnet kan det ändå vara behjälpligt att få en bild av några typer av verksamheter som varit uppe till prövning hos Konkurrensrådet, KKV och i vissa fall även i domstol. Exempel på kommunala säljverksamheter som kritiserats är städtjänster, försäljning av brandskyddsutrustning, fordonstvätt, fordonsuthyrning, arkitektjänster, tryckeritjänster, kaféverksamhet, fastighetsskötsel, gym- och spaverksamhet, beställningstrafik med buss, gräventreprenad, metallarbeten, trädgårds- och fastighetsskötsel, tryckeritjänster, tolkförmedling, larmtjänster, växtförsäljning, kommunikationsoperatörstjänster samt tjänster inom turismnäringen.

⁵⁰ Statistiska centralbyråns statistikdatabas, se http://www.statistikdatabasen.scb.se/pxweb/sv/ssd/START_OE_OE0108/KomFtgK/?rxid=082b50a1-dd11-4315-85c7-7f10bd6cc218

⁵¹ SOU 2000:117 *Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor* s. 13.

⁵² *Ibid* s. 6.

Som nämnt ovan bedömde Konkurrensrådet i SOU 2000:117 metoden att på frivillig väg åtgärda konkurrensproblemen som nästan verkningslös. Inom rådet fanns också motsättningar angående behovet av lagändringar. Näringslivsparterna förespråkade lagändringar både i KomL och KL medan det allmännas företrädare möjligen kunde medge förändringar i KL men inte KomL.⁵³ Man kunde dock enas om att presentera ett förslag till bestämmelse i KL med syfte att korrigera konkurrenssnedvridande beteenden från offentliga aktörer.⁵⁴ Det är i grunden detta förslag som sedan vidareutvecklats hos Näringsdepartementet och 2010 utmynnade i KOS-reglernas införande i KL.

3.2 Lagstiftningens ändamål

3.2.1 Att avgöra lagstiftnings ändamål

I den juridiska diskursen används ett flertal olika begrepp för att beskriva ungefär samma sak, en viss lagstiftnings ändamål benämns emellanåt som lagstiftningens syfte, funktion eller mål. Någon exakt definition av vad som avses är svårt att bestämma, det varierar från författare till författare. Daniel Hult skriver dock i sin avhandling att en gemensam kärna för de olika synsätten och termerna är att de på något sätt har med rättsreglernas konsekvenser att göra.⁵⁵ Att tala om en lagstiftnings *funktion* anser jag kräver en distinktion avseende lagstiftningens avsedda funktion respektive dess faktiska funktion. Användningen av ordet *mål* ter sig olämplig (inte minst p.g.a. risken för sammanblandning) i en text som i stor utsträckning behandlar mål i dess processrättsliga mening. Ändamål och syfte förhåller sig som synonymer till varandra enligt Svenska Akademiens ordlista och torde mer eller mindre vara utbytbara.⁵⁶ Ordet ändamål faller

⁵³ Prop. 2008/09:231 s. 27.

⁵⁴ SOU 2000:117 s. 16.

⁵⁵ Se Daniel Hult, *Lagstiftnings ändamålsenlighet – en regleringsteoretisk utvärdering av fjärrväremelagens potential att skapa förtroende*, Jure Förlag AB, 2015, Stockholm, s. 42.

⁵⁶ Svenska Akademiens ordlista, <https://svenska.se/tre/?sok=ändamål&pz=1>.

mig dock mer i smaken eftersom det också är besläktat med *ändamålsenlighet*, vilket blir praktiskt när man ska diskutera hur väl något uppnår sitt ändamål.

I vissa fall kan det vara svårt till omöjligt att utröna lagstiftnings ändamål, detta torde dock framför allt vara fallet med äldre lagstiftning där det kan saknas klara uppgifter om vad som avses att uppnås med lagstiftningen. I andra fall kan det istället vara olämpligt att lägga någon vikt vid dem vid införandet eftersträvade effekterna eftersom dagens samhälle kan skilja sig diametralt från den rådande situationen vid lagens införande i form av i form av rätts- och teknikutveckling eller marknadsekonomi.⁵⁷

I fallet med KOS-reglerna är situationen dock så förnämlig att vi har att göra med förhållandevis färsk lagstiftning med ett par tydligt uttalade ändamål för att lösa ett högaktuellt problem.

3.2.2 KOS-reglernas ändamål

En given lagstiftnings ändamål är ofta ett av flera led i att uppnå ett högre ändamål. Hellner benämnde uppdelningen i *primärmål* och *ultimärmål* där primärmålen är de underordnade som ska bidra till att vi når de högre, ultimärmålen.⁵⁸ Att uppnå primärmålen är så att säga ett steg i arbetet att nå de överordnade ultimärmålen. Även i fallet med KOS-reglerna kan olika nivåer av ändamål urskiljas.

I propositionen finns specifika uttalanden om reglernas ändamål att finna på ett par ställen. Av sida 35 framgår att ”*syftet med konfliktlösningsregeln är att komma till rätta med konkurrenssnedvridningar som kan uppstå när offentliga aktörer bedriver säljverksamhet i konkurrens med privata aktörer.*” På sida 55 finns en liknande formulering: ”*syftet med regleringen är att undanröja konkurrenskonflikter vid mötet mellan den offentliga och den privata sektorns säljverksamhet.*”

⁵⁷ Hult, s. 41.

⁵⁸ Se Jan Hellner, *Lagstiftning inom förmögenhetsrätten – praktik, teori och teknik*, Juristförlaget JF AB, 1990, Stockholm s. 174–179.

Kärnorna i uttalandena är ”komma till rätta med konkurrenssnedvridningar” och ”undanröja konkurrenskonflikter”, båda syftandes på mötet mellan privat och offentlig säljverksamhet. Sammantaget menar jag att man bör läsa detta som att lagstiftaren avsåg minska offentliga säljverksamheters hämmande påverkan på konkurrensen i övriga sektorer av näringslivet. Så att säga skydda marknads privata aktörer från de offentliga säljverksamheternas konkurrens. Detta tolkar jag som lagstiftningens *primärmål*.

Vidare framgår av sida 41 i propositionen att KOS-reglerna delar KL:s ändamål, som enligt KL 1:1 är att ”*undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens i fråga om produktion av och handel med varor, tjänster och andra nyttigheter.*” Eftersom KOS-reglerna ska utgöra ett tillskott till de redan befintliga konkurrensrättsliga instrumenten delar KOS-reglerna också KL:s ändamål. Att minska offentliga säljverksamheters hämmande påverkan på konkurrensen (primärmålet) ska alltså leda till *effektiv konkurrens*.⁵⁹ Effektiv konkurrens är således *ultimärmålet*. Genom att skydda marknads privata aktörer från offentliga säljverksamheters konkurrens (primärmålet) ska det allmänna konkurrenstrycket på marknaden öka (ultimärmålet).⁶⁰

Som vi kommer se nedan används också begreppet effektiv konkurrens i konfliktlösningsregeln⁶¹, som är den centrala beståndsdel i KOS-reglerna.

Effektiv konkurrens är ett dynamiskt begrepp som inte kan ges en fixerad innebörd för varje enskild marknad.⁶² Johan Hedelin menar att en ganska träffsäker legaldefinition av begreppet

⁵⁹ Detta framgår också av prop. 2008/09:231 s. 54.

⁶⁰ Johan Hedelin uttrycker det som att ”*Det går heller inte att ta miste på att lagstiftaren med reglerna om konkurrensbegränsade offentlig säljverksamhet har velat få till stånd ett slags konkurrensskydd som indirekt skyddar konsumenterna.*” Vilket ju också kan uttryckas som att konkurrensskyddet är primärmålet och konsumentskyddet ultimärmålet. Se Hedelin, s. 95.

⁶¹ KL 3:27.

⁶² Prop. 2008/09:231 s. 57.

effektiv konkurrens återfinns i konkurrenskommitténs betänkande till den ”nya” konkurrenslagen från 1992.⁶³ Där föreslogs att KL skulle ha till ändamål:

”att inom privat och offentlig näringsverksamhet skapa och upprätthålla en effektiv konkurrens som

- 1. främjar en rationell produktion och en god resurshållning,*
- 2. bidrar till att öppna marknader samt främjar etablering av nya företag och utveckling av nya produkter,*
- 3. leder till lägre priser och avgifter,*
- 4. ger konsumenter och andra köpare valfrihet och möjligheter att påverka utbudet av varor, tjänster och andra nyttigheter.”⁶⁴*

⁶³ Hedelin, s. 95.

⁶⁴ SOU 1991:59, *Konkurrens för ökad välfärd*, vol 2, s. 44.

4. KOS-reglernas utformning

4.1 En missbruksregel i konkurrenslagen

Konfliktlösningsregeln som återfinns i KL 3:27 utgör tillsammans med ett antal stödparagrafer (3:28-3:32) de så kallade KOS-reglerna. Dessa skiljer sig på vissa punkter från den traditionella hanteringen av förbud i KL. Den gängse ordningen har tidigare varit att förbud är gällande över tiden, redan från agerandets uppkomst. Därför kan sanktion åläggas så snart ett förbudet beteende är konstaterat. Om ett företag exempelvis bryter mot reglerna om missbruk av dominerande ställning i KL kan domstol både ålägga företaget att upphöra med överträdelserna och samtidigt utdöma konkurrensskadeavgift på upp till tio procent av företagets omsättning på grund av att man brutit mot förbudet.⁶⁵

Konfliktlösningsregeln har istället kommit att utformas som en missbruksregel. Domstolen kan vid vite förbjuda en offentlig aktör att bedriva en viss verksamhet eller använda ett visst förfarande i en verksamhet.⁶⁶ Av praktiska skäl kan jag fortsättningsvis komma att använda begreppet ”beteende” som samlingsnamn för verksamheter och förfaranden. Först om ett meddelat förbud inte efterlevs kan vite utgå. Det innebär att en offentlig aktör inte drabbas av ekonomiska sanktioner för ett redan inträffat agerande, regeln är istället *framåtriktad*. Aktören förbjuds fortsätta med beteendet och vite utgår om förbudet inte iakttas. Syftet med en framåtriktad missbruksregel har sagts vara att regeln skulle bli mer flexibel för de olika typer av konkurrenssituationer den kunde komma att möta. Samt att slippa inrätta en mängd undantagsregler som skulle göra regleringen onödigt komplex.⁶⁷ För egen del ser jag det också

⁶⁵ KL 3:1, resp. 3:5 och 3:6.

⁶⁶ KL 6:1 p. 2.

⁶⁷ Prop. 2008/09:231 s. 33.

som en säkerhetsventil att inte ha en allt för hård sanktion när man inför en ny konkurrensregel som saknar motstycke inom unionsrätten.

Eftersom utformningen skiljer sig från KL i övrigt anförde både Marknadsdomstolen samt Juridiska fakultetsnämnden vid Lunds respektive Stockholms Universitet i sina remissyttranden till lagförslaget att det var olyckligt att föra in en missbruksbestämmelse i KL.⁶⁸ Det var dock själva placeringen i KL man invände mot snarare än utformningen som en missbruksbestämmelse. Istället förordades en placering i egen lag eller åtminstone i särskilt kapitel i KL eftersom en missbruksregel till sin form skiljer sig från övriga förbud i KL. Jag uppfattar det som att en placering i egen lag framförallt skulle fylla ett redaktionellt syfte för att hålla KL mer stringent. Regeringen anförde att eftersom KOS-reglerna delar KL:s syfte, och då reglerna utgör ett komplement till övriga verktyg i KL, det fanns övervägande skäl att placera också KOS-reglerna inom KL.⁶⁹

För egen del ser jag placeringen i KL som problematisk av andra skäl. KOS-reglernas tillämpning kräver nämligen gedigna avvägningar mellan konkurrensintresse och allmännyttan som ställer krav på en sorts avvägningar som inte annars förekommer i KL. Av KL:s förarbeten framgår att vid tillämpning av lagen ska inga andra hänsyn än rent konkurrenspolitiska beaktas.⁷⁰ Endast när regler i KL krockar med lagar eller förordningar som förpliktar en aktör att handla på visst sätt ska KL och konkurrensintresset ge vika. Som vi kommer se nedan framgår dock av konfliktlösningsregeln (som ju nu är en del av KL) att konkurrenshämmande förfaranden i offentliga säljverksamheter kan förbjudas endast om de inte är ”försvarbara från allmän synpunkt”. Bedömningar av den kommunala kompetensen leder också obönhörligen till bedömningar av allmänintresset i att en viss verksamhet bedrivs. Vid tillämpningen av konfliktlösningsregeln är därför, i motsats till övriga regler i KL, hänsyn till allmänna intressen

⁶⁸ Remissammanställning, *Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden*, s. 55.

⁶⁹ Prop. 2008/09:231 s. 40–41.

⁷⁰ Prop. 1992/93:56 *Ny konkurrenslagstiftning*, s. 70.

en väsentlig utgångspunkt.⁷¹ Att man vid tillämpning av KL:s övriga regler också måste ta hänsyn till annan lagstiftning är inte samma sak som att behöva väga konkurrensintresse mot allmänhetens intresse av t.ex. välfärd. Någon inbördes rangordning av sådana politiska ställningstaganden finns inte. Det innebär ett tydligt avsteg från de annars gällande ställningstaganden som karakteriserar KL. På dessa grunder, snarare än de tidigare nämnda redaktionella, finner jag därför placeringen av konfliktlösningsregeln i konkurrenslagen som en svårsmält anrättning.

4.2 Konfliktlösningsregeln

Den centrala beståndsdel i den lilla regelmassa KOS-reglerna utgör, är den så kallade konfliktlösningsregeln. Det är enbart Konkurrensverket som inledningsvis kan väcka talan om förbud med stöd av regeln.⁷² Först om verket beslutar att inte väcka talan i ett ärende får företag som berörs av det konkurrensbegränsande beteendet talarätt.⁷³ Behörig domstol är Patent- och marknadsdomstolen vid Stockholms tingsrätt.⁷⁴ Tingsrättens dom kan sedan överklagas till Patent- och Marknadsöverdomstolen vid Svea Hovrätt. Domstolen gick fram till år 2016 under namnet Marknadsdomstolen men har sedan namnbytet inte prövat några mål om konkurrerande offentlig säljverksamhet. För enkelhets skull och för att undvika missförstånd kommer jag därför i uppsatsen fortsättningsvis benämna de aktuella domstolarna Stockholms tingsrätt respektive Marknadsdomstolen.

⁷¹ Prop. 2008/09:231 s. 37.

⁷² KL 3:32.

⁷³ KL 3:32 2 st.

⁷⁴ KL. 8:1 p. 4.

Konfliktlösningsregeln lyder:

KL 3:27

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

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

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

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

Ett förbud gäller omedelbart, om något annat inte bestäms.

Till att börja med kan vi konstatera att konfliktlösningsregeln är avsedd att hantera offentlig säljverksamhet. Den är också uppdelad i förbud mot två olika typer av beteenden. Dessa benämns ”förfaranden” respektive ”viss säljverksamhet”. Nedan redogörs först för de gemensamma rekvisit som gäller för både förfaranden och säljverksamheter, följt av en genomgång av hur hanteringen av dessa beteenden skiljer sig åt.

4.2.1 Gemensamma rekvisit

Gemensamt för såväl förfaranden som för säljverksamheter är att de, för att över huvud taget kunna omfattas av konfliktlösningsregeln, ska utgöra (eller vara en del av) en säljverksamhet som omfattas av KL 1:5. Av propositionen till KL framgår att det ska vara fråga om en fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. Om verksamheten innefattar myndighetsutövning ska dock denna del undantas.⁷⁵ Att det ska röra sig om ekonomisk

⁷⁵ Prop. 1992/93:56 s. 66.

eller kommersiell natur innebär inte att det måste finnas något vinstsyfte. Även statliga och kommunala organ innefattas om de bedriver verksamhet av kommersiell eller ekonomisk natur, dock som sagt inte till den del verksamheten innebär myndighetsutövning. Begreppet säljverksamhet innefattar försäljning av varor, tjänster och andra nyttigheter, inkluderat uthyrning.⁷⁶

Av konfliktlösningsregelns första och andra punkt framgår att det är beteenden som *snedvrider förutsättningarna* för, respektive *hämmer förekomsten eller utvecklingen* av effektiv konkurrens som kan angripas. Rekviritet ”snedvrider” utvecklas kortfattat som att det tar sikte på situationer då det inte råder konkurrens på så lika villkor som möjligt. Exempelvis då en offentlig aktör vid sidan av säljverksamheten drar oberättigade fördelar av sin myndighetsroll eller utan saklig grund behandlar företag olika.⁷⁷

Hämmanderekviritet exemplifieras i förarbetena med att en offentlig aktörs beteenden har undanträngningseffekter som gör att privata alternativ inte har möjlighet att ta sig in på en marknad eller helt faller bort.⁷⁸ Detta är en tänkbar effekt när offentliga aktörer bedriver näringsverksamhet på en konkurrensutsatt marknad men inte agerar affärsmässigt. Offentliga aktörers möjlighet att år efter år gå med förlust kan göra det ekonomiskt orimligt för privata aktörer att agera på samma marknad.

Det kan också mycket väl vara så att ett beteende både snedvrider och hämmer konkurrensen samtidigt eller att det är väldigt svårt att avgöra vilket rekvirit som passar bäst i det enskilda fallet. I praxis har det inte lagts någon större vikt vid att göra någon skillnad på huruvida beteendet är snedvridande eller hämmande för konkurrensen. Det tycks räcka att beteendet har en

⁷⁶ Prop. 2008/09:231 s. 34.

⁷⁷ Prop. 2008/09:231 s. 57.

⁷⁸ Ibid s. 57.

begränsande effekt på konkurrensen. I rekvisiten ingår att beteendet håller tillbaka, dvs. hejdar eller dämpar konkurrensen.⁷⁹

Enskilda beteenden kan inte generellt stämplas som olämpliga. Ett beteende som är skadligt för konkurrensen i en kommun kan, på grund av att olika förutsättningar råder, vara befogat i en annan kommun. Det är alltså effekterna i det specifika fallet som är avgörande. Prövningen ska ha sin utgångspunkt i beteendets långsiktiga verkningar på förutsättningarna för en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden.⁸⁰

Vidare anförs i propositionen att de konkurrensförsvagande effekterna för att anses vara snedvridande eller hämmande måste vara av ”någon betydelse”. Detta är ett kriterium som visat sig bli viktigt i praxis.⁸¹ Lagstiftaren är dock tydlig med att detta inte innebär att det bör föreligga något märkbarhetskriterium.⁸² Detta kan tyckas motsägelsefullt. Om de konkurrensförsvagande beteendena måste ha en viss kraft för att kunna förbjudas, borde det väl rimligen också finnas ett inneboende krav på att de faktiskt ska märkas? Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms Universitet föreslog i sitt remissutlåtande under lagstiftningsprocessen att ett märkbarhetskriterium borde införas för att förtydliga betydelsen av att effekterna måste vara av någon betydelse.⁸³ Regeringens motargument bestod i att ett märkbarhetskriterium skulle göra det svårt att ”*fullt ut ta i beaktande den grundläggande skillnaden mellan offentliga och privata aktörer.*”⁸⁴ Den grundläggande skillnad man åsyftar är sannolikt den som innebär att offentliga aktörer som stat, kommun eller landsting till skillnad från privata inte riskerar att gå i konkurs. Offentliga och privata aktörer har därför i grunden olika villkor, och i propositionen menar

⁷⁹ Ibid s. 57.

⁸⁰ Ibid s. 36.

⁸¹ Se bl.a. avsnitt 5.6 KKV mot Borås kommun nedan.

⁸² Prop 2008/09:231 s. 37.

⁸³ Ibid s. 32.

⁸⁴ Ibid s. 37.

lagstiftaren att en offentlig aktörs blotta närvaro på marknaden därför kan orsaka störningar på densamma.

Min egen reflektion är att ett märkbarhetskriterium dessutom svårligen hade kunnat samspela med lagstiftarens vilja att också förbjuda beteenden som endast är *ägnade* att snedvrída/hämma konkurrensen. Med ägnade-rekvisitet åsyftas att beteenden kan förbjudas redan om de anses innebära en fara för att konkurrensen snedvríds eller hämmas.⁸⁵ Om beteendet endast är *ägnat* att snedvrída eller hämma konkurrensen, så föreligger ju inte någon märkbarhet. Effekten ligger då än så länge endast i farans riktning och skulle därför inte kunna nå upp till något märkbarhetskriterium. Här bör påpekas att avsaknaden av ett märkbarhetskriterium inte nödvändigtvis är motstridigt med kravet på att effekterna ”bör vara av någon betydelse”. Beteendena behöver helt enkelt, för att kunna förbjudas, komma med en fara för konkurrensbegränsande effekter som, om de infinner sig, är av någon betydelse. Frågan domstolen slutligen behöver avgöra är om beteendet har effekten att konkurrenstrycket på marknaden på lång sikt, ökar eller är ägnat att öka, eller om det minskar, eller är ägnat att minska genom det aktuella beteendet.⁸⁶ Och huruvida förändringen är av någon betydelse.

4.2.2 Förfarande eller säljverksamhet

Konfliktlösningsregeln är uppdelad i att ta sikte på *förfaranden* inom en säljverksamhet respektive ”*viss säljverksamhet*”. Huruvida det aktuella beteendet är att betrakta som ett förfarande eller en verksamhet blir därför det som avgör om paragrafens första eller tredje stycke ska tillämpas. Någon bestämd definition på vad som bör klassas som ett förfarande respektive verksamhet ges inte i förarbetena. Hedelin menar att ”*Ett förbud mot en verksamhet tar sikte på att en verksamhet bedrivs medan däremot ett förbud mot ett förfarande tar sikte på hur samma verksamhet bedrivs.*”⁸⁷

⁸⁵ Ibid s. 57–58.

⁸⁶ Prop. 2008/09:231, s. 36 f. Formuleringen används också i MD 2015:12 p. 60 samt MD 2016:3 p. 64.

⁸⁷ Hedelin s. 103.

4.2.2.1 Förfarandeförbud

Gällande förbud mot förfaranden omfattas sådana förfaranden som utförs både i statens, kommunernas och landstingens säljverksamheter. För att förbjudas ska förfarandet snedvrída eller hämma konkurrensen på den aktuella marknaden, samt inte vara försvarbart från allmän synpunkt. Ett förfarandeförbud syftar till att hindra det allmänna från att inom en i övrigt kompetenslig verksamhet använda beteenden som verkar konkurrensbegränsande. De två typer av förfaranden som KKV angripit har varit när ett kommunalförbund nekat privat aktör att hyra viss infrastruktur (ett övningsfält) samt när kommun uppställt krav på anslutning till kommunalt fjärrvärmenät vid försäljning av villatomter.⁸⁸

En viktig skillnad mellan förfarandeförbud och verksamhetsförbud är att ett förfarande inte behöver vara oförenligt med lag för att kunna förbjudas. Således kan ett förfarande förbjudas även om kommunen tillämpar det inom ramen för en verksamhet som ligger inom den kommunala kompetensen. Det avgörande är hur förfarandet påverkar konkurrensen och om det kan anses försvarbart ur allmän synpunkt. Strider förfarandet mot lag, annan författning eller bindande direktiv som bolagsordning eller ägardirektiv kan det inte anses försvarbart.⁸⁹ Om förfarandet motsatsvis är en direkt effekt eller ofrånkomlig följd av lag ska det istället anses försvarbart och konfliktlösningsregeln blir då inte tillämplig.⁹⁰ Ett exempel torde vara då en kommun på öppen marknad tillhandahåller en tjänst och tillämpar självkostnadsprincipen⁹¹. Ur ett konkurrensperspektiv kan det innebära otillåten underprissättning. Det skulle i sig kunna vara ett förfarande som snedvrider eller hämmar konkurrensen. Men då underprissättningen är en direkt följd av att kommunen måste förhålla sig till självkostnadsprincipen är det allmänt

⁸⁸ Se vidare under 5.2 KKV mot Räddningstjänsten Dala-Mitt respektive 5.7 KKV mot Växjö Kommun.

⁸⁹ Prop. 2008/09:231 s. 37.

⁹⁰ Ibid s. 37–38.

⁹¹ Angående självkostnadsprincipen avsnitt 2.1 ovan jmf. 2:6 KomL.

försvarbart och kan inte angripas med konfliktlösningsregeln, så länge tjänsten som erbjuds ligger inom den kommunala kompetensen.

Vidare kan förfarandets motiv och möjligheterna att tillgodose det allmänna intresset på andra sätt påverka försvarbarheten. Om motiven är externa, d.v.s. avsikten är att tillgodose allmänhetens behov snarare än den offentlige aktörens egna interna behov, kan motiven bidra till förfarandets försvarbarhet.⁹² I en försvarslighetsbedömning bör också beaktas om det utpekade allmänna intresset kan tillgodoses på något annat sätt än genom det konkurrensbegränsande beteendet. Finns andra alternativ faller försvarbarheten och förfarandet kan förbjudas. Hela prövningen karaktäriseras också av en proportionalitetsprincip, ju större hämmande eller snedvridande effekt förfarandet har på konkurrensen, desto starkare måste också de allmännyttiga motiven vara för att skapa försvarbarhet.⁹³

4.2.2.2 Verksamhetsförbud

Ett verksamhetsförbud tar, som tidigare nämnts sikte på *att* en offentlig aktör säljer något snarare än *hur* detta går till. Det är bara kommunernas och landstingens verksamheter som kan åläggas verksamhetsförbud, statliga verksamheter är alltså undantagna.⁹⁴

⁹² Prop. 2008/09:231 s. 38.

⁹³ Prop. 2008/09:231 s. 38.

⁹⁴ Undantaget motiveras i propositionen framför allt med att det i Förvaltningskommitténs utredning SOU 2008:118 *Styra och ställa – förslag till en effektivare statsförvaltning* lagts fram förslag att i lag införa en huvudregel om att statliga myndigheter inte skulle bedriva säljverksamhet på konkurrensutsatta marknader, och att det vid KOS-förarbetenas tillkomst samtidigt pågick en beredning av detta förslag, se prop. 2008/09:231 s.35. Såhär nästan 10 år senare kan vi konstatera att det förslaget aldrig blev verklighet. Regeringen uttalade dock i sin förvaltningspolitiska proposition 2010 att myndigheters säljverksamhet borde minska men att man avsåg hantera det på andra sätt än genom lagstiftning, se prop. 2009/10:175 s. 61–64. Enligt Statskontoret finns dock inget som tyder på att statliga myndigheters säljverksamhet skulle ha minskat från de tidigare nivåerna kring 25–30 miljarder som konstaterats år 2006, se Statskontorets rapport *Myndigheters säljverksamhet*, s. 11.

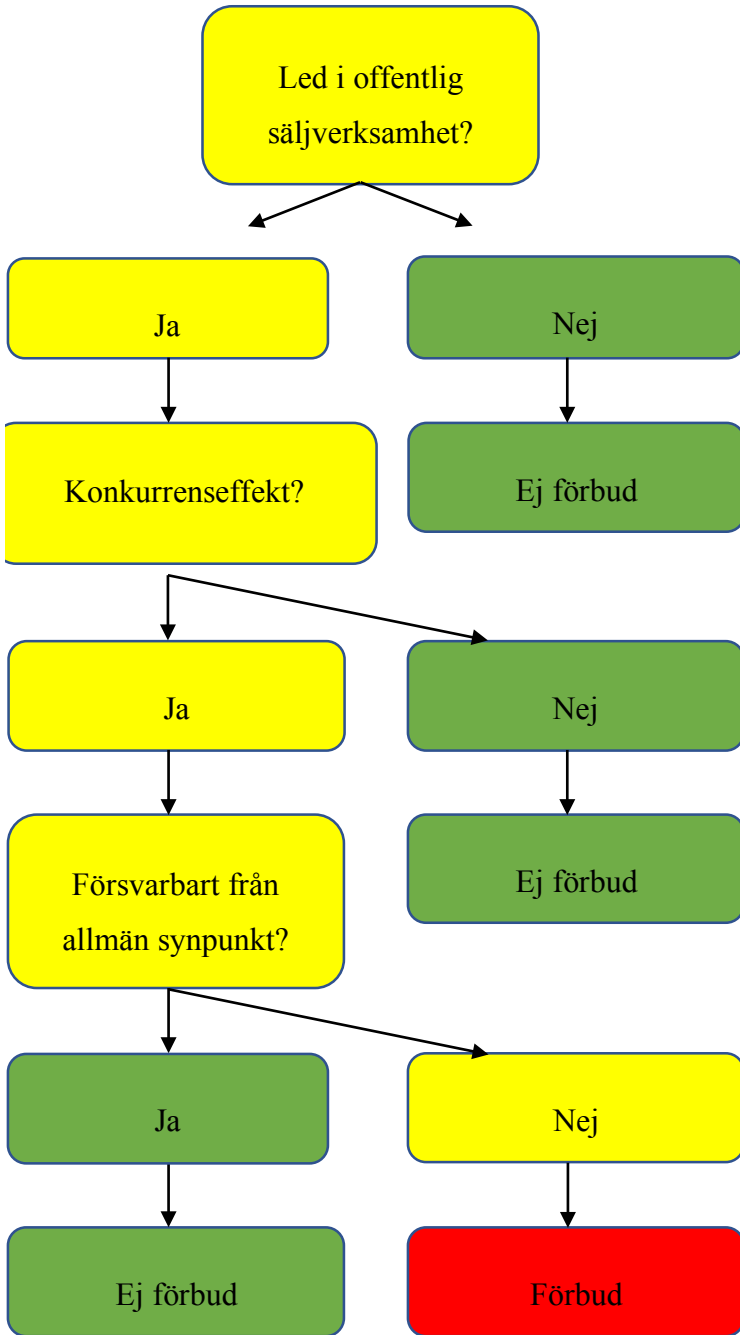
Utöver de gemensamma rekvisiten i konfliktlösningsregeln gäller för verksamhetsförbud också att verksamheten kan förbjudas endast om den inte är förenlig med lag.⁹⁵ Om verksamheten rymms inom den kommunala kompetensen kan den således inte förbjudas. Till skillnad från frågan om förfarandeförbud ska det alltså inte göras någon prövning av försvarbarhet från allmän synpunkt. Istället måste domstolen alltid pröva verksamhetens kompetenslighet.

Konfliktlösningsregelns uppdelning i förfarandeförbud respektive verksamhetsförbud ger målen något olika karaktär och processföring. När man läser lagtexten rakt upp och ner framstår regeln framför allt som en förbudsregel mot konkurrenshämmande beteenden vars tillämpning begränsas av undantagen för kompetensliga verksamheter och allmänt försvarbara förfaranden. För de flesta framstår det kanske därför som mest naturligt att först pröva frågan om effekterna på konkurrensen för att sedan pröva om beteendena omfattas av något av undantagen. I rättstillämpningen har den ordningen dock varierat något, med övervikt till att domstolen först prövat om verksamheten är kompetenslig och därefter effekterna på konkurrensen. Nedan följer en sammanfattande struktur för konfliktlösningsregelns funktioner. I vilken ordning prövningen sker är dock upp till domstolen själv att avgöra.⁹⁶

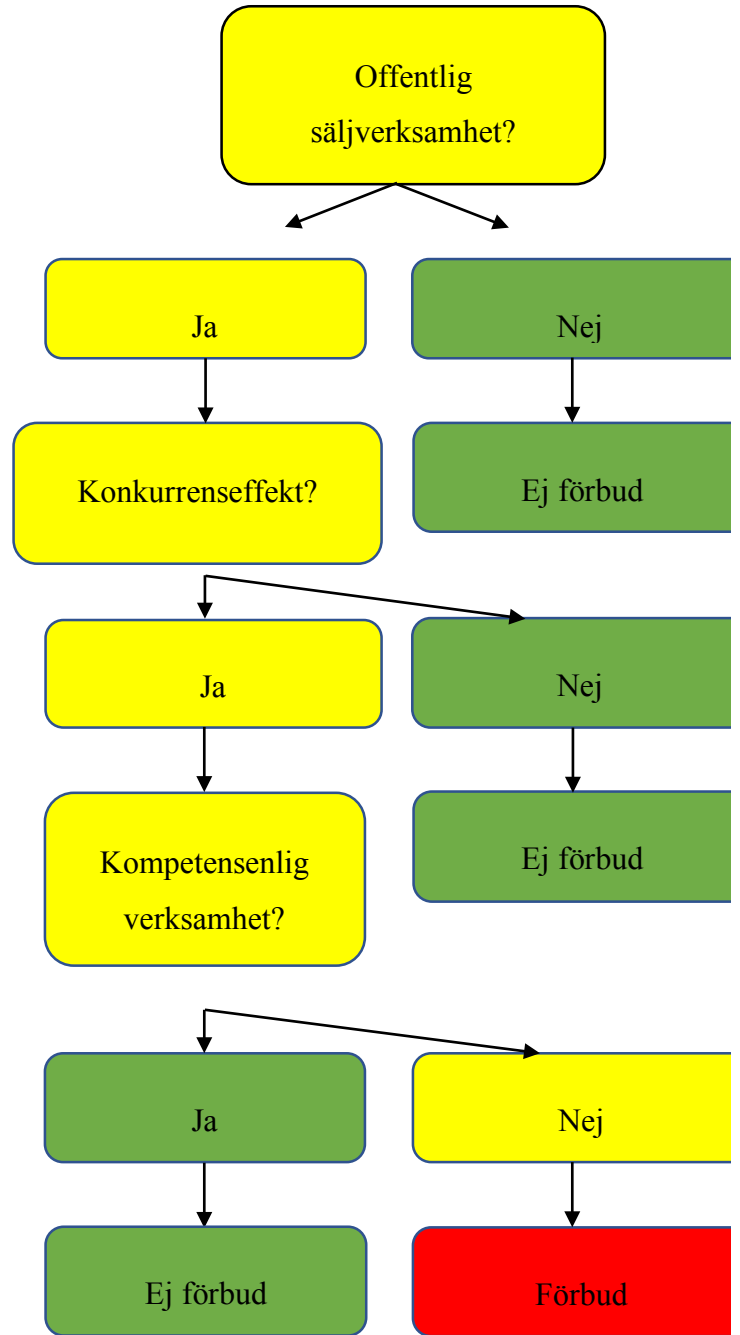
⁹⁵ KL 3:27 3 st.

⁹⁶ I MD 2015:17 invände käranden, ATV Media, mot att tingsrätten i sin prövning först prövade konkurrensfrågan. Eftersom någon konkurrenspåverkan inte ansågs visad gick domstolen inte vidare med att pröva verksamhetens kompetenslighet. MD konstaterade dock att det står domstolen fritt att pröva svarandens invändningar i den ordning domstolen finner lämplig. Samma förfarande tillämpades även i målet mot Växjö kommun, T 9248–13.

Förfarandeförbud?



Verksamhetsförbud?



5. Konfliktlösningsregelns tillämpning

5.1 Inledning

I skrivande stund har konfliktlösningsregeln tillämpats i sex olika mål. Fyra av dessa har slutligt avgjorts i Marknadsdomstolen (MD) och i två fall har tingsrättens dom inte överklagats.⁹⁷ Även om tingsrättens domar inte kan ges samma materiella betydelse de lege lata som MD:s dito, finns det dock med hänsyn till uppsatsens syfte goda anledningar att inkludera också tingsrättens avgöranden i min rättsfallsanalys.

5.2 Konkurrensverket mot Skelleftebuss AB, T 8160–11

Det först avgjorda mål där KOS-reglerna tillämpats gällde en talan om verksamhetsförbud som KKV riktade mot det kommunala bolaget Skelleftebuss AB. Målet avgjordes i juli 2013. På uppdrag av Skellefteå kommun bedrev bolaget tidtabellsbunden kollektivtrafik i form av stadstrafik, skolskjuts, färdtjänst och viss beställningstrafik samt, på uppdrag av Länstrafiken, regiontrafik i norra Västerbottenregionen. Bolagets omsättning år 2012 uppgick till 152 miljoner kr. Med sina 126 fordon och 180 anställda var de vid tillfället för prövningen ett av de största bussbolagen i norra Sverige. KKV:s förbudstalan var dock endast riktad mot att Skelleftebuss sedan 1974, vid sidan av kollektivtrafiken, bedrev beställningstrafik som riktade sig till andra aktörer än Skellefteå kommun. Beställningstrafiken till externa omsatte ca 6,2 miljoner kr årligen och utfördes till 80 procent med idrottsföreningar som beställare, respektive 20 procent till privata företag. Man utförde helt enkelt beställningsresor med turistbussar efter kunders specifika önskemål.

⁹⁷ I ytterligare ett fall återkallade KKV sin talan sedan den svarande, Mälarenergi Stadsnät AB, efter muntlig förberedelse ändrat sina ägarförhållanden på sådant sätt att KKV ansåg att det inte längre fanns anledning att angripa verksamheten. Eftersom Mälarenergi AB yrkade ersättning för uppkomna rättegångskostnader gjorde tingsrätten en prognostisk bedömning av målet på de inkomna handlingarna där man bedömde att om KKV vidhållit sin talan denna hade bifallits, vilket ledde till att Mälarenergi AB fick stå för KKV:s upplupna rättegångskostnader. Mål nr. T 9290–11.

Parterna var överens om att de grundläggande rekvisiten, för att en prövning enligt KL 3:27 skulle bli aktuell, var uppfyllda. Det vill säga att Skelleftebuss var en offentlig aktör, eftersom Skellefteå kommun genom ägarskap hade ett dominerande inflytande, samt att beställningstrafiken var av ekonomisk eller kommersiell natur. Parterna var också eniga om att den relevanta marknaden på vilken konkurrensstörningen skulle prövas utgjordes av beställningstrafik med buss inom ett område som i stort sett motsvarades av Skellefteå kommun. Av denna marknad hade Skelleftebuss ca 50 procent av marknadsandelarna.

Var verksamheten kompetenslig?

Tingsrätten inledde med att pröva verksamhetens kompetenslighet. Domstolen konstaterade att befogenhetslagen bemyndigar kommunala bolag att bedriva lokal och regional linjetrafik. För att klassas som linjetrafik ska trafiken vara tidtabellsbunden och ersättningen bestämmas särskilt för varje passagerare.⁹⁸ Den beställningstrafik som förbudstalan tog sikte på var dock inte av det slaget. Någon kommunal kompetens att bedriva beställningstrafik åt annan beställare än kommunen själv kunde därför inte härledas ur befogenhetslagen eller annan speciallagstiftning. Domstolen gick därför vidare med att pröva verksamhetens kompetenslighet utifrån de allmänna kompetensreglerna i 2 kap. KomL.

I frågan om huruvida verksamheten skulle anses vara sedvanlig kommunal affärsverksamhet (och därmed vara tillåten) eller tillhöra det egentliga näringslivets område, tog domstolen fasta på en av KKV presenterad uppgift om att det i Sverige endast förekom två kommunala bussbolag som bedrev beställningstrafik. Utöver Skelleftebuss fanns ett kommunalt bussbolag i Uddevalla som i mycket liten utsträckning också bedrev beställningstrafik. Denna uppgift talade starkt mot att verksamheten skulle anses vara sedvanlig. Skelleftebuss menade att verksamheten var kompetenslig eftersom den framför allt riktade sig till idrottsföreningar. Bussverksamheten skulle då vara kompetenslig eftersom den tillgodosåg förenings- och idrottslivets intressen av transport. Domstolen lade dock ingen vikt vid det påståendet, eftersom bussverksamheten som

⁹⁸ Befogenhetslagen 3:3 2 st. respektive yrkestrafiklagen (2012:210) 1:5 1 st.

riktade sig till föreningar inte på något sätt var subventionerad.⁹⁹ Skelleftebuss använde nämligen en vinstmarginal på tio procent oavsett om beställaren var en förening eller ett privat företag. Således fanns ingen grund för att påstå att beställningstrafiken var en allmännyttig tjänst till föreningslivet. Vidare framkom av vittnen att det fanns privata aktörer på marknaden som hade förmågan och viljan att utföra beställningstrafiken både till idrottsföreningar och företag. Tingsrätten konstaterade därför att det i det här fallet inte fanns något utrymme för beställningstrafik inom de kommunala befogenheterna, varken till föreningar eller företag.

Skelleftebuss anförde vidare att verksamheten skulle vara kompetenslig genom anknytningskompetens och överskotts-kompetens.¹⁰⁰ Domstolen gav dock inte gehör för något av dessa. Det fanns inte, menade KKV och domstolen, något nära och naturligt samband mellan beställningstrafiken och den kollektivtrafik i form av stads- och linjetrafik som bolaget bedrev i övrigt. Beställningstrafiken bidrog inte med något till den övriga verksamheten mer än möjligen vinst. Någon anknytningskompetens kunde därför inte anses föreligga. Gällande överskotts-kompetens gäller ju att sådan måste vara av ”begränsad omfattning” och ett resultat av endast tillfällig överproduktion. Eftersom beställningstrafiken bedrivits sedan 1974 var den knappast tillfällig och eftersom den kontinuerligt utgjort ca 5 procent av bolagets totala omsättning ansågs den inte heller vara av begränsad omfattning.

Slutsatsen blev att eftersom verksamheten med beställningstrafik till andra än Skellefteå kommun inte hade stöd i speciallagstiftning, kommunallagen eller praxis, låg den utanför den kommunala kompetensen och var inte förenlig med lag.¹⁰¹

Var verksamheten ägnad att hämma eller snedvrída konkurrensen på marknaden?

Den relevanta marknaden utgjordes av beställningstrafik med buss inom ett område som i stort sett omfattade Skellefteå kommun, marknadsavgränsningen var otvístig mellan parterna.

Domstolen tog inledningsvis fasta på förarbetsuttalandena angående att en offentlig aktörs

⁹⁹ Stockholms tingsrätts dom i mål T 8160–11 s. 49.

¹⁰⁰ Se avsnitt 2.1 ovan angående överskotts- och anknytningskompetens.

¹⁰¹ T 8160–11 s. 51.

förutsättningar till riskfri näringsverksamhet gör att bolagets blotta närvaro på marknaden är ägnad att medföra marknadsstörningar. Detta konkretiserades genom att domstolen pekade på de stora förluster bolaget gjort under 00-talet som täckts upp av koncernbidrag på sammanlagt 57,7 miljoner. Domstolen menade också att den säkerhet bolaget hade genom kontokredit hos kommunens internbank innebar att bolaget fick tillgång till medel utan kreditprövning, vilket ett privat bolag inte skulle kunna få.

Vidare gjordes en jämförelse med motsvarande marknader i ett par andra jämförbara städer vilket visade att Skelleftebuss marknadsposition framstod som mycket stark. Flera vittnesutlåtanden pekade också på att det fanns intresse från privata aktörer att i större utsträckning etablera sig på den aktuella marknaden. Sammantaget menade tingsrätten att det var visat att Skelleftebuss som offentlig aktör hade ekonomiska fördelar jämfört med privata aktörer och att detta i kombination med deras starka ställning på marknaden hämmade förekomsten eller utvecklingen av effektiv konkurrens. Eftersom verksamheten dessutom inte kunde anses vara förenlig med lag skulle den förbjudas, vid vite av en miljon kr.¹⁰² Förbudet skulle börja gälla sex månader efter att förbudsfrågan vunnit laga kraft. Domen överklagades inte.

Analys av målet

Målet framstår som ett tämligen klart fall. KKV:s argumentation är övertygande och domstolen tycks genomgående ha gått på deras linje. Eftersom målet är det första där KOS-reglerna kom att tillämpas kan man tänka sig att det var ett fall som KKV haft ögonen på en tid men kunnat ingripa mot först med hjälp av KOS-reglerna. Det är förstås rena spekulationer, men målet får närmast sägas vara ett typfall för en sådan situation som reglerna syftar till att ingripa mot. en kommunal aktör med majoriteten av en icke kompetensenlig marknad samt flera vittnen som kunde styrka undanträngningseffekter. Kanske var det därför inte en slump att det var det första mål som KKV tog till domstol.

Med facit i hand är det lätt att ställa sig frågande till varför Skelleftebuss över huvud taget valde att ta målet till domstol under de rådande förutsättningarna. Eftersom konfliktlösningsregeln är

¹⁰² T 8160–11 s. 56.

framåtriktad så finns ju alltid möjligheten för en offentlig aktör att upphöra med det konkurrensbegränsande beteendet på KKV:s uppmaning, innan det hela blir en förbudstalan i tingsrätt. Eftersom det är fråga om ett avgörande i första instans kan domen inte ges något vidare prejudikatvärde. Min uppfattning är dock att domen är ett bra exempel för hur KKV sannolikt önskar att ett förbudsmål med KOS-reglerna ska gå till och målet är också en pedagogisk introduktion till konfliktlösningsregeln. Målet framstår närmast som den målbild som projicerats inför och under lagstiftningsarbetet. Det får sägas att KKV genom domen fick en bra start på resan med KOS-reglerna.

5.3 Konkurrensverket mot Räddningstjänsten dala mitt, MD 2014:1

Myndigheten för samhällsskydd och beredskap (MSB) upphandlar årligen på flera platser runt om i landet en praktisk yrkesutbildning för bl.a. deltidsbrandmän kallad Räddningsinsats. Stanley Security avsåg att lämna anbud som anordnare av utbildningen i regionerna Västmanlands län, Dalarnas Län och Uppsala län. I samband med detta äskade man hos kommunalförbundet Räddningstjänsten Dala Mitt (RDM) om att få hyra övningsfältet Bysjön i Borlänge. Övningsfältet ägdes av Borlänge kommun men arrenderades av RDM. Övningsfältet ansågs vara det bästa i regionen eftersom det hade välutvecklad infrastruktur och ”en fantastisk gasolanläggning för träning av strålförarteknik”.¹⁰³ RDM ville emellertid inte upplåta övningsfältet.

Vid tre tidigare upphandlingstillfällen hade en annan privat aktör, Brandskyddsföreningen, lämnat anbud i MSB:s upphandlingar genom att nyttja RDM som underentreprenör på så sätt att RDM höll utbildningen på Bysjön på uppdrag av Brandskyddsföreningen. RDM erbjöd detta upplägg även till Stanley Security. Att nyttja RDM som underentreprenör framstod dock vara ett par hundra tusen kronor dyrare jämfört med om Stanley Security själva skulle få tillträde till delar av övningsfältet och kunna anordna utbildningen i egen regi. Efter att RDM vid fem tillfällen vägrat upplåta övningsfältet till Stanley Security valde KKV (efter en anmälan från Företagarna i

¹⁰³ Stockholms tingsrätts dom i mål T 7924–11 s. 59.

Dalarna) att föra talan om förfarandeförbud enligt konfliktlösningsregeln. Det som skulle prövas var om RDM:s agerande att neka upplåtelse till övningsfältet var att betrakta som ett sådant, inte allmänt försvarbart, förfarande som var ägnat att hämma eller snedvrida konkurrensen på marknaden enligt KL 3:27 1 st.

I första instans lämnades KKV:s käromål utan bifall. På det stora hela gick tingsrätten på KKV:s linje. Men domstolen ansåg det inte visat att nekandet till upplåtelse hade föranlett konkurrenshämmande effekter av någon betydelse. Framför allt på grund av att det fanns andra övningsfält att tillgå som kunde nyttjas i upphandlingarna, om än med vissa anpassningar av infrastrukturen på övningsfälten.

MD gjorde i stort sett samma eller liknande bedömningar som tingsrätten förutom på den springande punkten om de konkurrenshämmande effekternas storlek.¹⁰⁴ Den relevanta produktmarknaden ansågs av såväl tingsrätten som MD utgöras av den specifika upphandlingen av utbildningen Räddningsinsats. Den relevanta geografiska marknaden var svårare att bestämma men MD fann att också den måste vara upphandlingsspecifik. Det vill säga att marknaden skulle bestämmas utifrån kravspecifikationerna i respektive upphandling, eftersom MSB i sin kravspecifikation till varje upphandling angav en ort eller ett område där utbildningen skulle anordnas. Detta gjorde att marknadernas omfattning kunde bedömas olika vid respektive upphandlingstillfälle.¹⁰⁵

Eftersom målet gällde ett förfarandeförbud, och inte ett verksamhetsförbud, behövde domstolen inte ta ställning till huruvida verksamheten var kompetensenlig eller inte. Ett förfarande kan ju förbjudas även om det ingår i en i övrigt kompetensenlig verksamhet. Men kunde förfarandet verkligen anses ingå i en säljverksamhet? Att förbjuda kommunalförbundet att neka upplåtelse av övningsfältet skulle väl istället närmast innebära att man tvingade dem in i en säljverksamhet? Tingsrätten menade att eftersom RDM tidigare upplåtit övningsfältet till andra aktörer, dock inte på den för målet relevanta produktmarknaden, kunde förfarandet sägas utgöra ett led i en

¹⁰⁴ MD 2014:1 p. 91.

¹⁰⁵ Ibid p. 93–96.

säljverksamhet och därmed göra konfliktlösningsregeln tillämplig. MD instämde i tingsrättens bedömning i dessa delar.

Marknadsdomstolen fann att de två första tillfällena då RDM vägrat tillträde till övningsfältet inte kunde ligga till grund för förbudsprövningen. Det första beslutet meddelade RDM år 2009, d.v.s. innan konfliktlösningsregeln infördes, och i det andra fallet tycktes det finnas annat likvärdigt övningsfält att nyttja inom den geografiska marknaden. Men i de övriga tre fallen menade MD att RDM:s agerande var ett sådant förfarande som åtminstone var *ägnat* att snedvrída eller hämma konkurrensen, samt att förfarandet varit av betydelse för konkurrenstrycket. Även i dessa fall fanns andra övningsfält att tillgå i regionen, men dessa ansågs inte lika väl lämpade för utbildningen. Om Stanley Security, eller annan anbudsgivare, skulle tvingas använda något av de övriga, mindre utvecklade, övningsfälten skulle det medföra kostnader som skulle göra det svårare att vinna en upphandling jämfört med om man haft tillgång till Bysjön. Häre låg alltså den konkurrenshämmande effekten. Att neka upplåtelse till en aktör som uppger att de önskar tillgång till viss infrastruktur (i detta fallet övningsfält) är i sig inte tillräckligt för att konfliktlösningsregeln ska bli tillämplig, menade MD. Men om möjligheterna att vinna en upphandling försvåras av att aktören inte får tillgång till anläggningen kan nekandet alltså utgöra ett konkurrenshämmande förfarande som kan förbjudas genom konfliktlösningsregeln.¹⁰⁶

Angående förfarandets försvarbarhet från allmän synpunkt anförde RDM i princip bara sådana motiv som i konfliktlösningsregelns proposition benämns som interna och därmed inte ska beaktas.¹⁰⁷ MD menade dessutom att upplåtelsen av övningsfältet inte nödvändigtvis inkräktade på RDM:s interna verksamhet, förutsatt att upplåtelsen planerades i god tid. Förfarandet kunde därför inte anses vara försvarbart från allmän synpunkt.¹⁰⁸

¹⁰⁶ MD 2014:1 p. 113–115.

¹⁰⁷ Angående interna och externa motiv, se avsnitt 3.3.2.2 ovan samt prop. 2008/09:231 s. 38.

¹⁰⁸ MD 2014:1 p. 116–117.

RDM anförde vidare att övningsfältet borde omfattas av egendomsskyddet i 2:15 RF och att ett förfarandeförbud likt det förevarande skulle utgöra en inskränkning av egendomsskyddet. Även här instämde dock MD i tingsrättens bedömning att konkurrensintressena i målet var sådana angelägna allmänna intressen som enligt paragrafens första stycke kan medge en sådan inskränkning. Vid en proportionalitetsbedömning fann domstolen att det inte vore särskilt betungande för RDM att upplåta fältet till Stanley Security och att en inskränkning av egendomsskyddet därför var skälig.

Analys av målet

Målet är hittills det enda där MD prövat ett påstått konkurrenshämmande förfarande. Det är också det enda mål där MD gått på KKV:s linje och meddelat ett förbud med tillämpning av konfliktlösningsregeln.¹⁰⁹ Förfarandet ansågs utgöra ett inträdeshinder. Genom avgörandet slår domstolen fast att om en offentlig aktör genom att neka tillträde till viss infrastruktur framkallar fördyrande svårigheter för andra aktörer att delta i och vinna upphandlingar, kan ett sådant förfarande förbjudas. Åtminstone om den offentlige aktören medgett upplåtelse i andra fall. RDM hade tidigare medgett upplåtelse till privata aktörer som bl.a. Dala försäkringsbolag, Stora Enso och även Stanley Security för anordnande av en gymnasieutbildning. Det gjorde att verksamheten kvalificerades som säljverksamhet. Notera dock att det inte uppställts något krav på att den privata aktören ska ha missgynnats i direkt förhållande till andra som deltagit i de aktuella upphandlingarna. Det var i målet inte fråga om att RDM skulle ha medgett upplåtelse till andra säkerhetsbolag som haft för avsikt att delta i MSB:s upphandlingar, eller att RDM själva avsett lämna anbud i upphandlingarna.¹¹⁰ Tingsrättens formulering under rubriken ”Bedriver RDM säljverksamhet?” får närmast tolkas som att det faktum att RDM själva tidigare agerat underentreprenör åt en anbudsgivare inte på egen hand medförde att nekandet till upplåtelse

¹⁰⁹ Skelleftebussmålet överklagades ju aldrig.

¹¹⁰ RDM hade dock tidigare indirekt deltagit i upphandlingar av kursen Räddningsinsats genom att agera underentreprenör åt Brandskyddsföreningen där RDM utförde de praktiska delarna av utbildningen, på just Bysjöns övningsfält. Detta upplägg hade man erbjudit också Stanley Security, men KKV menade att detta inte var samma sak som att faktiskt upplåta övningsfältet till Stanley Security att fritt anordna utbildningen på egen hand.

skulle vara ett led i en säljverksamhet, vilket MD alltså instämde i.¹¹¹ Min tolkning är att RDM:s beteende att erbjuda sina tjänster som utbildningsanordnare skulle kunna utgöra en egen typ av säljverksamhet, som inte var uppe till prövning i målet.

Den konkurrenspåverkan domen tar sikte på får sägas vara ett försvagande av ett allmänt konkurrenstryck som gör att Stanley Security specifikt, och i förlängningen branschen i allmänhet, tvingas lämna högre anbud än om de haft tillgång till övningsfältet. Här åläggs alltså det allmänna en kontraheringsplikt med privata aktörer avseende strategiskt viktig infrastruktur i syfte att främja konkurrenstrycket, förutsatt att infrastrukturen i fråga tidigare varit föremål för upplåtelse. Det är värt att påminna om att den tillämpade regeln om förfarandeförbud även omfattar statliga verksamheter.¹¹² Jag ställer mig frågande till om en sådan princip i förlängningen verkligen är positiv för konkurrenstrycket. Den uppställda kontraheringsplikten ställer ju det allmänna inför två val: medge upplåtelse till så gott som alla, eller ingen alls. Så länge man är konsekvent med att inte hyra ut faciliteterna kan ju verksamheten svårligen klassas som säljverksamhet. Ett förfarande där en offentlig aktör väljer att inte upplåta infrastrukturen till någon annan, skulle därmed vara godtagbart ur konkurrenshänseende, men har ju rimligen samma hämmande effekt på konkurrenstrycket då de privata aktörerna fortfarande har samma begränsade möjlighet till effektiva upphandlingsanbud. För en utvecklad analys av regleringens ändamålsenlighet i denna del se analysavsnittet 6.2 nedan.

Hur stor den fördyrande effekten behöver vara för att åtminstone vara ägnad att hämma konkurrensen får anses vara något oklart. MD menade att det i målet var visat att ett nyttjande av ett annat näraliggande övningsfält i Västerås skulle innebära en extra kostnad av åtminstone 80 000 kr men att det uppenbarligen måste kostat något mer än så. Samtidigt konstaterade man att det inte var visat att merkostnaderna skulle vara så höga som 150 000–200 000 kr, ett påstående som två personer vittnat om.¹¹³ Då de vinnande anbuden i upphandlingarna legat kring 2 000 000

¹¹¹ Stockholms tingsrätts dom i mål T 7924–11 s. 44 respektive MD 2014:1 punkt 91.

¹¹² KL 3:27 1 st.

¹¹³ MD 2014:1 p. 110.

kr kan vi konstatera att MD ansett att en påverkan av anbuds nivåerna på omkring 5% har varit tillräcklig för att förfarandet ska anses vara ägnat att hämma konkurrensen.

5.4 Konkurrensverket mot AB Strömstads Badanstalt, MD 2015:12.

AB Strömstads badanstalt (Badanstalten) ägs helt av Strömstads kommun. Badanstalten huserade en friskvårdsanläggning innehållandes bl.a. simbassäng (25x8m), gym med gruppträningslokal där pass arrangeras ca fem gånger per dag, ett tjugotal spinningcyklar, styrketrännings- och konditionsmaskiner och ett par solarier. Utöver detta bedrev Badanstalten också så kallat dagspa i form av försäljning av behandlingar i fem olika behandlingsrum, ett relaxrum, bastu och jacuzzi. Badanstalten hade tolv fast anställd, ett tjugotal timanställda och omsättningen uppgick år 2010 till 10,8 miljoner kr.

Var verksamheten kompetenslig?

KKV yrkade att gym- och spaverksamheterna skulle förbjudas, d.v.s. den verksamhet som inte hade med simbassängen att göra. Att verksamheterna utgjorde offentlig säljverksamhet samt att den del av badanstaltens verksamhet som var direkt hänförlig till simbassängen låg inom den kommunala kompetensen var otvistigt i målet. KKV menade att Badanstalten genom kommunala bidrag, samlokalisering med simanläggningen och en hyresrabatt åtnjöt en så stark ställning på marknaden att verksamheterna var ägnade att hämma eller snedvrída konkurrensen.

Badanstalten hävdade att all verksamhet som bedrevs var kompetenslig i första hand för att de innebar ett främjande av folkhälsan och den allmänna välfärden i Strömstads kommun. I andra hand genom att gym- och spaverksamheterna åtnjöt anslutningskompetens eftersom de hade ett nära och naturligt samband till simanläggningen, som ju var kompetenslig. Och i tredje hand att Badanstalten var en sådan tillåten turistanläggning som åsyftas i 4:1 befogenhetslagen.

MD instämde i tingsrättens bedömning; gym- och spaverksamheterna rymdes varken inom kompetensen från KomL, speciallagstiftning eller anknytningskompetens.¹¹⁴ MD menade dock

¹¹⁴ MD 2015:12 p. 64.

att det var möjligt att viss enklare gym- och spaverksamhet (såsom viss styrketränningsutrustning och muskelavslappande massage) kunde anses ha anknytningskompetens förutsatt att den utförs *i begränsad omfattning*. Men i Badanstaltens verksamhet utgjorde sim-, gym- respektive spaverksamheterna tre ungefär lika stora delar, således kunde någon anknytningskompetens inte anses föreligga i det här fallet.¹¹⁵

Var verksamheten ägnad att hämma eller snedvrída konkurrensen på marknaden?

Gällande *gymverksamhetens* marknad fastställde MD vad tingsrätten uttalat; den relevanta marknaden var gymtjänster inom Strömstads kommun.¹¹⁶ Till skillnad från tingsrätten ansåg MD att det inte var klarlagt vilken nytta gym- och spaverksamheterna faktiskt haft av att vara samlokaliserade med simanläggningen med tillhörande omklädningsrum och duschar m.m. MD menade också att eftersom gymverksamheten inte erhållit några kommunala bidrag efter 2010 samt haft en marknadsmässig hyra som vid tidpunkten för talan var högre än den störste konkurrentens (Westcoast Fitness Center) hyra, det kunde ifrågasättas hur stor nytta Badanstalten egentligen hade av att vara en offentlig aktör. Att Badanstalten tidigare erhållit bidrag och haft hyresrabatt vilket hjälpt till att bygga upp verksamheten kunde inte ligga till grund för ett förbud.¹¹⁷ MD uttalade att det faktum att en offentlig aktör är bunden av självkostnadsprincipen inte heller betyder att verksamheten ska förbjudas, det är den faktiska påverkan på konkurrensen som ska avgöra. I detta sammanhang kunde konstateras att Westcoast Fitness Center under år 2009 kunde öppna sitt gym i kommunen och under senare år förmått bli större än Badanstaltens gymverksamhet samt även lyckats överlåta sin verksamhet till en av de större gymaktörerna i Sverige (Nordic Wellness). Dessutom hade Strömstads kommun efter tingsrättens dom fått in två förfrågningar från privata aktörer om att starta gym samt en förfrågan om att starta spaanläggning med tillhörande gymverksamhet. Detta talade sammantaget emot att Badanstaltens närvaro skulle leda till undanträngningseffekter på marknaden. På det stora hela instämde MD alltså i tingsrättens bedömningar med skillnaden att det inte ansågs visat att Badanstalten dragit någon

¹¹⁵ Ibid p. 66.

¹¹⁶ Ibid p. 71.

¹¹⁷ Ibid p.72–75.

betydande nytta av att vara en offentlig aktör, utgången måste således bli att verksamheten inte skulle förbjudas.¹¹⁸

Gällande *spaverksamhetens* relevanta produktmarknad utökades denna i MD till att omfatta inte bara dagspa utan även hotellspa.¹¹⁹ Tingsrättens bedömning hade varit att den relevanta marknaden var dagspa i Strömstads och Tanums kommuner. Men i MD var det alltså verksamhetens konkurrenspåverkan på en marknad för kortare dagsvistelser såväl som för övernattande gäster som prövades. Detta trots att Badanstalten inte erbjöd någon egen logi. Badanstalten sålde dock spa-paket där vistelse på hotell i närheten ingick. MD menade att det ålåg KKV att visa att det inte fanns utbytbarhet mellan dagspa och hotellspa, eftersom det inte presenterats någon sådan utredning kunde utbytbarheten inte anses klarlagd. I och med att produktmarknaden utökades skedde också motsvarande med den geografiska marknaden. Kunder på marknaden för hotellspa fick nämligen antas vara beredda att resa längre än kunder till dagspa. Därför skulle i MD:s prövning både dagspa inom en radie av en timmes restid, samt hotellspa inom ett större område med oklar gräns ingå, vilket även inkluderade de sydligaste delarna av Norge. Den marknadsbestämningen var inget som KKV hade räknat med. MD behövde därför inte ens pröva konkurrensbegränsningen för spaverksamheten då KKV inte presenterat något underlag för en sådan prövning. Men med tanke på att tingsrätten inte ansett att det förelåg några konkurrenshämmande effekter ens på marknaden för dagspa, är det svårt att föreställa sig att MD skulle funnit någon konkurrensbegränsning när såväl produktmarknad som geografisk marknad utökats.

Analys av målet

Avgörandet innebar KKV:s första förlust i MD. Även om såväl kompetensfrågan som konkurrensfrågan var tvistiga i målet så är det tydligt att konkurrensfrågan haft en framskjuten position. Att gym- och spaverksamheterna inte rymdes inom den kommunala kompetensen var föga förvånande och jag uppfattar Badanstaltens argumentation i dessa delar som ganska svag.

¹¹⁸ Ibid, p.75.

¹¹⁹ Ibid, p. 80

De mest intressanta delarna av kompetensfrågan i målet rör specifikt gym- och spaverksamheternas eventuella anknytningskompetens i förhållande till simanläggningen. Tingsrätten tog fasta på Badanstaltens yrkande att en stor del av simanläggningens besökare behöver tillgång till träningsredskap. Med visst stöd i doktrinen fann tingsrätten att anknytningskompetens kunde föreligga, förutsatt att verksamheten var av begränsad omfattning, vilket den dock alltså inte var i det här fallet. MD höll med i tingsrättens bedömning och gick även ett steg längre och yttrade att även massage (som ju hörde till spaverksamheten) kunde erhålla anknytningskompetens från simanläggningen, men även här ansågs verksamheten i målet för omfattande.¹²⁰

Anledningen till att KKV:s talan lämnades utan bifall var som sagt att det för gymverksamheten inte kunde anses visat att den var ägnad att snedvrída eller hämma konkurrensen medan det för spaverksamheten saknades underlag för bedömning av påverkan på den relevanta marknaden. Jag finner det svårt att klandra KKV för dess processföring. Marknadsundersökningar kräver mycket arbete och verket kan inte rimligen ta höjd för alla av MD tänkbara marknadsbestämningar.

En faktor som haft inverkan på målets utgång är konfliktlösningsregelns framåtriktning¹²¹. Under processens gång höjde Badanstalten avgiften för träning i Badanstaltens gym och kommunen började tillåta kommunens personal att använda sitt friskvårdsbidrag hos andra aktörer än Badanstalten. Dessa förändringar bidrog sannolikt till att Badanstaltens fördelar som offentlig aktör inte framstod som lika stora. Det verkar istället som att vi här faktiskt haft att göra med en kommunal säljverksamhet utanför de kommunala befogenheterna men som vid tiden för och närmast före prövning haft liten påverkan på konkurrensen på den enligt domstolarna relevanta marknaden.

¹²⁰ Se MD 2015:12 p. 65. Åter väcks frågor om allmän domstols kompetens att utveckla praxis för den kommunala kompetensen. Innebär avgörandet att Marknadsdomstolen nu meddelat ny praxis för kommunal kompetens, något som tidigare varit förbehållet Högsta förvaltningsdomstolen? Vad har Marknadsdomstolens yttrande för bärighet i en förvaltningsprocess? Frågor av akademiskt intresse som jag dock finner ligga utanför ramen för denna uppsats.

¹²¹ Se avsnitt 4.1 ovan angående konfliktlösningsregelns framåtriktning.

5.5 Konkurrensverket mot Växjö kommun, T 9248–13

I det aktuella målet hade domstolen att pröva huruvida Växjö kommuns beteende att i sin försäljning av villatomter uppställa krav på köparen att ansluta sig till det kommunala fjärrvärmenätet och/eller förbjuda köparen att installera värmepump på fastigheterna var ett konkurrensbegränsande beteende och i sådant fall huruvida beteendet var försvarbart från allmän synpunkt eller inte.

Enligt KKV var kommunens beteende konkurrensbegränsande på totalt fem marknader. Den marknad som kommunen primärt agerade på i konkurrens med privata aktörer var marknaden för försäljning av tomtmark för uppförande av småhus i Växjö kommun. Men till detta menade KKV att kommunens beteende också var till skada för aktörer och konsumenter på inte mindre än fyra kopplade 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 brunnsborrning i Växjö med tio mils omnejd. KKV menade vidare att förbud skulle meddelas om beteendet fanns störa förutsättningarna för effektiv konkurrens om så bara på någon av dessa marknader. Verket yrkade att ett sådant förbud skulle förenas med ett vite på fem miljoner kronor.

Kommunen hävdade å sin sida att det inte förekom någon konkurrensbegränsning framför allt för att KKV missbedömt marknadernas storlek och kommunens andelar på dessa marknader. Dessutom, anförde kommunen, måste förfarandet anses allmänt försvarbart med hänsyn till att fjärrvärmekravet var en del i kommunens strävan att upprätta ett allmännyttigt fjärrvärmesystem som skulle ge avsevärda miljöfördelar.

Gällande den huvudsakliga marknaden, försäljning av tomtmark för uppförande av småhus i Växjö kommun, fann tingsrätten att KKV inte visat hur kommunens beteende påverkat privata aktörer och mekanismerna på marknaden. Istället hade KKV fokuserat på vilken skada som

uppkom för konsumenter på den aktuella marknaden. Enligt tingsrätten var det därför inte visat hur eller att beteendet skadade konkurrensen på marknaden.¹²²

Angående de övriga marknaderna där kommunen alltså inte själv bedrev någon verksamhet men som KKV menade var s.k. kopplade marknader som ändå påverkades av kommunens verksamhet, menade tingsrätten att konfliktlösningsregeln inte var tillämplig.¹²³ Tingsrätten resonerade att eftersom konfliktlösningsregelns syfte är att minska offentliga säljverksamheters hämmande effekt på konkurrensen innebär detta att aktörerna måste befinna sig på samma marknad för att regeln ska bli tillämplig. Trots denna slutsats valde tingsrätten ändå att bedöma vilken effekt kommunens beteende kunde anses ha på konkurrensen på de kopplade marknaderna.

Tingsrätten fann att kommunens beteende inte kunde ha någon effekt av betydelse på någon av marknaderna. Av utredningen hade framkommit att kommunen tillämpat förfarandet vid 15 tomtförsäljningar per år. Detta ställdes då mot att det på de relevanta kopplade marknaderna bl.a. årligen byggdes 8 000 nya småhus och utfördes ca 1 000 värmepumpsinstallationer i småhus. Mot denna bakgrund konstaterades därför att kommunens beteende inte var ägnat att ha någon effekt av betydelse. Tingsrätten gav inget gehör för KKV:s argument att det måste tas i beaktande att åtminstone 18 andra kommuner i södra Sverige tillämpade samma beteende som också slår mot konkurrensen. Den konkurrensbegränsande effekten kan bara bedömas i varje enskilt fall.¹²⁴

Således fann tingsrätten sammantaget att det på den huvudsakliga marknaden inte var visat att det förekom någon skada för konkurrensen och att konfliktlösningsregeln inte var tillämplig på de fyra kopplade marknaderna. Och att kommunens beteende på dessa fyra marknader ändå inte var

¹²² Stockholms tingsrätts dom i mål T 9248–13 s. 75.

¹²³ Ibid s. 75–77.

¹²⁴ Ibid s. 81.

ägnat att ha effekt av någon betydelse. Därför fanns inte anledning att pröva huruvida beteendet var försvarbart från allmän synpunkt eller inte.¹²⁵ KKV:s käromål skulle därmed ogillas.

Analys av målet

Målet skiljer sig på flera punkter från övriga KOS-mål. KKV valde här att angripa kommunens beteende på åtminstone tre nya sätt. Dels genom att fokusera på skadan för konsumenterna snarare än direkt på marknadens mekanismer. Dessutom lade man för första gången fokus på s.k. kopplade marknader där kommunen inte bedrev verksamhet men som man menade likväl blev drabbade av beteendet. Det tredje nya argumentet var att vikt måste läggas vid att Växjö kommun inte var ensamma om att nyttja ”fjärrvärmekravet” och att det därför måste tas i beaktande en ackumulerad effekt från flera offentliga aktörer på samma marknad. Tingsrätten fann dock att det inte fanns stöd för att beakta något av dessa argument vilket givetvis hade förödande konsekvenser för KKV i processen. Jag är benägen att hålla med tingsrätten i deras bedömning dock med en något mer tolerant syn på KKV:s första argument angående skadan för konsumenterna. Konfliktlösningsregelns placering i KL har ju sagts vara att den delar KL:s syfte.¹²⁶ Som vi tidigare konstaterat är ju lagstiftningens ultimärmål ett konsumentskydd att främja effektiv konkurrens till konsumenternas nytta. I det här fallet tycks det heller inte vara så att konkurrenskyddet (primärmålet) och konsumentskyddet (ultimärmålet) på något sätt är motstående intressen så att man skulle tvingas välja det ena eller det andra. Jag menar att det därför inte hade varit orimligt av tingsrätten att i målet också beakta konsumentskyddet som ju uttryckligen är ett av KOS-reglernas syften. Intresserade parter framförde efter domen kritik mot just att tingsrätten enbart fokuserat på vilka effekter som visats på marknadens mekanismer.¹²⁷

I övriga delar menar jag att det i propositionen finns klart för tingsrättens bedömningar. Sett till reglernas ändamålsenlighet anser jag dock att reglerna i väsentliga delar riskerar missa sitt

¹²⁵ Ibid s. 84.

¹²⁶ Prop. 2008/09:231 s. 40–41.

¹²⁷ Se debattartikel av företrädare från Svenska Borrentreprenörers Branschorganisation, Svenska Kyl- och värmepumpsföreningen, Nibe Energy Systems, IVT Värmepumpar samt Trä- och Möbelföretagen: <https://www.svd.se/kommuner-laser-in-energikonsumenter>

primära syfte p.g.a. att ackumulerade effekter från flera offentliga aktörer inte kan beaktas. Detta kommer utvecklas i analysavsnittet 6.4.2 nedan.

KKV överklagade inledningsvis domen men drog sedan tillbaka sitt överklagande varför tingsrättens dom vann laga kraft.

5.6 ATV Media mot kommunalförbundet Mediacenter Jönköpings län, MD 2015:17.

Målet är det enda där förbudstalan drivits av ett företag istället för KKV.¹²⁸ Den klagande, företaget ATV Media, bedrev försäljning av AV-läromedel bestående av utbildningsmaterial i form av strömmad film samt film på fysiska bärare med nödvändig utrustning och vissa digitala läromedel. Företagets kunder var framför allt kommuner, skolor och andra utbildare i framför allt Stockholms, Södermanlands och Östergötlands län. Företaget riktade sin förbudstalan mot kommunalförbundet Mediacenter Jönköpings Län (förbundet) som bestod av samtliga 13 kommuner i Jönköpings län. Förbundets huvudsakliga verksamhet var i princip densamma som ATV Medias, d.v.s. att tillhandahålla AV-läromedel med tillhörande teknik till förbundets medlemskommuner. Förbundet upphandlade licenser och teknisk utrustning och sålde därefter detta vidare till medlemskommunerna samt erbjöd teknisk support vid installation och användande. Förbundet tillhandahöll dock också AV-läromedel (ej utrustning) till ytterligare 12 kommuner samt 19 fristående skolor utanför Jönköpings län. Detta var alltså försäljning till externa parter som inte var medlemmar i förbundet. ATV-Media menade att detta stred mot lokaliseringsprincipen. Förbundets årsomsättning var under perioden 2011–2013 ca 34 miljoner, varav extern försäljning utgjorde ca 5 miljoner eller ca 14 procent av den totala omsättningen.

ATV Media hade en årsomsättning på 2,5 miljoner år 2011 som minskade till 1,8 miljoner år 2013 då man bl.a. tvingades säga upp en av sina fem anställda sedan tre kommuner i Östergötland sagt upp sina avtal med ATV Media och istället tecknat avtal med förbundet. ATV

¹²⁸ Av KL 3:32 2 st. följer att ett företag som berörs av ett beteende som omfattas av 3:27 får väcka talan om KKV beslutar att inte väcka talan i fallet.

Media yrkade i första hand att förbundets hela säljverksamhet skulle förbjudas och i andra hand att försäljningen till externa skulle förbjudas.

Var verksamheten ägnad att hämma eller snedvrída konkurrensen på marknaden?

MD fann att det saknades tillräckligt underlag för att fastställa den relevanta marknaden.¹²⁹ Av ATV Medias utredning framgick att det fanns såväl privata som offentliga aktörer som erbjöd AV-läromedel. Vissa av dem endast i form av strömmade media, andra även i fysisk form och med teknisk utrustning samt support och visst pedagogiskt stöd. Vissa aktörer erbjöd sina tjänster endast i grossistled medan andra levererade till såväl grossist som till slutkunder. Exakt vem som gjorde vad och vilken förmåga aktörerna hade att utvidga sin verksamhet till mer omfattande tjänsteutbud var dock inte klarlagt, menade såväl tingsrätten som MD. Dessutom saknades uppgifter om kunders preferenser, d.v.s. vilka typer av tjänster som föredrogs och hur priskänsliga dessa var. Eftersom det inte gick att fastställa den relevanta marknaden kunde heller ingen bedömning av förbundets konkurrenspåverkan på marknaden göras. MD valde därför att inte pröva verksamhetens förenlighet med lag, eftersom ATV Medias talan ändå inte skulle kunna bifallas. Därmed fastställdes tingsrättens dom.

Analys av målet

Även denna gång lämnades talan utan bifall på grund av svårigheter i att visa en påverkan på konkurrensen. Utredningen var inte tillräcklig för att domstolen skulle kunna fastställa någon relevant marknad. Jag får intrycket av att det faktiskt handlade om bristande processföring från den talandes sida, vilket möjligen skulle kunna förklaras av bristande resurser för att göra de gedigna marknadsundersökningar som krävs. Det i sin tur får ses som en naturlig följd av att målet inte var omfattande och inte rörde några större belopp. Att det var ett privat företag som förde talan istället för KKV torde borga för en större försiktighet när det kommer till vilka kostnader den talande är beredd att riskera. Till skillnad från KKV har ju inte ett privat företag något offentligt uppdrag att verka för effektiv konkurrens på marknaden och är inte heller

¹²⁹ MD 2015:17 p. 70.

motiverade till att processa i syfte att skapa praxis. Ett företag som väljer att driva en talan på egen hand måste istället alltid väga kostnaden för en eventuell förlust i domstol mot vad som faktiskt kan vinnas i kronor och ören. Det blir då en balansgång mellan vilken nivå på utredning man tror krävs för att övertyga domstolen kontra hur stora summor av sina egna medel man är beredd att riskera i rättegångskostnader.

Min bedömning är dock att om den relevanta marknaden kunnat bestämmas, det borde funnits goda chanser att få till stånd ett förbud mot försäljningen till externa aktörer. Hur MD hade bedömt verksamhetens kompetensenlighet får vi aldrig veta, men jag tycker inte att den framstår som särskilt svårbedömd. När kommuner bildar kommunalförbund vidgas lokaliseringsprincipen för de ingående verksamheterna till att omfatta alla ingående kommuner.¹³⁰ Förbundet tillhandahöll tjänster och produkter till såväl medlemmar av förbundet som helt externa kommuner och företag i andra län. Således skedde försäljningen i strid med lokaliseringsprincipen. Förbundet försvarade försäljningen till externa aktörer framför allt genom att hävda att den omfattades av anknytningskompetens. Det ter sig som ett klen försvar eftersom förbundet inte presenterade någon argumentation kring varför försäljning till externa kommuner och skolor skulle vara en nödvändighet för kärnverksamheten eller något som förväntas av medlemskommunerna. Dessutom var den externa försäljningen inte av begränsad omfattning, parterna var överens om att det utgjorde ca 14 procent av den totala omsättningen.

Med detta i åtanke ställer jag mig frågande till varför KKV inte själva valde att driva detta mål. Även om också KKV stundtals haft svårt att skaffa tillräckliga bedömningsunderlag (se t.ex. fallet med Strömstads Badanstalt) torde de ändå ha betydligt större möjligheter att lyckas än ett litet privat företag genom ombud. KKV motiverar dessutom sitt beslut att inte driva målet endast med att förbundets försäljning till externa var i sådan liten omfattning att det inte fanns tillräckliga skäl att driva målet.¹³¹ Av tingsrättsdomen framgår dock att parterna varit eniga om

¹³⁰ Se proposition 1996/97:105 *Kommunal samverkan* s. 33 samt SOU 2007:72 *Kommunal kompetens i utveckling* s. 104.

¹³¹ KKV:s dnr 533/2011

att försäljning till externa uppgick till åtminstone 14 procent av den totala omsättningen.¹³² Jämfört med målet mot Skelleftebuss där försäljningen till externa var ca 5 procent och KKV både drev målet och fick till stånd ett förbud ter det sig därför som en märklig motivering från verkets sida.

I KKV:s egen utvärdering av KOS-reglerna framgår att verket infört en policy där vissa typer av mål fortsättningsvis ska prioriteras.¹³³ Där framgår att just sådana mål där privata företag kan visa på konkreta, mätbara och dokumenterade skador, eller risk för sådana skador, ska prioriteras. För mig framstår det aktuella målet som just precis ett sådant mål. ATV Medias bevisning där man kunde peka på att flera externa kommuner sagt upp sina avtal med företaget för att istället vända sig till förbundet med följden att ATV Media fick säga upp personal, framstår som stark.

Min slutliga bedömning är därför att detta var ett mål som sannolikt hade kunnat leda till ett förbud om det funnits en gedigen marknadsundersökning att grunda bestämmandet av den relevanta marknaden på. Vilket KKV sannolikt haft betydligt större möjligheter att lyckas med än ATV Media. Av KKV:s beslut framgår dock att helt andra (i det här fallet till synes svaga) motiv låg till grund för beslutet. Grundat i detta anser jag det därför befogat att åtminstone i det här fallet vara kritisk till hur KKV väljer sina mål.

5.7 Konkurrensverket mot Borås kommun, MD 2016:3.

Frågan i målet var om Servicekontoret i Borås kommuns (kommunen) försäljning av mark- och anläggningstjänster var att betrakta som en konkurrenshämmande och icke kompetenslig verksamhet. Utöver att utföra arbeten internt åt kommunen och dess egna bolag deltog Servicekontoret även i upphandlingar och utförde tjänster åt privata beställare såväl inom som utanför kommunens område. KKV yrkade att Servicekontoret vid vite om tre miljoner kronor

¹³² Stockholms tingsrätts dom i mål T 9245–12 s. 26, se tredje stycket under rubriken ”Förenlighet med lag och försvarbarhet” i förbundets yrkande.

¹³³ KKV:s rapportserie 2016:9 s. 46.

skulle förbjudas att utföra mark- och entreprenadarbeten åt andra än kommunen och dess egna bolag.

Var verksamheten kompetenslig?

Såväl tingsrätten som MD ansåg att verksamheten var en säljverksamhet som låg utanför de kommunala befogenheterna. Man fann att verksamheten inte var att betrakta som sedvanlig kommunal affärsverksamhet i KomL:s mening samt att kommunen vid flera tillfällen utfört arbeten i strid med lokaliseringsprincipen, d.v.s. utanför kommunens geografiska område och utan nytta för kommunmedlemmarna. I motsats till vad kommunen yrkat, fann domstolen att det heller inte förelåg någon överskotts- eller anknätningskompetens.¹³⁴

Var verksamheten ägnad att hämma eller snedvrída konkurrensen på marknaden?

Gällande produktmarknad var parterna och domstolarna eniga om att den relevanta produktmarknaden utgjordes av mark- och anläggningsentreprenader i och under marknivå samt av arbete med större betongkonstruktioner ovan mark jämte vissa beredskapsarbeten. Men KKV yrkade vidare att den relevanta produktmarknaden också skulle begränsas att omfatta endast entreprenader vars kontraktsvärde understeg tio miljoner kr. Detta eftersom upphandlingar överstigande tio miljoner kr i stor utsträckning vanns av ett fåtal större entreprenadbolag vilka mycket mera sällan intresserade sig för mindre arbeten. Till skillnad från tingsrätten fann MD att KKV inte hade visat att det skulle ha någon avgörande betydelse huruvida en entreprenadkostnad översteg tio miljoner kr eller inte. Således fanns inte längre någon övre beloppsgräns utan alla mark- och anläggningsentreprenader på den relevanta geografiska marknaden skulle inkluderas.¹³⁵

KKV yrkade vidare att den relevanta geografiska marknaden utgjordes av Borås kommun samt åtta närliggande kommuner. Kommunen menade att den geografiska marknaden skulle omfatta ett område inom en radie av en timmes bilfärd från Borås, vilket inkluderade ytterligare fjorton kommuner som t.ex. Jönköping, Varberg och delar av Göteborg. MD påtalade att det fanns flera

¹³⁴ MD 2016:3 p. 68.

¹³⁵ MD 2016:3 p. 78.

brister i KKV:s utredning om den geografiska marknaden och tog även fasta på ett flertal vittnen och sakkunnigutlåtanden som talade för en större geografisk marknad än den av KKV förespråkade. MD fastställde den geografiska marknaden till vad kommunen anförde, dvs Borås kommun och det område som kunde nås vid en timmes bilresa.¹³⁶ När nu såväl produkt- som geografisk marknad utökats avsevärt kom Servicekontorets marknadspåverkan i en helt annan dager. Med KKV:s förordade marknadsavgränsning (som tingsrätten använde) hade den totala omsättningen på marknaden beräknats uppgå till ca 339 miljoner kr årligen. Men med MD:s fastställda marknadsavgränsning hamnade istället den totala omsättningen på 8 miljarder kr. Servicekontorets fakturering till externa aktörer uppgick till ca 12 miljoner kr årligen, således ansågs Servicekontoret ha $12 / 8000 = 0,15$ procent av den relevanta marknaden. Med en så liten andel av den relevanta marknaden kunde Servicekontorets säljverksamhet inte anses vara ägnad att hämma konkurrensen.¹³⁷ MD ogillade därför KKV:s talan och verket ålades att till kommunen betala totalt 6,2 miljoner kr i rättegångskostnader för processerna i tingsrätt och MD.

Analys av målet

Målet är det hittills största i KOS-sammanhang, utöver omfattande skriftlig bevisning och rättsutlåtanden hördes totalt 18 vittnen och sakkunniga. Även i detta mål hade konkurrensfrågan och då närmare bestämt marknadsbestämningarna, en framskjuten position och avgörande betydelse. Inför prövningen i MD hade kommunen anlitat en sakkunnig vilket visade sig vara 826 676 välinvesterade kronor då dennes utlåtande tycks haft stort inflytande vid bestämningen av den relevanta marknaden. I sammanhanget framstår konkurrensfrågan som betydligt mer komplex än frågan om verksamhetens förenlighet med kommunal kompetens. Jag ska villigt erkänna att jag utan gedigen kunskap om marknadsekonomi och utan tillgång till hela bevismaterialet finner det något svårt att hänga med i alla domstolens konkurrensrättsliga resonemang kring kritisk förlustanalys, hypotetiska monopolister, kandidatmarknader och substitutionskedjor. Klart står i alla fall att bedömningen huruvida Servicekontorets verksamhet var att hänföra till sedvanlig kommunal affärsverksamhet eller var en uppgift för det egentliga

¹³⁶ Ibid p. 96.

¹³⁷ Ibid p. 108.

näringslivet (och därmed icke kompetensenlig) var betydligt mer oproblematiske än konkurrensfrågan.

I likhet med målet mot Badanstalten får jag ett starkt intryck av att det rört sig om en kommunal verksamhet som agerat utanför sitt kompetensområde, men där effekterna på konkurrensen tycks ha varit små till noll. Samtidigt går det inte att blunda för att vissa enskilda näringsidkare fått se sig slagna av kommunal verksamhet i vissa upphandlingar.

5.8 Sammanfattning

I samtliga fyra mål där kompetensenlighet eller allmän försvarbarhet har prövats har domstolen underkänt kommunernas beteenden. Tre av dessa mål har prövats i högsta instans och då har tingsrätten och MD varit rörande överens i sina bedömningar av kompetensenlighet/försvarbarhet sånär som på den lilla utvidgning av anknytningskompetensen MD gjorde i målet mot Strömstads Badanstalt. Målet mot Skelleftebuss överklagades aldrig till MD och i det fallet har jag mycket svårt att se att MD skulle komma till någon annan bedömning än tingsrätten angående verksamhetens kompetensenlighet.

I de två målen mot Växjö kommun respektive Mediacyter Jönköpings län behövde frågan om kompetens eller försvarbarhet inte prövas. Min bedömning är dock, som visat ovan, att åtminstone i det senare fallet det angripna beteendet hade underkänts av domstolen, hade det kommit att prövas. Försvarbarheten i Växjö-målet ser jag som för svårbedömd för att göra någon prognostisk bedömning. Det hade dock onekligen varit intressant att få se domstolen väga den miljömässiga nyttan av ett fjärrvärmekrav mot negativa effekter på konkurrensen.

I kontrast till kompetensprövningarna kan konstateras att det endast i två av sex mål har ansetts visat att det angripna beteendet faktiskt varit ägnat att skada konkurrensen på den relevanta marknaden. Det tycks finnas ett flertal varierande orsaker men det de har gemensamt är att de härrör ur rekvisitet att beteendet ska vara ägnat att hämma eller snedvrída konkurrensen. Hur detta kan sägas påverka KOS-reglernas ändamålsenlighet ska utvecklas i det kommande kapitlet.

6. KOS-reglernas ändamålsenlighet

I detta kapitel ska presenteras de slutsatser jag anser kan dras angående KOS-reglernas förmåga att i första hand begränsa offentliga säljverksamheters negativa effekt på konkurrensen och i förlängningen bidra till effektiv konkurrens i stort. Inledningsvis analyseras ändamålsenligheten ur ett regleringsteoretiskt perspektiv där regleringen delas upp i ett sanktionsled respektive ett övervakningsled, för att strukturera upp analysen. Jag kommer främst peka på de brister jag anser finns i ändamålsenligheten samt resonera kring orsakerna till dessa. Det bör nämnas att KKV under hösten 2016 publicerade en egen utvärdering av KOS-reglerna som jag hänvisat till vid ett par tillfällen. Den innehåller ett flertal relevanta observationer som jag är beredd att instämma i. För att min analys inte ska bli en upprepning av dessa kommer jag därför nedan främst fokusera på de delar där jag skiljer mig från KKV:s slutsatser eller upplever att jag har något relevant att tillägga samt givetvis lyfta sådant som jag anser saknas i KKV:s utvärdering. Med det sagt vill jag därför upplysa om att det i KKV:s utvärdering tas upp vissa relevanta observationer om framför allt avsaknaden av kommunal särredovisning och bevisbördans placering som jag till stor del instämmer i men av nämnda anledningar valt att inte fokusera på i min egen analys.

6.1 Något om forskningsläget

Samtidigt som jag håller med den stora majoriteten om att det är rimligt att anta att kommunala säljverksamheter påverkar konkurrenstrycket och försvårar framförallt småföretagares verksamheter, kan jag inte blunda för att när Konkurrensverket driver frågorna till domstol det inte går att styrka denna konkurrenspåverkan. Det föranleder en misstanke om att det också är lätt att förutsätta att kommunala verksamheter påverkar mer än de gör.

Efter att ha studerat mycket av debatten som lett fram till KOS-reglernas införande, lagstiftningsprocessen och det som kommit av den upplever jag att vissa perspektiv har saknats i diskursen. Att offentliga säljverksamheters konkurrens är skadlig för konkurrenstrycket tycks inte ha varit en stor tvistefråga under åren, istället har det närmast uteslutande diskuterats hur problemet ska hanteras. Någon vidare forskning i frågan om hur stor den faktiska effekten är tycks inte finnas. Hur det skulle gå till att mäta en sådan effekt är för mig också högst oklart. Med tanke på den konsensus som tycks finnas kring att offentliga säljverksamheter faktiskt har en

hämmande effekt på konkurrensen vore det möjligen något förmätet av mig som enskild juriststudent att påstå att effekterna och därmed problemet med offentliga säljverksamheter är överdrivet. Samtidigt är det högst relevant att ställa sig frågan, vad vet vi egentligen om offentliga säljverksamheters påverkan på konkurrensen? När en statlig myndighet utreder en kommunal verksamhets konkurrenspåverkan och presenterar denna för en (får vi förutsätta) objektiv och kompetent domstol att avgöra om verksamheten riskerar att ge märkbart negativa effekter på konkurrensen, och domstolen kommer till slutsatsen att detta inte är visat – vad har vi då för fog att påstå att konkurrenspåverkan faktiskt finns där?

De senaste undersökningar som finns grundar sig främst i vilken utsträckning företagare upplever konkurrens från offentliga säljverksamheter samt i vilken grad de upplever den konkurrensen som problematisk. Organisationen Företagarna har senast 2007 och 2013 undersökt detta genom enkätundersökningar till företagare och KKV gjorde en liknande undersökning 2017. I båda undersökningar som Företagarna låtit göra har 18% av företagen svarat att de möter konkurrens från offentlig sektor.¹³⁸ I KKV:s undersökning från 2017 var motsvarande siffra 27%.¹³⁹ Vidare svarade 54% av de som upplevde sådan konkurrens 2013 att det var ett stort problem och 24% att det var ett litet problem medan 22% upplevde att konkurrensen från offentlig säljverksamhet inte var ett problem. I KKV:s undersökning var resultatet att 65% av de som upplevde konkurrens från offentlig verksamhet också upplevde den som ett problem.

Tyvärr kommer vi nog inte, i dagsläget, så mycket närmre svaret om offentlig sektors faktiska effekt på konkurrensen. Undersökningarna visar endast hur företagare *upplever* konkurrensen från offentlig sektor, inte vilka faktiska effekter den leder till i form av kunders val eller möjligheter till företagsamhet och ett välmående näringsliv. Att vad vi upplever inte alltid stämmer överens med hur saker och ting de facto förhåller sig är knappast något radikalt påstående. Därför kan undersökningarna möjligen ligga till grund för en hypotes att offentlig

¹³⁸ Intresseorganisationen Företagarnas rapport *Osund konkurrens – fortfarande ett problem för små företag*, <https://www.foretagarna.se/contentassets/4ff467c2a02240308d8b3f3c86e230e1/rapport-osund-konkurrens---fortfarande-ett-problem-for-sma-foretag---pdf-3.pdf> s. 2 respektive s. 12.

¹³⁹ KKV Dnr 185/2017 s. 7.

säljverksamhet generellt är ägnad att försvåra för de privata företagen, men några vidare slutsatser än så kan inte dras. Påpekas bör också att undersökningarna sammantaget ger vid handen att mellan 22–35% av företagen som upplever konkurrens från offentlig verksamhet inte ser den som ett problem. Klart står att mer forskning behövs.

6.2 Att utvärdera lagstiftnings ändamålsenlighet

Reglernas primära ändamål är alltså att begränsa offentliga säljverksamheters hämmande påverkan på konkurrensen. Genom lagstiftning avser lagstiftaren förmå offentliga aktörer att minska sina säljverksamheter till förmån för marknadens privata aktörer. För att uppnå detta krävs att regeladressaten (offentliga aktörer) följer de uppsatta reglerna.

Regelefterlevnad brukar i litteraturen härledas ur tre faktorer: legalt-, socialt- respektive moraliskt tryck.¹⁴⁰ För att reglerna ska utöva ett legalt tryck krävs en sanktion vid regelöverträdelse. En sanktion kan utgöras av såväl kritik eller tillrättavisanden som böter, fängelse eller dödsstraff. Det sociala och moraliska trycket kan i sig bära sanktioner i form av att den som bryter mot reglerna (i det här fallet kommuner) så att säga får stå i skamvrån och utstå kritik från bl.a. allmänheten. Utan en klar legal sanktion av en dom med rättsverkningar är sådan kritik dock något som inte sällan kan bemötas med bortförklaringar och som efter en tid inte längre upplevs som ett starkt incitament till regelefterlevnad. Rättstillämpningen ska i detta fall bidra till det legala trycket genom att kunna meddela förbud mot sådana beteenden som håller tillbaka konkurrensen och inte är en kommunal befogenhet eller i övrigt försvarbara från allmän synpunkt.

Vad krävs då för att tillämpningen av KOS-reglerna ska skapa ett legalt tryck till regelefterlevnad? Rimligen måste sanktionen upplevas som ett tillräckligt kraftfullt hot, som något som offentliga aktörer i allra högsta grad vill undvika och därmed anpassa sin verksamhet för. Detta innebär dels att sanktionen i sig behöver vara någorlunda kraftfull och dels att *risken* att bli ålagd sanktion är tillräckligt stor för att inte utsätta sig för den. Regelefterlevnaden behöver

¹⁴⁰ Hult, s. 201.

alltså övervakas. Övervakningen ska vara så pass effektiv i att upptäcka regelöverträdelser att den tillsammans med sanktionen verkar avskräckande. Övervakningen och sanktionen kan sägas verka som kommunicerande käril på så sätt att om övervakningen är svag, sanktionen behöver vara desto kraftfullare för att tillsammans skapa avsedd effekt och vice versa. Vidare är de helt beroende av varandra, det finns få anledningar att ha en hård sanktion om det inte finns någon funktion för att upptäcka regelöverträdelser. Det är också näst intill meningslöst att övervaka regler om det inte finns en sanktion att utfärda när regelöverträdelse identifieras.¹⁴¹

6.3 KOS-reglernas ändamålsenlighet i sanktionsledet

När vi applicerar ovanstående modell på KOS-reglerna kan vi konstatera att sanktionen utgörs av dels verksamhetsförbud och dels förfarandeförbud. I rättstillämpningen skiljs de åt framför allt för att verksamhetsförbud inte är applicerbara på statliga verksamheter och för att de får olika rättsverkningar så till vida att förfarandeförbuden endast påverkar *hur* aktören bedriver sin verksamhet och verksamhetsförbuden *vad* som bedrivs. Av KOS-reglernas praxis framgår dock att båda typerna av förbud mycket väl kan fungera som kraftfulla sanktioner.

I det enda mål där verksamhetsförbud meddelats står det klart att det innebar en effektiv sanktion. Skelleftebuss AB tvingades avveckla sin beställningstrafik till externa aktörer. Bolaget fick, vid vite om en miljon kronor, sex månader på sig att avveckla verksamheten. Förutom den dåliga publicitet och intäktsminskning som kommer med en sådan dom är det inte svårt att tänka sig att det också medför vissa avvecklingskostnader bl.a. i form av personalöverskott.¹⁴²

Vidare framgår av KOS-reglernas praxis att även förfarandeförbud tycks ha potential att vara kraftfulla, men i min mening i vissa fall rent av på kontraproduktiva i konkurrenshänseende. Domen mot RDM innebär inte några avsevärda problem för förbundets fortsatta verksamhet mer

¹⁴¹ Se Hult, s 209 f. Hult använder dock begreppet normsäkring, istället för sanktion.

¹⁴² En annan intressant frågeställning som uppstår är hur den kommunala verksamheten bör hantera sådana ingångna avtal som verksamheten inte längre kan fullfölja på grund av det meddelade förbudet. Innebär det meddelade förbudet en hävningsrätt? Eller riskerar kommunerna även skadeståndsanspråk från avtalsparter då kommunen rättar sig efter förbudet?

än att deras egen verksamhet på övningsfältet blir mer svårplanerad då de i större utsträckning tvingas låta privata aktörer nyttja fältet. Samtidigt riskerar domstolarnas bedömning av vad som är en offentlig säljverksamhet att minska det allmännas incitament att upplåta viktig infrastruktur till privata aktörer. I målet innebar ju det faktum att RDM tidigare upplåtit fältet för viss kommersiell utbildningsverksamhet, att driften av övningsfältet nu ansågs utgöra säljverksamhet vilket i sin tur gjorde konfliktlösningsregeln tillämplig. När RDM då nekade viss aktör att nyttja fältet innebar detta nekande ett förfarande som var ägnat att minska konkurrenstrycket på marknaden genom högre anbudspriser.

För offentliga verksamheter som tidigare upplåtit infrastruktur till privata aktörer innebär domen att dessa offentliga verksamheter är att klassa som säljverksamheter. Har infrastrukturen upplåtits till privata aktörer blir den offentliga aktören bunden att fortsätta göra det. En kontraheringsplikt uppstår. Detta antas öka konkurrenstrycket genom att privata aktörer får möjlighet att nyttja infrastrukturen. Men för offentliga verksamheter med rådighet över viktig infrastruktur och som inte tidigare upplåtit denna till privata aktörer, måste domen ses som ett varningstecken. Domen innebär ett starkt incitament för det allmänna att inte inleda några sådana samarbeten med privata aktörer, inte minst eftersom det kan bli väldigt svårt att förutse i vilken utsträckning man kan tvingas upplåta infrastrukturen framgent. Möjligen kan denna princip sägas vara i viss mån ändamålsenlig för primärmålet genom att på kort sikt öka konkurrenstrycket på vissa specifika marknader. Men sett mer långsiktigt till ultimärmålet, effektiv konkurrens, menar jag att det finns anledning att vara skeptisk. För inte minst kommande verksamheter med rådighet över viss infrastruktur borde det finnas en stor tveksamhet för såväl kommunala som statliga verksamheter till att inleda upplåtelse av infrastrukturen till privata aktörer.

I målet mot Växjö kommun, som är det andra mål där talan om förfarandeförbud väckts, hade ett meddelat förfarandeförbud kunnat innebära att kommunen skulle fått betydligt svårare att få villafastigheter att ansluta sig till fjärrvärmenätet. Vilket i sig kan medföra stora intäktsminskningar och i slutändan ett dyrt fjärrvärmeverk och fjärrvärmenät som inte klarar att bära sina egna kostnader. Ett sådant förbud framstår som en avskräckande sanktion. Det är också lättare att se ändamålsenligheten än i målet mot RDM, eftersom ett förbud i Växjömålet hade varit ägnat att öppna upp för flera olika typer av näringsidkare att konkurrera om marknaden för

uppvärmningsteknik till villafastigheter, vilket torde vara positivt för såväl primär- som ultimärmålet. Även här tycks förfarandeförbudet alltså vara en stark form av sanktion.

Det finns förstås många sätt att göra KOS-reglerna starkare i sanktionsledet.

Konfliktlösningsregeln är ju en framåtriktad missbruksregel som alltså inte tar hänsyn till historisk verksamhet och som inte vid överträdelse omedelbart innebär att den offentliga aktören ådrar sig något skadestånd eller konkurrensskadeavgift. Detta skulle kunna göra att kommunerna inte upplever någon större risk. Så länge kommunen avbryter verksamheten innan den dras inför domstol riskerar man ingen förbudsdom. Det kan uppfattas som att det går bra att bryta mot reglerna tills man blir påkommen. Samtidigt måste sanktionens kraft vara en avvägning mellan att å ena sidan verka avskräckande å andra sidan inte allt för hämmande för de kommunala verksamheterna och deras resursutnyttjande. Med de otydliga gränser som fortfarande omgärdar den kommunala kompetensen skulle hårdare sanktioner innebära en lägre förutsägbarhet för kommunala verksamheter. Det ska också sägas att konkurrenskonflikter som uppstått vid offentlig säljverksamhet fram tills KOS-reglernas införande förväntades lösas genom frivilliga samförståndslösningar. Att då införa en sträng sanktion mot överträdelser av ett helt nytt regelverk framstår som alltför drastiskt i mina ögon.

Sammanfattningsvis anser jag att KOS-reglerna fungerar förhållandevis väl i sanktionsledet med undantag för den kontraproduktiva princip som skapats i målet mot RDM. Förbudsdomar tycks mig tillräckligt avskräckande som sanktionsform samtidigt som utformningen som framåtriktad missbruksregel ger kommunerna möjlighet att anpassa sig utan alltför ingripande åtgärder mot verksamheterna. Jag ser det dock inte som orimligt att framöver, när tydligare praxis etablerats och kommunala verksamheter haft större möjligheter att anpassa sig till regelverket, sanktionsledet stärks ytterligare genom t.ex. en form av konkurrensskadeavgift som inte är endast framåtriktad.

6.4 KOS-reglernas ändamålsenlighet i övervakningsledet

Övervakningsledet får sägas vara bredare än sanktionsledet och innefattar hela processen från det att allmänheten identifierar ett problem med offentlig säljverksamhet som anmäls till KKV och slutar i domstol. Denna process kan förstås te sig olika från fall till fall och oftast avslutas processen någonstans på vägen innan fallet når domstol. Inte sällan genom att den privata aktören

förändrar sitt beteende på uppmaning av KKV.¹⁴³ Verket är dessvärre kraftigt beroende av tips från allmänheten, vilket skapar svårigheter.¹⁴⁴ När verket är beroende av att allmänheten utför en betydande del av övervakningen ställs krav på att privata näringsidkare, eller andra tipsare, någorlunda väl känner till ramarna för den kommunala kompetensen och vilka områden som ska vara vigda åt det egentliga näringslivet. Vidare krävs att samma tipsare känner till att det finns en övervakande myndighet att vända sig till.¹⁴⁵

Jag har i avsnitt 5.6 diskuterat problematiken i att en rättsprocess måste smaka mer än den kostar när privata näringsidkare ska föra talan istället för KKV. Samma problem finns på utredningsstadiet där KKV är kraftigt beroende av uppgifter från privata företag och att dessa bidrar i utredningar. År 2016 svarade 88% av de företag som sade sig uppleva konkurrensproblem från offentliga verksamheter att de inte kontaktat KKV med anledning av problemet.¹⁴⁶ Av dessa företag uppgav bl.a. 47% att de inte trodde att KKV kunde hjälpa dem och 42% att de inte har tid att ägna sig åt klagomål.¹⁴⁷ Här finns sannolikt ett underliggande problem i att angripa konkurrensproblemen från enskilda företags sida istället för att angripa problemen från ett mer omfattande marknadsperspektiv. För ett enda specifikt företag är det många gånger inte förenat med de egna lönsamhetskraven att lägga tid på klagomål och processer som kanske inte leder någonstans. Men om problemen istället angrips av en hel bransch eller marknad fördelas utredningskostnaderna på en större grupp företag och blir mer hanterbara. Här

¹⁴³ Se t.ex. <http://www.konkurrensverket.se/nyheter/utredning-mot-tolkformidling-vast-avslutas>. I debattartikel i Dagens Industri påtalade också dåvarande generaldirektören Dan Sjöblom att många offentliga aktörer rättade sig efter att KKV inlett utredning. Se <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/press/tal-artiklar/kommunal-sjalvsanering-gynnar-mindre-foretag.pdf> s. 2.

¹⁴⁴ Hult menar att ju större övervakningsansvar som vilar på allmänheten, desto svårare är bestämmelserna att övervaka, se Hult s. 211.

¹⁴⁵ Detta har bl.a. lett till att tf generaldirektör Karin Lunning i debattartiklar gått ut och uppmanat allmänheten att i större utsträckning tipsa KKV om konkurrensbegränsande offentliga säljverksamheter. Se t.ex. <http://www.skd.se/2017/07/13/for-fa-klagar-nar-kom-muner-kon-kur-rerar/>

¹⁴⁶ KKV Dnr 185/2017 s. 20.

¹⁴⁷ Ibid s. 21.

torde branschorganisationer vara lämpliga för att ingripa i de enskilda företagens ställe och bistå KKV i utredningarna. Det skulle sannolikt också sänka risken för enskilda företag att hamna på ond fot med kommunen, en risk som enskilda företag idag upplever som ett problem vid anmälningar till KKV.¹⁴⁸

Övervakarens möjlighet att identifiera regelöverträdelser är till stor del beroende av reglernas innehåll och utformning.¹⁴⁹ Reglerna måste ju vara utformade på ett sådant sätt att det går att visa att en regelöverträdelse skett i sådana situationer som lagstiftaren avsett ingripa mot.

Praxisanalysen av KOS-reglerna visar att detta många gånger varit svårt. Att kommunerna ägnat sig åt sådan verksamhet som bör vara hänförlig till det egentliga näringslivet har oftast stått klart, men någon hämmande eller snedvridande effekt på konkurrensen har varit desto svårare att visa. Det kan bero på en mängd orsaker såsom exempelvis hur KKV tolkat reglerna, hur domstolarna tolkat reglerna, att det inte finns någon effekt av betydelse eller hur väl lämpade reglerna är för att ingripa mot sådana beteenden som de är avsedda för. Den sistnämnda faktorn får sägas vara den mest centrala när vi ska utreda lagstiftningens ändamålsenlighet. Först bör dock sägas något om domstolarna och KKV:s olika syn på vissa delar av lagstiftningen.

6.4.1 Domstolarnas fokus på kortsiktiga effekter på konkurrensen

Ett genomgående drag i KOS-reglernas rättspraxis är att KKV inte kunnat visa att kommunernas beteenden varit ägnade att ha en hämmande effekt av någon betydelse på konkurrensen. Verket och domstolarna har haft helt olika syn på hur de konkurrenshämmande effekterna ska bedömas.

I propositionen framgår dels att vid bedömningen av beteendets effekter det är viktigt att ta ställning till om beteendet skadar drivkrafterna till konkurrens och själva mekanismerna på marknadsplatsen i det enskilda fallet.¹⁵⁰ I samma stycke anges dock att prövningen bör ha sin utgångspunkt i beteendets långsiktiga verkningar på förutsättningarna för en effektiv konkurrens

¹⁴⁸ Ibid s. 22.

¹⁴⁹ Hult s. 210.

¹⁵⁰ Prop. 2008/09:231 s. 36–37.

på den relevanta marknaden, inte vad som sker eller kan se på kort sikt. KKV har riktat kritik mot att domstolarna ändå lagt för stor vikt vid de kortsiktiga effekterna på den relevanta marknaden.¹⁵¹ Samtidigt är det något svårt att visa att ett beteende riskerar få långsiktigt negativa effekter på konkurrensen om man inte kan visa några effekter av betydelse över huvud taget. Det skulle krävas att ett beteende och dess effekter observeras och analyseras under lång tid och KKV skulle behöva invänta tydliga negativa effekter på konkurrensen innan de väcker talan om förbud.

Uppdelningen i kortsiktiga och långsiktiga effekter på konkurrensen motsvarar i stor utsträckning lagstiftningens primär- och ultimärmål. Att på kort sikt skydda privata aktörer från skadlig offentlig konkurrens och på lång sikt skapa effektiv konkurrens till nytta för konsumenterna. Det finns dock starkare skäl för denna uppdelning. Möjligen har lagstiftaren förutsett att det kan vara särdeles svårt att visa konkreta konkurrenshämmande effekter från offentlig säljverksamhet på kort sikt och därför i propositionen lagt större vikt vid de långsiktiga effekterna. Det torde nämligen förhålla sig så att konkurrens från en offentlig säljverksamhet på kort sikt mycket väl kan vara nyttig för konkurrensen och till gagn för konsumenterna. Om kommunen exempelvis driver ett café som säljer bakverk och annan förtäring till självkostnadspris eller t.o.m. driver verksamheten med förlust lär det på kort sikt tvinga konkurrerande caféer i området till att effektivisera sin verksamhet och pressa priserna. Det blir då på kort sikt ett höjt konkurrenstryck. Men på lång sikt klarar inte privata näringsidkare att leverera till självkostnadspris eller där under, de behöver göra vinst och riskerar med tiden att istället bli utkonkurrerade av den offentliga verksamheten. Det föranleder att det är olämpligt att ha en konfliktlösningregel som fokuserar på de kortsiktiga effekterna på konkurrensen. Min uppfattning är att lagstiftaren genom förarbetsuttalandena men även i lagtexten försökt hantera detta. I lagtexten anges ju att ett beteende ska förbjudas om det ”är ägnat att snedvrída förutsättningar för en effektiv konkurrens på marknaden”. Jag är beredd att hålla med KKV om att både lagtexten och propositionen ger skäl för en tolkning som kan medge förbud i större utsträckning än vad domstolarna tillämpat.

¹⁵¹ KKV:s rapportserie 2016:9 s. 32–33.

6.4.2 Kommunala säljverksamheters potentiellt samverkande effekter

I tillägg till de ovan nämnda svårigheterna i att visa effekter på kort sikt uppstår ytterligare problem som grundar sig i att KOS-reglerna för bifall kräver att det går att visa att kommunernas regelöverträdelser *i varje enskilt fall* medför skada för konkurrensen. Som framgår av praxisanalysen har ju de kommunala säljverksamheterna i flera fall ansetts stå för en så liten del av marknaden att de inte varit ägnade att påverka konkurrensen i tillräcklig grad för att kunna förbjudas. En slutsats av detta skulle så klart kunna vara att kommunala säljverksamheter oftast faktiskt inte påverkar konkurrensen nämnvärt.¹⁵² Samtidigt tycks det på politisk nivå och mellan branschorganisationer finnas en konsensus om det motsatta.¹⁵³ Att enskilda näringsidkare i viss mån hålls tillbaka av kommunala säljverksamheter får dock sägas stå klart. I exempelvis målet mot Borås kommun hade ju Servicekontoret deltagit i och vunnit flera upphandlingar i konkurrens med privata aktörer. I målet mot ATV-Media hade bolaget förlorat ett flertal viktiga kunder som istället tecknat avtal med kommunalförbundet vilket bl.a. ledde till uppsägningar. Och som flera enkätundersökningar visat är det inte ovanligt att företagare upplever konkurrens från offentliga verksamheter som ett problem. Det är dock endast i målen mot RDM och Skelleftebuss som påverkan på den relevanta marknaden ansetts tillräckligt stor för att föranleda förbud i rättsprocessen. Jag vill mena att KOS-reglerna inte lämpar sig särskilt väl för att begränsa offentliga säljverksamheters påverkan på konkurrensen annat än i de särskilt klara fallen framför allt eftersom de kräver visad effekt i *varje enskilt fall*. Detta ska utvecklas nedan.

I målet mot Växjö kommun sätter KKV fingret på något som jag uppfattar som ett centralt problem med KOS-reglerna. KKV hävdade att kommunens beteende var ägnat att skada konkurrensen trots att kommunens säljverksamhet bara utgjorde en mycket liten del av en nationell marknad. KKV anförde att det borde vara den samlade bilden av faktiska kommunala särkrav som uppställs på en relevant marknad som ska ligga till grund för effektbedömningen, för

¹⁵² Vad vi vet om detta har nämnts i avsnitt 6.1 ovan.

¹⁵³ KOS-reglerna är ju t.ex. en produkt av Konkurrensrådets arbete, ett råd som var sammansatt av företrädare från såväl näringslivet som SKL och andra offentliga aktörer, där det funnits en samsyn om att offentlig konkurrens utgör ett problem.

att skapa en rättvisande bild av de effekter som marknadsaktörerna i fråga utsätts för. Just Växjö kommuns agerande hade sannolikt ingen effekt av betydelse på marknaden eftersom marknaden ansågs vara nationell. Men när 18 andra kommuner också använder sig av samma beteende får man ställa sig frågan om inte den samlade effekten av dessa beteenden är ägnad att hämma konkurrensen på den relevanta marknaden.

KOS-reglerna ger dock endast möjlighet att ingripa i det enskilda fallet, där någon effekt ju inte kan visas. Det torde dock vara så att den samlade effekten av att ett flertal kommuner agerar på liknande sätt, på samma marknad, är ägnad att påverka konkurrensen negativt. Även i målen mot ATV Media, Borås kommun och Strömstads badanstalt, där de geografiska marknaderna spänner över större områden än den enskilda kommunen, kan man tänka sig att kommunala verksamheter i andra kommuner bidrar till osund konkurrens på samma marknad. Om exempelvis rent hypotetiskt även Jönköpings, Varbergs och Göteborgs kommuner också skulle erbjuda markentreprenader, eller Stenungssunds kommun också skulle driva hotellspa skulle dessa verksamheter gemensamt ge effekter på konkurrensen på samma marknader som de aktörer KKV väckt talan mot. Lagstiftarens mål om att minska offentliga säljverksamheters hämmande effekt på konkurrensen missas då helt och hållet när effekten måste visas i varje enskilt fall. Detta föranleder ingen kritik mot domstolarna. Med KOS-reglernas nuvarande utformning står det klart att effekten måste bedömas i varje enskilt fall. Det vore rimligt att överväga att ge KKV möjlighet att väcka någon form av grupptalan mot flera kommuners verksamheter samtidigt då dessa tillsammans anses hämma eller snedvrider konkurrensen på en marknad. Ett problem med en sådan lösning är att KOS-utredningarna redan idag är omfattande och resurskrävande. En annan möjlighet vore att utveckla någon form av artförbud för generellt otillåtna beteenden, oaktat om de är ägnade att hämma konkurrensen i det enskilda fallet. Detta ska utvecklas nedan.

6.4.3 Kommunernas säljverksamheter är olagliga men kan inte förbjudas

Till följd av svårigheterna med att visa konkurrensbegränsningar har KKV, bl.a. i sin utvärdering av KOS-reglerna anfört att det bör övervägas att möjliggöra verksamhetsförbud utan krav på

konkurrensbegränsning av viss omfattning.¹⁵⁴ Kravet för verksamhetsförbud skulle då alltså endast vara att den offentliga säljverksamheten inte är förenlig med lag, dvs. ligger utanför den kommunala kompetensen. Det framstår för mig som en märklig lösning. Det finns ju redan rättsmedel för att pröva enbart verksamhetens kompetensenlighet, nämligen laglighetsprövning enligt kommunallagen. En ordning som den av KKV föreslagna skulle då resultera i att KKV ges möjlighet att pröva landets samtliga kommunala verksamheters kompetensenlighet. Och skulle inte KKV pröva talan så skulle enskilda näringsidkare överta den rätten i enlighet med KL 3 kap. 32 § 2 st. Plötsligt skulle hela laglighetsprövningsinstitutet ha kringgåts eller flyttats till allmän domstol med kraftigt vidgad grupp av taleberättigade. Privata näringsidkare skulle ges möjlighet att pröva lagligheten i kommunala verksamheter över hela landet utan att uppfylla de krav för talerätt som kommunallagen idag uppställer i form av kommunmedlemskap. Den skulle också bära en betydligt starkare sanktion i form av verksamhetsförbud jämfört med laglighetsprövningens i sammanhanget bleka sanktion i form av undanröjande av beslut.

Tobias Indén varnade redan 2003 med anledning av de tidiga förslagen till KOS-reglerna, att regleringen kunde komma att resultera i vad han kallade en indirekt laglighetsprövning genom konkurrensrättsliga regler.¹⁵⁵ Den ordning som KKV föreslagit skulle onekligen framstå som främmande för vår rättsordning. För mig blir det dock tydligt att man här talar om prövning av den kommunala kompetensen med två olika syften. Laglighetsprövningen är ju ett rättsmedel ämnat för att ge kommunmedlemmarna större inflytande över användandet av allmänna medel medan KL:s syfte är konkurrensskydd.

Samtidigt är, som visats i avsnitt 2.2 ovan, laglighetsprövningen ett tämligen svagt rättsmedel mot konkurrerande offentliga säljverksamheter. Hade näringsidkare haft större möjlighet att klaga på icke kompetensliga kommunala verksamheter hade behovet av KOS-reglerna sannolikt inte

¹⁵⁴ KKV:s rapportserie 2016:9 s. 42. Detta diskuteras utförligare i KKV:s podcast ”Konkurrenten – avsnitt 15, När offentligt och privat konkurrerar” där företrädare från KKV uttrycker frustration över att säljverksamheterna ju är olagliga eftersom de strider mot kommunallagen, men ändå inte kan förbjudas.

¹⁵⁵ Se Indén, 2005, Indirekt laglighetsprövning genom konkurrensrättsliga regler, Förvaltningsrättslig tidskrift, häfte nr 1 2003, s. 47–57.

varit lika stort. Här bör nämnas att det i utredningen inför den nu gällande kommunallagen föreslogs att kommunmedlemskapet skulle utökas till att omfatta näringsidkare med fast driftställe i kommunen.¹⁵⁶ Förslaget blev dock inte verklighet och laglighetsprövningen är fortsatt ett slött verktyg för näringsidkare som upplever sig hindrade av kommunal konkurrens. En möjlig lösning för att öka näringslivets möjligheter att främja sig mot kommunal konkurrens skulle kunna vara att låta KOS-reglerna ta hand om det som idag klassas som förfaranden och låta laglighetsprövningen hantera verksamhetsförbudet. Det rimmar också bättre med den klassiska uppdelningen där kommunal kompetens bedöms i förvaltningsdomstol och konkurrensfrågor i allmän domstol. Möjligheterna till laglighetsprövning skulle dock som nämnts behöva stärkas.

6.5 Sammanfattande kommentar

Den utförda analysen av KOS-reglerna och dess praxis visar att det finns uppenbara svagheter som påverkar ändamålsenligheten negativt. Svagheter är huvudsakligen hänförliga till sådana delar som inom regleringsteorin sorteras in i det s.k. övervakningsledet. Detta leder rent konkret till att KKV haft och sannolikt fortsatt kommer ha stora svårigheter att med hjälp av KOS-reglerna framtvinga förbud mot kommuners konkurrenshämmande beteenden i annat än *de klara fallen*. Detta föranleds framför allt av kravet på visad effekt i varje enskilt fall samt domstolarnas fokus på kortsiktiga effekter – som visat sig mycket svåra att visa.

Även om uppsatsens syfte inte har varit att utreda om KOS-reglerna haft en positiv effekt på konkurrensproblemen mellan offentliga och privata aktörer eller inte vill jag ändå nämna att jag tror att de haft det. Detta visas inte minst av KKV:s uppgifter om att många utredningar som inleds kan avslutas eftersom den offentliga aktören förändrat sitt beteende på verkets uppmaning.¹⁵⁷ Detta är sannolikt en följd av det sociala och moraliska tryck som lagstiftningen bidrar med som skapar en vilja från kommunernas sida att göra rätt för sig.

¹⁵⁶ SOU 2015:24 s. 509 – 513.

¹⁵⁷ KKV:s diarium innehåller en mängd beslut om avslutade utredningar till följd av förändrat beteende hos den offentliga aktören: <http://www.konkurrensverket.se/Diariet/default.asp?nav=2>. Tyvärr kan inte länkas direkt till sökresultaten. Kryssa i ”avslutade ärenden” och ”konkurrensbegränsande offentlig

Analysen av KOS-reglernas ändamålsenlighet i sanktionsledet har visat att reglernas sanktioner i form av förbud är starka och inte utgör den svaga länken i regleringen. Det har dock också visats att regleringens primär- och ultimärmål inte alltid är förenliga med varandra. Det stora fokuset på primärmålet i RDM-fallet har visats vara potentiellt kontraproduktivt för ultimärmålet.

KOS-reglerna är ännu en förhållandevis ung reglering. Införandet har framför allt lett till att problematiken med konkurrens mellan offentliga och privata aktörer lyfts både i debatten och ute i kommunernas stadshus. Reglerna har dock inte lyckats infria de höga förväntningar som funnits om att skapa ett effektivt verktyg för att ingripa mot otillåten kommunal konkurrens. I dagsläget finns inga konkreta förslag till förändring av regelverket. Mer praxis hade givetvis varit önskvärt. Men på grund av den något tuffa start KKV och näringslivet fått där förbud meddelats endast i två av sex fall har verket nu genomfört flera förändringar som sannolikt kommer leda till att färre fall drivs till domstol.¹⁵⁸ I dagsläget har KKV inlämnat en stämningsansökan angående förfarandeförbud mot Hässleholms kommun där huvudförhandling förväntas ske kring årsskiftet 2018/2019.¹⁵⁹

säljverksamhet” och sök. Verkets generaldirektör har som nämnts tidigare också i media påtalat kommunernas benägenhet att rätta sig: <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/press/tal-artiklar/kommunal-sjalvsanering-gynnar-mindre-foretag.pdf>

¹⁵⁸ KKV:s rapportserie 2016:9 s. 46–51.

¹⁵⁹ Se <http://www.konkurrensverket.se/nyheter/forbjud-hassleholm-att-begransa-konkurrensen/>.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

- Proposition 1992/93:56 *Ny konkurrenslagstiftning*
- Proposition 1996/97:105 *Kommunal samverkan*
- Proposition 2008/09:231 *Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden m.m.*
- Proposition 2009/10:175 *Offentlig förvaltning för demokrati, delaktighet och tillväxt.*

Statens offentliga utredningar

- SOU 1991:59, vol. 2 *Konkurrens för ökad välfärd – Huvudbetänkande av konkurrenskommittén*
- SOU 2000:117 *Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor*
- SOU 2007:72 *Kommunal kompetens i utveckling*
- SOU 2008:118 *Styra och ställa – förslag till en effektivare statsförvaltning*
- SOU 2015:24 *En kommunallag för framtiden*

Offentliga rapporter

- Företagarnas rapport *Osund konkurrens – fortfarande ett problem för små företag*
<https://www.foretagarna.se/contentassets/4ff467c2a02240308d8b3f3c86e230c1/rapport-osund-konkurrens---fortfarande-ett-problem-for-sma-foretag---pdf-3.pdf>
- KKV:s rapportserie 2004:4 *Myndigheter och marknader – tydligare gräns mellan offentligt och privat*
- KKV:s enkät dnr 185/2017 *När det offentliga och det privata konkurrerar*

KKV:s rapportserie 2016:9 *Utvärdering av reglerna om konkurrensbegränsande offentlig
säljverksamhet*

Statskontorets rapport 2014 *Myndigheters säljverksamhet – hur och varför?*

Konkurrensverkets beslutsdiarium

KKV:s beslut dnr. 533/2011

KKV:s beslut dnr. 509/2013

Litteratur

Bohlin, Alf, *Kommunalrättens grunder*, upplaga 7:1, Wolters Kluwer Sverige, Visby, 2016.

Hedelin, Johan, *Kommunal konkurrensrätt*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2013.

Hellner, Jan, *Lagstiftning inom förmögenhetsrätten - praktik, teori och teknik*, Juristförlaget JF
AB, Stockholm, 1990

Hult, Daniel, *Lagstiftnings ändamålsenlighet – en regleringsteoretisk utvärdering av
fjärrvärmelagens potential att skapa förtroende*, Jure Förlag AB,
Stockholm, 2015

Indén, Tobias, *Indirekt laglighetsprövning genom konkurrensrättsliga regler*, Förvaltningsrättslig
tidskrift, 2003, häfte 1 s. 47–57.

Lindquist, Ulf, Losman, Sten, Lundin, Olle & Madell, Tom, *Kommunallagen i lydelsen den 1
januari 2017 – en handbok med lagtext och kommentarer*, upplaga 15,
Wolters Kluwer Sverige, Visby, 2017

Madell, Tom, *Gråzonen mellan offentlig rätt och privaträtt*, Förvaltningsrättslig tidskrift, 2002, s.
221–227.

Elektroniska källor

Göteborgsposten, debattartikel: *Många kommuner struntar i konkurrenslagen*, Stefan Koskinen,

Almega tjänsteföretagen, 8/9 2013, hämtad 23/5 2018,

<http://www.gp.se/debatt/många-kommuner-struntar-i-konkurrenslagen-1.581453>

Svenska dagbladet, debattartikel: *Kommuner låser in energikonsumenter*, Johan Barth, Per

Jonasson, Kjell Ekermo och David Johnsson, hämtad 28/5 2018

<https://www.svd.se/kommuner-laser-in-energikonsumenter>

Svenskt näringsliv, pressmeddelande: *Ny lag ska minska osund konkurrens*, 26/11 2009 hämtad

16/3 2018, [https://www.svensktnaringsliv.se/fragor/osund-](https://www.svensktnaringsliv.se/fragor/osund-konkurrens/ny-lag-ska-minska-osund-konkurrens_552187.html)

[konkurrens/ny-lag-ska-minska-osund-konkurrens_552187.html](https://www.svensktnaringsliv.se/fragor/osund-konkurrens/ny-lag-ska-minska-osund-konkurrens_552187.html)

Statistiska Centralbyrån: *Uppgifter för kommunägda företag*, hämtad 16/4 2018,

http://www.statistikdatabasen.scb.se/pxweb/sv/ssd/START_OE_OE_0108/KomFtgK/?rxid=082b50a1-dd11-4315-85c7-7f10bd6cc218

Rättsfallsförteckning

Högsta förvaltningsdomstolen (tidigare Regeringsrätten)

RÅ 1969, ref. 52

RÅ 1977, ref. 77

RÅ 1979, Ab. 12

RÅ 1991, ref. 19

RÅ 1992, ref. 71

RÅ 1993, ref. 12

RÅ 1993, ref. 32

RÅ 1993, ref. 35

RÅ 1994, ref. 65

Patent- och marknadsöverdomstolen (tidigare Marknadsdomstolen)

MD 2014:1 Konkurrensverket mot Räddningstjänsten Dala-mitt

MD 2015:12 Konkurrensverket mot AB Strömstads Badanstalt

MD 2015:17 ATV Media mot kommunalförbundet Mediacenter Jönköpings Län

MD 2016:3 Konkurrensverket mot Borås kommun

Patent- och marknadsdomstolen (Stockholms tingsrätt)

T 8160–11 Konkurrensverket mot Skelleftebuss AB

T 7924–11 Konkurrensverket mot Räddningstjänsten Dala-mitt

T 9290–11 Konkurrensverket mot Mälarenergi AB

T 16810–12 Konkurrensverket mot AB Strömstads Badanstalt

T 911–12 Konkurrensverket mot Borås kommun

T 9248–13 Konkurrensverket mot Växjö kommun

Övriga källor

2008/4625/MK

*Remissammanställning PM - Konfliktlösning vid offentlig
säljverksamhet på marknaden.*

Jag, Oscar Sjöberg, registrerades på kursen examensarbetet första gången VT18. Jag har aldrig omregistrerats och inte deltagit i något tidigare examinationstillfälle.