

TILL: Konkurrensverket

KLAGOMÅL

2015-11-24

HÄSSLEHOLMS KOMMUNS VÄGRAN ATT INGÅ MARKAVTAL OCH GE
GRÄVTILLSTÅND FÖR NEDLÄGGNING AV FIBER

1. INLEDNING

Som ombud för IT&Telekomföretagen inkommer vi härmed med följande klagomål rörande Hässleholms kommuns beslut att inte ingå markavtal med, eller meddela grävtillstånd till, aktörer som är aktiva på den nätinfrastukturmarknad för svart fiber och anslutning av brukare som kommunen själv är aktiv på. Skälet till förfarandet är att kommunen vill freda den egna verksamheten från konkurrens i syfte att säkerställa den egna ekonomiska planen.

Förfarandet resulterar i en total utestängning av privata aktörer som önskar etablera fiberverksamhet i Hässleholms kommun, bland annat aktörer som avser att anlägga ett öppet, neutralt och heltäckande fibernät i kommunen och har avtal och intresseanmälningar från kunder.

Förfarandet är ett tydligt avsteg från den syn som präglar regeringens bredbandsstrategi och Konkurrensverkets, PTS och SKL:s gemensamma principer för kommunala insatser på bredbandsområdet. Här är istället utgångspunkterna bevarandet av en fri konkurrens, att kommuner bidrar med markavtal och grävtillstånd och inte etablerar egna fibernät såvida inte detta är berättigat pga. att allmänna intressen inte kan tillgodoses av marknadens aktörer.

Såvitt känt är detta första gången en kommun fattar ett principiellt beslut att vägra markavtal och grävtillstånd i syfte att skydda den egna verksamheten från konkurrens. Agerandet har väckt stort intresse i media.

IT&Telekomföretagens medlemmar upplever även en tämligen omfattande problematik i olika kommuner när det gäller erhållande av markavtal och grävtillstånd inom skälig tid och på rimliga villkor och i många fall ges de kommunala stadsnäten bättre villkor än konkurrerande privata aktörer.¹ IT&Telekomföretagen ser därför en påtaglig risk för att andra kommuner tar efter Hässleholms kommuns agerande och att det därför är angeläget att Konkurrensverket öppnar ett tillsynsärende för att utreda och vidta tydliga åtgärder mot Hässleholms kommun.

¹ Se även Lantmäterimyndighetens rapport *Regeringsuppdrag - Bredband - Markåtkomst i samband med Bredbandsutbyggnad*, Lantmäterirapport 2014/3, sid. 23.

2. BAKGRUND

2.1 Kommunens agerande och dess skäl

Tekniska förvaltningen i Hässleholms kommun har i en öppen skrivelse (dnr 2015/733) meddelat att kommunen inte längre kommer ingå markavtal eller medge grävstillstånd för nedläggning av fiber i kommunen ("principbeslutet" eller "förfarandet"). Principbeslutet är fattat av Tekniska förvaltningen på delegation och föregicks av beredning med tekniska nämndens arbetsutskott. Det finns dock inget beslutsprotokoll. Principbeslutet med bilagor bifogas som Bilaga 1.

Som skäl för beslutet har kommunen angett att beviljande av markavtal och grävstillstånd till andra aktörer skulle innebära att kommunens egen etablering allvarligt försvåras. Befintliga ledningsägare som har markavtal kommer dock att få grävstillstånd. Markavtal innehas av kommunen själv, Tele2, TeliaSonera och Hässleholm Network Bredband AB.

Hässleholms kommunfullmäktige beslutade den 25 maj 2015 att genomföra en plan för fiberetablering i kommunen med innebörd att kommunen själv ska äga och tillhandahålla det fibernät som etableras i kommunen². Därmed antogs den fiberetableringsplan som tagits fram av Kommunledningskontorets IT-avdelning, *Fiberetableringsplan för Hässleholms kommun*.³

Etableringsplanen syftar till att uppnå Region Skånes bredbandsmål som innebär att 95 procent av hushållen i kommunen bör erbjudas bredband om minst 100 Mbit/s senast år 2020. Dessa antogs av Hässleholms kommun år 2009. Bredbandsmålen grundar sig på regeringens fastslagna strategi *Bredbandsstrategi för Sverige* från november 2009. För att uppnå detta mål kvarstår i Hässleholms kommun 17 000 hushåll att ansluta, varav 2 000 är belägna på landsbygden.

Kommunen kommer enligt sin plan att äga det passiva fibernätet i kommunen, den fiberoptiska infrastrukturen.⁴ Övrig utrustning, så kallad aktiv utrustning, ska ägas av ViaEuropa AB som är den kommunikationsoperatör som kommunen tecknat avtal med avseende utbyggnad, drift och ägandeskap av den aktiva utrustningen. Denna utrustning placeras i anslutna fastigheter för att förbinda fastigheten till kommunens fibernät. Avtalet med ViaEuropa som bifogas som Bilaga 2 är giltigt fram till 1 juni 2018, men förlängs enligt lydelsen löpande med ett år i taget. Avtalet har inte föregåtts av någon offentlig upphandling. Kommunen hävdar att avtalet omfattas av teleundantaget i 1 kap. 4 § LOU.⁵

² Se Bilaga 1, Sammanträdesprotokoll från Kommunfullmäktige, Diarienummer 2015/152 170.

³ Se Bilaga 1, *Fiberetableringsplan för Hässleholms kommun*.

⁴ Se Bilaga 1, *Fiberetableringsplan för Hässleholms kommun*, s. 14. Kommunen ska äga kanalisation, fiberledningar, teknikutrymmen, larm samt teknikutrymmets klimatanläggning och strömförsörjning.

⁵ Det är ViaEuropa som svarar för all utrustning samt service och support förknippad med tjänsten. Kommunens enda åtagande är att bygga och underhålla den fiberoptiska strukturen. Kontraktet förefaller därmed inte möjliggöra för kommunen att tillhandahålla nätet eller tjänster i nätet.

Principbeslutet syftar till att säkerställa att det ekonomiska målet avseende kostnaden för hushållens anslutning inte äventyras på grund av konkurrens från andra aktörer. Kommunen menar att uteblivna intäkter för etablering i de tätbefolkade områdena där kostnaden för fiberetablering är lägre skulle resultera i att den genomsnittliga anslutningskostnaden bli högre än vad man i detta skede räknat med. Målsättningen är att ansluta 95 procent av kommuninvånarna år 2020 till en anslutningsavgift på 19 000 kronor som fastslogs av kommunfullmäktige i beslut den 8 juni 2015⁶. Enligt principbeslutet kan detta mål inte uppnås om kommunen går miste om intäkter från etablering i tätorterna.

Avsikten är att avgiften för anslutning av medborgare i tätort till viss del ska finansiera anslutning av medborgare på landsbygd. Avgiften kommer dock inte fullt ut kunna täcka kostnaden utan ett behov av EU-bidrag kommer ändå att finnas.⁷

Enligt principbeslutet är detta även grundat på att kommunen säger sig ha undersökt möjligheterna att genom ett flertal marknadsaktörer kunna få till stånd ett fibernät omfattandes 95 procent av kommunens invånare. Kommunen menar att inget företag har förklarat sig intresserat av att åta sig ett sådant uppdrag.

Det faktiska förhållandet är dock att minst ett företag har erbjudit sig att själv eller i samverkan med kommunen bygga ut ett öppet och neutralt fibernät för att nå kommunens bredbandsmål (se avsnitt 2.3).

2.2 Kort om marknadsförhållanden i Hässleholms kommun

Den 24 augusti 2015 undertecknade tekniska nämndens ordförande markavtal för befintliga och kommande bredbandsledningar i allmän platsmark i Hässleholms kommun med kommunen själv, se Bilaga 3. Markavtalet ger kommunen rätt att nedlägga och bibehålla ledningar samt nyttja befintliga ledningar för bredbandskommunikation i sådan mark som i detaljplan omnämns allmän platsmark. Hässleholms kommun ska för nyttjanderätten betala en engångsersättning om 20 kronor per meter nyanlagd ledning.

Under 2015 har de aktörer med markavtal fått söka grävstillstånd beviljade. Det är dock endast Tele2, Hässleholm Networks och kommunen själv som sökt och erhållit grävstillstånd nära inpå eller efter kommunens principbeslut att inte ingå ytterligare markavtal.

För grävning avseende kommunens egna projekt i Röinge/Östervärn har ansökan delats upp i fyra delar. Den första inkom 6 juli och avser arbete från 1 september 2015 till den 1 mars 2016. Den andra inkom 5 oktober, den tredje och fjärde ansökan inkom den 13 oktober. En ytterligare ansökan lämnades in den 4 november.

⁶ Se Bilaga 1, sammanträdesprotokoll från kommunfullmäktige, diarienummer 2015/286 005.

⁷ Se Bilaga 1, *Fiberetableringsplan för Hässleholms kommun*, s. 19-20.

TeliaSonera Skanova Access AB har lämnat in 14 ansökningar till kommunen under 2015. Inga av dessa har dock lämnats in efter eller precis innan principbeslutet att vägra markavtal, dock har en tidigare gjord ansökan beviljats efter principbeslutet.

Hessleholm Networks AB har lämnat in fyra ansökningar till kommunen under 2015, varav två efter principbeslutet.

Tele2 Sverige AB har lämnat in fem ansökningar under 2015. Av dessa har tre ansökningar lämnats in strax före eller efter principbeslutet.

Såvitt känt avser inga av de privata aktörernas gräv tillstånd en fullskalig bredbandsutbyggnad i kommunen.

Hässleholms kommun har lämnat in 13 ansökningar under 2015. Ansökningar lämnas in för kommunens räkning av Hässleholms kommuns projekteringskonsulter Fiber Network Consulting AB (FNC). Telarco AB ska genomföra de planerade gräv- och anläggningsarbetena.

IP-Only och Com Hem är två exempel på företag som inte har något markavtal med Hässleholms kommun. IP-Only har uttryckt ett tydligt intresse till kommunen att samverka med kommunen i en kommunövergripande fiberutbyggnad av ett öppet och neutralt nät.

2.3 Kommunens påstående att inga privata aktörer visat intresse

Kommunen hävdar att inget företag har förklarat sig intresserat av att samverka kring utbyggnaden av ett fibernät omfattandes 95 procent av kommunens invånare.⁸ Det framgår även av kommunens fiberetableringsplan, som ligger till grund för principbeslutet, att privata aktörer som de facto har tagit ett helhetsansvar som inkluderar mycket små tätorter och landsbygden inte skulle ha hittats.⁹

Kommunens påstående är dock inte korrekt eftersom kommunen är medveten om att IP-Only uttryckt ett tydligt intresse till kommunen att åta sig ett sådant uppdrag. Den 12 februari 2015 fick kommunstyrelsen vid ett möte i kommunhuset information om att IP-Only och dotterbolaget byNet som svarar för utbyggnad till landsbygden var villiga att investera 180 miljoner kronor i kommunen för att bygga ut ett heltäckande öppet och neutralt fibernät i hela kommunen.¹⁰ IP-Only redogjorde då också för pågående framgångsrika samarbeten med kommuner som exempelvis Osby och Simrishamn där man samverkar med kommunerna för att nå bredbandsmålet fram till år 2020. Vid mötet deltog från kommunstyrelsens sida Lena Wallenthein, Mats Sturesson, Pär Palmgren och Gunilla Lijekvist.

⁸ Se Bilaga 1, Dnr 2015/733.

⁹ Se Bilaga 1, *Fiberetableringsplan för Hässleholms kommun*, s. 12, stycke 4,2,2.

¹⁰ I öppna och neutrala fibernät får hushåll och företag fritt välja tjänsteleverantörer som i sin tur får distributionstillgång i nätet på lika icke-diskriminerande villkor.

IP-Only har vidare hållit informationsmöten med boende i kommunen och ingått anslutningsavtal med över tusen hushåll för anslutning till sitt fibernät. Bolaget har upplevt stor efterfrågan vad gäller anslutning till IP-Onlys planerade nät. Se Bilaga 4 för mer information om IP-Onlys fibernät.

Efter kommunens principbeslut skrev IP-Only till kommunen för att påtala att kommunens beslut var grundat på felaktiga fakta avseende att inget företag skulle ha förklarat sig villig att anlägga ett kommunövergripande fibernät i enlighet med kommunens bredbandsmål. Breven finns bilagda som Bilaga 5 och Bilaga 6. Kommunen har ännu inte besvarat breven.

3. KONKURRENSRÄTTSLIG BEDÖMNING AV KOMMUNENS AGERANDE

3.1 Konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet

3.1.1 Konkurrenslagens tillämplighet

Upplåtelse av nyttjanderätt till kommunalt ägd mark sker genom civilrättsligt reglerade markavtal och utgör inte myndighetsutövning. Det är även tydligt från principbeslutet att kommunen fattat principbeslutet i egenskap av markägare. Konkurrenslagen är tillämplig.

3.1.2 Offentlig säljverksamhet

Kommunen avser att etablera ett eget fibernät och mot ersättning ansluta brukare i kommunen till nätet. Denna verksamhet är att betrakta som sådan ekonomisk verksamhet som följer av 1 kap. 5 § första stycket konkurrenslagen samt som offentlig säljverksamhet i konkurrenslagens mening ("säljverksamheten").

Inom ramen för säljverksamheten och i syfte att skydda denna från konkurrens har kommunen beslutat att i fortsättningen inte upplåta mark eller ge grävstillstånd till företag som avser att nedlägga just fiber, dvs. konkurrenter till kommunen, på så sätt som normalt sker i utbyte mot ekonomisk ersättning genom markavtal ("förfarandet").

Säljverksamheten och förfarandet är därmed att betrakta som sådan ekonomisk verksamhet som följer av 1 kap. 5 § första stycket konkurrenslagen samt som offentlig säljverksamhet i konkurrenslagens mening.

3.1.3 Relevant marknad

Relevant produktmarknad

Den tjänst som Hässleholms kommun avser erbjuda kommuninvånarna, dvs. brukarna, är anslutning av brukarnas fastigheter till ett passivt optiskt fibernät, så kallad svart fiber. Den aktiva utrustning som krävs för att brukarna ska kunna tillgodogöra sig anslutningen tillhandahålls av andra aktörer.

Eftersom optisk fiber medger en mycket hög överföringshastighet jämfört med alternativa tekniker för elektronisk kommunikation, såsom kopparledning och mobilnät anses inga av de

befintliga alternativen utbytbara mot optisk fiber.¹¹ Dessutom har Region Skåne i sitt bredbandsmål uppställt krav på att bredband om minst 100 Mbit/s ska tillgängliggöras hushållen, därmed är idag fiberkabel det enda alternativet för att tillgodose dessa mål.

En fastighetsägare som önskar erhålla anslutning av svart fiber till sin fastighet kan vända sig till aktörer på marknaden för att efterfråga dragning av optisk fiberkabel till fastigheten. De aktörer som önskar kan erbjuda denna tjänst till fastighetsägaren.

Eftersom relevant produktmarknad enligt kommissionens riktlinjer ska avgränsas utifrån kundernas efterfrågan, medför detta att marknadsavgränsningen bör utformas utifrån vilken möjlighet en fastighetsägare har att tillgodose sitt behov. En fastighetsägare som önskar erhålla nätverkstjänster som kräver höghastighetsnät måste ansluta sin fastighet till svart fiber, några andra alternativa sätt för att erhålla detta finns inte. För att kunna erhålla dessa tjänster är fastighetsägaren därmed i behov av att en optisk fiberkabel dras till fastigheten. Det finns ingen möjlighet för fastighetsägaren att tillgodogöra sig en optisk fiberkabel som dragits till en annan del av kommunen och inte heller till kvarteret bredvid.

För att tillgodose det behov som fastighetsägaren har måste en aktör på marknaden kunna erbjuda just det som efterfrågas, nämligen dragning i marken av optisk fiberkabel till fastigheten. Konkurrensen sker därför om anslutningen av enskilda fastigheter.

Den relevanta produktmarknaden kan därför avgränsas till marknaden för nedläggning av optisk fiberkabel för anslutningen av fastigheter till svart fiber.

Relevant geografisk marknad

PTS har i sin rapport från 2008¹² uttalat att marknaden för upplåtelse av svart fiber på grossistmarknaden är nationell, detta har även slagits fast av Konkurrensverket i utredningen i dnr 848/2014 mot Telia Sonera och Göteborgs Energi.¹³ Dessa bedömningar avser dock tillgången till *befintlig infrastruktur* på en *grossistmarknad* där nätoperatörer utgör köpare. PTS har uttalat att operatörer som köper tillgång till infrastruktur har ett behov av att få ett nationellt heltäckande nät och att marknaden därmed är nationell. Den marknaden skiljer sig dock från den produktmarknad som aktualiseras i Hässleholm, på vilken säljverksamheten sker och förfarandet tillämpas.

Nu relevant marknad är inte en grossistmarknad, utan den konkurrens som är ifråga i Hässleholms kommun avser anslutning av enskilda slutkunders fastigheter, dvs. en annan kundgrupp än de kunder som köper grossisttjänster i befintlig infrastruktur. Den tjänst som nu är aktuell förutsätter fysisk anslutning av kundens fastighet och efterfrågan från slutkunderna inom ett visst avgränsat område (penetrationsgraden) styr fiberföretagens beslut att anlägga fiberkabeln och ansluta

¹¹ PTS, *Svart fiber – marknad och konkurrenssituation*, Dnr 08-3300, s. 43-44.

¹² PTS, *Svart fiber – marknad och konkurrenssituation*, s. 47-49.

¹³ Dnr 848/2014 mot Telia Sonera och Göteborgs Energi, p. 98.

fastigheterna. Utbud och pris styrs även i väsentlig mån av specifikt lokala och geologiska förhållanden, såsom hur terrängen ser ut, hur tätbefolkat är ett visst område är och vilka andra förhållanden som råder i det aktuella området eller områdena.

För att erbjuda dragning av optisk fiberkabel till en fastighet krävs att en aktör innehar markavtal i den specifika kommun där anslutning efterfrågas. Förutsättningarna för beviljande av sådant avtal och kommunal medverkan till grävstillstånd och samförläggning avgörs av varje enskild kommun och skiljer sig åt från kommun till kommun.

Kommuner eller kommunala bolag är enligt kommunallagens lokaliseringsprincip hindrade från att agera utanför kommunen. Samtidigt svarar kommuner och kommunala bolag för ca 20-25 % av fibernäten i Sverige¹⁴. Ett stort antal av de aktörer som erbjuder tjänster på lokala kommunala marknader är därmed förhindrade från att agera på en marknad som geografiskt är större än kommunen ifråga. Det i sig innebär att konkurrenssituationen ser annorlunda ut från kommun till kommun beroende på de kommunala stadsnätens verksamhet. TeliaSonera är dessutom den enda aktören i Sverige med tillgång till en nationellt heltäckande infrastruktur, dvs. såväl kanalisation som svart fiber i stamnät.¹⁵ I enskilda kommuner förekommer dock olika lokala aktörer som bara är verksamma i kommunen eller närliggande kommuner.

Kommunerna spelar en central roll vid etablering av fiber och marknadsförutsättningarna skiljer sig därför från kommun till kommun på ett sådant sätt att det talar för att den relevanta geografiska marknaden utgörs av kommunen ifråga.

Sammanfattning

Den relevanta marknaden på vilken säljverksamheten äger rum är därmed marknaden för nedläggning av optisk fiberkabel för anslutningen av fastigheter till svart fiber i Hässleholms kommun.

3.1.4 Konkurrensbegränsningen

Aktörer som avser erbjuda anslutning av fastigheter till ett svart fibernät inom Hässleholms kommun, kommer enligt kommunens förfarande inte ges nyttjanderätt till kommunal mark eller tillstånd att gräva i kommunens mark. Därigenom förhindrar kommunen privata aktörer helt från att agera på den relevanta marknaden.

Kommunen är innehavare av allmän platsmark och vägmark, dvs. sådan mark som är nödvändig för att kunna fibrera en kommun. Privat mark kan enbart i mycket begränsad utsträckning utgöra alternativ till kommunal mark. Tillgång till kommunal mark samt tillstånd att gräva i kommunens mark utgör därmed en nödvändig förutsättning för att kunna anlägga svart fibernät och ansluta fastigheter belägna inom en kommun till nätet.

¹⁴ PTS, *Svart fiber – marknad och konkurrenssituation*, s. 23.

¹⁵ PTS, *Svart fiber – marknad och konkurrenssituation*, s. 22.

Om en markägare motsätter sig grävarbeten för ledningar i sin mark kan ledningsrätt erhållas via Lantmäterimyndigheten enligt ledningsrättslagen. Utverkande av ledningsrätt är dock ofta en långdragen process, särskilt om parterna inte är överens. Ett ärende som är komplicerat och där fastighetsägaren motsätter sig ledningsrätt kan ibland ta upp till flera år. Ledningsrätt söks dessutom per ledning och kan till skillnad mot markavtal inte sökas mer generellt för en kommun. Ledningsrätten gäller vidare endast för den sträckning som framgår av beslutet. Det är därför inte möjligt att vid etableringen avvika från det upplåtna läget på grund av oförutsedda omständigheter eller liknande. Därutöver är ledningsbeslut begränsade till att reglera sådana frågor som ledningsrättslagen är avsedd att reglera. Det innebär att många av de frågor som brukar regleras i ett markavtal som t.ex. framtida flyttning av ledningen, framtida rätt till ersättning och överlåtelse eller uthyrning av ledningen inte kan regleras genom ledningsbeslut. Lantmäterimyndigheten menar även att myndigheten idag saknar möjligheter att besluta om fler villkor än de som i dag kan omfattas av ett ledningsbeslut och att ledningsbeslut i praktiken förutsätter en kompletterande civilrättslig överenskommelse.¹⁶

Möjligheten till ledningsrätt är därför inte ett jämförbart alternativ till markavtal med kommunen vid etablering av fibernät.

Effekten av Hässleholm kommuns förfarande är därmed att privata aktörer, bland annat en aktör som uttryckligen sagt sig villig att investera i en fullskalig bredbandsutbyggnad och erbjuda samtliga fastighetsägare i kommunen anslutning till svart fiber, helt utestängs från marknaden. Kommunens agerande hämmar därmed förekomsten av konkurrens.

I MD 2014:1 hade den kommunala Räddningstjänsten i Dala Mitt (RDM) som ansvarade för räddningstjänsten i ett antal kommuner och arrenderade ett brandövningsområde i Bysjön från Borlänge kommun, vägrat en aktör, Stanley Security, tillträde till övningsområdet för anordnande av ett antal upphandlade utbildningar för deltidsbrandmän. RDM ansågs genom uthyrning av övningsområdet bedriva säljverksamhet.

Marknadsdomstolen konstaterade att tillgång till övningsfältet i Bysjön medförde klara fördelar jämfört med andra alternativ eftersom det kunde användas utan föregående anpassning och till en lägre kostnad. RDM:s vägran att upplåta övningsfältet ledde därmed till att det blev svårt, för att inte säga omöjligt, för Stanley Security att konkurrera på marknaden för bedrivande av den utbildning som MSB upphandlade. RDM själv konkurrerade inte om att erbjuda utbildningen ifråga. RDM:s vägran att upplåta övningsfältet i samband med de upphandlingar där tillgång till detta var nödvändigt hade i vart fall varit ägnad att snedvrída eller hämma konkurrensen samt haft betydelse för konkurrenstrycket. RDM förbjöds vid vite att vägra upplåta övningsfältet.

Liksom i MD 2014:1 utgör tillgången till kommunal mark genom markavtal och grävstillstånd en nödvändighet för att kunna konkurrera på den relevanta marknaden. På samma sätt som i MD

¹⁶ Se bl.a. Lantmäterimyndighetens rapport *Regeringsuppdrag - Bredband - Markåtkomst i samband med Bredbandsutbyggnad*, Lantmäterirapport 2014/3, sid. 37-40.

2014:1 utgör Hässleholms kommuns agerande en sådan säljverksamhet som hämmar förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens på marknaden för etablering av fibernätverk och anslutning av brukare på det sätt som avses i 3 kap. 27 § konkurrenslagen.

Marknadsdomstolens bedömning i MD 2014:1 kan förefalla svårförenlig med Tingsrätten i Stockholms dom i mål nr 9248-13 ("Växjömålet"). De omständigheter som rådde i Växjömålet skiljer sig dock från omständigheterna i Hässleholm och i MD 2014:1.

Enligt Stockholms tingsrätt medförde Växjö kommuns agerande inte någon konkurrensskada på "Marknad 1", dvs. marknaden för försäljning av tomtmark för uppförande av småhus i Växjö kommun, där kommunen var verksam, mötte konkurrens och förfarandet ansågs vidtaget. Övriga aktörer på den marknaden, dvs. de som sålde tomtmark för småhus, påverkades inte av förfarandet, utan det påverkade enbart konsumenter på den marknaden samt privata aktörer på andra kopplade marknader där kommunen inte ansågs agera. Växjö kommuns förfarande ansågs därmed inte skada mekanismerna för en effektiv konkurrens på den marknad där kommunen agerade.

Hässleholms kommuns förfarande, dvs. principbeslutet, är enligt sin lydelse taget inom ramen för kommunens egen fiberetablering i syfte att skydda denna från konkurrens. Effekten är att kommunen hädanefter vägrar konkurrenter nödvändigt marktillträde, dvs. privata aktörer utestängs helt från den relevanta marknaden. Kommunen är således aktiv i alla de led som berörs av förfarandet och detta avser att hämma konkurrensen i just den marknad där förfarandet vidtas.

Hässleholms kommun har även kommunicerat till marknaden att exempelvis IP-Only inte har markavtal med kommunen och därför nog inte kommer kunna hålla löftena till de kunder som vill ansluta sig till IP-Onlys nät (se artikel i [Bilaga 7](#)). Kommunstyrelsens ordförande har i media även sagt att om IP-Only inte får grävstillstånd kan de inte leverera (se artikel i [Bilaga 8](#)). Detta visar tydligt att förfarandet är vidtaget i kommunens säljverksamhet avseende etablering av ett kommunalt fibernät och anslutning av brukare i kommunen till det nätet. I förevarande fall vidtar följaktligen Hässleholms kommun förfarandet på den marknad där kommunen möter konkurrens från privata aktörer och konkurrensskadan uppstår på den marknaden. Privata alternativ faller följaktligen bort till följd av den offentlige aktörens beteende (se prop. 2008/09:231 sid. 36).

Detta är en avgörande skillnad mot omständigheterna i Växjömålet. Oavsett hur man bedömer riktigheten av Stockholms tingsrätts bedömning i Växjömålet är de omständigheter som medförde att tingsrätten i det målet inte ansåg att 3 kap 27 § konkurrenslagen vara tillämplig, således inte för handen i fallet med Hässleholms kommun.

Även om man skulle anlägga ett annat synsätt på dessa frågor vill IT&Telekomföretagen framhålla att Marknadsdomstolen i MD 2014:1 inte fäste något avseende vid att RDM genom sin säljverksamhet vägrade upplåtelse av en nyttighet som ansågs nödvändig för att konkurrera på en marknad där RDM inte själv var aktiv. Det finns inte heller något stöd i förarbetena för den tolkning som tingsrätten gör i Växjömålet. Tingsrätten förefaller grunda sitt resonemang på lydelsen "*syftet med konfliktlösningsregeln är att komma till rätta med konkurrenssnedvridningar*

som kan uppstå när offentliga aktörer bedriver säljverksamhet i konkurrens med privata aktörer” (se prop. 2008/09:231 sid. 35 och domskälen sid. 73).

Det är en långtgående tolkning att denna formulering skulle innebära att 3 kap. 27 § konkurrenslagen enbart skulle vara tillämplig när den offentliga säljverksamheten får effekter på den marknad där säljverksamheten sker.

Att det, såsom tingsrätten menar, inte finns något som ”tyder på” att konfliktlösningsregeln är tillämplig när konkurrenssnedvridningen sker på en ”kopplad marknad” kan rimligtvis inte leda till den kraftiga begränsning av regelns tillämpningsområde som blir konsekvensen av tingsrättens bedömning, men som inte följer av lagens ordalydelse.

Detta särskilt som de generella förbudsreglerna i konkurrenslagen omfattar konkurrenssnedvridning på den eller de relevanta marknaderna (inbegripet ”kopplade marknader”). Det faktum att 3 kap. 27 § konkurrenslagen enligt förarbetena utgör ett komplement till förbudsreglerna borde istället tala för att samma synsätt ska prägla tillämpningen av konfliktlösningsregeln.

Konfliktlösningsregelns placering i konkurrenslagen torde, till skillnad från vad tingsrätten framhåller, visa att det inte föreligger någon skillnad i syn på relevanta marknader eller var en konkurrensbegränsning kan få sina effekter. Om en sådan begränsning varit avsedd vore det ett tydligt avsteg från den vedertagna synen på bedömningen av effekten av en konkurrensbegränsning och borde i så fall uttryckligen ha angetts i lagen och utvecklats i förarbetena.

Till skillnad från Växjömålet vidtar dock Hässleholms kommun ett konkurrensbegränsande förfarande på den relevanta marknad där kommunens säljverksamhet bedrivs och där konkurrensskadan även uppstår, dvs. där mekanismerna för en fungerande konkurrens skadas.

3.1.5 Försvarbarhet från allmän synpunkt

Kommunens offentliga säljverksamhet på den relevanta marknaden faller inte inom kommuners exklusiva kompetens, utan utgör verksamhet på det egentliga näringslivets område.

Av kommunens fiberetableringsplan framgår att kommunens etablering av fibernät styrs av tre övergripande mål:

- i) Hela kommunen ska omfattas av etableringen
- ii) Avgiften för anslutning till fibernätet ska vara likvärdig för hela kommunen
- iii) Nätet ska vara öppet för alla tjänsteleverantörer som vill erbjuda sina tjänster

Enligt principbeslutet är det tydligt att kommunens motiv för att vägra ingå markavtal för nedgrävning av fiber är att detta anses vara nödvändigt för att uppnå de tre övergripande målen med tillämpning av den beslutade anslutningsavgiften om 19 000 kronor. Om kommunen förlorar intäkter för anslutningar i tätbefolkade områden till privata aktörer kommer den ekonomiska kalkylen inte att hålla och målen går inte att uppfylla för en kostnad på 19 000 kr per anslutning. Kommunens oro synes alltså inte hänförlig till uppfyllandet av målen *i sig* utan till möjligheten att

uppfylla målen med tillämpning av en anslutningsavgift på just 19 000 kronor (till 70 % av brukarna).

Kommunens resonemang om att hindrandet av privat etablering är en förutsättning för att uppnå kommunens bredbandsmål i enlighet med beslutad ekonomisk kalkyl, är i allt väsentligt interna skäl (dvs. kommunens egenintresse) och därför inte tillräckliga för att motivera ett konkurrensbegränsande förfarande. Liknande skäl har tidigare inte godtagits av Konkurrensverket.¹⁷ Därutöver kan följande framhållas om kommunens motiv.

I kommunens fiberetableringsplan, som lagts till grund för principbeslutet, saknas helt information om hur kommunen kommit fram till att 19 000 kronor är en "optimal anslutningsavgift".¹⁸ Det går alltså inte att bedöma vad denna slutsats baseras på och eller hur väl underbyggd den är. Därmed är det också oklart hur kommunens beräkning påverkas av förändringar som t.ex. ett färre antal anslutningar i vissa områden.

Faktum är att den slutsats som förs fram i principbeslutet att utestängandet av privata aktörer är en förutsättning för att uppnå målen med tillämpning av en anslutningsavgift på 19 000 kronor, saknar stöd i beslutsunderlaget (dvs. bilagorna till principbeslutet). Det anges exempelvis inte i fiberetableringsplanen att en förutsättning för anslutningsavgiften på 19 000 kronor är att kommunen får samtliga intäkter från de beräknade anslutningarna. Inte heller anges att anslutningsavgiften är beräknad på så vis att anslutningar i vissa (tätbefolkade) områden ska finansiera anslutningar i andra (mer glesbefolkade) områden. Tvärtom synes man i fiberetableringsplanen ha utgått från att kommunen skulle kunna möta konkurrens från privata nätägare (se sid 14 i fiberetableringsplanen). Även om man skulle acceptera kommunens motiv i sig finns det således i nuläget inga som helst bevis för att kommunens uppfattning är befogad.

Vad gäller proportionalitetsbedömningen är det av betydelse att kommunen förefaller ha låst fast sig vid att anslutningsavgiften ska vara enhetlig och vara just 19 000 kronor. Detta kan rimligtvis inte i sig anses vara av allmänt intresse eller avgörande för att uppnå de bakomliggande målen, dvs. att etablera ett kommunomfattande öppet fibernät.

Det finns ett flertal alternativa sätt att uppnå dessa mål utan att utestänga privata aktörer från marknaden. Som exempel kan nämnas en anslutningsavgift som är högre än 19 000 kronor eller att kommunen är villig att investera mer i etableringen än vad som angetts i den nuvarande kalkylen (se 19-21 i fiberetableringsplanen).

Kommunens önskan om en enhetlig anslutningsavgift oberoende av var man bor inom kommunen är också ett internt skäl. En enhetlig anslutningsavgift är inte ens ett relevant skäl för att inte samverka med en privat aktör eftersom branschpraxis är att man erbjuder enhetliga anslutningsavgifter. Med detta menas att det inte finns något annat på förhand angivet anslutningspris t.ex. för vissa geografiska områden. De officiella och enhetliga priserna utgör ett

¹⁷ Dnr 380/2013 och Konkurrensverket mot Växjö kommun i Stockholms tingsrätt mål nr 9248-13.

¹⁸ Se bilaga 1, *Fiberetableringsplan för Hässleholms kommun*, sid. 12.

viktigt konkurrensmedel fiberaktörer emellan eftersom olika priser från en aktör skulle bli otydligt för kunderna.

Utifrån ett kommunalrättsligt perspektiv är en enhetlig avgift bara av betydelse om det måste vara en kommun som helt eller delvis svarar för anslutning av brukare till ett kommunalt nät eftersom kommunen som utgångspunkt ska behandla kommunmedlemmar lika enligt likställhetsprincipen. Ett fibernät i kommunal regi faller dock inte inom kommunens exklusiva kompetens och en kommun är som utgångspunkt inte skyldigt att tillhandahålla kommunmedlemmarna ett fiberbroadbandsnät (vilket dock felaktigt anges i principbeslutet), utan utgör ett engagemang på det egentliga näringslivets område. En kommunal skyldighet skulle aktualiseras först om det inte finns några reella privata alternativ (en så kallad *failed market* eller ett "vitt område" med kommissionens statsstödsterminologi).

Detta förutsätter att privata alternativ saknas. I Hässleholms kommun finns som ovan anförts ett flertal privata aktörer på plats som redan är i gång med fiberverksamhet och minst en privat aktör som har meddelat kommunen att man är villig att samverka med kommunen och bygga ut ett öppet, neutralt och heltäckande fibernät i enlighet med uppsatta bredbandsmål och som aktivt försöker verka för att skapa kundunderlag inför en nätetablering.

Kommunen har därmed antagit fiberetableringsplanen och fattat principbeslutet på uppenbart felaktiga grunder som är av väsentlig betydelse för om förfarandet ska anses tillåtet.

Oavsett vilken marknadssituation som råder är den kommunalrättsliga likställhetsprincipen inte utan undantag eftersom avvikelse från likabehandling får göras om det finns sakliga skäl. Med hänsyn härtill skulle olika anläggnings- och kostnadsförutsättningar för bredbandsnätet och anslutning av fastigheter beroende på om de ligger i tätort eller i glesbygd, i lättgrävd terräng eller svårgrävd terräng, sannolikt utgöra sakliga (dvs. inte godtyckliga) skäl för en differentierad avgift.

Det är därmed inte nödvändigt utifrån de regelverk som kommunen har att rätta sig efter att anslutningsavgiften är enhetlig. Sen är det en annan sak att kommunen, liksom andra nätägare, gärna ser att anslutningsavgiften är enhetlig, men en sådan önskan utgör inte ett externt skäl till försvar av en total konkurrensbegränsning.

Kommunen synes överhuvudtaget inte ha övervägt andra alternativ som valts i många andra kommuner. I många fall samverkar kommuner med privata aktörer som etablerar eller utvecklar ett heltäckande öppet och konkurrensneutralt nät och där den privata aktören antingen äger eller hyr befintligt/nyetablerat nät, eller där kommunen äger delar av nätet och den privata samverkanspartnern äger andra delar med en ömsesidig rätt för parterna att efter samverkansavtalets upphörande få tillgång till varandras nät på transparenta och lika villkor.

Även om det generellt skulle kunna anses ligga inom den kommunala kompetensen att verka för att bredbandsmålen uppnås måste det starkt ifrågasättas att det skulle ligga inom den kommunala kompetensen att säkerställa bredbandsmålen på det sätt som Hässleholms kommun gör. Förfarandet kan därför inte anses förenligt med kommunallagen eller i linje med regeringens

bredbandsstrategi eller de av Konkurrensverket, PTS och SKL uppställda principerna för kommunala insatser på bredbandsområdet.

Det övergripande allmänna intresset av ett heltäckande öppet och neutralt fibernät kan tillgodoses på andra sätt än just det sätt som skadar konkurrensen. Dessutom finns det ingen anledning att befara att anslutningsavgiften inte skulle vara enhetlig om en privat aktör byggde ut ett heltäckande öppet och neutralt fibernät i Hässleholms kommun eller om kommunen samverkade med privata aktörer i en sådan utbyggnad. Principbeslutet är därmed inte nödvändigt eller proportionerligt för att uppnå kommunens bredbandsmål.

På ovan anförda skäl kan förfarandet inte anses försvarbart från allmän synpunkt och får därmed förbjudas enligt 3 kap. 27 § konkurrenslagen.

3.2 Missbruk av dominerande ställning

Såsom framgår i avsnitt 3.1.3 bör den relevanta marknaden utgöras av marknaden för nedläggning av optisk fiber för anslutning av fastigheter till svart fiber i Hässleholms kommun.

Hässleholms kommun är på en sådan marknad en nödvändig handelspartner för aktörer som önskar erbjuda svart fiber till en fastighet eftersom markavtal och grävstillstånd avseende kommunal plats- och vägmark är en nödvändighet för att kunna tillse kundens efterfrågan av fiberanslutning på marknaden. Kommunen innehar därmed en så kallad nödvändig nyttighet för aktörer som önskar konkurrera på marknaden för nedläggning av optisk fiber för anslutning av fastigheter till svart fiber i Hässleholm.

Kommunen avser i enlighet med sin fiberetableringsplan erbjuda fastigheter i kommunen anslutning till svart fiber. Kommun avser därmed dra optisk fiberkabel till de fastigheter som önskar anslutning till svart fiber.

Det följer av praxis från både Konkurrensverket, kommissionen och EU-domstolen att en aktör som innehar kontroll över en nödvändig nyttighet som andra aktörer måste ha för att kunna tillhandahålla tjänster till sina kunder har en dominerande ställning på marknaden.¹⁹ Av kommissionens beslut i 94/19/EC *Sea Containers*, framgår särskilt att en aktör som har en dominerande ställning genom innehav av en nödvändig nyttighet och själv använder denna och därigenom nyttjar sin marknadsmakt för att stärka sin egen ställning på marknaden missbrukar sin dominerande ställning genom leveransvägran.

Därmed kan Hässleholms kommuns agerande anses utgöra ett missbruk i form av leveransvägran. Kommunens agerande kan därmed även stå i strid med förbudet i 2 kap. 7 § konkurrenslagen.

¹⁹ KKV Dnr 1438/94, Förenade målen C-241 & 242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) och Independent Television Publications Ltd (ITP) mot Kommissionen*, Kommissionens beslut i 94/19/EC *Sea Containers mot Stena Sealinc* och mål 238/87 *Volvo mot Veng*.

IT&Telekomföretagen delar inte Stockholms tingsrätts bedömning i Växjömålet att de generella förbuden skulle ha företräde framför konfliktlösningsregeln. Enligt IT&Telekomföretagen föreligger inte något hinder mot att tillämpa 3 kap. 27 § konkurrenslagen på ett förfarande som samtidigt skulle kunna utgöra ett missbruk av dominerande ställning i strid med 2 kap. 7 § konkurrenslagen. Detta framgår om inte annat av MD 2014:1.

Bestämmelserna förekommer båda i konkurrenslagen som inte anger någon särskild inbördes ordning mellan bestämmelserna. Tvärtom anges det uttryckligen i förarbetena att konfliktlösningsregeln kan tillämpas på ett förfarande oavsett om detta omfattas av förbuden i 2 kap. 1 § eller 7 § konkurrenslagen (eller motsvarande förbud i FEUF). När det gäller tillämpningen av ett ensidigt beteende som kan omfattas av artikel 102 FEUF anges dessutom att strängare nationell lagstiftning – som konfliktlösningsregeln – får tillämpas.²⁰

Uttalanden i propositionen om att ingripande enligt de generella förbuden *bör* tillämpas om det under utredningen skulle framkomma att något av de ständigt gällande förbuden har överträtts, innebär rimligtvis ingen tvingande hierarki mellan reglerna eftersom en sådan ordning inte framgår av lagen, utan utgör enligt sin lydelse en rekommendation till Konkurrensverket. Det måste därmed vara upp till Konkurrensverket att i det enskilda fallet avgöra vilken åtgärd som är mest ändamålsenlig.

I fall där en kommun som offentlig aktör själv är aktiv på den relevanta marknaden och tydligt vidtar ett förfarande i kraft av sin ställning som innehavare av allmän plats- och vägmark (vilket bara en kommun kan vara) i det uttalade syftet att eliminera privata aktörer från marknaden, är det enligt IT&Telekomföretagen mest ändamålsenligt att förfarandet angrips med hjälp av 3 kap. 27 § konkurrenslagen.

Kommunen använder allmänna medel för att konkurrera på det egentliga näringslivets område och det är en kommuns centrala ställning som innehavare av allmän plats- och vägmark som används för att hämma eller snedvrída konkurrensen. Få eller inga andra "företag" i konkurrenslagens mening skulle kunna agera på det sätt Hässleholms kommun gör. Kärnan i konkurrensproblematiken är således att det är just en offentlig aktör som agerar och ett ingripande enligt 3 kap. 27 § konkurrenslagen, istället för 2 kap. 7 § konkurrenslagen, är därmed mest ändamålsenligt för att adressera konkurrensproblematiken.

4. SKÅL FÖR INGRIPANDE

Det är såvitt känt första gången en kommun helt utestänger konkurrens från privata fiberbolag genom att principiellt vägra att ingå markavtal och därmed ge grävstillstånd för just nedläggning av fiber. Av den anledningen är det av stor vikt att Konkurrensverket utreder huruvida det kan anses tillåtet att generellt vägra markavtal och grävstillstånd i syfte att freda en kommunal

²⁰ Prop. 2008/09:231 sid. 43 och 44.

fiberutbyggnad från konkurrens. I Konkurrensverkets tidigare ärenden och ingripanden enligt 3 kap. 27 § konkurrenslagen har denna fråga inte berörts, varför en utredning av frågan är nödvändig.

I MD 2014:1 avsåg förfarandet vägran om tillträde till ett övningsområde, dvs. ett begränsat markområde till skillnad från tillgång till en mängd markavsnitt inom hela kommunen.

I dnr 220/2015 inledde Konkurrensverket en utredning av ett kommunalt bolags vägran att tillhandahålla svartfiberförbindelse eller tillåta installation av sådan förbindelse. Ärendet lades ner utan åtgärd. Skälen var att konkurrensbegränsningen enbart berörde anslutningen till en fastighetsägare samt att problemställningen skulle komma att lösas genom framtida lagstiftning vid genomförandet av utbyggnadsdirektivet den 1 juli 2016. Till skillnad från det ärendet berör Hässleholms kommuns agerande anslutning av brukare inom en hel kommun. Utbyggnadsdirektivet är inte heller tillämpligt i en situation där en kommun vägrar tillträde till kommunal mark.

I dnr 706/2014 utreder Konkurrensverket en kommuns tillhandahållande av kostnadsfritt wifi på allmän plats. Konkurrensverket har i utredningen tillställt ett antal mobiloperatörer frågor om marknaden för trådlös internetanslutning. Sådan verksamhet omfattar tillhandahållande av en internettjänst som konkurrerar med ett antal olika alternativ för uppkoppling och berör inte tillgången till kommunal mark för etablering av fiberbaserad infrastruktur.

Sammanfattningsvis utgör kommunens förfarande en allvarlig konkurrensbegränsning som får till följd att privata aktörer helt utestängs från att konkurrera med kommunen och de aktörer som redan har markavtal med kommunen. Kommunens förfarande får därför allvarliga konsekvenser för sådana aktörer, särskilt de som redan planerat för utbyggnad i Hässleholms kommun och ingått anslutningsavtal med brukare. Det föreligger en påtaglig risk för att fler kommuner tar efter Hässleholms kommuns agerande, vilket skulle få allvarliga konsekvenser för IT&Telekomföretagens medlemmar eftersom etableringsmöjligheterna i Sverige då allvarligt skulle försvåras.

Mot denna bakgrund är det angeläget att Konkurrensverket snarast inleder ett prioriterat tillsynsärende enligt 3 kap. 27 § (och/eller 2 kap. 7 §) konkurrenslagen i syfte att söka förbjuda Hässleholms kommun vid vite att vägra upplåta nyttjanderätt i kommunal mark genom markavtal eller att bevilja grävstillstånd för nedläggning av fiber eller tillämpa utdragna förfaranden eller villkor eller annat agerande som till sin effekt har samma verkan som en vägran att ingå markavtal och ge grävstillstånd för nedläggning av fiber.

För IT&Telekomföretagen

Carl Bokwall

carl.bokwall@br-a.se

Helena Selander

helena.selander@br-a.se