

AVSKRIFT

MARKNADSDOMSTOLEN

DOM

2000:2

2000-02-01

Dnr A 3/99

ÖVERKLAGAD DOM

Stockholms tingsrätts, avd. 8, dom 1998-12-08 i mål T 8-103-96, bilaga (ej bilagd här)

KLAGANDE

Statens Järnvägar, 202100-0787, 105 50 STOCKHOLM
Ombud: advokaten M. B., L. & L. Advokatbyrå AB, Box 5402, 114 84 STOCKHOLM

MOTPART

Konkurrensverket, 103 85 STOCKHOLM
Ombud: jur. kand. K. C., G. & D. Advokatbyrå AB, Box 5747, 114 87 STOCKHOLM

INTERVENIENT
(på Konkurrens-
verkets sida)

BK Tåg AB, 556332-7179, Box 28, 574 21 VETLANDA
Ombud: advokaten T. P., M. S.
Advokatbyrå AB, Box 1711, 111 87 STOCKHOLM

SAKEN

konkurrensskadeavgift enligt 26 § konkurrenslagen
(1993:20)

DOMSLUT

Marknadsdomstolen lämnar överklagandet utan bifall.

YRKANDEN I MARKNADSDOMSTOLEN

Statens Järnvägar (SJ) har yrkat att Marknadsdomstolen, med ändring av tingsrättens dom, ogillar Konkurrensverkets talan eller, i vart fall, fastställer konkurrens-skadeavgiften till lägre belopp samt förpliktar Konkurrensverket att ersätta SJ dess rättegångskostnader vid tingsrätten.

Konkurrensverket har bestritt ändring och i första hand yrkat att Marknadsdomstolen fastställer tingsrättens dom och i andra hand att SJ enligt 26 § konkurrenslagen (1993:20) (KL) åläggs att betala en konkurrensskadeavgift på 3 miljoner kr för missbruk av monopolmakt i strid med 19 § KL.

BK Tåg AB (BK Tåg), som har deltagit i rättegången som intervenient med den ställning som följer av 14 kap. 11 § första stycket rättegångsbalken (osjälvständig intervenient), har anslutit sig till Konkurrensverkets inställning.

SJ har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader i Marknadsdomstolen.

GRUNDER FÖR TALAN I MARKNADSDOMSTOLEN

SJ har till stöd för sin talan åberopat samma grunder som vid tingsrätten och som i och för sig skälig konkurrensskadeavgift vitsordat samma belopp som där.

Konkurrensverket har till stöd för sin talan åberopat samma grunder som vid tingsrätten, med den ändringen att grunden för det i första hand framställda yrkandet justerats till att avse den upphandling av tågtrafik som genomfördes mellan den 15 oktober och den 30 november 1993. Konkurrensverket har som skäl för justeringen anført att det var fråga om en s.k. förhandlingsupphandling som inleddes med att anbud skulle vara trafik huvudmannen tillhanda senast den 15 oktober 1993 men som avslutades först den 30 november 1993 då förhandlingarna slutfördes.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN I MARKNADSDOMSTOLEN

Parterna har i huvudsak åberopat samma omständigheter som vid tingsrätten samt tillagt bl.a. följande.

SJ

Tingsrättens utgångspunkt synes ha varit att granska SJ:s anbud. Vad tingsrätten skulle ha gjort var att bedöma huruvida Konkurrensverket styrkt att SJ överträtt 19 § KL. Utgångspunkten för bedömningen i målet skall sålunda vara om Konkurrensverket har visat att SJ medvetet satt ett pris under SJ:s rörliga kostnader eller i vart fall SJ:s totala kostnader i syfte att slå ut konkurrenter.

Relevant marknad

Den relevanta marknaden i målet har av tingsrätten bestämts till drift av kollektiv persontrafik på entreprenad i Sverige. Begreppet drift anges omfatta inte enbart bemanningen av tågen utan även nödvändiga kringtjänster såsom service till allmänheten, underhåll av fordon, biljettförsäljning och liknande företeelser. Avgränsningen av relevant produktmarknad är felaktig i främst två avseenden, nämligen inkluderandet av kringtjänster i produktmarknaden och begränsningen till drift på järnväg.

Inkluderandet av kringtjänster har inte någon grund i en föregående analys angående relevant produktmarknad. I det aktuella anbudsunderlaget finns inget krav på kringtjänster utöver underhåll. Den av tingsrätten gjorda avgränsningen av relevant produktmarknad är sålunda i detta avseende för vid. Kringtjänster som SJ skötte, oavsett vilken operatör som bedrev järnvägstrafiken, kan inte ingå i en riktigt gjord avgränsning. Dessa kringtjänster är inte utbytbara vare sig sinsemellan eller mot driften av trafiken. Förutsättningarna för konkurrens avseende sådana kringtjänster är vidare helt annorlunda än konkurrensförhållandena vad avser själva driften av trafiken. Detsamma gäller för övriga kringtjänster som den operatör som svarar för driften av trafiken, alternativt den upphandlande enheten, kan köpa separat såsom service och underhåll av fordonsparken. Även sådana kringtjänster utgör egna se-

parata produktmarknader med egna förutsättningar för konkurrens som avviker från dem som gäller för själva driften av trafiken. Kringtjänster kan därför inte ingå i en riktigt gjord avgränsning av relevant produktmarknad i målet.

Vidare är den analys som tingsrätten gjort vad avser utbyttbarheten på efterfrågesidan felaktig. På efterfrågesidan bortser tingsrätten från att det trafikhuvudmannen efterfrågade vid den aktuella upphandlingen var drift av kollektivtrafik på entreprenad i ett bestämt område, dvs. en specifikt sammansatt tjänst som inte för trafikhuvudmannen är utbytbar mot drift av kollektivtrafik på entreprenad i något annat område. Av EG-rättslig praxis framgår att den trafik som omfattas av upphandlingen är en egen marknad i sådana situationer. Som stöd för att järnvägstrafik på entreprenad i allmänhet utgör relevant produktmarknad hänvisar tingsrätten bl.a. till interaktionen mellan statens upphandling av olönsam trafik och trafikhuvudmännen. En sådan interaktion mellan köpare av olika tjänster innebär dock inte att tjänsterna är utbytbara ur efterfrågesynpunkt.

Relevant marknad i målet skall i vart fall inte avgränsas snävare än till drift av kollektiv persontrafik på entreprenad, inkluderande drift av såväl tåg som buss.

Vad gäller val av fordon för att utföra driften hävdas att såväl drift av busstrafik som drift av tågtrafik skall inräknas i den relevanta marknaden. På efterfrågesidan är tåg och buss utbytbara för kunderna, dvs. trafikhuvudmännen och även slutkunden, konsumentkollektivet. Bedömningen av utbyttbarheten mellan buss och tåg skall göras efter hur trafikhuvudmännen agerar inför en ny trafikperiod.

Man skall som EG-domstolen uttalat se på marknaden som sådan och alla de produkter som med hänsyn till sina egenskaper utgör samtliga produkter användbara för att tillfredsställa varaktiga behov och som inte är utbytbara mot andra produkter. Att en enskild kund, t.ex. en livsmedelskedja, väljer att enbart ha Coca-Cola i sitt sortiment innebär inte att Pepsi-Cola inte ingår i marknaden. På samma sätt innebär inte en trafikhuvudmans val av tåg i en upphandling att bussar inte ingår.

Till stöd för att buss och tåg uppfyller de krav som uppställs för att utbyttbarhet på efterfrågesidan skall anses föreligga återopas bl.a. följande. Trafikhuvudmännen

som upphandlar trafiken har rätt till statsbidrag oavsett om trafiken bedrivs med tåg eller buss. Staten har när statsbidrag lämnats till kollektivtrafik begränsat bidraget till antingen tåg eller buss när två linjer konkurrerar med varandra. Vid flera upphandlingar efter 1989/1990 har trafiken övergått från drift av tåg till drift av buss och det har förekommit att anbud för driften av trafik på viss sträcka kunnat lämnas avseende drift med tåg eller drift med buss. Att den relevanta marknaden vid bedömning av entreprenadtrafik av angivet slag omfattar buss och tåg framgår även av de utvärderingar som trafikhuvudmännen, i bl.a. Jönköpings län, fortlöpande gör avseende entreprenadtrafiken. Jönköpings Länstrafik har genom två större utredningar på 1990-talet utrett frågan om tåg eller buss. Detta gjordes första gången år 1992 före aktuell upphandling och år 1995 efter aktuell upphandling. Frågan är inte avgjord utan kommer fortlöpande att bedömas. I utredningarna anges att valet står mellan järnväg och busstrafik, eller ett sammanvägt trafikalternativ med en kombination av tåg och buss. Av årsredovisningen 1995/1996 för Jönköpings Länstrafik AB framgår att frågan om järnvägstrafik i stället för busstrafik var föremål för beslut vid extra bolagsstämma efter aktuell upphandling så sent som den 2 juni 1995. Att den relevanta marknaden omfattar buss och tåg på entreprenad framgår även av hur trafikhuvudmännen redovisar trafiken. Trafiken anges som "Linjetrafik på entreprenad" eller "kollektivtrafik på entreprenad". Benämningarna omfattar både busstrafik och järnvägstrafik. Av naturliga skäl måste de beslut som Länstrafiken träffar om tåg eller buss präglas av viss långsiktighet. Upphandlingarna omfattar normalt avtal som gäller mellan tre och fem år.

Mot bakgrund av de överväganden och val mellan drift med tåg och drift med buss som trafikhuvudmännen regelmässigt gör skall produktmarknaden vid en konkurrensrättslig analys anses omfatta tåg och buss. Det saknar betydelse om trafikhuvudmannen väljer att infordra anbud för såväl drift med buss som drift med järnväg och därefter gör sitt val eller om trafikhuvudmannen före infordrandet av anbud tar ställning till vilket trafikeringsätt som skall väljas.

Om det konstateras att utbytbarhet föreligger i tillräcklig grad på efterfrågesidan behövs ingen undersökning av utbytbarheten på utbudssidan. I och för sig föreligger utbytbarhet även på utbudssidan.

På utbudssidan konstaterar tingsrätten att bussoperatörer utan svårighet kan lägga anbud i upphandlingar som avser drift av kollektivtrafik med tåg på entreprenad men finner sedan ändå att drift av kollektivtrafik med buss på entreprenad inte skall ingå i den relevanta marknaden. Tingsrätten uppställer således ett krav på att utbytbarhet måste vara symmetrisk. I en riktig avgränsning av relevant marknad finns inte något krav på symmetrisk utbytbarhet.

Det är inte fråga om att en bussoperatörs existerande busstrafikverksamhet ställs om till tågtrafik, lika lite som att en tågoperatör ställer om existerande verksamhet om denne vinner en ny upphandling. Det är i stället för varje operatör fråga om etablering av en ny verksamhet på en angränsande marknad om och när en operatör börjar tillhandahålla tjänsten drift av tåg på entreprenad på vissa nya linjesträckningar efter att ha vunnit en viss upphandling.

I målet har gjorts gällande att svårigheterna att gå in i en ny verksamhet är betydligt större för bussoperatörer än för tågoperatörer. Samma krav vid nyetablering gäller dock i princip även för en renodlad tågoperatör som vunnit en upphandling av drift av tåg på entreprenad. En tågoperatör måste i ett sådant fall ta ett strategiskt beslut, erhålla nytt tillstånd från Järnvägsinspektionen, ordna underhållskapacitet i det aktuella området och rekrytera personal. Likheten mellan en bussoperatör och en tågoperatör är övervägande och det kan konstateras att de bolag som lägger anbud på tågtrafik är, och var även år 1993, tågoperatörer, bussbolag eller bolag som bedriver båda verksamheterna.

När det gäller tidsaspekten för att få igång trafiken är denna inte ett särskilt kritiskt moment. Från det ett anbud vunnits till dess tågtrafiken skall starta har tiden oftast varit tio till tolv månader.

Beträffande övriga svårigheter kan följande kommentarer lämnas. Den viktigaste resursen, tågfordonen, tillhandahålls av trafikhuvudmännen. Lokförare kan oftast rekryteras från den som tidigare drivit trafiken. Underhållskapacitet finns att köpa på marknaden av andra än SJ och konsulter i säkerhetsfrågor finns att tillgå. Tillstånd från Järnvägsinspektionen behöver inte sökas innan upphandlingen vunnits. En bussoperatör behöver också tillstånd för busstrafik, varvid samma frågor som

vid en övergång till järnvägsdrift blir föremål för bedömning, dvs. ekonomi, organisation, säkerhet och utbildning av förare. Det föreligger således inte någon skillnad för buss- och tågoperatörer att starta den nya verksamheten efter avslutad framgångsrik upphandling.

Ett alternativt synsätt är att utgå, inte från de kostnader och investeringar som en operatör behöver göra efter det att han vunnit ett anbud, utan i stället från kostnaderna för att lämna ett anbud. Det kan konstateras att det inte heller här råder några skillnader mellan en bussoperatör och en tågoperatör. De kostnader och strategiska överväganden som dessa operatörer har att göra är desamma. Drift med tåg är på utbudssidan direkt utbytbar mot drift med buss så till vida att bussoperatören snabbt och utan större kostnader kan lämna anbud också på drift med tåg.

Beträffande avgränsningen av den relevanta marknaden har tingsrätten bortsett från att trafik huvudmannen efterfrågar drift av kollektivtrafik på entreprenad i ett bestämt område och att detta inte är utbytbar mot drift av kollektivtrafik på entreprenad i något annat område.

Den geografiska marknaden utgörs i första hand av de linjer som var föremål för upphandling i enlighet med den praxis som utvecklats inom EG-rätten när det gäller transporttjänster. I andra hand är den geografiska marknaden Sverige. Den relevanta geografiska marknaden behöver vidare inte begränsas till att avse endast Sverige, om det vid marknadsbedömningen kan fastställas att de objektiva konkurrensvillkoren är tillräckligt homogena för ett område större än Sverige och att konkurrensvillkoren inte kan särskiljas från de till Sverige närliggande områdena. Om den relevanta produktmarknaden avgränsas till drift av kollektivtrafik på entreprenad i allmänhet måste därför en analys göras av omfattningen av den geografiska marknaden. Det finns i ett sådant fall ingen anledning att stanna vid en marknad som endast omfattar Sverige eftersom även utländska operatörer deltar, och deltog redan år 1993, i upphandlingar av kollektivtrafik i Sverige.

Dominans

SJ hade genom Swebus inte en dominerande ställning på bussmarknaden när det gäller upphandlad trafik vid den aktuella tidpunkten. Swebus hade år 1993 en marknadsandel som understeg 30 procent. Det kan konstateras att Konkurrensverket i tidigare ärenden funnit att Swebus inte hade en dominerande ställning på bussmarknaden år 1993.

Den metod Konkurrensverket i detta mål använder för att beräkna Swebus marknadsställning år 1993 är felaktig. Det är felaktigt att räkna bort små bussföretag eller av kommuner och landsting ägda bussar under påståendet att dessa inte kan lämna anbud i hela landet. De små bussbolagen samarbetar ofta i gemensamma bolag. På de viktigare anbudsmarknaderna var alltid de kommunala bussbolagen de största konkurrenterna. Om dessa bolag skall räknas bort skall även Swebus bussar på varje sådan marknad räknas bort om man skall ha hela Sverige som utgångspunkt. Det är emellertid en oriktig utgångspunkt att det finns en marknad för avgivande av anbud i hela landet. Vad som finns är ett antal upphandlingstillfällen som vart och ett omfattar busstrafik i en begränsad del av Sverige. Vid varje sådant anbudstillfälle deltar de företag som kan och som finner det intressant att lämna ett anbud. Det finns för dagen två företag som regelmässigt lämnar anbud i upphandlingar över hela Sverige, Linjebuss och Swebus. Dessa företag möter emellertid regelmässigt i varje anbudssituation även konkurrens från mindre bussföretag och/eller kommunala bussbolag. Dessa företag är på samma marknad, där de möts i konkurrens. Det är därvid i respektive anbudsupphandling ointressant om de som lämnar anbud även lämnar anbud i andra områden. Eftersom de konkurrerar med Swebus i upphandlingar om drift av kollektivtrafik på entreprenad, är de på samma marknad som Swebus och skall räknas med vid en bedömning av Swebus marknadsandelar.

På den av SJ i andra hand åberopade marknaden, den svenska marknaden för drift av kollektivtrafik med tåg och buss på entreprenad, hade SJ inte en dominerande ställning.

Den totala kostnaden för kollektivtrafik var enligt det material SJ fått fram år 1994 14,2 miljarder kr och den siffran bör ha varit i det närmaste densamma år 1993. Tågtrafikens marknadsandel uppgick till 41 procent av kollektivtrafikmarknaden.

Omräknat till omsättningssiffror blir detta 5,8 miljarder kr. Busstrafikens andel beräknad på samma sätt uppgick till 8,4 miljarder kr.

Enligt Konkurrensverkets uppgifter omsatte den konkurrensutsatta trafiken på järnväg 670 miljoner kr år 1993. Siffran skall dock vara högre eftersom Konkurrensverket inte inräknat t.ex. upphandlad tunnelbanetrafik och annan spårbunden trafik. Den verkliga omsättningssiffran kan uppskattas vara närmare 1 miljard kr när sådan trafik inräknas.

Av busstrafiken hade omkring 70 procent upphandlats år 1995. Siffran bör ha varit lägre år 1993 men Storstockholms Lokaltrafik hade dock redan börjat upphandla drift av lokal busstrafik. SJ uppskattar att ca 60 procent kan ha upphandlats år 1993. Detta skulle ge följande marknadsandelar för SJ och Swebus på en upphandlad entreprenadmarknad bestående av buss och tåg. Den totala marknaden skulle uppgå till (tåg 5,8 miljarder kr + buss 8,4 miljarder kr) 14,2 miljarder kr. Den upphandlade delen år 1993 skulle uppgå till (tåg 1 miljard kr = 17 procent + buss 5,04 miljarder kr = 60 procent) 6,04 miljarder kr.

Om SJ:s andel av tågtrafiken med utgångspunkt i Konkurrensverkets omsättningssiffror antas vara en större del av 670 miljoner kr eller 650 miljoner kr och Swebus andel 34 procent av 5,04 miljarder kr eller 1,71 miljarder kr, skulle SJ med Swebuss år 1993 haft en andel av den totala marknaden på 2,36 miljarder kr (SJ 650 miljoner kr + Swebus 1,71 miljarder kr) av den totala upphandlade marknaden om 6,04 miljarder kr. SJ:s marknadsandel blir då 39 procent.

I dominansfrågan beaktar tingsrätten inte anbudsmarknaders särskilda karaktär eller det ökade konkurrenstryck som förändringen till upphandling i konkurrens innebär vad gäller drift av kollektivtrafik på entreprenad. SJ har inte vid någon upphandling i konkurrens av aktuell trafik eller vad gäller någon annan trafik som upphandlats i konkurrens haft någon möjlighet att agera oberoende av sina konkurrenter och kunder och i sista hand konsumenterna, vilket är ett nödvändigt rekvisit för att påstå att ett företag har en dominerande ställning. Så länge det finns mer än ett företag som kan lämna ett konkurrenskraftigt anbud kommer konkurrensen på marknaden att upprätthållas eftersom den anbudsgivare som lägger sig

för högt inte vinner någon upphandling. Det avgörande på en anbudsmarknad är inte marknadens storlek utan enskilda leverantörers möjlighet att lämna konkurrenskraftiga bud. Om etableringshindren i en sådan situation är låga och varje upphandling rör betydande belopp, kommer det alltid att finnas mer än ett företag som kan lämna anbud.

I målet är det fråga om upphandling av tjänster av ett betydande värde. De aktuella tjänsterna skulle dessutom tillhandahållas under en relativt lång tidsperiod och de investeringar som krävs för att kunna lämna anbud är begränsade. Dessa förhållanden innebär att det alltid kommer att finnas möjlighet för nya aktörer att lämna anbud vid varje upphandlingstillfälle. Detta visas bl.a. av att det i 1989 års upphandling av Smålandstrafiken deltog i vart fall tre anbudsgivare, i 1993 års upphandling två anbudsgivare och i 1998 års upphandling tre anbudsgivare.

Ett företag som deltar i en upphandling av denna typ kan därför aldrig vara säker på att vinna och kan därför inte heller agera oberoende av sina konkurrenter och kunder. SJ kan således, oavsett hur marknaden slutligt definieras, inte betraktas som dominerande på den relevanta marknaden.

Det är såvitt SJ förstår ostridigt att samtliga kostnader för här berörda tjänster i princip är rörliga för andra nytillkomna aktörer än SJ. SJ hävdar att det redan härigenom framgår att SJ inte kan ha någon dominerande ställning såvitt avser dessa tjänster, dvs. tillhandahållandet av entreprenadtrafik.

Genom att tjänsterna köps genom upphandling kan inte säljarna agera oberoende av sina konkurrenter. Detta framgår av EG-rättslig praxis och dominans kan därför inte föreligga på en sådan marknad. SJ hänvisar i denna fråga till Bishop When Two is enough, Competition in Bidding Markets, kommissionens beslut SNEC-MA/TI (OJ 1994 C 42) och Mercedes Benz/Kässbohrer (OJ 1995 L 211/1) samt Konkurrensverkets beslut dnr 194/94 och 991/94.

En nytillträdd aktör kan alltid lägga anbud och vinna en upphandling avseende anbudstrafik av detta slag utan att ha någon befintlig organisation för drift av persontrafik. Här kan noteras att BK Tåg, SJ och BSM, som vann upphandlingen år 1997

avseende Smålandstrafiken, inte varit de enda anbudsgivarna utan att även andra har lämnat anbud såsom Linjebuss. Av de 28 upphandlingar som SJ kunnat identifiera av här aktuell karaktär som ägt rum under perioden 1991 till 1998 har SJ vunnit sju samt en tillsammans med annan operatör, BK Tåg har vunnit fem ensamt och en tillsammans med andra, SL har vunnit åtta medan Linjebuss, Näckrosbuss, BSM och Sydtåg har vunnit en upphandling var.

Frågan om dominans föreligger måste bedömas över en längre period, inte bara vid ett enstaka upphandlingstillfälle. Utvecklingen på marknaden och förhållandena hösten 1993, en kort tid efter avregleringen, visar att bussoperatörer lämnade anbud och att det var realistiskt att bussoperatörer som tidigare inte bedrivit järnvägstrafik skulle göra det.

Tjänsten består inte bara i tillhandahållande av personal utan även av en underhållsdel. SJ hade vid denna tid underhållsverkstäder som sålde underhållstjänster till andra. BK Tåg hade en egen underhållsverkstad just inom det område som var föremål för upphandling. Det fanns även andra verkstäder såsom ABB Maintenance i Gävle, Kockums AB, SL, Motala Verkstad och Kalmar Verkstad.

Påstått missbruk

SJ hävdar att underprissättning i strid med 19 § KL förutsätter att den ekonomiska förlust som följer av underprissättningen kan kompenseras vid ett senare tillfälle genom att priserna då kan höjas. Återhämtningen skall kunna ske på samma marknad som den där underprissättningen skedde. Om en sådan möjlighet saknas, uppstår inte någon skada av de låga priserna. Dessa är bara till fördel för konsumenterna. Om möjlighet att ta igen förlusterna inte finns kan därför ett lågt pris inte utgöra något missbruk. Någon möjlighet att återhämta en förlust föreligger inte för SJ av samma skäl som SJ gör gällande i dominansfrågan, dvs. på denna typ av anbudsmarknad har inte någon aktör vid en ny upphandling möjlighet att ta igen förlust genom överprissättning. Ett sådant försök skulle vara otjänligt, eftersom upphandlingen då inte skulle vinnas. SJ har således inte överträtt något förbud enligt KL.

Tanken bakom underprissättning är att de merinkomster som företaget får sedan konkurrenter eliminerats skall överstiga de förluster som åsamkats genom underprissättningen. I EG-domstolens mål *Compagnie Maritime Belge NV och Dafa-Lines, C-395/96P och C-396/96P*, anförde generaladvokaten Fennely i sitt yttrande att ett test avseende möjligheterna att återhämta förluster ingår vid bedömning av dominerande företags prissättning. Detta är enligt generaladvokaten underförstått i domskälen i *AKZO-målet, 62/86*, och kan härledas ur EG-domstolens *Hoffman-La Roche-avgörande, 85/76*. Anledningen till att dominerande företag förbjuds att begränsa konkurrensen, i synnerhet genom att eliminera konkurrenter, är enligt generaladvokaten att ett sådant förfarande annars möjliggör överprissättning på längre sikt. Generaladvokaten anförde vidare att om detta inte ingår i det dominerande företags strategi är företaget med största sannolikhet involverat i normala och legitima konkurrensåtgärder.

I *Tetra-Pak II-domen, C-333/94*, fastslog EG-domstolen att "it would not be appropriate, in the circumstances of the present case, to require additional proof that Tetra Pak had a realistic chance of recouping its losses". I det målet fanns således redan omständigheter som utvisade att s.k. recoupment var möjlig och någon ytterligare bevisning behövdes inte. Men klart är att domstolen uppställde ett krav att Tetra Pak skulle kunna återhämta förlusten.

I detta mål fanns ingen risk för att SJ:s konkurrenter skulle slås ut och det fanns ingen möjlighet för SJ att senare höja priset.

Tingsrätten tillämnar i denna del en presumtion som inte finns i *AKZO-domen*. När det gäller anbudet och anbudsposterna skall noteras att *AKZO-domens* tillämpning förutsätter att företaget uppsåtligen satt ett pris under fasta eller rörliga kostnader. Tingsrätten konstaterar inte beträffande någon kostnadspost uttryckligen att SJ:s företrädare medvetet satt ett pris som man visste var lägre än SJ:s fasta eller rörliga kostnader.

På det sätt som tingsrätten i huvudsak formulerat domskälen kan det därför inte anses styrkt att SJ uppsåtligen lämnat ett anbud som inte hade full täckning för de kostnader SJ kände till. Slutsatser om vad SJ borde ha tagit med i sitt anbud, eller

rimligen måste ha insett borde vara med, tar sikte på ett oaktsamhetsresonemang. Tingsrättens bedömning av kostnadsposterna innebär att SJ inte i något fall med uppsåt satt ett för lågt pris. Vid jämförelse med AKZO-målet kan det konstateras att EG-domstolen fann att AKZO medvetet tillämpat ett pris som underskred de genomsnittliga kostnaderna, vilket även medgavs av AKZO.

Tingsrätten bygger sitt påstående till stöd för att SJ uppsåtligen överträtt 19 § KL på att SJ borde ha insett att dess kostnader översteg priset och att det finns en presumption för att priset syftade till att eliminera konkurrens. Detta är inte tillräckligt ens för att visa att en överträdelse av 19 § ägt rum. Än mindre är det tillräckligt för att visa att denna skett uppsåtligen i den mening som avses i 26 § KL.

Fasta eller rörliga kostnader

Tingsrätten anför att karaktären av kostnaderna skall beaktas med utgångspunkt från SJ Persondivisions kostnader. Detta är en felaktig utgångspunkt och har inte ens åberopats av Konkurrensverket i målet.

Uppsåt eller oaktsamhet

I motiven till KL (prop. 1992/93:56 s. 92) anges att uppsåt kräver ett avsiktligt handlande från företaget eller någon som handlar på företagets vägnar i syfte att begränsa konkurrens eller som begås med vetskap om att följden blir konkurrensbegränsande. En överträdelse kan inte anses uppsåtlig bara därför att handlandet som sådant är uppsåtligt snarare än oavsiktligt eller sker genom en olyckshändelse. Vad som slås fast i motiven är således att konkurrensbegränsningen skall vara uppsåtlig. Däremot behövs inte enligt de svenska reglerna någon vetskap om KL:s innehåll, rättsvillfarelse friar inte.

I de av tingsrätten anförda målen från EG-domstolen (SC Belasco, 246/86, och Usines Gustave Boel SA, T 142-89) slås fast att rättsvillfarelse inte friar enligt EG-rätten. Däremot visar dessa rättsfall otvetydigt att det även enligt EG-rätten krävs att det företag mot vilket talan riktas var medvetet om att den åtgärd som är före-

mål för prövning syftat till att begränsa konkurrensen. Rättsfallen slår fast att konkurrensbegränsningen skall ha skett uppsåtligt.

EG-domstolens mål SC Belasco och Usines Gustave Boel SA rörde uppenbara konkurrensbegränsande bestämmelser i avtal. Bestämmelserna i avtalen var redan genom sin utformning konkurrensbegränsande. Det kunde därför lätt konstateras att företagen varit medvetna om bestämmelsernas konkurrensbegränsande karaktär. Det fastslogs även att företagen hade kunskap om EG:s konkurrensregler.

I AKZO-målet fastställs företagets syfte genom en presumtion. Ett presumerat uppsåt ryms inte inom ramen för tillämpningen av 26 § KL.

Varken SJ eller någon som handlat på SJ:s vägnar har avsiktligt handlat i syfte att begränsa konkurrensen vid avgivandet av anbudet. Inte heller har anbudet avgetts med vetskap om att följden skulle bli konkurrensbegränsande. Vid sådana förhållanden kan inte konkurrensskadeavgift lagligen utdömas.

Konkurrensverket

Med hänsyn till storleken av den konkurrensskadeavgift som tingsrätten fastställt har Konkurrensverket satt ned den i andra hand yrkade konkurrensskadeavgiften till 3 miljoner kr.

Relevant marknad och dominans

När det gäller kringtjänster får uttrycket uppfattas så att tingsrätten med det avser sådant som faktiskt omfattades av anbudsuppdraget och alltså ingick i driften av trafiken.

SJ har hävdatt att produktmarknaden skall anses utgöras av kollektivtrafik på entreprenad med buss och tåg, vilket bestrids. I upphandlingssituationen utgör busstrafik inte något alternativ för staten. Det är persontrafik på järnväg och inget annat som skall upphandlas. Detta gäller också för en länstrafikhuvudman som valt att, som i detta fall, upphandla järnvägstrafik. Det är i sådana fall fråga om ett politiskt

beslut att trafiken skall gå på järnväg. För trafikhuvudmännen är järnvägstrafik för-
enat med stora investeringar i framför allt tåg och vagnar som gör att motståndet
att byta trafikslag är mycket stort. Om anbuden vid den aktuella upphandlingen
hade blivit för höga, hade det inte funnits någon realistisk möjlighet för trafikhu-
vudmännen att i stället börja bedriva kollektivtrafik med buss.

Busstrafik och järnvägstrafik har olika egenskaper för både trafikanten och omgiv-
ningen. Miljöhänsyn spelar stor roll för valet av trafikslag och att driva järnvägstra-
fik är mycket dyrare för trafikhuvudmännen än att driva busstrafik. För operatören
är det däremot billigare att driva tågtrafik, eftersom denne måste hålla med fordon
när kollektivtrafiken bedrivs med buss vilket inte krävs vid drift av tåg.

Enligt verkets mening finns det inte heller anledning att innefatta drift av persontra-
fik med buss på entreprenad i den relevanta marknaden på grund av utbytbarhet
på utbudssidan. Europeiska gemenskapernas kommission (kommissionen) har i
sitt tillkännagivande om definitionen av relevant marknad (97/C 372/03) angett att
det normalt bara är utbytbarhet på efterfrågesidan som skall beaktas, eftersom det
är den utbytbarheten som står för det mest omedelbara och ekonomiskt verksam-
ma konkurrenstrycket. I vissa situationer kan dock även utbytbarhet på utbudssi-
dan beaktas. Det är om företag som för tillfället inte producerar de relevanta pro-
dukterna men som svar på små och varaktiga förändringar av de relativa priserna
på kort sikt och utan väsentliga tilläggskostnader eller risk kan ställa om sin befint-
liga produktion och producera de relevanta produkterna. Det krävs alltså att existe-
rande produktionsresurser skall kunna ledas över till de relevanta produkterna.
Konkurrensverket menar dock att detta inte gäller i det här fallet och det på följande
skäl.

Då en operatör av busstrafik lämnar anbud på tågtrafik innebär det inte att han
ställer om den befintliga produktionen utan att han startar en ny verksamhet vid
sidan av den ordinarie busstrafikverksamheten. Han måste för att klara detta tillfö-
ras ny kompetens på många områden, framför allt när det gäller drift, säkerhet och
teknik. Det går inte att göra på kort sikt. Exempelvis måste lokförare tillsättas och
utbildas, eftersom bussförare inte kan köra tåg utan att utbildas både teoretiskt och
praktiskt. En sådan utbildning tar ca sex månader. I praktiken tog den dock vid den

aktuella tiden omkring ett år på grund av att SJ hade en sådan ordning för utbildningen. Även om det normala är att den vinnande operatören tar över befintlig personal kan man emellertid inte i förväg vara säker på att det blir så. Det gällde vid den här tiden särskilt om den förre operatören var SJ, eftersom SJ också använde sina lokförare för monopoltrafiken. Vidare behövde såväl trafiklednings- som teknisk personal specialutbildning för att kunna arbeta med tågtrafik. En särskild säkerhetstjänst med tillräcklig säkerhetsnivå måste också byggas upp och godkännas av Järnvägsinspektionen. De föreskrifter som styr järnvägsverksamheten är järnvägssäkerhetslagen, förordningen om säkerhet vid järnväg, tunnelbana och spårväg och Järnvägsinspektionens föreskrifter. I dessa författningar finns bestämmelser om att det måste finnas en säkerhetsorganisation med en säkerhetsordning innehållande bl.a. utbildningsplaner för funktionärer i trafiksäkerhetstjänst och järnvägstekniskt underhåll, ett internkontrollsystem för trafiksäkerheten, en trafiksäkerhetsinstruktion och att dessa funktioner har tillräcklig kompetens. Detta är krav som inte ställs beträffande bussverksamhet. Även underhållsdelen måste byggas upp antingen genom att bussoperatören sluter långfristiga avtal om detta med SJ eller gör som BK Tåg, dvs. bygger sin egen underhållsverkstad för att slippa vara beroende av sin främste konkurrent. Bussverkstäder kan inte användas till underhåll av tåg. När det gäller områden som teknik och säkerhet är sålunda skillnaderna mycket stora mellan buss- och tågtrafik.

Ett beslut av en bussoperatör att ge sig in på tågmarknaden är en ägarfråga och av långsiktig och strategisk karaktär. Normalt innebär det att företagets bolagsordning måste ändras. Detta bekräftar av att SJ:s dåvarande konkurrenter, KarlssonGruppen och Linjebuss, organiserade tågverksamheten i dotterbolag skilda från bussverksamheten. De bedömde alltså att verksamheterna skilde sig åt så mycket att de skulle hållas åtskilda.

Utöver att det tar relativt lång tid för en bussoperatör att ge sig in på tågmarknaden, är det som framgått också förenat med väsentliga tilläggskostnader eller risker.

Den ytterligare kompetens som en bussoperatör måste skaffa sig för att kunna gå in på tågmarknaden är självklart något som denne måste vara garanterad att ha redan när anbudet läggs. Om bussoperatören vinner anbudstävlingen utan att kunna

uppfylla kompetenskraven riskerar denne att få betala skadestånd. En sådan operatör kommer i framtiden inte att anses som seriös.

Konkurrensverket menar vidare att frågan om utbytbarhet på utbudssidan måste utgå från realistiska bedömningar av hur det såg ut på marknaden hösten 1993, en kort tid efter järnvägstrafikens avreglering. Det var då inte särskilt realistiskt att någon annan operatör som bara körde busstrafik, förutom Linjebuss, skapade något konkurrenstryck på tågmarknaden.

Om Marknadsdomstolen skulle finna att marknaden skall anses utgöras av kollektivtrafik på entreprenad med buss och tåg görs gällande att SJ hösten 1993 var dominerande även på denna marknad.

På marknaden för entreprenadtrafik med buss fanns det enligt statistik från Svenska Bussbranschens Riksförbund år 1993 12 959 bussar i Sverige. Om man därifrån drar bort dels 3 916 bussar som ägs av företag med färre än tio bussar och som realistiskt sett inte kan lägga anbud över hela landet, utan huvudsakligen kör beställningstrafik och lägger lokala anbud, dels 3 918 bussar som direkt eller indirekt ägs av primärkommuner och landsting vilka inte får lägga anbud utanför kommunens eller landstingets område dels ock 18 bussar som ägs av Luftfartsverket och militären, återstår 5 107 bussar. Swebus, som vid denna tid ägdes av SJ, hade 2 720 bussar. Det ger en andel för Swebus på drygt 53 procent av det antal bussar som ägdes av företag som möjligen kunde lämna anbud över hela Sverige på linjetrafik med buss.

Om man i stället utgår från det totala antalet bussar i linjetrafik år 1993, som enligt statistik från Svenska Lokaltrafikföreningen var 7 608 stycken, och drar bort dels 2 249 bussar som körs i egen regi och som aldrig varit föremål för upphandling, dels 1 301 bussar som körs i trafik som varit föremål för upphandling och där ett kommunalt företag vunnit, återstår 4 058 bussar som var tillgängliga för att kunna lämna anbud. Av sådana bussar hade Swebus 2 082 stycken och det näst största företaget Linjebuss hade 751 stycken. Det ger en andel för Swebus på drygt 51 procent och för Linjebuss knappt 30 procent.

Enligt statistik i en examensuppsats från Handelshögskolan i Stockholm, där statistiken från Svenska Lokaltrafikföreningen korrigerats för vissa felkällor, ger en analys till resultat att Swebus andel blir knappt 57 procent och, om man inte gör något avdrag för det antal bussar som ägs av mindre företag, drygt 50 procent.

SJ hade alltså genom sitt ägande av Swebus en mycket stark ställning på bussmarknaden. På tågsidan hade SJ en monopolliknande ställning. Konkurrensverket menar att detta tillsammans med övriga omständigheter, exempelvis att SJ var mycket större än de andra företagen, hade monopol på närliggande marknader, hade möjlighet att samordna kollektivtrafiken och monopoltrafiken och kontrollerade en mängd oundgängliga resurser, innebär att SJ hösten 1993 var dominerande även på en marknad definierad som drift av kollektivtrafik på entreprenad med buss och tåg i Sverige.

Missbruk och underprissättning

Upphandlingen skedde i form av en s.k. förhandlingsupphandling. Utgångspunkten för bedömningen av om underprissättning skett eller inte måste vara det bud som SJ slutligen lämnade efter förhandlingarna med trafikhuvudmännen. Det är alltså det priset som skall jämföras med SJ:s kostnader. Eftersom underprissättning sker då SJ bestämmer sitt anbudspris, skall frågan om priset ligger under SJ:s kostnader avgöras med hänsyn till de förutsättningar i kostnadshänseende som SJ hade anledning att räkna med vid det tillfället. Det görs inte gällande att varje post i anbudet underprissatts utan fråga är om anbudet totalt sett har underprissatts.

Beträffande kostnaden för depåjänster görs, med ändring av vad som anfördes vid tingsrätten, gällande att kostnaden härför kan uppskattas till 300 000 kr. Beloppet har justerats med hänsyn till vad som framkom vid huvudförhandlingen vid tingsrätten och med hänsyn till tingsrättens bedömning av kostnaden av denna post. Justeringen får till följd att det belopp avseende fordonsunderhåll som Konkurrensverket gör gällande att SJ borde ha upptagit i anbudet således uppgår till 12 045 600 kr och att SJ således underskattat posten för fordonsunderhåll med ca 4 600 000 kr.

Beträffande kostnaden för ränta på rörelsekapital justeras den post som Konkursverket gör gällande att SJ borde ha räknat med till 180 000 kr. Justeringen sker bl.a. mot bakgrund av att SJ normalt kan antas ha 30 dagars kredit vid betalning till sina leverantörer vilket medför att SJ inte behöver ligga ute med hela det belopp som påstods vid tingsrätten.

Även kostnaden för underhåll för den anslutningstrafik till X2000 som SJ utförde skall justeras ned mot bakgrund av att en sådan justering skett beträffande underhållskostnaden för övrig trafik. Underhållskostnaden kan beräknas till 285 000 kr till följd att den kostnad som SJ borde ha tagit upp avseende anslutningstrafiken skall vara 627 000 kr.

De gjorda justeringarna innebär att den sammanlagda kostnad som SJ borde ha upptagit i anbudet uppgår till 33 856 000 kr jämfört med anbudspriset om 23 500 000 kr. Underprissättningen uppgår sålunda till 10 356 000 kr.

Fasta och rörliga kostnader

Beträffande uppdelningen mellan fasta och rörliga kostnader vidhåller Konkursverket att samtliga kostnader i projektet skall betraktas som rörliga. I andra hand skall kostnaderna analyseras med hänsyn till deras karaktär av att vara fasta eller rörliga på sätt tingsrätten gjort, vilket innebär att SJ:s anbud täckte 70 procent av de rörliga kostnaderna.

UTREDNINGEN I MARKNADSDOMSTOLEN

Samma personer som hördes vid tingsrätten har, med undantag för Lars Strömmer, hörts på nytt i Marknadsdomstolen. Parterna har även i Marknadsdomstolen åberopat omfattande skriftlig bevisning.

MARKNADSDOMSTOLENS SKÄL

I målet är fråga om SJ i samband med upphandlingen hösten 1993 av den s.k. Smålandstrafiken hade en dominerande ställning och, om så är fallet, huruvida SJ

genom underprissättning i sitt anbud uppsåtligt missbrukat denna ställning och därigenom ådragit sig skyldighet att betala konkurrensskadeavgift.

Relevant marknad och dominans

Tingsrätten har bedömt att den relevanta marknaden utgörs av drift av kollektiv persontrafik på järnväg på entreprenad i Sverige, varvid begreppet drift omfattar inte endast själva bemanningen av tågen utan även nödvändiga kringtjänster såsom service till allmänheten, underhåll av fordon, biljettförsäljning och liknande företeelser.

SJ har till en början anfört att kringtjänster inte kan ingå i en riktigt gjord avgränsning av den relevanta produktmarknaden i målet, eftersom det i det aktuella anbudsunderlaget inte ställdes några krav på kringtjänster, utöver underhållet. De kringtjänster som sköttes av SJ, liksom kringtjänster som en operatör kan köpa separat, t.ex. underhåll av fordonsparken, utgör enligt SJ egna produktmarknader och skall inte ingå i en riktigt bestämd produktmarknad. Enligt Marknadsdomstolens mening får, som Konkurrensverket anfört, uttrycket uppfattas så att det avser tjänster som faktiskt omfattas av entreprenaden och alltså ingår i driften av trafiken. I den mån så är fallet utgör tjänsterna en del av produktmarknaden. Det saknar betydelse i detta sammanhang om tjänsterna kan köpas eller kostnadsfritt tillhandahålls av någon annan än den som är ansvarig för driften av trafiken.

Som tingsrätten har anfört kan produktmarknaden i vid mening sägas bestå av en tjänstemarknad där trafikhuvudmän upphandlar kollektiv persontrafik. Trafikhuvudman är därvid antingen staten, när det gäller upphandlingen av den icke lönsamma järnvägstrafiken på stornätet, eller någon av de olika länstrafikhuvudmännen vid upphandling av regional länstrafik. På de skäl som tingsrätten anfört anser Marknadsdomstolen att statens och länstrafikhuvudmännens upphandling av kollektivtrafik får anses ingå i en och samma marknad.

SJ har i målet hävdade vad gäller val av fordon för att utföra driften av den kollektiva persontrafiken att såväl drift av busstrafik som drift av tågtrafik skall ingå i den relevanta produktmarknaden, eftersom det föreligger utbytbarhet mellan de båda tra-

fiktjänsterna både på efterfrågesidan och utbudssidan. Tingsrätten har vid sin bedömning funnit att tåg inte mer än i en ganska begränsad omfattning kan anses utbytbar mot buss och att kollektivtrafik med buss på entreprenad inte skall ingå i den relevanta marknaden. Särskilt mot bakgrund av att drift med tåg, såvitt framkommit, är avsevärt dyrare för trafikhuvudmannen och den långsiktighet som huvudsakligen präglar trafikhuvudmannens beslut att bedriva kollektivtrafik per tåg, kan det på goda grunder hävdas att trafik med tåg inte annat än i begränsad omfattning är utbytbar mot trafik med buss. Marknadsdomstolen delar tingsrättens bedömning att detta gäller oavsett om prövningen av utbytbarheten sker vid tidpunkten för det trafikpolitiska beslutet eller vid tidpunkten för själva upphandlingen. Beträffande utbytbarheten på utbudssidan har SJ invänt mot tingsrättens konstaterande att bussoperatörer normalt utan några större svårigheter kan lämna anbud även på tågtrafik men att tingsrätten ändå funnit att drift av kollektivtrafik med buss inte skall ingå i den relevanta marknaden, då en operatör som bedriver järnvägstrafik har svårare att på kort sikt ställa om eller ändra verksamheten till drift av busstrafik. Vad som skall bedömas är om en bussoperatör på kort sikt och utan väsentliga tilläggskostnader eller risker kan lämna anbud även på tågtrafik. Även om kostnaderna för en bussoperatör vid lämnandet av ett anbud på tågtrafik skulle bedömas som förhållandevis måttliga, måste en bussoperatör som inte redan tidigare bedriver tågtrafik vid anbudstillfället eller i samband med detta säkerställa tillgången på kompetens för att kunna utföra driften, inte minst vad gäller säkerhetsfrågor. Detta får anses medföra att en sådan aktör inte på kort sikt kan lämna seriösa anbud på drift av tågtrafik. Det måste också anses innebära en väsentlig ekonomisk risk för en aktör som tidigare inte är verksam på tågmarknaden att ge sig in på ett nytt område och även börja bedriva tågtrafik. Med hänsyn till det anförda finner Marknadsdomstolen att det får anses föreligga sådana skillnader mellan drift av busstrafik och tågtrafik att utbytbarheten mellan dessa trafiktjänster på utbudssidan endast är begränsad.

För det fall drift av kollektivtrafik på entreprenad med buss skulle befinnas inte ingå i den relevanta produktmarknaden har SJ gjort gällande att den relevanta marknaden utgörs av sådan drift av spårbunden kollektivtrafik på entreprenad där de fordon som skall användas i driften tillhandahålls av upphandlaren av driften. Enligt SJ:s mening skulle en sådan avgränsning innebära att statens upphandlingar

av olönsam trafik inte skall ingå i den relevanta marknaden. SJ stöder sig i denna del på uttalanden i prop. 1995/96:92 Nya förutsättningar för järnvägstrafiken, där det bl.a. sägs att regeringen för närvarande inte är beredd att vidta åtgärder som innebär att SJ skall ställa fordon till marknads förfogande. I en sådan situation skulle det behövas betydande investeringar av en utomstående anbudsgivare. Utredningen ger emellertid vid handen att de aktörer som vid den i målet aktuella tiden lade anbud på den olönsamma trafiken kunde räkna med att nödvändiga tågfordon ställdes till deras förfogande. Det saknas därför skäl att i detta sammanhang avgränsa marknaden på sätt som SJ har gjort gällande i denna del.

Den geografiska marknaden utgörs, på de skäl som tingsrätten har anfört, av Sverige i dess helhet. Som tingsrätten funnit saknas skäl att avgränsa marknaden till de sträckor som den aktuella upphandlingen avsåg. De avgöranden från EG-domstolen och Förstainstansrätten som SJ hänvisat till (EG-domstolens mål 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen m.fl. och Förstainstansrättens mål T-2/93, Air France) som stöd för att marknaden bör avgränsas till en viss linjesträckning avser fall där det varit fråga om konkurrens mellan olika aktörer som samtidigt trafikerat den aktuella sträckan. Dessa fall kan således inte tjäna till direkt ledning i målet. Inte heller finns skäl att, med hänsyn till att utländska operatörer år 1993 avgett anbud på tågtrafik i Sverige, bestämma den geografiska marknaden vidare än vad som tingsrätten har gjort.

Marknadsdomstolen delar således tingsrättens bedömning att den relevanta marknaden utgörs av drift av kollektiv persontrafik på järnväg på entreprenad i Sverige, varvid de tjänster som i det enskilda fallet faktiskt omfattas av entreprenaden ingår i driften. Även om en anbudsmarknads speciella karaktär kan ha betydelse för bedömningen av om ett företag på en sådan marknad kan anses ha en dominerande ställning i den mening som avses i 19 § KL får på de skäl som tingsrätten har anfört SJ år 1993 anses ha haft en dominerande ställning på den relevanta marknaden.

Fråga om underprissättning

Som tingsrätten anfört anses otillåten underprissättning vara för handen bl.a. när ett dominerande företag vid sin prissättning tillämpar priser som understiger företagets genomsnittliga rörliga kostnader. Vid sådant förhållande följer en presumtion för att det dominerande företaget haft till syfte att eliminera eller allvarligt försvaga en eller flera av sina konkurrenter. Samma bedömning gör sig gällande för det fall ett företag tillämpar en prispolitik som innebär att man inte får täckning för sina genomsnittliga totala kostnader för att tillhandahålla produkten i fråga, varvid det dock också krävs att det visas att prissättningen ingår som ett led i en plan att eliminera eller allvarligt försvaga konkurrenter.

I målet är fråga om en bedömning av om underprissättning skett på en anbudsmarknad. Anbudet avsåg drift av tågtrafik under fyra år och bedömningen av kostnaderna måste sålunda bygga på en prognos. Vid bedömningen av om underprissättning skett bör därför det slutliga anbudspriset, dvs. i detta fall det pris som SJ lämnade vid förhandlingarna med trafik huvudmannen, jämföras med de kostnader som SJ vid anbudstillfället hade anledning att räkna med. Det kan krävas att SJ vid sin beräkning av kostnaderna gjort en rimligt noggrann och realistisk kalkyl. En sådan kalkyl utgör utgångspunkten för Marknadsdomstolens bedömning av kostnaderna. De kostnadsposter och storleken av dessa som Konkurrensverket har gjort gällande att SJ skulle ha räknat med i anbudskalkylen utgör härvid ramen för Marknadsdomstolens prövning.

Parterna är i huvudsak ense om vilka kostnadsposter som skulle ha ingått i anbudet. Liksom vid tingsrätten har emellertid SJ bestritt att kostnader för försäkring, ränta på rörelsekapital, know-how och anslutning till X2000 skulle ha tagits upp i anbudet. Beträffande kostnaden för tågtelefoni är parterna ense om huruvida denna kostnad medtagits i SJ:s anbud och till vilket belopp denna post skulle ha upptagits.

När det gäller kostnaden för försäkring och räntekostnader gör Marknadsdomstolen inte någon annan bedömning än den som tingsrätten har gjort. Det innebär att ett belopp om 300 000 kr borde ha tagits upp för att täcka kostnaderna för försäk-

ring och att några särskilda kostnader avseende ränta inte behövt redovisas. Vad avser räntekostnaderna har i Marknadsdomstolen även framkommit att SJ vid betalning av sina leverantörer i allmänhet haft 30 dagars kredit vilket ger ytterligare stöd för att några räntekostnader inte behövt upptas. Beträffande kostnaden för tågtelefoni finner Marknadsdomstolen, i likhet med tingsrätten, att den kostnaden inte kan anses ha tagits med i SJ:s anbud. Det av SJ angivna beloppet, 150 000 kr, får anses vara ett rimligt belopp som SJ vid anbudstillfället hade att räkna med. När det gäller kostnaderna för anslutning till X2000 kan det noteras att erbjudandet om anslutningen lämnades under anbudsförhandlingarna och följaktligen utgjorde en kostnad som borde ha tagits upp i kalkylen för täckning av anbudskostnaderna. Även om överenskommelsen om en anslutning till X2000 till stor del kan betraktas som en marknadsföringsåtgärd i samband med introduktionen av X2000-trafiken och överenskommelsen, som det senare visade sig, kom att gälla endast ett år, får likväl anslutningen anses ha medfört en kostnad för SJ som åtminstone till en del borde ha tagits upp i kostnadskalkylen. Vad gäller know-how skall kostnaden för sådan know-how som SJ besitter och som kommer den nu aktuella entreprenaden till godo tas upp som en post i kalkylen. Den av Konkurrensverket förebringade utredningen medger dock inte någon slutsats om i vilken omfattning sådan know-how varit avsedd att användas i entreprenaden. Kostnaden härför kan sålunda inte anges till något visst belopp.

Beträffande energikostnaden har Konkurrensverket gjort gällande att SJ för att få täckning för denna kostnad borde ha räknat med ett totalt dieselpreis om minst 194,8 öre per liter, varav 4,8 öre avser administrations- och kapitaltillägg och 30 öre ett s.k. mackpåslag. Vidare har Konkurrensverket påstått att SJ haft att räkna med en dieselförbrukning om 0,76 alternativt 0,78 liter per km inklusive förbrukning för uppvärmning. Beräknat på 1 820 000 tågkm innebär det i båda fallen en kostnad om ca 2,7 miljoner kr.

SJ har i anbudet räknat med ett totalt dieselpreis om 160 öre per liter och en dieselförbrukning om 0,58 liter per km inklusive uppvärmning. Beräknat på 1 820 000 tågkm innebär det en kostnad om ca 1,7 miljoner kr vilken också var den kostnad som SJ tog upp i kalkylen för anbudet.

Beträffande dieselpriiset skiljer sig parternas beräkningar åt på så sätt att Konkurrensverket anser att SJ utöver själva dieselpriiset borde ha räknat med kostnader för administrations- och kapitaltillägg och ett mackpåslag. Av utredningen i målet framgår att SJ den 1 september 1993, dvs. omkring en och en halv månad innan SJ gav in det skriftliga anbudet, infört ett system innebärande att dessa kostnader skulle påföras dieselpriiset. SJ måste således anses ha haft kunskap om detta och borde i anbudet ha beräknat dieselpriiset inklusive de påslag som Konkurrensverket gjort gällande. SJ borde sålunda ha räknat med ett dieselpriis om 194,8 öre per liter för att erhålla täckning för sina dieselkostnader.

När det gäller dieselförbrukningen har Konkurrensverket gjort gällande att SJ hade att räkna med en förbrukning för enbart körning om 0,55 liter per km och en förbrukning för uppvärmning på 0,23 liter per km, totalt 0,78 liter per km. Enligt anbudsförutsättningarna skulle anbudspriset beräknas på ombyggda vagnar med ny motor och ny växellåda.

Av utredningen framgår att BK Tågs genomsnittsförbrukning, inklusive uppvärmning, var 0,80 liter per km 1991/1992, 0,79 liter per km 1992/1993 och 0,92 liter per km 1993/1994. Den sistnämnda, högre förbrukningen har av BK Tåg angetts bero på en kall vinter säsongen 1993/1994. Såvitt framkommit var 1991/1992 endast en vagn ombyggd och 1992/1993 endast tre vagnar av totalt 21. SJ har uppgett att deras erfarenhet var att icke ombyggda vagnar hade en förbrukning om 0,78 liter per km inklusive uppvärmning vid stillestånd. Det är ostridigt att den allmänna uppfattningen vid tiden för anbudet var att ombyggda vagnar förbrukade mindre diesel vid körning än icke ombyggda vagnar. Såvitt framkommit av en åberopad konsultrapport och en utvärdering av länsjärnvägen i Jönköpings län räknade BK Tåg med en lägre förbrukning för körning om ca 0,15 liter per km för ombyggda vagnar. Även om den tågplan som angavs i anbudsunderlaget skilde sig från den tågplan som tidigare tillämpats, har det inte framkommit att exempelvis uppvärmningskostnaden i någon beaktansvärd utsträckning skulle ha ökat. Konkurrensverket kan därför inte anses ha fog för uppfattningen att SJ vid anbudstillfället skulle ha räknat med en total dieselåtgång som i princip motsvarade åtgången för icke ombyggda vagnar.

Även med beaktande av att SJ:s underlag för beräkningen av dieselförbrukningen får anses bristfällig, får dock SJ vid tiden för anbudet anses ha haft fog för sin bedömning att dieselförbrukningen kunde beräknas uppgå till 0,58 liter per km inklusive uppvärmning vid stillestånd.

Det anförda innebär enligt Marknadsdomstolens mening att SJ borde ha räknat med en energikostnad, inklusive administrations- och kapitaltillägg samt mackpåslag, om i vart fall 2 miljoner kr för att få täckning för sina kostnader.

När det gäller frågan om kostnaderna för fordonsunderhåll har tingsrätten vid en försiktig bedömning funnit att SJ haft att räkna med en total kostnad om 11,3 miljoner kr. Vad som förevarit i Marknadsdomstolen ger inte anledning till någon annan bedömning än den som tingsrätten har gjort av den kostnadsnivå som SJ vid en rimligt noggrann och realistisk bedömning haft att räkna med för att erhålla kostnadstäckning.

Vad gäller kostnaderna för lokförare delar Marknadsdomstolen tingsrättens bedömning att det inte förefaller rimligt att den av SJ upptagna kostnaden skulle kunna täcka alla relevanta lönebikostnader och det oavsett om SJ haft fog för att lägga en ännu inte tillskapad organisation avseende lokförarna till grund för beräkningen eller inte. På de av tingsrätten anförda skälen skall i stället den av Konkurrensverket beräknade kostnadsnivån läggas till grund för bedömningen av vilka kostnader som SJ haft att räkna med för att erhålla kostnadstäckning.

Parterna är överens om beräkningen av kostnaderna för övernattning och administration. Marknadsdomstolen saknar anledning att göra någon annan bedömning av dessa kostnader än den som tingsrätten har gjort.

Sammanfattningsvis finner Marknadsdomstolen, i likhet med tingsrätten, att de kostnader för att utföra entreprenaden som SJ vid en rimligt noggrann och realistisk kalkyl haft att räkna med för att få täckning för sina anbudskostnader uppgår till drygt 30 miljoner kr, varav tågtelefonikostnad 0,15 miljoner kr, försäkringskostnad 0,3 miljoner kr, energikostnad 2 miljoner kr, kostnad för fordonsunderhåll 11,3 miljoner kr, lokförarkostnad 15,9 miljoner kr, administrationskostnad 0,5

miljoner kr och kostnad för övernattningar 0,5 miljoner kr. Härtill kommer viss kostnad för know-how och för anslutningen till X2000.

Rörliga och fasta kostnader

På sätt som tingsrätten har gjort kommer Marknadsdomstolen att i det följande använda termerna fasta respektive rörliga kostnader. De rörliga kostnader som skall bedömas är SJ:s särkostnader för den entreprenad som den aktuella upphandlingen gäller.

Tingsrätten har vid sin bedömning av om en kostnad har karaktären av att vara fast eller rörlig ansett att det relevanta perspektivet i allmänhet bör ta sin utgångspunkt i SJ Persontrafikdivision och således inte SJ-organisationen i dess helhet. Som skäl härför har tingsrätten anfört att SJ:s omorganisation innebar bl.a. att kostnader och intäkter skulle påföras särskilda enheter inom organisationen, som således skulle betraktas som självständiga resultatenheter och som i största möjliga utsträckning skulle vara organiserade och agera som vanliga konkurrensutsatta företag. Marknadsdomstolen finner emellertid att den omständigheten att en resultatenhet på grund av den interna organisationens utformning köper tjänster från en annan enhet inom samma företag inte i och för sig kan innebära att en kostnad som annars varit att bedöma som fast härigenom blir att bedöma som rörlig. Det går således inte att se SJ Persontrafikdivision som fristående från SJ i övrigt. Även med beaktande av det nu anförda finner Marknadsdomstolen emellertid inte skäl att bedöma fördelningen mellan fasta och rörliga kostnader på annat sätt än vad tingsrätten har gjort. Detta innebär att i vart fall 28 miljoner kr av den totala kostnad som SJ bort räkna med skall anses utgöra en rörlig kostnad. SJ:s anbud om 23,5 miljoner kr understeg således såväl de totala som de rörliga kostnader som SJ haft att räkna med för att få täckning för sina kostnader.

Frågor om missbruk och uppsåt m.m.

SJ har vid kalkyleringen av anbudet underskattat flertalet kostnadsposter och vissa poster har inte alls tagits med. Som helhet ligger anbudet betydligt under SJ:s rörliga kostnader. Av utredningen i målet framgår att anbudet granskats av ett flertal

personer inom SJ, vilka hade stor erfarenhet av att bedöma anbud och som var väl förtrodda med vilka kostnader som SJ hade vid den aktuella tiden. Det måste därför ha stått klart för SJ att det i anbudet angivna priset understeg SJ:s rörliga kostnader för entreprenaden.

Vid angivet förhållande föreligger som tingsrätten anfört en presumtion för att prissättningen skett i syfte att eliminera eller i vart fall allvarligt försvaga en eller flera konkurrenter. Det har inte framkommit något som tyder på att den tillämpade prissättningen skulle ha varit ägnad att tillgodose något legitimt affärsmässigt intresse eller syftat till annat än att eliminera eller allvarligt försvaga konkurrenterna. Marknadsdomstolen delar därför tingsrättens bedömning att presumtionen inte vederlagts av den av SJ förebringade utredningen.

SJ har invänt att underprissättning för att utgöra missbruk förutsätter en möjlighet att ta igen förlusten. Enligt Marknadsdomstolens mening ligger i förfarandet att prissätta under sina rörliga kostnader en bedömning att förfarandet medför fördel och att de förluster som en sådan prissättning för med sig senare skall kunna återhämtas. I målet är fråga om en relativt nyligen avreglerad marknad där få aktörer var verksamma hösten 1993. SJ hade på denna marknad en synnerligen stark ställning som SJ uppenbarligen önskade bevara. En prissättning av nu aktuellt slag riskerade att allvarligt skada den faktiska och potentiella konkurrensen. Genom SJ:s anbudsprissättning slogs BK Tåg ut vid upphandlingen och fick upphöra med sin verksamhet på den aktuella sträckan. Det har också funnits risk för att SJ vid kommande upphandlingar av tågtrafik helt skulle ha saknat eller i vart fall mött en kraftigt försvagad konkurrens, vilket skulle ha inneburit en möjlighet för SJ att kompensera förlusten vid den aktuella upphandlingen.

Mot bakgrund av vad som har anförts finner Marknadsdomstolen att SJ missbrukat sin dominerande ställning i strid mot förbudet i 19 § KL.

Såsom Konkurrensverket utformat sin talan krävs för att konkurrensskadeavgift skall kunna utdömas att SJ uppsåtligt överträtt förbudet i 19 § KL. SJ har bestritt att så är fallet och anfört bl.a. att konkurrensskadeavgift inte kan utdömas om fö-

retagets syfte att eliminera konkurrens fastställs genom en presumtion, eftersom ett presumerat uppsåt inte ryms inom ramen för tillämpningen av 26 § KL.

Enligt motiven till KL (prop. 1992/93:56 s. 92) fordras för att uppsåt skall anses föreligga ett avsiktligt handlande i syfte att begränsa konkurrensen eller som begås med vetskap om att följden blir konkurrensbegränsande. Marknadsdomstolen har funnit att SJ missbrukat sin dominerande ställning. För att konstatera att överträdelsen skett uppsåtligt är det, som tingsrätten anfört, tillräckligt att det visas att SJ inte kunde ha varit omedvetet om att det påtalade förfarandet begränsade konkurrensen. Enligt Marknadsdomstolens mening måste SJ ha insett att prissättningen i det av SJ lämnade anbudet riskerade att i vart fall allvarligt försvaga BK Tåg, som då bedrev tågtrafik endast i begränsad omfattning och som i det aktuella området investerat i egna anläggningar för underhåll, och att förfarandet härigenom hade en konkurrensbegränsande verkan. Vad SJ anfört om att uppsåt krävs i fråga om varje led i förfarandet eller för varje post i kalkylen saknar enligt Marknadsdomstolens mening fog.

Konkurrensskadeavgift

SJ har sålunda genom sitt förfarande ådragit sig en skyldighet att betala konkurrensskadeavgift. Beträffande avgiftens storlek har tingsrätten i den överklagade domen redovisat de skäl som lett fram till tingsrättens ställningstagande i frågan. Marknadsdomstolen finner inte anledning att göra någon annan bedömning än den som tingsrätten har gjort.

SJ:s överklagande skall således lämnas utan bifall.

Rättegångskostnader

Vid angiven utgång har SJ inte rätt till ersättning för sina rättegångskostnader i Marknadsdomstolen.

På Marknadsdomstolens vägnar

Staffan Laurén

Ledamöter : Staffan Laurén, Lars Jonson, Brita Swan och Anders Stenlund. Enhälligt

Sekreterare: Magnus Jonson

Rätt avskrivet intygar

Monica Stenderup