



STOCKHOLMS TINGSRÄTT
Avdelning 5

DOM
2014-04-09
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
T 16810-12

PARTER

KÄRANDE

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Genom processråden Mårten Hyltner och Magnus Jonson

SVARANDE

Aktiebolaget Strömstads Badanstalt, 556466-2731, Badhusgatan 2, 452 30 Strömstad

Ombud: Advokaterna John Karlbom och Mikael Åström, Setterwalls advokatbyrå,
Box 11235 404 25 Göteborg

DOMSLUT

1. Tingsrätten lämnar Konkurrensverkets talan utan bifall.
 2. Tingsrätten tillerkänner Aktiebolaget Strömstads Badanstalt ersättning av allmänna medel för rättegångskostnader med 447 836 kr, varav 400 000 kr för ombudsarvode. Konkurrensverket ska ombesörja att ersättningen betalas ut.
-

Dok.Id 1320174

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 8307 104 20 Stockholm	Scheelegatan 7	08-561 654 70 E-post: stockholms.tingsratt.avdelning5@dom.se www.stockholmstingsratt.se	08-561 650 05	måndag – fredag 08:00-16:00

SAKEN

Aktiebolaget Strömstads Badanstalt (Badanstalten) är ett av Strömstads kommun helägt aktiebolag. Enligt bolagsordningen ska Badanstalten bedriva bad- och friskvårdsverksamhet inom Strömstads kommun. Enligt ägardirektiven ska Badanstalten, med iakttagande av de kommunala självkostnads- och likställighetsprinciperna främst tillgodose kommuninnevånarnas behov av simhall.

Badanstaltens lokaler i Strömstad innehåller en friskvårdsanläggning med simhall, gym- och spaanläggning. Byggnaden i vilka lokalerna finns ägs av det kommunala fastighetsbolaget AB Strömstadslokaler. Byggnaden inrymmer också bland annat en gästhamnsservice och viss privat verksamhet, som ett café och en restaurang.

Badanstalten har en simhall med en 25 x 8 meter stor bassäng med saltvatten samt en vattensprutande barnpool med rutschkana och sötvatten. Längs hela simhallens ena långsida går fönster från golv till tak med utsikt mot inloppet till Strömstads gästhamn.

Badanstalten har tolv fast anställda samt ett tjugotal timmanställda. Badanstaltens totala omsättning för 2010 uppgick till 10,8 miljoner kr.

Strömstads kommun gav mellan åren 1997 och 2009 ekonomiskt stöd till Badanstalten i form av driftsbidrag med totalt 14 miljoner kr.

Badanstalten bedriver också *gymverksamhet*. Gymverksamheten disponerar en gruppträningslokal, en spinningssal med 21 spinningcyklar, 16 styrketränings- och 20 konditionsmaskiner och två solarier. Badanstalten erbjuder cirka fem gruppträningsspass per dag (både dag- och kvällstid) samtliga dagar i veckan.

Badanstalten säljer sina gymtjänster enbart i form av kombinationskort som ger tillgång till gymverksamhet, simhall, omklädningsrum och bastu.

Badanstaltens omsättning för gymverksamheten uppgick 2010 till 3,8 miljoner kronor.

Badanstalten bedriver också *spaverksamhet*. Den verksamheten disponerar fem behandlingsrum, ett relaxrum, bastu och jacuzzi. Spaverksamheten har öppet dag- och kvällstid samtliga dagar i veckan.

Badanstaltens spakunder får alltid tillgång till relaxavdelning, gymverksamhet och simhall. Inom ramen för spaverksamheten sker även försäljning av behandlingar och spaartiklar. Det är inte möjligt att köpa behandlingar separat, dvs. utan tillgång till relaxavdelning, gymverksamhet och simhall.

Badanstaltens omsättning för spaverksamheten uppgick 2010 till åtminstone 2,6 miljoner kr.

I Strömstads kommun finns – utöver Badanstalten – två gymanläggningar för allmänheten. En som tidigare ägts av Westcoast Fitness Center men numera överlåtits till företaget Nordic Wellnes (denna anläggning benämns fortsättningsvis Westcoast). Den andra drivs av Quality Spa & Resort Strömstad.

Westcoast startade sin verksamhet i Strömstad under 2009. Företaget ger kunder tillgång till ett gym med bl.a. gruppträning. Företaget har öppet samtliga dagar i veckan. Westcoasts omsättning från verksamheten i Strömstad var 2010 ca 2,5 miljoner kr.

Quality bedriver verksamhet i Strömstad sedan 2007 i form av hotell- och restaurangverksamhet men också med viss spaverksamhet och med tillgång till gymfaciliteter samt med viss gruppträning.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket har yrkat att tingsrätten, vid vite om två miljoner kr, ska förbjuda Badanstalten att bedriva

- a) gymverksamhet, som gruppträning med instruktör och tillgång till styrketräningsmaskiner, konditionsmaskiner samt fria vikter,
- b) dagspaverksamhet, som tillgång till relaxavdelning och försäljning av spabehandlingar samt spaartiklar och
- c) säljverksamhet som väsentligen överensstämmer med de i a) och b) angivna verksamheterna.

Badanstalten ska ha upphört med dessa säljverksamheter senast sex månader efter att förbudsbeslutet har vunnit laga kraft.

Badanstalten har bestritt bifall till käromålet. Bolaget har inte vitsordat skäligheten av det begärda vitesbeloppet.

Badanstalten har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

GRUNDER

Konkurrensverket

Badanstalten, som är ett av Strömstads kommun helägt aktiebolag, bedriver:

a) gymverksamhet, såsom gruppträning med instruktör och tillgång till styrketräningsmaskiner, konditionsmaskiner samt fria vikter och

b) dagspaverksamhet, såsom tillgång till relaxavdelning och försäljning av spabehandlingar samt spaartiklar.

Såväl gym- som dagspaverksamheten utgör säljverksamheter som omfattas av 1 kap. 5 § konkurrenslagen (2008:579).

Strömstads kommun har ett direkt dominerande inflytande över Badanstalten genom ägarskap.

Badanstalten har i egenskap av offentlig aktör konkurrensfördelar jämfört med privata aktörer. Vidare har Badanstalten en stark position såväl på marknaden för gym i Strömstads kommun som på marknaden för dagspan i Strömstads och Tanums kommuner. Dessa förhållanden medför att:

a) Badanstaltens gymverksamhet snedvrider, eller är ägnad att snedvrیدا förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden för gym i Strömstads kommun; eller hämmar, eller är ägnad att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens och

b) Badanstaltens dagspaverksamhet snedvrider, eller är ägnad att snedvrیدا förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden för dagspan i Strömstads och Tanums kommuner; eller hämmar, eller är ägnad att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.

4. Vare sig gym- eller dagspaverksamheten är förenliga med den kommunala kompetensen och därmed inte heller förenliga med lag i den bemärkelse som avses i 3 kap. 27 § tredje stycket konkurrenslagen.

Badanstalten

Såväl Badanstaltens tränings- (gym-) som spaverksamheter omfattas av den kommunala kompetensen och är förenliga med lag.

Badanstalten utövar inte någon verksamhet som snedvrider eller är ägnad att snedvrیدا förutsättningarna för en effektiv konkurrens och inte heller som hämmar eller är ägnad att hämma förekomsten eller en utveckling därav.

Det råder en effektiv konkurrens såväl på marknaden för tränings- som på marknaden för spaverksamhet.

Ett förbud för Badanstalten att bedriva verksamheterna skulle innebära en oproportionerlig åtgärd som försämrar konkurrensen på de aktuella marknaderna och motverkar syftet bakom konkurrenslagstiftningen.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Konkurrensverket

Badanstalten som en offentlig aktör

Strömstads kommun har drygt 12 000 invånare. I söder gränsar kommunen till Tanums kommun.

Strömstad har varje år fler nordiska turismresor än hela Stockholms län. Det dominerande syftet för turismresor till Strömstad är shopping över dagen och Strömstad är en utpräglad gränshandelsstad.

Under åren 1997 – 2009 fick Badanstalten driftsbidrag med totalt 14 miljoner kr av Strömstads kommun. Enligt Badanstalten kom ingen del av driftsbidraget gym- och spaverksamheterna till del. Påståendet är inte möjligt att kontrollera eftersom Badanstalten inte har någon särredovisning för de olika verksamheterna. Det är väl i och för sig troligt att en del av driftsbidragen faktiskt har gått till simhallsverksamheten. Men, det är också sannolikt att en stor del av bidragen kommit även Badanstaltens gym- och spaverksamheter till del eftersom Badanstalten, enligt egen uppgift, samordnar entré, reception, omklädningsrum och duschtrymmen för alla sina verksamheter. Dessutom arbetar större delen av den fasta personalen i samtliga verksamheter och har ett gemensamt ansvar för reception-, tvätt- och städuppgifter. I avsaknad av någon särredovisning som visar annat får det alltså antas att de erhållna driftsbidragen har kommit Badanstaltens samtliga verksamheter till del, alltså även gym- och spaverksamheterna.

Av årsredovisningar för åren 2000 – 2010 kan man se att omsättning, resultat och antal besökare ökat stadigt och 2010 omsatte Badanstalten knappa 11 miljoner kr.

Under 2010 fick dock Badanstalten inte något driftsbidrag. Detta betyder dock inte att Badanstalten längre fram kan antas få kommunalt stöd om det behövs. Av årsredovisningen för 2010 framgår nämligen att Badanstalten från 2012 kan få betydliga hyreshöjningar och att detta sannolikt kommer att medföra behov av kommunalt stöd. Det är tydligt att Badanstalten även fortsättningsvis räknar med kommunala stöd om ekonomin inte går ihop sig.

När det gäller Badanstaltens hyra var den 2006 satt till knappt 1,5 miljoner kr med en avtalsbestämmelse om indexreglering. Hyresavtalet kunde förlängas med tre år när det gick ut den 31 december 2009. Det betyder att hyresavtalet gällde åtminstone fram till utgången av 2012, dvs. efter stämningsansökan i målet.

Men betalar Badanstalten en marknadsmässig hyra? Strömstadslokaler har uppgett hur årsbeloppet för 2006 beräknades och att en rabatt på drygt 1,1 miljoner kr lämnades. Badanstaltens hyra täcker alltså bara knappt 60 procent av Strömstadslokalers kostnader för lokalerna.

Strömstadslokaler har vidare uppgett att hyran inte har bestämts utifrån Strömstadslokalers kostnader för lokalerna. Istället har den satts utifrån Badanstaltens betalningsförmåga. Bakgrunden till den förmånliga hyressättningen är att fram till 2007 var Badanstalten helägt av Strömstadslokaler och då var man inte så noga med hyres- och kostnadsfördelningen mellan bolagen.

Strömstadslokalers andra kommunala hyresgäster har, enligt vad bolaget uppgett, däremot hyreskontrakt baserade på Strömstadslokalers självkostnad och inte hyresgästens betalningsförmåga. Och när det gäller privata hyrestagare så är det rent kommersiella hyreskontrakt som gäller.

Badanstaltens säljverksamheter i form av gym och dagspa*Gym*

Gymverksamheten sysselsätter ca tre heltidsanställda och ett 20-tal timanställda instruktörer.

Badanstaltens gym får sägas vara en fullskalig gymanläggning.

Badanstalten har uppgett att man inte har någon heltidsanställd personal för träningsverksamheten utan endast timanställda vid behov. Det kan stämma eftersom större delen av personalen, som tidigare berörts, arbetar i samtliga verksamheter. Men även om det inte finns personal som är heltidsanställd för just träningsverksamheten har det framgått under Konkurrensverkets utredning att gymverksamheten sysselsätter motsvarande 3 heltidsanställda förutom de timanställda instruktörerna.

Under åren 2005 - 2010 har gymmets omsättning varierat mellan 3 144 000 kr och 3 840 000 kr. Det betyder att har gymmet stått för mellan 35 och 40 procent av Badanstaltens totala intäkter.

Dagspa

2001 genomförde Strömstadslokaler en investering om 2,4 miljoner kr för att uppföra Badanstaltens spaanläggning.

I behandlingsväg erbjuder Badanstalten bland annat massage, vaxning av bikinilinje och annan hårborttagning, olika scruber och inpackningar, chokladmassage och färgning av ögonfransar och ögonbryn. Dagspaverksamheten är inriktad på lyx, njutning och relax.

Spaverksamheten sysselsätter, enligt vad Badanstalten uppgett, motsvarande fyra heltidsanställda.

Intäkterna från spaverksamheten kan beräknas antingen exklusive inträdesavgifterna till spaavdelningen eller inklusive dessa.

Vid beräkning av intäkterna från spaverksamheten bör även inträdesavgifterna till spaavdelningen tas med.

Under åren 2005 – 2010 har omsättningen för spaverksamheten därmed varierat mellan knappa 2,1 miljoner kr och knappa 3,4 miljoner kr. Det betyder att under perioden har Badanstaltens spa stått för mellan 23 och 31 procent av de totala intäkterna.

En beräkning av spaverksamhetens omsättning utan hänsyn till inträdesavgifterna visar även den på en betydande omsättning; mellan 1,6 och 2,6 miljoner kr, vilket motsvarar mellan 17 och 24 procent av Badanstaltens totala intäkter.

Gym- och dagspaverksamheterna är inte förenliga med lag

Allmänt

Kommuner får inte bedriva näringsverksamhet inom vad som man kallar det egentliga näringslivets område. Den del där kommuner har rätt att verka brukar kallas sedvanlig kommunal affärsverksamhet.

Den sedvanliga kommunala affärsverksamheten är alltså den del av näringslivets område där kommunernas rätt att vara handlar till stor del om att tillhandahålla anläggningar till allmänheten såsom hamnar, simhallar och VA-anläggningar.

Sådan affärsverksamhet är ofta monopolartad till sin natur, såsom sophämtning och kollektivtrafik. Men det kan också vara så att verksamheten normalt inte kan drivas

med vinst och därmed är beroende av allmänna medel för sin existens, något som ofta gäller för exempelvis simhallar.

En stor del av de sedvanliga kommunala affärsverksamheterna har med åren blivit reglerade i lag, t.ex. el-verksamhet. I den mån den kommunala affärsverksamheten är av sådan art att den kan tänkas konkurrera med privata företag har det normalt införts krav på att den ska bedrivas affärsmässigt, dvs. med vinst.

När det gäller gym- och spaverksamheter kan konstateras att de förhållanden som kännetecknar sedvanlig kommunal affärsverksamhet inte finns. De är inte koncessionsbundna eller monopolartade till sin natur. De har inte vuxit fram ur något konkret behov av omfattande lokal samverkan mellan människor i tätorten.

Vidare är vare sig gym eller spa sådana verksamheter som normalt inte kan drivas med vinst och därför är beroende av allmänna medel för sin existens.

I sammanhanget ska nämnas att ett gym inte kan anses vara en sådan idrottsarena som kommuner kan ha rätt att driva och den försäljning av gymtjänster som badanstalten ägnar sig åt kan inte heller anses utgöra ett tillhandahållande av en idrottsarena. Inte heller kan badanstalten sägas vara en sådan turistanläggning som avses i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter.

När det gäller spaverksamheten är den dessutom av en sådan lyxbetonad karaktär att den inte kan anses utgöra ett sådant allmänt intresse att kommunmedlemmarna ska erbjudas verksamheten.

Anknytningskompetens

Enligt Badanstalten kan gym- och spaverksamheterna ändå vara tillåtna med hänsyn till rättspraxis om s.k. anknytningskompetens.

Anknytningskompetens används som beteckning för en företeelse där domstolarna har tillåtit kommuner att bedriva viss kompetensstridig näringsverksamhet trots att den alltså enligt huvudregeln är förbjuden. De exempel som finns från praxis visar att den anknytande verksamheten ska vara en naturlig följd av den större, kompetensenliga verksamheten. Vidare måste den vara av begränsad omfattning och bedrivas utan vinstsyfte.

Att det finns en cafeteria i ett badhus är naturligt. Att det finns en kiosk i en bussterminal är naturligt. Att det finns stuveriverksamhet i en hamn är naturligt. Det är brukarnas, normalt kommunmedlemmarnas, perspektiv som är avgörande. I grunden handlar det om att det ska vara naturligt för brukaren av den kompetensenliga verksamheten att i samband med nyttjandet av denna även efterfråga den icke-kompetensenliga verksamheten.

Det kan inte räcka att kunderna vissa gånger besöker Badanstalten för att bada och vissa gånger för att träna på gym eller gå på spa. För att anknytningskompetens ska kunna komma ifråga krävs att den kompetensstridiga verksamheten efterfrågas i samband med nyttjandet av den kompetensenliga verksamheten.

Det är alltså den kompetensenliga verksamheten som ska vara själva målet med besöket. Och när det gäller Badanstaltens gym och spa kan det förutsättas att de flesta av besökarna till dessa verksamheter kommer till Badanstalten just för att träna på gymmet eller för att gå på spat. Att ta del av den kompetensenliga simhallsverksamheten är inte det primära syftet med deras besök.

Även om det fanns ett sådant kvalificerat samband så skulle anknytningskompetens ändå inte kunna komma ifråga i detta fall. De kompetensstridiga verksamheterna gym och spa är nämligen inte av begränsad omfattning i förhållande till den kompetensenliga simhallsverksamheten. Som följer av vad som sagts om Badanstaltens intäkter som gymmet respektive spaverksamheten har följer att

gym- och spaverksamheterna är för stora i förhållande till den kompetensenliga simhallsverksamheten för att anknytningskompetens ska kunna komma ifråga. Simhallsverksamheten står endast för en tredjedel av intäkterna medan gym- och spaverksamheterna var och en står för ungefär en tredjedel.

Relevant marknad

Gym

Badanstalten har menat att gymträning endast är ett av många alternativ för friskvård, motion och rörelse.

Gymtjänster är emellertid att se som en *produktmarknad*. Träning på gym skiljer sig i många avseenden från andra träningsformer. Fysiologiskt särskiljer sig gymträning genom att den ger utövaren möjlighet att forma och stärka muskelgrupper i hela kroppen, vilket många utövare eftersträvar. Utmärkande för gym är också allsidigheten i träningen. Av Riksidrottsförbundets årliga undersökning Svenska folkets idrottsvanor (2011) framgår att styrketräning är svenska folkets mest populära motionsform efter gång/promenader.

Moderna gym tillhandhåller inte bara maskiner för styrke- och konditionsträning, utan erbjuder ofta även gruppträningspass av olika slag. Därmed finns möjlighet att träna inte bara samtliga muskelgrupper och kondition, utan även motorik och smidighet. Få andra träningsformer kan mäta sig med den mångsidiga träning som tillgång till en gymanläggning ger möjlighet till.

Tillgängligheten är ett annat utmärkande drag hos gym. De flesta större gym har generösa öppettider och erbjuder ofta gruppträningspass från morgon till kväll. På så sätt särskiljer sig gymträning från de flesta andra organiserade träningsformer, där antalet träningstillfällen är begränsade och inträffar på bestämda tidpunkter.

Många andra träningsformer, som lagidrott, racketsporter med flera, förutsätter samordning från två eller flera personer. Gymträning däremot kan ske med eller utan medutövare. Eftersom träningen sker inomhus är den också, till skillnad från exempelvis löpning och längdskidåkning, oberoende av väderförhållanden och säsong.

Mot den bakgrunden skiljer sig gymträning från andra träningsformer i så många avseenden att gymträning inte kan anses utbytbar med andra former. Den relevanta produktmarknaden är alltså marknaden för gymtjänster.

Avgörande för bedömningen av den *geografiska marknaden* är hur långt kunderna är beredda att förflytta sig för att få tillgång till tjänsten.

När det gäller gymtjänster är kundernas benägenhet att förflytta sig mycket begränsad. Den enskilt viktigaste faktorn för kundernas val av gym är att det ligger nära hemmet eller arbetsplatsen. Det framgår Riksidrottsförbundets undersökning Svenska folkets träning med motionsgymna, aerobics och styrketräning (2001).

Enligt uppgifter från Friskvårdsföretagens branschorganisation (FRISK) är sex till tio minuters färdväg ungefär så långt som konsumenter i allmänhet är villiga att ta sig för att få tillgång till gym.

Strömstad ligger inte i närheten av några andra tätorter med gym. Individer som både bor och dagtid vistas i Strömstad är därför i praktiken hänvisade till de gym som finns tillgängliga inom orten. Närmaste gym inom Sveriges gränser utanför Strömstad finns i Tanumshede knappt fyra mil söder om Strömstad.

Invånare i Strömstad som arbetar på annan ort kan eventuellt ha tillgång till gym i anslutning till arbetsplatsen. Om en stor andel av Strömstads befolkning arbetar utanför Strömstad skulle gym i anslutning till de personernas arbetsplats möjligen kunna utöva ett visst konkurrenstryck på gym i Strömstad. Av cirka 12 000 boende i Strömstad arbetade dock endast 542 individer på annan ort under 2010 enligt SCB:s statistik.

Eftersom en så liten andel av Strömstads potentiella gymutövare arbetar på annan ort saknas grund för ett antagande om att gym i kringliggande orter skulle ingå på samma relevanta geografiska marknad som gym i Strömstads kommun.

I Strömstad finns tre gymanläggningar. Två av dessa, Badanstaltens och Westcoasts riktar sin verksamhet till allmänheten, medan den tredje gymanläggningen som drivs av Quality Spa & Resort Strömstad främst riktar sig till hotellets gäster.

Av uppgifter från Badanstalten och Westcoast framgår att deras gymutbud huvudsakligen nyttjas av Strömstads kommuninvånare. Westcoast har uppgett att ca 95 procent av besökarna utgörs av Strömstadsbor. Badanstalten har uppgett att verksamheten i första hand vänder sig till kommuninvånarna och att gymmet huvudsakligen nyttjas av kommuninvånarna.

Omkring 1 500 personer pendlar till Strömstad från andra kommuner för att arbeta. Mot bakgrund av uppgifterna om att gymmen i Strömstad till allra största delen utnyttjas av boende i Strömstad kan arbetspendlingen in till Strömstad inte påverka avgränsningen av den relevanta geografiska marknaden.

Den relevanta gymmarknaden är alltså gymtjänster i Strömstads kommun.

Dagspa

Enligt International Spa Association (ISPA) handlar spaupplevelsen om en helhetssyn på kropp och själ och kan beskrivas som "... tid för avslappning, reflektion, förnyelse och glädje". Detta stämmer väl överens med spabesökares egen syn på vad ett spa ska erbjuda. Enligt en rapport från Svenska Spahotell är de ord som spabesökare främst förknippar med spa följande: avkoppling, lugn och ro, njutning, behandling, lyx, massage, välbefinnande samt relax. Kriterierna är relevanta även för ett dagspa. Det torde inte vara nödvändigt för ett dagspa att också erbjuda en fullskalig restaurantservice.

Av kriterierna framgår att det i spaupplevelsen ska ingå tillgång till olika former av bad, fysisk aktivitet, bastu, mental avkoppling, ansikts- och kroppsvård.

Normalt säljer spaanläggningar även spaartiklar, såsom tvålar, tvättsvampar och olika former av hudvårdsprodukter, företrädesvis sådant som används i verksamhetens behandlingar.

Spa bör därför ses som en samling produkter som uppfyller de nämnda kriterierna och som paketerats för att utgöra en helhetsupplevelse.

Spa utgör därmed en *produktmarknad* som inte är utbytbar mot andra avkopplande upplevelser. Den helhetsupplevelse som ett spabesök erbjuder är inte heller utbytbar mot sina delar i den meningen att separat konsumtion av de tjänster och produkter som ingår i spaupplevelsen skulle vara jämförbart med helhetspaketet.

Det finns olika typer av spaanläggningar. En tydlig skiljelinje kan dras mellan spahotell, som erbjuder logimöjligheter, och dagspa, som inte gör det. Ett spahotellbesök med övernattnings är förenat med såväl en längre tidsåtgång som avsevärt högre kostnader än ett dagspabesök. Vidare är kunder beredda att resa avsevärt längre för ett spahotellbesök med övernattnings än de är beredda att resa för ett dagspabesök. Mot den bakgrunden måste hotellspa med övernattnings och dagspa anses utgöra separata produktmarknader. Av Sveriges Hotell och Restaurangföretagares rapport *Spamarknaden i Sverige (2010)* framgår också att man i branschen gör en tydlig skillnad mellan spahotell och dagspaanläggningar.

Badanstalten har inte några hotellrum och kan inte erbjuda nattlogi. Badanstaltens spa-verksamhet är därför ett dagspa. Badanstalten har dock menat att man är verksam på både dagspamarknaden och spahotellmarknaden, eftersom omkring 40 procent av spabesökarna hänför sig till kunder som övernattnings på hotell och att många gäster också

köpt ett hotellpaket där spabesöket ingår. Badanstalten har särskilt nämnt ett samarbete med Laholmen hotell.

Det ifrågasätts inte att ett antal av Badanstaltens spabesökare har övernattat på hotell i Strömstad. Den omständigheten att vissa spabesökare övernattat på hotell i Strömstad innebär emellertid inte att Badanstalten är ett spahotell. Som nämnts kan Badanstalten inte erbjuda nattlogi. Det faktum att hotellgäster kan besöka Badanstaltens spa och i vissa fall även via sitt hotell köpa paket där både hotellövernattning och entrén till Badanstaltens spa ingår innebär inte att Badanstalten blivit ett spahotell.

Det är dessutom en väsentlig skillnad att övernatta på t.ex. Quality Spa & Resort i Strömstad, där spaanläggningen är en helt integrerad del av hotellet, och att övernatta på ett hotell i Strömstad för att i samband med det besöka en spaanläggning belägen någon annan stans i Strömstad. Badanstalten är således inte verksamt på marknaden för hotellspan, utan uteslutande på marknaden för dagspan. Den relevanta produktmarknaden är alltså marknaden för dagspan.

Också för avgränsningen av *den relevanta geografiska marknaden* för dagspan är tidsåtgången för att ta sig till spaanläggningen av stor betydelse. Tidsåtgången för att ta sig till och från ett dagspa får inte vara så stor att den går ut över spaupplevelsen, det vill säga tiden för avslappning, reflektion, förnyelse och glädje. Detta talar för att den relevanta geografiska marknaden för dagspan är lokal. Även transportmöjligheter och transportkostnader är av betydelse för avgränsningen av den relevanta geografiska marknaden.

Att tidsåtgången är viktig stöds av branschorganisationen Spa & Hälsa, som till Konkurrensverket uppgett att vid valet av spa är läget, dvs. närhet till hemmet, det absolut viktigaste kriteriet. Av Spa & Hälsas uppgifter framgår också att kunder sannolikt inte är benägna att åka mer än 60 minuter för att besöka ett dagspa. Att läget är av avgörande betydelse stöds av Svenska Spahotells rapport Vad spahotellgästen vill ha, där 20 procent av spahotellgästerna uttryckte att läget var den avgörande faktorn vid

valet av spa. Endast 5 procent av gästerna uppgav att priset var den avgörande faktorn vid valet av spa.

Läget i förhållande till hemmet är alltså avgörande för de flesta spabesökare. Också enligt Svenska Spahotell är en dagspa-besökare endast beredda att åka upp till en timme. Det kan jämföras med de maximalt 2,5 timmar som en spahotell-besökare kan tänka sig att åka enligt Svenska Spahotell.

Mot bakgrund av att avståndet utgör en så viktig faktor i förhållande till priset kan antas att dagspabesökare normalt kommer att välja det spa som ligger närmast och att mindre prisskillnader inte påverkar detta val i någon nämnvärd utsträckning.

I Strömstads kommun finns två spaanläggningar, Badanstaltens och Quality Spa & Resorts. De befinner sig på samma relevanta geografiska marknad.

I söder gränsar Strömstad till Tanums kommun, där det inte finns något spa. Närmsta spa, Vann Spa Hotell & Konferens, ligger istället i Brastad i Lysekils kommun.

Avståndet mellan Strömstad och Brastad är knappa timmen om man åker bil. För de dagspakunder i Tanums kommun som bor mitt emellan Strömstad och Brastad kan således span i Strömstad och span i Brastad utgöra alternativ till varandra.

Att en beaktansvärd del av dagspakunderna i Strömstad skulle betrakta spaanläggningen i Brastad som ett realistiskt alternativ och vice versa framstår som uteslutet. Mot den bakgrunden kan den relevanta geografiska marknaden inte anses sträcka sig längre söderut än att den som störst omfattar Strömstads och Tanums kommuner.

I norr, öster och väster gränsar Strömstad till Norge. Prisnivån i Norge är högre än i Sverige. Som exempel kan nämnas att en ”klassisk massage” kostar 800 norska kr (ca 940 kr år 2012) på Quality Spa & Resort Son, som ligger någon mil norr om Moss, en

dryg timmes färdväg från Strömstad. På Quality Spa & Resort i Strömstad, som tillhör samma kedja kostar ett liknande massagepass av samma längd runt 800 kronor.

För dagspabesökare som bor på den svenska sidan kommer norska span inte att vara ett alternativ eftersom de både ligger längre bort och är dyrare. För dagspabesökare bosatta i Strömstad är därför inte spaanläggningar i Norge ett alternativ.

För boende på den norska sidan inom en timmes färdväg från Strömstad kan både norska och svenska spaanläggningar i och för sig utgöra ett alternativ. Den absoluta merparten av de norska dagspabesökare som är bosatta inom en timmes färdväg ifrån Strömstad har dock tillgång till betydligt mer närliggande norska span, exempelvis det i Sarpsborg, 35 minuters resväg norr om Strömstad.

Marknaden för dagspa har en lyxbetoning och läget är alltså avgörande för gästernas val av spa. Det framstår därför inte som troligt att de norska dagspabesökare som är bosatta inom en timmes färdväg från Strömstad i någon större utsträckning skulle se dagspan i Strömstad som ett direkt alternativ till de betydligt mer närliggande norska dagspana.

Således utgör dagspan i Strömstad ett direkt alternativ till norska span endast för de norska kunder som bor i områdena mellan Sarpsborg och Strömstad samt öster om Strömstads kommun. De kunderna har ju ungefär lika långt till Strömstad som till de norska alternativen.

I sammanhanget ska noteras att just de områdena i Norge som ligger närmast Strömstad är relativt glest befolkade samt att trafikanter som passerar Svinesundsbron, som förbinder Sverige och Norge, måste betala en avgift om 20 norska kronor enkel väg.

Badanstalten har påstått att antalet norska besökare på Badanstaltens spa uppgår till 70 procent. Under utredningen har Badanstalten i en skrivelse uppgett att 60 procent av spabesökarna är från Strömstad, att 10 procent av besökarna är från grannkommuner

och att andelen norska spabesökare utgör 30 procent. Därefter har Badanstalten uppskattat andelen norska spabesökare till ca 25 procent, vilket kan antas vara riktigt. Badanstalten har inte heller, trots begäran om det, presenterat något stöd för påståendet att andelen norska besökare uppgår till 70 procent.

Huruvida norska turister som besöker Strömstad, och alltså ändå befinner sig på orten, i viss utsträckning passar på att besöka Badanstaltens dagspa, saknar betydelse för avgränsningen av den geografiska marknaden. De befinner sig ju redan i Strömstad och det är de spaanläggningar som finns där som konkurrerar om de potentiella spabesökarna i Strömstad.

Den relevanta geografiska marknaden för dagspa kan alltså bestämmas till Strömstads och Tanums kommuner.

Badanstaltens gym- och dagspaverksamheter är konkurrensbegränsande

Marknadsförhållandena på de relevanta marknaderna

På *gymmarknaden* finns tre gymanläggningar i Strömstad; Badanstaltens, Wetscoasts och Quality Spa & Resorts..

Westcoast såldes i maj 2013 till företaget Nordic Wellness. I försäljningen ingick samtliga fyra gym som Westcoast drev, dvs. gym också i Uddevalla, Munkedal och Tanum. Nordic Wellness har idag 103 gymanläggningar belägna i Syd- och Mellansverige. Westcoast har inte förändrat sin verksamhet med anledning av försäljningen.

Westcoast erbjuder ett fullskaligt gym där det finns tillgång till styrketräningsmaskiner, konditionsmaskiner och fria vikter. Man erbjuder också dagligen ett antal gruppträningsspass och personliga tränare. Besökarna har tillgång till Bastu- och duschutrymmen. Gymmet har öppet alla dagar i veckan. Westcoast omsatte 2,5 miljoner kr år 2010.

Quality Spa & Resorts gym är inte i egentlig mening en konkurrent till Westcoast och Badanstaltens gym. Quality Spa & Resort Strömstad är ett spahotell ca 3 km från Strömstad centrum. Där finns en mindre gymfacilitet för styrke- och konditionsträning. Quality erbjuder också viss tillgång till gruppträning. I motsats till Badanstalten och Westcoast erbjuder inte Quality Spa & Resort månads- eller årskort till gymmet. Det går däremot att köpa endagskort eller 10-klippkort.

Spahotellet marknadsför inte heller gymverksamheten särskilt aktivt. På hemsidan finns viss information, men den som är intresserad av priser för att träna eller tider för gruppträning hänvisas till att maila en förfrågan om ytterligare information till hotellet. I dagsläget är gymmet närmast en integrerad del av den spaverksamhet som erbjuds hotellgästerna och gymmet är främst till för hotell och spagästerna.

Quality Spa & Resort bör dock relativt enkelt kunna expandera sin gymverksamhet och får anses vara i vart fall en potentiell konkurrent till Badanstalten och Westcoast. Nordic Wellness.

Som redan sagts omsatte Badanstaltens gymverksamhet ca 3,8 miljoner kronor 2010. Det innebär att Badanstalten har en marknadsandel om 60 procent i Strömstad kommun och Westcoast en marknadsandel om 40 procent.

Quality Spa & Resort, ett spahotell, erbjuder även *dagspåtjänster*, dvs. det går att köpa ett dagsbesök utan att samtidigt köpa en övernattning. Bolaget har uppskattat att den omsättning som är hänförlig till dagsbesök på spaanläggningen uppgår till mellan 100 000 kr och 1 miljon kr per år.

Som tidigare sagts uppgick Badanstaltens omsättning relaterad till spaverksamheten till ca 3,3 miljoner kr år 2010. För en beräkning av marknadsandelar innebär det att Badanstalten har en marknadsandel om 77 procent och Quality Spa & Resort en andel om 23 procent utifrån en omsättning på 1 miljon kr.

Konkurrensbegränsande fördelar

Badanstalten har flera olika fördelar i förhållande till privata aktörer.

Badanstalten har samdrifts- och lokaliseringsfördelar

Gymmet och spaet finns i anslutning till den befintliga simhallen, som är en kommunal verksamhet som regelmässigt inte går att driva med vinst, och använder befintlig reception, omklädningsrum, duschar och bastu. Badanstaltens gym- och spaverksamheter behöver således till skillnad från privata aktörer inte själva bära kostnaderna för dessa faciliteter.

Dessutom arbetar i stort sätt all fast anställd personal i samtliga verksamheter. Det innebär att badhuspersonal kan användas för att utföra arbete i de övriga verksamheterna.

Badanstaltens gym och spaverksamheter har också tillgång till simhallens pooler. Det är, enligt uppgift, viktigt att en spaanläggning kan erbjuda tillgång till en bassäng. Ett riktmärke är att det bör finnas i vart fall en pool motsvarande 10 kvadratmeter. Det är naturligtvis en stor investering och kostnad för en privat aktör. Badanstaltens spaverksamhet har dock tillgång till badhusets pooler, inklusive den unika saltvattenpoolen med utsikt över hamnen, och behöver inte göra någon sådan investering.

Badanstaltens gym- och spaverksamheter har en fördel av *den förmånliga hyressättningen* – som enligt vad som tidigare sagts tillämpas av Strömstadslokaler – i i förhållande till privata aktörer som måste betala marknadshyra för sina lokaler. Även om hyran för Badanstalten skulle höjas till en nivå som motsvarar självkostnaden har Badanstalten fortfarande en fördel i förhållande till privata aktörer som betalar marknadshyra. Badanstalten har anfört att gym- och spaverksamheterna inte vid något tillfälle betalat en hyra understigande marknadshyran. Det finns emellertid inte någon särredovisning för dessa verksamheter. Det går således inte att bedöma vilken hyra som belas-

tar gym- och spaverksamheterna. Det enda som säkert kan sägas är att Badanstaltens hyreskostnad är kraftigt rabatterad och inte ens uppgår till självkostnaden.

Badanstalten har också *finansiella fördelar*.

Kommunala aktörer är bundna av självkostnadsprincipen. Det innebär att kommunala aktörer inte får ta ut någon vinst. Redan härigenom har således kommunala verksamheter en konkurrensfördel i förhållande till privata aktörer.

Om en kommunal verksamhet behöver investera finns dessutom alltid tillgång till kapital på förmånliga villkor. Kommuner kan inte försättas i konkurs och med kommunen i ryggen kan kommunala bolag därför alltid erhålla förmånliga lån, antingen direkt från kommunen eller på marknaden.

Om verksamheten dessutom får direkt kommunalt stöd har verksamheten givetvis en ännu större fördel i förhållande till de privata aktörerna. I detta fall har Badanstalten kunnat bygga upp och utveckla sin verksamhet med hjälp av driftbidrag om ca 14 miljoner kr under perioden 1997-2009.

Badanstaltens hyresvärd, det kommunala fastighetsbolaget, har dessutom bekostat iordningställandet av spalokalerna för 2,4 miljoner kr.

Som framgår av Badanstaltens årsredovisning för 2010 förväntar sig Badanstalten att förväntade hyreshöjningar ska täckas av ett ökat kommunalt stöd. Det är naturligtvis en fördel som ingen privat aktör har.

Vite

Gym- och spaverksamheterna omsatte 2010 sammanlagt ca 7,2 miljoner kr.

Strömstad kommun har också visat sig vara berett att skjuta till betydande medel för att stötta verksamheten. Vissa år har bidragen uppgått till 1,5 miljoner kronor.

Mot denna bakgrund är ett vitesbelopp om 2 miljoner kr skäligt för att förmå Badanstalten att följa ett förbud.

Badanstalten

Inledningsvis

Målet handlar i stort sett om två saker: kommunal kompetens och fungerande konkurrens.

Det kan konstateras att

- a) Badanstalten driver friskvårdsverksamhet i form av träning, simning och behandlingar, centralt i verksamheten är simbassängen,
- b) Strömstad är en av landets äldsta kurorter och
- c) uppgifterna om Badanstalten och Westcoasts omsättning och medlemsantal är ostriktiga.

Frågan är då vad dessa och andra faktiska omständigheter får för inverkan på konkurrensen.

Bakgrund

För att fullt förstå hur Badanstaltens verklighet ser ut är det viktigt att först göra en historisk tillbakablick och sätta verksamheterna i dess rätta kontext och förklara varför kommunen överhuvudtaget engagerat sig i kommuninvånarnas hälsa och välbefinnande.

Strömstad har en lång historia som kurort. Turismen har varit framträdande i kommunen sedan 1800-talet och har bidragit till att andra näringsgrenar i kommunen kunnat utvecklas. Från att under slutet av 1700-talet ha fungerat som kurort med fokus på att bota sjukdomar, har sedan 1800-talet även kurerandets sociala inslag varit framträdande i Strömstad. Idag marknadsför sig Strömstad kommun under logotypen ”Strömstad havskurort sedan 1779”.

Badanstalten har en 100-årig tradition av att bedriva friskvård i form av salta bad, kurbehandlinger, gymnastik och träning. Den unika kombination som Badanstalten erbjuder sina besökare har stor betydelse för den allmänna folkhälsan i Strömstads kommun och regionens turistnäring.

Kommunen tog över driften av Badanstalten 1976. Verksamheten har varit fokuserad på välmående, motion och friskvård för kommuninvånarna, med en särskild och tydlig inriktning att tillgodose de grupper av besökare som normalt sett inte står i fokus hos kommersiella aktörer. Majoriteten av Badanstaltens besökare utgörs därför av seniorer/pensionärer, gravida, föräldrar med små barn, överviktiga personer i alla åldrar, personer med särskilda besvär eller rehabiliteringsbehov, funktionshindrade, och idrottande ungdomar. Badanstalten vänder sig även särskilt till ungdomar som av olika anledningar inte finner en lämplig plats inom föreningslivet och fungerar på så vis som ett uttalat socialt stöd inom kommunens program.

Badanstaltens simbassäng, som upptar den övervägande delen av Badanstaltens lokalyta, utgör Badanstaltens huvudsakliga verksamhet. Den utnyttjas av skolorna i Strömstad med omnejd inom ramen för skolundervisningen, av Strömstads simförening samt av privatkunder som simmar i rehabiliterings- eller motionssyfte.

Och det var inom ramen för simverksamheten som efterfrågan av kompletterande träningsmöjligheter och behandlingar i rehabiliteringssyfte växte. Såväl medlemmarna i simföreningen som de privatkunder som regelbundet simmar efterfrågade träningsredskap och andra träningsmöjligheter i direkt anslutning till simbassängen. Badanstalten

har därför utnyttjat de överblivna vinds- och källarlokalerna som inte kan användas i simverksamheten för att tillhandahålla träningsfaciliteter.

I anslutning till simbassängen har också, i syfte att öka nyttjandet av densamma och de positiva effekter som följer därav, iordningställts enklare faciliteter för terapeutisk massage och andra behandlingar.

Badanstaltens syfte med verksamheterna är att tillgodose ett folkhälsoperspektiv. Detta är väsentligt både för den allmänna folkhälsan i Strömstad, vilken kommunen har att sörja för, och som ett led i bevarandet av Strömstads kulturella och historiska värde som kurort.

Det föreligger kommunal kompetens

Träning (gym)

Idrott och fritidsaktiviteter anses utgöra sedvanliga kommunala angelägenheter. Principen om kommunens vidsträckt kompetens vad gäller idrottsverksamhet är sedan länge väl etablerad i praxis. Det kan noteras att i kravet på allmänintresse finns inget kvantitativt moment; det räcker med andra ord att nyttigheten ifråga tillgodoser ett intresse hos enbart en liten grupp av kommunens invånare för att den ska kunna omfattas av den kommunala kompetensen. Vidare gäller att, eftersom levnadsvillkor och förhållanden i övrigt varierar mellan olika kommuner, varierar även kommuners kompetens.

Som sagts är en tydlig majoritet av Badanstaltens besökare seniorer/pensionärer, gravida, föräldrar och små barn, överviktiga personer i alla åldrar, personer med särskilda besvär eller rehabiliteringsbehov, funktionshindrade, idrottande ungdomar och ungdomar som av olika anledningar inte finner en lämplig plats inom det övriga föreningslivet. I en liten kommun som Strömstad har man från kommunens sida noterat att privat aktörer primärt inte riktar sig till nyss nämnda grupper av individer. Istället drivs verksamheterna mot betydligt större och kapitalstarkare målgrupper. Westcoast är exempel på en sådan aktör.

Samtidigt som en betydande del av Badanstaltens tidigare kunder har valt att träna hos Westcoast eller andra leverantörer istället för att träna hos Badanstalten, tränar merparten av de som ingår i de nämnda målgrupperna alltså hos Badanstalten.

Sammantaget gör detta att Badanstaltens verksamhet utgör en tjänst av allmänt intresse som är en nödvändig inrättning för främjandet av folkhälsan och den allmänna välfärden i Strömstads kommun.

Det ska framhållas att det är avgörande att se till det enskilda fallet och dess helhet vid bedömningen av kommunal kompetens. Om man som vi nu gjort ser till vad träningsverksamheten vid Badanstalten faktiskt är i ljuset av kompetens, så stärks rätten till kompetensen ytterligare när man beaktar principen om anknytningskompetens. För om det inte skulle anses utgöra en tjänst av allmänt intresse, så är det i vart fall en verksamhet med en naturlig anknytning till simverksamheten och därför kompetenslig.

Två särskilda omständigheter talar för detta:

En stor del av Badanstaltens besökare använder simbassängen i tränings- eller rehabiliteringssyfte, och behöver i anslutning därtill tillgång till träningsredskap eller annan form av träning. Det gäller inte bara Strömstad, utan är ett naturligt inslag vid de flesta badanläggningar runt om i Sverige.

Den totala lokalyta som Badanstalten disponerar är 1 486 kvm. Av dessa utgörs 320 kvm av individuellt träningsutrymme och lokal för gruppträning. Hela 959 kvm utgörs av simverksamheten. Träningsverksamheten tar således upp en avsevärt mindre del av Badanstaltens lokalyta än simverksamheten och är placerad på vinden och i källaren bredvid pannrum och tvättmaskiner. Träningsutrymmet har inte getts något framträdande utrymme i lokalerna och simverksamheten har inte heller i någon utsträckning fått byggas om för att ge plats åt träningsverksamheten. Tvärtom är träningsverksamheten begränsad till de överblivna utrymmen som aldrig varit simverksamheten till direkt nytta, allt i akt och mening att utgöra ett komplement till friskvården.

För det andra: Badanstaltens tre verksamheter drivs som en helhet och helt enligt självkostnadsprincipen. I korthet kan nämnas att överskottet från träningsdelen hjälper till att bära upp simverksamhetens underskott, emedan spadelen i princip går plus/minus noll. Totalt sett är Badanstaltens verksamhet således balanserad och för 2013 kunde man uppvisa ett resultat om 2 279 kr för sin verksamhet, dvs. simning, träning och behandling.

Träningsverksamheten har således ett så nära och naturligt samband med simverksamheten och är av så underordnad betydelse och begränsad omfattning i förhållande till densamma, att den omfattas av s.k. anknytningskompetens.

Spa

En spaanläggning innehåller i regel en eller flera simbassänger. Simning och andra friskvårds- och kuraktiviteter såsom bastu och massage kombineras ofta och har nära samband från efterfrågesynpunkt. Spaverksamheten har därför en nära och naturlig anknytning till simverksamheten.

Om vi ser till verksamhetens faktiska omfattning så nämndes att den totala lokalyta som Badanstalten disponerar är 1 486 kvm. Av denna utgörs cirka 207 kvm av utrymmen som utnyttjas för spa. Därtill kommer att spaverksamheten i genomsnitt har ca 4 000 besökare, medan simbassängen har ca 52 000 besökare, per år. Spaverksamheten tar följaktligen upp en mycket begränsad del av Badanstaltens totala verksamhetsyta och har dessutom avsevärt färre besökare än simverksamheten.

Spaverksamheten har således ett så nära och naturligt samband med simverksamheten och är av så underordnad betydelse och begränsad omfattning i förhållande till densamma, att den anses omfattas av anknytningskompetens.

Turism

Det finns alltså sedvanlig kompetens eller i vart fall en anknytande kompetens för gym- och spaverksamheterna.

Strömstad är, som redan sagts, en av Sveriges äldsta kurorter, vilket är av betydelse för turismen i kommunen.

Den s.k. befogenhetslagen ger kommuner rätt att uppföra och driva turistanläggningar i den utsträckning det behövs för att främja turismen. Genom tillhandahållandet av bad, spa och träning har Badanstalten tillförsäkrat att Strömstad som kurort bevarats för såväl turister som kommuninvånarna. På grund av det starka band som finns mellan å ena sidan Strömstads historia som kurort och å andra sidan Badanstaltens historia och verksamhet idag, skulle en förändring av Badanstaltens tränings- och spaverksamheter få förödande inverkan på Strömstads attraktionskraft som turistort och följaktligen på näringslivet i kommunen i stort. Vi har tidigare hört vilken påverkan Norge och gränshandeln har på hela Strömstad kommun och turismen. Här är Badanstalten ett av många exempel där antalet norska besökare är betydande inom spaverksamheten.

Konkurrensen fungerar*Träning (gym)*

Med tanke på hur träningsmöjligheter i Strömstad utvecklats de senaste åren, kan man inte påstå att Badanstaltens träningsverksamhet på något sätt skulle snedvrída eller hindra en effektiv konkurrens. Tvärtom, Westcoast är ett bra exempel på hur en ny-startad träningsverksamhet snabbt kan växa och utvecklas till en stor aktör på kort tid. Enligt Konkurrensverket tog Westcoast, sedan starten 2009, en marknadsandel om cirka 40 procent inom loppet av bara två år. Vidare gick man från noll till närmare 900 medlemmar under samma tid. Badanstalten däremot såg en kraftig inbromsning i antalet nya medlemmar – bara 10 stycken. Westcoasts omsättning stod för hela 30 procent

av omsättningen i den företagsgrupp i vilken bolaget ingick. Denna omständighet visar att konkurrensen i Strömstad på inget sätt är hämmad eller snedvriden.

Vidare rimmar Konkurrensverkets påståenden idag illa med att Nordic Wellness nu förvärvat Westcoast. Nordic Wellness är en av Sveriges största och mest framgångsrika gymaktör med 103 klubbar, 200 000 medlemmar och 300 miljoner kr i omsättning.

Vad Konkurrensverket gör är att bygga upp en bild av att Badanstalten skulle inneha en betydande maktposition som omöjliggör effektiv konkurrens. Om det nu hade varit sant, vad skulle det ge för resultat? Ett exempel hade varit underprissättning. Men i Strömstad är det tvärtom. Likt Westcoast gjort tidigare, erbjuder idag Nordic Wellness ett betydligt lägre pris (279 kronor per månad) än det som Badanstalten kan erbjuda (640 kronor per månad).

Westcoast erbjuder såväl ett större utbud av träningsredskap som gruppträningspass än Badanstalten.

Konkurrensverket har vidare anfört att utbetalda bidrag skapat en form av omöjlig konkurrenssituation. Badanstalten har dock redogjort för – och vidhåller – att inga bidrag, varken direkt eller indirekt, utbetalats till vare sig tränings- eller spaverksamheten. Alla bidrag har gått till simverksamheten. Och sedan 2010 utgår inget bidrag alls.

Vidare har Konkurrensverket redogjorts för Badanstaltens hyra och huruvida den varit marknadsmässig eller inte men därvid inte beaktat samtliga fakta. Badanstalten har upprepade gånger förklarat och vidhåller att hyran beträffande tränings- och spaverksamheterna alltid varit just marknadsmässig. Att den totala hyran för Badanstaltens samtliga tre verksamheter i fastigheten under en viss period hade kunnat vara högre men inte varit så, har sin enkla och fullt logiska förklaring i att Badanstalten utfört omfattande reoveringar av simverksamheten som varit av sådan karaktär att hyresvärden skulle ha bekostat densamma. När detta inte gjorts, har parterna rätteligen innehållit en

hyreshöjning beträffande simverksamheten, men vid var tid tagit fulla marknadshyror för övriga två delar. Någon ”hyresrabatt” har därför aldrig utgått.

Badanstalten har inga ekonomiska fördelar. Det finns också flera aktörer på marknaden i Strömstad (Badanstalten, Westcoast, Friskis & Sveltis, Quality Spa Hotell).

Spa

Vad spaverksamheten erbjuder sina besökare är möjligheten till olika behandlingar i anslutning till simbassängen. Det är ett nödvändigt och efterfrågat komplement till Badanstaltens friskvårdsverksamhet. Det är vanligt att man inom ramen för läkares och sjukgymnasters ordinationer ska utöva såväl simning som träning och rehabiliterande behandlingar. Det finns även en liten bubbelpool och någon dusch. Det hela är mycket enkelt inrett i vad som tidigare var ingången till en banklokal varför man behövt anpassa de få rum som finns utefter tjocka pansarväggar. Det kan således inte mäta sig med verksamheter som är inriktade på mer traditionell och fullskalig spabehandling under mer luxuösa förhållanden. Den typiske svenske kunden besöker avdelningen främst inom ramen av friskvårdsbidrag. Man går dit, får lite behandling och sitter i bubbelpoolen 10 minuter.

Vad Badanstalten däremot kan uppvisa är en stark norsk besöksgrupp. Badanstalten har tidigare angett att andelen norska besökare utgör ungefär 30 procent. Vid en mer detaljerad genomgång har det dock framkommit att andelen norska besökare snarare uppgår till cirka 70 procent, vilket baseras på Badanstaltens mångåriga erfarenhet av sitt egna kundmönster. Men huruvida det är 30 eller 70 procent spelar i sak ingen roll. Vad som däremot är viktigt i sammanhanget är att det är väldigt enkelt att ta sig mellan Strömstad och Norge, vilket har en avgörande effekt på verksamheten. Till exempel avgår båtar flera gånger per dag och med bil tar det endast lite över en timme mellan Oslo och Strömstad.

Badanstalten har inte den marknadsandel som Konkurrensverket hävdar, detta beroende på fyra omständigheter.

För det första. Det geografiska upptagningsområdet omfattar i vart fall större delar av södra Norge. Det utvisar Badanstaltens egna erfarenheter om sin verksamhet. Inom Osloområdet ligger flera spaanläggningar. Mellan Oslo och Strömstad ligger även där flera spaanläggningar. Områdena ligger även de inom den tidsperiod som Konkurrensverket menar föreligga vid kundens val av spa – ca 1 timmes bilfärd.

För det andra, Konkurrensverket argumenterar för broavgifters inflytande vid val av resa. Konkurrensverket skriver å ena sidan att på grund av prisskillnader mellan Sverige och Norge så skulle inte svenska besökare ta sig till norska spa som är dyrare. Å andra sidan hävdar man samtidigt att samma prisskillnad inte utnyttjas av norska spa-besökare för resor till ett billigare Sverige. Allt på grund av en broavgift om 21 kr. Detta rimmar väldigt illa med Badanstaltens verklighet. Det rimmar illa med att Oslo har en betydande andel svenska besökare. Det rimmar illa med att Skandinavians största köpcentrum – Nordby (över 80 000 kvm fördelat på 110 butiker) – ligger mindre än 2 mil från centrala Strömstad. Som vi sett av siffror från Handelns Utredningsinstitut, HUI konsumerade tillresta norrmän under 2011 mer än 2,9 miljarder kr i Strömstad under 3,8 miljoner resor, i syfte att konsumera dagligvaror, tjänster och upplevelser (som är upp till 60 procent billigare i Sverige). Det är över 30 procent mer än till hela Stockholms län. Detta påverkar Badanstaltens verksamheter.

Ytterligare en omständighet som Konkurrensverket fäst vikt vid är detaljerade resvägsberäkningar mellan olika kommuner. Konkurrensverket har i detta sammanhang helt bortsett från en stor aktör i det område som Konkurrensverket anser relevant i målet – Tanumstrand – och uppgett att i Tanums kommun finns inga spa. Det skulle nog uppröra Tanumstrand, som är en imponerande anläggning vid havet där man bland annat finner ett större bad, ett gym samt ett spa, allt 30 minuter söderut från Strömstad centrum.

För det fjärde fäster Konkurrensverket stor vikt vid en undersökning från 2010. En adekvat marknadsavgränsning förutsätter en noggrann bedömning av ett antal olika omständigheter vars betydelse varierar beroende på förhållandena i det enskilda fallet. Vid bestämmande av den relevanta produktmarknaden kan det visserligen vara relevant att skilja mellan dagspa och hotellspa. Det är emellertid felaktigt att utgå från att Badanstalten endast är aktiv på marknaden för dagspa. Rapporten från 2010 ligger till grund för Konkurrensverkets bedömning trots att dess definition av dagspa ”av naturliga skäl är godtyckligt gjord” och att de anläggningar som bedömts vara dagspa inte själva fått ta del av och genomföra den enkätundersökning som ligger till grund för rapporten. Vidare anges att rapportens resultat ska ses som indikativa snarare än fakta. Även om man skulle läsa vidare i rapporten så är det missvisande att hävda att ”läget är av avgörande betydelse” samt att besökare väljer ”det spa som ligger närmast”, när samma rapport redogör för inte mindre än tre huvudsakliga faktorer som påverkar kundens val (läge 19,5 procent, rekommendation/rykte 18,1 procent och tidigare besök 15,5 procent). Övriga faktorer får väsentligt lägre procentandelar.

Badanstalten ifrågasätter därför om det verkligen kan vara rimligt att den definition som nyttjas i rapporten och som antagits av Konkurrensverket rakt av överhuvudtaget kan läggas till grund för bestämmandet av den i målet relevanta produktmarknaden.

Cirka 40 procent av omsättningen från Badanstaltens spaverksamhet hänför sig till hotellspagäster, dvs. kunder som köpt ett hotellpaket där spaupplevelsen utgör ett moment i vistelsen. Som exempel kan nämnas att Badanstalten sedan lång tid tillbaka har ett omfattande samarbete med Laholmen hotell, beläget cirka 75 meter från Badanstalten. En mängd av Laholmens hotellspagäster besöker just Badanstalten för behandling och rekreation inom ramen för sin hotellvistelse.

Den i målet relevanta produktmarknaden omfattar således marknaden för dagspa och hotellspa. På denna marknad är och förblir Badanstalten endast en bland många betydligt större aktörer. Quality Spa, nordens största spahotell i Strömstad, Tanumstrand och hela Osloområdet med ett flertal inrättningar för spa och behandlingar.

Parterna har åberopat skriftlig bevisning-

På Konkurrensverkets begäran har Per Andersson, tidigare ägare till Westcoast, Ola Helt, Friskvårdens branschorganisation, och Carina Wallberg, ordförande i föreningen Svenska spahotell, hörts som vittnen

DOMSKÄL

Ett kommunägt bolag får – enligt 3 kap. 27 § konkurrenslagen jämförd med 28 § - förbjudas att bedriva viss säljverksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § i lagen, om verksamheten snedvrider, eller är ägnad att snedvrida, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller om verksamheten hämmar, eller är ägnad att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. Om en sådan verksamhet är förenlig med lag får den dock inte förbjudas.

En förbudstalan av nu angivet slag är, enligt 8 kap. 2 § konkurrenslagen av indispositiv karaktär. Vid en prövning enligt den angivna konfliktlösningsregeln har Konkurrensverket bevisbördan för att förutsättningar föreligger för att förbjuda en viss säljverksamhet. Beviskravet får, mot bakgrund av att talan innebär ett sanktionerat förbud, anses vara att verket ska styrka sin talan.

Badanstalten är en s.k. offentlig aktör, dvs. ett bolag som Strömstads kommun genom ägarskap har ett dominerande inflytande över. De gym- och spaverksamheter som bolaget bedriver är av ekonomisk eller kommersiell natur och omfattas därmed av konkurrenslagen. Badanstaltens gymverksamhet och dagspaverksamhet är därför sådan säljverksamhet som i och för sig omfattas av konfliktlösningsregeln i 3 kap. 27 § konkurrenslagen.

Av förarbetena (prop. 2008/09:231, s. 58) till den berörda lagstiftningen framgår att det är konkurrensen på vad som i konkurrensrätten betecknas som den relevanta marknaden som ska bedömas, dvs. i detta fall om Badanstaltens gym- och spaverksamheter snedvrider eller hämmar konkurrensen, eller är ägnad att göra detta. Vid denna marknadsavgränsning bestämmer man dels produktmarknaden, dels den geografiska marknaden.

Parterna är inte helt samstämmiga i frågan om hur avgränsningen av marknaderna ska göras.

Det är också tvistigt mellan parterna om Badanstaltens påtalade verksamheter är konkurrensbegränsande genom att snedvrider eller hämma konkurrensen på marknaden, eller vara ägnade till det. Enligt Badanstalten råder det en effektiv konkurrens både på marknaden för gym- och på marknaden för spaverksamhet.

Parterna är vidare oeniga om verksamheterna är förenliga med kommunalrättsliga regler om i vilka fall näringsverksamhet får bedrivas. Det är Badanstaltens uppfattning att gym- och spaverksamheterna är av allmänt intresse, har en naturlig anknytning till bolagets simhallsverksamhet eller, i vart fall, att den s.k. befogenhetslagens regler om åtgärder för uppförande och drift av turistanläggningar ger rätt att bedriva verksamheterna.

Tingsrätten har alltså att ta ställning till om Badanstaltens gym- och spaverksamheter är konkurrensbegränsande samt, om så är fallet, om verksamheterna är förenliga med lag.

Som Badanstalten lagt upp och fört sin talan är bolagets inledande invändning mot Konkurrensverkets talan att gym- och spaverksamheterna är kompetensliga enligt kommunalrättsliga regler och praxis och verksamheterna kan därmed, som förenliga med lag, inte förbjudas.

För bedömningen av båda frågorna – konkurrensbegränsning och förenlighet med lag – är Badanstaltens verksamhet och omfattningen av verksamheten av betydelse. Tingsrätten kommer därför inledningsvis redogöra för något av vad som framkommit i detta avseende. Rätten väljer därefter att i detta fall först pröva om verksamheterna är förenliga med lag.

Badanstaltens verksamhet

Badanstalten bedriver gym- och spaverksamheterna i Badanstaltens lokaler, som också innehåller en simhall med en 25 x 8 meter stor simbassäng. Den totala lokalyta som Badanstalten disponerar är, enligt obestridd uppgift, 1 486 kvm. I lokalerna finns också ett café och en restaurang, vilka bedrivs i privat regi.

Det framgår av utredningen att Badanstalten under åren 1997 – 2009 fått driftsbidrag av kommunen med 14 miljoner kr. Det är – enligt verket – inte möjligt att bedöma om driftsbidragen kommit bara simhallsverksamheten till del eftersom bidraget inte särredovisats. Konkurrensverket har dock godtagit att en del av bidragen gått till simhallsverksamheten. Men det får – som verket menat – hållas för sannolikt att bidragen också kommit gym- och spaverksamheterna till del eftersom Badanstalten, enligt uppgift, samordnar entré, omklädningsrum och duschutrymmen för sina verksamheter. Sedan 2009 har Badanstalten inte fått något driftsbidrag av kommunen. Konkurrensverket har heller inte gjort gällande att ytterligare bidrag utbetalats även om verket påtalat att Badanstalten i årsredovisningen för 2010 aviserat ett behov av kommunalt stöd med anledning av hyreshöjningar.

För sina lokaler har Badanstalten i tiden från 2010 betalat en hyra som 2006 bestämdes till ca 1,5 miljoner kr med indexreglering. Vid bestämmandet av hyran fick Badanstalten en rabatt på drygt 1,1 miljoner kr. Enligt vad Badanstalten, obestridd uppgett, berodde rabatten på att bolaget utförde omfattande renoveringar av simhallsverksamheten, vilka egentligen skulle ha bekostats av hyresvärden Strömstadslokaler.

Badanstaltens *gym*, som disponerar 320 kvm av lokalerna, får enligt vad som inledningsvis sagts om lokaler och utrustning, sägas vara en mera fullskalig gymanläggning. Verksamheten kan, baserat på uppgifter som Badanstalten lämnat, sägas sysselsätta tre heltidanställda och ett 20-tal timanställda instruktörer.

När det gäller gymmets omsättning har framkommit att den under åren 2005 – 2010 legat på mellan ca 3,1 miljoner kr och 3,8 miljoner. Därmed har gymmet stått mellan 35 och 40 procent av Badanstaltens intäkter. För 2010 svarade gymmet för 36 procent av Badanstaltens omsättning. Antalet ”medlemmar” i gymmet har under perioden varit, grovt räknat, 1 500 per år. Några uppgifter om gymmets omsättning efter 2010 har inte presenterat av Konkurrensverket.

Badanstaltens *spa*, som disponerar 207 kvm av lokalerna, tillkom 2001, sedan Strömstadslökaler investerat 2,4 miljoner kr för att inrätta spaanläggningen. Spaanläggningen har fem behandlingsrum, ett relaxrum, bastu och jacuzzi. Verksamheten, som tillhandahåller behandlingar och spaartiklar, kan, baserat på uppgifter från Badanstalten, sägas sysselsätta fyra heltidanställda.

När det gäller omsättningen har framkommit att den under åren 2005 – 2010 varit i vart fall mellan 1,6 och 2,6 miljoner kr. Därmed har spaet för mellan 17 och 24 procent av Badanstaltens omsättning. För 2010 svarade spaet för, i vart fall 24 procent av Badanstaltens omsättning. Några uppgifter om omsättningen efter 2010 har inte lagts fram.

Är gym- och spaverksamheterna förenliga med lag?

Den allmänna kommunala kompetensen och därmed också befogenheten för en kommun att under vissa förhållanden bedriva näringsverksamhet regleras i kommunallagen. Därtill har kommuner genom specialreglering utökade befogenheter att bedriva näringsverksamhet på vissa områden, bl.a. inom turism, vilken reglering finns i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter (befogenhetsslagen).

Utöver den lagreglerade kommunala kompetensen har i rättspraxis utvecklats bl.a. en situation där kommunal kompetens att bedriva näringsverksamhet anses föreligga genom s.k. anknytningskompetens.

En kommuns kompetens – i detta fall Badanstaltens – att bedriva gym- och spaverksamheter kan därför, som Badanstalten också varit inne på, härledas från tre håll: de allmänna kompetensreglerna i 2 kap. 1 och 7 §§ kommunallagen, specialreglering eller det speciella undantaget för anknytningskompetens.

Den allmänna kommunala kompetensen

Enligt den allmänna kompetensregeln i 2 kap. 1 § kommunallagen får kommuner själva ta hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens område eller dess medlemmar.

Kompetensavgränsningen såvitt avser näringsverksamhet regleras vidare i 2 kap. 7 § kommunallagen. Där stadgas att kommuner får driva näringsverksamhet om den går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt kommunmedlemmarna och drivs utan vinstsyfte. Vad som avses med allmännyttiga anläggningar och tjänster definieras inte närmare. Det handlar om att producera nyttigheter av mer kollektiv natur, som eldistribution, renhållning, busstrafik och idrottsarenor. Rättspraxis har erkänt att t.ex. försörjning med bostäder, energi och kollektivtrafik hör till kompetensområdet. Det har också ansetts förenligt med kompetensbestämmelserna att uppföra idrottsanläggningar, vissa fritids- och nöjesanläggningar, parkeringsanläggningar, hamnar, flygplatser samt byggnader som inrymmer bostäder, saluhallar, slakthus och biografier (prop. 1990/91:117 s. 152 och prop. 2008/09:231, s. 16). Tanken är att kommunerna ska kunna ägna sig åt vad som kallas sedvanlig kommunal affärsverksamhet, såsom energiförsörjning och kollektivtrafik, men endast i undantagsfall engagera sig på det egentliga näringslivets område (prop. 1990/91:117 s. 33 f. och 152).

Det som kännetecknar den kommunala affärsverksamheten är att den i stor utsträckning handlar om att tillhandahålla anläggningar åt allmänheten. Många av de kommunala verksamheterna är monopolartade och inte sällan koncessionsbundna. Det handlar på den kommunala sidan i stor utsträckning om verksamheter där en fri konkurrens inte har samma betydelse som annars (Lindquist, Kommunala befogenheter, 7 uppl., s. 370).

De nu ifrågasatta gym- och spaverksamheterna har, enligt tingsrätten, inte dessa karaktäristiska drag. Enligt tingsrättens mening står det i stället klart att Badanstaltens ifrågasatta säljverksamheter, särskilt gäller detta spaverksamheten, befinner sig på det egentliga näringslivets område, där förutsättningarna för en offentlig aktör att verka alltså är mycket begränsade.

Specialreglering

Regleringen i befogenhetslagen anger förutsättningarna för en kommun att bedriva näringsverksamhet inom vissa områden, t.ex. turism. Enligt 4 kap. 1 § i lagen får en kommun vidta åtgärder för uppförande och drift av turistanläggningar i den utsträckning det behövs för att främja turistväsendet inom kommunen.

Av avgörande betydelse för om Badanstalten kan stödja sig på befogenhetslagens reglering för att bedriva gym- och spaverksamheterna är om dessa kan karaktäriseras som turistanläggningar och därmed falla inom den kommunala kompetensen.

Vilka typer av anläggningar som är ”turistanläggningar” har inte angetts i lagtexten. Med sådana torde kunna hänföras inte bara hotell och campingplatser utan också semester- och stugbyar liksom olika anordningar för friluftslivet (jfr Bohlin, Kommunalrättens grunder, 6 uppl., s. 151).

Enligt tingsrätten utgör inte Badanstaltens gym- och spaverksamheter sådana turistanläggningar som avses i befogenhetslagen. Det kan i detta sammanhang påpekas att

konfliktlösningsregeln utgår från gällande rättsläge i kompetensfrågan enligt vad som följer av kommunallagen och rättspraxis (prop. 2008/09: 231, s. 39). Det ställer sig därför, enligt tingsrätten, svårt att göra en extensiv tolkning av begreppet turistanläggningar.

Anknytningskompetens

Kommunal verksamhet som i och för sig normalt faller utanför den kommunala kompetensen kan ändå, enligt rättspraxis, tillåtas om den har en anknytning till redan befintlig och erkänd kommunal verksamhet. Detta eftersom det under sådana omständigheter kan te sig opraktiskt eller verklighetsfrämmande att inte tillåta verksamheten (prop. 1990/91:117, s. 152). Det ska finnas ett naturligt och nära samband med en kompetensenlig verksamhet. Vidare ställs som krav att den anknyttande verksamheten ska vara av begränsad omfattning och bedrivs utan vinstsyfte.

Det ska alltså först och främst vara fråga om ett kvalificerat samband mellan den kompetensenliga och den kompetensstridiga verksamheten. Sambandet ska bedömas utifrån de som utnyttjar anläggningen eller servicens förväntningar och behov (Lundin, Anteckningar om två randföreteelser, anknytnings- och överskotts-kompetens i kommunalrätten, Förvaltningsrättslig tidskrift, 2013, s. 281 ff.).

När det först gäller Badanstaltens gymverksamhet kan det, enligt tingsrätten, ändå sägas föreligga en särskild anknytning från användarnas perspektiv mellan den kompetensenliga simhallsverksamheten och gymverksamheten. I doktrinen (Bohlin, a.a., s.105 f.) har också uttalats att en gymverksamhet i anslutning till en kommunal sim- eller idrottsanläggning från kommunalrättslig synpunkt torde kunna accepteras om kommunen i begränsad omfattning säljer vissa typer av friskvårdstjänster (jfr härtill också Indén, Kommunen som konkurrent, 2008, s. 269, som menar att den svenska kommunalrätten intar en relativt tillåtande hållning till kommunalt engagemang till gym och andra friskvårdsaktiviteter i kommunal regi).

Mot bakgrund av vad nu sagts menar tingsrätten att det inte kan uteslutas att Badanstaltens gymverksamhet kan ha ett naturligt samband med simhallsverksamheten.

Mellan spaverksamheten och simhallsverksamheten kan det däremot inte sägas föreligga någon särskild anknytning från användarnas perspektiv. Den som deltar i spaverksamheten kan, enligt tingsrätten inte sägas vara ute efter de tränings- och/eller rehabiliterande effekter som ett deltagande i simhallsverksamheten medför.

För både gym- och spaverksamheterna gäller emellertid att de inte, med hänsyn till vad som framkommit om deras omfattning och storlek i Badanstaltens verksamhet kan sägas vara av begränsad omfattning. De tre verksamheterna – gym, spa och simhall – svarar nämligen var och en för ca en tredjedel av Badanstaltens omsättning. Anknytningskompetens saknas därmed mellan gym- och spaverksamheterna samt simhallsverksamheten å andra sidan.

Är verksamheterna konkurrensbegränsande?

Fråga blir då om Badanstaltens gym- och spaverksamheter snedvrider eller hämmar konkurrensen, eller är ägnade att göra det.

Av förarbetena (prop. 2008/09:231, s. 35) till konfliktlösningsregeln framgår att syftet med den är att komma till rätta med konkurrenssnedvridningar som kan uppstå när offentliga aktörer bedriver säljverksamhet i konkurrens med privata aktörer. Sådana snedvridningar har – sägs det – i allmänhet sin grund i att t.ex. en kommun kan bedriva verksamheten utan några påtagliga risker för verksamhetens existens. Därmed verkar offentliga aktörer under andra förutsättningar än privata företag. Vidare sägs det i förarbetena (a. prop., s. 36) att en grundförutsättning vid tillämpningen av en konfliktlösningsregel mellan offentliga och privata aktörer bör vara förekomsten av, eller fara för negativa effekter på konkurrensen. Regeln bör ta sikte på konkurrensbegränsningen som sådan, dvs. effekterna för själva konkurrensen. Den fråga som ska besvaras vid

prövningen i det enskilda fallet är om beteendet skadar drivkrafterna till konkurrensen samt själva mekanismerna på marknadsplatsen.

I förarbetena (a. prop., s. 36) nämns också att vissa typfall kan anses vara en god illustration av problematiken. Ett sådant fall kan vara när den offentliga aktörens blotta närvaro på marknaden kan leda till att privata aktörer får upphöra med eller får svårt att expandera sin verksamhet eller att närvaron i sig utgör ett etableringshinder, s.k. undanträngningseffekter. Förfaranden som innebär underprissättning, diskriminering, vägran att ge tillträde till viss infrastruktur eller som är selektiva bör anses kunna snedvrída eller hämma förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden.

I författningskommentaren (a. prop., s. 57) anges att rekvisitet snedvrider närmast tar sikte på situationen att det inte råder konkurrens på så lika villkor som möjligt. Det kan t.ex. vara så att den offentlige aktören behandlar andra företag olika utan saklig grund eller drar oberättigade fördelar av en myndighetsroll vid sidan av säljverksamheten. Rekvisitet hämmar tar bl.a. sikte på de fallen att det privata alternativet faller bort eller att privata aktörer över huvud inte träder in på marknaden till följd av den offentlige aktörens förfarande. Det kan även vara så att de privata företagens tillväxt och utveckling i övrigt hejdas eller på annat sätt hålls tillbaka. Ett exempel kan vara att privata företag på marknaden inte kan eller har svårt att arbeta inom ramen för vad som är ekonomiskt rimligt när den offentlige aktören sätter sina priser under självkostnadsnivå eller betar sig på något annat sätt som hämmar konkurrensen.

Det framhålls (a. prop., s. 36 f.) att enskilda beteenden inte generellt kan stämpas som olämpliga. Förhållandena kan skilja sig åt mellan olika delar av landet. Ett beteende som är negativt för konkurrensen i en kommun behöver inte vara det i en annan kommun där förutsättningarna kan vara annorlunda. När det gäller effekterna av ett visst beteende framhålls att det är viktigt att i det enskilda fallet ta ställning till om beteendet skadar drivkrafterna till konkurrens samt själva mekanismerna på marknadsplatsen. Prövningen bör ha sin utgångspunkt i beteendets långsiktiga verkningar på förutsättningarna för en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden inte vad som sker

eller kan ske på kort sikt. Frågan är om konkurrenstrycket på marknaden ökar, eller är ägnat att öka, eller om det minskar eller är ägnat att minskas genom det aktuella beteendet.

Slutligen framhålls (a. prop., s. 37 och 57) att de konkurrenshämmande effekterna bör vara av någon betydelse för att ett förbud ska komma i fråga. Något märkbarhetskrav ställs emellertid inte upp.

Relevant marknad

För att kunna avgöra om gym- och spaverksamheterna snedvrider eller hämmar konkurrensen måste man först bedöma vad som är de i målet relevanta marknaderna. Härvid måste man bestämma dels produktmarknaden, dels den geografiska marknaden.

Avgörande för bestämningen av en relevant produktmarknad är produktens eller tjänstens utbytbart. Varor eller tjänster som är inbördes utbytbara med hänsyn till egenskaper, pris, användning, konsumenterna uppfattning samt faktiska möjligheter till utbyte anses tillhöra samma marknad.

Den relevanta geografiska marknaden omfattar det område inom vilket de berörda företagen huvudsakligen tillhandhåller de relevanta produkterna eller tjänsterna. Distributionsmöjlighet och transportkostnader har betydelse, liksom kundernas möjligheter att nå olika leverantörer.

- Gymverksamheten

Gymverksamhet (gymtjänster) får, som Konkurrensverket varit inne på, sägas skilja sig från många andra träningsformer eller motionsaktiviteter genom att gymträning ger möjlighet till en mer allsidig träning; såväl styrka som kondition. Gymverksamheter har också ofta en hög tillgänglighet genom generösa öppettider. Denna uppfattning vinner stöd av vad Per Andersson och Ola Helt uppgett om att andra tränings- eller

motionsformer inte utgör konkurrenser till en gymverksamhet. Mot den bakgrunden bedömer tingsrätten att gymtjänster får ses som en *relevant produktmarknad*. Att inkludera andra träningsformer eller motionsaktiviteter i produktmarkanden får sägas ge en för bred marknad.

Vid bedömningen av *den geografiska marknaden* får det sägas vara av stor betydelse vilka möjligheter och preferenser som kunderna till gymtjänsten menar sig ha för att få tillgång till den.

Enligt Konkurrensverket är den enskilt viktigaste faktorn för kundernas val av gym att det ligger nära hemmet eller arbetsplatsen. Till stöd för detta har verket åberopat en av Riksidrottsförbundet gjord undersökning från 2001. Att närhet är en viktig faktor för kunden när det gäller att ta sig till ett gym framgår också av vad Per Andersson och Ola Helt uppgett. De har båda uppgett att kunderna ogärna utnyttjar ett gym om det krävs en färdväg på längre än 10 – 15 minuter till gym från bostaden/arbetsplatsen. Enligt Ola Helt bygger gymträning på regelbundenhet och kunder utnyttjar därför gym där man bor eller är verksamma. Per Andersson har i sammanhanget även uppgett att en mycket stor del av Westcoast kunder är personer från Strömstad. Mot denna bakgrund och då Strömstad inte ligger i sådan närhet till andra tätorter med gym att dessa skulle utnyttjas av personer som bor eller vistas i Strömstad finner tingsrätten att Strömstad utgör en geografisk marknad för gymtjänster.

Den relevanta marknaden är alltså gymverksamhet i Strömstads kommun.

- *Spaverksamheten*

Det torde vara allmänt känt att inom ramen för en spaverksamhet ges tillgång till olika former av bad, bastu, viss fysisk aktivitet, ansikts- och kroppsvårdsbehandlingar och mental avkoppling. Där finns vanligen också spaartiklar i form av exv. tvålar och hudvårdsprodukter till försäljning. En spaverksamhet kan inte sägas var utbytbar mot

andra avkopplande verksamheter. Tingsrätten ifrågasätter därför inte att spa kan sägas utgöra en *produktmarknad*.

Den relevanta produktmarknaden för spaverksamhet torde dessutom, som Konkurrensverket med stöd av branschuppfattning menat, kunna indelas i s.k. dagspan och i span som erbjuder logimöjligheter (hotellspan). Badanstalten har i och för sig godtagit denna indelning.

Däremot har parterna olika uppfattningar om Badanstalten också är verksamt på marknaden för hotellspan. Det framgår av utredningen att Badanstalten inte kan erbjuda sina spakunder logi. Badanstalten har dock menat att man ändå är verksamt på marknaden för hotellspan eftersom ett större antal spakunder – ca 40 procent enligt bolaget – är sådana kunder som övernattat på hotell i Strömstad och köpt ett hotellpaket med tillgång till Badanstaltens spaanläggning. Att ett antal av Badanstaltens spakunder övernattat på hotell i Strömstad har inte ifrågasatts av Konkurrensverket.

Enligt tingsrätten får ett hotellspa anses vara en anläggning där spaverksamheten är en integrerad del av hotellets övriga verksamhet med tillhandahållande av logi och mat m.m. Badanstalten får därför, även om tillgång till spaverksamheten kan fås genom s.k. hotellpaket anses vara verksamt bara på produktmarknaden för dagspan.

Vid avgränsningen av den *geografiska marknaden* får det – på motsvarande sätt som för gymmarknaden – sägas vara av stor betydelse vilka möjligheter eller preferenser som kunderna till spätjänsten menar sig ha för att få tillgång till den.

Konkurrensverket har, med stöd av uppgifter från branschorganisation, menat att en dagspakund inte är benägen att åka mer än en timme för att besöka ett dagspa. Denna uppgift får också stöd av vad Carina Wallberg, med erfarenhet från spabranschen, som uppgett att en längsta restid till ett dagspa uppgår till 45 minuter – 1 timme. Badanstalten har heller i och för sig inte invänt mot att den geografiska marknaden avgränsas utifrån kriteriet 1 timmas restid.

Konkurrensverket har därutöver avgränsat den geografiska marknaden till Strömstads och Tanums kommuner och uppgett att inom denna marknad finns bara två span; Badanstaltens och Quality Spa & Resorts. Enligt verket ligger närmsta spa i Brastad i Lysekil (knappt en timmes färdväg). Verkets avgränsning innebär vidare att områden i Norge inom en timme från Strömstad inte kan anses ingå i den geografiska marknaden på grund av ett högre prisläge för spatjänster i Norge och att det måste betalas en broavgift för att komma till dessa span. För dagspakunder från Strömstad är, enligt Konkurrensverket, norska span inte ett alternativ eftersom de ligger längre bort och är dyrare.

Mot detta har Badanstalten invänt att Konkurrensverket bortsett från en stor aktör inom den geografiska marknaden, nämligen Tanumstrand – 30 minuter söder om Strömstad – som tillhandahåller bl.a. bad, gym och spa. Badanstalten har vidare menat att den geografiska marknaden omfattar i vart fall större delar av södra Norge. Mellan Strömstad och Oslo finns nämligen flera spaanläggningar inom en timmes bilfärd.

Enligt tingsrätten får – som Konkurrensverket menat – läget för ett dagspa vara avgörande för kundernas val av spa. Kunder till ett dagspa kan – i linje med vad Carina Wallberg uttalat – i stor utsträckning antas var från närområdet och alltså lägga särskild vikt vid närhet till anläggningen. Det framstår därför, enligt tingsrätten, inte som troligt, att den geografiska marknaden för dagspan i Strömstad är större än att den omfattar Strömstads och Tanums kommuner.

Badanstaltens ställning på de relevanta marknaderna

På *gymmarknaden* finns, som framkommit, tre gymanläggningar i Strömstad: Badanstaltens, Westcoasts och Quality Spa & Resorts.

Både Badanstalten och Westcoast erbjuder mera fullskaliga gym med tillgång till styrketränings- och konditionsutrustning samt gruppträning. Gymmen har generösa öppet-

tider. Badanstalten omsatte 2010 i sin gymverksamhet 3,8 miljoner kr, medan Westcoast samma år omsatte 2,5 miljoner kr. Quality Spa & Resorts gymanläggning däremot är av mindre storlek och närmast en integrerad del av den spaverksamhet som hotellet erbjuder sina gäster. Badanstalten kan därmed sägas ha haft en marknadsandel på 60 procent medan Westcoasts andel var 40 procent.

På *marknaden för dagspatjänster* finns Badanstalten och Quality Spa & Resort, som främst är ett spahotell men som också tillhandahåller dagspatjänster. Badanstalten omsatte 2010 i spaverksamheten åtminstone 2,6 miljoner kr, medan Quality Spa & Resort uppskattat sin omsättning från dagspa till mellan 100 000 kr och 1 miljon kr. Vilken ställning som Tanumstrand har på marknaden har inte redogjorts för. Badanstalten förefaller dock ha en betydande marknadsandel.

Sammanfattningsvis framstår Badanstaltens position på de relevanta marknaderna som stark.

Badanstaltens fördelar som offentlig aktör

Konkurrensverket har gjort gällande att Badanstalten har ett antal fördelar i förhållande till privata aktörer: samdrifts- och lokaliseringsfördelar, förmånlig hyressättning och finansiella fördelar.

- Samdrifts- och lokaliseringsfördelar

Som framkommit av vad Badanstalten uppgett finns gymmet och spaet i anslutning till den befintliga simhallen och utnyttjar simhallens reception, omklädningsrum, duschar och bastu. Gym- och spaverksamheterna behöver således inte – åtminstone inte i dess helhet – bära kostnaderna för dessa. Deltagare i gym- och spaverksamheterna har också tillgång till simhallens olika pooler. Som också framkommit arbetar den fast anställda personalen i Badanstaltens samtliga verksamheter, alltså också i gym- och spaanläggningarna.

Enligt tingsrätten innebär detta samordnade utnyttjande av Badanstaltens lokaler och personal för gym- och spaverksamheterna med den övriga verksamheten en fördel som Badanstalten har som en offentlig aktör.

- *Förmånlig hyressättning*

Utredningen ger vid handen att vid bestämmandet av hyran för Badanstaltens lokaler fick Badanstalten en rabatt på drygt 1,1 miljoner kr. Enligt Badanstalten har denna hyresrabatt sin grund i att Badanstalten och inte hyresvärden – Strömstadslokaler – utförde reparationer rörande simhallsverksamheten vilket resulterade i hyresrabatten, som avser den delen. Men för gym- och spaverksamheterna var hyran marknadsmässig.

Det får emellertid anses följa av vad Strömstadslokaler uppgett att hyran inte bestämts utifrån kostnaden för lokalerna utan från Badanstaltens betalningsförmåga. Enligt vad Strömstadslokaler uppgett finns inte liknande avtalsförhållanden med Strömstadslokalers övriga hyresgäster där kommunala hyresgäster har att betala en hyra som svarar mot Strömstadslokalers självkostnad för lokalerna, medan privata hyresgäster har rent kommersiella kontrakt.

Vad som framkommit får sägas ge vid handen att Badanstaltens hyra inte svarar ens mot självkostnaden för lokalerna. I jämförelse med privata aktörer, vilka har att betala marknadsmässig hyra, får detta ses som en fördel för Badanstalten.

- *Finansiella fördelar*

Konkurrensverket har i detta sammanhang pekat på att Badanstalten är bunden av självkostnadsprincipen och alltså inte har något avkastningskrav som privata företag har. Som Konkurrensverket menat innebär detta en konkurrensfördel för Badanstalten.

Konkurrensverket har även gjort gällande att om Badanstalten, i likhet med annan kommunal verksamhet, behöver investera finns alltid tillgång till kapital på förmånliga villkor antingen direkt från kommunen eller på kreditmarknaden. Verket har emellertid inte närmare redogjort för innehållet i sådana villkor, varför de inte bör beaktas i detta fall.

Det har också från Konkurrensverket pekats på som en fördel att Badanstalten fått driftsbidrag för 1997 – 2009 med ca 14 miljoner kr och därmed kunnat bygga upp och utveckla sin verksamhet, vilket får anses syfta också på gym- och spaverksamheterna. Enligt verket får det antas att driftsbidragen kommit samtliga verksamheter till del. Badanstalten har menat att ingen del av bidragen kom gym- och spaverksamheterna till del. Enligt tingsrätten är det sannolikt att åtminstone en viss del av bidragen kommit gym- och spaverksamheterna till del.

I målet är slutligen känt att Strömstadslokaler bekostade iordningställandet av spalokaler för 2,4 miljoner kr. Detta får i sammanhanget ses som en konkurrensfördel.

Effekter på konkurrensen

När det då gäller frågan om dessa fördelar påverkat konkurrensen på marknaden, dvs. om det förekommer snedvridande eller hämmande effekter har följande uppgifter av intresse framkommit.

Trots Badanstaltens *gymverksamhet* etablerade Westcoast 2009 gymverksamhet i Strömstad. Enligt vad Per Andersson, som ägde Westcoast, uppgett var etableringen inledningsvis problematisk ("trögt i början") på grund av konkurrensen från Badanstalten. Den verksamhet som Westcoast efter en tid kunde erbjuda gymkunder kom, enligt Per Andersson, att vara mer omfattande än Badanstaltens. Det har också framkommit att Westcoast därefter förvärvats av företaget Nordic Wellness, som är ett stort företag inom gymbranschen.

Det har beträffande Quality Spa & Resorts gymverksamhet framkommit att den är av mindre omfattning och, enligt Konkurrensverket, i egentlig mening inte en konkurrent till Badanstalten. Enligt verket får dock denna verksamhet ses som i vart fall en potentiell konkurrent till Badanstalten. Någon utredning om Badanstaltens inverkan på Quality Spa & Resorts verksamhet har dock inte presenterats av Konkurrensverket.

Sammantaget är utredningen om effekterna på konkurrensen av Badanstaltens gymverksamhet inte tillräcklig för att tingsrätten ska kunna dra slutsatsen att Badanstaltens närvaro på marknaden hämmas eller snedvrids.

När det gäller Badanstaltens *dagspaverksamhet* får vad som framkommit sägas på motsvarande sätt leda till slutsatsen att det inte visats att dagspaverksamheten haft konkurrens effekter. Quality Spa & Resort, som primärt är ett spahotell, har kunnat erbjuda dagspatjänster till ett av Konkurrensverket godtaget värde av 1 miljon kr. Vidare har framkommit att inom den geografiska marknaden har tillkommit ytterligare ett företag som tillhandahåller spatjänster; Tanumstrand. Det får i avsaknad av annan utredning antas att företaget tillhandahåller också dagspatjänster.

Sammantaget är, enligt tingsrätten, den av Konkurrensverket presenterade utredningen inte tillräcklig för att dra slutsatsen att Badanstaltens närvaro på marknaderna har som effekt att konkurrensen snedvrids eller hämmas.

Det är emellertid – enligt vad som följer av regleringen om konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet – tillräckligt att Badanstaltens verksamhet är ägnad att snedvrida eller hämma konkurrensen. Begreppet ägnat speglar det inbyggda momentet fara för konkurrenshämmande effekter. Begreppet sätter i blickpunkten frågan om verksamheten till själva sin art har en sådan inriktning eller utformning som får anses i påtaglig grad riskera att hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens (a. prop., s. 57 f.).

Frågan är då om Konkurrensverket – med det beviskrav som får anses åvila verket – har visat att förhållandena ens är ägnade att påverka konkurrensen på marknaderna, dvs. om konkurrenstrycket är ägnat att minska på grund av Badanstaltens verksamheter.

Som redan sagts har emellertid Westcoast lyckats etablera och driva en framgångsrik gymverksamhet i Strömstad, som också kunnat försäljas till ett större företag i gymbranschen. Ytterligare en spaanläggning, som får anses tillhandahålla också dagspatjänster, har tillkommit. Någon utredning om att verksamheterna skadar drivkrafterna till konkurrens samt själva mekanismerna på marknadsplatsen har inte lagts fram. Av utredningen framgår i stället att Badanstalten inte underprissatt sina gymtjänster till allmänheten och inte heller att Westcoast fått upphöra med sin verksamhet eller fått svårt att expandera den från ett etableringsskede. Man kan av utredningen i målet inte heller dra slutsatsen att det i en kommun av Strömstads storlek skulle finnas ytterligare gym eller span om inte Badanstaltens gym och span fanns.

Enligt tingsrättens mening är alltså Konkurrensverkets utredning i detta fall inte sådan att den kan sägas ge underlag för slutsatsen att Badanstaltens verksamheter är ägnade att snedvrیدا eller hämma konkurrensen på de relevanta marknaderna.

Konkurrensverkets förbudstalan ska till följd av vad nu sagts lämnas utan bifall.

Rättegångskostnader

Med utgången i målet får Badanstalten anses ha rätt till ersättning av allmänna medel för rättegångskostnader som skäligen varit motiverade för att bolaget skulle kunna ta tillvara sin rätt (8 kap. 15 § konkurrenslagen, 31 kap. 2 § rättegångsbalken).

Badanstalten har yrkat ersättning 804 256 kr, varav 668 020 kr för ombudsarvode, 98 400 kr för eget arbete och 17 836 kr för utlägg, i huvudsak för kostnader för inställelse till huvudförhandling.

Konkurrensverket har menat att den yrkade ersättningen för ombudsarvode är för hög; en skälig ersättning kan bedömas vara 300 000 kr. När det gäller yrkandet om ersättning för eget arbete saknas, enligt verket, närmare redovisning vari det bestått men att 20 000 kr kan ses som i och för sig skäligt. Mot utläggerna har verket i huvudsak inte invänt.

Målet, som är konkurrensrätligt, inleddes i oktober 2012. Konkurrensverkets utredning och bevisning i målet får sägas ha varit av begränsad omfattning. Förberedelsen har varit enbart skriftlig. Skriftväxlingen kan inte anses ha varit särskilt omfattande. Huvudförhandlingen genomfördes under två dagar. Mot den bakgrunden framstår den yrkade ersättningen för ombudsarvode som hög. Målet får dock anses ha varit av stor betydelse för Badanstalten och därför motiverat ett mer omfattande arbete av ombuden. Tingsrätten finner att skälig ersättning för ombudsarvode i detta fall är 400 000 kr.

Tingsrätten finner att en skälig ersättning för Badanstaltens eget arbete inte kan anses överstiga 30 000 kr.

Den yrkade ersättningen för utlägg framstår som skälig.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 401, vad där sägs om hovrätt ska i stället avse Marknadsdomstolen)

Överklagande, ställt till Marknadsdomstolen, senast den 30 april 2014. Det krävs prövningstillstånd.

Cecilia Klerbro

Tomas Norström

I avgörandet har även docenten Jens Josephson och fil. dr Ann-Charlotte Dorange deltagit.



SVERIGES DOMSTOLAR

ANVISNING FÖR ÖVERKLAGANDE - DOM I TVISTEMÅL

Den som vill överklaga tingsrättens dom, eller ett i domen intaget beslut, ska göra detta skriftligen.

Skrivelsen ska skickas eller lämnas till tingsrätten. Överklagandet prövas av den hovrätt som finns angiven i slutet av domen.

Överklagandet ska ha kommit in till tingsrätten **inom tre veckor** från domens datum. Sista dagen för överklagande finns angiven på sista sidan i domen.

Har ena parten överklagat domen i rätt tid, får också motparten överklaga domen (s.k. **anslutningsöverklagande**) även om den vanliga tiden för överklagande har gått ut. Överklagandet ska också i detta fall skickas eller lämnas till tingsrätten och det måste ha kommit in till tingsrätten **inom en vecka** från den i domen angivna sista dagen för överklagande. **Om det första överklagandet återkallas eller förfaller kan inte heller anslutningsöverklagandet prövas.**

Samma regler som för part gäller för den som inte är part eller intervenient och som vill överklaga ett **i domen intaget beslut** som angår honom eller henne. I fråga om sådant beslut finns dock inte någon möjlighet till anslutningsöverklagande.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i hovrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Hovrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som tingsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som tingsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står tingsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till hovrätten varför klaganden anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla uppgifter om

1. den dom som överklagas med angivande av tingsrättens namn samt dag och nummer för domen,
2. parternas namn och hemvist och om möjligt deras postadresser, yrken, personnummer och telefonnummer, varvid parterna benämns klagande respektive motpart,
3. den ändring av tingsrättens dom som klaganden vill få till stånd,
4. grunderna (skälen) för överklagandet och i vilket avseende tingsrättens domskäl enligt klagandens mening är oriktiga,
5. de omständigheter som åberopas till stöd för att prövningstillstånd ska meddelas, samt
6. de bevis som åberopas och vad som ska styrkas med varje bevis.

Har en omständighet eller ett bevis som åberopas i hovrätten inte lagts fram tidigare, ska klaganden i mål där förlikning om saken är tillåten förklara anledningen till varför omständigheten eller beviset inte åberopats i tingsrätten. Skriftliga bevis som inte lagts fram tidigare ska ges in samtidigt med överklagandet. Vill klaganden att det ska hållas ett förnyat förhör eller en förnyad syn på stället, ska han eller hon ange det och skälen till detta. Klaganden ska också ange om han eller hon vill att motparten ska infinna sig personligen vid huvudförhandling i hovrätten.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans/hennes ombud.

Ytterligare upplysningar lämnas av tingsrätten. Adress och telefonnummer finns på första sidan av domen.

Om ni tidigare informerats om att förenklad delgivning kan komma att användas med er i målet/ärendet, kan sådant delgivningssätt också komma att användas med er i högre instanser om någon överklagar avgörandet dit.