



STOCKHOLMS TINGSRÄTT
Avdelning 5

SLUTLIGT BESLUT
2014-04-11
Meddelat i
Stockholm

Mål nr T 9290-11

PARTER

KÄRANDE

Konkurrensverket, 202100-4342
103 85 Stockholm

genom processråden Daniel Severinsson och Marie Östman

SVARANDE

Mälarenergi Stadsnät AB, 556554-1488
Box 14
721 03 Västerås

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz och jur.kand. Linda Dahlström
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

SAKEN

Förbud mot konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet enligt 3 kap 27 och 28 §§
konkurrenslagen; nu avskrivning och beslut om rättegångskostnader

Slut

1. Målet skrivs av.
 2. Mälarenergis yrkande om ersättning för rättegångskostnader lämnas utan bifall.
-

Dok.Id 1320243

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

Innehåll

Slut	1
KORT SAMMANFATTNING AV MÅLET	2
RÄTTEGÅNGSKOSTNADSYRKANDET MM	6
GRUNDER.....	6
Mälarenergi	6
Konkurrensverket.....	12
BESLUT.....	27
Skäl.....	27
<i>Principerna för bedömningen</i>	<i>28</i>
<i>Kan Mälarenergi anses ha fullgjort det anspråk som görs gällande i rättegången, eller har sådana omständigheter inträtt under rättegången att ett vidhållande av talan skulle vara ändamålslost.....</i>	<i>30</i>
<i>Den antagliga utgången om målet hade prövats</i>	<i>30</i>
Slut	39
Sekretessfrågor.....	39

KORT SAMMANFATTNING AV MÅLET

Konkurrensverket ansökte den 22 juni 2011 om stämning och **yrkade** att Mälarenergi Stadsnät AB (nedan Mälarenergi) skulle förbjudas att bedriva säljverksamhet som består i tillhandahållande av kommunikationsoperatörstjänster i Eskilstuna kommun och i Hallstahammars kommun och att Mälarenergi skulle upphöra med denna verksamhet senast sex månader efter dom, dock senast den 30 september 2014. Konkurrensverket yrkade att förbudet skulle förenas med vite om tre miljoner kr.

Mälarenergi **bestred** yrkandet och förklarade att bolaget avsåg att yrka ersättning för rättegångskostnader.

Konkurrensverket angav följande **grund för talan**.

1. Mälarenergi är, till följd av avtal med det kommunalägda företaget Eskilstuna Energi och Miljö AB respektive Hallstahammars kommun, kommunikationsoperatör i det öppna stadsnätet i Eskilstuna kommun respektive Hallstahammars kommun. Kommunikationsoperatörsverksamheten i Eskilstuna och Hallstahammar består i att Mälarenergi sköter drift och underhåll av stadsnäten samt förmedlar nätanslutningar till fastighetsägare och leveranser av internet-tjänster till slutkunderna från olika tjänsteleverantörer som har avtal med Mälarenergi. Verksamheten utgör säljverksamhet som omfattas av 1 kap 5 § första stycket konkurrenslagen.
2. Västerås kommun, org. nr. 212000-2080, har ett dominerande inflytande över Mälarenergi genom ägarskap. Bestämmelsen i 3 kap 27 § konkurrenslagen ska därför, enligt 3 kap 28 § konkurrenslagen, tillämpas på Mälarenergi.
3. Mälarenergi är en offentlig aktör och verkar på marknaden under andra förutsättningar än privata kommunikationsoperatörer. Mälarenergis verksamhet utesluter privata kommunikationsoperatörer från att etablera sig i de öppna stadsnäten i Eskilstuna kommun och Hallstahammars kommun. Detta snedvrider, eller är ägnat att snedvrida, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden för tillhandahållande av kommunikationsoperatörstjänster till öppna nät i Sverige, och hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.
4. Den ifrågasatta verksamheten bedrivs utanför hemkommunen Västerås. Verksamheten står i strid med lokaliseringsprincipen i 2 kap 1 § kommunallagen, eftersom den inte kan anses syfta till att gynna kommunmedlemmarna i Västerås kommun på det sätt som krävs enligt lokaliseringsprincipen. Verk-

samheten bedrivs även i strid med förbudet mot spekulativ verksamhet i 2 kap 7 § kommunallagen. Eftersom verksamheten bedrivs i strid med den kommunala kompetensen är den inte förenlig med lag i den bemärkelse som avses i 3 kap 27 § tredje stycket konkurrenslagen.

Mälarenergi gjorde gällande följande **grunder för bestridandet**.

1. Mälarenergis verksamhet, vad avser tillhandahållande av kommunikationsoperatörstjänster i Eskilstuna respektive Hallstahammars kommun, utgör inte konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet enligt 3 kap 27-28 §§ konkurrenslagen.
2. Mälarenergis tillhandahållande av kommunikationsoperatörstjänster snedvrider inte, är inte ägnad att snedvrida förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, hämmar inte och är inte heller ägnad att hämma förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.
3. Även för det fall tingsrätten skulle finna att Mälarenergi har en negativ påverkan på konkurrensen är tillhandahållandet av kommunikationsoperatörstjänst försvarbart från allmän synpunkt samt förenligt med kommunallagen.

Skriftväxling ägde rum, liksom en **mundlig förberedelse**. Målet var **utsatt till huvudförhandling** den 9-12 september 2013.

Under våren 2013 meddelade Mälarenergi, som svar på föreläggande, att Mälarenergi AB, Hallstahammars kommun, Arboga kommun och Eskilstuna Energi och Miljö AB tillsammans hade initierat bildandet av ett gemensamt bolag. Det gemensamma bolaget Stadsnät i Svealand AB skulle ansvara för drift, underhåll och utveckling av stadsnäten i Västerås, Eskilstuna, Hallstahammar och Arboga kommuner. Mälarenergi meddelade senare att den verksamhet som omfattades av Konkurrensverkets yrkande hade överlåtit till dess systerbolag Stadsnät i Svealand AB och att all personal knuten till verksamheten hade överflyttats. Planen var att Hallstahammars kommun, Arboga kommun

och Eskilstuna Energi och Miljö AB skulle bli delägare i Stadsnät i Svealand AB. Detta förutsatte kommunala beslut.

Mälarenergi återkom under sommaren 2013 och meddelade att samtliga inblandade kommuner och kommunföretag hade fattat beslut att bli delägare i Stadsnät i Svealand AB samt att besluten hade vunnit laga kraft.

Viss ytterligare skriftväxling förekom eftersom Konkurrensverket efterfrågade handlingar som visade att de inblandade kommunerna och kommunföretagen faktiskt hade genomfört ägarförändringen. Konkurrensverket förutskickade att om sådan dokumentation gavs in skulle verket kunna återkalla talan.

Huvudförhandlingen ställdes in.

Efter att Mälarenergi hade gett in ytterligare dokumentation inkom Konkurrensverket med **återkallelse** av käromålet. Konkurrensverket anförde i huvudsak följande. Avtal avseende överlåtelse av aktier i Stadsnät i Svealand AB har träffats mellan å ena sidan Mälarenergis koncernmoder Mälarenergi AB, och å andra sidan Eskilstuna Energi och Miljö AB, Hallstahammars kommun respektive Arboga kommun. Avtalen undertecknades i september/oktober 2013. Tillträde ska ske den 1 januari 2014. Konkurrensverket fick efter förfrågan del av dessa undertecknade avtal från Mälarenergi den 30 oktober 2013. Det framgår av ett medieuttalande från Mälarenergis VD den 9 november 2012, att en av intentionerna med nämnda omstrukturering var att rätta sig efter Konkurrensverkets krav i den aktuella processen. Konkurrensverket har tidigare angett att en sådan anpassning kan föranleda en återkallelse av talan i målet. Det står således klart att efter årsskiftet 2013/2014 kommer Mälarenergikoncernen inte längre att vara ensam ägare till det bolag som bedriver den säljverksamhet utanför Västerås kommun som Konkurrensverkets talan avser. Även de övriga inblandade kommunerna kommer att vara delägare i bolaget. Med anledning av att Mälarenergikoncernen anpassat kommunikationsoperatörsverksamheten till den kommunalrättsliga lokaliseringsprincipen saknar Konkurrensverket anledning att vidhålla sitt förbudsyrkande.

RÄTTEGÅNGSKOSTNADSYRKANDET MM

Mälarenergi har yrkat ersättning för rättegångskostnader av allmänna medel med 925 436 kr (exklusive mervärdesskatt) eller annat belopp som tingsrätten finner skäligt.

Konkurrensverket har motsatt sig skyldighet att ersätta Mälarenergis rättegångskostnader. Beträffande skäligheten av yrkandet har Konkurrensverket vitsordat 380 000 kr som skäligt ombudsarvode i och för sig.

GRUNDER**Mälarenergi**

Mälarenergi har till stöd för att bolaget ska erhålla yrkad ersättning för rättegångskostnader anfört följande.

Bedömningen av huruvida en viss verksamhet står i strid med bestämmelsen i 3 kap 27 § i konkurrenslagen ska göras i två steg. Först ska fastställas huruvida verksamheten har en sådan negativ inverkan på konkurrensen som krävs enligt bestämmelsen. Därefter ska konstateras huruvida verksamheten är försvarbar från allmän synpunkt eller är förenlig med lag, med hänsyn till att verksamhet som är försvarbar från allmän synpunkt eller är förenlig med lag inte kan förbjudas.

Konkurrensverket har inte visat på vilket sätt Mälarenergis verksamhet de facto har en negativ inverkan på konkurrensen. För att konkurrensen ska snedvridas eller hämmas krävs att den offentliga aktören uppträder på ett sätt som får oönskade effekter. Det krävs också enligt förarbetena till 3 kap 27 § konkurrenslagen att de konkurrensnedvridande eller konkurrenshämmande effekterna är av någon betydelse för att ett förbud

ska kunna komma i fråga. Det är vidare ett krav att konkurrenstrycket minskar. Konkurrensverket har inte visat på vilket sätt Mälarenergi som offentlig aktör haft ett konkurrenssnedvridande beteende eller medfört att konkurrenstrycket minskar.

Konkurrensverket har i stämningsansökan definierat den relevanta produktmarknaden som tillhandahållande av kommunikationsoperatörstjänster till öppna nät. Marknaden för kommunikationsoperatörstjänster är i konstant utveckling och enligt Mälarenergis uppfattning finns det inte någon renodlad produktmarknad för kommunikationsoperatörstjänster enligt Konkurrensverkets definition.

Det har skett en utveckling på marknaden och de större vertikalt integrerade aktörerna (aktörer som har kontroll på hela värdekedjan och som exempelvis är aktiva på både grossist och slutkundsnivå har öppnat sina nät för andra tjänsteleverantörer) har nu etablerat sig på marknaden för tillhandahållande av kommunikationsoperatörstjänster och det finns i princip inte några renodlade kommunikationsoperatörer kvar på marknaden för kommunikationsoperatörstjänster. Sava! TeliaSonera AB genom Telia Operator Business samt Com Hem genom iTux Communication AB är exempel på vertikalt integrerade aktörer som har öppnat sina nät för andra tjänsteleverantörer. Vidare har exempelvis Telenor AB köpt OpenNet AB, Modern Times Group har köpt Zitius AB och EQT har förvärvat IP-Only som bygger, driver och äger fibernät i Norden.

Utifrån slutkundsperspektivet är vidare vertikala nät och öppna nät med kommunikationsoperatörstjänster utbytbara och därigenom samma produkt. En bedömning av huruvida verksamheten snedvrider eller hämmar konkurrensen ska göras ur konsument- och slutkundsperspektiv och inte utifrån konkurrerande aktörers perspektiv.

Olika uppdragsgivare efterfrågar vidare skilda tjänster och de tjänster som erbjuds är enbart en paketering av tjänster enligt nätägarens behov. Det finns inte något enhetligt begrepp för vad som innefattas i en kommunikationsoperatörsroll eller vad som utgör kommunikationsoperatörstjänster.

Mot bakgrund av Konkurrensverkets definition avseende kommunikationsoperatörstjänster i öppna nät och den konsolidering som sker på marknaden finns det i princip inte några leverantörer enligt Konkurrensverkets definition av kommunikationsoperatörstjänster kvar på marknaden. Mot denna bakgrund finns det inte någon produktmarknad enligt Konkurrensverkets definition.

Konkurrensverket har vidare angivit att den relevanta marknaden är nationell vilket medför att en bedömning av huruvida konkurrenssituationen påverkas ska göras på nationell nivå och att det inte har någon betydelse för bedömningen av ett förbud enligt 3 kap 27 § konkurrenslagen vilka effekter Mälarenergis närvaro i Eskilstuna respektive Hallstahammars kommun har på de lokala marknaderna. Även om man skulle se bara på Eskilstuna respektive Hallstahammar så skulle det ändå inte innebära någon effekt på konkurrensen. Mälarenergis verksamhet i Eskilstuna respektive Hallstahammars kommun utestänger ingen annan aktör och konkurrenstrycket minskar inte. Mälarenergis närvaro i Eskilstuna respektive Hallstahammars kommun främjar istället konkurrensen. Andra aktörer har vidare inte trängts undan från marknaden. Mälarenergis tillhandahållande av kommunikationsoperatörstjänster i Eskilstuna respektive Hallstahammars kommun har medverkat till att konkurrenstrycket har ökat och inte minskat. Mälarenergi har genom sin närvaro främjat konkurrensen genom ett större utbud av tjänsteleverantörer och lägre priser till nytta för slutkunderna.

Mälarenergis verksamhet i Eskilstuna kommun och Hallstahammars kommun utestänger vidare inte privata kommunikationsoperatörer från att etablera sig i stadsnäten.

I både Eskilstuna och Hallstahammars kommun finns det parallell fiberinfrastruktur med stadsnätet. Det innebar en möjlighet för andra aktörer än Mälarenergi att erbjuda/tillhandahålla kommunikationsoperatörstjänster i såväl det öppna stadsnätet som i den parallella fiberinfrastrukturen. Andra aktörer har således ej trängts undan från marknaden.

Konkurrensverket har vidare inte kunnat visa på vilket sätt Mälarenergis beteende har en koppling till att bolaget är en offentlig aktör. Mälarenergi verkar under samma förutsättningar och villkor som vilken energikoncern som helst i Sverige oavsett ägarform och enbart den omständigheten att Mälarenergi är kommunalägt ger inte bolaget möjlighet att under andra förutsättningar än privata företag agera på marknaden.

Enbart det faktum att det är en offentlig aktör och inte privat aktör som tillhandahåller kommunikationsoperatörstjänster medför inte att konkurrenstrycket minskar eller är ägnat att minska konkurrenstrycket.

Olika typer av kommunikationsoperatörstjänster tillhandahålls i åtminstone hela landet. Mälarenergi har vidare angivit exempel på hur svenska aktörer är verksamma i andra länder. Projektering pågår vidare för öppna nät i ett flertal länder i Europa. Aktörer som tillhandahåller olika kommunikationsoperatörstjänster har möjlighet att söka kunder och skalfördelar även utanför Sverige.

Mälarenergi anser att det inte finns någon renodlad produktmarknad för tillhandahållandet av kommunikationsoperatörstjänster i öppna nät. Olika typer av kommunikationsoperatörstjänster efterfrågas och tillhandahålls inte uteslutande inom Sverige. Därmed utgör Mälarenergis tillhandahållande av kommunikationsoperatörstjänster i Eskilstuna respektive Hallstahammars kommun inte en snedvridning av konkurrensen eller innebär en minskning av konkurrenstrycket. Mot bakgrund av ovanstående finns det inte marknadsstörningar som krävs för ett förbud enligt 3 kap 27 § konkurrenslagen.

Andra aktörer har ej trängts undan från marknaden och Mälarenergis agerande innebär inte något hämmande på konkurrensen vare sig på lång eller kort sikt.

Mälarenergis tillhandahållande av kommunikationsoperatörstjänster i Eskilstuna respektive Hallstahammars kommun har inte snedvridit, varit ägnat att snedvrیدا förut-

sättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, inte hämmat och inte heller varit ägnad att hämma förekomsten eller utvecklingen av sådan konkurrens.

Vad gäller *förenligheten med kommunallagen* har Mälarenergi anfört i huvudsak följande.

I dagens samhälle är det lika viktigt för medborgarna att ha tillgång till högkvalitativt bredband som det är viktigt att ha tillgång till el och kollektivtrafik. Kommunerna har därför ett stort ansvar för att samtliga kommuninvånare har tillgång till IT-infrastruktur av hög kvalitet. IT-infrastruktur i form av tillgång till bredband är således en grundläggande nytthet för kommuninvånarna på samma sätt som el och transport. Redan på grund härav faller det inom den kommunala kompetensen för en kommun att bedriva sådan verksamhet, även om det inte finns samma uttryckliga lagstöd som i bl.a. ellagen. Även förarbetena till lag om vissa kommunala befogenheter konstaterar att samhällsutvecklingen avseende bl.a. ökat kommunalt utvecklings- och tillväxtarbete inom t.ex. infrastruktur får betydelse för tillämpningen av lokaliseringsprincipen.

Mälarenergi bedriver verksamhet som kommunikationsoperatör inom den egna kommunen. Det faktum att Mälarenergi även agerar som kommunikationsoperatör i två andra kommuner medför stordriftsfördelar vilket innebär att effektivitetsbesparingar och samordningsvinster kan uppnås, vilket i sin tur gynnar medlemmarna inom Västerås kommun. Här kan noteras att även Konkurrensverket påtalar fördelarna som uppnås genom stordrift. Genom att Mälarenergi agerar som kommunikationsoperatör i Eskilstuna har medlemmarna i Västerås kommun vidare fått tillgång till tre nya tjänstleverantörer.

Mälarenergis utökade verksamhet är också till fördel för Västerås kommuns medlemmar på så sätt att sysselsättningen inom kommunen ökar. Ett utökat verksamhetsområde för Mälarenergi medför att fler personer måste anställas för att bolaget skall kunna fullgöra sina åtaganden.

Vid kommunal verksamhet gäller förbud mot spekulativ verksamhet enligt 2 kap. 7 § kommunallagen samt självkostnadsprincipen enligt 8 kap. 3 c § kommunallagen. Det innebär att den kommunikationsoperatörsverksamhet som Mälarenergi bedriver i Hallstahammars kommun och Eskilstuna kommun inte ska syfta till att ge vinst. Att så inte sker i Mälarenergis fall framgår av deras årsredovisningar. Av dessa kan det konstateras att Mälarenergi vissa år ändå har gått med vinst, men också att de andra år har gått med förlust. Förlusterna har vissa år varit större och andra år näst intill försumbara. Det får anses vara normalt att ett bolag inte varje år går med vinst, utan vissa år gör en förlust, detta särskilt då verksamheten inte har ett sådant syfte.

Mälarenergi bildades med syfte att skapa konkurrens för medborgarna och för att försäkra sig om att alla medborgare har tillgång till bredband av hög kvalitet, med mångfald, öppenhet och stor valfrihet för slutkunderna.

Mälarenergis uppfattning är vidare att det faktum att Mälarenergi inte varje år går med vinst talar för att en balanserad inställning till verksamheten föreligger och att Mälarenergi månar om att inte bryta mot den kommunalrättsliga lagstiftningen genom att respektera såväl förbudet mot spekulativ verksamhet som självkostnadsprincipen.

Det saknas regler i kommunallagen om interkommunala avtal. Kompetensenligheten av samverkan enligt denna modell får därför bedömas utifrån övriga regler i kommunallagen och då särskilt 2 kap. 1 § kommunallagen, då det finns ett ömsesidigt kommunalt intresse för Mälarenergi att bedriva den aktuella verksamheten som kommunikationsoperatör i såväl Eskilstuna kommun som Hallstahammars kommun. Det hade också varit kompetensligt för kommunerna i Eskilstuna samt Hallstahammar att i egen regi agera kommunikationsoperatör. Mälarenergi har svårt att förstå hur det inte skulle vara ett ömsesidigt kommunalt intresse att Mälarenergi agerar kommunikationsoperatör i övriga kommuner. De interkommunala avtalen mellan å en sidan Mälarenergi och å andra sidan Eskilstuna Energi och Miljö AB respektive Hallstahammars kommun är således sådana avtal som faller inom ramen för den kommunala kompetensen enligt 2 kap. 1 § kommunallagen.

Sammanfattningsvis anser inte Mälarenergi att dess verksamhet vad avser tillhandahållande av kommunikationsoperatörstjänster i Eskilstuna respektive Hallstahammars kommun har utgjort konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet enligt 3 kap 27-28 §§ konkurrenslagen. Konkurrensverket skulle således alldeles oavsett den nu gjorda återkallelsen inte nått framgång med sin talan. Därmed är Mälarenergi berättigat till ersättning för sina rättegångskostnader som om Konkurrensverket hade tappat målet.

Konkurrensverket

Konkurrensverket har invänt i huvudsak följande i frågan om rättegångskostnader.

Konkurrensverkets förbudstalan som numera återkallats, utgick från att det kommunalägda bolaget Mälarenergi bedrev säljverksamhet utanför hemkommunen i strid med den kommunalrättsliga lokaliseringsprincipen, vilket snedvred och hämmade konkurrensen på marknaden eller var ägnat att få sådana effekter. Ett par år efter talans väckande överläts den ifrågasatta säljverksamheten till ett annat bolag som inom kort kommer att ägas gemensamt av samtliga inblandade kommuner. Därmed kommer verksamheten inte längre att strida mot lag på det sätt som angavs i Konkurrensverkets stämningsansökan och som krävs enligt 3 kap 27 § tredje stycket konkurrenslagen. Omstruktureringen av den ifrågasatta säljverksamheten har varit direkt föranledd av Konkurrensverkets förbudstalan i målet. Detta framgår bland annat av entydiga uttalanden från Mälarenergis VD den 9 november 2012 i det elektroniska nyhetsbrevet Telekomnyheterna, som är ett från Mälarenergi fristående nyhetsbrev. Av nyhetsbrevet framgår att en av anledningarna till den nya bolagsstrukturen kring Mälarenergi är att komma undan den stämning som bolaget har fått mot sig från Konkurrensverket, på grund av att man erbjuder kommunikationsoperatörstjänster utanför den egna kommunen. Mälarenergis VD anger i ett direkt citat att "Det är klart att vi har tagit med Konkurrensverket och deras åsikter i processen när vi har skapat det här bolaget. Var intention är att vi på det här sättet ska uppfylla deras krav".

Mälarenergikoncernen har således överlåtit ägarandelar i det bolag som nu bedriver den ifrågasatta säljverksamheten till tre grannkommuner. Överlåtelsen har skett för att undvika ett verksamhetsförbud enligt 3 kap 27 § konkurrenslagen. Vid dessa förhållanden är det inte rimligt att tillerkänna Mälarenergi ersättning för rättegångskostnader från allmänna medel. En jämförelse kan göras med vad som gäller i mål om företagskoncentrationer. Sådana mål avser, i likhet med förbudstalan enligt 3 kap 27 § konkurrenslagen, ett framåtblickande förbud där svarandebolagen efter talans väckande kan disponera över det som Konkurrensverkets talan avser. I mål om företagskoncentrationer har det ansetts stötande att tillerkänna parterna ersättning för rättegångskostnader i de fall där Konkurrensverket har återkallat sin talan på grund av att parterna i koncentrationen har återkallat sin anmälan om koncentration. Motsvarande överväganden gör sig gällande med samma styrka när Konkurrensverket återkallar en talan om förbud enligt 3 kap 27 § konkurrenslagen till följd av att svarandebolaget ändrat sin verksamhet så att den inte längre strider mot lag på det sätt som Konkurrensverket gjort gällande i målet.

Konkurrensverket noterar att Mälarenergi hävdar att Konkurrensverket inte skulle ha nått framgång med sin talan och att detta bör beaktas vid bedömningen av möjligheten för Mälarenergi att få ersättning för sina rättegångskostnader. Eftersom Mälarenergi har valt att anpassa sin verksamhet efter Konkurrensverkets förbudsyrkande och någon huvudförhandling med bevisupptagning inte har skett i målet motsätter sig Konkurrensverket att tingsrätten ska lägga en hypotetisk bedömning av målets utgång till grund för beslutet om Mälarenergis rättegångskostnader ska ersättas eller ej. För det fall tingsrätten ändå skulle tycka att en sådan bedömning är relevant, hänvisar Konkurrensverket till sin stämningsansökan och efterföljande skrivelser.

I stämningsansökan och efterföljande skrivelser har Konkurrensverket anfört väsentligen följande i sak.

Den relevanta marknaden är tillhandahållande av kommunikationsoperatörstjänster till öppna nät i Sverige.

Det finns två huvudmodeller för att ansluta exempelvis ett fastighetsbestånd till ett fast bredbandsnät. Den ena modellen utgörs av anslutning till ett slutet nät, där en och samma aktör står för såväl nät, anslutning som slutkundstjänster. Leverantören får då oftast exklusivitet, t.ex. när det gäller försäljning av slutkundstjänster, under en bestämd period.

Den andra modellen innebär anslutning till ett öppet nät. Ett öppet nät är ett nät som görs tillgängligt för och kan användas av olika tjänsteleverantörer för att leverera olika produkter och tjänster utan att dessa aktörer har exklusivitet.

Den grundläggande idén med ett öppet nät är att flera tjänsteleverantörer utnyttjar en gemensam infrastruktur så att det skapas förutsättningar för konkurrens på tjänstenivå. Ett öppet nät möjliggör tillhandahållandet av en plattform på vilken slutanvändare och tjänsteleverantörer förs samman.

Öppna nät kan utgöras av såväl fastighetsnät, främst sådana som tillhör kommunalägda allmännyttiga bostadsbolag, som kommunalägda stadsnät.

Stadsnäten i Sverige har utvecklats under en dryg 20-årsperiod, men fick ännu mer fart i början på 2000-talet när regeringen beslöt om medfinansiering via statliga stödmedel för bredbandsutbyggnaden. Majoriteten av stadsnäten är idag kommunalt styrda, vanligen genom ett kommunalt bolag. Stadsnäten är olika tätt knutna till annan kommunal verksamhet. Särskilt vanligt är det att verksamheten inordnats i det kommunala energibolaget.

Det finns stadsnätsägare som endast erbjuder tillträde till infrastruktur, t.ex. Stokab i Stockholm. Vidare finns det stadsnätsägare som i första hand tillhandahåller ett nät till den egna kommunala verksamheten, t.ex. kommunhus och vårdinrättningar. Därutöver finns det stadsnätsägare som även driver stadsnätet för att förse kommuninvånarna med bredbandstjänster. I dagsläget finns det cirka 130 sådana stadsnät i Sverige.

Stadsnäsägaren kan i det senare fallet välja att själv vara kommunikationsoperatör i det egna stadsnätet eller att ge detta uppdrag till en extern kommunikationsoperatör. Härigenom har det skapats en marknad för privata kommunikationsoperatörer att ta över hela eller delar av ansvaret för drift och underhåll av kommunala stadsnät. Motsvarande efterfrågan på kommunikationsoperatörer finns i andra öppna nät som innehas av olika fastighetsägare.

Kommunikationsoperatören ansvarar för drift och underhåll av ett öppet nät, dvs. ett stadsnät eller ett öppet fastighetsnät. En annan viktig uppgift för kommunikationsoperatören är att vara förmedlare av slutkundstjänster i nätet. Kommunikationsoperatören ansluter olika tjänsteleverantörer till nätet och tillhandahåller en plattform, t.ex. en hemsida, från vilken de slutkunder som är anslutna till nätet kan välja önskade bredbandstjänster från de olika anslutna tjänsteleverantörerna. Kommunikationsoperatören fungerar således som en länk mellan tjänsteleverantörerna och slutkunderna (dvs. hushåll och företag). Via plattformen beställer slutkunderna tjänster direkt från tjänsteleverantörerna. Tjänsteleverantörerna kontakter i sin tur kommunikationsoperatören som ansvarar för att hushållets uttag aktiveras så att tjänsterna kan nå fram till slutkunden.

I ett öppet fastighetsnät ansvarar kommunikationsoperatören i regel för att ansluta nätet till nät högre upp i näthierarkin (i den mån en sådan anslutning inte redan finns). I ett stadsnät kan kommunikationsoperatören även ansvara för att marknadsföra stadsnätet gentemot fastighetsägare för att förmedla anslutningar av nya slutanvändare i det öppna stadsnätet.

Kommunikationsoperatören säkerställer att nätet är öppet för alla slutanvändare att ansluta sig till och att dessa fritt kan välja bland de tjänsteleverantörer som finns anslutna till nätet. På samma sätt ska det vara öppet för alla tjänsteleverantörer att ansluta sig till nätet. Kommunikationsoperatören ser till att tjänsteleverantörer får tillgång till det öppna nätet på konkurrensneutrala och icke-diskriminerande villkor.

Kommunikationsoperatören i ett öppet stadsnät har ofta även i uppdrag att tillhandahålla kapacitetsförbindelser, dvs. aktiv infrastruktur, till aktörer och operatörer som vill anlägga ett eget nät. Passiv infrastruktur tillhandahålls istället oftast av stadsnätsägaren själv.

Motsvarande uppgifter som ankommer på kommunikationsoperatören i ett öppet nät utförs delvis även av vertikalt integrerade operatörer i de egna näten, t.ex. drift och underhåll av nätinfrastrukturen. Andra av kommunikationsoperatörens uppgifter, som exempelvis anslutning av andra tjänsteleverantörer, finns endast i öppna nät.

Det finns generellt två typer av nätägare som efterfrågar kommunikationsoperatörens tjänster: kommunala stadsnätsägare och fastighetsägare. Ofta kan efterfrågan och därmed de alternativ som står till buds för dessa två kundkategorier se annorlunda ut. Kundkategorin stadsnätsägare har incitament att skapa möjlighet för flera tjänsteleverantörer att vara verksamma i nätet. Stadsnät har därför kommit att kännetecknas av öppenhet och konkurrensneutralitet. När nätet väl är anlagt i syfte att förse kommuninvånarna med bredbandstjänster efterfrågar stadsnätsägare således endast öppna lösningar. Detta innebär att ett stadsnät, i de fall stadsnätsägaren inte valt att själv driva och förvalta nätet, anlitar en extern kommunikationsoperatör som aktiverar och driver nätet samt tillhandahåller en plattform/förmedlar innehållstjänster från flera tjänsteleverantörer.

I stadsnäten efterfrågas därmed en öppen lösning, till skillnad från en sluten lösning där samma aktör både sköter drift av nätet och levererar bredbandstjänsterna till slutkunderna. Detta innebär att i ett öppet stadsnät konkurrerar en kommunikationsoperatör om att få driva nätet och förse det med slutkundstjänster endast med andra kommunikationsoperatörer och inte med vertikalt integrerade operatörer. En annan sak är att en vertikalt integrerad operatör, som t.ex. Telia Sonera, kan bedriva kommunikationsoperatörsverksamhet i någon annans öppna nät separat från den övriga vertikalt integrerade verksamheten och därigenom agera även som renodlad kommunikationsoperatör.

När det gäller den andra kundkategorin, dvs. fastighetsägare (t.ex. bostadsbolag eller bostadsrättsföreningar), kan dessa välja mellan två modeller vid installation av bredband i sin eller sina fastigheter. I den första, slutna, modellen uppdras åt en vertikalt integrerad operatör att bygga fastighets- eller områdesnätet, att aktivera och driva det samma samt att exklusivt leverera egna slutkundstjänster. I den andra, öppna, modellen bygger fastighetsägaren själv nätet och anlitar en kommunikationsoperatör som aktiverar och driver nätet samt tillhandahåller en plattform/förmedlar innehållstjänster från flera tjänsteleverantörer.

Till skillnad från kundkategorin stadsnätsägare, som inte efterfrågar tjänster från vertikalt integrerade operatörer för drift av sitt öppna nät, föreligger det vad gäller kundkategorin fastighetsägare i ett visst skede utbytbarhet mellan den öppna och den slutna lösningen. I detta kundsegment konkurrerar kommunikationsoperatörer således med vertikalt integrerade operatörer. Konkurrenssituationen uppstår i samband med att fastighetsägaren ska välja modell för installation av bredband. När en fastighetsägare väl har valt en öppen lösning för bredbandsinstallation konkurrerar kommunikationsoperatörerna inte med de vertikalt integrerade operatörerna, så länge fastighetsägaren inte överväger att ändra till en stängd modell.

Inom kundkategorin fastighetsägare föreligger betydande skillnader mellan kundernas efterfrågan. Stora kommunalägda allmännyttiga bostadsbolag har oftare än andra mindre fastighetsägare både incitament och finansiell möjlighet att investera i ett eget fastighets- och områdesnät som de vill ska vara öppet och neutralt för att kunna erbjuda de boende olika tjänsteleverantörer att välja mellan. Sådana fastighetsägare efterfrågar därför liksom stadsnäten den öppna modellen och därmed kommunikationsoperatörstjänster.

Olika kategorier av kunder väljer således olika lösningar; stadsnätsägare och även stora kommunala bostadsbolag väljer i större utsträckning än privata fastighetsägare öppna lösningar.

De kommunikationsoperatörstjänster som nätägare efterfrågar för att erbjuda ett öppet nät är inte utbytbara mot de tjänster som vertikalt integrerade operatörer tillhandahåller. Det som särskilt efterfrågas i ett öppet nät är tillhandahållandet av en plattform med olika tjänsteleverantörer. Ur en efterfrågeaspekt är kommunikationsoperatörstjänster inte heller utbytbara mot tjänster som produceras längre ner i förädlingskedjan såsom kanalisation eller tjänster som produceras högre upp av tjänsteleverantörer.

Kapacitetsförbindelser utgör en förädlad grossisttjänst, dvs. aktiv infrastruktur, som erbjuds till andra operatörer eller företag som ämnar anlägga ett eget nät. Försäljning av kapacitetsförbindelser i nätet kan ingå i kommunikationsoperatörens uppdrag eller utföras av den kommunala stadsnäsägaren. Vilken aktör som tillhandahåller tjänsten beror på vilket intresse kommunen har av att behålla den verksamheten. Särskilt i fall då stadsnäsägaren redan har aktiverat nätet eller delar av detta, kan det finnas ett sådant intresse. Det går därför inte att dra någon klar skiljelinje mellan kommunikationsoperatörsuppdrag som omfattar kapacitetsförsäljning och uppdrag som endast innefattar drift och underhåll samt förmedling av anslutningar och slutkundstjänster.

Frågan om tillhandahållande av kapacitetstjänster ska ingå i den relevanta produktmarknaden påverkar enligt Konkurrensverket inte bedömningen i nu aktuellt fall. Under alla förhållanden omfattas tillhandahållande av kapacitetstjänster inte av Konkurrensverkets talan. Konkurrensverket anser därför att det inte är nödvändigt att ta slutlig ställning till om tillhandahållande av kapacitetstjänster ska anses ingå i den relevanta produktmarknaden.

Svartfiber är en oförädlad produkt som skiljer sig väsentligt från de tjänster som en kommunikationsoperatör tillhandahåller. Tillhandahållandet av svartfiber ingår därför inte i den relevanta produktmarknaden. Tillhandahållandet av svartfiber omfattas inte heller av Konkurrensverkets talan.

Mot bakgrund av ovanstående är den relevanta produktmarknaden marknaden för tillhandahållande av kommunikationsoperatörstjänster till öppna nät.

De privata kommunikationsoperatörerna i Sverige är verksamma i hela landet eller har möjlighet att vara det, dvs. att etablera sig i nya delar av landet. Generellt anger kommunikationsoperatörerna att det inte är några kommunhuvudorter som faller bort, oavsett var i landet de ligger. Geografiska eller demografiska omständigheter förefaller inte vara omständigheter som avgör om en kommunikationsoperatör kan etablera sig i ett öppet nät i en viss kommun. Avlägset belägna eller glest befolkade kommuner innebär inte i sig att en affär är ointressant. Kunderna kan i regel upphandla kommunikationsoperatörstjänsten från nationellt verksamma operatörer och, i den mån en sådan finns, en lokal kommunikationsoperatör.

När en kommunikationsoperatör överväger att etablera sig i ett geografiskt område där operatören inte tidigare har varit verksam har denne fördelar av redan gjorda investeringar i verksamheten i andra geografiska områden. Det kan t.ex. vara fråga om att använda samma tekniska plattform som företaget använder i andra områden än i det nyetablerade området. Stöd- och övervakningssystem kan bemannas från en enda geografisk plats. Vidare kan utveckling och uppgradering av mjukvara genomföras från ett verksamhetsställe för hela den nationella verksamheten. För lokal teknisk service och underhåll av nätutrustning kan lokalt verksamma underentreprenader anlitas.

Kommunikationsoperatörsverksamhet kännetecknas av stordriftsfördelar. Detta gäller både med avseende på antalet anslutna kunder, och därmed till viss grad storleken på en ort, och med avseende på antalet stadsnät eller andra nät som en aktör är kommunikationsoperatör i. Stordriftsfördelarna kan bland annat bestå i samordning och effektivisering av drift, underhåll och tjänsteleverans.

Samtidigt synes skalfördelar inte utgöra ett väsentligt inträdeshinder på marknaden för kommunikationsoperatörstjänster. Även om samtliga aktörer som Konkurrensverket varit i kontakt med uppger att skalfördelar är viktiga och har en stor betydelse som

konkurrensmedel, så tycks storleken på nätet utgöra en relativt låg tröskel och i princip samtliga stadsnät betraktas som intressanta samarbetspartners. De viktigaste omständigheterna inför ett uppdrag som kommunikationsoperatör i ett stadsnät uppges vara dels att det finns tillräckligt med fiber att hyra, dels att kommunen utgör en intressant motpart att samarbeta med i frågor angående nätutbyggnad, dvs. att kommunen har en drivkraft att utveckla stadsnätet och att det finns en långsiktighet.

Vidare har kommunikationsoperatörsverksamhet inslag av nätverkseffekter. Ett öppet nät uppvisar nätverkseffekter som uppstår där många anslutna slutanvändare verkar positivt på antalet tjänsteleverantörer vilket i sin tur höjer attraktionskraften i nätet ytterligare genom ett större utbud av tjänster. Därigenom attraheras fler slutkunder. Den intäktpotential som öppna nät representerar blir således generellt större då ett större tjänsteutbud lockar till sig fler fastighetsägare och slutkunder och vice versa.

Med hänsyn till vikten av stordriftsfördelar och nätverkseffekter utgör dessa en väsentlig drivkraft för kommunikationsoperatörerna att utöka verksamheten till olika geografiska delar av landet, vilket talar ytterligare för en vidare avgränsning av marknaden än lokal och/eller regional.

Mot bakgrund av ovanstående är den relevanta geografiska marknaden enligt Konkurrensverket nationell.

Eftersom marknaden är i en utvecklingsfas är det viktigt att i detta skede, medan marknaden tar sin form, värna om att konkurrensen på marknaden inte snedvrids eller hämmas.

Redan det förhållandet att Mälarenergi är ett kommunägt företag ger företaget andra förutsättningar att agera på marknaden än privata aktörer, vilket i sig kan innebära en snedvridning av konkurrensförhållandena. Det kan även framhållas att sedan Mälarenergi startade sin verksamhet år 2000 har företaget redovisat ett negativt resultat alla år utom 2001 och 2002. Under år 2009 redovisade företaget en förlust på cirka 10,5 mil-

joner kronor. Under år 2010 uppgick förlusten till närmare 5 miljoner kronor. Företaget har erhållit koncernbidrag från moderbolaget Mälarenergi AB som under år 2010 uppgick till cirka 14,3 miljoner kronor, år 2009 till cirka 21,5 miljoner kronor, år 2008 till cirka 26 miljoner kronor och under år 2007 cirka 750 000 kronor. Även om också privata företag kan driva verksamhet med förlust under ett antal år så omfattas inte privat verksamhet av en sådan finansiell säkerhet som är fallet med Mälarenergi. Mälarenergi ingick i den större Mälarenergikoncernen, där Västerås kommuns helägda energibolag Mälarenergi AB är moderbolag. Mälarenergikoncernen äger även kommunal infrastruktur i form av ett el- och fjärrvärmenät och bedriver verksamhet med elnät, elhandel och fjärrvärme under lagstadgat eller de facto monopol. Privata kommunikationsoperatörer har därmed inte bara att konkurrera med ett offentligt ägt företag som sådant, utan med en koncern som bedriver verksamhet som har sitt ursprung i ett kommunalt monopol.

Det förhållandet att Mälarenergi ägs av Västerås kommun har även haft en direkt inverkan på Mälarenergis möjlighet att erhålla kontrakten i Eskilstuna kommun och Hallstahammars kommun. Västerås kommun har valt att driva sitt stadsnät, inklusive kommunikationsoperatörsverksamheten, i egen regi genom Mälarenergi. Mälarenergis kundunderlag i Västerås kommun är därmed en direkt följd av att företaget är kommunalägt. Mälarenergi har på så sätt fått en verksamhetsbas utan att behöva tävla med privata aktörer som i motsats till Mälarenergi behöver konkurrera om att få (och behålla) varje uppdrag som kommunikationsoperatör. Per den 22 november 2010 hade Mälarenergi anslutit 34 768 hushåll och 2 168 företag till stadsnätet i Västerås. Det får förutsättas att utan denna verksamhetsbas hade Mälarenergi saknat reell möjlighet att erbjuda kommunikationsoperatörstjänster i Eskilstuna och Hallstahammar.

Det har i aktuellt fall dessutom funnits en konkret fara för konkurrensnedvridningar i samband med upphandlingen av kommunikationsoperatörstjänster i Eskilstuna och Hallstahammar. Som framgår nedan kan Mälarenergi ha utsetts till kommunikationsoperatör i Eskilstuna och Hallstahammar på grunder som inte är uteslutande kommersiella. Mälarenergi har uppgett att det finns en tradition av erfarenhetsutbyte och sam-

arbete med Eskilstuna kommun. Det finns dessutom gemensamma ägarintressen på energiområdet mellan Mälarenergis moderbolag Mälarenergi AB å ena sidan, och Eskilstuna Energi och Miljö AB och/eller dess moderbolag Eskilstuna Kommunföretag AB å andra sidan.

När Eskilstuna kommun, genom sitt energibolag Eskilstuna Energi och Miljö AB, upphandlade kommunikationsoperatörstjänster till stadsnätet genomförde kommunen ingen upphandling enligt lagen om offentlig upphandling. I det anbuds förfarande som istället tillämpades lämnade både Mälarenergi och ett antal privata kommunikationsoperatörer in anbud. Två operatörer, Mälarenergi och Open net, bedömdes vara mest fördelaktiga och ansågs båda kunna ge goda möjligheter till stärkt ekonomiskt resultat och positiv utveckling av stadsnätet. Anbudsförfarandet resulterade i att det kommunala alternativet, Mälarenergi, tilldelades kontraktet. I grannkommunen Strängnäs, som samordnade upphandlingen av kommunikationsoperatörstjänster med den upphandling som samtidigt genomfördes i Eskilstuna, vann emellertid ett annat privat alternativ (Via Europa) kontraktet i konkurrens med Mälarenergi och övriga anbudsgivare (Open net och Zitius).

Även i Hallstahammar har Mälarenergikoncernen och kommunen gemensamma intressen på energiområdet. Mälarenergi AB levererar fjärrvärme i Hallstahammar, och ett dotterbolag som är samägt med bland annat Hallstahammars kommun har koncession för elnätsverksamhet.

När Hallstahammars kommun skulle utse kommunikationsoperatör i stadsnätet fattade kommunfullmäktige beslut om att välja Mälarenergi utan någon föregående, formlös eller formell, upphandling. Mälarenergi fick således uppdraget i Hallstahammar utan någon som helst konkurrensutsättning.

Marknaden för kommunikationsoperatörstjänster till öppna nät är nationell. De privata kommunikationsoperatörerna är verksamma i hela Sverige, eller har möjlighet att vara det. Avgörande för om de privata aktörerna har intresse av att etablera sig på en viss

ort är om det finns tillgång till infrastruktur. Storleken på orten eller var i landet orten ligger är däremot inte av avgörande betydelse. I princip samtliga kommuners stadsnät kan utgöra intressanta uppdrag för privata kommunikationsoperatörer.

Konkurrensverkets utredning har visat att det finns tillgång till nödvändig fiberinfrastruktur i Eskilstuna kommun och Hallstahammars kommun. De öppna stadsnäten i Eskilstuna och Hallstahammar är därför kommersiellt attraktiva för privata kommunikationsoperatörer. Att privata aktörer är intresserade visas av att flera privata kommunikationsoperatörer deltog i den upphandling av kommunikationsoperatörstjänster som genomfördes i Eskilstuna kommun. Samma privata aktörer, samt Mälarenergi, deltog även i närliggande Strängnäs kommuns upphandling av kommunikationsoperatör år 2009, ett upphandlingskontrakt som Via Europa vann. Det står mot denna bakgrund klart att det finns både kommersiella förutsättningar för och intresse från privata företag att etablera sig som kommunikationsoperatör i stadsnäten i Eskilstuna och Hallstahammar.

Även om storleken på orten inte är avgörande för intresset för etablering har storleken på det potentiella kundunderlaget ändå relevans för kommunikationsoperatörens verksamhet. Tjänsteleverantörer är i regel mindre intresserade av att leverera tjänster till ett begränsat antal slutkonsumenter. Om en kommunikationsoperatör har en stor kundbas i förhandling med tjänsteleverantörer kan detta komma slutkunderna till nytta genom lägre priser och större utbud. Vad avser Eskilstuna och Hallstahammar är kundunderlaget i stadsnäten av väsentlig betydelse. Kommunerna ligger i den s.k. Mälarregrionen som ligger nära Stockholm (ca 10-15 mil) och som tillhör ett av landets mest tätbefolkade områden. I Eskilstuna kommun bor det cirka 96 000 personer och i Hallstahammars kommun bor det cirka 15 000 personer. Mälarenergi hade per den 22 november 2010 anslutit totalt närmare 15 000 hushåll och mer än 200 företag till dessa stadsnät (12 285 hushåll och 200 företag i Eskilstuna; 2 537 hushåll och 15 företag i Hallstahammar). En sådan kundbas kan spela en betydande roll, inte minst för en mindre kommunikationsoperatör.

För att kunna bedriva en effektiv kommunikationsoperatörsverksamhet är det även viktigt att uppnå skalfördelar. Ett exempel på en skalfördel är att en och samma drift-central kan användas för att övervaka samtliga nät som en kommunikationsoperatör sköter driften av. Detta sparar utrustning och personal. Vidare har en kommunikationsoperatör som är verksam i flera nät större möjlighet att sluta attraktiva avtal med tjänsteleverantörer och därmed ge slutkonsumenterna ett bättre utbud (nätverkseffekter). Det ligger därför i sakens natur att kommunikationsoperatörer söker uppdrag i flera öppna nät.

Marknadsförhållandena medför emellertid svårigheter för kommunikationsoperatörer att växa. I praktiken finns det endast utrymme för en kommunikationsoperatör i varje öppet nät. Samtidigt är antalet öppna stadsnät som kommunikationsoperatörer kan konkurrera om begränsat. I dagsläget finns det cirka 130 kommunalt ägda öppna stadsnät. I de stadsnät där kommunen själv bedriver kommunikationsoperatörsverksamhet är marknaden stängd för privata aktörer. När kommunikationsoperatörstjänster upphandlas externt avser kontrakten normalt flera år i taget. Varje upphandling av kommunikationsoperatörstjänster är därför viktig för marknadsaktörerna. Marknadsstörningar, som när Mälarenergi expanderar sin verksamhet till Eskilstuna och Hallstahammar, riskerar att få allvarliga effekter på konkurrensen.

Mälarenergi ägs av Västerås kommun. Någon speciallagstiftning som ger kommuner rätt att verka utanför sitt geografiska område finns inte på bredbandsområdet. Mälarenergis verksamhet måste därför enligt 2 kap. 1 § kommunallagen ha anknytning till Västerås kommuns område eller vara till nytta för kommunmedlemmarna i Västerås för att rymmas inom den kommunala kompetensen. Mälarenergis verksamhet som kommunikationsoperatör i Eskilstuna kommun respektive Hallstahammar kommun saknar anknytning till Västerås kommuns område och kan inte anses vara till nytta för Västerås kommunmedlemmar eller näringslivet i Västerås kommun. Det är Eskilstuna kommun respektive Hallstahammar kommun och deras kommunmedlemmar som är mottagare/köpare av tjänsterna. Den aktuella verksamheten syftar inte till att gynna Västerås kommunmedlemmar eller näringslivet i Västerås kommun på så sätt att de

ska kunna ta del av de tjänster som produceras. Det förhållandet att Mälarenergi genom att utöka sin verksamhet till andra kommuner än Västerås kan uppnå större volymer och därigenom öka konkurrenskraften gentemot tjänsteleverantörer utgör rena kommersiella överväganden som inte kan rättfärdiga ett avsteg från lokaliseringsprincipen.

En grundförutsättning för att en verksamhet ska anses vara kompetensenlig enligt 2 kap. 7 § kommunallagen (förbudet mot spekulativ verksamhet) är att den bedrivs inom de ramar som lokaliseringsprincipen uppställer, dvs. att verksamheten måste ha anknytning till Västerås kommuns område eller vara till nytta för de egna kommunmedlemmarna. Som framgått anser Konkurrensverket att så inte är fallet och att Mälarenergis verksamhet i Eskilstuna kommun och Hallstahammars kommun strider mot lokaliseringsprincipen. Därmed strider verksamheten även mot 2 kap. 7 § kommunallagen.

Verksamheten i Eskilstuna och Hallstahammar är inte heller i övrigt förenlig med 2 kap. 7 § kommunallagen. Mälarenergis engagemang som kommunikationsoperatör utanför den egna kommunen är strikt kommersiellt. Verksamheten får därmed anses vara vinstsyftande till sin karaktär, även om den har gått med förlust under flera år. Den är på så sätt oförenlig med 2 kap. 7 § kommunallagen, oavsett det ursprungliga motivet bakom Mälarenergis bildande.

Kommunen får inte vidta en åtgärd uteslutande eller väsentligen i en annan kommuns intresse, utan det ska finnas ett ömsesidigt kommunalt intresse av samarbetet för att samverkan ska vara kompetensenlig. Vidare bör varje kommuns deltagande stå i proportion till det egna kommunintresset. Samverkan ska bedömas utifrån vad som skulle ha varit kompetensenligt för samtliga inblandade kommuner om respektive kommun ensam hade utfört åtgärden.

Samarbetet mellan Mälarenergi och Eskilstuna Energi och Miljö AB respektive Hallstahammars kommun består i att Västerås kommun genom Mälarenergi levererar tjäns-

ter till Eskilstuna respektive Hallstahammar stadsnät. Eskilstuna Energi och Miljö AB:s respektive Hallstahammars kommuns insats består i att betala för tjänsterna. Detta är ett rent kommersiellt avtalsförhållande. Den ekonomiska ersättning som Mälarenergi erhåller från sina avtalsparter är en naturlig del av all närings- och säljverksamhet och kan inte anses utgöra ett ömsesidigt kommunalt intresse.

Det kommersiella avtalet mellan Mälarenergi och Eskilstuna Energi och Miljö AB respektive Hallstahammars kommun är därmed inte heller ett sådant interkommunalt avtal som ryms inom den kommunala kompetensen.

Mälarenergis verksamhet i Eskilstuna kommun respektive Hallstahammars kommun utgör inte heller sådan anknytande verksamhet som kan medge att kommunen driver verksamhet som egentligen faller utanför den kommunala kompetensen.

Det har i praxis ansetts föreligga anknytningskompetens om en i och för sig icke kompetenslig verksamhet har ett nära och naturligt samband med den befintliga och erkända kommunala verksamheten, är av begränsad omfattning och inte är avsedd att ge vinst.

Lokaliseringsprincipen gäller även som en grundförutsättning för att en verksamhet ska anses utgöra tillåten anknytande verksamhet, dvs. verksamheten måste ha anknytning till Västerås kommuns område eller vara till nytta för de egna kommunmedlemmarna. Som framgått ovan är så inte fallet. Eftersom verksamheten strider mot lokaliseringprincipen kan den inte heller utgöra anknytningskompetens.

Verksamheten kan inte heller i övrigt anses vara tillåten anknytande verksamhet. Att en i och för sig kompetensstridig verksamhet accepteras som anknytande verksamhet är tänkt att tillämpas på rena undantagssituationer, där en annan ordning skulle te sig opraktisk och verklighetsfrämmande. Det finns inte ett sådant nära och naturligt samband som fordras i kommunalrättslig mening. Anknytningskompetensen tar främst sikte på situationer där en annan lösning skulle te sig orimlig. I nu aktuellt fall kan det

inte anses leda till orimliga resultat om Mälarenergi skulle förbjudas att tillhandahålla de aktuella kommunikationsoperatörstjänsterna. Det finns privata aktörer på marknaden som tillhandahåller de aktuella tjänsterna på marknadsmässiga villkor.

Mälarenergis verksamhet kan inte heller anses vara av begränsad omfattning. Av Mälarenergis årsredovisning för år 2010 följer att företaget hade som målsättning att verka i Mälardalen och att ytterligare åtaganden hos andra kommuner i Mälardalen är planerade för de kommande åren. Verksamheten i Eskilstuna respektive Hallstahammar bedrivs enligt fleråriga avtal. Ett betydande antal kunder och tjänsteleverantörer har anslutit sig till stadsnäten. Som redovisats ovan kan det inte heller anses föreligga någon frånvaro av vinstintresse.

Efter genomgång av handlingarna meddelar tingsrätten följande

BESLUT

Skäl

Eftersom Konkurrensverket har återkallat sin talan ska målet skrivas av.

Beträffande rättegångskostnader görs följande bedömning.

Principerna för bedömningen

I mål om konkurrensskadeavgift tillämpas enligt 8 kap 15 § konkurrenslagen reglerna i 31 kap rättegångsbalken om rättegångskostnader i brottmål. Av detta följer att rätten, för det fall Konkurrensverket helt eller delvis förlorar målet, kan besluta att motparten ska få ersättning av allmänna medel för sina rättegångskostnader om dessa skäligen varit motiverade för att motparten skulle kunna ta tillvara sin rätt (se 31 kap 2 § rättegångsbalken).

Part som har återkallat sin talan anses typiskt sett som tappande.

I de rättegångskostnadsregler som gäller för tvistemål återfinns i 18 kap 5 § andra stycket rättegångsbalken en undantagsregel. När käranden återkallar sin talan på grund av att svaranden efter talans väckande har fullgjort det anspråk som görs gällande i rättegången, kan undantag göras från huvudregeln om att den som återkallar sin talan i allmänhet ska förpliktas att ersätta motpartens rättegångskostnader (se bl.a. NJA 2010 s. 725). I förarbetena nämns ytterligare ett exempel på tillämpning av undantagsregeln. Om käranden i ett mål om utfående av en lös sak återkallar sin talan därför att denna förstörts genom en olyckshändelse under rättegången eller eljest sådana omständigheter inträtt under rättegången att ett vidhållande av talan skulle vara ändamålslost och det kan antas att kärandens talan skulle ha bifallits, sägs anledning också kunna föreligga att kvitta kostnaderna eller i något fall tillerkänna käranden gottgörelse för sina kostnader (NJA II 1943 s. 231, se även NJA 1980 s. 53).

Undantagsregeln har ingen direkt motsvarighet i 31 kap rättegångsbalken, som nu är tillämpligt. Den bakomliggande principen synes ändå ha tillämpats, utan direkt lagstöd, i mål enligt konkurrenslagen (MD 2005:28). Marknadsdomstolen noterade i 2005 års fall, som gällde en företagskoncentration, att tillämpningen av bestämmelserna om rättegångskostnader i brottmål i denna typ av mål inte är helt utan problem. Part som är föremål för en förbudstalan från Konkurrensverkets sida är i en helt annan situ-

ation än en part i ett brottmål. Det ansågs ligga inom ramen för domstolens diskretionära prövning att kunna vägra godta ersättningskraven.

Genom 2008 års konkurrenslag ändrades rättegångskostnadsreglerna i mål om företagskoncentrationer med hänvisning till 2005 års avgörande. Regeringen anförde:

Mål rörande företagskoncentrationer skiljer sig från övriga konkurrensmål genom att målen grundar sig på en anmälan till Konkurrensverket från parterna i en företagskoncentration. Parterna i en koncentration har möjligheter att disponera över det som anmäls till Konkurrensverket. Parterna kan ändra sin anmälan för att undanröja de konkurrensskadliga effekterna av koncentrationen. Detta kan ske under verkets prövning av koncentrationen genom exempelvis ett åtagande att sälja ett företag eller en verksamhet. Parterna kan också återkalla sin anmälan till verket om de finner att det inte finns förutsättningar att genomdriva koncentrationen. Parterna är oförhindrade att göra åtaganden eller att återkalla sin anmälan även sedan Konkurrensverket väckt talan om förbud mot koncentrationen i Stockholms tingsrätt.

När parterna i en koncentration frivilligt avbrutit den och återkallat sin anmälan sedan talan väckts, har Konkurrensverket att återkalla sin talan om förbud mot koncentrationen och tingsrätten att avskryva målet. Av 31 kap. 2 § rättegångsbalken följer då att parterna i koncentrationen är berättigade till ersättning för sina rättegångskostnader, trots att Konkurrensverket kan sägas ha vunnit framgång i målet.

När återkallelsen är en följd av att Konkurrensverket har uppnått syftet med sin talan, nämligen att koncentrationen inte genomförs därför att parterna i koncentrationen kommit överens om det, kan det framstå som stötande att tillerkänna parterna ersättning av allmänna medel. I ett sådant läge kan ju verkets åtgärd att väcka förbudstalan ha varit helt nödvändig för att syftet – att hindra koncentrationen – skulle uppnås.

De överväganden som har gjorts i förarbeten och praxis bör enligt tingsrätten få motsvarande tillämpning i mål om förbud enligt konfliktlösningsregeln i konkurrenslagen. Liksom vid företagskoncentrationer är det fråga om framåtriktade förbud. Svarandena i

dessa mål kan precis svarande i mål om företagskoncentrationer vidta åtgärder som innebär att de rättar sig efter Konkurrensverkets yrkande eller att en förbudstalan förlo- rar sitt ändamål.

Kan Mälarenergi anses ha fullgjort det anspråk som görs gällande i rättegången, eller har sådana omständigheter inträtt under rättegången att ett vidhållande av talan skulle vara ändamålslost

Tingsrätten prövar därför om Mälarenergi kan anses ha fullgjort det anspråk som görs gällande i rättegången, alternativt om sådana omständigheter inträtt under rättegången att ett vidhållande av talan skulle vara ändamålslost och det kan antas att Konkurrens- verkets talan skulle ha bifallits.

Konkurrensverket har fört en förbudstalan, dvs. en negativ fullgörelsetalan. De åtgär- der som Mälarenergi, tillsammans med andra kommuner och kommunföretag, har vid- tagit kan inte anses vara ett efterkommande av Konkurrensverkets krav på att verk- samheten ska upphöra. Verksamheten kommer att fortsätta, men enligt andra ägarfor- mer. Tingsrätten kan därför inte finna att förändringen av ägarstrukturen innebär att Mälarenergi får anses ha fullgjort det anspråk som gjorts gällande i rättegången.

Ägarförändringen får däremot anses vara en sådan omständighet som har inträffat un- der rättegången och som innebär att ett vidhållande av talan skulle vara ändamålslost. Mälarenergi bedriver inte längre verksamheten, varför ett förbud riktat mot Mälare- nergi skulle bli verkningslost.

Den antagliga utgången om målet hade prövats

Nästa fråga är därmed om det kan antas att Konkurrensverkets talan skulle ha bifallits. Prövningen är prognostisk och får göras på det underlag som utgörs av handlingarna i målet.

Verksamhetens förenlighet med kommunallagen

Ägarförändringen får anses ha genomförts bl.a. för att komma till rätta med en pågående överträdelse av den kommunala lokaliseringsprincipen, vilket utgjorde ett led i Konkurrensverkets talan.

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.

Bestämmelsen i 2 kap 1 § kommunallagen ger bl.a. uttryck för den s.k. *lokaliseringsprincipen*, som innebär att en angelägenhet måste bäras upp av ett till kommunen knutet intresse för att kunna bli föremål för kommunens omvårdnad. Det bedöms därvid alltså inte räcka med att det är fråga om ett samhällsintresse utan intresset måste också framstå som i någon bemärkelse avgränsat till kommunområdet och/eller kommunmedlemmarna.

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 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 biografer (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). Som Konkurrensverket

har anfört krävs, som en grundförutsättning för kompetensenlighet enligt 2 kap 7 § kommunalagen, att lokaliseringsprincipen är uppfylld.

Mälarenergis tillhandahållande av kommunikationsoperatörstjänster i Eskilstuna kommun och i Hallstahammars kommun har bedrivits utanför hemkommunen Västerås och avser verksamhet som grannkommunerna ansvarar för (jmf RÅ 2003 ref 98). Den kan enligt tingsrätten inte anses syfta till att gynna kommunmedlemmarna i Västerås kommun (kommunmedlemmar eller näringsliv) på det sätt som krävs enligt lokaliseringsprincipen. Vad Mälarenergi har anfört om stordriftsfördelar, effektivitetsbesparingar, samordningsvinster och ökad sysselsättning inom kommunen föranleder ingen annan bedömning. Därutöver kan konstateras att den ifrågasatta säljverksamheten har befunnit sig på det egentliga näringslivets område, där förutsättningarna för en kommun att verka är mycket begränsade.

Kommunal verksamhet som i och för sig normalt faller utanför den kommunala kompetensen kan ändå 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). Denna s.k. *anknytningskompetens* har utvecklats i rättspraxis. 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 bedrivas utan vinstsyfte (RÅ 1992 ref. 61 och RÅ 1980 Ab 497). 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, Olle, Anteckningar om två randföreteelser, anknytnings- och överskottskompetens i kommunalrätten, Förvaltningsrättslig tidskrift, 2013, s. 281 ff.).

I det här fallet saknas anknytningskompetens. Det saknas ett naturligt och nära samband med en kompetensenlig verksamhet, oavsett att Mälarenergi har haft rätt att be-

driva den aktuella verksamheten inom den egna kommunen. Verksamheten har inte heller haft begränsad omfattning.

Mälarenergis säljverksamhet med kommunikationsoperatörstjänster i Hallstahammars och Eskilstuna kommuner kan inte berättigas med argumentet att det har rört sig om interkommunala avtal. Kommuner kan inte utsträcka lokaliseringsprincipen genom interkommunala avtal, utan verksamheten måste vara kompetensenlig med beaktande av varje enskild kommun.

Verksamheten får därmed anses ha bedrivits i strid mot 2 kap 1 § och 7 § kommunalagen.

Frågan om verksamheten hämmade, eller var ägnad att hämma, förekomsten av en effektiv konkurrens på marknaden

Ett led i Konkurrensverkets förbudstalan var att Mälarenergis säljverksamhet med kommunikationsoperatörstjänster hämmade, eller var ägnad att hämma, förekomsten av en effektiv konkurrens på marknaden. Den antagliga utgången i denna del prövas i det följande.

Vad som närmare avses med hämmanderekvisitet i 3 kap 27 § konkurrenslagen anges inte i lagbestämmelsen. Av förarbetena (prop. 2008/09:231 s. 35) 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 konkur-

rensbegränsningen 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 där 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. I författningskommentaren (a. prop., s. 57) anges att rekvisitet bl.a. tar 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 offentliga aktörens förfarande. Det framhålls (a. prop., s. 36) emellertid att typfallen inte kan användas som vägledning för att tolka konfliktlösningsregelns innebörd såvitt gäller vilka beteenden som i det enskilda fallet är negativa för konkurrensen och bör kunna angripas.

Det framhålls också (a. prop., s. 36 f.) att enskilda beteenden inte generellt kan stämplas 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.

Konkurrensverket har anfört att den relevanta marknaden bör definieras som tillhandahållande av kommunikationsoperatörstjänster till öppna nät i Sverige. Mälarenergi har invänt mot denna marknadsavgränsning.

Konkurrensverkets marknadsavgränsning vinner stöd av den skriftliga bevisning som verket har åberopat, bl.a. genom beslut och rapporter från Post- och telestyrelsen och Svenska Stadsnätsföreningen. Tingsrätten utgår i den fortsatta analysen från Konkurrensverkets definition.

Det kan vid bedömning av förfaranden som t.ex. tillträdesvägran krävas närmare utredning av de ekonomiska effekterna av förfarandet, för att motivera ett förbud (MD 2014:1). Kravet på utredning bör däremot kunna ställas lägre om det är fråga om en säljverksamhet som strider mot kommunallagen, förutsatt att det finns andra faktorer som ger stöd för slutsatsen att säljverksamheten hämmar eller snedvrider konkurrensen.

Det är tillräckligt för tillämpning av 3 kap 27 § konkurrenslagen att Mälarenergis verksamhet var ägnad att snedvrیدا eller hämma konkurrensen. Begreppet ägnat speglar det inbyggda momentet fara för konkurrenshämmande effekter. Begreppet sätter i blickpunkten frågan om förfarandet 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.).

Mälarenergi har enligt vad Konkurrensverket har påstått samt enligt egna uppgifter bedrivit verksamheten enligt självkostnadsprincipen. Mälarenergi har alltså, till skillnad från vad som typiskt sett gäller för privata aktörer, inte behövt generera ett överskott.

Som Konkurrensverket har anfört har Mälarenergi fått sitt kundunderlag i Västerås kommun genom att kommunen har valt att driva sitt stadsnät i egen regi genom Mälarenergi.

Enligt vad Konkurrensverket har anfört har Mälarenergi under flertalet år redovisat negativt resultat, och bolaget har erhållit betydande koncernbidrag från moderbolaget Mälarenergi AB. Mälarenergi AB är moderbolag i en koncern som äger kommunal infrastruktur i form av el- och fjärrvärmenät och bedriver del av sin verksamhet under lagstadgat eller de facto monopol.

Till detta kan läggas vissa indicier som pekar på att Mälarenergi haft försteg såvitt gäller tillhandahållandet av tjänster i Hallstahammars och Eskilstuna kommuner, enligt vad Konkurrensverket har anfört. Det är fråga om att Mälarenergi skulle ha utsetts till kommunikationsoperatör i Hallstahammar utan upphandling, samt gemensamma intressen med Hallstahammars och Eskilstuna kommuner på energiområdet.

Mälarenergi får anses ha agerat utanför den kommunala kompetensen och har haft de fördelar som offentlig aktör som nyss beskrivits. Det finns privata aktörer som kan tillmötesgå efterfrågan, förutsatt normala konkurrensförhållanden på marknaden. Den säljverksamhet som Mälarenergi har bedrivit i Hallstahammars och Eskilstuna kommuner har i sammanhanget varit tillräckligt betydande för att det ska anses ha förelegat en påtaglig grad av risk för att förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens skulle hämmas i den mening som avses i 3 kap 27 § konkurrenslagen.

Konfliktlösningsregeln utgår från att en grad av samband normalt finns mellan offentligt ägande av en aktör och dennes beteende på marknaden (a.prop. s. 35). Det saknas skäl att frångå denna presumtion.

Är verksamheten förenlig med lag?

Någon bedömning av försvarbarhet från allmän synpunkt är inte aktuell eftersom det är fråga om en säljverksamhet och inte ett förfarande. Däremot ska tingsrätten enligt 3 kap 27 § tredje stycket konkurrenslagen pröva om säljverksamheten är förenlig med lag.

Av förarbetena (a.prop. s. 38 f.) till konfliktlösningsregeln framgår att regleringen i kommunallagen (och befogenhetslagen) får anses vara så omfattande och heltäckande att den bör kunna läggas till grund för bedömningen av vad som beträffande kommunal säljverksamhet är förenligt med lag.

Enligt artikel 3.2 i Rådets förordning 1/2003 om tillämpning av konkurrensreglerna i (nuvarande) artiklarna 101 och 102 FEUF, får tillämpningen av den nationella konkurrensrätten inte leda till förbud mot sådana avtal, beslut av företagssammanslutningar eller samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater men som inte begränsar konkurrensen enligt artikel 101.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF), eller som uppfyller villkoren i artikel 101.3 FEUF eller omfattas av en gruppundantagsförordning. Förordningen är direkt tillämplig.

Enligt artikel 3.3 i förordning 1/2003 hindrar inte artikel 3.2 tillämpning av nationell lagstiftning som till övervägande del eftersträvar ett annat mål än syftet med artiklarna 101 och 102 FEUF. Av de förarbetsuttalanden som refererats ovan framgår att 3 kap 27 § konkurrenslagen kompletterar förbuden mot konkurrensbegränsande avtal och missbruk av dominerande ställning. Det går dock inte enligt tingsrätten att dra slutsatsen att bestämmelsen kan anses till övervägande del eftersträva ett annat mål än syftet med artiklarna 101 och 102 FEUF.

Vid denna bedömning kan inte en domstol med stöd av 3 kap 27-32 §§ konkurrenslagen förbjuda avtal, beslut av företagssammanslutningar eller samordnade förfaranden som är tillåtna vid en prövning enligt artikel 101 FEUF. Unionsrättens företrädare medför att en nationell bestämmelse som strider mot en unionsbestämmelse inte får tillämpas (se bl.a. förenade målen C-295/04 till C-298/04 Manfredi REG 2006 s. I-6619, punkt 39).

En konsekvens av ett förbud hade varit att de avtal som Mälarenergi i aktuellt hänseende har tecknat med Eskilstuna Energi och Miljö AB och med Hallstahammars kom-

mun inte skulle ha kunnat tillämpas under återstoden av kontraktstiden. Som framgått går det inte att med stöd av 3 kap 27 § konkurrenslagen förbjuda avtal m.m. som är tillåtna enligt artikel 101 FEUF. En förutsättning för att avtalens förenlighet med artikel 101 FEUF ska kunna beaktas vid laglighetsprövningen är emellertid att det föreligger samhandelseffekt.

För att ett beslut, ett avtal eller ett samordnat förfarande ska anses kunna påverka handeln mellan medlemsstater krävs att det på grundval av rättsliga eller faktiska omständigheter med en tillräckligt hög grad av sannolikhet kan förutses att åtgärden i fråga direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan påverka handeln mellan medlemsstater på ett sådant sätt att det kan komma att hindra förverkligandet av den inre marknaden. Detta gäller dock inte om åtgärden endast har en obetydlig inverkan på marknaden (mål C-238/05 Asnef-Equifax REG 2006 s. I-11125, punkt 34 med hänvisningar).

Tingsrätten konstaterar att utredningen i målet inte ger stöd för slutsatsen att de avtal som Mälarenergi har haft med Hallstahammars och Eskilstuna kommuner om kommunikationsoperatörstjänster har haft samhandelseffekt i den mening som avses i artikel 101 FEUF. Avtalen har omfattat mycket avgränsade delar av landet (Manfredi, punkt 45). Oavsett om det kan ha funnits utländska företag som skulle ha kunnat erbjuda de aktuella tjänsterna kan inte avtalen anses leda till att gemensamma marknaden delas upp och friheten att tillhandahålla tjänster hindras (Manfredi, punkterna 44 och 46).

I avsaknad av samhandelseffekt är inte artikel 101 FEUF tillämplig, oavsett hur avtalen skulle ha bedömts konkurrensrättsligt.

Eftersom säljverksamheten ifråga har stridit mot kommunallagen och det på grund av frånvaro av samhandelseffekt inte är aktuellt att bedöma om den har varit tillåten enligt EU:s konkurrensrätt har verksamheten inte varit förenlig med lag i den mening som avses i 3 kap 27 § tredje stycket konkurrenslagen.

Slutsats

Den antagliga utgången om målet hade prövats är att Konkurrensverket skulle ha vunnit. Vid denna bedömning saknar Mälarenergi rätt till ersättning för rättegångskostnader.

Slut

3. Målet skrivs av.
4. Mälarenergis yrkande om ersättning för rättegångskostnader lämnas utan bifall.

Sekretessfrågor

I målet förekommer ett antal handlingar som omfattas av sekretessreglering men som inte har lagts fram vid offentlig förhandling. För dessa gäller sekretessregleringen utan att något särskilt förordnande om detta ska göras i beslutet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR se bilaga 1 (Dv 406).

Ett överklagande, ställt till Marknadsdomstolen, ska ha kommit in till tingsrätten senast den 2 maj 2014. Det krävs prövningstillstånd.

Ingeborg Simonsson



SVERIGES DOMSTOLAR

ANVISNING FÖR ÖVERKLAGANDE - BESLUT I TVISTEMÅL OCH ÄRENDE (prövningstillstånd krävs)

Den som vill överklaga tingsrättens beslut ska göra detta skriftligen. **Skrivelsen ska skickas eller lämnas till tingsrätten.** Överklagandet prövas av den hovrätt som finns angiven i slutet av beslutet.

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

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. det beslut som överklagas med angivande av tingsrättens namn samt dag och nummer för beslutet,
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 beslut som klaganden vill få till stånd,
4. grunderna (skälen) för överklagandet,
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.

Skriftliga bevis som inte lagts fram tidigare ska ges in samtidigt med överklagandet.

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

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

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.