



PARTER

Kärande

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

Genom processråden

Svarande

Hässleholms kommun, 212000-0985
Stadshuset
281 80 Hässleholm

Ombud: Advokaterna AA och BB samt biträdande juristen CC
Front Advokater AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

DOMSLUT

1. Patent- och marknadsdomstolen förbjuder, vid vite om 25 miljoner kr, Hässleholms kommun att

a) praktisera en sådan principiell hållning som meddelats i sista stycket på s. 2 i brev från Tekniska förvaltningen i kommunen den 7 oktober 2015, som består i att kommunen inte ingår några nya markavtal för nedläggning av fiber på kommunala fastigheter över huvud taget, och som innebär att kommunen kategoriskt och utan individuell prövning nekar upplåtelse av mark för nedläggning av fiberkabel till företag som vill etablera och sälja fiberanslutning till slutkund i Hässleholms kommun, eller

b) ställa som villkor för upplåtelse av mark för nedläggning av fiberkabel till företag som vill etablera och sälja fiberanslutning till slutkund i Hässleholms kommun att företaget måste etablera fiberanslutningar i hela Hässleholms kommun.

2. Patent- och marknadsdomstolen avslår Hässleholms kommuns yrkande om ersättning för rättegångskostnad.

Innehåll

BAKGRUND	5
YRKANDEN OCH INSTÄLLNING	7
GRUNDER M.M.	8
Grunder i korthet.....	8
Konkurrensverket.....	8
Hässleholms kommun	9
Säljverksamhet.....	10
Konkurrensverket.....	11
Hässleholms kommun	11
Konkurrensbegränsningen.....	12
Konkurrensverket.....	13
Hässleholms kommun	16
Relevant marknad	21
Konkurrensverket.....	21
Hässleholms kommun	22
Allmänt ekonomiskt intresse och försvarbarhet från allmän synpunkt.....	23
Hässleholms kommun	23
Konkurrensverket.....	25
Den kommunala självstyrelsen.....	26
Hässleholms kommun	26
Konkurrensverket.....	26
Egendomsskyddet	26
Hässleholms kommun	26
Konkurrensverket.....	27
3 kap. 29 § konkurrenslagen.....	27
Konkurrensverket.....	27
Hässleholms kommun	28
Vite.....	28
Konkurrensverket.....	28
Hässleholms kommun	29

UTREDNINGEN I MÅLET	29
DOMSKÄL.....	30
Rättsliga utgångspunkter	30
Offentlig aktör	31
Säljverksamhet.....	31
Det påstådda förfarandet	32
Relevant marknad	36
Inledning.....	36
Relevant produktmarknad	37
Relevant geografisk marknad	38
Slutsats relevant marknad.....	39
Konkurrensbegränsning	40
Intresse från privata aktörer.....	40
Behov av markavtal med kommunen.....	41
Alternativ till markavtal – ledningsrätt	43
Alternativ till markavtal – utbyggnadslagen	44
Alternativ till markavtal – hyra av svartfiber	45
Snedvridande och/eller hämmande av konkurrensen på marknaden	45
Försvårbarhet från allmän synpunkt	46
Tjänst av allmänt ekonomiskt intresse	47
Den kommunala självstyrelsen	47
Egendomsskyddet	48
Vitesförbud	49
Sammanfattning	52
Rättegångskostnader	53

BAKGRUND

Regeringen antog 2009 en nationell bredbandsstrategi (Bredbandstrategin) med målet att minst 90 procent av alla hushåll och företag i Sverige senast 2020 skulle ha tillgång till bredband med en hastighet av 100 Mbit/s. 2012 höjde Region Skåne detta mål till att omfatta 95 procent av alla hushåll och företag. Hässleholms kommun har antagit detta mål.

Kommunfullmäktige i Hässleholms kommun beslutade i maj 2015 att genomföra en plan för fiberetablering i kommunen. Av fiberetableringsplanen framgår följande tre utbyggnadskriterier; hela kommunen ska omfattas, likvärdig anslutningsavgift i hela kommunen och öppet nät. Avseende det första kriteriet vill kommunen inte begränsa utbyggnaden till enbart tätorterna, dvs. hela kommunen ska inkluderas i bredbandsutbyggnaden. Avseende det andra kriteriet har den styrande principen varit att oberoende av var i kommunen man bor ska kommuninvånarna få en likvärdig anslutningsavgift till fibernätet. Avseende det tredje kriteriet ska svartfiber kunna hyras av alla aktörer på likvärdiga villkor. Enligt planen ska kommunen erbjuda minst 95 procent av kommuninvånarna anslutning till ett kommunalt fibernät i egen regi senast 2020. Tillgången till fiber i Hässleholms kommun översteg i maj 2015 i vart fall inte 16,24 procent.

I Hässleholms kommuns fiberplan fastslås att en likvärdig anslutningsavgift om 19 000 kr ska tillämpas för alla småhus i kommunen, oavsett om dessa befinner sig i tätort eller i glesbygd. Kostnaden för att ansluta ett småhus är enligt kommunen i snitt 16 000 kr i tätort, respektive 50 000 kr i glesbygd. I december 2016 utökades kommunens fiberplan till att även omfatta försäljning till flerbostadshus och företagskunder. Prissättning för dessa kundgrupper sker individuellt.

Under sommaren 2016 köpte Hässleholms kommun det privata företaget Hessleholm Network Bredband AB, som sedan tidigare hade markavtal med kommunen och som fram till dess hade sålt fiberanslutningar i konkurrens med kommunen.

Hässleholms kommuns etablering av fiber innebär att kommunen anlägger ett eget fibernät. Detta innebär både att bygga ut nät till olika geografiska områden och att ansluta fastigheterna i områdena.

Fiberförbindelsen dras till en anslutningspunkt i kundens bostad/lokal och kopplas in i en kundnod. En kundnod är en optisk/elektrisk omvandlare som gör att kunden kan koppla in sin kundutrustning för att ta emot tjänster från de tjänsteleverantörer som erbjuds i kommunens fibernät.

Patent- och marknadsdomstolen förbjöd i dom den 8 mars 2019 Hässleholms kommun, vid vite om 25 miljoner kronor, att

”a. på det sätt som skett neka upplåtelse av mark till företag som vill etablera och sälja fiberanslutning till slutkund i Hässleholms kommun, och
b. tillämpa förfaranden som till sin effekt har samma verkan som att neka upplåtelse av mark till företag som vill etablera och sälja fiberanslutning till slutkund i Hässleholms kommun.” (mål PMT 11545-17).

Hässleholms kommun överklagade domen till Patent- och marknadsöverdomstolen som i beslut den 27 januari 2020 undanröjde domen och återförvisade målet till Patent- och marknadsdomstolen för fortsatt behandling (mål PMT 3931-19). Skälen för Patent- och marknadsöverdomstolens beslut var att det av Patent- och marknadsdomstolen meddelade förbudet gav upphov till olika tolkningar och att det inte gick att förstå vilket agerande som förbjöds. Domen var därför så oklar att det inte gick att förstå hur domstolen hade dömt i saken och oklarheten kunde inte avhjälpas genom materiell processledning.

Patent- och marknadsdomstolen har återupptagit handläggningen av målet och hållit en ny huvudförhandling med nya ledamöter i rätten.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Konkurrensverket har yrkat att Patent- och marknadsdomstolen jämlikt 3 kap. 27 och 29 §§ konkurrenslagen (2008:579) ska förbjuda Hässleholms kommun

- a) att inta och praktisera en sådan principiell hållning som meddelats i sista stycket på sidan 2 i brev från Tekniska förvaltningen i kommunen den 7 oktober 2015 (aktbilaga 14 i mål nr PMT 11545-17), som består i att kommunen sedan den angivna tidpunkten inte ingår några nya markavtal för nedläggning av fiber på kommunala fastigheter över huvud taget ("principbeslutet"), och som innebär att kommunen kategoriskt och utan individuell prövning nekar upplåtelse av (nyttjanderätt till) mark för nedläggning av fiberkabel till företag som vill etablera och sälja fiberanslutning till slutkund i Hässleholms kommun
- b) att tillämpa förfaranden som väsentligen överensstämmer med det förfarande som förbjuds enligt punkten a).

Konkurrensverket har även yrkat att förbudet ska förenas med vite om 25 miljoner kr.

Hässleholms kommun har bestritt yrkandena och yrkat ersättning för rättegångskostnader.

GRUNDER M.M.

Grunder i korthet

Konkurrensverket

Hässleholms kommun är en offentlig aktör som bedriver säljverksamhet av ekonomisk och kommersiell karaktär. Säljverksamheten består av dels markupplåtelse, dels nedläggning av fiber och försäljning av fiberanslutning till slutkund i form av småhus, flerbostadshus och företag.

Hässleholms kommun bedriver säljverksamhet i konkurrens med privata företag på den relevanta marknaden för etablering och försäljning av fiberanslutning till slutkund i Hässleholms kommun. En förutsättning för att etablera och sälja fiberanslutningar är tillgång till mark. För att privata aktörer ska kunna konkurrera med kommunens säljverksamhet på den relevanta marknaden måste de genom markavtal och grävstillstånd få tillgång till kommunens mark.

Sedan oktober 2015 nekar Hässleholms kommun privata företag tillgång till kommunens mark genom att kommunen sedan den angivna tidpunkten inte ingår några nya markavtal för nedläggning av fiber på kommunala fastigheter över huvud taget. Det rör sig om att kommunen intar en principiell hållning som innebär att kommunen kategoriskt och utan individuell prövning nekar upplåtelse av (nyttjanderätt till) mark för nedläggning av fiberkabel till företag som vill etablera och sälja fiberanslutning till slutkund i Hässleholms kommun. Kommunen har meddelat sin hållning ("principbeslutet") i brev från Tekniska förvaltningen i kommunen den 7 oktober 2015, som skickades till bl.a. företag som före dess hade visat intresse för att erhålla markavtal avseende nedläggning av fiber. Kommunen har även senare praktiserat hållningen genom att privata företag som efter oktober 2015 har efterfrågat markavtal med kommunen för fibernedläggning har nekats detta och därvid fått beskedet att kommunen inte ska ingå några nya markavtal avseende fiber.

Privata företag utan markavtal hindras därigenom från att konkurrera med kommunens egen fiberverksamhet. Det finns flera företag som saknar markavtal men som vill, eller som tidigare har velat, etablera egna fibernät och sälja fiberanslutningar till slutkunder i Hässleholms kommun.

Kommunens förfarande snedvrider, eller är ägnat att snedvrida, förutsättningarna för en effektiv konkurrens, och hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens på marknaden för etablering och försäljning av fiberanslutning till slutkund i Hässleholms kommun.

Förfarandet är inte försvarbart från allmän synpunkt.

Hässleholms kommun

Det föreligger inte förutsättningar för att förbjuda ett förfarande enligt 3 kap. 27 § konkurrenslagen (konfliktlösningsregeln) om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet, eftersom upplåtelser av mark inte utgör en säljverksamhet i lagens mening.

För det fall domstolen skulle anse att upplåtelser av mark utgör en säljverksamhet har Hässleholms kommun sedan den 7 oktober 2015 upphört med att ingå nya markavtal för nedläggning av fiber på kommunala fastigheter. Kommunen finns således inte längre kvar på marknaden och kan därmed inte åläggas något förbud enligt konfliktlösningsregeln.

Det finns ingen möjlighet att genom förbudet i konfliktlösningsregeln tvinga en offentlig aktör att inleda en säljverksamhet.

Konfliktlösningsregeln är inte tillämplig på Hässleholms kommuns agerande eftersom den påstådda konkurrensbegränsningen inte sker på marknaden för markupplåtelser.

Finner domstolen att konfliktlösningsregeln är tillämplig medför Hässleholms kommuns agerande, att inte ingå nya markavtal, ingen konkurrensbegränsande effekt på marknaden eftersom det finns andra alternativ till markkupplåtelser, exempelvis ledningsrätt. Hässleholms kommuns mark omfattas vidare av egendomsskyddet i 2 kap. 15 § regeringsformen och en inskränkning i egendomsskyddet är inte befogad av angelägna allmänna intressen.

Ett förbud enligt konfliktlösningsregeln skulle strida mot 14 kap. 2 § regeringsformen.

Oavsett om det föreligger en konkurrensbegränsande effekt på marknaden är konkurrensreglerna inte tillämpliga eftersom Hässleholms kommuns nedläggning av fiber utgör ett allmänt ekonomiskt intresse enligt artikel 106.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

Även om artikel 106.2 FEUF inte är direkt tillämplig på konfliktlösningsregeln talar det faktum att Hässleholms kommuns fibernedläggning utgör ett allmänt ekonomiskt intresse för att Hässleholms kommuns agerande i vart fall är försvarbart från allmän synpunkt.

Säljverksamhet

Det är ostridigt att Hässleholms kommun i och för sig är en sådan offentlig aktör som omfattas av 3 kap. 27 § konkurrenslagen.

Det är ostridigt att Hässleholms kommun i och för sig ingick markavtal med privata aktörer för fiberetablering före oktober 2015 och att sådana avtal förekommit och fortfarande är i kraft på sätt som påståtts i målet av respektive part.

Det är ostridigt att Hässleholms kommun i och för sig bedriver säljverksamhet på marknaden för etablering och försäljning av fiberanslutningar till slutkunder i Hässleholms kommun.

Konkurrensverket

Hässleholms kommun bedriver offentlig säljverksamhet som avses i 3 kap. 27 § konkurrenslagen i det att kommunen

- (a) etablerar och säljer fiberanslutning till kunder i konkurrens med privata företag och
- (b) mot ersättning upplåter nyttjanderätt till kommunägd mark, genom markavtal, för bl.a. fiberetablering, till privata företag – ledningsägare.

Både försäljning av fiberanslutning (a) och upplåtelse av mark för bl.a. fiberetablering (b) är utbudsvksamheter som omfattas av begreppet säljverksamhet.

Även om domstolen inte skulle dela bedömningen att upplåtelse av mark för bl.a. fiberetablering (b) är en säljverksamhet i sig kan ett förbud meddelas i enlighet med Konkurrensverkets yrkande. I verksamheten att etablera och sälja fiberanslutningar (a) använder kommunen sin mark. Marken är en strategisk facilitet som ger en betydande konkurrensfördel vid etablering och försäljning av fiberanslutningar i kommunen. Kommunen upplåter mark till privata aktörer för bl.a. etablering av fiber.

Kommunen nekar sedan oktober 2015 markavtal till privata företag som vill etablera fiber i kommunen. Detta nekande sker i kommunens offentliga säljverksamhet enligt både (a) och (b) ovan.

Konkurrensen hämmas och snedvrids på marknaden för etablering och försäljning av fiberanslutning till slutkund i Hässleholms kommun (a). Det görs inte gällande att konkurrensen snedvrids eller hämmas på marknaden för markupplåtelser (b).

Hässleholms kommun

Upplåtelse av mark genom markavtal får anses vara en ”annan nyttjanderätt” enligt 7 kap. jordabalken. Trots bristande vägledning i förarbetena till Konfliktlösningsregeln

om vad som utgör säljverksamhet kan det ifrågasättas om Konfliktlösningsregeln tillkommit för att få till stånd tvångsupplåtelser av fast egendom. Kommunen bestrider att upplåtelse av annan nyttjanderätt omfattas av sådan säljverksamhet som avses i konfliktlösningsregeln.

Möjligheter att tvinga sig fram på annans mark kan istället ske genom ledningsrätt enligt lagen (1973:1144) om ledningsrätt (ledningsrättslagen) eller genom de möjligheter som erbjuds i lagen (2016:534) om åtgärder för utbyggnad av bredbandsnät (utbyggnadslagen), dvs. kanalisation eller hyra av svartfiber.

Kommunen har upphört med den påstådda verksamheten i det att man upphört med att ingå nya markavtal för nedläggning av fiber och finns alltså inte kvar på marknaden.

Det kan inte vara lagstiftarens syfte att man genom konfliktlösningsregeln ska kunna tvinga någon att inleda en säljverksamhet.

Kommunens egen fibersatsning kan inte anses utgöra säljverksamhet på marknaden för markupplåtelse för etablering av fiber eftersom den sker inom samma juridiska person och inte utgör ett avtal i juridisk mening. Konkurrensverket kan inte heller tvinga Hässleholms kommun att riva upp bestående avtal. Enligt konfliktlösningsregeln kan ett förbud enbart riktas framåt i tiden.

Konkurrensbegränsningen

Det är ostridigt i målet vilken mark som ägs av Hässleholms kommun.

Konkurrensverket

Intresse från andra aktörer

Det finns, och har även före oktober 2015 funnits, ett belagt intresse att lägga fiber i hela Hässleholms kommun och till ett enhetligt pris i enlighet med kommunens etablerade målsättning. I vart fall fanns ett sådant intresse från IP-Only.

Det är vidare tillräckligt att det fanns aktörer som var intresserade av att lägga fiber i Hässleholms kommun och det krävs inte att dessa ska ha varit villiga att möta kommunens etablerade målsättning. Fibertjänst, Telenor, Com Hem och Svensk Infrastruktur har och/eller har haft intresse av att lägga fiber i Hässleholms kommun.

Det finns fortfarande privata aktörer, bl.a. IP-Only, som är intresserade av att etablera och sälja fiberanslutningar i Hässleholms kommun, såväl i tätort som på landsbygden. Av protokoll från kommunfullmäktigesammanträde den 31 augusti 2020 framgår bl.a. att gamla områden visat sig inte vara helt färdiga vilket inneburit ett behov av tilläggs/kompletterande investeringar samt att kommunens fiberutbyggnadsprojekt fortsätter över 2020-2023 med fokus på landsbygden och förtätningar i redan utbyggda områden.

Behov av tillgång till kommunens mark

Hässleholms kommun har ett betydande fastighetsinnehav i tätorterna. Kommunen äger så pass mycket och strategiskt viktigt belägen mark i kommunen att det är omöjligt att agera på marknaden utan att få tillgång till kommunal mark. Att ingå avtal med andra markägare är inte ett alternativ. Även om det i vissa fall skulle vara teoretiskt möjligt är det inte kommersiellt gångbart.

Det finns inget realistiskt alternativ till markavtal – ledningsrätt

En ansökan om ledningsrätt är inget realistiskt alternativ till markavtal av följande skäl.

- (a) en ansökan om ledningsrätt tar för lång tid inberäknat tid för en förväntad överprövning av Mark- och miljööverdomstolen då Hässleholms kommun kan förväntas motsätta sig ledningsrätt. Kommuner är generellt sett mycket negativa till ledningsrätt.
- (b) Det är osäkert om förutsättningarna för ledningsrätt är uppfyllda med hänsyn till att kommunen kan bli låst vad gäller den allmänna platsens användning.
- (c) Ledningsrätt kan erhållas när det föreligger ett konkret behov. Det innebär svårigheter och fördyrar processen. Det försvårar även fiberaktörens möjlighet att förbereda en framtida dragnings genom att dra fiber till en anslutningspunkt vid tomtgränsen för en fastighet som kan förväntas ansluta sig i framtiden.
- (d) Det är inte ekonomiskt försvarbart att först lägga ned omfattande kostnader på en ledningsrättsförrättning innan man vet om man har ett tillräckligt kundunderlag. På motsvarande sätt kan kunder som fiberaktören sluter avtal med komma att behöva vänta mycket länge innan det är fastslaget om fiber kan läggas eller inte.
- (e) Ledningsrättsinstitutet är tvingande och exklusivt och saknar därför den flexibilitet som en avtalslösning innebär. En ändring av ledningsrätten kräver ny ansökan. En ledningsrätt kan därför hindra eller begränsa kommunens framtida stadsplanering. Inte heller fiberföretagen kan lätt justera sina planer. Ledningsrätt är därför ett institut som inte lämpar sig att använda i tätorter.
- (f) Ledningsrätt innebär större kostnader i form av ansöknings- och hanteringskostnader hos Lantmäteriet samt avsevärt större administrationskostnader hos fiberoperatören.
- (g) Även vid en beviljad ledningsrätt krävs att kommunen godkänner en s.k. trafikordningsplan för att utföra ledningsarbete inom kommunens

vägområde. Ett sådant godkännande kan ta avsevärd tid eller helt förvägras av en kommun som vill försvåra för privata fiberaktörer.

Såvitt känt har det aldrig förekommit att ledningsrätt använts för att anlägga ett helt fiberaccessnät i ett etableringsområde mot markägarens vilja. De ärenden om ledningsrätt som Hässleholms kommun hänvisat till avseende Värends Nöbbele skiljer sig väsentligt från en sådan situation. De avsåg inte nyanläggning utan istället ansökan om ledningsrätt för en befintlig ledning som redan var framdragen på det aktuella området. I flera fall hade dessutom ledningsrätthavarna redan markavtal med de berörda markägarna.

Det finns inget realistiskt alternativ till markavtal – utbyggnadslagen

Utbyggnadslagen ger möjlighet att dra fiber via en annan aktörs kanaler, s.k. kanalisation. Utbyggnadslagens möjligheter är begränsande till områden där en annan nätägare redan dragit fiber. Den ursprungliga nätägaren har därför ett ”first mover advantage”. Det innebär att den ”sekundära fiberläggaren” inte har samma möjlighet att uppnå en lönsam anslutningsgrad.

Det kan vara problematiskt att använda en redan befintlig kanalisation för att etablera fiber även p.g.a. att det kan vara riskabelt att blåsa ny fiber i ett befintligt nät eftersom det finns risk för att det befintliga nätet (ledningarna i detta) förstörs och det kan vara svårt att utforma avtal avseende ansvarsfördelningen när problem uppstår i rören.

Ägaren av kanalisationen har rätt att neka tillträde om det inte finns plats, eller om denne istället upplåter svartfiber.

Hyra av svartfiber är inget alternativ eftersom detta innebär att man verkar på eftermarknaden och att man agerar utifrån en annan affärsidé. Den som hyr svartfiber säljer oftast slutkundstjänster och agerar då på en annan marknad än den som är relevant i målet.

Utbyggnadslagens möjligheter är på denna grund inte ett realistiskt alternativ till markavtal.

Slutsats

Privata aktörer kan inte etablera fibernät och sälja fiberanslutningar utan markavtal med kommunen eftersom alternativ till markavtal inte finns. I vart fall är alternativen, i de fall de alls innebär att det är teoretiskt möjligt för en privat aktör att etablera och sälja fiberanslutningar, väsentligt sämre alternativ. Privata aktörer utan markavtal med kommunen hindras därför p.g.a. kommunens förfarande från att konkurrera med kommunens fiberverksamhet. Till följd härav försvinner det konkurrenstryck som dessa företag annars skulle utövat. Kommunens förfarande leder således till konkurrensnedvidande och/eller hämmande effekter. För att en sådan effekt ska inträda krävs inte att privata aktörer är helt utestängda från marknaden. Det är tillräckligt att det skulle vara ekonomiskt fördelaktigt att få tillgång till den strategiska faciliteten, kommunens mark, och att avsaknaden av sådan tillgång är av betydelse för konkurrenstrycket. Det krävs inte att det visas att konsumenterna de facto lidit skada. I det här fallet har dock så skett då utbyggnaden fördröjts. Vidare har konsumenterna betagits möjligheten att välja den fiberaktör de vill.

Hässleholms kommun

Intresse från andra aktörer

Vid kontakt med privata aktörer visade det sig att ingen privat aktör hade intresse av att anlägga fiber utifrån kommunens utbyggnadskriterier. Kommunens enda syfte har varit att begränsa tillgången till markavtal i förhållande till de aktörer som inte vill uppfylla kommunens utbyggnadskriterier. Eftersom det inte fanns ett sådant intresse från någon aktör innebar kommunens inställning i praktisk mening att inga ytterligare avtal ingicks. Kommunen hade dock varit mer än villig att upplåta mark

till någon som ville uppfylla kommunens krav. Kommunen hade gärna samarbetat med, eller till och med överlåtit till privata aktörer att utföra fibernedläggningen, om detta hade skett i enlighet med kommunens utbyggnadskriterier. Om således en privat aktör hade önskat utföra utbyggnaden på kommunens villkor hade kommunen inte enbart tillåtit detta, utan det hade också inneburit att kommunen hade kunnat avbryta sin egen utbyggnad.

Det kan inte vitsordas att det nu över huvud taget finns ett intresse från privata aktörer att lägga fiber i Hässleholms kommun, eftersom fiberutbyggnaden i Hässleholms tätort i princip är avslutad och det som återstår är utbyggnad på landsbygden. Vid tidpunkten för kommunens beslut att inte ingå nya markavtal, den 7 oktober 2015, var det enbart IP-Only och Stadsnätsbolaget Sverige AB som hade visat intresse för att erhålla markavtal.

Det finns i vart fall inget intresse, och har inte heller funnits ett intresse, att lägga fiber i hela kommunen från någon annan aktör. Inte heller har någon privat aktör varit villig att tillgodose kommunens kriterium om likvärdig anslutningsavgift.

Hässleholms kommuns bedömning, vilken låg till grund för kommunens beslut att inte bevilja markavtal, var att privata aktörer endast skulle dra fiber i de lönsamma delarna medan de olönsamma delarna inte skulle tillgodoses och därmed lämnas till kommunen, vilket skulle bli ekonomiskt ohållbart för kommunen. Mot detta stod kommunens önskemål och samhällets behov av att alla ska ha tillgång till fiber till samma kvalitet och pris. Om fibernät på allvar ska betraktas som jämställd med övrig nödvändig infrastruktur såsom elnät, fjärrvärme och VA-nät bör man också ställa sig frågande till om samhället skulle acceptera att dessa nödvändiga infrastrukturer enbart byggdes ut där det är lönsamt för en privat aktör att göra en sådan utbyggnad.

När det gäller protokollet från kommunfullmäktiges sammanträde den 31 augusti 2020 avses med ”tilläggs/kompletterande investeringar” och ”förtätningar i redan utbyggda

områden” efteranslutningar, dvs. anslutningar av slutkunder i områden där fiber sedan tidigare är framdraget.

Behov av tillgång till kommunens mark

Kommunen äger enbart ca fem procent av marken i kommunen. Att privata aktörer måste få tillgång till kommunens mark för att agera på marknaden är därför direkt felaktigt. En privat aktör kan använda sig av privatägd mark eller mark ägd/disponerad av andra offentliga aktörer som t.ex. Trafikverket.

Utbyggnaden av fiber är i dag i princip avslutad i tätorterna i Hässleholms kommun. Av de delar av kommunen som det kvarstår att bygga i äger kommunen ingen mark, med undantag från Ballingslöv och Mala, i vilka det bor sammanlagt ca 500 personer (och väsentligen färre hushåll). Utbyggnad i Ballingslöv och Mala kommer att påbörjas i år.

De delar av kommunen som det kvarstår att bygga ut fiber till är landsbygden-/glesbygden. Därtill äger kommunen ingen egen mark på dessa områden. Kommunens fortsatta fiberetablering fordrar således att kommunen ingår avtal om markupplåtelse med privata fastighetsägare på glesbygden i kommunen, erhåller ledningsrätt eller hyr svartfiber på motsvarande mark.

Det finns realistiska alternativ till markavtal – ledningsrätten

Syftet med ledningsrätten är att tvångsvis få tillgång till annans mark. Ledningsrättsinstitutet har använts för att etablera fibernätverk bl.a. på kommunal mark. Detta har t.ex. skett i Värends Nöbbele där ledningsrätten belastar över 200 fastigheter (ärende G14320, G14533 och G14534).

Det krävs inte avtal med berörda hushåll för att en fiberaktör ska kunna initiera en prövning av en ansökan om ledningsrätt. Kostnaden för ledningsrätt är vidare marginell i förhållande till den totala kostnaden för att nedlägga fiber.

Det saknar dessutom betydelse för bedömningen om motparten kan förväntas vara negativt inställd till ledningsrätt. Inte heller Konkurrensverkets argument att en aktör behöver kommunens godkännande av en trafikplaneringsplan har någon betydelse för den bedömning som är i fråga. En trafikplaneringsplan behöver lämnas in och godkännas oavsett om grunden för arbetet är ett markavtal eller en beviljad ledningsrätt.

Ledningsrätten är ett för sökanden bättre alternativ än nyttjanderättsavtal. Vid ledningsrätt tas t.ex. ett samlat grepp om ersättningsfrågorna, vilka vid nyttjanderättsavtal behöver förhandlas enskilt med varje markägare. Eftersom en ledningsrätt är en inskriven rättighet har den en starkare ställning än en avtalsrätt.

Lantmäteriet ska enligt lag avgöra en fråga om ledningsrätt inom fyra månader. Lantmäteriet håller sig inom denna frist. Vidare har bredbandsaktörerna goda möjligheter att påverka handläggningstiderna hos Lantmäteriet genom ”god processföring”.

Att ledningsrätten är tvingande är till ledningsrättsägarens fördel och markägarens nackdel och kan inte användas som ett argument för markavtal och mot ledningsrätt i detta sammanhang.

Det finns realistiska alternativ till markavtal – utbyggnadslagen

De frågor som är föremål för Konkurrensverkets talan ska enligt lagstiftarens intentioner hanteras enligt de möjligheter som erbjuds i utbyggnadslagen, t.ex. genom kanalisation eller hyra av svartfiber. Exempelvis hyr Telenor idag svartfiber av

kommunen. Det är Telenor som genom sina avrop styr var kommunen ska bygga ut fiber. Det är således inte en nödvändig förutsättning att genom markavtal med kommunen få tillgång till kommunens mark för att kunna konkurrera på marknaden där Konkurrensverket påstår att det har skett en konkurrenssnedvridning, dvs. marknaden för etablering och försäljning av fiberanslutning till slutkund.

Slutsats

Kommunens förfarande har inte en konkurrensbegränsande effekt eftersom det dels inte finns något intresse från privata aktörer, dels finns andra alternativ till markupplåtelser, såsom ledningsrätt, kanalisationsupplåtelse eller hyra av svartfiber enligt utbyggnadslagen. Privata aktörer har även möjlighet att ingå markavtal med annan markägare än Hässleholms kommun.

Konkurrensverkets nu aktuella förbudsyrkande skulle enbart hindra kommunen från att "kategoriskt" vägra markupplåtelse. En sådan begränsning skulle inte i sig påverka kommunens agerande eller ha någon effekt på den relevanta marknaden. Förbudet skulle inte medföra att privata aktörer erhöll fler markavtal. Kommunen skulle, utan hinder av ett eventuellt förbud, fortsätta att tillämpa kommunens tre utbyggnadskriterier som krav för att erhålla markavtal i kommunen, eftersom förbudet inte skulle ha någon relevans för sådana krav utan enbart för kategoriska nekanden. Det yrkade förbudet skulle alltså bli verkningslöst.

Konfliktlösningsregeln ska ta sikte på konkurrensbegränsningen som sådan, dvs. effekterna för själva konkurrensen. Det finns idag bara landsbygd/glesbygd kvar att bygga ut fiber till i kommunen, vilket de privata aktörerna ändå inte är intresserade av eftersom de inte får ihop kalkylen kommersiellt. Därtill äger kommunen ingen mark som inte redan är utbyggd, vilket gör att kommunens mark inte är relevant för den kvarvarande marknaden i kommunen. Det påstådda förfarandet har således ingen konkurrenspåverkan.

Relevant marknad

Konkurrensverket

Produktmarknaden: Med hänsyn till en betydande skillnad i prestanda och pris, kundernas efterfrågan på allt snabbare anslutningar och frånvaron av nyetablering av annan fast teknik som koaxialkabelnät och xDSL-nät utövar alternativa fasta anslutningar inte ett tillräckligt konkurrenstryck på fiberanslutning för att ingå på samma relevanta marknad. Mobila anslutningar har betydande skillnader i prestanda, användningsområde och kostnader och ingår därför inte heller på den relevanta produktmarknaden.

Den relevanta produktmarknaden är därför etablering och försäljning av fiberanslutning till slutkund. Försäljning av fiber på den s.k. eftermarknaden ingår inte i den relevanta produktmarknaden då detta är en försäljning av en annan produkt.

Den geografiska marknaden: En kund kan bara efterfråga fiber där kundens fastighet är belägen. Kunderna kan därför bara efterfråga fiberanslutningar från aktörer som erbjuder sådana anslutningar i Hässleholms kommun. Det förekommer alltså inte någon efterfrågesubstitution som kan utvidga den geografiska marknaden till ett större område än Hässleholms kommun. Det finns ingen möjlighet för en aktör utanför detta område att på konkurrensmässiga villkor tillhandahålla fiber i kommunen. Det förhållandet att det finns privata aktörer som exempelvis Telia som är verksamma i hela Sverige innebär inte att marknaden är nationell eftersom konkurrensvillkoren skiljer sig åt i olika kommuner i Sverige. Avgränsningen av en geografisk marknad kan inte och behöver inte vara knivskarp. Definitionen påverkas inte av om IP-Only skulle ha kunnat lägga fiber till ett antal hushåll via mark i angränsande kommuner. IP-Only har hursomhelst avbrutit ett sådant försök till etablering då det inte var genomförbart. Det finns idag, trots intresse från flera aktörer, ingen fiberaktör som etablerat sig i Hässleholms kommun sedan kommunen slutade att ingå markavtal för nedläggning av fiber.

Den relevanta marknaden är således etablering och försäljning av fiberanslutning till slutkund i Hässleholms kommun.

Det bestrids att konfliktlösningsregeln inte skulle vara tillämplig på s.k. kopplade marknader. Det väsentliga är om kommunen är verksam på den marknad där konkurrensen snedvrids. I detta fall *är* Hässleholms kommun verksam på den marknad nedströms där Konkurrensverket gör gällande att konkurrensen hämmas/snedvrids av Hässleholms kommuns i målet ifrågasatta förfarande (dvs. marknaden för etablering och försäljning av fiberanslutning till slutkund i Hässleholms kommun). Den marknaden är således inte en kopplad marknad i den bemärkelse som Stockholms tingsrätt använde uttrycket i sin dom den 16 november 2015 i mål nr T 9248-13 (Växjömålet). Det är inte relevant att avgränsa marknaden för markupplåtelser. Det yrkade förbudet riktar sig mot ett förfarande, inte mot en specifik marknad. Den marknad på vilken konkurrensen snedvrids/hämmas är den ovan beskrivna. Det är den marknaden som behöver avgränsas för att kunna bedöma om konkurrensen hämmas eller snedvrids genom det påtalade förfarandet. Ett förbud i enlighet med Konkurrensverkets yrkande kan meddelas även om kommunen inte skulle bedriva någon säljverksamhet på marknaden för markupplåtelser.

Hässleholms kommun

Konfliktlösningsregeln är inte tillämplig på kopplade marknader och är därför heller inte tillämplig här. Det av Konkurrensverket påstådda förfarandet sker på en sådan kopplad marknad. Hässleholms kommun bestrider att konkurrens på lika villkor kan säkerställas på marknaden för etablering och försäljning av fiberanslutning till slutkund genom att kräva tillgång till kommunens mark då förbudet riktar sig mot en marknad där Konkurrensverket inte hävdar någon snedvridning av konkurrensen.

Produktmarknaden: Hässleholms kommun bestrider att försäljning av fiber på den s.k. eftermarknaden inte ingår i den relevanta produktmarknaden då det för en konsument är likgiltigt om aktören äger eller hyr kapacitet i fibern.

Den geografiska marknaden: Konkurrensverket utgår från den geografiska marknaden för markupplåtelser trots att Konkurrensverket inte gör gällande att Hässleholms kommun påverkat denna marknad. Hässleholms kommun bestrider därför Konkurrensverkets definition av relevant geografisk marknad. Den geografiska marknaden kan inte enbart bestå av Hässleholms kommun eftersom det går att utnyttja angränsande kommuners mark för att etablera fiber i Hässleholms kommun. Kommunens uppfattning är att marknaden för etablering och försäljning av fiberanslutning till slutkund i vart fall är nationell, baserat på att de privata aktörerna är verksamma i hela Sverige. Enligt Post- och telestyrelsens (PTS) uppskattning av marknadsandelarna på nationell nivå, var Telia den enskilt största aktören med lite mer än en tredjedel av marknaden 2019. Det ska ännu en gång understrykas att Telia sedan 1991 har ett markavtal med kommunen.

Allmänt ekonomiskt intresse och försvarbarhet från allmän synpunkt

Hässleholms kommun

Tillhandahållande av fiber av hög kvalitet är utan tvivel en sådan angelägenhet av allmänintresse/allmänt ekonomiskt intresse som avses i artikel 106.2 FEUF och 2 kap. 1 § kommunallagen (2017:725). För att kommunen ska kunna fullfölja sitt åtagande avseende fibernedläggning till en likvärdig anslutningsavgift i hela kommunen är det nödvändigt att kommunen disponerar sin egen mark. Kommunens agerande utesluter inte privata aktörers möjlighet att agera på marknaden då det finns möjlighet att hyra svartfiber, söka ledningsrätt för att nedlägga egen fiber eller ingå markavtal med annan markägare än Hässleholms kommun.

Konkurrensreglerna gäller i och för sig för företag som ansvarar för att förvalta tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, dock enbart så länge dessa inte hindrar dem från att genomföra sina uppgifter i allmänhetens intresse. En tillämpning av konkurrensreglerna på så sätt som Konkurrensverket yrkar skulle innebära att kommunen hindras från att fullgöra det ansvar som kommunen åtagit sig och som får anses vara en

angelägenhet av allmänt ekonomiskt intresse. Konkurrensreglerna är därför inte tillämpliga i förevarande fall.

Alldeles oavsett är Hässleholms kommuns agerande försvarbart från allmän synpunkt med hänsyn till vad som anförts ovan.

Det bestrids att det utgör ett internt skäl att Hässleholms kommun vill säkerställa ekonomin i sin fibersatsning. Förfarandet är ett led i att nå Hässleholms kommuns mål och i sin tur regeringens mål och har således ett legitimt externt syfte.

Utbyggnaden är av allmänt ekonomiskt intresse. Det finns ingen fungerande marknad för etablering av fiber på glesbygd i Sverige. Marknaden har i denna del misslyckats. De priser som privata aktörer kräver är för höga för de boende. För de privata aktörerna är detta inget problem eftersom de kan avstå från etablering i olönsamma områden. För de berörda kommunmedborgarna är detta dock problematiskt eftersom de går miste om en nytting som blir allt mer nödvändig. Från kommunens synvinkel är det bättre att intäkter från etablering i tätorter används för att etablera fiber i glesbygd snarare än att generera vinst för internationella storföretag som därefter avstår från att erbjuda boende i glesbygd etablering till ett rimligt pris. Kommunen har uppställt som krav för att erhålla markavtal att aktörer måste etablera fiber i hela kommunen till ett likvärdigt pris för undvikande av s.k. cherry picking.

För det fall någon aktör skulle vara villig att utföra en utbyggnad av fiber i hela kommunen till ett enhetligt pris i enlighet med kommunens utbyggnadskriterier, skulle kommunen med glädje överlämna etableringen till denne aktör. Detta gällde tidigare och det gäller även nu. IP-Only och andra bolag är fortsatt välkomna att erhålla markavtal i kommunen under förutsättning att de uppfyller de tre utbyggnadskriterierna.

Det vitsordas att Telia och Telenor har öppna fibernät. Motsvarande vitsordande görs inte beträffande övriga aktörer.

Konkurrensverket

Artikel 106.2 FEUF är en undantagsbestämmelse som ska tolkas snävt. Undantagsregeln gäller i förhållande till andra regler i FEUF och inte svensk lagstiftning. Vidare bestrids att förutsättningarna för att tillämpa bestämmelsen är uppfyllda.

Att Hässleholms kommun vill säkerställa ekonomin i den egna fibersatsningen är ett internt skäl och ska inte beaktas vid bedömningen om det finns allmänt försvarbara skäl. Att neka markavtal med detta syfte är inte försvarbart från allmän synpunkt. När det gäller kommunens motiv för sitt förfarande kan följande särskilt framhållas.

Hela kommunen ska omfattas: För det fall kommunens mål om att ”hela kommunen ska omfattas” är ett sådant externt motiv som ska beaktas vid försvarbarhetsbedömningen, finns det ett belagt konkret intresse från flera företag att etablera fiber i alla delar av kommunen. Det finns vidare möjlighet att få ekonomiskt stöd vid utbyggnad i glesbygd. Målet att ”hela kommunen kan omfattas” hade alltså kunnat/kan tillgodoses på annat sätt än genom att kommunen vägrar ingå markavtal med privata fiberaktörer. Konkurrensintresset väger mot denna bakgrund tyngre än det av kommunen uppgivna allmänintresset. Kommunens förfarande är därför inte försvarbart utifrån ett allmänintresse.

Anslutningsavgiften ska vara likvärdig: Lagstiftaren har avstått från att prisreglera marknaden. Det är inte kommunens uppgift att göra det. Kommunen försvårar andra företags möjligheter med syfte att försvara sin egen prismodell. Det kan ifrågasättas om detta är ett sådant externt skäl som ska beaktas. Om det är ett belagt allmänintresse ska det hur som helst vägas mot konkurrensintresset som förfarandet skadar. Konkurrensintresset väger tyngre och kommunens förfarande är inte försvarbart ur allmän synpunkt. Dessutom är det branschpraxis att erbjuda enhetliga anslutningsavgifter i en kommun på i häradet den avgiftsnivå som kommunen angett varför målet om en likvärdig anslutningsavgift på denna nivå hade kunnat/kan tillgodoses utan att

kommunen vägrar att ingå markavtal med privata fiberaktörer, vilket är ytterligare ett skäl till att förfarandet inte är försvarbart.

Fibernätet ska vara öppet: Privata aktörer har normalt öppna fibernät. Samtliga företag som visat intresse i Hässleholms kommun har öppna nät. Kommunens mål att fibernätet ska vara öppet skulle alltså uppnås oavsett och är inte relevant. Slutsatsen är att det saknas allmänt försvarbara skäl för kommunens förfarande.

Den kommunala självstyrelsen

Hässleholms kommun

Det utgör ett brott mot reglerna i 14 kap. 2 § regeringsformen om den kommunala självstyrelsen att tvinga på en kommun att bedriva en verksamhet – markupplåtelse – som kommunen inte vill bedriva.

Konkurrensverket

Det utgör inte ett brott mot den kommunala självstyrelsen att tillämpa 3 kap. 27 § konkurrenslagen i målet och domstolen kan inte genom lagprövning ta ställning till om konfliktlösningsregeln strider mot det kommunala självstyret (se MD 2014:1).

Egendomsskyddet

Hässleholms kommun

Enligt 13–14 §§ ledningsrättslagen ska Lantmäteriet alltid utreda och besluta om ersättning till de som blir belastade av en ledningsrätt. Belastade fastighetsägare behöver alltså inte yrka ersättning för att vara berättigad till sådan. Någon motsvarande

ersättningsreglering finns inte vid användning av konfliktlösningsregeln. Det är inte befogat av angelägna allmänna intressen att med användning av konfliktlösningsregeln inskränka egendomsskyddet för kommunens mark (2 kap. 15 § regeringsformen).

Konkurrensverket

Det skulle i förevarande fall vara befogat att inskränka egendomsskyddet och en tillämpning av konfliktlösningsregeln är att betrakta som ett angeläget allmänt intresse. Vidare är en plikt att mot ersättning upplåta mark proportionerlig.

3 kap. 29 § konkurrenslagen

Konkurrensverket

Sedan målet återförvisats till Patent- och marknadsdomstolen har Konkurrensverket omformulerat yrkandet i den del som tar sikte på möjligheten i 3 kap. 29 § konkurrenslagen att låta ett förbud utsträckas, så att yrkandet i den delen nu lyder att Hässleholms kommun ska förbjudas “b) att tillämpa förfaranden som väsentligen överensstämmer med det förfarande som förbjuds enligt punkten a)”. Yrkandets utformning överensstämmer med de möjligheter som 3 kap. 29 § konkurrenslagen ger att låta ett förbud utsträckas till beteenden som väsentligen överensstämmer med det som förbjuds eftersom ett förbud annars blir för lätt att kringgå. En typ av förfarande som skulle träffas av ett förbud enligt tilläggsyrkandet är om kommunen uttryckligen skulle ställa som krav att privata företag för att få markavtal för fibernedläggning med kommunen måste etablera (och erbjuda) fiberanslutningar i hela Hässleholms kommun (jfr kommunens utbyggnadskriterium om att ”hela kommunen ska omfattas”), oavsett om kommunen meddelar detta krav t.ex. i en skrivelse motsvarande brevet den 7 oktober 2015 eller besvarar en konkret förfrågan om markavtal med att ställa ett sådant krav. Ett sådant krav skulle, med beaktande av att fiber redan har etablerats i delar av kommunen, vara att jämställa med ett kategoriskt nekande av markupplåtelse till privata fiberaktörer.

Hässleholms kommun

Konkurrensverkets yrkande går utöver vad som stadgas i konkurrenslagen. Vidare är det yrkade förbudet fortfarande oklart och otydligt och det framgår inte vad dess reella innebörd är eller vad det skulle få för konsekvenser. Följden skulle kunna utgöra ett ingrepp i kommunens myndighetsutövning, vilken inte omfattats av konkurrenslagen.

Sedan målet återförvisats till Patent- och marknadsdomstolen kunde Konkurrensverket inte vid den muntliga förberedelsen ge några exempel på situationer som hade aktualiserat ett potentiellt förbud enligt tilläggsyrkandet. Konkurrensverket har dock i senare yttrande angivit att ”En typ av förfaranden som enligt Konkurrensverket skulle kunna träffas av ett förbud enligt tilläggsyrkandet är om kommunen uttryckligen skulle ställa som krav att privata företag för att få markavtal för fiber nedläggning med kommunen måste etablera (och erbjuda) fiberanslutningar i hela Hässleholms kommun.” Konkurrensverket har således i praktisk mening behållit kravet om att förbudet ska innebära en begränsning av kommunens möjlighet att bestämma den geografiska omfattningen av upplåtelsen. Konkurrensverket har dock valt att flytta denna del av det yrkade förbudet från huvudyrkandet till tilläggsyrkandet. Detta är ytterligare ett exempel på Konkurrensverkets skiftande hållning vad gäller det påstådda förfarandets omfattning samt innebörden av yrkandet. Det är tydligt att Konkurrensverkets primära syfte fortsatt är att försöka hindra kommunen från att uppställa kommunens tre utbyggnadskriterier, inte att förhindra ett ”kategoriskt” nekande.

Vite

Konkurrensverket

Den totala kostnaden för fiberprojektet i nuläget uppgår till ca 470 miljoner kr och att den budgeterade totalkostnaden fram till 2021 är 559 miljoner kr. Kommunen har enbart för 2020 budgeterat investeringsmedel om 72,6 miljoner kr. Ett vite om 25 miljoner kr är därför skäligt.

Hässleholms kommun

Konkurrensverkets uppgifter om hur mycket kommunen totalt har investerat i fiberetableringen vitsordas inte. Hässleholms kommun har den 11 december 2017 beslutat att kommunfullmäktige tar ställning till kommunens fibersatsning år från år. Det är därför inte möjligt att vitsorda något belopp som skäligt i och för sig.

UTREDNINGEN I MÅLET

På Konkurrensverkets begäran har domstolen genom ljudupptagningar från den tidigare huvudförhandlingen lagt fram vittnesförhören med DD från TeliaSonera Skanova, EE från Svensk Infrastruktur, FF från Com Hem, GG från Fibertjänst Sverige, HH från Telenor Sverige, II från Triangelbolaget (tidigare från IP-Only), JJ från byNet, KK från Comne Work samt LL och MM från IP-Only. Domstolen har på Konkurrensverkets begäran hållit tilläggsförhör med LL och vittnesförhör med NN från IP-Only.

På Hässleholms kommuns begäran har domstolen genom ljudupptagningar från den tidigare huvudförhandlingen lagt fram vittnesförhören med OO från Svenska Stadsnätsföreningen, PP från Telekomnyheterna, QQ från Staffanstorp Fibernät, samt RR, SS och TT från Hässleholms kommun. Domstolen har på kommunens begäran hållit tilläggsförhör med OO och RR samt vittnesförhör med UU från Torsås kommun och VV från Hässleholms kommun.

Parterna har som skriftlig bevisning åberopat bl.a. rapporter och statistik från PTS, sammanträdesprotokoll från Hässleholms kommunfullmäktige, korrespondens mellan kommunen och privata aktörer och kartor. Hässleholms kommun har därutöver

åberopat ett sakkunnigutlåtande av teknologie doktorn XX och hänfört sig till ett rättsutlåtande av professorn YY .

DOMSKÄL

Rättsliga utgångspunkter

Av 3 kap. 27 § första stycket konkurrenslagen (konfliktlösningsregeln) följer att bl.a. en kommun får förbjudas att i en säljverksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § första stycket tillämpa ett visst förfarande, om detta snedvrider, eller är ägnat att snedvrida, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. Enligt bestämmelsens andra stycke får förbud inte meddelas för förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt.

Det följer av 3 kap. 29 § att ett förbud enligt konfliktlösningsregeln även får omfatta ett förfarande eller en verksamhet som väsentligen överensstämmer med det förfarande eller den verksamhet som förbjuds.

Enligt 1 kap. 5 § första stycket avses i konkurrenslagen med företag en fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur, dock inte till den del verksamheten består i myndighetsutövning. Företagsbegreppet ska på motsvarande sätt som i EU-rätten ges en vidsträckt tolkning och det spelar ingen roll om den verksamhet som bedrivs är inriktad på ekonomisk vinst eller inte (se prop. 2008/09:231 s. 56 f.). Från EU-rättslig praxis kan nämnas att t.ex. en offentlig arbetsförmedling har ansetts utgöra ett företag (se mål C-41/90, Höfner, EU:C:1991:161). I förarbetena till konfliktlösningsregeln anförs bl.a. att utbudsverksamheter, t.ex. uthyrning, får räknas som säljverksamhet (se prop. 2008/09:231 s. 34).

Offentlig aktör

Hässleholms kommun är ostridigt en sådan offentlig aktör som i och för sig omfattas av förbudet i konfliktlösningsregeln.

Säljverksamhet

För att konfliktlösningsregeln ska vara tillämplig krävs att Hässleholms kommun bedriver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur som inte utgör myndighetsutövning. Den verksamhet som kommunen bedriver som utgörs av att mot ersättning etablera och sälja fiberanslutningar till slutkunder utgör ostridigt en sådan säljverksamhet.

Konkurrensverket har också gjort gällande att kommunen bedriver säljverksamhet genom att genom markavtal mot ersättning upplåta nyttjanderätt till kommunägd mark till privata företag. Hässleholms kommun har invänt att upplåtelse av mark genom markavtal inte omfattas av konfliktlösningsregeln och att kommunen under alla förhållanden har upphört med den påstådda säljverksamheten.

Det är ostridigt att kommunen före principbeslutet i oktober 2015 har ingått flera markavtal för fiberetablering med privata företag och att vissa av dessa avtal fortfarande tillämpas. Vidare framgår av ett e-postmeddelande från IP-Only till kommunen i november 2014 att IP-Only har fått ett förslag till markavtal som bolaget har vissa synpunkter på. Det har också framkommit i målet att kommunen i augusti 2015 har tagit fram ett standardavtal för upplåtelse av mark. Kommunen har även enligt egen uppgift i tiden efter 2015 ingått något enstaka markavtal för bl.a. elledningar.

Som tidigare anförts ska begreppet säljverksamhet – på motsvarande sätt som företagsbegreppet enligt EU-rättslig praxis – ges en vidsträckt tolkning. Enligt

domstolen är det tydligt att Hässleholms kommuns upplåtelser av mark genom markavtal – mot ersättning – utgör en sådan ekonomisk verksamhet som i och för sig omfattas av konfliktlösningsregelns tillämpningsområde. Den bedömningen påverkas inte av att det förefaller vara fråga om passiv säljverksamhet, dvs. upplåtelser som sker på initiativ av intresserade företag, eller att upplåtelser sker mycket sällan. Det är inte heller i denna del fråga om myndighetsutövning.

Det påstådda förfarandet

Konkurrensverket har gjort gällande att principbeslutet innebär att kommunen sedan oktober 2015 kategoriskt och utan individuell prövning nekar privata företag tillgång till kommunens mark genom att kommunen sedan den angivna tidpunkten inte ingår några nya markavtal för nedläggning av fiber på kommunala fastigheter över huvud taget. Enligt Konkurrensverket sker förfarandet i båda kommunens ovan nämnda säljverksamheter.

Hässleholms kommun har invänt att principbeslutet endast innebär att kommunen ställer som krav för att upplåta mark till privata aktörer som vill etablera fiber att dessa åtar sig att följa kommunens tre utbyggnadskriterier, dvs. hela kommunen ska omfattas, likvärdig anslutningsavgift och öppet nät. Kommunen har anfört att den 2015 gärna skulle ha överlåtit åt en privat aktör att etablera ett fibernät i enlighet med utbyggnadskriterierna och att kommunen fortfarande är villig att upplåta mark enligt dessa villkor. Under alla förhållanden är det, enligt kommunen, inte fråga om ett förfarande i den säljverksamhet som består i etablering och försäljning av fiberanslutning till slutkund.

Inledningsvis konstaterar domstolen att följande är utrett om händelseförloppet i samband med att kommunen beslutade att bygga sitt eget fibernät och i tiden därefter.

I februari 2015 hade bl.a. RR , SS och TT från Hässleholms kommun samt II , JJ och MM från IP-

Only ett möte för att diskutera ett samarbete kring fiberetablering i kommunen. De nu nämnda mötesdeltagarna har alla hörts i målet och har i vissa avseenden olika minnesbilder av vad som diskuterades vid mötet.

Deltagarna från IP-Only har bl.a. berättat att bolaget tydligt förklarade sig intresserat att etablera fiberanslutningar i hela Hässleholms kommun samt att det kunde vara möjligt att erbjuda samma anslutningsavgift i tätort och på landsbygden, även om kostnaden för fiberetablering på landsbygden är väsentligt högre än i tätort. De har också berättat att de diskuterade IP-Onlys etablering av fibernät i bl.a. grannkommunen Osby där anslutningsavgiften var enhetlig och lägre än 20 000 kr per hushåll.

Deltagarna från Hässleholms kommun har däremot berättat att IP-Only inte erbjöd sig att etablera fiberanslutningar i hela kommunen. De har också berättat att IP-Only vid mötet uppgav att anslutningsavgiften på landsbygden skulle bli väsentligt högre än i tätort och uppgå till omkring 50 000–60 000 kr per hushåll.

Hässleholms kommunfullmäktige har därefter, i maj 2015, beslutat att kommunen själva ska äga fibernätet och att detta ska etableras enligt kommunens fiberetableringsplan från april samma år. Av fiberetableringsplanen framgår bl.a. kommunens tre utbyggnadskriterier, dvs. hela kommunen ska omfattas, likvärdig anslutningsavgift och öppet nät. Kommunfullmäktige har i juni 2015 beslutat att anslutningsavgiften för fiberanslutning av en- och tvåbostadshus ska vara 19 000 kr per anslutning.

Hässleholms kommun har sedan i brev från Tekniska förvaltningen till IP-Only den 7 oktober 2015 informerat bolaget om bl.a. följande (det s.k. principbeslutet).

”Kommunen har tidigare undersökt möjligheterna att genom ett flertal marknadsaktörer få till stånd ett heltäckande fibernät i kommunen, innebärande att fiber skulle kunna erbjudas minst 95 procent av kommuninvånarna. Inte något företag förklarade sig intresserad av att åta sig ett sådant uppdrag. Kommunen har därför i fullmäktige beslutat att anta en plan för fiberetablering som innebär att kommunen ska

erbjuda minst 95 procent av kommuninvånarna anslutning till ett kommunalt fibernät i egen regi senast år 2020.

Såsom fastighetsägare bestämmer kommunen själv över användningen av sin egen mark. Att ingå markavtal förutsätter att ett sådant avtal är till gagn för kommunen och dess invånare. Att nu ingå markavtal med och ge grävstillstånd till andra aktörer skulle innebära att kommunens egen fiberetablering allvarligt försvåras. Den kan med skäl antas att dessa aktörer av ekonomiska skäl endast skulle vara intresserade av att erbjuda fibernät i de mest tätbefolkade områdena, medan de mer glesbefolkade områdena skulle bli utan.

En grundläggande princip för kommunens plan för fiberetablering är att samtliga anslutande betalar samma avgift, beräknad till 19 000 kr. Den verkliga kostnaden för fiberetablering på mindre orter och framförallt i glesbygd är emellertid betydligt högre. Om kommunen går miste om intäkterna för anslutningar i de tätbefolkade områdena, där kostnaderna för fiberetablering är lägre, blir den genomsnittliga kostnaden per ansluten betydligt högre, innebärande att de totala kostnaderna blir högre än intäkterna. Detta skulle i sin tur innebära att kommunen inte längre skulle kunna uppfylla målet att minst 95 procent av kommuninvånarna ska få fiber år 2020 för en kostnad på 19 000 kr per anslutning.

[...]

Sammanfattningsvis bedömer Tekniska förvaltningen mot bakgrund av det ovan anförda att det inte strider mot kommunallagen, konkurrenslagen eller någon annan författning att kommunen inte ingår något nytt markavtal för nedläggning av fiber på kommunala fastigheter. Grävstillstånd för de ledningsägare som redan har markavtal kommer dock att beviljas.”

Till brevet bifogades protokollen från de båda tidigare nämnda kommunfullmäktigesammanträdena och fiberetableringsplanen.

IP-Only har därefter den 7 och den 14 oktober 2015 skrivit till Hässleholms kommun och påtalat att innehållet i brevet från Tekniska förvaltningen är vilseledande. IP-Only har bl.a. framhållit att bolaget vid mötet i februari samma år erbjöd sig att etablera fiber i hela kommunen. I november 2015 år hade företrädare för kommunen och IP-Only, på bolagets begäran, ett möte där de redogjorde för sina respektive ståndpunkter men detta ledde inte till att parterna träffade någon överenskommelse.

Telenor och Com Hem har i januari 2017 kontaktat kommunen för att inleda diskussioner om markavtal för nedläggning av fiber. Kommunens Tekniska förvaltning

har i e-postmeddelanden samma månad svarat de båda bolagen att vad gäller deras önskan om markavtal ”så vill jag hänvisa till ett sedan tidigare fattat beslut som säger att kommunen inte ska ingå några nya markavtal avseende fiber, se bilaga.” Bilagan till e-postmeddelandena utgjordes av brevet från den 7 oktober 2015.

I den ovan redovisade korrespondensen mellan Hässleholms kommun och privata företag framgår inte något som ger stöd för kommunens påstående att den skulle ha varit beredd att ingå markavtal med företag som uppfyller kommunens tre utbyggnadskriterier. Tvärtom anges genomgående och uttryckligen att kommunen inte kommer att ingå några nya markavtal. Enligt en artikel om markavtal för fiber i Kristianstadsbladet den 24 oktober 2015 har dessutom Hässleholms kommuns kommunjurist uttalat att ”Vi säger nej till alla som vill teckna avtal.”

Domstolen noterar vidare att de skriftliga svar som Hässleholms kommun, genom ett av de ombud som företräder kommunen i målet, lämnat till Konkurrensverket under verkets utredning ger uttryck för att kommunen inte kommer att ingå några nya markavtal för fiberetablering (se yttrande av den 10 februari 2016, svar på fråga 2 och 6, yttrande av den 19 februari 2016, svar på fråga 4 och yttrande av den 19 maj 2016, svar på fråga 14). Enligt en tjänsteanteckning från ett telefonmöte mellan företrädare för kommunen och Konkurrensverket den 6 februari 2017, vid vilket kommunens nuvarande ombud deltog, har kommunen dessutom bekräftat att kommunens principbeslut innebär att inte ge markavtal och gräv tillstånd till nya privata företag samt vidhållit att privata företag inte heller framgent kommer att erhålla sådana avtal och tillstånd.

Mot denna bakgrund framstår Hässleholms kommuns påstående om att den såväl 2015 som i tiden därefter har varit beredd att ingå markavtal med företag som uppfyller kommunens de tre utbyggnadskriterierna som en efterhandskonstruktion. Domstolen anser i stället att utredningen i målet tydligt visar att Hässleholms kommun sedan i vart fall oktober 2015 kategoriskt och utan individuell prövning har vägrat ingå markavtal med privata företag som vill etablera fiber i kommunen. I sammanhanget noterar

domstolen att även om det skulle förhålla sig så att kommunen faktiskt har varit beredd att ingå markavtal med företag som uppfyller de tre utbyggnadskriterierna, så är detta inte något som kommunen har kommunicerat utåt under den i målet aktuella perioden. Objektivt sett har alltså det förfarande som kommunen tillämpat under alla förhållanden bestått i en kategorisk vägran att ingå markavtal med privata företag som vill etablera fiber.

Ett förfarande enligt konfliktlösningsregeln kan vara såväl ett faktiskt handlande som en underlåtenhet eller vägran att vidta en viss åtgärd (se MD 2014:1 och prop. 2008/09:231 s. 57). Hässleholms kommun har i brevet den 7 oktober 2015 motiverat principbeslutet med att kommunens egen fiberetablering allvarligt skulle försvåras om privata företag fick ingå markavtal. Förfarandet avser också just markavtal för fiberetablering, men inte markavtal för andra ändamål. Enligt domstolen bör därför prövningen i målet göras utifrån att förfarandet tillämpas i kommunens säljverksamhet som består i att etablera och sälja fiberanslutningar till slutkunder.

Relevant marknad

Inledning

Eftersom domstolen har bedömt att Hässleholms kommuns förfarande tillämpas i kommunens säljverksamhet som består i att etablera och sälja fiberanslutningar till slutkunder, saknas anledning att avgränsa någon relevant marknad för upplåtelse av mark. Det är istället tillräckligt att avgränsa den relevanta marknaden där förfarandet tillämpas.

Den relevanta produktmarknaden utgörs av produkter som är inbördes utbytbara med hänsyn till egenskaper, pris, användning, konsumenters och andra avnämares uppfattning samt faktiska substitutionsmöjligheter m.m. Den relevanta geografiska marknaden utgörs av det område där de företag som utbjuder eller efterfrågar

produkterna verkar, och i vilket konkurrensvillkoren är tillräckligt homogena för att området ska kunna särskiljas från närliggande områden som har märkbart annorlunda konkurrensvillkor. (Se prop. 2008/09:231 s. 58 och kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03.)

Parterna är i stora drag ense om att etablering och försäljning av fiber till slutkund ingår i en värdekedja där bl.a. företag som äger fibernät, företag som erbjuder kommunikationsoperatörstjänster och företag som erbjuder slutkundstjänster är verksamma.

Relevant produktmarknad

Enligt domstolen är en lämplig utgångspunkt för bedömningen av den relevanta produktmarknaden kommunens säljverksamhet som består i att etablera och sälja fiberanslutningar till slutkund.

Inledningsvis konstaterar domstolen att såväl flera av de PTS-rapporter som Konkurrensverket lagt fram i målet (bl.a. Ingår bredband levererat över fiber respektive koppar på samma slutkundsmarknad? och PTS Bredbandskartläggning 2015) som de uppgifter som lämnats av bl.a. FF , HH och DD sammantaget ger klart stöd för att – med hänsyn till prestanda och pris – varken mobila anslutningar eller andra fasta anslutningar än fiber ingår på samma produktmarknad som fiberanslutningar.

Av förhören med bl.a. LL och EE framgår att i vart fall IP-Only och Open Infra (tidigare Stadsnätbolaget/Svensk Infrastruktur) har som affärsidé att etablera fibernät och sälja anslutningar till slutkund utan att vara verksamma högre upp i värdekedjan som tjänsteleverantör. Dessa företag är därför inte intresserade av att t.ex. hyra svartfiber av en kommun eller någon annan nätägare för att erbjuda tjänster till slutkund. Det finns också företag, exempelvis Telia, som är vertikalt integrerade

och både etablerar fibernät och erbjuder slutkundstjänster. Telenor och Com Hem erbjuder idag främst slutkundstjänster men har tidigare även varit verksamma med att etablera fibernät. Dessa och andra företag kan både erbjuda slutkundstjänster i sitt eget nät eller genom att hyra svartfiber av nätägare. Slutligen kan dessa och andra företag vara verksamma som kommunikationsoperatörer, dvs. att drifta sitt eget eller något annans nät. Ett flertal vittnen som är eller har varit verksamma på privata företag – bl.a. DD , HH och FF – har förklarat att det är fråga om olika affärer med olika förutsättningar att etablera fibernät, vara kommunikationsoperatör eller leverera slutkundstjänster.

Domstolen bedömer mot denna bakgrund att företag som inte äger sitt fibernät utan endast är verksamma högre upp i värdekedjan inte utövar något effektivt konkurrens-tryck på företag vars affärsidé är att etablera och sälja fiberanslutningar. Som kommunen har framhållit är vidare marknaden för att etablera och sälja fiberanslutningar ”ändlig”, dvs. ju fler hushåll och företag som har fått fiberanslutningar, desto färre kunder finns det kvar att konkurrera om. De företag som erbjuder exempelvis slutkundstjänster kan däremot fortsätta konkurrera med varandra om de kunder som redan har fiberanslutning.

Sammantaget medför detta att den relevanta produktmarknaden i målet utgörs av marknaden för etablering och försäljning av fiberanslutning till slutkund.

Relevant geografisk marknad

I denna del anser domstolen att utgångspunkten för bedömningen bör vara Hässleholms kommun, vilket är det område där kommunen bedriver den aktuella säljverksamheten.

Inledningsvis konstaterar domstolen att de fastighetsägare i kommunen som efterfrågar fiberanslutningar inte kan efterfråga anslutningar till fastigheter i andra kommuner. Det finns visserligen nationellt verksamma företag som erbjuder fiberanslutningar. Det har

också framkommit i målet att priset för en fiberanslutning är relativt homogent i hela landet, eftersom hushållens betalningsvilja normalt inte överstiger ca 20 000 kr. Det har dock framkommit genom förhör med bl.a. II, JJ och OO att kostnaderna och övriga förutsättningar för att etablera fiber skiljer sig stort mellan bl.a. tätort och landsbygd och beroende på t.ex. markförhållanden (se även PTS rapport Analys av undantag från lokaliseringsprincipen).

Genom uppgifter från bl.a. UU, QQ och EE har också framkommit att konkurrensförhållandena skiljer sig åt mellan olika kommuner. Detta beror bl.a. på att kommuner har olika befolkningstäthet och olika förutsättningar att etablera fiber. Det har också framkommit att olika kommuner har gjort olika överväganden när det gäller om de vill etablera fibernät själva eller i samverkan med privata företag och villkoren för detta. Av statistik från PTS framgår också att graden av fiberutbyggnad skiljer sig väsentligt åt mellan landets kommuner. Slutligen har EU-kommissionen i ett beslut den 7 februari 2020 om lokalt tillträde till fibernät via en fast anslutningspunkt i Sverige bl.a. funnit att marknadsvillkoren på nationell nivå tycks vara heterogena men att i många fall konkurrensvillkoren inom kommunerna tycks vara homogena och skilja sig från angränsande områden.

Den geografiska relevanta marknaden i målet bör mot denna bakgrund avgränsas till Hässleholms kommun.

Slutsats relevant marknad

Den relevanta marknaden i målet utgörs alltså av marknaden för etablering och försäljning av fiberanslutning till slutkund i Hässleholms kommun.

Konkurrensbegränsning

Intresse från privata aktörer

En första förutsättning för att Hässleholms kommuns förfarande ska ha snedvridit och begränsat konkurrensen på den relevanta marknaden är att det har funnits privata företag som varit intresserade av att etablera och sälja fiberanslutningar i kommunen.

Enligt vad som har anförts ovan har under perioden 2015–2017 IP-Only, Telenor och Com Hem kontaktat kommunen för att ingå markavtal för fiberetablering. Dessutom har Stadsnätsbolaget, som ingick i samma koncern som Svensk Infrastruktur (numera Open Infra) i mars 2015 kontaktat kommunen för att träffa ett markavtal för att etablera fiber. EE har dock berättat att de efter några månader förstod att kommunen inte avsåg att träffa något markavtal och att bolaget därför riktade sina resurser mot andra kommuner.

Hässleholms kommun har anført att det endast rör sig om ett fåtal företag som vid enstaka tillfällen har begärt att få ingå markavtal för fiberetablering. Kommunen har dock under hösten 2015 tydligt kommunicerat till marknaden att privata företag inte kommer att få ingå markavtal. Det har därför sagnats anledning för privata företag att investera tid och pengar på att försöka få markavtal i Hässleholms kommun. Att det ändå har funnits ett sådant intresse framgår tydligt av de uppgifter som lämnats av HH och FF. De har båda uppgett att Telenor och Com Hem i samband med ett politiskt skifte i kommunen hösten 2016 uppfattade att kommunen skulle kunna komma att ompröva sitt beslut att vägra ingå markavtal. Både Telenor och Com Hem anmälde kort därefter, i januari 2017, intresse om att få träffa markavtal. Som redovisats ovan ändrade dock kommunen inte sitt beslut att vägra ingå markavtal med privata företag.

Domstolen noterar vidare att ett flertal av Konkurrensverkets vittnen, men också PP och OO, har beskrivit det som att det under åren omkring 2015 pågick en kapplöpning om att etablera fiber runt om i Sverige och att ett flertal bolag konkurrerade om att försöka binda upp och ansluta så många kunder som möjligt. Några år senare beslutade dock bl.a. Telenor och Com Hem att endast vara verksamma högre upp i värdekedjan. Enligt bl.a. PP och OO har intresset från privata aktörer att etablera fibernät generellt sett svalnat under senare år.

Sammanfattningsvis visar utredningen i målet tydligt att det 2015 och några år därefter har funnits ett stort intresse bland privata företag att etablera och sälja fiberanslutningar i Hässleholms kommun. Domstolen återkommer nedan till frågan om det fortfarande finns något intresse från privata aktörer att etablera och sälja fiberanslutningar i kommunen.

Behov av markavtal med kommunen

Nästa fråga domstolen prövar är om den som vill etablera ett fibernät i Hässleholms kommun behöver ha tillgång till kommunal mark genom markavtal. Ett minimikrav för att tillämpa konfliktlösningsregeln är att det för privata företag skulle vara ekonomiskt ofördelaktigt att inte få träffa markavtal med kommunen (se MD 2014:1 p. 107).

Konkurrensverket har i denna del bl.a. gjort gällande att kommunen äger strategiskt placerad mark som det är nödvändigt att passera för att kunna etablera fibernät i kommunen. Hässleholms kommun har invänt att den endast äger omkring fem procent av marken i kommunen och att markavtal inte är nödvändigt för att etablera ett fibernät.

Flera av Konkurrensverkets vittnen, men också bl.a. kommunens vittnen QQ och OO har berättat om hur utbyggnad av fibernät i ett område normalt går till. Av vittnenas uppgifter framgår i huvudsak följande.

Privata företag marknadsför inledningsvis sitt erbjudande i ett område, ofta i konkurrens med varandra. När något företag når en tillräckligt hög grad intresserade hushåll som träffar förhandsavtal eller gör en intresseanmälan, normalt minst 30 procent, brukar konkurrerande företag dra sig tillbaka från området. Detta beror på att det sällan är lönsamt att bygga parallella fibernät. Den som uppnått en tillräckligt hög täckningsgrad brukar sedan påbörja arbetet med fiberetableringen. I detta skede är det vanligt att ytterligare hushåll väljer att ansluta sig till det företagets fibernät så att täckningsgraden blir väsentligt högre än den initiala. Det är också vanligt att den ursprungliga planen för fibernätets sträckning behöver justeras av olika skäl.

Den fysiska etableringen av fibernätet sker ”inifrån och ut”, dvs. från tätorter och ut mot mer glesbefolkade områden. Det går inte att bygga fibernät ”som öar” utan nya fibernät kopplas till befintliga anslutningsnoder som normalt är centralt belägna. Det är därför i praktiken nödvändigt att korsa kommunal mark i form av t.ex. gator och trottoarer för att kunna bygga ut fibernätet såväl i tätorter som på landsbygden. Det är endast beträffande enstaka fastigheter nära kommungränsen ett realistiskt alternativ att ansluta till noder belägna i angränsande kommuner.

Ovan redovisade förhållanden – tillsammans med de kartor över kommunal mark i Hässleholm som Konkurrensverket lagt fram – talar enligt domstolen med styrka för att tillgång till kommunal mark är nödvändig för att på ett konkurrenskraftigt sätt etablera fibernät i Hässleholms kommun. Den slutsatsen vinner ytterligare stöd av att kommunen själv uttryckligen har motiverat principbeslutet med att den egna fibersatsningen allvarligt skulle försvåras om kommunen skulle ingå markavtal med privata företag. Om det fanns konkurrenskraftiga alternativ till markavtal med kommunen förefaller det också rimligt att de privata företag som förvägrades markavtal skulle ha använt något av dessa alternativ.

Domstolen går ändå vidare och prövar kommunens invändning om att det finns konkurrenskraftiga alternativ till markavtal med kommunen.

Alternativ till markavtal – ledningsrätt

Enligt ledningsrättslagen kan en ledningsägare under vissa förutsättningar få rätt att utnyttja en fastighetsägares mark för att dra ledningar mot dennes vilja. Ledningsrätt är en officialrättighet och beslut fattas av lantmäterimyndigheten vid en förrättning.

Inledningsvis konstaterar domstolen att Sveriges kommuner och regioner (SKR) rekommenderar kommuner att reglera rätten att använda allmän platsmark för ledningsändamål (t.ex. nedläggning av fiber) i civilrättsliga avtal (dvs. markavtal) i stället för med ledningsrätt. Enligt SKR är markavtal mest ändamålsenligt för att möjliggöra flexibla upplåtelser som tillgodoser kommunernas och samhällets behov och samtidigt innebär långsiktiga och förutsägbara villkor för samtliga ledningsägare.

Flera av företrädarna för privata företag – bl.a. LL , GG och DD – har redogjort för olika nackdelar med ledningsrätt jämfört med markavtal. Vittnena har berättat att ledningsrätt inte är tillräckligt flexibelt för att använda vid etablering av fibernät i ett helt område utan främst kan fungera på t.ex. transportsträckor där fiber ska läggas och någon enskild markägare inte vill träffa markavtal. De har också framhållit att frågor om ledningsrätt tar väsentligt längre tid i anspråk än markavtal och grävstillstånd.

Dessutom har flera av vittnena berättat att ledningsrätt inte är lika flexibelt som markavtal. Det är vanligt att sträckningen av ett fibernät behöver utökas eller ändras exempelvis p.g.a. att nya kunder vill ansluta sig. Vid sådana avvikelser skulle då krävas en ny förrättning om ledningsrätt vilket är mer tids- och resurskrävande än att ansöka om nya grävstillstånd. Det framgår också av PTS tjänsteanteckning från samrådsmöte med Lantmäteriet den 13 december 2017 att Lantmäteriet behöver veta den exakta sträckan och att sträckan inte går att ange ungefärligt.

Det har framkommit i målet att Lantmäterimyndigheten är skyldig att hålla en handläggningstid om fyra månader för att pröva frågor om ledningsrätt och enligt en

halvårsuppföljning från december 2017 håller myndigheten denna tidsfrist. Vid det ovan nämnda samrådet mellan PTS och Lantmäteriet har myndigheten också anfört att det är en feluppfattning att ledningsrätt tar lång tid att få.

Vid eventuella överklaganden kan handläggningstiden dock bli väsentligt längre än fyra månader. EE har berättat att Open Infra vid ett tillfälle har ansökt om ledningsrätt för att etablera fiber i ett helt område i Botkyrka, men att handläggningen av frågan har pågått i flera år utan något slutligt avgörande. I kommunens standardavtal för markavtal anges vidare att den som ansöker om grävstillstånd bör inkomma med alla handlingar senast fem arbetsdagar före arbetet ska påbörjas. Kommunen har framhållit att detta gäller mindre grävarbeten och inte anläggning av fibernät, men enligt domstolen ger uppgifterna ändå tydligt stöd för att frågor om grävstillstånd normalt hanteras väsentligt snabbare än frågor om ledningsrätt.

Mot denna bakgrund bedömer domstolen att ledningsrätt jämfört med markavtal är dyrare, mer tids- och resurskrävande och mindre flexibelt. Dessa nackdelar medför att ledningsrätt inte kan anses vara ett konkurrenskraftigt alternativ till att ingå markavtal med kommunen.

Alternativ till markavtal – utbyggnadslagen

Utbyggnadslagen ger bredbandsutbyggare vissa möjligheter att få tillträde till en nätinnehavares infrastruktur. En grundläggande förutsättning för att kunna utnyttja lagens möjligheter är alltså att det redan finns befintlig kanalisation. Flera av de vittnen från privata företag som hörts i målet, bl.a. DD, GG och LL, har berättat att utbyggnadslagen är svår att utnyttja i praktiken, exempelvis eftersom förfarandet kan vara tidskrävande och dyrt samt befintlig kanalisation kan bli förstörd vid s.k. samförläggning. Den som äger kanalisation har också rätt att neka tillträde under vissa förutsättningar, t.ex. platsbrist eller om ägaren istället hyr ut svartfiber.

VV har berättat att kommunen skulle vara positiv till en begäran om kanalisation och att det finns gott om utrymme i kommunens kanalisation för fibernät. Det har dock framkommit i målet att det i stort sett aldrig är lönsamt att etablera parallella fibernät och att konkurrensen på marknaden för etablering och försäljning av fiberanslutningar till slutkund framför allt handlar om att vara den som först binder upp tillräckligt många kunder för att etablera sitt fibernät.

Mot denna bakgrund anses domstolen att inte heller de möjligheter som följer av utbyggnadslagen är ett konkurrenskraftigt alternativ till markavtal med kommunen.

Alternativ till markavtal – hyra av svartfiber

Domstolen har ovan konstaterat att de företag som är intresserade av att hyra svartfiber och sälja slutkundstjänster har en annan affärsidé än de företag som är intresserade av att etablera och sälja fiberanslutningar. Domstolen har också bedömt att företag som hyr svartfiber och erbjuder tjänster högre upp i värdekedjan inte ingår på den relevanta marknaden. Redan av denna anledning följer att möjligheten att hyra svartfiber av t.ex. Hässleholms kommun inte utgör ett konkurrenskraftigt alternativ till markavtal för den som vill etablera och sälja fiberanslutningar till slutkund. Om hyra av svartfiber hade varit ett konkurrenskraftigt alternativ till markavtal skulle det för övrigt inte ha funnits någon sådan kapplöpning mellan privata företag om att anlägga fibernät som ett stort antal vittnen berättat om. Det förhållandet att Telenor först var intresserat av att träffa markavtal för att etablera och sälja fiberanslutningar och sedan valde att hyra svartfiber av kommunen för att kunna erbjuda slutkundstjänster påverkar inte heller bedömningen.

Snedvridande och/eller hämmande av konkurrensen på marknaden

Domstolen har alltså funnit att kommunen sedan i vart fall 2015 har vägrat att träffa markavtal med privata företag och att det inte finns några konkurrenskraftiga alternativ

till sådana markavtal att tillgå. Det har också framkommit att i vart fall IP-Only, Stadsnätbolaget/Svensk infrastruktur (numera Open Infra), Telenor och Com Hem har velat träda in på marknaden för etablering och försäljning av fiberanslutningar till slutkund men hindrats genom kommunens förfarande.

Dessa företag har varken kunnat konkurrera med kommunen eller med de företag som redan hade träffat markavtal på så lika villkor som möjligt. Det har inte bara varit ekonomiskt ofördelaktigt för de privata företag som inte fått träffa markavtal med kommunen utan dessa företag har i praktiken helt utestängts från den relevanta marknaden, även om både Telenor och Com Hem idag är verksamma högre upp i värdekedjan. Konkurrensen på den relevanta marknaden har således både snedvridits och hämmats som en följd av kommunens förfarande. Enligt domstolen är det fråga om en relativt allvarlig konkurrensbegränsning.

I sammanhanget noterar domstolen att Hässleholms kommun – trots stora investeringar i det egna fibernätet – år 2019 var en av de tio kommuner i Sverige som hade lägst andel fiberanslutna hushåll (ca 50 procent jämfört med genomsnittet ca 80 procent).

Försvarbarhet från allmän synpunkt

Som tidigare angetts får förbud enligt konfliktlösningsregeln inte meddelas för förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt. Eftersom det är fråga om ett undantag från huvudregeln att ett förbud under vissa förutsättningar får meddelas bör det ankomma på Hässleholms kommun att styrka att det finns omständigheter som medför att det konkurrensbegränsande förfarandet är försvarbart.

Hässleholms kommun har argumenterat relativt utförligt kring vikten av att alla kommuninvånare får god tillgång till fiber på lika villkor m.m. Domstolen ifrågasätter i och för sig inte det kan vara ett beaktansvärt allmänt intresse att t.ex. säkerställa att även kommuninvånare på landsbygden får tillgång till fiber.

Kommunen har i stor utsträckning uppehållit sig kring försvarbarheten av de tre utbyggnadskriterierna som den anser att den uppställt som villkor för att ingå markavtal med privata företag. Domstolen har dock funnit att det konkurrensbegränsande förfarandet består i att kommunen kategoriskt har vägrat att träffa markavtal. Kommunen har inte närmare utvecklat skälen för varför en sådan vägran skulle vara försvarbar från allmän synpunkt.

Enligt domstolen är det uppenbart att Hässleholms kommun i vart fall skulle kunna ha tillämpat mindre ingripande åtgärder än att kategoriskt vägra att ingå markavtal för att säkerställa intresset av att alla medborgare i kommunen får god tillgång till fiber på lika villkor m.m. Kommunens förfarande kan därför inte anses vara försvarbart från allmän synpunkt.

Tjänst av allmänt ekonomiskt intresse

När det gäller kommunens påstående att tillhandahållande av fiber är en sådan tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som avses i artikel 106.2 FEUF konstaterar domstolen att prövningen i målet görs mot 3 kap. 27 § konkurrenslagen, som är en rent nationell bestämmelse. Artikel 106.2 FEUF är därför över huvud taget inte tillämplig i målet.

Den kommunala självstyrelsen

Enligt 14 kap. 2 § regeringsformen sköter kommunerna lokala och regionala angelägenheter av allmänt intresse på den kommunala självstyrelsens grund. Enligt 3 § bör en inskränkning i den kommunala självstyrelsen inte gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som har föranlett den.

Frågan om hur konfliktlösningsregeln förhåller sig till den kommunala självstyrelsen har behandlats i det lagstiftningsärende som föregick införandet av bestämmelsen.

Lagstiftaren har därvid bedömt att konfliktlösningsregeln inte strider mot den kommunala självstyrelsen (se prop. 2008/09:231 s. 39).

Enligt domstolen kan det inte heller komma ifråga att i efterhand göra en lagprövning av konfliktlösningsregelns överensstämmelse med den kommunala självstyrelsen (se MD 2014:1 och prop. 2009/10:80 s. 212 f.). Under alla förhållanden skulle den nu aktuella inskränkningen i den kommunala självstyrelsen inte gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som har föranlett den.

Den kommunala självstyrelsen utgör alltså inte något hinder mot att förbjuda kommunens förfarande.

Egendomsskyddet

Det följer av 2 kap. 15 § regeringsformen att vars och ens egendom vara tryggad genom att ingen kan tvingas avstå sin egendom till det allmänna eller till någon enskild genom expropriation eller något annat sådant förfogande eller tåla att det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad utom när det krävs för att tillgodose angelägna allmänna intressen.

Enligt domstolen måste hänvisningen till ”vars och ens” egendom förstås som att skyddet gäller för enskilda men inte för offentliga organ som exempelvis kommuner (se t.ex. prop. 2009/10:80 s. 253 där det anförs att ”medborgare” har ersatts med ”vars och ens” för att tydliggöra att skyddet gäller lika för svenska medborgare och andra som vistas i riket). Ett förbud enligt konfliktlösningsregeln i detta mål kan inte heller jämföras med expropriation eller annat sådant förfogande. Under alla förhållanden skulle en sådan tillämpning av konfliktlösningsregeln som Konkurrensverket förespråkar i målet vara motiverad för att tillgodose angelägna allmänna intressen.

Egendomsskyddet enligt regeringsformen utgör alltså inte heller något hinder mot att förbjuda kommunens förfarande.

Vitesförbud

Domstolen har alltså funnit att Hässleholms kommun har tillämpat ett konkurrensbegränsande förfarande på marknaden för etablering och försäljning av fiberanslutning till slutkund i kommunen. Förfarandet har snedvridit och hämmat konkurrensen och det finns i och för sig förutsättningar att meddela ett vitesförbud. Kommunen har dock invänt att fibernätet i kommunen i princip är färdigbyggt och att det i vart fall inte nu längre finns något intresse från privata aktörer att etablera fiberanslutningar i kommunen.

Konkurrensverket har i fråga om tillgången till fiber i kommunen lagt fram statistikuppgifter från PTS Bredbandskarta från oktober 2019. Enligt statistiken fanns vid den tidpunkten i Hässleholms kommun totalt 24 691 hushåll och 6 204 arbetsställen. Av dessa hushåll och arbetsställen hade i tätort 56 procent och på landsbygden 28 procent faktisk anslutning till ett fibernät. Om de hushåll och arbetsställen som finns i absolut närhet till ett fibernät (homes passed) inkluderas uppgår andelarna till 82 procent respektive 35 procent.

VV har berättat att PTS uppgifter inte är aktuella eftersom fiberutbyggnaden i kommunen har fortsatt, och att det hösten 2020 endast återstår att bygga fiber till dels 400–500 hushåll i två mindre tätorter vilket ska påbörjas under året eller tidigt nästa år, dels omkring 1 800–1 900 hushåll på landsbygden. Det framgår vidare av protokoll från sammanträde i Hässleholms kommunfullmäktige den 31 augusti 2020 att fiberutbyggnadsprojektet ska fortsätta över 2020–2023 med fokus på landsbygden och förtätningar i redan utbyggda områden.

LL och NN från IP-Only har berättat att bolaget i november 2020 fortfarande är intresserat av att etablera fibernät i Hässleholms kommun, bl.a. på landsbygden, och att bolaget då behöver träffa markavtal med kommunen. Det har vidare framkommit i målet att Telia och Open Infra fortfarande är verksamma på marknaden för etablering och försäljning av fiber till slutkund, även på landsbygden,

och att dessa företag i vart fall är potentiella konkurrenter till Hässleholms kommun och IP-Only. Det finns alltså fortfarande ett intresse från privata alternativ att etablera fiber i kommunen.

Det förhållandet att privata företag kan vara beroende av att söka bidrag för att på ett lönsamt sätt etablera fiber på landsbygden saknar enligt domstolen betydelse i målet. Syftet med att det finns statliga bidrag m.m. är just att privata företag ska kunna söka dem och etablera fiber där det annars skulle vara svårt eller omöjligt att uppnå lönsamhet.

Slutligen noterar domstolen att Hässleholms kommuns ombud i anledning av den nu undanröjda domen i mars 2019 upprättade en PM till kommunstyrelsen i vilken de angav att det finns mycket som talar för att kommunen bör överklaga domen. I PM:en anges vidare bl.a. följande.

”Påståendet om att fiberutbyggnaden till stor del redan är avklarad och att markavtal inte skulle vara intressant har heller ingen relevans eftersom fiberbranschen är en föränderlig bransch där den nedgrävda fiberinfrastrukturen kommer att ha stor betydelse inte minst beträffande framtida välfärdsteknik. I takt med att städer växer och behovet av välfärdsteknik ökar, inte minst för den äldre generationen, kommer markavtal för nedläggning av fiber att vara av intresse för branschen även fortsättningsvis.”

Enligt domstolen ger även detta visst stöd för att privata företag även fortsättningsvis kommer vara intresserade av att träffa markavtal för fiberetablering i Hässleholms kommun.

Mot denna bakgrund finns det skäl att förbjuda Hässleholms kommun att fortsätta tillämpa det konkurrensbegränsande förfarandet i säljverksamheten. Förbudet bör i huvudsak utformas i enlighet med Konkurrensverkets yrkande 1 a), men det bör preciseras till att praktisera, dvs. tillämpa, det aktuella förfarandet. Det skulle inte vara lämpligt att förbjuda kommunen att inta en viss hållning på det sätt som Konkurrensverket yrkat.

Med anledning av att Patent- och marknadsöverdomstolen har undanröjt den tidigare meddelade domen och återförvisat målet p.g.a. att det tidigare meddelade förbudet gav upphov till olika tolkningar gör Patent- och marknadsdomstolen följande klargöranden. Det förbud som ska meddelas enligt punkt 1 a) omfattar endast att kategoriskt vägra att ingå markavtal. Förbudet omfattar alltså inte förfaranden där kommunen ställer upp villkor, vilka som helst och även sådana som är helt orimliga, för att träffa markavtal. Patent- och marknadsdomstolen har under förberedelsen kontrollerat att Konkurrensverkets syfte med förbudsyrkande 1 a) endast är att förbjuda ett sådant kategoriskt nekande att ingå markavtal. Enligt Patent- och marknadsdomstolen innebär detta inte att förbudet skulle vara verkningslöst. Tvärtom torde Hässleholms kommun, som är en offentlig aktör i vilken kommuninvånarna kan utkräva politiskt ansvar, ha visst incitament att på ett rimligt lojalt sätt efterkomma förbudet. Det bör inte heller komma ifråga att en domstol formulerar ett så detaljerat förbud i fråga om t.ex. ersättningsregler och andra villkor att det får karaktären av ett ramavtal. Med dessa förtydliganden går domstolen vidare och prövar Konkurrensverkets yrkande 1 b).

Som tidigare anförts är det enligt 3 kap. 29 § konkurrenslagen möjligt att låta ett förbud omfatta även förfaranden som väsentligen överensstämmer med det förfarande som förbjuds. Även om domstolen alltså inte anser att förbudet enligt Konkurrensverkets huvudyrkande är verkningslöst talar effektivitetsskäl för att ett förbud formuleras så att det inte blir möjligt att kringgå förbudet genom att göra en obetydlig justering av ett förfarande och därefter fortsätta med ett förfarande som i praktiken är detsamma som har föranlett själva ingripandet.

Ett förbud bör därför formuleras så att det täcker både det konkreta förfarande som har underställts domstolens prövning och andra praktiskt sett likvärdiga åtgärder. Samtidigt kräver rättssäkerhetshänsyn att förbudet konkretiseras så att det klart framgår för adressaten vilka slags handlingar det avser. (Jfr NJA 2018 s. 883 p. 9 om marknadsföringsrättsliga vitesförbud). Enligt domstolen bör det yrkade förbudet 1 b) preciseras så att det anger vilket eller vilka konkreta förfaranden som praktiskt sett anses vara likvärdiga med ett kategoriskt nekande.

Konkurrensverket har som enda konkreta exempel på ett sådan likvärdigt förfarande anfört att kommunen skulle kunna tillämpa sitt utbyggnadskriterium om att hela kommunen ska omfattas. Detta kriterium innebär, i vart fall till sin ordalydelse, att privata företag som skulle vilja träffa markavtal med kommunen skulle behöva etablera ett parallellt fibernät i hela Hässleholms kommun. Eftersom stora delar av kommunen redan har tillgång till fiber och det normalt inte är lönsamt att etablera parallella fibernät skulle ett sådant villkor vara likvärdigt med ett kategoriskt nekande att ingå markavtal. Även detta förfarande bör därför förbjudas.

Förbudet bör förenas med vite (se 6 kap. 1 § konkurrenslagen). Enligt 3 § lagen (1985:206) om viten ska vitet fastställas till ett belopp som med hänsyn till vad som är känt om adressatens ekonomiska förhållanden och omständigheterna i övrigt kan antas förmå adressaten att följa förbudet.

I protokoll från sammanträde i Hässleholms kommunfullmäktige den 31 augusti 2020 finns uppgifter om att fiberprojektet har ett totalt investeringsbehov om ca 710 miljoner kr och att projektet hittills kostat ca 470 miljoner kr. Det framgår vidare av protokollet att budgeten för 2020 utökas till mer än 70 miljoner kr. Mot bakgrund av de mycket stora investeringar som kommunen gjort, och planerar att göra, i fiberprojektet anser domstolen att vitesbeloppet bör bestämmas till 25 miljoner kr.

Sammanfattning

Domstolen har bedömt att den offentliga aktören Hässleholms kommun bl.a. bedriver säljverksamhet på marknaden för etablering och försäljning av fiberanslutning till slutkund i kommunen. Kommunen har sedan i vart fall 2015 i säljverksamheten tillämpat förfarandet att kategoriskt och utan individuell prövning vägra att träffa markavtal med privata företag som vill konkurrera med kommunen. Eftersom markavtal i praktiken är nödvändigt för att kunna konkurrera på marknaden har därmed privata företag hindrats från att träda in på marknaden och konkurrera med dels kommunen, dels de privata företag som redan hade markavtal med kommunen.

Förfarandet har alltså både snedvridit och hämmat konkurrensen på marknaden. Enligt domstolen har förfarandet inte varit försvarbart från allmän synpunkt. Det finns även i övrigt förutsättningar att förbjuda förfarandet och att förena förbudet med vite.

Domstolen har preciserat vitesförbudet jämfört med Konkurrensverkets yrkande.

Rättegångskostnader

Eftersom Konkurrensverket till helt övervägande del har vunnit målet ska Hässleholms kommuns yrkande om ersättning för rättegångskostnader avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se [bilaga 1](#) (PMD-02)

Ett överklagande, ställt till Patent- och marknadsöverdomstolen, ska ha kommit in till Patent- och marknadsdomstolen senast den 7 januari 2021. Prövningstillstånd krävs.

Daniel Severinsson

Peter Adamsson

I avgörandet har deltagit rådmännen Daniel Severinsson, referent, och Peter Adamsson samt de ekonomiska experterna Karin Svedberg Helgesson och Dimitrios Ioannidis.
Rätten är enig.



Hur man överklagar

Dom i tvistemål, Patent- och marknadsdomstolen

PMD-02

Vill du att domen ska ändras i någon del kan du överklaga. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Ditt överklagande ska ha kommit in till domstolen inom 3 veckor från domens datum. Sista datum för överklagande finns på sista sidan i domen.

Överklaga efter att motparten överklagat

Om ena parten har överklagat i rätt tid, har den andra parten också rätt att överklaga även om tiden har gått ut. Det kallas att anslutningsöverklaga.

En part kan anslutningsöverklaga inom en extra vecka från det att överklagandet har gått ut. Ett anslutningsöverklagande måste alltså komma in inom 4 veckor från domens datum.

Ett anslutningsöverklagande upphör att gälla om det första överklagandet dras tillbaka eller av något annat skäl inte går vidare.

Så här gör du

1. Skriv Patent- och marknadsdomstolens namn och målnummer.
2. Förklara varför du tycker att domen ska ändras. Tala om vilken ändring du vill ha och varför du tycker att Patent- och marknadsöverdomstolen ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövnings-tillstånd längre ner).

3. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.

Det är inte säkert att du kan lägga fram nya bevis. Vill du göra det ska du förklara varför du inte lagt fram bevisen tidigare.

Vill du ha nya förhör med någon som redan förhörts eller en ny syn (till exempel besök på en plats), ska du berätta det och förklara varför.

Tala också om ifall du vill att motparten ska komma personligen vid en huvudförhandling.

4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå dig: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skriv under överklagandet själv eller låt ditt ombud göra det.
6. Skicka eller lämna in överklagandet till Patent- och marknadsdomstolen. Du hittar adressen i domen.

Vad händer sedan?

Patent- och marknadsdomstolen kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att domen gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar domstolen överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Patent- och marknadsöverdomstolen.

Har du tidigare fått brev genom förenklad delgivning, kan även Patent- och marknadsöverdomstolen skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i Patent- och marknadsöverdomstolen

När överklagandet kommer in till Patent- och marknadsöverdomstolen tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Patent- och marknadsöverdomstolen ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att Patent- och marknadsdomstolen dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om Patent- och marknadsdomstolen har dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller den överklagade domen. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt du vill föra fram.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med Patent- och marknadsdomstolen om du har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i domen.

Mer information finns på www.domstol.se.