

Konfliktlösningsregeln – ett klargörande av rättsläget?

När den s.k. konfliktlösningsregeln för snart fyra år sedan infördes i konkurrenslagen överlämnades ett antal frågor till den framtida rättstillämpningen för avgörande. Rättspraxis har dock så här långt inte varit särskilt rik. Det är inte förrän helt nyligen som den första domen rörande konfliktlösningsregeln vann laga kraft. Det är Stockholms tingsrätts dom den 12 juli i år i det s.k. ”Skelleftebusmålet” (T 8160-11). Advokaten Elisabeth Eklund och jur.kand. Jenny Crafoord konstaterar i denna artikel att domen i och för sig kan tjäna som ett gott exempel på regelns tillämpning, men att den knappast bidrar till att förtydliga de oklarheter som måste anses vara förbundna med regeln.

Bakgrund

I maj 2011 stämde Konkurrensverket det kommunala bolaget Skelleftebuss AB (”Skelleftebuss”). Konkurrensverket yrkade att tingsrätten, vid ett vite om en miljon kronor, skulle förbjuda Skelleftebuss att bedriva säljverksamhet i form av beställningstrafik där annan än Skellefteå kommun (”Kommunen”) är beställare, dvs. typiskt sett idrottsföreningar etc. Konkurrensverkets grund för talan var att Skelleftebuss bedrev säljverksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § 1 st. konkurrenslagen (2008:579), att Kommunen hade ett direkt dominerande inflytande över Skelleftebuss genom ägarskap, att säljverksamheten i form av beställningstrafik med buss som utgår från Kommunen – när den riktar sig till annan än Kommunen – hämmade eller var ägnad att hämma förekomsten av en effektiv konkurrens på marknaden samt att säljverksamheten inte var förenlig med lag i den bemärkelse som avses

i 3 kap. 27 § 3 st. konkurrenslagen. Konkursverket gjorde gällande att Skelleftebuss, genom sin närvaro på marknaden, hindrade andra bussbolag från att verka och växa på marknaden för beställningstrafik. Konkursverket ansåg vidare att Skelleftebuss hade gått utanför sitt kompetensområde enligt kommunallagen (1991:900).

Skelleftebuss invände att dess grundinställning var att beställningstrafiken var kompetensenlig eftersom den hade en nära anknytning till linjetrafiken och genererades av överskottskapacitet från linjetrafiken samt att den huvudsakligen riktade sig till föreningslivet i Kommunen. Enligt Skelleftebuss uppfattning fick dess beställningstrafik anses tillhöra sedvanlig kommunal verksamhet eftersom den till 80 procent tillgodosåg föreningslivets intresse av att kunna färdas kollektivt i gemensam buss. Beställningstrafiken var således enligt Skelleftebuss ett komplement till den ordinarie kollektivtrafiken i syfte att tillgodose föreningslivets intressen. Eftersom beställningstrafiken hade anknytning till en verksamhet, linjetrafiken, som har stöd i specialkompetens, lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter (befogenhetslagen), och som ska bedrivas på marknadsmässiga grunder skulle beställningstrafiken enligt Skelleftebuss uppfattning bedrivas enligt samma princip för att inte en snedvridning av konkurrensen skulle uppstå.

Avseende den påstådda konkurrensbegränsningen invände Skelleftebuss att beställningsverksamheten inte var ägnad att hämma konkurrensen på marknaden, utan att den huvudsakligen utgjorde ett komplement till kollektivtrafiken. Resurserna som utnyttjades för beställningstrafiken frigjordes till verksamheten från överskottskapacitet av bussar. De konkurrensfördelar Skelleftebuss hade, hade uppkommit av annan verksamhet som bedrevs på affärsmässiga grunder och hade inte något samband med att Skelleftebuss är ett offentligt bolag.

Vidare invände Skelleftebuss att Konkursverket inte närmare hade preciserat hur verksamheten hämmade konkurrensen inom beställningstrafiken. Enligt Skelleftebuss uppfattning skulle inte det faktum att bolaget genom befogenhetslagen hade tillåtits driva linjetrafik på en större konkurrensutsatt marknad innebära att konkurrensen skulle hämmas, utan att bolaget skulle ge ett tillskott till konkurrensen inom beställningstrafiken. Att öka antalet aktörer på en marknad är inte att hämma konkurrensen.

Slutligen anförde Skelleftebuss att bolaget inte hade gynnats eller fått andra konkurrensfördelar av sin ägare som hade kunnat hämma konkurrensen.

Den 12 juli 2013 meddelade tingsrätten sin dom i mål T 8160-11 varigenom Skelleftebuss förbjöds att bedriva beställningstrafik mot privata aktörer.

Konkurrensverkets stämning av Skelleftebuss är ett av sex mål¹ som har anhängiggjorts av Konkurrensverket i domstol sedan reglerna avseende konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet eller den s.k. konfliktlösningsregeln infördes i konkurrenslagen den 1 januari 2010. Ett av dessa mål, mål T 9290-11, *Konkurrensverket mot Mälarenergi Stadsnät AB*, har dock återkallats av Konkurrensverket den 5 november 2013.² Därutöver har såvitt vi känner till ett mål anhängiggjorts genom den s.k. subsidiära talerätten av en privat aktör³. Tingsrättens dom i Skelleftebuss-målet är den andra domen som har meddelats. I den första domen avlog tingsrätten Konkurrensverkets talan mot Räddningstjänsten Dala-Mitt.⁴ Den domen är dock överklagad och kommer inom kort att avgöras av Marknadsdomstolen.⁵ Tingsrättens dom avseende Skelleftebuss är således hittills det enda avgörandet rörande konfliktlösningsregeln som har vunnit laga kraft.

Nedan kommer vi först att kommentera konfliktlösningsregeln i korthet innan vi går in på omständigheterna i domen och slutligen analyserar tingsrättens domskäl.

Konfliktlösningsregeln i korthet

Den 1 januari 2010 trädde den s.k. konfliktlösningsregeln i kraft i konkurrenslagen. Konfliktlösningsregeln är ett tillägg i konkurrenslagens

¹ Mål T 8160-11, *Konkurrensverket mot Skelleftebuss*; mål nr T 7924-11, *Konkurrensverket mot Räddningstjänsten Dala-Mitt*; mål T 911-12, *Konkurrensverket mot Borås kommun*; mål T 9290-11, *Konkurrensverket mot Mälarenergi Stadsnät AB* (återkallat den 5 november 2013); mål 16810-12, *Konkurrensverket mot AB Strömstads Badanstalt*; och mål T 9248-13, *Konkurrensverket mot Växjö kommun*.

² Se http://www.konkurrensverket.se/t/NewsPage____9383.aspx

³ Mål T 9245-12, *ATV-Media AB mot Kommunalförbundet Medicenter Jönköping*.

⁴ Tingsrättens i Stockholm dom den 30 januari 2013 i mål T 7924-11, *Konkurrensverket mot Räddningstjänsten Dala-Mitt*.

⁵ Huvudförhandling i mål A 1/13, *Konkurrensverket mot Räddningstjänsten Dala-Mitt* hölls den 20 november 2013, www.marknadsdomstolen.se. I skrivande stund har Marknadsdomstolen inte meddelat dom.

3 kap. och tar sikte på att lösa de konkurrensproblem som kan uppkomma vid offentlig säljverksamhet.⁶

Bestämmelsen i 3 kap. 27 § konkurrenslagen innebär i korthet att Stockholms tingsrätt⁷ på talan av Konkurrensverket får förbjuda staten, en kommun eller ett landsting att i en verksamhet av kommersiell eller ekonomisk natur tillämpa ett visst förfarande om det snedvrider, eller är ägnat att snedvrida, förutsättningarna för en effektiv konkurrens eller om det hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens på den svenska marknaden. Förbud får dock inte meddelas när det gäller förfaranden från det allmännas sida som är försvarbara från allmän synpunkt. Det är inte bara det allmännas agerande på marknaden som kan förbjudas. Även konkurrenssnedvridande verksamheter kan förbjudas. Denna möjlighet är dock begränsad till sådan verksamhet som bedrivs av kommun eller landsting. Statlig verksamhet omfattas inte av denna regel. Förbud får heller inte meddelas om verksamheten är förenlig med lag.

Det är således Konkurrensverket som har talerätt och Stockholms tingsrätt, och som sista instans Marknadsdomstolen, som kan meddela ett förbud. Om Konkurrensverket för ett visst fall beslutar att inte väcka talan efter ett klagomål får detta göras av ett företag som berörs av förfarandet eller verksamheten, s.k. subsidiär talerätt.

Bakgrunden till införandet av konfliktlösningsregeln är att offentliga aktörer har helt andra förutsättningar att bedriva vissa verksamheter. Offentliga aktörer behöver exempelvis inte ha samma avkastningskrav som privata företag och riskerar inte heller att gå i konkurs. En fungerande marknad bygger på att företag som inte är tillräckligt effektiva slås ut till förmån för företag med bättre effektivitet. Offentliga företag behöver dock inte i grunden vara särskilt effektiva för att kunna stanna kvar på en marknad. Vidare kan offentliga företag i sin säljverksamhet tillämpa metoder som kan bidra till att privata företag som kanske egentligen är mer effektiva slås ut eller inte ens kan ta sig in på marknaden. Genom konfliktlösningsregeln ska en effektivare konkur-

⁶ För närmare om konfliktlösningsregeln se Elisabeth Legnerfält (nu Eklund) och Helene Andersson, SvJT 2010 s. 391, *Nya regler i konkurrenslagen kan förbindra statliga och kommunala bolag att konkurrera med privata aktörer – kommentarer kring konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet*.

⁷ Stockholms tingsrätt har exklusiv behörighet att pröva frågor avseende konfliktlösningsregeln, 3 kap. 32 § konkurrenslagen.

rens tillförsäkras, vilket antas bidra till rationell produktion, effektiv resursfördelning samt att gynna etablering av nya företag, vilket i sin tur gynnar konsumenterna.⁸

Det allmänna säljer årligen varor och tjänster i konkurrens med privata aktörer för mångmiljardbelopp.⁹ Det kan utöver de områden där det allmänna enligt lag har en skyldighet att ansvara för viss service exempelvis röra sig om körskoleverksamhet, försäljning av växter från kommunala plantskolor, konferensverksamhet eller kommunala badanläggningar som även tillhandahåller tjänster i form av gym. Engagemang på de här områdena har i stor utsträckning tidigare varit förbehållet privata aktörer och området betecknas därför ofta, bl.a. i förarbetena¹⁰ till kommunallagen, som det egentliga näringslivet.

Konkurrensproblem kan uppkomma då offentliga aktörer agerar på ett sätt som inte är marknadsmässigt. Med marknadsmässigt agerande menas exempelvis att varor och tjänster ska erbjudas till marknadspris. För kommunala och landstingskommunala verksamheter blir detta emellertid en paradox eftersom dessa är skyldiga att följa den s.k. självkostnadsprincipen, som hindrar kommuner och landsting att inom den kommunala kompetensen bestämma sina avgifter så att ekonomisk vinst uppstår. Det innebär att så länge en verksamhet är kompetensnlig kan en privat aktör inte med hjälp av konfliktlösningsregeln angripa en kommunal verksamhet som tillhandahåller varor eller tjänster till ett pris som understiger marknadspriset.

I vilka situationer är konfliktlösningsregeln tillämplig?

Konfliktlösningsregeln i 3 kap. 27 § 1 st. 1 p. konkurrenslagen reglerar två olika situationer. Dels kan särskilda ageranden från det allmänna sida förbjudas, dels kan kommuner och landsting förbjudas att bedriva viss verksamhet.

Med ”offentlig säljverksamhet” menas sådan verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur som statliga myndigheter, kommuner eller landsting bedriver. Det är inte avgörande om verksamheten är inriktad på ekonomisk vinst eller inte, utan det avgörande är att någon

⁸ Proposition 2008/09:231, Konfliktlösningsregler vid offentlig säljverksamhet på marknaden m.m., s. 35.

⁹ A.a., s. 21.

¹⁰ Prop. 1990/91:117, Om en ny kommunallag.

form av ekonomisk verksamhet bedrivs¹¹. I och med att 1 kap. 5 § konkurrenslagen redan anger att konkurrenslagen inte är tillämplig i förhållande till myndighetsutövning görs motsvarande avgränsning för konfliktlösningens tillämplighet. Förbud ska kunna meddelas om förfarandet snedvrider eller är ägnat att snedvrیدا förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden eller hämmar eller är ägnat att hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens (3 kap. 27 § 1 st. 2 p. konkurrenslagen). Ett förbud ska emellertid inte få meddelas om förfarandet är försvarbart från allmän synpunkt (3 kap. 27 § 2 st. konkurrenslagen). Med begreppet förfarande avses såväl ett faktiskt handlande som en underlåtenhet att vidta en viss åtgärd. En kommun eller ett landsting ska även kunna förbjudas att bedriva viss verksamhet om den snedvrider eller är ägnad att snedvrیدا förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden eller om verksamheten är ägnad att hämma förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens (3 kap. 27 § 3 st. konkurrenslagen). Verksamheten ska dock inte kunna förbjudas om den är förenlig med lag.

För att kunna bedöma om ett visst förfarande eller en viss verksamhet ska förbjudas krävs att marknaden definieras. Här uttalas i förarbetena att detta begrepp motsvaras av vad som i konkurrensrätten betecknas som den relevanta marknaden¹². Vid denna marknadsavgränsning bestämmer man dels den relevanta produktmarknaden, dels den relevanta geografiska marknaden.¹³

Den kommunala kompetensen i korthet

Grunderna för kommuners och landstings organisation och verksamhet regleras i kommunallagen, som även ställer upp restriktioner för hur näringsverksamhet kan bedrivas. I det följande avses med begreppet kommun även landsting. Det finns inte några bestämmelser i kommunallagen som reglerar konkurrensneutralitet mellan offentliga och privata aktörer. Flera av de grundläggande bestämmelserna i kommunallagen har dock betydelse för dessa frågor. Till dessa hör bestämmelserna rörande avgränsningen av kommuners befogenheter och kompe-

¹¹ Prop. 2008/09:231, s. 34

¹² A.a., 58

¹³ Jfr Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03).

tens, dvs. vilka varor eller tjänster som kommuner får respektive inte får producera och bestämmelserna gällande avgifts- och prissättning och andra ekonomiska villkor. Ett antal viktiga uppgifter regleras även i speciallagstiftning. Därtill kommer den kompetensutvidgande lagen om vissa kommunala befogenheter, befogenhetslagen, som anger förutsättningarna för en kommun att bedriva näringsverksamhet inom vissa sektorer, t.ex. sysselsättning för arbetshandikappade och turism.¹⁴

Var går då gränsen för kommunernas kompetens enligt lag? Enligt den allmänna kompetensregeln i 2 kap. 1 § kommunallagen får kommuner och landsting själva ta hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar. Det får inte vara fråga om en angelägenhet som ska handhas enbart av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller någon annan.

I 2 kap. 7 § kommunallagen anges vidare att kommuner får driva näringsverksamhet, om den i) går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget, och ii) drivs utan vinstsyfte. Sådana verksamheter är att anse som sedvanlig kommunal affärsverksamhet. Den del av näringslivet som av tradition är förbehållen den enskilda företagsamheten, brukar kallas det egentliga näringslivet.¹⁵ Vad som är en allmännyttig anläggning eller tjänst definieras dock inte. 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 kommunernas kompetensområde. 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 biografer.¹⁶

¹⁴ Prop. 2008/09:231, s. 38.

¹⁵ A.a., s. 16.

¹⁶ Elförsörjning: RÅ 1975 Ab 327, RÅ 1967 I 29, RÅ 1976 Ab 236. Bostadsförsörjning: Kommunernas ansvar för bostadsförsörjning regleras i dag i lagen (2000:1383) om kommunernas bostadsförsörjningsansvar och i lagen (2002:102) om allmännyttiga bostadsföretag. Kollektivtrafik: R 1926 ref. 25, 1928 S 234, 1939 S 149 och 1973 C 121. Fritidsverksamhet. R 1909 ref. 2 och R 1953 I 273, RÅ 1970 C 85, RÅ 1970 C 86, RÅ 1962 I 219, 1970 C 70, 1973 A 165 och 1974 A 973, RÅ 1966 I 133, RÅ 1972 C 85 och 1975 Ab. 258, RÅ 1977 Ab. 538, RÅ 80 Ab. 308, RÅ 1993 ref. 35. Flygplats: R 1970 C 326.

Huruvida äldre praxis skulle stå sig i dag kan dock enligt vår mening i många fall ifrågasättas utifrån att det på många områden numera finns privata alternativ som gör det olämpligt för kommuner att bedriva den aktuella verksamheten. I praxis har det av praktiska skäl ansetts rimligt att tillåta viss verksamhet av anknytande karaktär, trots att verksamheten isolerat sett faller utanför den kommunala kompetensen. Exempel är stuveriverksamhet i kommunala hamnar samt förädling och försäljning av grus från kommunägda grustag.¹⁷

Den kommunala lokaliseringsprincipen i 2 kap. 1 § kommunallagen innebär vidare att en kommun får sköta angelägenheter av allmänt intresse då det finns ”anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar”. I de kommunala befogenhetsreglerna finns alltså utöver allmänintresset också ett krav på territoriell anknytning till den aktuella kommunen. Det aktuella allmänintresset ska således beröra kommunens geografiska område eller kommunens invånare.

I vissa fall har det varit tillåtet med s.k. överskottsförsäljning. Med överskottsförsäljning menas den situationen då en kommun driver en intern verksamhet som ger ett visst överskott. I en sådan situation kan det, om vissa förutsättningar är uppfyllda, vara acceptabelt att den bjuder ut överskottet till försäljning på det egentliga näringslivets område. Överskottsförsäljning är tillåtet endast inom den egna kommunen, förutsatt att försäljningen är av tillfällig natur, har en liten andel av totalvolymen och är förenad med en snabb intern efterfrågeminskning. Några permanenta överskott accepteras inte.¹⁸ Det ska således inte vara frågan om att regelbundet sälja varor och tjänster på den öppna marknaden från ett permanent överskott. Ett sådant beteende kan inte anses försvarbart från allmän synpunkt. I fråga om överskottsförsäljning bör också pekas på situationen när det är svårt att rätt dimensionera ett internt behov, t.ex. inom en kommun, och där det kan uppstå tillfälliga och oavsiktliga överskott. Ett sådant förhållande kan göra det försvarbart att sälja ett tillfälligt och oavsiktligt överskott av begränsad omfattning, även om det i normalfallet inte är en uppgift för den offentlige aktören att tillhandahålla de aktuella nyttigheterna på marknaden. Ett exempel som lyfts fram i förarbetena är kommunal plantproduktion som bedrivs för de kommunala parkernas behov och som i princip

¹⁷ Prop. 2008/09:231, s. 16.

¹⁸ A.a., RÅ 1993 ref. 12.

är rätt dimensionerad, men där det under en säsong med osedvanligt gynnsamma växtbetingelser uppstår ett överskott som behöver avyttras.

I 2 kap. 7 § kommunallagen föreskrivs att en förutsättning för att kommuner och landsting ska få bedriva näringsverksamhet är att det sker utan vinstsyfte, den s.k. självkostnadsprincipen. Hur avgifter ska sättas behandlas i 8 kap. 3 b och 3 c § § samma lag. Kommuner får ta ut avgifter för sådana tjänster och nyttigheter inom kompetensområdet som tillhandahålls på frivillig grund och detta ska ske enligt den s.k. självkostnadsprincipen i 8 kap. 3 c § kommunallagen, dvs. kommuner får inte ta ut högre avgifter än vad som svarar mot kostnaderna för de tjänster eller nyttigheter som tillhandahålls. Självkostnadsprincipen gäller som huvudregel för all verksamhet som bedrivs, vare sig det är frågan om frivillig eller obligatorisk verksamhet. Något undantag för konkurrensutsatt verksamhet gäller inte, förutom såvitt avser fjärrvärme-, el-, nät- och gasbolag¹⁹. Principen syftar bl.a. till att hindra kommunen från att utnyttja den monopolsituation som ofta finns vid avgiftsfinansierad kommunal verksamhet, oberoende av om verksamheten drivs i egen regi eller på entreprenad.²⁰ I 8 kap. 3 c § kommunallagen har fastställts att självkostnaden utgör övre gränsen för vad en kommun kan ta ut i priser för tjänster. Självkostnadsprincipen har också fastställts i ett antal speciallagar, t.ex. rörande renhållningstjänster och VA-tjänster. Detta innebär ur konfliktlösningsregelns perspektiv att en viktig fråga, kommunal prisdumpning inom ramen för kompetenslig verksamhet i konkurrens med det privata näringslivet, inte regleras. En privat aktör som konkurrerar med en kompetenslig kommunal verksamhet kan inte med konfliktlösningsregelns hjälp komma åt den snedvridning av konkurrensen som självkostnadsprincipen ger upphov till, i och med att sådan prissättning sker enligt lag.

Det ska i detta sammanhang nämnas att självkostnadsprincipen har varit föremål för utredning vid ett par tillfällen, senast i SOU 2011:69, *Olagligt statsstöd*, där utredaren konstaterade att

kommunal näringsverksamhet på konkurrensutsatta marknader som drivs enligt självkostnadsprincipen leder till snedvriden konkurrens och därmed samhällsekonomiska förluster. [Tidigare utredningar] har mot den bakgrun-

¹⁹ Prop. 2008/09:231, s. 17.

²⁰ Prop. 1993/94:188, s. 81.

den dragit slutsatsen att kommunal näringsverksamhet på konkurrensutsatta marknader bör undantas från självkostnadsprincipen.²¹

Utredningen kom emellertid till den slutsatsen att något generellt undantag från självkostnadsprincipen inte skulle genomföras.²²

Fakta i Skelleftebuss-målet

Kommunen äger Skelleftebuss genom Skellefteå Stadshus AB. Skelleftebuss huvudsakliga verksamhet består av att driva regional och interregional linjetrafik. Verksamhet hade vid tidpunkten för domen huvudsakligen tre verksamhetsgrenar: stadstrafiken i Skellefteå tätort, linjetrafiken utom tätorten och beställningstrafiken. Av dessa verksamheter var linjetrafiken den största med ca 72 procent av bolagets omsättning, därefter tätortstrafiken med ca åtta procent och sist beställningstrafiken med sex procent, varav ca fem procent avsåg beställningstrafik till utomstående kunder. Under 2009 utgjordes ca 80 procent av Skelleftebuss omsättning för beställningstrafik av beställningstrafik åt privata kunder. Skelleftebuss totala omsättning var ca 152 miljoner kronor 2012, varav 7,8 miljoner kronor var hänförliga till beställningstrafik till Kommunen såväl som till privata kunder.

Utöver Skelleftebuss fanns åtta privata aktörer som bedrev beställningstrafik med buss inom Kommunen. Tillsammans omsatte beställningstrafiken inom Kommunen drygt 16 miljoner kronor under år 2009. Skelleftebuss hade då en marknadsandel om 47 procent.

Det var inte tvistigt att Skelleftebuss beställningstrafik utgjorde säljverksamhet som omfattas av 3 kap. 27 § 3 st. konkurrenslagen och att Skelleftebuss är en offentlig aktör. Parterna var vidare ense om att den relevanta marknaden var beställningstrafik med buss som utgår från Skellefteå kommun. Det var däremot tvistigt huruvida Skelleftebuss verksamhet med beställningstrafik hämmade eller var ägnad att hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens på marknaden samt om verksamheten var förenlig med lag enligt 3 kap. 27 § konkurrenslagen, dvs. om verksamheten låg inom den kommunala kompetensen.

Skelleftebuss invände i första hand att beställningstrafiken var kompetensnlig enligt kommunallagens bestämmelser och att den därför

²¹ SOU 2011:69, *Olagligt statsstöd*, s. 332.

²² A.a. , s. 20.

över huvud taget inte kunde förbjudas. Som grund för sin invändning anförde Skelleftebuss att beställningstrafiken hade nära anknytning till linjetrafiken och att den genererades av överskottskapacitet från linjetrafiken. I andra hand invände Skelleftebuss att beställningstrafiken inte hämmade eller var ägnad att hämma konkurrensen på marknaden, utan utgjorde ett komplement till kollektivtrafiken i syfte att huvudsakligen tillgodose föreningslivets intressen.

Tingsrättens domskäl

Låg Skelleftebuss verksamhet inom den kommunala kompetensen?

Tingsrätten hade i målet att avgöra om Skelleftebuss beställningstrafik med buss var konkurrensbegränsande genom att hämma eller riskera att hämma konkurrensen på marknaden, och om så var fallet huruvida beställningstrafiken var förenlig med kommunalrättsliga regler om i vilka fall näringsverksamhet får bedrivas.

Tingsrätten prövade först frågan om huruvida Skelleftebuss säljverksamhet med beställningstrafik var förenlig med lag, dvs. om den låg inom den kommunala kompetensen.

Tingsrätten konstaterade inledningsvis att en kommuns kompetens att bedriva säljverksamhet kan härledas från tre håll: befogenhetslagen, de allmänna kompetensreglerna i 2 kap. 1 och 7 §§ kommunallagen eller från de speciella undantag för anknytningskompetens och tillfälligt överskott som har utbildats i praxis²³.

Beträffande befogenhetslagen fann tingsrätten att det enligt 3 kap. 3 § befogenhetslagen finns en möjlighet för ett kommunalt bolag att ingå avtal med en regional kollektivtrafikmyndighet om att utföra lokal och regional linjetrafik med bl.a. buss, men att den aktuella säljverksamheten i form av beställningstrafik inte avsåg den typ av trafik som omfattas av befogenhetslagen. Inte heller fanns det någon speciallagstiftning i övrigt som gav kommunal kompetens för denna typ av verksamhet. Befogenhet att bedriva beställningstrafik kunde därför inte grunda sig på befogenhetslagen, utan skulle prövas utifrån de allmänna kompetensreglerna i kommunallagen.²⁴

²³ Dom T 8160-11, s. 46 f.

²⁴ A.a., s. 47.

Tingsrätten konstaterade att det, förutom Skelleftebuss, endast finns ett kommunalt bussbolag i Sverige som ägnar sig åt beställningstrafik. Redan av den anledningen uttalade tingsrätten att det kunde ifrågasättas huruvida beställningstrafik riktad till privata aktörer är sedvanlig kommunal affärsverksamhet.²⁵

Skelleftebuss invände att beställningstrafiken föll inom det tillåtna området eftersom trafiken huvudsakligen tillgodosåg förenings- och idrottslivets intressen av transport. Tingsrätten anförde dock att denna beställningstrafik inte var subventionerad på något sätt, utan bedrevs på affärsmässiga grunder. Vidare fanns det privata aktörer som kunde tillgodose förenings- och idrottslivets behov av busstransporter. Således var det inte fråga om en situation där de privata initiativen hade fallit bort och det därmed fanns ett utökat utrymme för kommunala åtgärder. Mot bakgrund av detta fann tingsrätten att Skelleftebuss inte tillhandahöll en allmännyttig tjänst till förenings- och idrottslivet.²⁶

Inte heller ansåg tingsrätten att det förelåg s.k. anknätningskompetens. Eftersom beställnings- och linjetrafiken var skilda från varandra ansåg inte tingsrätten att det förelåg ett tillräckligt nära och naturligt samband från nyttjarnas perspektiv mellan den kompetensliga verksamheten, linjetrafiken, och beställningstrafiken.²⁷ Vidare ansåg inte tingsrätten att beställningstrafiken var av begränsad omfattning. Under perioden 2009–2011 motsvarade beställningstrafiken mellan 4,4 och 5 procent av Skelleftebuss totala omsättning. Dessutom hade Skelleftebuss en betydande marknadsandel inom beställningstrafiken, varför den inte kunde sägas vara av begränsad omfattning.²⁸

Tingsrätten ansåg att den överkapacitet Skelleftebuss gjorde gällande att bolaget hade från linjetrafiken fick sägas vara permanent eftersom Skelleftebuss hade bedrivit beställningstrafik sedan 1974. Det var således klart att det inte var fråga om vare sig en övergångsperiod eller en tillfällig överkapacitet, varför beställningstrafiken inte heller kunde sägas utgöra tillfällig överskottsförsäljning.²⁹

²⁵ A.a., s. 48.

²⁶ A.a., s. 48 f.

²⁷ A.a., s. 49.

²⁸ A.a., s. 49 f.

²⁹ A.a., s. 50 f.

Tingsrätten konstaterade således att Skelleftebuss beställningstrafik för privata aktörer inte omfattades av den kommunala kompetensen och därmed inte var förenlig med lag.³⁰

Tingsrätten bedömde därefter om beställningstrafiken var konkurrensbegränsande.

Förelåg en konkurrensbegränsning?

Tingsrätten redogör i domen för Skelleftebuss ekonomiska förhållanden under åren 2000–2011 och konstaterar därvid att Skelleftebuss under dessa år redovisade ett negativt rörelseresultat på sammanlagt 66 miljoner kronor. Under perioden mottog Skelleftebuss koncernbidrag på sammanlagt 57,7 miljoner kronor, varav 50,3 miljoner kronor avsåg 2009. Med hjälp av dessa koncernbidrag hade Skelleftebuss lyckats hålla det egna kapitalet på en sådan nivå att bolaget hade sluppit upprätta en kontrollbalansräkning och överväga likvidation.³¹ Detta innebar enligt tingsrätten att Skelleftebuss hade fått sina förluster täckta av Kommunen och detta hade därmed inneburit ett väsentligt bidrag till och säkerhet för Skelleftebuss verksamhet. Skelleftebuss har därmed, som offentlig aktör, kunnat bedriva sin verksamhet utan påtagliga risker för verksamhetens existens.³²

Tingsrätten uttalade vidare att redan den omständigheten att Skelleftebuss hade agerat utanför den kommunala kompetensen och hade haft fördelar som offentlig aktör indikerar att säljverksamheten i vart fall varit ägnad att påverka konkurrensen negativt, men att konkurrensen på den relevanta marknaden måste bedömas innan några slutsatser kan dras av dessa omständigheter.³³ Som angavs inledningsvis var det ostridigt att den relevanta marknaden var beställningstrafik med buss inom ett område som i stort sett motsvarades av Skellefteå kommun.

Därefter konstaterar tingsrätten att Skelleftebuss vid tiden för domen hade en mycket stark marknadsposition och att konkurrenterna var små vid en jämförelse med andra marknader. Enligt vittnesförhör

³⁰ A.a., s. 51.

³¹ A.a., s. 53 f.

³² A.a., s. 54.

³³ A.a., s. 54 f.

med företrädare för Skelleftebuss konkurrenter var dessa intresserade av en expansion av sina respektive verksamheter.³⁴

Eftersom konfliktlösningsregeln utgår från att en grad av samband normalt finns mellan offentligt ägande av en aktör och dennes beteende på marknaden³⁵ fann tingsrätten att den kunde utgå från att Skelleftebuss starka position på marknaden hängde samman med att bolaget är en offentlig aktör. Skelleftebuss verksamhet på marknaden för beställningstrafik ansågs därmed hämma konkurrensen på sätt som avses i 3 kap. 27 § konkurrenslagen. Skelleftebuss omsättning inom beställningstrafiken och dess starka position på den relevanta marknaden ansågs vidare innebära att konkurrensbegränsningen fick anses vara av någon betydelse.³⁶

Verksamheten på den relevanta marknaden ansågs inte vara konkurrensneutral i den bemärkelsen att den ansågs nödvändig för att upprätthålla nödvändig service eller infrastruktur eftersom konkurrenter till Skelleftebuss uttryckt ett intresse för att tillmötesgå efterfrågan. Tingsrätten bedömde därför att den särskilda efterfrågan som Skelleftebuss ansåg sig ensamt om att kunna möta bör kunna mötas även om Skelleftebuss förbjöds att bedriva beställningstrafik mot privata aktörer.³⁷

Analys av domen

Detta är som tidigare nämnts den första domen där en offentlig säljverksamhet har förbjudits med stöd av konfliktlösningsregeln i 3 kap. 27 § konkurrenslagen. Under de nästan fyra år som förflutit sedan konfliktlösningsregeln infördes i konkurrenslagen har endast sju fall blivit föremål för domstolsprövning. Endast två domar har meddelats hittills, varav en i skrivande stund är överklagad.

I vilken mån denna dom säger något om hur framtida avgöranden kommer att se ut är svårt att sia om, men det kan konstateras att domen är tydligt motiverad och omständigheterna i målet var sådana att det fanns litet utrymme för alternativa tolkningar.

³⁴ A.a., s. 55.

³⁵ Prop. 2008/09:231, s. 35.

³⁶ Dom T 8160-11, s. 55 f.

³⁷ A.a., s. 56.

I målet aktualiserades frågan om kommunens säljverksamhet i form av beställningstrafik med buss i konkurrens med privata aktörer skulle förbjudas. Av väsentlig betydelse för avgörandet av denna fråga är om den aktuella beställningstrafiken kan anses vara förenlig med lag, dvs. kompetenslig antingen enligt kommunallagen eller enligt någon speciallagstiftning.

Kommunallagen ställer i 2 kap. 7 § upp ett krav på att näringsverksamhet för att vara kompetenslig ska gå ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt kommunmedlemmarna och drivas utan vinstsyfte. Allmänintresset bedöms ytterst med utgångspunkten om det är lämpligt, ändamålsenligt och skäligt att kommunen eller landstinget befattar sig med angelägenheten. Utrymmet för att bedöma en verksamhet som allmännyttig är mycket begränsat. Om det med hänsyn till arten av ett visst ändamål anses vara ett allmänt intresse att en kommun eller ett landsting främjar ett visst ändamål, är de berättigade till detta, även om åtgärden bara kommer en mindre del av kommunens eller landstingets område eller ett mindre antal av medlemmarna direkt till godo.³⁸ Båda kriterierna – att ett allmänintresse tillgodoses och att verksamheten drivs utan vinstsyfte – måste vara uppfyllda för att verksamheten ska vara tillåten enligt kommunallagen.

Tingsrätten hade i första hand att ta ställning till om beställningstrafiken bedrevs för att tillgodose ett allmänt intresse. Skelleftebuss anförde att beställningstrafiken i första hand bedrevs för att tillgodose idrotts- och föreningslivets intresse av transport.

Det faktum att beställningstrafiken som var riktad mot idrotts- och föreningslivet inte på något sätt var subventionerad utan bedrevs på affärsmässiga grunder med marknadsmässiga priser, att 20 procent av beställningstrafiken riktade sig till företag samt att det inom det geografiska området fanns privata bussaktörer som kunde utföra busstransporter för föreningslivets räkning innebar dock att Skelleftebuss verksamhet inte kunde anses tillgodose ett allmänt intresse. Tingsrätten konstaterar dessutom att redan av det faktum att det endast finns ett kommunalt bussbolag i Sverige utöver Skelleftebuss som ägnar sig åt beställningstrafik, och detta i mycket begränsad omfattning, fanns det anledning att ifrågasätta om beställningstrafik riktad till privata aktörer är sedvanlig kommunal affärsverksamhet.

³⁸ SOU 2007:72, *Kommunal kompetens i utveckling*, s. 67.

Hade beställningstrafiken endast riktat sig till idrotts- och föreningslivet samt bedrivits enligt självkostnadsprincipen kan det inte uteslutas att tingsrätten hade kommit till en annan slutsats. Frågan om huruvida tillhandahållande av busstransporter till idrotts- och föreningslivet är ett allmänintresse besvaras dock inte i domen, utan det görs en samlad bedömning av tjänsten som erbjuds och under vilka ekonomiska villkor denna tjänst utförs. Eftersom stöd till idrotts- och föreningslivet i andra sammanhang kan anses vara ett allmänintresse, såväl i kommunalrättsliga som exempelvis statsstödsrättsliga sammanhang, kan det inte uteslutas att det som tippade vågskålen i Skelleftebuss fall var det faktum att trafiken bedrevs på affärsmässiga villkor och till marknads-mässiga priser, vilket i praktiken innebär att verksamheten inte stöttade idrotts- och föreningslivet på orten, utan snarare skodde sig på det.

Avseende *förfaranden* ska i detta sammanhang nämnas att ordalydelsen i 3 kap. 27 §, 3 st. konkurrenslagen öppnar för en möjlighet att ett förfarande som förvisso inte anses förenligt med lag (exempelvis för att förfarandet strider mot de kompetensgrundande principerna i kommunallagen) ändå kan vara försvarlig från allmän synpunkt. I förarbetena anges dock att den

principiella utgångspunkten är att ett förfarande som strider mot lag etc. saknar försvarbarhet från allmän synpunkt.³⁹

Presumtion mot sådan försvarbarhet torde alltså föreligga om ett förfarande ligger utanför den kommunala kompetensen.

När tingsrätten hade konstaterat att verksamheten inte var kompetenslig, och därmed inte förenlig med lag, hade tingsrätten att bedöma om verksamheten var konkurrensbegränsande.

I förarbetena uttalas att

[r]edan själva närvaron av den offentlige aktören på marknaden kan ha sådana negativa effekter att ett förbud mot verksamheten kan framstå som befogat.⁴⁰

Detta tar sikte på den situationen att privata alternativ faller bort eller att privata aktörer över huvud taget inte träder in på marknaden till följd av den offentliga aktörens förfarande.

³⁹ Prop 2008/09:231, s. 58.

⁴⁰ A.a., s. 59.

Det framhålls i förarbetena 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.⁴¹ 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.⁴² 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.⁴³ 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 att de konkurrens-hämmande effekterna bör vara av någon betydelse för att ett förbud ska komma i fråga.⁴⁴ Något märkbarhetskrav såsom det som tillämpas vad gäller förbudet mot konkurrensbegränsande avtal ställs emellertid inte upp eftersom man därigenom inte fullt ut kan ta i beaktande den grundläggande skillnaden mellan offentliga och privata aktörer.⁴⁵

Konfliktlösningsregeln har som en generell utgångspunkt att själva det offentliga inslaget i allmänhet kan vara ett ofrånkomligt och oundvikligt upphov till vissa marknadsstörningar, till följd av att det råder skilda grundförutsättningar i förhållande till privata företag. Konfliktlösningsregeln utgår från att en grad av samband normalt finns mellan offentligt ägande av en aktör och dennes beteende på marknaden⁴⁶. Tingsrätten utgick därför från att Skelleftebuss starka position på marknaden hängt samman med att bolaget är en offentlig aktör.

Huruvida konkurrensen på marknaden för beställningstrafik som utgår från Skellefteå kommun påverkas negativt av Skelleftebuss agerande berörs endast översiktligt i samband med att företrädare för konkurrenterna får uttala sig om huruvida de skulle vara intresserade av en expansion av sin verksamhet. Möjligen kan tingsrätten kritiseras för att okritiskt acceptera dessas jakande svar. Av domen framgår inte att

⁴¹ A.a., s. 36.

⁴² A.s.

⁴³ A.a., s. 37.

⁴⁴ A.s.

⁴⁵ A.s.

⁴⁶ A.a., s. 35.

någon utförlig ekonomisk analys har genomförts, emellertid kan detta bero på att de faktiska förhållandena var av sådant slag att detta föreföll självklart.

Tingsrätten uttalar i sin dom i mål T 7924-11, *Konkurrensverket mot Rådningstjänsten Dala mitt*, dom den 30 januari 2013 (domen är överklagad och kommer, som nämns ovan, att avgöras av Marknadsdomstolen inom kort):

Till skillnad från förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete och missbruk av dominerande ställning i 2 kap 1 och 7 §§ konkurrenslagen får konfliktlösningsregeln sammanfattningsvis anses hantera den särskilda marknadsställning som offentliga aktörer kan ha. Konfliktlösningsregeln får dessutom anses ha introducerat ett annat konkurrensbegränsningskriterium. Fråga kan ställas om lagstiftaren rentav har avsett att domstolarna ska göra mer skönsmässiga skälighetsavvägningar från fall till fall vid tillämpning av 3 kap 27 § konkurrenslagen. Tingsrätten anser att en sådan tolkning knappast är gångbar. Placeringen av konfliktlösningsregeln i konkurrenslagen, med dess regler för rättens sammansättning, visar i sig att bedömningen ska baseras på ekonomisk analys. De frekventa hänvisningarna i förarbetena till marknadsförhållandena talar i samma riktning, inte minst uttalandet att det är konkurrensen på den relevanta marknaden som ska bedömas [...].⁴⁷

Domen i Skelleftebuss-målet bidrar inte i egentlig mening till att klargöra vilka praktiska kommande effekter lagstiftningen kommer att få. Många av de frågetecken som uppstod i anledning av införandet av konfliktlösningsregeln kvarstår. Bland annat kvarstår frågan hur en intresseavvägning mellan konkurrensintresset och andra allmänna intressen ska göras när konfliktlösningsregeln tillämpas. Frågan om vad som kan anses vara ett allmänt intresse som ska väga tyngre än konkurrensintresset behöver klargöras.

I dom T 7924-11 förkastar tingsrätten således att en skönsmässig skälighetsavvägning ska göras vid avvägningen mellan ett allmänt intresse och konkurrensintresset och konstaterar i stället att det är en ekonomisk analys som avgör om konkurrensintresset ska väga tyngre än andra allmänna intressen. Det återstår att se om denna inställning står sig eller om efterföljande praxis talar för en annan typ av intresseavvägning.

⁴⁷ Dom T 7924-11, s. 53.

Vissa beteenden kan vara konkurrensneutrala och omfattas därför inte av konfliktlösningsregeln. Till den kategorin räknas åtgärder som avser att upprätthålla service och annan infrastruktur på områden där det finns ett bristande kommersiellt utbud.⁴⁸ Frågan om “vad kom först – hönan eller ägget” är alltjämt intressant. Det kommer säkert att förekomma situationer där Konkurrensverket hävdar att avsaknaden av ett kommersiellt utbud beror på det allmännas agerande, medan kommunen eller landstinget hävdar motsatsen, d.v.s. att verksamheten bedrivs för att det inte finns någon privat aktör som är villig att göra det. Även om det tidigare har förelegat en situation som inneburit att det inte funnits någon privat aktör som är villig att bedriva viss verksamhet kan den situationen förändras över tid. Skelleftebuss hade bedrivit sin beställningstrafik sedan 1974. På nästan 40 år hinner såväl de legala som de reella förutsättningarna för kommuner att bedriva viss verksamhet ändras väsentligt. Det finns därför anledning för såväl offentliga aktörer att med någon regelbundenhet kritiskt granska sina verksamheter som för privata aktörer att bevaka utvecklingen inom deras område. Avslutningsvis kan konstateras att det kommer dröja innan det finns praxis som besvarar alla de oklarheter som identifieras i förarbetena till konfliktlösningsregeln.

⁴⁸ Prop. 2008/09:231, s. 37.