



MARKNADSDOMSTOLEN

DOM

2015:17

2015-11-17

Mål nr A 6/14

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE Stockholms tingsrätts, avdelning 5, dom den 9 maj 2014 i mål T 9245-12, bilaga

KLAGANDE ATV-MEDIA Aktiebolag, 556455-6917,
Kabelvägen 19D,
602 10 Norrköping
Ombud: Advokaten A-K H,
H. Advokatbyrå KB,
Grev Turegatan 13 A, 114 46 Stockholm

MOTPART Kommunalförbundet Mediecenter
Jönköpings län, 222000-1826,
Box 1027, 551 11 Jönköping
Ombud: Advokaten F. E.,
E. & H. AB,
Box 11478, 404 30 Göteborg

SAKEN Offentlig säljverksamhet

DOMSLUT

1. Marknadsdomstolen fastställer tingsrättens domslut.
2. ATV-MEDIA Aktiebolag ska ersätta Kommunalförbundet Mediecenter Jönköpings län dess rättegångskostnader i Marknadsdomstolen med åttiofyrtusen-trehundratjugosex kr (84 326 kr) kr, varav 82 875 kr för ombudsarvode.

YRKANDENATV-MEDIA

- 1 ATV-MEDIA Aktiebolag (ATV-MEDIA) har i första hand yrkat att Marknadsdomstolen, med ändring av tingsrättens dom, förbjuder Kommunalförbundet Mediecenter Jönköpings län (Kommunalförbundet) att bedriva säljverksamhet med att tillhandahålla varor och tjänster avseende AV-läromedel jämte utrustning därför:
 - a) överhuvudtaget, eller
 - b) till andra beställare än dess medlemmar, eller juridiska personer som medlemmarna direkt eller indirekt har ett dominerande inflytande över, genom ägarskap, finansiell medverkan, gällande regler eller på annat sätt och utanför förbundets geografiska område, och
 - c) säljverksamhet som väsentligen överensstämmer med sådan verksamhet.

- 2 Om Marknadsdomstolen anser att Kommunalförbundets säljverksamhet med att tillhandahålla varor och tjänster avseende AV-läromedel jämte utrustning inte ska bedömas som en verksamhet utan som ett förfarande har ATV-MEDIA i andra hand yrkat att Kommunalförbundet ska förbjudas att ägna sig åt förfarandet att bedriva säljverksamhet med att tillhandahålla varor och tjänster avseende AV-läromedel jämte utrustning därför:
 - a) överhuvudtaget, eller
 - b) till andra beställare än dess medlemmar, eller juridiska personer som medlemmarna direkt eller indirekt har ett dominerande inflytande över, genom ägarskap finansiell medverkan, gällande regler eller på annat sätt och utanför förbundets geografiska område, och
 - c) förfaranden som väsentligen överensstämmer med sådana förfaranden.

- 3 ATV-MEDIA har yrkat att Kommunalförbundet ska ha upphört med säljverksamheten senast tre månader från lagakraftvunnen dom eller sådan annan tidpunkt Marknadsdomstolen finner skälig.

- 4 ATV-MEDIA har vidare yrkat att förbudet ska förenas med vite om tre miljoner kronor eller annat kraftigt verkande vite.

- 5 ATV-MEDIA har också yrkat att Marknadsdomstolen, med ändring av tingsrättens dom, förpliktar Kommunalförbundet att dels stå sina egna rättegångskostnader i tingsrätten, dels ersätta ATV-MEDIA för dess rättegångskostnader i tingsrätten med 568 003 kr, varav 1 003 kr avser utlägg.
- 6 ATV-MEDIA har slutligen yrkat ersättning för rättegångskostnader i Marknadsdomstolen med 161 120 kr, varav 161 000 kr avser ombudsarvode.

Kommunalförbundet

- 7 Kommunalförbundet har bestritt ATV-MEDIA:s samtliga yrkanden.
- 8 Kommunalförbundet har yrkat ersättning för rättegångskostnader i Marknadsdomstolen med 84 326 kr, varav 82 875 kr avser ombudsarvode.

GRUNDER

- 9 Parterna har i Marknadsdomstolen åberopat följande till grund för talan, vilket i sak överensstämmer med vad de åberopat vid tingsrätten.

ATV-MEDIA

- 10 Det är i målet fråga om viss säljverksamhet ska förbjudas. Det är inte fråga om att förbjuda ett viss förfarande. Därmed är undantaget om försvarbarhet från allmän synpunkt i 3 kap. 27 § 2 stycket KL inte aktuellt.
- 11 En konkurrensnedvridande och/eller konkurrenshämmande säljverksamhet som inte är förenligt med lag är aldrig försvarbar från allmän synpunkt.
- 12 Tingsrätten skulle ha prövat den tvistiga frågan om säljverksamheten var förenlig med lag innan rätten gjorde den mer omfattande prövningen av om konkurrensbegränsningsrekvisitet är uppfyllt.
- 13 Kommunalförbundet är en offentlig aktör som bedriver säljverksamhet i KL:s mening. Kommunalförbundets tillhandahållande av AV-läromedel och AV-teknik till

kommuner som är medlemmar i Kommunalförbundet utgör konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet enligt 3 kap. 27 § KL.

- 14 Tingsrättens slutsatser beträffande den relevanta marknaden är felaktiga.
- 15 Det är visat att Kommunalförbundets säljverksamhet strider mot lag och att rekvisitet om konkurrensnedvridande och konkurrenshämmande effekter i 3 kap. 27 § 1 st. KL är uppfyllda. Tingsrätten borde därför rätteligen ha meddelat det yrkade förbudet.

Kommunalförbundet

- 16 Kommunalförbundets verksamhet utgör inte konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet enligt 3 kap. 27 § KL.
- 17 Kommunalförbundet delar tingsrättens bedömning att det är ATV-MEDIA som har bevisbördan för att konkurrensen begränsas på ett sådant sätt som krävs för att konfliktlösningsregeln ska vara tillämplig.
- 18 ATV-MEDIA:s påstående om antalet marknadsaktörer på den relevanta marknaden är inte riktigt. Inte heller är omställningsförmågan eller intresset av sådan omställning sådan att antalet privata aktörer på kort sikt skulle kunna utvidgas i någon större utsträckning.
- 19 Kommunalförbundets tillhandahållande av AV-läromedel och AV-teknik snedvrider inte och är inte heller ägnat att snedvrida förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden. Tillhandahållandet hämmar inte och är inte heller ägnat att hämma förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.
- 20 Även om Marknadsdomstolen skulle finna att Kommunalförbundets tillhandahållande av AV-läromedel och AV-teknik har en negativ påverkan på konkurrensen är tillhandahållandet försvarbart från allmän synpunkt och förenligt med kommunallagen.
- 21 Kommunalförbundet motsätter sig storleken på det yrkade vitet. Det är för högt i förhållande till Kommunalförbundets omsättning.

- 22 Skulle ett förbud meddelas måste Kommunalförbundet ges tid att avveckla befintliga åtaganden. Det är inte möjligt att upphöra med verksamheten inom den tid ATV-MEDIA angivit.

UTVECKLING AV TALAN

- 23 Parterna har till utveckling av sin talan vidhållit vad de anfört vid tingsrätten samt framhållit bl.a. följande.

ATV-MEDIA

Prövningsordningen och förenlighet med lag

- 24 Tingsrätten skulle ha prövat den tvistiga frågan om säljverksamheten var förenlig med lag innan rätten gjorde den mer omfattande prövningen av om konkurrensbegränsningsrekvisitet är uppfyllt. Även processekonomiska skäl talar för en sådan ordning.
- 25 Kommunalförbundets säljverksamhet avseende AV-läromedel jämte tillhörande utrustning är inte kompetensenlig vare sig enligt den allmänna kompetensregeln i 2 kap. 1 § eller enligt näringsförbudet i 2 kap. 7 § kommunallagen och den är därför inte förenlig med lag. I vart fall strider den del av Kommunalförbundets säljverksamhet som bedrivs i förhållande till andra beställare än dess egna medlemmar och utanför Kommunalförbundets geografiska område mot såväl näringsförbudet i 2 kap. 7 § som lokaliseringsprincipen i 2 kap. 1 § kommunallagen.

Relevant marknad

- 26 Tingsrättens slutsatser beträffande den relevanta marknaden är felaktiga. Tingsrätten har inte tillämpat bestämmelserna om avgränsning av den relevanta marknaden på ett korrekt sätt och har tillämpat ett orimligt högt beviskrav.
- 27 Trots att tingsrätten funnit att det var omöjligt att avgränsa den relevanta marknaden har tingsrätten ändå valt att pröva om konkurrensbegränsningsrekvisitet i 3 kap. 27 § första stycket KL är uppfyllt på den marknad som ATV-MEDIA gjort gällande är den relevanta marknaden. ATV-MEDIA har ingen invändning mot att tingsrätten valt att

tillämpa den marknadsdefinition som bolaget har gjort gällande. Förfaringssättet medför dock att det är oklart om ATV-MEDIA egentligen behöver göra den invändning mot domen som nu anförts.

- 28 Parterna är överens om att de är konkurrenter och det är klarlagt i målet att fyra av ATV-MEDIA:s tidigare kunder, som bolaget haft i många år, valt mellan att stanna kvar hos ATV-MEDIA eller byta till Kommunalförbundet och att de bytte till Kommunalförbundet på grund av framförallt dess större och bredare utbud av digitala AV-läromedel jämte support avseende teknisk utrustning. Innehållet i tjänsterna snarare än priset var sålunda avgörande för utbytbarheten på efterfrågesidan.
- 29 Ytterligare utredning och bevisning om utbytbarheten på efterfrågesidan och priselasticitet skulle inte ha tillfört något för att fastställa om parterna befinner sig på samma relevanta produktmarknad och därmed är konkurrenter.
- 30 Det är oklart vad tingsrätten menar med att ATV-MEDIA brustit i utredning och bevisning om marknadsförhållandena. Vad gäller den relevanta geografiska marknaden kan inte ses vad som hindrat tingsrätten från att avgränsa den i vart fall till att omfatta Jönköpings län och de kommuner och övriga län som Kommunalförbundet är verksamt i.

Konkurrenssnedvridande och konkurrenshämmande effekter

- 31 Vad gäller konkurrenssnedvridande och konkurrenshämmande effekter har tingsrätten funnit att Kommunalförbundet har ett antal fördelar som offentlig aktör och att förbundets tjänsteutbud är bredare än ATV-MEDIA:s utbud samt att båda dessa fördelar är av intresse och betydelsefulla för bedömningen av om konkurrensbegränsningsrekvisitet är uppfyllt. Tingsrätten konstaterar att fråga då är om Kommunalförbundet använt dessa fördelar för att begränsa konkurrensen och redogör för vad ATV-MEDIA gjort gällande i detta avseende. Detta är felaktigt.
- 32 Det är i målet fråga om viss säljverksamhet ska förbjudas och inte om att förbjuda ett förfarande. Därmed är undantaget om försvarbarhet från allmän synpunkt i 3 kap. 27 § andra stycket inte aktuellt.

- 33 Tingsrätten har i likhet med ATV-MEDIA funnit att Kommunalförbundet har konkurrensfördelar av framförallt direktbeställningar från medlemmarna och att verksamheten bedrivs utan avkastningskrav samt att förbundet teoretiskt kan ha fördel av möjligheterna att få förhandsinformation om kommande beställningar från sina egna medlemmar. Tingsrätten har emellertid tillämpat ett konkurrensbegränsningsrekvisit som inte är förenligt med rekvisiten i 3 kap. 27 § första stycket KL. Tingsrätten förefaller ha tillämpat konkurrensbegränsningsrekvisitet i 2 kap. 7 § KL om förbud mot missbruk av dominerande ställning, som inte är aktuellt i målet, istället för rekvisiten i 3 kap. 27 § första stycket KL.
- 34 ATV-MEDIA har inte gjort gällande att Kommunalförbundet använt nämnda fördelar för att begränsa konkurrensen. ATV-MEDIA har istället gjort gällande att Kommunalförbundet tack vare dess konkurrensfördelar under mycket lång tid lyckats bygga upp en överdimensionerad säljverksamhet, som enligt förbundet ingen annan kan driva. Kommunalförbundets blotta närvaro på den relevanta marknaden har därför fått undanträngningseffekter på sätt att;
- ATV-MEDIA inte kunnat konkurrera med förbundets utbud och priser i offentliga upphandlingar och därför avstått från att lämna anbud i sådana upphandlingar i konkurrens med Kommunalförbundet,
 - ATV-MEDIA har fått svårt att finansiera ett bredare och bättre utbud eftersom bolaget inte kunnat konkurrera med Kommunalförbundet i offentliga upphandlingar och därmed gått miste om nödvändiga försäljningsintäkter för sådana investeringar,
 - ATV-MEDIA har under loppet av drygt ett år mist fyra av fem kommunala kunder, som istället slutit avtal med Kommunalförbundet på grund av dess svårigheter att matcha Kommunalförbundets större och bättre utbud och att bolaget till följd härav fått svårt att expandera sin verksamhet/trängts undan av Kommunalförbundet och istället fått se en kraftigt försämrad försäljningsvolym med följd att man tvingats säga upp personal.
- 35 Tingsrättens slutsats att det var Kommunalförbundets fördel av ett bredare utbud och ATV-MEDIA:s mer begränsade utbud som orsakade ATV-MEDIA:s kundtapp är i och för sig korrekt. Tingsrättens slutsats att ATV-MEDIA:s mer begränsade utbud förelegat under en längre tid och att ATV-MEDIA:s kundtapp inte har orsakats av att

Kommunalförbundet utnyttjat sin ställning som offentlig aktör är ovidkommande och saknar stöd i konkurrensbegränsningsrekvisitet i 3 kap. 27 § första stycket KL.

- 36 Tingsrättens slutsats att det inte uppstått några konkurrensnedvridande eller konkurrenshämmande effekter på marknaden är felaktig. Sådana effekter behöver för övrigt inte ha uppstått utan det är tillräckligt att säljverksamheten i vart fall har varit ägnad att snedvrída eller hämma konkurrensen på ett sätt som varit av betydelse för konkurrenstrycket.
- 37 När det gäller rekvisitet att säljverksamheten i vart fall har varit ägnad att snedvrída eller hämma konkurrensen på ett sätt som varit av betydelse för konkurrenstrycket har tingsrätten funnit att ATV-MEDIA inte visat att Kommunalförbundets verksamhet är ägnad att snedvrída eller hämma konkurrensen. Tingsrätten har därvid anfört att inga andra privata aktörer, förutom en, tillhandahåller den mer inkluderande tjänst som förbundet säljer och att ett förbud därför skulle leda till att denna tjänst inte skulle kunna tillhandahållas på de platser som är aktuella i målet. Dessa skäl saknar stöd i konkurrensbegränsningsrekvisitet i 3 kap. 27 § första och tredje styckena KL. Skälen verkar snarare vara hämtade ur undantaget i 3 kap. 27 § andra stycket KL från förbud mot konkurrensnedvridande eller konkurrenshämmandeförfaranden om de är försvarbara från allmän synpunkt. Detta undantag är emellertid inte tillämpligt ifråga om förbud mot säljverksamheter som inte är förenliga med lag som det nu är fråga om.
- 38 Det är fråga om huruvida säljverksamheten har en sådan inriktning eller utformning som riskerar att hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens. Något märkbarhetskrav uppställs inte eftersom den grundläggande skillnaden mellan offentliga och privata aktörer, dvs. att de verkar under helt olika förutsättningar, i så fall inte kan beaktas fullt ut. Det räcker att effekterna har haft betydelse för konkurrenstrycket, vilket alltså inte innebär att de ska ha varit betydande.
- 39 Det kan enligt tingsrätten inte heller antas att konkurrenstrycket på marknaden är ägnat att öka vid ett förbud eftersom ATV-MEDIA inte visat att Kommunalförbundets agerande eller närvaro på marknaden inneburit eller skulle innebära ett hinder för konkurrenterna att utveckla ett motsvarande tjänsteutbud och på så sätt konkurrera om kunderna. Tingsrättens slutsats är felaktig.

- 40 Genom förhören i tingsrätten med företrädare för Kunskapsmedia AB, SLI Education AB och H. Film står det klart att många av de privata aktörerna som är verksamma både i detaljist- och grossistledet avhåller sig från att konkurrera med Kommunalförbundet och övriga offentliga aktörer i detaljistledet i de områden där de offentliga aktörerna är verksamma för att inte störa sin leverantör-kundrelation i grossistledet. Av såväl förhöret med företrädaren för SLI Education AB som den skriftliga bevisningen, vilken tingsrätten inte berört överhuvudtaget i domen, framgår att de sju delägarföretagen i Filmoteket AB gått samman i detaljistledet för att klara av att möta konkurrensen från Kommunalförbundet och de allt större kommunala aktörerna samt att de för detta ändamål även begränsar sina licenser till Kommunalförbundet geografiskt för att slippa konkurrens från förbundet, med dess konkurrensfördelar, i detaljistledet. Det är därför felaktigt, som tingsrätten funnit, att det inte framkommit att några andra aktörer än ATV-MEDIA anser att Kommunalförbundet begränsar konkurrensen.
- 41 Det står genom förhören i tingsrätten med företrädare för Kunskapsmedia AB, SLI Education AB och H. Film klart att många av Filmoteket AB:s och SDF:s medlemmar, som är verksamma både i detaljist- och grossistledet, inte kan konkurrera med större kommunala AV-mediacentraler i detaljistledet (i den mån AV-centralerna inte är kunder till dem i grossistledet i vilket fall intresse för konkurrens naturligtvis saknas) eftersom de inte har samma ekonomiska förutsättningar och kunderunderlag i form av direktbeställningar från medlemmarna i sådana AV-centraler, vilket i sin tur begränsar deras expansionsmöjligheter. Det står genom förhören med företrädarna för SLI Education AB och H. Film även klart att efterfrågan på kringtjänster, såsom råd och support när det gäller hur teknisk utrustning ska användas, varierar betänkligt mellan kunderna beroende på deras storlek och att de saknar den betydelse tingsrätten ansett dem ha och Kommunalförbundet gjort gällande.

Kommunalförbundet

Bevisbörda m.m.

- 42 Kommunalförbundet delar tingsrättens konstaterande att det är ATV-MEDIA som har bevisbördan för att konkurrensen begränsas på sätt som krävs för att konfliktlösnings-

regeln ska bli tillämplig. Kommunalförbundet delar också tingsrättens uppfattning att de brister som föreligger i utredningen bör falla tillbaka på ATV-MEDIA.

- 43 Det är sålunda ATV-MEDIA som fullt ut bär bevisbördan för att förutsättningarna för att tillämpa konfliktlösningsregeln är uppfyllda. Hur högt beviskravet ska ställas måste i viss mån sättas i relation till vilka ingripande konsekvenser ett förbud skulle få för den offentliga aktören.

Marknaden

- 44 Användandet av AV-läromedel fordrar teknisk kunskap som läraren i många fall inte besitter. Kringtjänsterna är därmed ofta den direkta förutsättningen för att AV-läromedlen och AV-tekniken ska fylla någon funktion i undervisningen. AV-mediacentralsverksamheten är en komplex och sammansatt tjänst som ställer krav på såväl pedagogisk som teknisk kunskap.
- 45 Parterna är överens om att ett stort antal offentliga aktörer är verksamma på marknaden för AV-mediacentralstjänster samt att de två privata AV-mediacentraler som idag är verksamma på marknaden, ATV-MEDIA och SLI Education AB, båda ursprungligen har drivits i offentlig regi.
- 46 AV-mediacentralsverksamhet är att betrakta som traditionell och typisk kommunal verksamhet.
- 47 Av de övriga privata aktörer som ATV-MEDIA menar är verksamma på samma produktmarknad som Kommunalförbundet är så gott som samtliga endast innehållsproducenter, även om några av dem i och för sig själva tillgängliggör sina eller Utbildningsradions utbildningsfilmer genom egna strömningsverktyg. Bolagen uppfyller inte heller kundernas önskemål avseende utbud, distributionsmöjligheter m.m. Inget av dessa bolag är därför att betrakta som verksamma på samma relevanta marknad som Kommunalförbundet.
- 48 Av vittnesförhören i tingsrätten med företrädare för Filmoteket och Kunskapsmedia samt H. Film framkom att dessa bolag saknar intresse av att vara verksamma på

marknaden för AV-mediacentraltjänster, delvis på grund av höga omställningskostnader för att kunna erbjuda pedagogiska kringtjänster.

ATV-MEDIA:s förmåga att konkurrera

- 49 ATV-MEDIA:s svårigheter att sälja bolagets tjänster har varit orsakade av interna förhållanden hos ATV-MEDIA. Potentiella kunder har uppfattat bolagets tjänster som undermåliga, vilket har berott på bolagets bristfälliga utbud, att utbudet är ålderstiget, att bolagets tekniska lösningar för strömmande media är omoderna och att bolaget saknar tillräcklig förmåga att distribuera film i fysiska kopior.
- 50 Att så är fallet styrks bl.a. av förhören i tingsrätten med kundansvarig på Kommunalförbundet ITSAM, samt med företrädare för Kommunalförbundet, SDF och ATV-MEDIA. Av förhören framgår också att dessa brister förelåg redan innan ITSAM:s medlemskommuner sa upp avtalen med ATV-MEDIA och har alltså inte uppstått som ett resultat av dessa uppsägningar.

Förenlighet med lag och försvarbarhet

- 51 Kommunalförbundets AV-mediacentralsverksamhet är av allmänt intresse eftersom det är fråga om en kollektiv nytting vars behov bäst tillgodoses i offentlig regi. Verksamheten tillhör inte det egentliga näringslivets område.
- 52 Eftersom de tekniska och kunskapsmässiga förutsättningarna skiljer sig åt mellan olika skolor och pedagoger ser behoven av teknik och fortbildning olika ut. På en del skolor efterfrågas exempelvis film och annan media i fysiska kopior medan andra skolor efterfrågar strömmande media.
- 53 Vad gäller Kommunalförbundets försäljning till andra än dess medlemskommuner rymms denna inom den så kallade anknytningskompetensen och är således förenlig med kommunallagen. Oaktat frågan om anknytningskompetens utgör det externa tillhandahållandet av AV-mediacentraltjänster tillåten kommunal samverkan.

Konkurrenssnedvridande och konkurrenshämmande effekter

- 54 Det är inte tillräckligt att ATV-MEDIA endast gör gällande att Kommunalförbundet genom sin ställning som offentlig aktör i största allmänhet skulle gynnas på marknaden. ATV-MEDIA måste också visa att Kommunalförbundets eventuella fördelar också haft en faktisk påverkan på konkurrensen på ett sådant sätt som omfattas av konfliktlösningsregelns räckvidd. Detta har ATV-MEDIA inte förmått göra.

BEVISNING

Parterna har i Marknadsdomstolen åberopat samma bevisning som vid tingsrätten.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser m.m.*

- 55 Enligt 3 kap. 27 § första stycket KL får staten, en kommun eller ett landsting förbjudas att i en säljverksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § första stycket tillämpa ett visst förfarande, om detta snedvrider, eller är ägnat att snedvrیدا, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. Förbud får enligt paragrafens andra stycke inte meddelas för förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt.
- 56 En kommun eller ett landsting får enligt 3 kap. 27 § tredje stycket första meningen KL även förbjudas att bedriva en viss säljverksamhet i fall som avses i första stycket. En sådan verksamhet får dock enligt tredje stycket andra meningen inte förbjudas, om den är förenlig med lag.
- 57 Av 3 kap. 28 § KL framgår att det som sägs i 27 § gäller även ett förfarande eller en verksamhet i en annan juridisk person om staten, en kommun eller ett landsting direkt eller indirekt har ett dominerade inflytande över den juridiska personen genom ägarskap, finansiell medverkan, gällande regler eller på annat sätt. Det som sägs om staten, en kommun eller ett landsting tillämpas då på den juridiska personen.

- 58 Prövningen av en offentlig säljverksamhet bör enligt förarbetena till 3 kap. 27 § KL på sätt tingsrätten redovisat ha sin utgångspunkt i beteendets långsiktiga verkningar på förutsättningarna för en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden. Frågan är om konkurrenstrycket på marknaden ökar, eller är ägnat att öka, eller om det minskar, eller är ägnat att minska, genom det aktuella beteendet (prop. 2008/09:231 s. 36 f.). Det är således konkurrensen på vad som i konkurrensrätten betecknas som den relevanta marknaden som ska bedömas.
- 59 Den relevanta marknaden måste således fastställas för att det ska vara möjligt att avgöra huruvida beteendet i fråga påverkar förekomsten av, eller fara för, negativa effekter av någon betydelse för konkurrensen. Marknadsdomstolen gör i denna del i allt väsentligt samma överväganden som tingsrätten när det gäller utgångspunkterna vid fastställandet av den relevanta marknaden.
- 60 Marknadsdomstolen har tidigare slagit fast att det är den som påstår att det förekommer en verksamhet som strider mot konkurrensreglerna i 3 kap. 27 § KL som har bevisbördan för att förutsättningarna föreligger att förbjuda säljverksamheten (se MD 2015:12 punkt 62). Det åligger därvid ATV-MEDIA att styrka såväl hur den relevanta marknaden är avgränsad som att det föreligger sådana omständigheter som kan påverka konkurrensen på ett negativt sätt. Huruvida den offentliga säljverksamheten i fråga påverkar eller är ägnad att påverka konkurrensen på ett negativt sätt är rättsfrågor som avgörs på grundval av dessa sakförhållanden.

Prövningsramen; verksamhet eller förfarande

- 61 Marknadsdomstolen konstaterar, i likhet med tingsrätten, att Kommunalförbundet är en s.k. offentlig aktör, att dess verksamhet är av ekonomisk och kommersiell natur och att det är fråga om en viss säljverksamhet som avses i 3 kap. 27 § tredje stycket första meningen KL.

Prövningsordningen

- 62 ATV-MEDIA har i Marknadsdomstolen gjort gällande att tingsrätten skulle ha prövat den tvistiga frågan om säljverksamheten var förenlig med lag innan rätten gjorde den mer omfattande prövningen av om det s.k. konkurrensbegränsningsrekvisitet i 3 kap.

27 § första stycket KL var uppfyllt. I detta mål uppkommer frågan om förenlighet med lag till följd av Kommunalförbundets rättsinvändning härom till grund för talan.

- 63 Marknadsdomstolen konstaterar att en utgångspunkt är att domstol har frihet att pröva svarandens invändningar i den ordning domstolen finner vara lämplig. Endast om en prövning i viss ordning kan påverka domens rättsliga betydelse är domstolen bunden av svarandens rangordning av invändningar (se Per Olof Ekelöf m.fl., Rättegång, femte häftet, åttonde uppl. s. 238 och Peter Fitger m.fl., Rättegångsbalken s. 17:10 a).
- 64 Vid bifall till Kommunalförbundets yrkande om att käromålet ska ogillas skulle domens rättsliga betydelse vara densamma oavsett vilken av bolagets invändningar som ligger till grund för domslutet. Marknadsdomstolen är därför fri att pröva frågorna i målet i den ordning som domstolen finner vara lämplig. Marknadsdomstolen finner i detta fall att det är lämpligt att pröva frågorna i målet i den ordning som tingsrätten gjort.

Relevant marknad

- 65 ATV har gjort gällande att den relevanta produktmarknaden utgörs av försäljning av tjänster och varor avseende AV-läromedel jämte utrustning därför till slutkunder. Kommunalförbundet har gjort gällande att den relevanta produktmarknaden utgörs av tillhandahållande av AV-läromedel, den teknik och det teknikstöd som behövs för användning av AV-läromedel samt det pedagogiska stöd som behövs för användningen av AV-läromedel.
- 66 Som tingsrätten konstaterat innefattar marknaden tillhandahållande av AV-läromedel. Denna del av utbudet på marknaden – som innefattar försäljning av tjänster och varor avseende AV-läromedel – måste, som tingsrätten funnit, betraktas som den viktigaste delen oberoende av varu- eller tjänstebudet i övrigt. Men frågan är, som tingsrätten varit inne på, huruvida kunderna främst efterfrågar AV-läromedel i form av film, och i så fall om det är fråga om strömmad eller fysiskt distribuerad film, eller om efterfrågan inbegriper teknik och teknikstöd jämte pedagogiska tjänster som behövs för användning av AV-läromedel och vilken teknik och vilka tjänster det i så fall närmare är fråga om.

- 67 ATV-MEDIA har dock, så som tingsrätten konstaterat, inte framlagt någon närmare utredning om kunders preferenser eller uppgifter om vilka priser som tillämpats för olika produkter eller hur efterfrågans priselasticitet ser ut. ATV-MEDIA har därmed inte visat att den relevanta produktmarknaden är begränsad till försäljning av tjänster och varor avseende AV-läromedel jämte utrustning därför till slutkunder på det sätt som bolaget gjort gällande. Vid dessa förhållanden är annat inte visat än att marknaden omfattar tillhandahållande av AV-läromedel, den teknik och det teknikstöd som behövs för användning av AV-läromedel samt det pedagogiska stöd som behövs för användningen av AV-läromedel på det sätt som Kommunalförbundet anfört.
- 68 Enligt vad utredningen visar varierar kvaliteten och bredden på produktutbudet mellan olika aktörer. Utredningen ger vid handen att det finns såväl offentligt ägda som enskilda aktörer som tillhandahåller AV-läromedel i form av film. Enligt vad utredningen visar kan dessa aktörer tillhandahålla strömmad film, låt vara med delvis olika tekniska lösningar. Det är emellertid inte närmare utrett vilka olika tekniska lösningar som används eller vilken betydelse detta förhållande har. Inte heller är närmare utrett vilken kapacitet olika aktörer har att möta den efterfrågan som finns på fysiskt distribuerad film. Och det saknas utredning som belyser i vilken mån det skulle vara möjligt för de som idag har begränsningar i sina möjligheter att distribuera film att tillgodose den efterfrågan som finns.
- 69 Vad gäller tillhandahållande av teknik och teknikstöd i övrigt samt pedagogiska tjänster är inte närmare utrett vilka aktörer som i nuläget kan erbjuda produkter av detta slag. J. A. har dock uppgivit att privata aktörer snabbt och utan väsentliga tilläggskostnader eller risker kan ställa om sin verksamhet för att möta efterfrågan på ett mer omfattande tjänsteutbud, vilket stöds av vad M. P. H. omvittnat. Att det skulle förhålla sig på detta sätt motsägs emellertid, som framgår av tingsrättens dom av förhören med O. B. och M. H., vilka uppgivit att det skulle vara förknippat med stora kostnader och risker att ställa om produktionen för att bli en AV-mediacentral samt att de för sin del saknar intresse av att göra en sådan omställning.

- 70 Det är sålunda inte klarlagt vilka aktörer som i nuläget kan möta en efterfrågan på ett mer omfattande tjänsteutbud. Inte heller är visat att de som i nuläget saknar förmåga att erbjuda efterfrågade produkter kan ställa om sitt utbud för att möta en efterfrågan av detta slag utan väsentliga kostnader eller risker. Sammantaget ger utredningen därmed inte någon tydlig bild av vilka aktörer som kan tillhandahålla vad på den aktuella produktmarknaden. Med hänsyn härtill och till den oklarhet som finns i utredningen om kunders preferenser m.m. (se ovan punkt 67) saknas tillräckliga hållpunkter för att fastställa en geografisk marknad. Det är därmed inte heller möjligt att bedöma om den verksamhet som Kommunalförbundet bedriver har sådan påverkan eller är ägnad att ha sådan påverkan av betydelse på konkurrensen som förutsätts för att meddela ett förbud enligt 3 kap. 27 § tredje stycket första meningen KL.
- 71 På grund av det anförda ska ATV-MEDIA:s överklagande i sak lämnas utan bifall.

Rättegångskostnader

- 72 Vid den nu angivna utgången ska ATV-MEDIA ersätta Kommunalförbundet för rättegångskostnad såväl vid tingsrätten som i Marknadsdomstolen.
- 73 Marknadsdomstolen finner vid en samlad bedömning att den av Kommunalförbundet yrkade ersättningen vid tingsrätten respektive i Marknadsdomstolen får anses vara skälig.

På Marknadsdomstolens vägnar



Per Carlson

Ledamöter: Per Carlson, ordförande, Karin Lindell, Jonas Häckner och Matilda Orth.

Enhälligt

Sekreterare: Elisabeth Sundlöf