

En annan tågordning

– bortom järnvägsknuten

Bilagedel med underlagsrapporter

*Slutbetänkande av
Utredningen om järnvägens organisation*

Stockholm 2015



STATENS OFFENTLIGA
UTREDNINGAR

SOU 2015:110

SOU och Ds kan köpas från Wolters Kluwers kundservice.
Beställningsadress: Wolters Kluwers kundservice, 106 47 Stockholm
Ordertelefon: 08-598 191 90
E-post: kundservice@wolterskluwer.se
Webbplats: wolterskluwer.se/offentligapublikationer

För remissutsändningar av SOU och Ds svarar Wolters Kluwer Sverige AB
på uppdrag av Regeringskansliets förvaltningsavdelning.

Svara på remiss – hur och varför.

Statsrådsberedningen, SB PM 2003:2 (reviderad 2009-05-02)

En kort handledning för dem som ska svara på remiss. Häftet är gratis och kan laddas ner
som pdf från eller beställas på regeringen.se/remisser

Layout: Kommittéservice, Regeringskansliet.

Omslag: Elanders Sverige AB.

Omslagsidé: Gunnar Alexandersson.

Tryck: Elanders Sverige AB, Stockholm 2015.

ISBN 978-91-38-24396-1

ISSN 0375-250X

Innehåll

Bilaga 7	Gränssnittet avtalad och kommersiell trafik Rapport av Lars Henriksson	7
Bilaga 8	De statliga företagens roll – samhällsuppdrag till SJ AB Rapport av Lars Henriksson.....	57
Bilaga 9	Samspel och samverkan angående gemensamma risker Rapport av Lars Henriksson.....	91
Bilaga 10	Relationen mellan kommersiell och upphandlad subventionerad trafik på den avreglerade svenska järnvägsmarknaden Rapport av Staffan Hultén.....	125
Bilaga 11	Transaktionskostnader, rätlinjighetskostnader och transitionskostnader under den svenska järnvägens avreglering och omreglering 2000–2015 Rapport av Staffan Hultén.....	165
Bilaga 12	Scenarioanalys för järnvägens framtida utveckling Rapport av Staffan Hultén.....	209

Bilaga 13 Fordon vid Sveriges järnvägar 2014 – Analys av Transportstyrelsens fordonsregister Rapport av Bo-Lennart Nelldal.....	229
Bilaga 14 Person- och godstransporter 2014–2030–2050 – Prognoser för framtida järnvägstrafik Rapport av Bo-Lennart Nelldal och Jakob Wajsman.....	369
Bilaga 15 Godstransportmarknaden på järnväg Rapport av Inge Vierth och Magnus Landergren	581

Gränssnittet avtalad och kommersiell trafik

Lars Henriksson

Professor i rättsvetenskap, jur. dr, civ. ek. DHS

Handelshögskolan i Stockholm

Innehållsförteckning

Sammanfattning	11
1 Allmänt om uppdraget	12
2 Rättskällor och regleringar om kollektivtrafik	13
3 Gällande rätt om regional kollektivtrafik i Sverige.....	17
3.1 Marknaden i allmänhet för kollektivtrafik i Sverige	17
3.2 Regleringen av regional kollektivtrafik i Sverige.....	19
3.2.1 Trafikförsörjningsprogrammet såsom rättslig grund för intervention.....	20
3.3 Beslut om allmän trafikplikt inom ramen för trafikförsörjningsprogrammet	23
3.3.1 RKM:s befogenheter	24
3.3.1.1 Inskränkning 1: Befogenheten kopplad till visst geografiskt område.....	25
3.3.1.2 Inskränkning 2: Befogenheten kopplad till viss funktion.....	26
3.3.2 Sammanfattning om RKM:s befogenheter	33
4 Frågan om inskränkning i RKM:s befogenhet gällande samspelet med kommersiell kollektivtrafik	33
4.1 Särskilt om proportionalitetsbedömningen i utformningen av beslut om allmän trafikplikt	38
4.1.1 Sammantagen bedömning av proportionalitet vid samspelet mellan samhällsstödd och kommersiell regional kollektivtrafik	46
4.2 Överväganden om rättssäkerhet och proportionalitet vid beslut om allmän trafikplikt	47

5	Övriga legala aspekter på samspelet mellan kommersiell och samhällsstödd trafik	49
5.1	Förenlighet med den konkurrensrättsliga konfliktlösningsregeln.....	52
6	Behovet av kompletterande reglering	54

Sammanfattning

Trafikförsörjningsprogrammet utgör den rättsliga basen och därtill den yttre gränsen för utformningen av beslut av allmän trafikplikt för regional kollektivtrafik. När programmet är fastställt blir nästa fråga om och i så fall hur det behövs samhällsstödd trafik, vilket i så fall sker inom ramen för ett beslut om allmän trafikplikt. Allmän trafikplikt vilar på förutsättningen att behovet i kvalitativt eller kvantitativt hänseende inte helt eller delvis tillgodoses av befintlig kommersiell trafik.

Den allmänna befogenheten hos regionala kollektivtrafikmyndigheter (RKM) att fatta beslut om allmän trafik baseras först och främst på trafikförsörjningsprogrammet, som ger de yttre gränserna för utformningen av beslut om allmän trafikplikt. Vidare begränsas befogenheten till just regional kollektivtrafik, vilken ska tillfredsställa behovet av vardagsresor. Sådana resor kan definieras såväl i geografiska som funktionella hänseenden och inverkar inskränkande på RKM:s befogenhet att fatta beslut om allmän trafikplikt. Härutöver finns frågan vilka skyldigheter som RKM har att ta hänsyn till förekomsten av kommersiell trafik som omfattas av trafikförsörjningsprogrammet och i vad mån detta inverkar begränsande på befogenheten.

Enligt gällande rätt förutsätts ett samspel mellan samhällsstödd och kommersiell trafik vid utformandet av beslut om allmän trafikplikt. Särskilt viktigt får även anses vara att beslut om allmän trafikplikt inte innebär en opåkallad eller obehövlig negativ belastning av samhällsekonomin, ej heller att befintlig kommersiell trafik drabbas av stora förluster, utan att åtminstone de samhälleliga vinsterna därav uppväger nackdelarna. I vart fall måste även allmänna proportionalitetsöverväganden iakttas.

I rättslig mening är det olämpligt att bortse från (inskränkande) skyddsbestämmelser som endast uttryckts i förarbetena. I vart fall är det av stor vikt att beakta sådana överväganden i utformningen av beslut om allmän trafikplikt när dessa klart påverkar proportionalitetsbedömningen. Obefintligheten av inskränkningar i lagtexten kan inte tas till intäkt för skönsmässighet gällande befogenheten att fatta marknadsingripande beslut. I stället ska möjligheten att ingripa i marknaden göras restriktivt och bör i vart fall göras i enlighet med målsättningarna med regleringen. Under alla omständig-

heter kan en myndighet inte fatta beslut som lagligen ankommer på andra myndigheter.

Intresset av att beakta samspelet mellan kommersiell och samhällsstödd regional kollektivtrafik är tydligt i förarbetena. Förekomsten av tvister gällande detta samspel talar tydligt för behovet av förtydligande lagstiftning i enlighet med vad regeringen tidigare förutskickat i motiven.

1 Allmänt om uppdraget

Uppdraget omfattar att göra en närmare studie av hur det nya regelverket om kollektivtrafik på järnväg ser ut och hur det kan tolkas, med särskild hänsyn till gränssnittet mellan samhällsstödd och kommersiell trafik. Utredningen avser bl.a. mandatet och rättigheterna för olika aktörer, inklusive vilket skydd som en kommersiell aktör har mot potentiellt konkurrerande samhällsköpt trafik. Analysen omfattar vidare i vilken utsträckning trafikplikt kan införas utan beaktande av hur kommersiellt driven trafik kan anses vara tillfyllest för utförande av trafik enligt upprättade trafikförsörjningsprogram, eventuellt med tilläggsköp i form av turtäthet eller andra serviceegenskaper. Härutöver kommer den eventuella problematiken med statsstöd att behandlas.

Analysen kommer i det följande att göras med utgångspunkt i gällande rätt. Utredningen kommer därigenom att utföras med hänsyn till de rättsliga gränser enligt gällande regelverk, och med beaktande av rättskällorna enligt en vedertagen rättsdogmatisk metod, som gäller vid utformandet av beslut om allmän trafikplikt. I detta kommer alltså inte att behandlas huruvida konsekvenserna av detta bör eller ska föranleda en förändring av gällande regelverk, eftersom detta i allt väsentligt är en rättspolitisk fråga. Det hindrar dock inte att jag kommer att påvisa brister i lagstiftningen.

Huvudfrågan i förevarande fall gäller vilka rättsliga gränser som finns för regional kollektivtrafik myndighet i utformandet av beslut om allmän trafikplikt när sådana beslut direkt eller indirekt påverkar befintlig kommersiell trafik. Frågeställningen kommer att behandlas genom en inledande analys av tillämpliga bestämmelser innefattande det EU-rättsliga systemet för interregional och regional kollektivtrafik, betydelsen av trafikförsörjningsprogram, beslut om

allmän trafikplikt. Därefter kommer en utredning att göras om gränserna för myndighetens befogenheter i allmänhet, varefter detta ställs i förhållande till samspelet med kommersiell trafik. Utredningen kommer även att innefatta en översiktlig rättslig bedömning av nuvarande beslut om allmän trafikplikt i mälardalsregionen. Avslutningsvis kommer behovet av kompletterande reglering att utredas.

2 Rättskällor och regleringar om kollektivtrafik

Kollektivtrafik anses utgöra en del av gemensamma transportpolitiken inom EU. I enlighet med artiklarna 91 och 109 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) samt enligt lagstiftningsförfarandet i artikel 294 har gemensamma bestämmelser införts gällande väsentliga delar av kollektivtrafik¹ genom EU:s kollektivtrafikförordning (KolltrF).² Det konstateras att kollektivtrafik utgör tjänster av allmänt ekonomiskt intresse enligt artikel 14 FEUF och att företag som anförtros att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse enligt artikel 106.2 FEUF ska vara underkastade reglerna i funktionsfördraget – särskilt konkurrensreglerna – i den mån detta inte hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Vidare framhålls att artikel 93 FEUF föreskriver att stöd är förenligt med fördragen, om det tillgodoser behovet av samordning av transporter eller om det innebär ersättning för allmän trafikplikt. Artikel 93 är *lex specialis* i förhållande till artikel 106.2 FEUF.

Kollektivtrafiken är sålunda föremål för överstatlighet och det finns ett gemenskaps-intresse att harmonisera lagstiftningen i syfte att reducera osäkerheten i fråga om kollektivtrafikföretagens rättigheter och skyldigheter – främst vad gäller hur avtal om allmän trafik ska tilldelas och när det krävs ett konkurrensutsatt anbudsförfarande. Det är från EU emellertid inte fråga om en full harmonisering av kollektivtrafik i allmänhet, utan endast vissa, för EU:s

¹ Med *kollektivtrafik* avses persontransporttjänster av allmänt ekonomiskt intresse som erbjuds allmänheten fortlöpande och utan diskriminering.

² Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70, EUT L 315, 3.12.2007, s. 1–13 (härefter; ”Kollektivtrafikförordningen”), artikel 2 e.

vidkommande, centrala aspekter som har en unionsdimension. Sålunda regleras på EU-nivå inte mer i detalj, t.ex. relationen mellan kommersiell och samhällsstödd trafik på lokal nivå.

I KolltrF anges särskilt att det från gemenskapsrättslig synpunkt saknas betydelse om kollektivtrafik tillhandahålls av offentliga eller privata företag. I stället är KolltrF grundad på neutralitetsprincipen i fråga om egendomsordningen enligt artikel 345 FEUF, principen om medlemsstaternas rätt att fritt utforma tjänster av allmänt ekonomiskt intresse enligt artikel 14 FEUF samt subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna enligt tilläggsprotokoll nr. 2 (preambeln p. 12).

KolltrF reglerar alltså inte explicit samspelet mellan kommersiell och samhällsstödd kollektivtrafik på nationell nivå. I stället nämns att ett flertal landbaserade person-transporttjänster av allmänt ekonomiskt intresse i dag inte kan tillhandahållas kommersiellt. Medlemsstaternas behöriga myndigheter bör i det hänseendet kunna *ingripa* för att se till att *dess*a tjänster tillhandahålls (preambeln, p. 5). Det förutsätts emellertid i direktivet att det ena trafikutbudet inte utesluter det andra, vilket följer direkt av definitionen av allmän trafikplikt, nämligen att en sådan plikt avser ”krav som en behörig myndighet definierar eller fastställer för att sörja för kollektivtrafik av allmänt intresse *som ett kollektivtrafikföretag inte skulle ha något eget kommersiellt intresse av att bedriva* utan att få ersättning, eller åtminstone inte i samma omfattning eller på samma villkor.” (artikel 2, KolltrF). Det saknas dock mera utförliga bestämmelser om när och under vilka förutsättningar allmän trafikplikt ska införas av behörig myndighet och är sålunda en fråga som i enlighet med subsidiaritetsprincipen regleras på nationell nivå – för Sveriges vidkommande genom lagen (2010:1065) om kollektivtrafik (KolltrL).

Tillägget i artikel 2 i KolltrF om att det saknas kommersiellt intresse att bedriva kollektivtrafik är viktigt främst i de fall när det existerar befintlig kommersiell kollektivtrafik. Ett ingripande från det allmänna med beslut om allmän trafikplikt kan nämligen påverka möjligheterna för sådana kommersiella aktörer att dels bedriva fortsatt verksamhet, men även möjligheterna att använda och nyttja egendom. I så måtto aktualiseras den EU-rättsliga proportional-

itetsprincipen, men även överväganden om egendomsskydd enligt rättighetsstadgan.³

Det svenska regelverket består främst av KolltrL, men även av förordningen (2011:1126) om kollektivtrafik. Regelverket kompletteras av Transportstyrelsens föreskrifter och allmänna råd (TSFS 2012:2) om anmälningsskyldighet och trafikantinformation.

Unionsreglerna gör ingen skillnad mellan olika former av kollektivtrafik på järnväg och väg vad gäller geografisk eller funktionell indelning, ej heller om det ska finnas en eller flera myndigheter med rättighet att ingripa på kollektivtrafikmarknaden. KolltrF möjliggör i stället att det på nationell nivå finns en eller flera behöriga myndigheter (offentliga organ eller grupp av offentliga organ) med befogenhet att ingripa *inom ett givet geografiskt område*. Området kan vara nationellt och om det inte är det blir den behöriga myndighetens *behörighetsområde* i stället lokalt, d.v.s. en behörig lokal myndighet har endast rätt enligt den nationella rätten att ingripa inom ett från nationsgränserna avgränsat område. Hur en sådan geografisk avgränsning sker är dock en fråga för medlemsstaterna.

I Sverige regleras genom KolltrL i princip endast de behöriga *lokala* myndigheternas verksamhet och den kollektivtrafik som bedrivs inom sådana områden. Sålunda hänvisas i 5 § KolltrL att kollektivtrafik i allmänhet är den trafik såsom den definieras i KolltrF.

I förarbetena till KolltrL framhålls att det tidigare fanns en tydlig skillnad även mellan lokal och regional kollektivtrafik, alltmedan samhällsförändringarna har medfört att en sådan skillnad har minskat kraftigt och att det numera kan ifrågasättas om det alls existerar en skillnad dem emellan. Sedermera har det växt fram en större gråzon mellan å ena sidan lokal och regional kollektivtrafik och å andra sidan s.k. *interregional kollektivtrafik*. Detta har inte minst kommit till uttryck genom att resandet med tågtrafik som initieras och subventioneras av de tidigare trafikhuvudmännen ökat påtagligt och att allt längre resor, t.ex. till arbetet, har blivit möjliga att passa in i vardagen.⁴ Kollektivtrafik är sålunda i allmänhet en föränderlig till sin natur.

³ Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, EUT C 326, 26.10.2012, s. 391–407.

⁴ Prop. 2009/10:200, s. 31.

Vad gäller långväga – eller kanske mer korrekt benämnt – interregional kollektivtrafik på väg eller järnväg anförs i motiven att det (synbarligen åtminstone för närvarande) saknas skäl för ett offentligt ingripande med subventioner och att det i enligt med målsättningarna för transportpolitiken bör vara så att denna kollektivtrafik så långt möjligt bör drivas på kommersiella villkor.⁵ Detta innebär att staten likafullt kan ingripa för att säkerställa trafik till t.ex. glest befolkade områden, men i princip endast för att *komplettera* ett kommersiellt utbud där tydliga tillgänglighetsbrister finns och att marknaden inte förmår lösa detta⁶. Med tanke på den växande gråzonen finns det ett ständigt behov av samordning mellan regionala myndigheter och staten för utformningen av ett totalt sett optimalt transportsystem. Grunden för samordningen ligger i anmälningskyldigheten enligt 4 kap 1 § KolltrL som ett kollektivtrafikföretag⁷ har om företaget avser bedriva kommersiell kollektivtrafik. Anmälan görs till berörda regionala kollektivtrafikmyndigheter (RKM).

Det eventuella behov av subventionering av interregional kollektivtrafik som må finnas i enskilda fall har synbarligen inte ansetts vara i behov av särskild reglering i Sverige – här gäller i stället KolltrF:ns bestämmelser direkt. Sålunda ankommer det på staten (i nu aktuellt fall; genom Trafikverket) att hantera sådan interregional eller långväga kollektivtrafik som tidigare hanterades av den numera nedlagda myndigheten Rikstrafiken. Den svenska regleringen fokuserar följdriktigt på lokal eller regional kollektivtrafik. Numera görs ingen åtskillnad dem emellan och denna form av kollektivtrafik benämns numera endast *regional kollektivtrafik* (6 § KolltrL). Med sådan trafik avses dels trafik inom ett län, och dels, om den sträcker sig över flera län, trafik som med avseende på trafikutbudet huvudsakligen är ägnad att tillgodose resenärernas behov av arbetspendling eller annat vardagsresande och som med hänsyn till sitt faktiska nyttjande tillgodoser ett sådant behov.

⁵ Prop. 2009/10:200, s. 32 f. Se även prop. 1997/98:56, bet. 1997/98:TU10, rskr. 1997/98:266.

⁶ Prop. 2009/10:200, s. 32 f.

⁷ Med *kollektivtrafikföretag* avses i EU-rätten och svensk rätt ett offentligt eller privat företag, eller en offentlig eller privat företagsgrupp, som bedriver kollektivtrafik, eller ett offentligt organ som tillhandahåller kollektivtrafiktjänster. Jfr artikel 2.d KolltrF.

3 Gällande rätt om regional kollektivtrafik i Sverige

3.1 Marknaden i allmänhet för kollektivtrafik i Sverige

På marknader där verksamheten är förbehållen för det allmänna, eller där det inte finns några kommersiella aktörer aktualiseras inte problemställningar som rör sam-spelet mellan det allmännas och enskilda aktörers verksamheter på marknaden. Många verksamheter har tidigare karaktäriserats av nationella legala eller de facto monopol (telekom, post, energi, transporter). Orsakerna till dessa förhållanden är varierande, men gemensamt för branscher där liberalisering sker är till att börja med att enskildas verksamhet tillåts. I de allra flesta fall innefattar liberaliseringsåtgärder även en successiv avveckling av det allmännas eller någon monopolists särskilda ensamrätter för att slutligen ersättas med marknadslösningar. Bevekelsegrunderna för detta har ofta sin grund i effektiviseringssträvanden och att öka konsumentnyttan genom ett bättre, billigare och större utbud av varor och tjänster. Det är tillika vanligt att det allmänna fortsätter sin närvaro i många branscher genom ägande av företag, med skillnaden att de i förhållande till monopolordningar efter liberaliseringen verkar på samma villkor som alla andra aktörer.

Åtgärder från det allmänna som syftar till en återgång från liberaliserade marknader är rättsligt långt svårare än att liberalisera. I allmänhet är det långt mindre problematiskt i rättsligt hänseende att ge tillstånd eller rättigheter än att återkalla tillstånd och inskränka rättigheter för enskilda. Anledningen till detta ligger inte minst i att det direkt eller indirekt innebär att enskilda (företag, fysiska personer m.fl.) hindras i sin näringsutövning, tvångsmässigt kan förlora egendom samtidigt som det kan negativt påverka handeln mellan medlemsländer inom EU. Reverseringsåtgärder är förvisso inte omöjliga att genomföra, men de rättsliga kraven knutna till angelägna allmänna intressen, egendomsskydd och näringsfrihet och framför allt reglerna om fri rörlighet inom EU måste därvidlag vara uppfyllda. I praktiken kan detta många gånger vara förenligt med så stora svårigheter att det inte är genomförbart.

Reverseringsåtgärder syftande till återgång till monopol måste skiljas från andra åtgärder som påverkar förutsättningarna för verksamhet, t.ex. skärpningar eller lättnader i det allmänna regelverket. Rättsliga krav på skilda former av återkommande besiktningar är ett exempel på detta. Vid ändringar i sådana regelverk påverkas utan

tvivel företag som genomför sådan verksamhet i konkurrens med varandra. Vid en avveckling av systemet kan marknaden utraderas, dock inte på grund av förbud utan på grund av frånvaron av efterfrågan. Det finns ingen skyldighet för det allmänna att tillhandahålla vare sig efterfrågan på produkter eller tjänster eller att upprätthålla regelverk som ger upphov till verksamheter. Det är inte detta som näringsfriheten är ägnad att skydda.

Järnvägsmarknaden i Sverige karaktäriseras av en mycket långtgående liberalisering. Det är sålunda fritt för envar att bedriva verksamhet på spåren – allt under hänsynstagande till kvalitativa och säkerhetsmässiga krav samt fördelningsregler om tillgången till infrastruktur. Beslut om allmän trafikplikt ändrar som utgångspunkt inte den ordningen.

En konsekvens av liberaliseringen av järnvägsmarknaden är att det i dag förekommer såväl kommersiell som samhällsinitierad kollektivtrafik. Dessa trafikslag opererar på delvis olika villkor, men tillfredsställer i allt väsentligt samma efterfrågan, huvudsakligen undantaget långväga kollektivtrafik som inte utgör vardagsresande. Som ska utvecklas nedan har KolltrF och KolltrL gett RKM utvidgade befogenheter, vilket potentiellt sätt kan påverka den befintliga kommersiella trafiken.

Beroende av hur långtgående besluten om allmän trafikplikt är kan de ytterst utradera hela passagerarunderlaget för den kommersiella trafiken genom att utbudssituationen ändras. I formell mening är det förvisso under sådana omständigheter inget som hindrar tågoperatörer att fortsätta verksamheten, men i praktiken kan myndighetens beslut få till följd att effekterna blir snarlika ett verksamhetsförbud. Huruvida ett sådant beslut av myndighet är förenligt med gällande rätt är bl.a. beroende av

- a) myndighetens befogenhet i allmänhet att fatta beslut om allmän trafikplikt;
- b) myndighetens skyldighet att i beslutsutformningen ta hänsyn till den kommersiella trafiken;
- c) om åtgärden som följer av beslutet är proportionerlig i förhållande till det allmänna intresse den är ägnad att uppnå.

Det framgår av förarbetena att det funnits *oklarheter* om hur kollektivtrafik som etablerats av de offentliga trafikhuvudmännen

skulle förhålla sig till sådan trafik som initierats på kommersiella grunder. Enligt regeringen fanns det ett intresse av att minska det allmännas bundenhet till administrativa gränser utan att detta skulle äventyra den interregionala kollektivtrafikmarknaden. Den senare, som bl.a. omfattar långväga tågresor, ansåg regeringen i första hand skulle vara kommersiell. Huruvida den regionala trafiken eller trafiken inom ett och samma län skulle vara kommersiell eller samhällsinitierad, eller hur och om en fördelning mellan sådana trafikutbud skulle ske tas dock inte upp i vare sig förarbetena eller i lagstiftningen. I stället talas om möjligheterna att knyta ihop vardagsresande över länsgränser och intresset av att förenkla definitionen av kollektivtrafik inom ett och samma län.⁸

I detta hänseende lyfter regeringen fram ett uppenbart dilemma. Å ena sidan gäller att resenärerna har ett intresse av att kunna resa såväl gällande arbets- och vardagsresor som längre resor. Å andra sidan förefaller det svårt att upprätthålla strikta gränser för regionala resor och att det därigenom behöver finnas en nödvändig balans mellan skilda resmöjligheter. Härtill kvarstår svårigheten att lösa fördelningen mellan samhällsstödd och kommersiell trafik.⁹

3.2 Regleringen av regional kollektivtrafik i Sverige

Syftet med KolltrF är att fastställa *hur* de behöriga myndigheterna kan ingripa på området för kollektivtrafik för att se till att det tillhandahålls tjänster av allmänt intresse som bland annat är tätare, säkrare, av bättre kvalitet eller billigare än vad den fria marknaden skulle kunna erbjuda. Därför fastställs i KolltrF *på vilka villkor* de behöriga myndigheterna, *när* de ålägger eller ingår avtal om allmän trafikplikt, ger kollektivtrafikföretagen ersättning för ådragna kostnader och/eller beviljar ensamrätt som motprestation för fullgörande av allmän trafikplikt.

⁸ Se prop. 2009/10:200 s. 56.

⁹ Prop. 2009/10:200 s. 58.

3.2.1 Trafikförsörjningsprogrammet såsom rättslig grund för intervention

Det allmännas intervention i den regionala kollektivtrafiken utgår ifrån bestämmelserna om trafikförsörjningsprogram i KolltrL 8–15 §§. Ett sådant program ska regelbundet fastställa, och vid behov uppdatera, RKM:s *mål* för den regionala kollektivtrafiken. Genom att programmet utgör grunden för besluten som fattas gäller en samrådsskyldighet med RKM i angränsande län, övriga berörda myndigheter, organisationer, kollektivtrafikföretag samt företrädare för näringsliv och resenärer. Programmet ska enligt 10 § KolltrL innehålla en redovisning av

1. *behovet* av regional kollektivtrafik i länet samt *mål* för kollektivtrafikförsörjningen,
2. *alla former* av regional kollektivtrafik i länet, både trafik som bedöms kunna utföras på kommersiell grund och trafik som myndigheten avser att ombesörja på grundval av allmän trafikplikt,
3. åtgärder för att skydda miljön,
4. tidsbestämda mål och åtgärder för anpassning av kollektivtrafik med hänsyn till behov hos personer med funktionsnedsättning,
5. de bytespunkter och linjer som ska vara fullt tillgängliga för alla resenärer, samt
6. omfattningen av trafik enligt lagen (1997:736) om färdtjänst och lagen (1997:735) om riksfärdtjänst och grunderna för prissättningen för resor med så-dan trafik, i den mån uppgifter enligt dessa lagar har överlåtits till den regionala kollektivtrafikmyndigheten.

Trafikförsörjningsprogrammet ger sålunda uttryck för vad RKM vill åstadkomma med den regionala kollektivtrafiken och behovet å ena sidan, och å andra sidan hur och i vilken grad dessa i utgångsläget tillfredsställs av befintlig trafik (allmän och kommersiell). Det är uppenbart att programmet är avsett att vara den grund på vilket efterföljande beslut om allmän trafikplikt fattas. Därigenom utgör det basen för myndighetens överväganden om mål och medel. Pro-

grammet säger dock inget om hur målen och behoven ska uppnås mera i detalj, än mindre av vilken operatör.

Av rena effektivitetsskäl torde det även vara uppenbart att ett delsyfte med programmet är att identifiera de områden eller sträckor där det allmänna inte behöver intervensera. Alldeles oavsett om verksamheten sedermera avgiftsfinansieras fullt ut är det normalt opåkallat att ingripa där marknaden redan fungerar tillfredsställande. Intervention på sträckor där kommersiell trafik inte bär sig ekonomiskt, eller där det allmänna av skilda skäl vill se ett bättre/större/förändrat utbud är alltså grunden för att RKM blir huvudman på sådana sträckor. En inte ovanlig situation är alltså att RKM vill komplettera utbudet, vilket då sker inom ramen för ett beslut om allmän trafikplikt på sådana sträckor och för sådan trafik som avses. I sammanhanget är det viktigt att notera att samhällsinitierad och kommersiell trafik påverkar varandras förutsättningar. Även om endast kompletterande trafik omfattas av trafikplikten kan det likafullt ge överspillningseffekter på kommersiell trafik. Det synes sålunda finnas skäl att nogsamt överväga effekterna av beslut om allmän trafikplikt.

Det ligger som utgångspunkt ytterst i det allmännas privilegium att bestämma om hur den regionala kollektivtrafiken ska gestalta sig i slutänden i dess egenskap av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. Regelverket hindrar alltså inte att trafikförsörjningsprogrammet anger ett behov som vida överstiger vad kommersiell trafik kan bära ekonomiskt. Hindret i det avseendet ligger snarare vilken total subvention som det allmänna är beredd att ikläda sig för sådan regional kollektivtrafik. Rena effektivitetsskäl talar däri- genom för det – måhända implicita – behovet av effektiv verksamhet och hushållning med allmänna medel, och att försiktighet därmed bör iaktas i beslutsutformningen som potentiellt skadar existerande kommersiell trafik. Frågan blir därför hur RKM kan fatta beslut om allmän trafikplikt särskilt i situationer där det finns kommersiell trafik som kan påverkas av beslutet. De rättsliga ramarna för detta ska utvecklas i det följande.

Den rättsliga betydelsen av trafikförsörjningsprogrammet för RKM:s verksamhet framgår tydligt i förarbetena. Där framhålls den allmänna utgångspunkten att alla allmänna trafikplikter *måste*

gå att härleda ur trafikförsörjningsprogrammet.¹⁰ Härav följer motsatsvis att om trafikplikterna inte går att härleda ur programmet saknar de i allt väsentlig rättslig grund.

Vad gäller olika transportsätt framhöll regeringen i förarbetena vikten av att trafikförsörjningsprogrammen skulle bli trafikslagsövergripande och omfatta *såväl* upphandlad som kommersiell trafik. För att uppnå detta var det, enligt regeringen, viktigt att föra ett resonemang om vilken trafik som skulle anses behöva upphandlas och vilken trafik som RKM bedömde kunna tillhandahållas av befintlig eller tillkommande kommersiell trafik. Samspelet dem emellan är alltså av väsentlig betydelse.

Det är i sammanhanget av vikt att notera att trafikförsörjningsprogrammet uppenbarligen inte var avsett att tjäna som någon form av kravunderlag, vilket i ett senare skede skulle formalistiskt skulle kunna förutsättas endast uppfyllas genom allmän trafikplikt. I stället var ett av huvudsyftena med programmet att tjäna som informationsunderlag till operatörer och andra intressenter om hur RKM ser på den långsiktiga utvecklingen och var inom ramen för programmet som det allmänna avser upphandla trafik. Regeringen betonar att trafikförsörjningsprogrammet därigenom även har till syfte att tjäna som underlag för de investeringar som ska göras av kommersiella kollektivtrafikföretag. Vidare gäller att trafikförsörjningsprogrammet utgör själva basen för eventuell allmän trafikplikt och alltså är en omistlig del av RKM:s utredningsskyldighet.¹¹

Sammantaget utgör trafikförsörjningsprogrammet den rättsliga basen och därtill den yttre gränsen för utformningen av beslut av allmän trafikplikt. När programmet är fastställt blir nästa fråga om och i så fall hur det behövs samhällsstödd trafik, vilket i så fall sker inom ramen för ett beslut om allmän trafikplikt.

¹⁰ Se prop. 2009/10:200, s. 69.

¹¹ Se prop. 2009/10:200, s. 47, 69.

3.3 Beslut om allmän trafikplikt inom ramen för trafikförsörjnings-programmet

Med *allmän trafikplikt* på järnväg och väg avses enligt KolltrF ett krav som en behörig myndighet definierar eller fastställer för att sörja för kollektivtrafik av allmänt intresse som ett kollektivtrafikföretag inte skulle ha något eget kommersiellt intresse av att bedriva utan att få ersättning, eller åtminstone inte i samma omfattning eller på samma villkor.

Befogenheter för behöriga myndigheter (lokala inkluderade) enligt KolltrF omfattar enligt 3 kap. lagen (2010:1065) om kollektivtrafik (KolltrL) rätten att besluta om allmän trafikplikt. Behörig beslutsfattare är enligt 3 kap. 1 § KolltrL den regionala kollektivtrafikmyndigheten (RKM), vilken även efter överenskommelsen med en eller flera andra RKM får fatta beslut inom myndigheternas gemensamma område. Beslutet får enligt samma lagrum endast avse regional kollektivtrafik.

Den svenska bestämmelsen reglerar sålunda endast *vem* som får fatta beslut om allmän trafikplikt. Enligt förarbetena gäller att RKM genom bestämmelsen har att dokumentera den trafik som ska åstadkommas genom ett formligt beslut, d.v.s. sedermera beslut om allmän trafikplikt. Beslutet kan överklagas av den som på kommersiell grund tillhandahåller eller avser att tillhandahålla kollektivtrafiktjänster som berörs av trafikplikten (6 kap. 2 § KolltrL).

Överklagandebestämmelsen är följdriktig eftersom här särregleras kretsen av klagoberättigade, vilken gäller i stället för den allmänna klagorätten enligt 22 § förvaltningslagen. Att det är just dessa personer som är berättigade motiveras inte minst av att det är deras kommersiella verksamhet som kan komma att påverkas om den samhällsstödda trafiken kommer till stånd. I motiven anges även därutöver att möjligheten till samverkan mellan olika berörda myndigheter även kan bli föremål för laglighetsprövning enligt kommunallagen.¹²

Regeringen framhöll att det inte är nödvändigt att ett beslut om allmän trafikplikt omfattar all trafik som RKM enligt trafikförsörjningsprogrammet avser att själv tillhandahålla eller upphandla. Det är därför möjligt att besluta om trafikplikterna successivt, eller som komplement till ett tidigare fattat länsomfattande beslut. Det

¹² Se prop. 2009/10:200 s. 123.

ankommer därvidlag på RKM att bestämma omfattningen av den trafik som blir föremål för ett beslut om allmän trafikplikt.¹³

Som utgångspunkt gäller att RKM:s befogenhet är *territoriellt begränsad* i enlighet med 2 kap. KolltrL. Att beslut om trafikplikten enligt 3 kap. 1 § KolltrL kan omfatta mer än ett län utgör enligt motiven en utvidgning av RKM:s territoriella befogenhet. Möjligheterna till länsgränsöverskridande trafikplikt begränsas emellertid av det måste finnas en överenskommelse mellan samtliga berörda RKM om såväl utformningen som finansieringen av trafiken.¹⁴

Den territoriella begränsningen förefaller i tekniskt hänseende naturlig i anledning av att mera långväga resor svårare kan klassificeras som vardagsresor eller arbetspendling. Det finns därför av denna anledning ett samband med rent geografisk-tekniska förutsättningar för den regionala kollektivtrafiken. Långväga trafik är i sig inte ägnad att tjänstgöra som vardagsresor eller arbetspendling, varför den i stället tillgodoser andra transportbehov än den regionala kollektivtrafiken gör. Att sådana resor likafullt är kollektivtrafik i allmän mening ändrar inte på detta förhållande.

3.3.1 RKM:s befogenheter

Syftet med gällande regler om kollektivtrafik på EU-nivå är, som ovan nämnts, att fastställa *på vilket sätt* som de RKM kan *ingripa* på området för kollektivtrafik för att se till att det tillhandahålls tjänster av allmänt intresse som bl.a. är tätare, säkrare, av bättre kvalitet eller billigare än vad den fria marknaden skulle kunna erbjuda. I KolltrF fastställs sålunda de *villkor*, på vilka de behöriga myndigheterna, när de ingår avtal om allmän trafikplikt, ger kollektivtrafikföretagen ersättning för ådragna kostnader och/eller beviljar ensamrätt som motprestation för fullgörande av allmän trafikplikt (artikel 1.1 KolltrF).

Det framgår vidare, enligt KolltrF, att kollektivtrafiken på järnväg medför särskilda problem när det gäller investeringarnas storlek och infrastrukturkostnaderna. Syftet med KolltrF är emellertid att upprätta en rättslig ram för ersättning och/eller ensamrätt för avtal

¹³ Prop. 2009/10:200 s. 118–119.

¹⁴ Prop. 2009/10:200 s. 119.

om allmän trafik och *inte* att ytterligare öppna marknaden för järnvägstrafik (skäl 25).

Det har redan konstaterats att RKM är behörig myndighet att fatta beslut om allmän trafikplikt. Därefter är det relevant att klargöra var gränserna går för myndigheternas befogenheter. En ledande inskränkning och att beslut därom måste baseras på vissa geografiska och funktionella kriterier.

3.3.1.1 *Inskränkning 1: Befogenheten kopplad till visst geografiskt område*

I KolltrL har vissa presumtionsregler tagits in och enligt 1 kap. 6 § p. 1 gäller i geografiskt hänseende att med regional kollektivtrafik avses sådan kollektivtrafik som till att börja med äger rum *inom ett län*. Detta innebär att RKM, måhända märkligt nog, har en skyldighet att förutsätta att all trafik inom den administrativa geografiska indelningen i form av länsgränserna ska förutsättas vara vardagsresor eller arbetspendling – till synes oaktat storleken på länet. Att så är fallet i de geografiskt mindre länen, eller där transportinfrastrukturen är utformad så att den är ägnad för vardagsresor synes detta från ändamålssynpunkt inte utgöra något problem. Däremot kan självfallet diskuteras lämpligheten *de lege ferenda* att definitionen tillämpas på samma sätt i alla län i anledning av att det säkerligen kan diskuteras att huruvida alla resor inom ett och samma län verkligen utgör vardagsresor.

Skillnaderna i länsstorlek och de olika geografiska/topografiska och demografiska förutsättningarna ger vid handen att en enkel tvådimensionell gränsdragning kopplad till administrativa nationsindelningar svårigen är lämplig som allennarådande kriterium för att avgöra om en kollektivtrafik är regional eller ej. Märkligt nog har lagstiftaren icke desto mindre fäst avseende vid detta i fastställandet av RKM:s minsta befogenhet, men eftersom regional kollektivtrafik även kan vara extraterritoriell i förhållande till länsindelningar krävs ett kompletterande kriterium. I det hänseendet är utöver länsindelningarna viktigt att beakta resandets funktion.

3.3.1.2 Inskränkning 2: Befogenheten kopplad till viss funktion

Efter hänsyn till Lagrådets synpunkter har begreppet regional kollektivtrafik utvidgats i *funktionellt hänseende* genom bestämmelsen 1 kap. 6 § p. 2 KolltrL, enligt vilket stadgande begreppet även innefattar sådan kollektivtrafik som, om den sträcker sig över flera län, med avseende på trafikutbudet huvudsakligen är ägnad att tillgodose resenärernas behov av arbetspendling eller annat vardagsresande och som med hänsyn till sitt faktiska nyttjande tillgodoser ett sådant behov. Härvidlag finns sålunda en utvidgad befogenhet som inte knyts till geografiska gränser, utan i funktionellt hänseende när det gäller trafik utanför länsgränserna.

Det finns alltså i KolltrL en inskränkning i den *funktionella befogenheten*. Beslut om allmän trafikplikt får således endast avse regional kollektivtrafik, såsom denna definieras i 1 kap. 6 § KolltrL, d.v.s. sådan trafik som äger rum inom ett län eller, om den sträcker sig över flera län, den med avseende på trafikutbudet huvudsakligen är ägnad att tillgodose resenärernas behov av arbetspendling eller annat vardagsresande och som med hänsyn till sitt faktiska nyttjande tillgodoser ett sådant behov. Det måste sålunda till att börja med vara fråga om just kollektivtrafik, d.v.s. persontransporttjänster av *allmänt ekonomiskt intresse* som erbjuds allmänheten fortlöpande och utan diskriminering.¹⁵ Argumentationsvis skulle många transportformer kunna anses ha ett allmänt ekonomiskt intresse (här obegränsat till all form av kollektivtrafik) men inom ramen för de kompetenser som tilldelats RKM gäller alltså därutöver att kollektivtrafiken måste vara regional.

Mot bakgrund av Lagrådets kritik av den oprecisa definitionen av begreppet regional kollektivtrafik har regeringen i förarbetena tagit fram vissa *hjälpkriterier* för att avgöra om en viss kollektivtrafik kan anses vara just regional i funktionell mening. Enligt förarbetena bör därför bedömningen grunda sig såväl på det *utbud* av kollektivtrafiktjänster som erbjuds och på det *faktiska resandet* (efterfrågan).¹⁶ Att det finns ett ömsesidigt växelspel mellan utbud och efterfrågan torde vara uppenbart i så måtto att såväl storleken, omfattningen och utformningen av trafikutbudet som resandet

¹⁵ Artikel 2 a) Kollektivtrafikförordningen.

¹⁶ Prop. 2009/10:200 s. 59.

påverkas av varandra. Det är emellertid viktigt att konstatera att regeln avseende den funktionella befogenheten utgör en inskränkning i RKM:s möjlighet att fatta beslut om allmän trafikplikt genom att trafikutbud eller resande som inte är betingat att tillgodose det aktuella behovet av vardagsresande eller arbetspendling inte får omfattas av RKM:s beslut om allmän trafikplikt. RKM saknar nämligen behörighet att fatta beslut om sådant resande (om det inte sker inom ett och samma län). Med behörighet avses här alltså möjligheten för RKM att alls ingripa genom beslut om allmän trafikplikt och med befogenheten vad myndigheten inom ramen för sin behörighet kan besluta om.

Det har under många år förts en diskussion om hur å ena sidan den kollektivtrafik som etableras av de offentliga trafikhuvudmännen och å andra sidan trafik som initieras på kommersiella grunder ska förhålla sig till varandra. För att minska den samhällsorganiserade kollektivtrafikens bundenhet av administrativa gränser, vilka enligt förarbetena tedde sig allt mindre ändamålsenliga, men samtidigt skydda den interregionala kollektivtrafikmarknaden, vars trafik i första hand ska vara kommersiell, borde enligt regeringen, befogenhet att anordna trafik som sträcker sig över fler än ett län knytas till trafik som domineras av *vardagsresande* och som därmed funktionellt är att betrakta som regional kollektivtrafik. När det gäller trafik som bedrivs enbart inom ett län bör, som framgår nedan, tillämpningen av denna princip kunna förenklas.

Kriterier för bedömning av trafikutbudet. RKM har möjlighet att slutligt påverka trafikutbudet genom fastställande av bakomliggande faktorer för beslut om allmän trafikplikt och efterföljande avtal. Detta har i allt väsentligt att göra med en målformulering med den regionala kollektivtrafiken, såsom de framträder i trafikförsörjningsprogrammet. Denna innefattar en redovisning av befintligt utbud (såväl kommersiell som samhällsstödd trafik), varigenom behovet av komplettering och eventuella trafikplikter klargörs. (jfr 2 kap. 10 § KolltrL). I sammanhanget bör även noteras att i utbudet ingår befintlig trafik i kvantitativt och kvalitativt hänseende från existerande kommersiella aktörer – ävenså inte minst när kollektivtrafiken börjar närma sig gränsen för vad som ska anses vara interregionala transporter. Tillgången till nödvändiga uppgifter för sammanställande av utbudsläget tryggas genom anmälningsplikten i 4 kap. 1 § KolltrL.

Enligt regeringen finns det några lämpliga kriterier¹⁷ för att bedöma om ett trafikutbud kan anses vara regionalt i funktionell bemärkelse bl.a.:

- *Turutbud.* Enligt motiven omfattar detta en kvantitativ mängd av turer, vilken är tillräckligt stor för att attrahera daglig pendling. Om mängden turer sålunda understiger en kritisk nivå förlorar den karaktär av vardagsresande eller arbetspendling. I detta bör rimligen även ingå en bedömning av vilken kapacitet varje tur har. Gällande tåg blir detta en bedömning av hur många avgångar som erbjuds och vilken kapacitet både varje avgång har och vilken kapacitet som totalt sett erbjuds. Häri torde även ingå möjligheten att nyttja transporten gällande lämpliga avgångs- och ankomsttider.
- *Stoppfrekvens.* En särskild aspekt av turutbudet i geografiskt hänseende är antalet uppehåll för av- och påstigande och om detta sker i kommunhuvudorter eller med ännu tätare intervall. Ju färre stopp, desto lägre förefaller sannolikheten vara att det rör sig om resor av vardagskaraktär och därigenom regional kollektivtrafik.
- *Taxe- och bokningsvillkor.* Till skillnad från annat resande torde vardagsresor normalt inte kräva förhandsbokning, medan olika typer av periodkort är vanligt förekommande i kollektivtrafik. Det är något osäkert hur just priset och transportavtalsvillkoren skulle vara särskilt avsedda för regional kollektivtrafik. Envägs- eller engångsbiljetter behöver inte utesluta att det rör sig om regional kollektivtrafik. Ej heller kan motsatsvis förekomsten av periodiska biljetter på långväga trafik anses vara särskilt indikerande för att inte rör sig om interregional trafik. Snarare förefaller denna punkt ta sikte på huruvida priset och prisvillkoren underlättar eller försvårar för resenärerna att nyttja transporttjänsten för vardagsresor.
- *Fordonstyp.* Enligt motiven är utformningen av fordon liksom service- och ombordkoncept många gånger anpassade för vardagsresande. Fordonen är många gånger avsedda för vissa specifika behov. Gällande gränsdragningen för kollektivtrafik torde

¹⁷ Prop. 2009/10:200 s. 59 f.

det främst röra huruvida fordonen i tekniskt hänseende är anpassade till turutbudet, stoppfrekvens m.m.¹⁸

Slutsatsen av bedömningen i denna del torde främst vara ägnad utesluta att det rör sig om interregional kollektivtrafik och att utbudet sammantaget verkligen är ägnat att tillgodose ett behov av vardagsresande.

Kriterier för bedömning av resandet (efterfrågan). Vad gäller efterfrågesidan är resandet följden av den trafik som erbjuds och den efterfrågan på kollektivtrafiktjänster som finns. För att bedöma om ett visst resande är att anse som regionalt i funktionell mening bör hänsyn tas till bl.a. kriterierna:¹⁹

- *Ärende med resan.* Till resor av vardagskaraktär räknas regelbundna resor till arbete, skola, omsorg, inköp, service eller fritidsaktiviteter för en majoritet av resorna. Härigenom utesluts t.ex. längre pendlingsresor som praktiskt sett endast kan vidtas t.ex. vid veckoslut. Sådana resor kan fortfarande definitionsmässigt vara kollektivtrafik, men däremot inte regional sådan.
- *Reslängden.* Enligt förarbetena diskuteras att reslängden inte överstiger 100 km för de flesta av resenärerna. Detta är självfallet ingen absolut gräns och huruvida avståndet är lämpligt att trafikeras med kollektivtrafik är därtill beroende av de tekniska möjligheterna att tillryggalägga den inom en lämplig tid.
- *Restiden.* I normalfallet framhålls det i förarbetena att restiden inte överstiger en timme för de flesta av resenärerna. Som redan nämnts hänger denna punkt ihop med reslängden och transport-

¹⁸ I andra sammanhang har just skillnaden mellan skilda fordonstyper behandlas. Inom konkurrensrätten anses t.ex. olika typer av bussar vara heterogena produkter. Kommissionen har i beslut framhållit att även om gränserna mellan olika bussegment inte är fasta så kan det åtskiljas åtminstone tre olika typer av bussar, nämligen stadsbussar, linjetrafikbussar och turistbussar, vilka var och en utgör skilda produktmarknader. Enligt kommissionen är i allmänhet bussar utformade för en viss typ av transporttjänst: "Stadsbussar är till exempel utformade för korta resor där människor vanligtvis tillbringar några minuter eller åtminstone bara en kort tid på bussen, och där en lätt på- och avstigning är viktig. Turistbussar är å andra sidan utformade för att transportera människor på långa avstånd, där de tillbringar flera timmar eller rent av dagar på fordonet. Turistbussarnas utformning är fokuserad på komfort och lagringsutrymme snarare än på en lätt på- och avstigning.", Ärende nr COMP/M. 1672 *Volvo/Scania*, EGT L 143, 29.05.2001, p. 216. Se även ärende nr IV/M.477 – *Mercedes-Benz/Kässbörner*, beslut av den 14 februari 1995, EGT L 211, 6.9.1995, s.1, och ärende nr IV/M.1202 – *Renault/Iveco*, beslut av den 22 oktober 1998.

¹⁹ Prop. 2009/10:200 s. 60.

sättet. Sedda sammantagna ger de besked om det är möjligt att t.ex. dagligen nyttja transportsättet. Motsatsvis gäller att om så inte är fallet är det svårt att klassificera resandet som kollektivtrafik.

- *Skillnader mellan hög- och lågtrafik.* Resandet kännetecknas av tydliga dygnsvariationer och av variationer mellan vardag och helg som speglar ett dagligt vardagsresande, däribland utpräglade skillnader i resandevolym mellan hög- och lågtrafik. Argumentationsvis gäller detta även trafik som inte är regional kollektivtrafik, men det avser åtminstone en viktig del i kollektivtrafiken; turtäthet och kapacitet är högre när det krävs för t.ex. vardagliga resor till och från arbeten.

Regeringen framhåller i direkt anslutning till dessa nämnda kriterier att befogenheten inte bör inskränkas mer än det är tillräckligt för att RKM ska kunna visa att själva resmönstret till övervägande del är av vardagskaraktär. Motsatsvis torde det innebära att RKM saknar befogenhet att fatta beslut om allmän trafikplikt om det skulle visa sig att resmönstret inte vore det. Vidare synes det ligga en förutsättning i att det är just myndigheten som har att visa att förutsättningarna för beslut om allmän trafik är för handen, d.v.s. det saknas en presumtion om att resor i allmänhet är av vardagskaraktär som senare måste motbevisas (resor inom ett och samma län är dock föremål för presumtion om regionalitet). I förarbetena ges det därtill uttryck för att resvaneundersökningar bör vidtas för att kunna bedöma vilken omfattning som det regionala resandet har. Att sådana undersökningar verkligen bör eller måste göras följer av myndighetens utredningsansvar (se nedan).²⁰

Att RKM måste kunna visa att förutsättningarna för allmän trafikplikt är för handen följer inte minst av allmänna förvaltningsrättsliga regler enligt 20 § förvaltningslagen (FL) när detta innefattar myndighetsutövning mot enskild. I allmänhet torde detta inte vara betungande om trafikplikten avser nytillkommande trafik som inte påverkar annan trafik. Annorlunda förhåller det sig emellertid om beslutet kommer att påverka möjligheterna för att fortsätta bedriva kommersiell järnvägstrafik, men även kommersiell regional

²⁰ Prop. 2009/10:200 s. 60.

kollektivtrafik. Av allmänna rättsgrundsatser följer även att en myndighet vid utformning av beslut som potentiellt sett är ingripande eller negativt för enskild inte kan presumera att förutsättningarna för allmän trafikplikt då är uppfyllda utan utredning. I minst visas det, som utvecklats ovan, av att det i sådana fall finns det en inneboende risk i beslut om allmän trafikplikt negativt påverkar existerande kommersiell trafik.

Nu kan det hävdas att det i KolltrL inte införts någon specialreglering av bevisbördans placering vid utformandet av beslut om allmän trafikplikt. En följd av detta skulle kunna vara att myndigheten vore fri att utforma beslut fritt efter eget skön, varefter berörda enskilda har att påvisa orimligheten eller icke-proportionaliteten i besluten. En sådan ordning är dock främmande i svensk rätt.

Beredningen hos RKM präglas i stället av den s.k. *officialprincipen*, vilken innebär att det åligger myndigheten att se till att ärendet blir tillräckligt utrett. Denna princip är lagfäst genom 8 § förvaltningsprocesslagen (FPL) och gäller för förvaltningsdomstolar, men följer även i övrigt för myndigheters service- och samverkansansvar (jfr. 4–7 §§ FL) och innebär att det är myndigheten som har utredningsansvaret och den därtill sammanhängande bevisbördan. I avsaknad av särskild lagstiftning är det just dessa allmänna principer som gäller.²¹

Det är allmänt vedertaget att ju större vikt och ju mer omfattande ingripandet är för den enskilde, desto större är utredningsansvaret för myndigheten. I händelse av att myndighetens utredning ger vid handen att ett ingripande inte tillräckligt kan utredas eller att RKM misslyckas med att visa att ett ingripande är berättigat föreligger därigenom rättsligt hinder för att vidta åtgärden (t.ex. beslut om allmän trafikplikt)²².

När resmönster har kunnat fastställas innebär de i förarbetena framtagna kriterierna att det ska eller bör göras en sammanvägd bedömning av utbudet och efterfrågan. Det rör sig inte om

²¹ Se Warnling-Nerep, W., *Finansinspektionens "bannbullor" och annan nutida förvaltning – en fråga om legitimitet*, FT 3/2011, s. 530. Se även Hellners, Tryggve & Malmqvist, Bo, *Förvaltningslagen med kommentarer*, uppl. 3, 2010, s. 81 ff. samt Jfr SOU 2010:29 s. 398.

²² Jfr RÅ 1990 ref 108, RÅ 2007 ref. 10, RÅ 1996 ref 15, RÅ 1996 ref. 83, RÅ 2006 ref. 7 och RÅ 2006 ref 15. Se även Warnling-Nerep, W., a.st. samt von Essen, U., *Förvaltningsdomstols utredningsansvar*, FT 1/2012.

kumulativa kriterier, utan en sammantagen bedömning som synes behöva anpassas till förhållandena i respektive region inom landet. Sålunda framhålls även att för det fall det skulle visa sig att trafiken inte alls, eller endast till en försumbar del, i verkligheten används på sådant sätt att det kan kategoriseras som vardagsresande, så talar detta starkt mot att det vore fråga om regional trafik.

Att bedömningen måste göras konkret *in casu* och därtill inte *in abstracto* framgår tillika uttryckligen av förarbetena. Sålunda framhålls att olika geografiska och demografiska omständigheter i landet bör kunna vägas in i bedömningen av vad som utgör regional kollektivtrafik i funktionell mening. Tvivelsutan är förutsättningarna för t.ex. arbetspendling olika i skilda delar av landet och vad som är vardagsresande skiljer sig mycket beroende av de lokala förutsättningarna. Av dessa skäl måste därför kriterierna avseende trafikutbud och resande ses i sitt sammanhang.²³

Lagrådet efterlyste en högre grad av konkretion till detta i lagstiftningen, medan regeringen ansåg det obehövt mot bakgrund av de kriterier som diskuterats i förarbetena. Det är förvisso inte oväntat från rättslig synpunkt att Lagrådet anför dessa invändningar m.h.t. till kraven i 8 kap. 2 § RF. Det kan därför från rättslig synpunkt diskuteras lämpligheten av att formulera viktiga kriterier för avgränsningen av myndigheters befogenheter i förarbetena, när dessa lika gärna hade kunnat definieras i lag. Genom att de beslut som på basis av myndighetens befogenhet därefter ska meddelas kan medföra att de inskränker individens näringsfrihet, eller är ingripande i övrigt gällande kommersiella intressen, framstår det som naturligt att sådan befogenhet skulle ha klargjorts i lag, i enlighet med Lagrådets synpunkter.

Oaktat om begreppet vardagsresor ska definieras i lag, eller på annat sätt, kvarstår faktum att begreppet i sig är svårdefinierat. Risken för materiellt felaktiga beslut ter sig överhängande om en myndighet tvingas tillämpa en uttömmande lista över kriterier för att bestämma vad som utgör vardagsresande. Att en RKM bör ha viss diskretion i klassificering av trafikens karaktär förefaller därför nödvändigt. I förevarande fall har det i motiven inte gjorts gällande att det rör sig om en uttömmande eller kumulativ lista av kriterier, utan snarare exempel på viktiga faktorer att beakta i en samman-

²³Prop. 2009/10:200, s. 60.

tagen bedömning, utmynnande i vad som inom visst geografiskt område ska klassificeras som regional kollektivtrafik.

3.3.2 Sammanfattning om RKM:s befogenheter

RKM:s allmänna befogenhet att fatta beslut om allmän trafik baseras först och främst på trafikförsörjningsprogrammet som ger de yttre gränserna för utformningen av beslut om allmän trafikplikt. Vidare begränsas befogenheten till regional kollektivtrafik, vilken ska tillfredsställa behovet av vardagsresor. Sådana resor kan definieras såväl i geografiska som funktionella hänseenden och inverkar inskränkande på RKM:s befogenhet att fatta beslut om allmän trafikplikt. Frågan härefter är vilka skyldigheter som RKM har att ta hänsyn till förekomsten av kommersiell trafik som omfattas av trafikförsörjningsprogrammet och i vad mån detta inverkar begränsande på befogenheten.

4 Frågan om inskränkning i RKM:s befogenhet gällande samspelet med kommersiell kollektivtrafik

Bakgrunden till gällande bestämmelser om allmän trafikplikt ligger i rådets numera upphävda förordning (EEG) nr 1191/69 av den 26 juni 1969 om medlemsstaternas åtgärder i fråga om allmän trafikplikt på järnväg, väg och inre vattenvägar.²⁴ I den förordningen fanns inga bestämmelser om vare sig *hur* avtal om allmän trafik skulle tilldelas inom gemenskapen eller under vilka omständigheter det krävdes ett *konkurrensutsatt anbudsförfarande*. Mot bakgrund av dessa brister ansågs det nödvändigt att uppdatera unionens regelverk på dessa områden, varigenom KolltrF infördes.²⁵

Det följer vidare av p. 9 i preambeln till KolltrF att för att kunna organisera kollektivtrafiken på det sätt som bäst motsvarar allmänhetens behov måste de behöriga myndigheterna, på de villkor som anges i KolltrF, fritt få välja vilket kollektivtrafikföretag som ska

²⁴ Ursprungslidelse: EGT L 156, 28.6.1969, s. 1. Förordningen senast ändrad genom förordning (EEG) nr 1893/91 (EGT L 169, 29.6.1991, s. 1).

²⁵ Kollektivtrafikförordningen, p. 6.

bedriva trafiken, med beaktande av små och medelstora företags intressen. När ersättning eller ensamrätt beviljas är det viktigt att i ett avtal om allmän trafik mellan den behöriga myndigheten och det utvalda kollektivtrafikföretaget fastställa arten av allmän trafikplikt och vilken ersättning som ska utgå, för att på så sätt sörja för tillämpning av principen om insyn, principen om lika behandling av konkurrerande företag och proportionalitetsprincipen. Avtalets form och benämning kan variera beroende på medlemsstaternas rättsordningar.

Tidigare EU-regler på området syftade alltså till att undanröja sådana skillnader som kunde orsaka avsevärd snedvridning av de grundläggande transportvillkor som var utmärkande för ett system där medlemsstaterna ålade transportföretag att utföra tjänster åt allmänheten. Mot denna bakgrund infördes under 1960-talet regler innehållande gemensamma principer för upphävande eller bibehållande av allmän trafikplikt. Utgångspunkten har emellertid varit att det allmänna i de flesta fall ansvarat för just kollektivtrafiken och lagstiftningen har därigenom inte inriktats på att ta hänsyn till att säkerställa ett effektivt samspel mellan å ena sidan kommersiellt bedriven och å andra sidan samhällsinitierad och -finansierad kollektivtrafik, synbarligen till följd av att en sådan samexistens tidigare inte förelegat.²⁶

Hur den eventuella konflikten mellan samhällsinitierad trafik och kommersiell trafik ska lösas har emellertid inte behandlats i de nya EU-reglerna, eventuellt beroende av att det inte funnits anledning att reglera detta på EU-nivå till följd av dilemmats ovanlighet. För svenskt vidkommande har emellertid ändringar skett genom att den tidigare ordningen med trafikhuvudmännen har arbetats om i grunden. Den nya ordningen bygger på förutsättningen att RKM ansvarar för att ta initiativ till att etablera regional kollektivtrafik. Den nuvarande ordningen innebär vidare att kollektivtrafikföretag fritt får etablera kommersiell kollektivtrafik, vilket sålunda antingen kan existera parallellt med samhällsinitierad trafik eller på uppdrag av RKM i den mån som beslut om allmän trafikplikt har fattats. Enligt ett portalstadgande har regeringen framhållit att de eventuella nackdelar som ingripandet medför ska uppvägas av den nytta som där-

²⁶ Se Rådets förordning EEG nr 1191/69 av den 26 juni 1969 om medlemsstaternas åtgärder i fråga om allmän trafikplikt på järnväg, väg och inre vattenvägar, EGT L 156/1, 28.6.69.

igenom uppkommer genom beslut om trafikplikt eller tillhandahållandet av samhällsinitierad trafik.²⁷

Faktum är att kommersiell trafik som samexisterar med offentligt initierad trafik kan ge upphov till konflikter emellan och enligt betänkandet som föregick KolltrL föreslogs därför en ordning enligt den s.k. *trafikförklaringsmodellen*. Denna innebar i korthet att den kommersiella trafiken skulle beredas tillfälle att etablera sig före den offentligt initierade trafiken, varefter den senare skulle fylla det behov som kommersiell trafik på egen hand inte skulle lyckas tillfredsställa.²⁸ Förslaget mötte stark kritik bland remissinstanserna och regeringen valde slutligen att inte basera propositionen på den modellen främst i anledning av att det ansågs finnas en stor osäkerhet om resenärerna skulle komma att ha tillgång till en tillfredställande kollektivtrafikförsörjning samt osäkerhet om vilka konsekvenserna skulle bli för kommuners och landstings ekonomier.²⁹

Förhållandet mellan samhällsstödd och kommersiell trafik behandlades redan i tidigare förarbeten angående marknadsöppningen för järnväg. Enligt äldre rätt gällde enligt dåvarande lydelse i JvF att SJ AB hade rätt att bedriva kommersiell trafik på hela det av staten förvaltade järnvägsnätet i Sverige. Rättigheten inskränktes dock av möjligheten för regeringen att undanta sådan trafik som upphandlats av dåvarande Rikstrafiken, eller sådan trafik som bedrevs av trafikhuvudman. Det fanns även en omvänd skyldighet för trafikhuvudmännen att vid samordnad trafik över länsgränserna inte bedriva denna så att den väsentligen påverkade förutsättningarna att bedriva kommersiell trafik eller trafik upphandlad av staten.³⁰

Enligt artikel 11.1 i SERA-direktivet³¹ finns det möjligheter för medlemsstaterna att begränsa tillträdesrätten och rätten att ta upp och lämna av passagerare för trafik mellan avgångsorter och destinationer, vilka omfattas av ett eller flera avtal om allmän trafik som är förenliga med unionsrätten. En sådan begränsning får dock

²⁷ Prop 2009/10:200, s. 39.

²⁸ SOU 2009:39, En ny kollektivtrafiklag, s. 159 ff.

²⁹ Prop. 2009/10:200, s. 40.

³⁰ Prop. 2008/09:176, s. 17.

³¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2012/34/EU av den 21 november 2012 om inrättande av ett gemensamt europeiskt järnvägsområde, EUT L 343, 14.12.2012, s. 32–77.

inte leda till en inskränkning av rätten att ta upp passagerare vid någon station utmed en internationell sträcka och att lämna av dem vid en annan, inbegripet stationer som ligger i samma medlemsstat, såvida inte utövandet av denna rätt skulle äventyra den ekonomiska jämvikten för ett avtal om allmän trafik.

Regeringen har emellertid inte sett någon anledning att nyttja denna möjlighet och föreslå sådana regler för riksdagen. Tvärtom har regeringen framhållit att *varje tillskott* i form av utökat kommersiellt utbud av trafik är ett medel att göra järnvägstrafiken mer attraktiv och effektiv. Regeringen såg vidare att det kommersiella tillskottet av järnvägstrafik skulle kunna bidra till att minska samhällets insatser för att organisera av samhället önskad trafik.³²

Av denna anledning ansåg regeringen det motiverat att fr.o.m. den 1 mars 2011 avveckla bestämmelsen i dåvarande 4 kap. 1 § 3 st. JvF, enligt vilken tidigare gällde att regeringen kunde inskränka den rätt att utföra och organisera persontrafik SJ AB hade, om trafiken konkurrerade med trafik som staten hade upphandlat eller med trafik som bedrevs av en trafikhuvudman. Regeringen ville avvakta kollektivtrafikutredningens förslag innan den formella möjligheten att skydda kommersiell trafik på det av staten förvaltade järnvägsnätet togs bort. Å andra sidan ville regeringen inte heller ge något företräde till kommersiella trafikutövare att bedriva trafik som överensstämde med av trafikhuvudman upprättat trafikförsörjningsprogram. Regeringen framhöll dock vikten av att trafiken inte organiseras så att det äventyrar reglerna om statsstöd.³³

Det är tydligt att regeringen såg tillskottet av kommersiell trafik som viktig för att täcka behovet av kollektivtrafik, vilket alltså innebär att i den mån kommersiell trafik etablerades på marknaden var detta något som skulle betraktas som positivt och i princip utsluta att det allmänna skulle fatta beslut om trafikplikt gällande denna trafik. Hur samspelet mer konkret skulle se ut mellan kommersiell trafik och samhällsstödd trafik är dock mera oklart.

I vart fall har regeringen gällande regional kollektivtrafik tagit ställning i frågan om det ska vara nödvändigt för RKM att först invänta eventuell etablering av kommersiella alternativ innan beslut om trafikplikt fattas. Svaret har varit nekande, inte minst med

³² Prop. 2008/09:176, s. 17.

³³ Prop. 2008/09:176, s. 17 f.

tanke på intresset att kunna tillse att sådan trafik faktiskt etableras och att RKM därigenom bör ges en stor befogenhet att fatta beslut därom och att RKM ska ha bra möjligheter att agera genom att upphandla kontrakt med kollektivtrafikföretag. Detta innebar att RKM skulle ha möjlighet att agera utan att invänta att kommersiell trafik först etablerades. Frågan hur samspelet mellan redan existerande kommersiell trafik och beslut om trafikplikt skulle hanteras kvarstod dock obesvarad.

Icke desto mindre har regeringen framhållit att RKM har en skyldighet att hantera sin befogenhet *ansvarsfullt* i anledning av att deras åtgärder riskerar att få negativa samhällsekonomiska effekter och att åtgärderna blir alltför långtgående, varigenom beslut som fattas måste vara *proportionerliga*. Med detta framhöll regeringen att nyttan av beslut (t.ex. trafikplikt) måste motivera den eventuella belastning på samhällsekonomin som uppstår genom beslutet. Om sålunda ett beslut om trafikplikt införs och detta får negativa effekter på kommersiell trafik, eller undergräver de målsättningar som marknadsöppningen syftade till, förefaller det nära till hands att betrakta sådana beslut som potentiellt oproportionerliga. Mot denna bakgrund ansåg regeringen det motiverat att RKM borde föra en dialog med berörda företag om vad kommersiell kollektivtrafik kan bidra med i kollektivtrafikförsörjningen innan myndigheten själv agerar med allmän trafikplikt och avtal.³⁴

Genom förarbetsuttalandet får det anses stå klart att regeringen avsett att kommersiella alternativ ska *komplettera* det samhällsstödda trafikutbudet, vilket bl.a. visas av att regeringen lyfte fram möjligheten för RKM att frivilligt låta kommersiell trafik först etableras i regionen och därefter komplettera utbudet av kollektivtrafik. Däremot avstod regeringen från att införa en särskild regel om proportionalitet. En sådan explicit regel är dock väsentligen obehövlig, eftersom det är en allmän rättsgrundsats, vilket ska utvecklas i det följande.

Sammantaget får det anses stå klart att det enligt gällande rätt förutsätts ett samspel mellan samhällsstödd och kommersiell trafik vid utformandet av beslut om allmän trafikplikt. Särskilt viktigt får även anses vara att beslut om allmän trafikplikt inte innebär en opåkallad eller obehövlig negativ belastning av samhällsekonomin,

³⁴ Prop. 2009/10:200, s. 41.

ej heller att befintliga kommersiell trafik drabbas av stora förluster utan att åtminstone de samhällliga vinsterna därav uppväger nackdelarna. I vart fall måste även allmänna proportionalitetsöverväganden iakttas.

4.1 Särskilt om proportionalitetsbedömningen i utformningen av beslut om allmän trafikplikt

HFD har framhållit att proportionalitetsprincipen gäller som en *allmän rättsgrundsats* inom förvaltningsrätten. Principen har i vissa fall kodifierats (bl.a. inom skatterätten), men gäller även utan lagstöd.³⁵ Sålunda gäller att proportionalitetsprincipen har en grundläggande betydelse vid tillämpningen av Europakonventionen och inom EU-rätten. Den har också vunnit erkännande inom svensk nationell rätt (se RÅ 1999 ref. 76).

Som jämförelse kan nämnas att HFD har framhållit att ”[ä]ven i skatteförfarandelagen har proportionalitetsprincipen uttryckts direkt i lagtext. Av 2 kap. 5 § framgår att beslut enligt lagen får fattas bara om skälen för beslutet uppväger det intrång eller men i övrigt som beslutet innebär för den som beslutet gäller eller för något annat motstående intresse. I förarbetena poängteras bl.a. att principen avser *alla delar* av en kontrollåtgärd – inte bara vid användningen av tvångsåtgärder – och att *varje del* kräver en proportionalitetsavvägning men att noggrannheten av avvägningen beror på vad beslutet gäller (prop. 2010/11:165 s. 301 ff.)” [min kurs.]³⁶

Proportionalitetsprincipen är även en central del av EU-rätten och är bl.a. lagfäst i primärrätten (se artikel 5.4 FEU). Härigenom stadgas det att lagstiftning och åtgärder som unionens institutioner använder sig av för att uppnå ett visst syfte inte får vara mer betungande eller långtgående än vad som är nödvändigt för att uppnå det syfte som eftersträvas. Bernitz m.fl. framhåller i detta sammanhang att det måste råda en balans mellan mål och medel och vara sannolikt att målet kan uppnås genom vidtagna åtgärder.³⁷

³⁵ Inom t.ex. skatterätten följer av förarbetsuttalanden att principen kan få till följd, liksom vad som getts uttryck för inom kollektivtrafiken, att det allmänna måste avstå från en tvångsåtgärd om åtgärden, trots att den bedöms nödvändig för att uppnå ett visst syfte, skulle få negativa konsekvenser som inte står i rimlig proportion till de (beskattnings)åtgärder som kan bli aktuella. Se prop. 1987/88:65 s. 72.

³⁶ HFD 2012 ref. 12.

³⁷ Bernitz, U., Kjellgren, A., *Europarättens grunder*, 5 uppl., 2014, s. 43, 157 f.

Det följer av fast rättspraxis att under alla omständigheter måste de allmänna intressena vägas mot enskilda intressen enligt proportionalitetsprincipen. HFD har framhållit såsom en grundläggande princip att en inskränkning från det allmännas sida av den enskildes rätt att använda sin egendom *förutsätter* att det föreligger en rimlig balans eller proportionalitet mellan vad det allmänna vinner och den enskilde förlorar på grund av inskränkningen.³⁸

En bedömning av proportionaliteten av myndighetens beslut som medför en direkt eller indirekt inskränkning av möjligheten att använda egendom eller bedriva verk-samhet aktualiseras därför när t.ex. ett järnvägsföretag som bedriver kommersiell regional eller annan kollektivtrafik påverkas negativt av ett beslut om allmän trafikplikt. Lagstiftningen utesluter alltså inte att en inskränkning förvisso är möjlig när den uppfyller de kriterier som följer av gällande rätt inom respektive område, men därutöver måste alla sådana beslut vara proportionerliga. Frågan blir då hur proportionalitetsbedömningen går till.

Proportionalitetsprincipen är, som ovan nämnts, hävdvunnen i svensk rätt, vilket även framgår av den proposition som låg till grund för bl.a. inkorporeringen av konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) och den samtidigt beslutade preciseringen av egendoms-skyddet i 2 kap. 15 § RF.³⁹ Vid tillämpningen av art. 1 i det första tilläggsprotokollet till konventionen har Europadomstolen konsekvent hävdat en sådan proportionalitetsprincip.⁴⁰

Proportionalitetsprincipen innefattar flera olika krav som rättsordningen ställer på balans mellan mål och medel och mellan motstående intressen. När det gäller att pröva villkoren för och resultatet av ingrepp från det allmännas sida mot enskilda intressen är det vanligt att anlägga tre olika aspekter:⁴¹

1. **Ändamålsenlighet (lämplighet).** Är det aktuella ingreppet ägnat att tillgodose det avsedda ändamålet? Denna bedömning innefattar huruvida den ifrågasatta åtgärden överhuvudtaget kan bidra till att uppnå de mål som den syftar till.⁴² Om bedöm-

³⁸ RÅ 1996 ref 56.

³⁹ Prop. 1993/94:117 s. 39–40.

⁴⁰ Jfr Danelius, SvJT 1991 s. 329–333, 1994 s. 381–383 och 1995 s. 534–535.

⁴¹ Se RÅ 1999 ref. 76.

⁴² Jfr Bull, T., Sterzel, F., *Regeringsformen – en kommentar*, 2 uppl. 2013, s. 90.

ningen slutar i ett negativt svar kommer åtgärden redan på denna grund att betraktas som oproportionerlig, varvid ytterligare utredningar om proportionalitet är obehövlige och ingreppet blir sålunda i strid mot grundlagsbestämmelsen.

2. **Nödvändighet.** Är ingreppet nödvändigt för att uppnå det avsedda ändamålet eller finns det mindre långtgående alternativ? Om ingreppet bedöms vara nödvändigt ska en bedömning göras om det finns mindre ingripande alternativt som lika, eller nästan lika, ändamålsenliga för att uppnå syftet och därtill realistiska ur kostnads- och effektivitetssynpunkt. Om så är fallet ska ingreppet betraktas som oproportionerligt och därmed grundlagsstridigt.
3. **Proportionalitet i strikt mening.** Står den fördel som det allmänna vinner genom ingreppet i rimlig proportion till den skada som ingreppet förorsakar den enskilde? Den sista bedömningen vilar på förutsättningen att ingreppet både är lämpligt och nödvändigt, men att det fortfarande trots detta krävs att det råder en *rimlig balans* mellan de berörda intressena (proportionalitet i strikt mening). När det gäller att bedöma om kravet på proportionalitet i strikt mening är uppfyllt måste naturligtvis beaktas att myndigheterna i många avvägningsfrågor har ett betydande handlingsutrymme och att ett underkännande av ett myndighetsingripande i sådana fall knappast kan komma i fråga i andra fall än sådana där det råder ett klart missförhållande mellan det allmänna intresset av ingripandet och den belastning som ingripandet innebär för den enskilde (jfr bl.a. RÅ 1997 ref. 59).

Enligt HFD bör proportionalitetsprincipen alltså ses i ljuset av artikel 1 i första tilläggsprotokollet i den EKMR.⁴³ I samband därmed ansluter sig HFD till praxis från Europadomstolen i de krav på proportionalitet som däri utvecklats när det gäller ingrepp som görs av det allmänna och som innebär att äganderätten till egendom berövas eller när någon enskild får sin rätt att använda en tillgång begränsad. I det sammanhanget gäller enligt HFD kraven på ändamålsenlighet, nödvändighet och proportionalitet i strikt mening.

⁴³ Gäller som svensk lag jml lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

Beträffande det sistnämnda kravet innefattar detta en helhetsbedömning av de förhållanden, under vilka ingreppet företas, varvid en viktig faktor är vilka ersättningsvillkor som gäller i anledning av ingreppet. Härtill läggs även andra faktorer som förekomsten av varseltid och tillgången till effektiva rättsmedel.

Det senare torde vara tillförsäkrat genom 6 kap. KolltrL, även om det saknas rättsmedel för interimistiska åtgärder – en överprövning kan i praktiken många gånger ta längre tid än vad själva beslutet berör. Det kan sålunda ifrågasättas om det finns *effektiva* rättsmedel i strikt mening. Vad som däremot helt saknas i KolltrL är regler om ersättning för sådana ingrepp som t.ex. ett beslut om allmän trafikplikt som leder till skada för befintliga kommersiella kollektivtrafikföretag. Så snart någon lider ekonomisk skada av ett ingrepp är det därför omöjligt att *förutsätta* att proportionalitet föreligger för ett beslut om allmän trafikplikt.

Redan härigenom kan det framstå som obehövligt att införa en uttrycklig regel om proportionalitet för RKM i deras beslut om allmän trafikplikt – kravet på proportionalitet i *tillämpningen* av reglerna följer redan av gällande rätt.

I sammanhanget måste framhållas att frågan inte gäller om det är oproportionerligt att fatta beslut om allmän trafikplikt – denna möjlighet följer redan av KolltrF. Frågan gäller i stället hur långt och på vilket sätt denna möjlighet kan nyttjas för myndigheten. Klarlagt får anses vara att proportionalitetsprincipen har två huvudsakliga inverkningar gällande beslut om allmän trafikplikt:

- a) *För det första* tillämpas principen i övervägandet huruvida det alls och i så fall var och i vilken omfattning ska införas allmän trafikplikt. Avvägningen i detta hänseende kommer att innefatta en bedömning av huruvida ett sådant beslut är ägnat att tillgodose det i sig legitima ändamålet att säkerställa utbudet av och tillfredsställa behovet av kollektivtrafik. Vidare ska avgöras just beslut om allmän trafik kan anses nödvändigt i objektivt hänseende, eller om det finns mindre inskränkande alternativ. Det ska hållas i åtanke att beslut av detta slag *de facto* allvarligt kan inskränka möjligheterna att bedriva kommersiell trafik, varför

den faktiska eller potentiella skada som beslutet medför måste vägas mot de fördelar som uppnås.⁴⁴

- b) För det andra tillämpas även principen gällande *utformningen av beslutet*. Tvivelsutan har lagstiftaren avsett att åstadkomma en marknadssituation där kommersiell trafik verkar i samspel med samhällsstödd trafik, där ingendera av trafikslagen utesluter den andra. Även vid beslut om omfattning av den allmänna trafikplikten och hur trafiken ska utformas är det nödvändigt att beakta proportionalitetsprincipen.

Helt klarlagt får emellertid anses vara att regeringen ansett att det skulle göras nog-grann avvägning mellan det kommersiella intresset och behovet av samhällsstödd trafik. Såsom följer av avgörandet i det s.k. Barsebäckmålet (RÅ 1999 ref. 76) gäller emellertid att domstolsprövningen i efterhand kan begränsas till huruvida ett beslut ligger inom *myndighetens handlingsfrihet*. Det är nämligen möjligt att lagstiftaren för vissa ärenden har gett en myndighet rätt att välja mellan *flera lagligen tänkbara beslut*, och därvidlag tillika överlåtit åt myndigheten att forma en policy vid beslutsfattandet. Härutöver ansåg HFD att domstolen i sådana fall också bör pröva om förvaltningsbeslutet uppfyller kraven i RF på saklighet och opartiskhet samt allas likhet inför lagen. Just i detta hänseende är det i vart fall nödvändigt att återigen beakta att den relevanta frågan gäller huruvida RKM har ett *helt fritt skön* vid beslut om allmän trafikplikt och därtill utan att behöva ta hänsyn till de samhällsekonomiska konsekvenser de får. Det synes med hänsyn till förarbetsuttalandena vara nödvändigt att erinra att beslut svårligen kan fattas så att det allvarligt äventyrar de målsättningar som getts uttryck för i motiven, t.ex. i så måtto att kommersiell trafik i akt och mening omöjliggörs. Särskilt allvarligt får det anses vara om beslutet drabbar befintlig kommersiell trafik.

Icke desto mindre framhåller regeringen i förarbetena till KolltrL att det var obehövligt att införa en explicit regel om proportionalitet. Därtill framhåller regeringen att den förvisso instämmer med remissinstanserna angående faran för att RKM försämrar förutsättningarna för de kommersiella kollektivtrafikföre-

⁴⁴ Jfr Bernitz, U., Kjellgren, A., Europarättens grunder, 5 uppl., 2014, s. 158.

tagen om myndigheterna skulle agera oproportionerligt. Det diskuterades därför i motiven huruvida det var lämpligt att införa en kompletterande skyddsbestämmelse för den kommersiella trafiken som därigenom ytterligare skulle begränsa RKM:s befogenhet. Regeringen ansåg det viktigt att noggrant följa utvecklingen på marknaden för att säkerställa att kommersiell kollektivtrafik inte otillbörligen trängdes undan av offentligt initierad trafik. Trots detta ansågs det obehövt att införa en särskild bestämmelse om hur balansen mellan kommersiell trafik och samhällsstödd trafik skulle upprätthållas, men att regeringen aviserade att återkomma i frågan för det fall att ytterligare åtgärder skulle visa sig vara behövliga i syfte att skydda den kommersiella trafiken. Några sådana förslag har emellertid hittills inte lagts fram för riksdagen.⁴⁵

Detta innebär att befogenheten gällande trafikslagen formellt sett inte är inskränkt i lagstiftningen. Att befogenheten endast är inskränkt i geografiskt och funktionellt hänseende har i verkligheten medfört att RKM synes ha nyttjat sin befogenhet i stor omfattning – bl.a. av behöriga myndigheter i samverkan gällande i princip all regional kollektivtrafik med tåg i väsentligen hela östra Mellansverige. Beslutet är föremål för prövning i förvaltningsdomstol i målet *SJ/SLL*.⁴⁶

Beslut om allmän trafikplikt fattades bl.a. av Trafiknämnden, Stockholms Läns Landsting (SLL). Enligt beslut av den 3 juni 2014 beslutades således bl.a. att under samverkan med RKM i Stockholms, Södermanlands, Västmanlands, Östergötlands och Örebro län att genom Mälartrafik MÅLAB AB (MÅLAB) fastställa allmän trafikplikt för regional tågtrafik i Stockholms, Södermanlands, Uppsala, Västmanlands, Östergötlands och Örebro län. Berörda sträckor var därigenom Stockholm-Västerås-Örebro-Hallsberg, Stockholm-Uppsala, Stockholm-Eskilstuna-Arboga-Örebro samt Linköping-Norrköping-Stockholm-Uppsala. Det synes genom detta beslut finnas ytterligt få delsträckor kvar att bedriva kommersiell trafik på. Därtill kan anmärkas att berörda sträckor är just de som den kommersiella regionala kollektivtrafiken väsentligen är etablerad på.

⁴⁵ Se prop. 2009/10:200, s. 58.

⁴⁶ Beslutet är föremål för tvist och har överklagats av SJ AB, som gjort gällande att SLL överträtt sin befogenhet enligt KolltrL och även agerat i strid mot proportionalitetsprincipen. Se förvaltningsrätten i Stockholm dom av den 11 december 2014, mål nr 17678-14. Målet är överklagat till Kammarrätten, mål nr. 354-15 (ännu ej avgjort).

SJ/SLL-målet om järnvägstrafiken i östra Mellansverige väcker en rad relevanta rättsfrågor. Förvaltningsrätten framhöll inledningsvis det faktum att det i lagstiftningen såväl på EU-nivå, som på nationell svensk nivå, saknas en bestämmelse som reglerar hur *samspelet* mellan kommersiell kollektivtrafik och samhällsstödd kollektiv ska utformas. Förvaltningsrätten tolkar lagstiftningen så att RKM har befogenhet att fatta beslut om allmän trafikplikt för alla sträckor *oavsett* om där redan bedrivs kommersiell trafik. Enligt förvaltningsrätten inskränks emellertid den befogenheten av att beslut endast får fattas under förutsättning att den befintliga och planerade kommersiella trafiken inte lever upp till de krav som RKM ställer.

Vad förvaltningsrätten avser med *krav* är inte helt klarlagt, men det kan rimligen inte avse något annat än de *målsättningar* som ges uttryck för i trafikförsörjningsprogrammet, ur vilken det går att utläsa vilka *behov* som RKM anser det finnas för varje län.

Det framgår inte på något sätt att trafikförsörjningsprogrammet medför någon rättighet för RKM att utan de här angivna hänsynen använda allmän trafikplikt så att det äventyrar eller omöjliggör kommersiell trafik. Än mer allvarligt är detta om besluten skulle inverka menligt på den interregionala trafiken. Förvaltningsrätten framhöll i *SJ/SLL*-målet att det i beslutsunderlaget (d.v.s. i beslutet om allmän trafikplikt) och inte i trafikförsörjningsprogrammet uppgetts att avsikten varit att etablera ett stornät baserat på regionalstågtrafik för arbets- och vardagsresande mellan orterna i östra Sverige och härigenom skapa förutsättningar för fortsatt regionförstoring, främja samhälls- och stadsutveckling i goda lägen för kollektivtrafik samt att bidra till att göra kollektivtrafiksystemet i sin helhet konkurrenskraftigt (oklart mot vem eller vad) och attraktivt. I viss mån kan det argumenteras för att dessa målsättningar ligger utanför inte bara RKM:s befogenheter utan – mer allvarligt – även dess *allmänna kompetens* i den mån de ändrar, inskränker eller utvidgar den allmänna transportpolitiken. Syftet med trafikförsörjningsprogrammet är att fastställa hur behovet av regional kollektivtrafik ska lösas, inget annat. Regionförstoring, teknikutveckling i resandet m.m. synes dock ligga utanför behörigheten och ankommer på andra myndigheter att besluta om.

I vart fall måste det, oaktat kompetensfrågan, anses vara klart att syftet med lagstiftningen aldrig varit att helt utesluta kommersiell

trafik. Tvivelsutan har det förekommit kommersiell kollektivtrafik inom ett flertal av de sträckor som omfattas av SLL:s beslut och de överväganden som getts uttryck i förarbetena borde rimligen ha gjorts såväl vid fastställandet av trafikförsörjningsprogrammet som inför besluten om allmän trafikplikt. Det förefaller osäkert hur denna prövning har gjorts i *SJ/SLL* – om alls. Med avseende på detta ter det sig tveksamt om kravet på proportionalitet är uppfyllt.

Det faktum att ett beslut om allmän trafikplikt inte hindrar att kommersiell trafik skulle uteslutas framgår redan enligt bestämmelserna i JvL och JvF, där kollektivtrafiken som utgångspunkt inte undantas framför annan trafik som ansöker om samma tåglägen. I Sverige blir det därför Trafikverket som för närvarande har att utifrån hänsyn till samhällsekonomisk nytta ska avgöra fördelningen vid konflikt om samma tåglägen. I så måtto hindrar inte beslut om trafikplikt kommersiell trafik i allmänhet. Märkligt nog har Sverige inte valt att ge den regionala kollektivtrafiken företräde framför annan trafik gällande tilldelning av tåglägen i enlighet med undantagsmöjligheten i artikel 11 i SERA-direktivet, vilket innebär att kollektivtrafik (även regional sådan) konkurrerar på samma villkor om tåglägen som annan järnvägstrafik om infrastrukturkapacitet.

Det är emellertid inte detta frågan gäller inom ramen för tillämpning av KolltrL. Det avgörande är huruvida det ska anses tillåtet att införa allmän trafikplikt trots att de behov som ges uttryck för i trafikförsörjningsprogrammet redan tillgodoses – åtminstone delvis – av kommersiell kollektivtrafik. Såsom det uttryckts i förarbetena ska det i sådana fall inte vara möjligt att fatta trafikpliktsbeslut för de delar där kommersiell kollektivtrafik redan tillfredsställer trafikbehoven.

Problemet är emellertid avsaknaden av en konkret lagbestämelse om hur samspelet mellan kommersiellt och samhällsstödd kollektivtrafik ska utformas. Frånvaron därav innebär dock inte

- att RKM ska anses ha helt fritt skön i utformningen av beslut om allmän trafikplikt; och ej heller
- att RKM i utformningen av beslut om allmän trafikplikt kan bortse från proportionalitetsprincipen.

I förvaltningsdomstolens dom har emellertid proportionalitetsövervägandena, som enligt förarbetena och även enligt allmänna rättsgrundsatser, skulle åligga RKM att utföra, i stället lagts på de av besluten på de kommersiella kollektivtrafikföretagen att i detalj påvisa de nackdelar (sic!) som utgör en del av proportionalitetsbedömningen. Det förefaller i detta sammanhang något svårförståeligt att proportionalitetsbedömningen reduceras till konstaterade av fördelar medan de nackdelar som uppkommer därav ska presumeras vara obefintliga i den mån de som beslutet påverkar misslyckas att i detalj påvisa dessa. Om avsikten varit sådan att tillskapa denna form av omvända bevisbörda är emellertid oklart, men riskerar allvarligt att få den effekten.

Vidare måste det ha framstått som uppenbart för såväl RKM som domstolen att beslut som praktiskt sett innebär att möjligheterna att bedriva kommersiell trafik begränsas på aktuella sträckor nödvändigtvis måste betraktas *prima facie* som en nackdel för järnvägsföretaget och därtill som ett ingripande med belastande effekter för enskild. Under alla omständigheter synes det omvända vara att betrakta som helt orimligt; att ett beslut från myndighet som innebär att möjligheten att bedriva verksamhet och använda egendom helt eller kraftigt begränsas kan svårigen ses som ett effektneutralt eller positivt beslut för den enskilde.

4.1.1 Sammantagen bedömning av proportionalitet vid samspelet mellan samhällsstödd och kommersiell regional kollektivtrafik

Det måste konstateras att de sampelsöverväganden som regeringen avsett skulle komma till stånd hos RKM, och som i sig syftade till att inskränka RKM:s beslutsutrymme och faktiskt även styrande för hur processen för att trygga kollektivtrafiken praktiskt sett skulle genomföras, inte på något sätt har kommit till uttryck i konkret lagtext. Objektivt sett förefaller detta *de lege ferenda* vara ett tillkortakommande i lagstiftningen – inte minst med hänsyn till den i Sverige långt liberaliserade järnvägsmarknaden. Det är vidare tydligt att regeringen heller inte haft för avsikt införa en sådan bestämmelse och i stället aviserat att i efterhand utvärdera processen och därefter – eventuellt – återkomma med lagstiftning i

frågan. Sålunda är det klart att hänsynstagandet till kommersiell trafik konkret endast kommer till uttryck i förarbetena.

HFD har tidigare behandlat de rättsliga effekterna av att inskränkningar i lagfästa skyddsbestämmelser endast kommer till uttryck i förarbetena. I RÅ 1997 ref. 18 fastslog HFD att det krävs lagstöd för att inskränka skyddsbestämmelser som följer av annan lagstiftning. Det är alltså inte tillfyllest att det fanns konkreta uttalanden därom i förarbetena. I fallet *SJ/SLL* förhåller sig saken något annorlunda. Myndigheten i fråga har av lagstiftaren getts en befogenhet, inom ramen för sin allmänna behörighet, att fatta beslut, vilket kan vara inskränkande för enskild och till och med äventyra de målsättningar med lagstiftningen, fastän även denna kommer till uttryck endast i förarbetena. Med tanke på att målsättningar och hänsynstagande till kommersiell kollektivtrafik synes ha varit av mycket stor vikt framstår det som anmärkningsvärt att detta inte kommit till uttryck konkret i KolltrL.

Det är alltså i rättslig mening olämpligt att skyddsbestämmelser för sådana intressen har utelämnats från lagstiftningen, varför det må framstå som möjligt för myndighet-en att fatta beslut oinskränkt av sådana överväganden som kan ha kommit fram i förarbetena. Den relevanta frågeställningen blir därmed huruvida myndigheten helt kan frånga de överväganden som framkommer i motiven. Å ena sidan saknas begränsningar i den allmänna befogenheten för detta, å andra sidan kan det strida mot grundläggande förvaltningsrättsliga principer.

4.2 Överväganden om rättssäkerhet och proportionalitet vid beslut om allmän trafikplikt

Till att börja med kan konstateras, såsom det ges uttryck för i förarbetena, att beslut om allmän trafikplikt är ett instrument som ska användas för att säkerställa att kollektivtrafik kommer till stand och erbjuds på ett ändamålsenligt sätt. Det är vidare klarlagt att lagstiftaren har avsett en kombination av kommersiellt driven kollektivtrafik och samhällsstödd kollektivtrafik. Det finns inga uttryck i lagstiftningen för att RKM har rätt att direkt begränsa kommersiella kollektivtrafikföretags verksamheter. Detta kan i stället vara en nära indirekt effekt av beslut om allmän trafikplikt.

I det fall att befintlig kommersiell kollektivtrafik redan bedrivs på spåren och detta efterföljs av beslut om allmän trafikplikt för den aktuella sträckan kan detta komma att innebära uppkomsten av en kommersiell situation som är liktydig med ett *de facto*-förbud mot verksamhet för den befintliga trafiken. Om allmän trafikplikt införs för sträckor där kommersiell trafik bedrivs innan beslutet kan det medföra i praktiskt hänseende att förutsättningar för fortsatt verksamhet tillintetgörs. Det kan även noteras att dessa effekter i allt väsentligt uteblir för de sträckor där kommersiell kollektivtrafik inte har ekonomisk bärkraft, eller det av skilda skäl saknas sådan trafik. Beslut av RKM äventyrar i sådana fall väsentligen inte något näringsintresse. Just denna situation synes vara den som förvaltningsrätten tagit fasta på i målet *SJ/SLL* (refererat ovan), vilket alltså omfattar en situation som målet egentligen inte handlar om.

Efter beslutet har fattats upphandlas normalt därefter trafiken, varvid det befintliga kollektivtrafikföretaget inte lagligen kan erhålla någon förtur till avtal om allmän trafik. I så måtto skulle alltså ett beslut om allmän trafikplikt gentemot åtminstone befintliga kollektivtrafikföretag kunna anses innebära en indirekt inskränkning av dessa rättssubjekts näringsfrihet.

Marknadseffekten kan alltså uppkomma genom att det allmänna med stöd av skattemedel skapar ett överutbud av trafik tjänster på vissa sträckor, varvid det åstadkoms en utbudssituation som är ohållbar i förhållande till efterfrågan. Det ska noteras att detta inte i sig begränsar näringsfriheten i strikt mening, varför beslutet om allmän trafikplikt inte kan anses begränsa näringsfriheten i strid mot grundlagen. Så kan endast ske om KolltrF och KolltrL skulle stå i strid med bestämmelsen. Det förfaller mycket svårt att hävda att det vore fallet. Stöd för detta följer av att myndighetsbeslutet i sig inte inskränker någon enskilds rättighet att bedriva verksamhet. Att situationen av andra skäl vore ohållbar hänför sig i stället till frågan om huruvida beslutet är proportionerligt eller ej.

I sammanhanget kan noteras att lagstiftaren varit mycket tydlig i det att konkurrens ska förekomma på spåren och att inget trafikslag såsom utgångspunkt har företräde framför det andra. RKM kan sålunda inte stödja sig på någon laglig företrädes- eller ensamrätt i det hänseendet vid beslut om allmän trafikplikt.

HFD anförde i RÅ 1999 ref. 76 att laglighetsprövningen av ett myndighetsbeslut som är grundat på en lagbestämmelse endast kan upphävas om det på grundval av utredningen i målet kan konstateras att beslutet – även med beaktande av den ersättning som kan tänkas komma att utgå – får sådana effekter för bolagen som påverkas av beslutet, att det kommer att råda ett klart *missförhållande* mellan det allmännas fördel av ingreppet och den sammantagna belastning som ingreppet kan medföra.

Det är vidare inte möjligt att rättfärdiga beslut om allmän trafikplikt på den grunden att det vore tillfyllest att enskilda järnvägsföretags rätt skulle vara fullt tillgodosedd genom företagets möjlighet att delta i upphandlingen av avtal om allmän trafik. Den tidigare liberaliserade marknaden är i sådana fall de facto monopoliserad. Att monopolisten – RKM – senare väljer att upphandla trafiken i stället för att bedriva den i egen regi ändrar inget i det hänseendet. Sålunda handlar inte frågan om vem som i slutänden bedriver verksamheten (oaktat huvudmannskapet), utan *samspelet* mellan den liberaliserade delen av marknaden för regional kollektivtrafik och den andra delen som är samhällsstödd. Övervägandet som anges i motiven – och som aktualiseras i proportionalitetshänseende – är huruvida beslut om trafikplikt alls ska avse sådana sträckor.

Försiktighet är även påkallad i fall där ingen kommersiell trafik för närvarande bedrivs, eftersom beslut om allmän trafikplikt kan påverka potentiell etablering av kommersiell trafik, vilken, såsom utvecklats ovan, åtminstone enligt motiven till KolltrL är i högsta grad skyddsvärd. Det faktum att KolltrL ger sådan formell befogenhet enligt ordalydelsen ändrar inte att RKM har att beakta förvaltningsrättsliga bestämmelser som inverkar begränsande på besluts utformning.

5 Övriga legala aspekter på samspelet mellan kommersiell och samhällsstödd trafik

Hittills har behandlats den mer förvaltningsrättsliga frågan huruvida RKM har möjlighet att fatta beslut om allmän trafikplikt och vilken inverkan på främst befogenheten i det hänseendet som proportionalitetsavväganden har. Oavsett vad som framkommit i

den delen av utredningen måste hållas i åtanke att EU:s statsstödsregler sätter de yttre gränserna för vad som är tillåtet för det allmänna att subventionera med allmänna medel. Sålunda måste eventuella stöd vara förenliga med artikel 107 TFEU.

Vidare följer av artikel 106.1 TFEU att beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter har medlemsstaterna en skyldighet att inte vidta och inte heller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i fördragen, i synnerhet reglerna i artiklarna 18 TFEU (regler om icke-diskriminering) samt artiklarna 101–109 TFEU (konkurrens- och statsstödsreglerna). Enligt artikel 106.2 TFEU gäller vidare att företag som anförtrots att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol ska vara underkastade reglerna i fördragen, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt, eller i praktiken hindrar, att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot unionens intresse.

Emellertid gäller enligt artikel 93 TFEU (f.d. artikel 73 FEG) att stöd är förenligt med fördragen, om det tillgodoser behovet av samordning av transporter eller om det innebär ersättning för allmän trafikplikt. Det följer av KolltrF att Artikel 73 i fördraget är *lex specialis* i förhållande till artikel 86.2. Artikel 93 innehåller bestämmelser om ersättning för allmän trafikplikt inom sektorn för landtransporter (skäl 3).

Sålunda är stödet i form av allmänna medel som utgör ersättning till aktörer som utför trafik baserat på beslut om allmän trafikplikt, som utgångspunkt förenligt med unionsreglerna. Det följer dock av KolltrF att all form av ersättning inte ska anses förenlig med unionsreglerna. Alltså gäller att ersättning för allmännyttiga tjänster inom sektorn för landbaserad kollektivtrafik som utgångspunkt kan vara nödvändig för att de berörda företagen ska kunna bedriva trafiken på grundval av principer och villkor som gör det möjligt för dem att fullgöra sina uppgifter. Ersättningen kan enligt artikel 93 TFEU vara förenlig med fördraget om vissa villkor är uppfyllda (skäl 34):

1. Ersättningen måste syfta till att säkerställa tillhandahållandet av tjänster som verkligen är tjänster av *allmänt intresse* i den mening som avses i fördraget.

2. I syfte att undvika en *oskäligen snedvridning av konkurrensen*, får ersättningen inte överstiga det belopp som krävs för att täcka nettokostnaderna för fullgörandet av den allmänna trafikplikten, med hänsyn till företagets inkomster i samband med detta och en rimlig vinst.

Ingen av punkterna torde aktualiseras i det fall det allmänna beslutat att den allmänna trafikplikten ska bedrivas helt i egen regi, utan tillämpas främst vid direkttilldelning av tjänsteuppdraget till ett kollektivtrafikföretag. Vid konkurrensutsatt upphandlingsförfarande torde punkten två automatiskt vara uppfylld, alltmedan punkten 1 anknyter till bedömningen om det över huvud taget är motiverat att besluta om allmän trafikplikt.

I artikel 9 KolltrF har mot denna bakgrund intagits en regel om att ersättning för allmän trafik som utbetalas i enlighet med KolltrF för drift av kollektivtrafik eller upp-fyllande av taxevillkor som fastställts i allmänna bestämmelser, ska anses vara förenlig med den unionsrätten. Ersättning är därmed undantagen från kravet på förhandsanmälan enligt artikel 108.3 TFEU.

Vidare möjliggörs enligt artikel 9.2 KolltrF, utan att det påverkar tillämpningen av artiklarna 93, 106, 107 och 108 TFEU, att medlemsstaterna fortsätter att bevilja stöd till transportsektorn i enlighet med artikel 93 TFEU när stödet tillgodoser behovet av transportsamordning eller om det innebär kompensation för vissa andra skyldigheter som ingår i begreppet allmännyttig tjänst än sådana som omfattas av denna förordning, särskilt

- a) till dess att gemensamma regler trätt i kraft när det gäller fördelning av infrastrukturkostnader, om stödet beviljas företag som måste stå för kostnaderna för den infrastruktur de använder medan andra företag inte har samma börda. När det stödbelopp som beviljas i detta fall beräknas ska man beakta de infrastrukturkostnader som konkurrerande transportslag inte är tvungna att betala,
- b) när stödets syfte är att främja antingen forskning om eller utveckling av transportsystem och transportteknik som är mer ekonomiska för gemenskapen som helhet.

En begränsning är dock att detta stöd måste begränsas till FoU-skedet och får inte omfatta kommersiellt utnyttjande av sådana transportsystem och sådan transportteknik; i annat fall gäller inte undantaget och statsstödsreglerna med tillhörande anmälningsplikt blir då fullt tillämpliga.

Statsstödsreglerna innebär alltså inga principiella hinder mot beslut om allmän trafikplikt eller ersättning till kollektivtrafikföretag i anledning av sådana beslut. Bestämmelserna tar emellertid sikte på situationen där beslut om allmän trafikplikt faktiskt är fattat och dess största inverkan torde uppkomma i samband med att RKM skulle fatta beslut om allmän trafikplikt för sådana sträckor där det saknas ett allmänt intresse av kollektivtrafik.

Så länge sådana sträckor upphandlas i ett konkurrensutsatt förfarande torde emellertid detta inte ge upphov till statsstödsproblematik, utan snarare gäller frågan huruvida myndigheten överträder sin befogenhet att fatta sådana beslut. I förarbetena har även statsstödsreglerna inte ansetts utgöra något primärt hinder mot beslut om allmän trafikplikt eller ersättning för avtal om allmän trafik.⁴⁷

5.1 Förenlighet med den konkurrensrättsliga konfliktlösningsregeln

Den 1 januari 2010 infördes en ändring i 3 kap. konkurrenslagen (KL) genom den s.k. konfliktlösningsregeln. Enligt 3 kap. 27 § KL gäller sålunda beträffande konkurrenssnedvridande offentlig säljverksamhet (KOS) att staten, en kommun eller ett landsting får förbjudas att i en säljverksamhet som omfattas av det konkurrensrättsliga företagsbegreppet *tillämpa ett visst förfarande*, om detta

1. snedvrider, eller är ägnat att snedvrیدا, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller
2. hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.

⁴⁷ Prop. 2009/10:200, s. 100–101.

Förbudet avser alltså tillämpningen av ett visst snedvridande eller konkurrenshämmande förfarande, men drabbar inte verksamheten som sådan. Det följer vidare av 3 kap. 27 § 2 st. KL att förbud inte får meddelas för förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt. Det är sålunda fråga om en form av omvänt skadlighetsrekvisit till skillnad från det kriterium som gällde för 1953 och 1982 års konkurrenslagar och dess generalklausuler baserade på den s.k. missbruksprincipen. Enligt denna äldre rätt gällde att ett visst förfarande kunde förbjudas om vissa skadlighetsrekvisit var uppfyllda samt om effekterna därav var otillbörliga från allmän synpunkt. I nu gällande lagstiftning stadgas alltså det motsatta; förbud kan inte meddelas om förfarandet är *rättfärdigat* från allmän synpunkt.

Vidare stadgas i 3 kap. 27 § 3 st. att en kommun eller ett lands-ting även får förbjudas att bedriva en viss säljverksamhet i fall som avses i 3 kap. 27 § 1 st., såvida inte verksamheten i sig är förenlig med lag. Detta stadgande berör alltså inte staten, eller sådan verksamhet som är förenlig med kommunallagen. Oaktat om verksamheten i sig är förenlig med lagstiftningen inskränks den såväl för kommunal som statlig verksamhet av bestämmelserna om att tillämpa visst konkurrenssnedvridande eller begränsande förfarande. Såsom framhålls i förarbetena innebär inte regleringen av RKM:s verksamhet att den kommunala kompetensen har förändrats genom KOS, d.v.s. det kan hävdas att verksamheten i sig är kompetenslig och förenlig med lag. Huruvida RKM:s verksamhet ska betraktas som säljverksamhet i KL:s mening är dock mera oklart. Enligt förarbetena till KOS framgår att med säljverksamhet avses främst försäljning av varor, tjänster och andra nyttigheter. Till säljverksamhet får även räknas andra utbudsverksamheter såsom bl.a. uthyrning.⁴⁸

Ett specialfall är däremot när en upphandlande enhet både agerar som upphandlare och anbudsgivare. För kollektivtrafikens del skulle detta kunna uppkomma om RKM avser att både upphandla viss trafik och samtidigt utföra trafik inte i egen regi, men som anbudsgivare avseende avtal om sådan trafik som omfattas av upphandlingsreglerna. Det följer av MD:s praxis att KL:s förbudsbestämmelser är tillämpliga när en myndighet agerar på marknaden i en producent- och leverantörsroll, d.v.s. när den bedriver en eko-

⁴⁸ Prop. 2008/09:231, s. 34.

nomisk verksamhet i den bemärkelsen att myndigheten ska anses vara ett företag i KL:s mening (se MD 2004:21). Enligt regeringen bör ett motsvarande synsätt gälla för KOS. Däremot är KOS inte är tillämplig på själva upphandlingsförfarandet.⁴⁹

Regeringen framhåller i förarbetena att KOS i princip inte omfattar ekonomiskt stöd till egen säljverksamhet oavsett dess form. Däremot är det *effekten* av stödet, såsom det gestaltar sig när den offentlige aktören tillämpar sin säljverksamhet, som kan bli föremål för prövning.⁵⁰

Sammantaget framstår det som osannolikt att KOS kommer att ha någon större inverkan på RKM:s verksamhet, åtminstone så länge som myndigheterna inte bedriver någon säljverksamhet i konkurrens med kommersiella kollektivtrafikbolag. Beslut om allmän trafikplikt och upphandling av avtal om allmän trafik omfattas inte KL:s bestämmelser i detta hänseende.

6 Behovet av kompletterande reglering

KolltrL innehåller ingen konkret bestämmelse om hur samspelet mellan kommersiell och samhällsstödd trafik närmare ska utformas. Mot bakgrund av att den svenska järnvägsmarknaden är liberaliserad gällande det fria tillträdet för kommersiell trafik är det nödvändigt att ta hänsyn till denna när behoven enligt trafikförsljningsprogrammet ska tillfredsställas.

Såsom visats i utredningen ovan riskerar en alltför vid tolkning av RKM:s befogenheter att leda till inskränkningar i existerande kommersiell trafik, varigenom det finns en överhängande risk för dubbel eller överinvesteringar i fordon och vagnar. Med tanke på att utövandet av RKM:s befogenheter kan få allvarliga konsekvenser på möjligheterna för järnvägsföretag att bedriva verksamhet är det i allmänhet påkallat att tolka befogenheterna restriktivt. I vart fall kan det inte anses vara förenligt med gällande rätt att göra en extensiv tolkning i befogenhetsfrågan. Oklarheterna i detta avseende påvisas inte minst av det har orsakat en större rättsprocess där det är uppenbart att myndigheten och järnvägs-

⁴⁹ Prop. 2008/09:231, s. 34 f.

⁵⁰ Prop. 2008/09:231, s. 35.

företaget har olika uppfattningar, vilket synes vara ett direkt resultat av en alltför otydlig lagstiftning.

Oaktat det faktum att det enligt min mening inte är möjligt att inskränka järnvägsföretagets verksamhet på sådant sätt som nu är aktuellt i den förevarande tvisten synes i vart fall en lämpligare ordning vara att vad som i dag kommer till uttryck i förarbetena borde klargöras direkt i lagtexten.

De statliga företagens roll – samhällsuppdrag till SJ AB

Lars Henriksson

Professor i rättsvetenskap, jur. dr, civ. ek. DHS

Handelshögskolan i Stockholm

Innehållsförteckning

Sammanfattning	61
1 Uppdraget	63
2 Översiktlig probleminventering gällande samhällsuppdrag	63
3 Ensamrätt till avtal om allmän trafik (regional kollektivtrafik)	64
3.1 Tilldelningsprinciper för avtal om allmän trafik inom EU	65
3.2 Kollektivtrafik i egen regi av behörig myndighet	66
3.3 Tilldelning av avtal om allmän trafik till järnvägsföretag som RKM inte kontrollerar	68
3.4 Särskilt om gällande upphandlingskrav för avtal om allmän trafik	70
3.4.1 RKM i egenskap av upphandlande enhet	71
3.4.2 Upphandlingskrav för järnvägstrafik	72
3.5 Allmänna undantag enligt KolltrF från upphandlingskravet	73
3.5.1 Undantag för avtal av mindre betydelse enligt EU-reglerna	73
3.5.2 Undantag för avtal om nödåtgärder enligt EU-reglerna	74
3.5.3 Undantag för kollektivtrafik på järnväg enligt EU-reglerna	75
3.6 Särskilt om regler om löptider för avtal om allmän trafik	75
3.7 Upphandlingskrav vid trafik utanför Kollektivtrafiklagens tillämpningsområde	76

3.8	Framtida svenska regler om konkurrensutsatt anbudsförfarande	77
3.8.1	Fortsättningsvis krav på upphandling av tjänstekontrakt	78
3.8.2	Inga undantag för direkttilldelning av kontrakt av mindre värden eller järnvägstrafik.....	78
3.9	Sammanfattande bedömning av samhällsuppdrag till SJ	79
4	Bedömning av specifika frågeställningar.....	79
4.1	Möjligheten till begränsning av konkurrensen mellan operatörer.....	79
4.2	Samhällsuppdrag utan upphandling till SJ.....	81
4.2.1	Allmänt om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse	81
4.3	Kollektivtrafik i förhållande till statsstödsreglerna	84
4.3.1	Ersättning för åtaganden om tillhandahållande av allmännyttiga tjänster.....	84
4.4	Modell med förändrat marknadstillträde för all trafik	87

Sammanfattning

Passagerartrafik på järnväg är föremål för fritt marknadstillträde i Sverige. I viss mån har detta medfört att det finns faktisk konkurrens på spåren. Möjligheterna att reversera det fria marknadstillträdet genom en återgång till ett absolut statligt monopol är förenat med avsevärda svårigheter och aktualiserar frågor om åtgärdens förenlighet med egendomsskyddet och näringsfriheten. Eftersom det här till berör regler om den fria rörligheten inom EU måste sådana åtgärder vara förenliga med de undantagsmöjligheter som följer av EU-rätten och EU:s rättighetsstadga. Även om det vore förenligt med konstitutionella krav och EU-rätten återstår däremot frågor om ersättning för dem som drabbas av åtgärderna. Sett sammantaget kommer åtgärder av denna karaktär att vara mycket svåra att genomföra.

En återgång till ett system med upphandlad trafik för hela järnvägsnätet aktualiserar i princip samma rättsliga överväganden som vid fullständig reversering till monopol, eftersom den efterföljande upphandlingen endast är ett följdresultat av själva monopoliseringen. Det är alltså inte upphandlad trafik i sig som är potentiellt sett problematisk, utan den marknadsinskränkande åtgärd som föregår upphandling. Det ska även framhållas att i många fall är detta fråga om potentiella marknadseffekter och det är mycket möjligt att reverseringsåtgärder inte har någon större faktisk påverkan på marknaden om det t.ex. saknas aktörer. Däremot kvarstår den potentiella effekten av tillkommande möjligheter. Det är sålunda viktigt att notera att tillskapande av rättigheter för enskilda är långt mindre problematiska än att begränsa dem.

Om upphandling av passagerartrafiktjänster på järnväg skall vidtas måste tillämpliga regler om offentlig upphandling iakttas. I det hänseendet torde det finnas ytterligt små möjligheter att reservera kontrakt till statligt ägda företag utan att andra järnvägsföretag skulle beredas möjlighet att lämna anbud.

En modell som innefattar kompletterande upphandling av järnvägstrafik genom någon form av nationellt trafikförsörjningsprogram är i förhållande till monopolisering långt mindre problematisk från rättslig synpunkt. Komplettering med beslut om trafikplikt där trafik ej förekommer möter inga hinder beträffande

näringsfrihets- eller egendomsrättsintressena. Det kan emellertid inte uteslutas att utformningen av sådan upphandlad trafik indirekt eller t.o.m. direkt kan påverka existerande kommersiell passagerartrafik på järnväg. Därigenom aktualiseras samma rättsliga överväganden som gäller vid samexistensen mellan samhällsstödd och kommersiell regional trafik som beslutas inom ramen för RKM:s verksamhet. Det kan inte hållas för uteslutet att en sådan modell vore möjlig att genomföra, allt under beaktande av de skyddsintressen som omnämnts här ovan.

Vad gäller ny och tekniskt sett åtskild infrastruktur i form av höghastighetsbanor där det i dag saknas aktörer (och infrastruktur) och som från början inte är öppen för konkurrens föreligger i princip valmöjligheter beträffande marknadstillträdesmodellen. I sådana fall krävs dock en anpassning av järnvägsflagstiftningen eftersom den i dagsläget inte gör skillnad på skilda former av infrastruktur.

1 Uppdraget

Uppdraget omfattar att särskilt bedöma SJ AB:s roll och vilka förutsättningar som finns att ge företaget någon form av särställning som operatör med ett direkttilldelat "samhällsuppdrag" som innebär att övriga järnvägsföretag inte tillåts att få konkurrera om utförandet av samhällsuppdragen. Bedömningen skall sålunda ta hänsyn gällande EU-rättsliga bestämmelser, men även den nationella situationen i Sverige med en konkurrensutsatt nationell marknad för persontrafik.

2 Översiktlig probleminventering gällande samhällsuppdrag

Den hypotetiska frågeställningen som anges i denna del av uppdraget handlar om huruvida det är förenligt med gällande rätt att ge en ensamrätt till SJ AB (SJ) såsom varande statligt ägt bolag att ensamt utföra uppdraget att bedriva allmän trafik på basis av ett beslut om allmän trafikplikt och/eller samhällsstödd interregional trafik.

I sammanhanget skall konstateras att det i Sverige råder fri konkurrens på spåren, varvid inget järnvägsföretag som utgångspunkt har företräde framför något annat företag. Ej heller har kollektivtrafiken någon företrädesrätt till spårkapacitet i förhållande annan kommersiell passagerar- eller godstrafik. Frågan gäller alltså inte huruvida det är rättsligt möjligt att återmonopolisera hela järnvägsnätet, utan huruvida det inom ramen för tilldelning av avtal om allmän trafik är möjligt att endast ge ett sådant uppdrag till SJ AB.

Som ett alternativ till att tilldela SJ uppdraget att bedriva allmän trafik på upphandlade sträckor ska även från rättslig synpunkt utredas gränserna för möjligheterna

- För ägaren till SJ (staten) att ålägga bolaget att bedriva trafik på sträckor som i dag inte omfattas av allmän trafikplikt eller som upphandlas genom koncession;
- För staten att mot ersättning ingå avtal med SJ att göra ytterligare stopp vid vissa stationer som inte betjänas i dag eller mot ersättning acceptera länstrafiken periodkort på delsträckor;

- För staten att upphandla ny trafik (t.ex. höghastighetsbanor) genom tjänstekoncession.

3 Ensamrätt till avtal om allmän trafik (regional kollektivtrafik)

Inom området regional kollektivtrafik är det viktigt att beakta att det inom unionen kan finnas skilda sätt på vilka kollektivtrafiken är organiserad, vilket påverkar bedömningen av den här aktuella frågeställningen. Om kollektivtrafik inte har öppnats för konkurrens blir frågan huruvida det är rättsligt möjligt att bibehålla ett sådant system. I de fall där marknaden öppnats för konkurrens och där lagstiftningen föreskriver öppna och rättvisa konkurrensutsatta anbudsförfaranden för tilldelning av ensamrätter och ingående av avtal om allmän trafik blir frågan i stället huruvida det är möjligt att återgå till en monopoliserad marknad utan konkurrensutsatt tilldelningsförfarande (t.ex. genom direkttilldelning eller genom lagfästa ensamrätter för verksamheten).

I det senare fallet uppkommer en rad följdkomplikationer som inträder i så gott som alla fall där tidigare monopoliserade marknader liberaliseras. Åtgärden att öppna upp marknader medför ofta att handeln mellan medlemsstater utvecklas avsevärt genom att t.ex. järnvägsföretag bedriver verksamheter i flera medlemsländer. Att i efterhand monopolisera en sådan marknad kommer tvivelstutan att medföra att en sådan åtgärd skulle påverka handeln mellan medlemsländer negativt i det kan anses svårförenligt med bestämmelserna om fri rörlighet i artikel 58 samt avdelning VI (art. 90–100) FEUF om den gemensamma transportpolitiken.

Beträffande såväl frågan om bibehållande av monopol som återgång till det samma gäller det sålunda att beakta de regler som gäller beträffande upprättandet av den gemensamma transportpolitiken. I detta hänseende framgår av artikel 91 FEUF, jfrd med artikel 100 FEUF, att det med beaktande av transportfrågornas särskilda karaktär inom unionen skall fastställas gemensamma regler för internationella transporter på järnväg *till eller från* en medlemsstats territorium eller genom en eller flera medlemsstaters territorier samt de villkor under vilka utomlands hemmahörande transportföretag får utföra transporter *inom* en medlemsstat. Det

blir därför relevant att beakta sekundärlagstiftningen på järnvägsområdet tillsammans med de svenska reglerna om kollektivtrafik och järnvägstrafik.

3.1 Tilldelningsprinciper för avtal om allmän trafik inom EU

Genom att öppna marknaden för kollektivtrafik blir det som utgångspunkt inte längre möjligt att begränsa möjligheterna för kollektivtrafikföretag i andra medlemsländer att lämna anbud, vilket innebär att handeln mellan medlemsstaterna utvecklats avsevärt, något som i sig torde vara ett led i realiseringen av EU:s inre marknad.

Det har emellertid inte skett någon fullharmonisering av lagstiftningen inom EU gällande tilldelning av avtal om allmän trafik. Synbarligen har detta sin förklaring i att det i äldre tid endast i mycket begränsad omfattning förekommit möjligheter till konkurrens om sådana kontrakt och att kollektivtrafik i allt väsentligt varit ett samhällsåtagande som utförts av det allmänna direkt eller genom dess helägda organisationer. Utvecklingen har emellertid medfört skillnader i de nationella förfaranden som tillämpas, vilket i sin tur medfört rättslig osäkerhet i fråga om kollektivtrafikföretagens rättigheter och de behöriga myndigheternas skyldigheter. Regler om hur eller under vilka omständigheter tilldelning av avtal om allmän trafik existerade inte i äldre rätt¹, varför det fanns ett stort behov av uppdatering av EU:s regelverk på detta område.

Enligt EU:s kollektivtrafikförordning (KolltrF)² framhålls därför att kollektivtrafiken är organiserad på olika sätt i medlemsstaterna. Av det skälet bör de behöriga myndigheterna fortsatt ha möjlighet att direkttilldela avtal om allmän trafik för järnvägstrafik. Detta bör ställas i kontrast till faktum att flera medlemsstater vid tilldelning av ensamrätt och avtal om allmän trafik, enligt KolltrF, åtminstone inom delar av sin kollektivtrafikmarknad, har infört lagstiftning som grundas på öppna och rättvisa konkurrensutsatta anbudsförfaranden (skäl 6). Sverige tillhör en av dessa stater.

¹ Jfr rådets förordning (EEG) nr 1191/69 av den 26 juni 1969 om medlemsstaternas åtgärder i fråga om allmän trafikplikt på järnväg, väg och inre vattenvägar, EGT L 156, 28.6.1969, s. 1–7.

² Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70, EUT L 315, 3.12.2007, s. 1–13 (härefter; ”Kollektivtrafikförordningen”).

Det följer av KolltrF en rättighet för lokala behöriga myndigheter (i Sverige: regionala kollektivtrafikmyndigheter, RKM) avseende allmännyttiga tjänster att välja sitt kollektivtrafikföretag i samband med tilldelning av avtal om allmän trafik. Denna rättighet tar emellertid sikte på förhållandet att det allmänna ansvarar fullt ut för tillhandahållandet av kollektivtrafik – inte enbart förvaltning av infrastrukturen, utan även dess direkta drift. Härigenom är det inte förbjudet enligt EU-rätten att ha en monopoliserad kollektivtrafik inom en medlemsstat, även om den innebär att trafiken organiseras i skilda juridiska personer inom ramen för monopolet.³

KolltrF möjliggör i det hänseendet, och i vissa avgränsade fall, direkttilldelning av avtal om allmän trafik för järnvägstrafik (p. 26). Med direkttilldelning avses i detta sammanhang att tilldelning av avtal om allmän trafik till ett kollektivtrafikföretag sker utan konkurrensutsatt anbuds förfarande (artikel 2 h KolltrF). Den inledande frågan blir därmed när RKM kan direkttilldela ett avtal om allmän trafik. Svaret är i allt väsentligt att det kan ske när verksamheten bedrivs i egen regi. I andra fall föreligger en skyldighet att tillämpa ett konkurrensutsatt tilldelningsförfarande.

3.2 Kollektivtrafik i egen regi av behörig myndighet

Gällande kollektivtrafik på järnväg föreskriver KolltrF inledningsvis att medlemsstaterna har möjlighet att tillämpa ett förfarande med trafik i *egen regi*. Sådan drift kan ske direkt genom att en behörig myndighet enskilt tillhandahåller trafiken eller gemensamt i grupp av myndigheter som själva tillhandahåller integrerad kollektivtrafik. Möjlighet ges även för myndigheten att genom direkttilldelning av avtal om allmän trafik uppdra åt en i rättsligt hänseende fristående enhet som myndigheten/gruppen av myndigheter kontrollerar på samma sätt som sina avdelningar.⁴

Bedrivande av kollektivtrafik i egen regi förutsätter dock att sådan verksamhet inte är förbjuden i nationell lagstiftning. I svensk

³ Det skall noteras att detta avser upprätthållandet av en befintlig monopolordning och även om KolltrF inte förbjuder en återgång från konkurrensutsatt förfarande till monopol är en sådan åtgärd förenad med andra rättsliga hinder. Analysen av dessa ligger dock utanför ramen för detta uppdrag.

⁴ Möjligheten till beslut om drift i egen regi är härutöver föremål för begränsningar enligt artikel 5.2 a)- e) KolltrF.

rätt existerar inget direkt förbud mot att RKM skulle kunna bedriva trafik i egen regi, varför det är fullt tillåtet att göra detta såväl enligt nationell svensk rätt som EU-rätten.

En central fråga i detta sammanhang är när det skall anses att en verksamhet faktiskt bedrivs i egen regi. Genom EU-domstolens uttalande i *Teckal* gjordes klart att för ett förfarande skulle vara upphandlingspliktigt var det, enligt det vid den tidpunkten gällande upphandlingsdirektivet, i princip tillräckligt att avtalet hade slutits mellan, å ena sidan, en lokal myndighet, och, å andra sidan, en i förhållande till denna myndighet *fristående* juridisk person. Endast i det fallet att den lokala myndigheten, samtidigt, *utövade en kontroll* över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla.⁵

Avgörandet anses vara startpunkten på undantaget för upphandlingsplikt mellan upphandlande myndigheter och företag inom dess egen kontrollsfär eller verksamhet i egen regi, den s.k. *in-house doktrinen*. Avgörandet har sedermera bekräftats i EU-domstolens praxis.⁶ Osäkerheten har i viss mån bestått och genom 2014 års direktiv om upphandlingsregler i klassiska sektorn och försörjningssektorerna samt för koncessioner har regelverket förtydligats i gränsdragningsfrågan mellan interna och externa kontrakt och därigenom när upphandlingskyldighet föreligger.⁷ I Sverige har de nya reglerna ännu inte trätt i kraft, men enligt förevarande

⁵ Mål C-107/98, *Teckal Srl mot Comune di Viano och Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, REG [1999] s. I-8121, p. 50.

⁶ I Sverige gäller genom 2 kap. 10 a § LOU att från upphandlingsplikten undantas kontrakt mellan en upp-handlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet), och den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den (verksamhetskriteriet). Någon motsvarande bestämmelse finns inte i LUF. Se även prop. 2011/12:106 s. 56.

⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, EUT L 94, 28.3.2014, s. 1–64, Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, EUT L 94, 28.3.2014, s. 65–242, Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG, EUT L 94, 28.3.2014, s. 243–374.

lagrådsremiss avser regeringen föreslå riksdagen att direktivets regler härom införlivas i svensk rätt fr.o.m. 2016.⁸

Det ligger förvisso inte ramen för uppdraget att mera i detalj analysera gränsdragningsfrågan för interna kontrakt, men så mycket kan konstateras att SJ inte kan betraktas som ett företag som RKM utöver kontroll över. SJ ägs till 100 % av svenska staten och är ett affärsdrivande företag. Härigenom måste SJ likställas med andra externa järnvägsföretag.

Sammantaget skall därför framhållas att även om myndigheter och staten sedda tillsammans i vid mening skulle kunna anses representera det allmänna är det inte möjligt att uppdrag till t.ex. SJ AB som drift i egen regi. Det måste vara RKM:s egen regi som avses, som utvecklats här ovan. SJ är ett kommersiellt järnvägsföretag som förvisso är ägt av svenska staten. Ägaransvaret för SJ utövas av Finansdepartementet och SJ måste sålunda i det hänseendet jämnställas med andra kommersiella järnvägsföretag.

3.3 Tilldelning av avtal om allmän trafik till järnvägsföretag som RKM inte kontrollerar

Som utgångspunkt gäller att *i alla övriga fall* när myndigheten anlitar en tredje part än ett internt företag finns en skyldighet jml. art. 5.3 KolltrF att iaktta ett konkurrensutsatt anbudsförfarande vid tilldelning av avtal om allmän trafik. Det *konkurrensutsatta anbudsförfarandet* skall vara öppet för alla företag, det ska vara *rättvist* och följa principerna om *insyn* och *icke-diskriminering*. KolltrF möjliggör förvisso att det efter anbudsinlämningen och ett eventuellt förurval kan föras förhandlingar i enlighet med dessa grundprinciper för att avgöra hur specifika eller komplicerade krav kan uppfyllas på bästa sätt. Det finns härtill ett antal undantag till kravet på konkurrensutsatt anbudsförfarande, vilka skall utvecklas nedan.

Enligt artikel 5.1 i KolltrF anges uttryckligen de tidigare upphandlingsdirektiven (2004/17/EG och 2004/18/EG) är tillämpliga på *tjänstekontrakt* respektive *offentliga kontrakt* om trafik avseende kollektivtrafik med buss eller spårvagn, medan KolltrF är tillämplig på

⁸ Lagrådsremiss - Nytt regelverk om upphandling, 4 juni 2015, s. 373 ff.

tjänstekoncessioner för kollektivtrafik med buss- och spårvagn. Enligt direktiv 2014/24/EU (LOU-direktivet) gäller att KolltrF även fortsättningsvis ska tillämpas på avtal om allmän trafik och på tjänstekoncessioner för kollektivtrafik på järnväg eller tunnelbana. I syfte att klargöra förhållandet mellan LOU-direktivet och KolltrF anges därför i artikel 10 i) i LOU-direktivet att direktivet inte ska tillämpas på tjänstekontrakt som avser tillhandahållande av kollektivtrafik på järnväg eller tunnelbana. En likalydande bestämmelse finns även i artikel 21 g) i direktiv 2014/25/EU (LUF-direktivet) och i direktiv 2013/23/EU (LUK-direktivet) anges i artikel 10.2 att undantag görs från det direktivets tillämpningsområde för koncessioner för kollektivtrafik såsom det avses i KolltrF.

I stället gäller för dessa kontrakt att tilldelning även fortsättningsvis bör omfattas av KolltrF. Det framhålls i LOU- och LUF direktiven att medlemsstaterna *bör*, i den mån KolltrF tillåter nationell lagstiftning att avvika från de regler som fastställs i den förordningen, att i sin nationella lagstiftning kunna fastställa att avtal om allmän trafik i fråga om kollektivtrafik på järnväg eller tunnelbana ska tilldelas genom ett konkurrensutsatt anbudsförfarande (skäl 27 och skäl 35 i LOU- resp. LUF-direktiven).

I Sverige har regeringen behandlat frågan i lagrådsremissen om nytt regelverk om upphandling och där gjort bedömningen att undantagen i LOU- och LUF-direktiven för tjänstekontrakt som avser kollektivtrafik på järnväg eller tunnelbana inte bör genomföras i nuläget. Samma gäller även beträffande möjligheten till undantag i LUF-direktivet för koncessioner för kollektivtrafik.⁹

Tjänstekoncessioner är i dagsläget uttryckligen undantagna från upphandlingsdirektiven och upphandlingslagstiftningen. Sålunda har det hittills inte funnits något rättsligt krav på ett öppet konkurrensutsatt förfarande vid tilldelning av tjänstekoncessioner. Däremot måste allmänna EU-rättsliga principer om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet iakttas, åtminstone när det finns en unionsdimension för sådana koncessioner.

För kollektivtrafikens del är tjänstekoncessioner tämligen ovanliga i Sverige, med undantag för viss nattågstrafik och färjetrafik till Gotland och i stället används tjänstekontrakt i avtalsrelationen mellan

⁹ Lagrådsremiss - Nytt regelverk om upphandling, 4 juni 2015, s. 405 f. Se även Näringsdepartementets pro-memoria Tilldelning av koncessioner för kollektivtrafik, dnr N2014/5126/TE.

RKM och järnvägsföretagen.¹⁰ I dag används dock koncessioner för vissa sträckor av Mälardalstrafik MÅLAB AB (Målab).¹¹ Tilldelningen för sådana kontrakt kommer i framtiden med all sannolikhet att bli föremål för ett konkurrensutsatt anbudsförfarande. Vidare kommer det sannolikt inte att bli möjligt att direkttilldela avtal om allmän trafik som är av mindre värde eller omfattning eller som avser järnvägstransporter.¹² Sverige avser sålunda tillämpa konkurrensutsatt anbudsförfarande för framtida kontrakt oavsett om dessa tilldelas såsom tjänstekontrakt eller tjänstekoncessioner.

3.4 Särskilt om gällande upphandlingskrav för avtal om allmän trafik

KolltrF utgör förvisso *lex specialis* framför de direktiv om upphandling som gäller inom unionen. Därtill finns, som ovan nämnts, tillämpningsbegränsningar för upphandlingsdirektiven. Förordningen föreskriver att direkttilldelning i vissa fall *kan* tillämpas och att ett visst anbudsförfarande skall tillämpas i andra fall. KolltrF föreskriver dock inget om själva upphandlingsförfarandet, varvid stöd för hur detta skall genomföras får sökas i nationell lagstiftning om upphandling i allmänhet.

För Sveriges del finns regler härom återfinns i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). För svenskt vidkommande blir sålunda upphandlingsreglerna fullt tillämpliga i alla situationer när avtal om allmän trafik skall tilldelas, förutom när RKM, eller den enhet till vilken den delegerat sin uppgift, utför den allmänna trafikplikten i egen regi eller genom en fristående men kontrollera enhet.¹³

¹⁰ Se PM, dnr N2014/5126/TE, s. 14 f.

¹¹ Tjänstekoncessioner används enligt Målab för sträckorna Örebro – Eskilstuna – Stockholm, Norrköping – Kolmården – Nyköping – Stockholm, Sala – Västerås – Eskilstuna – Norrköping, Hallsberg – Katrineholm – Stockholm. Se www.malab.se. Lydelse 2015-07-07.

¹² Se PM, dnr N2014/5126/TE.

¹³ Noteras bör att ett uppdaterat regelverk inom försörjningssektorn kommer att införas fr.o.m. 2016 i Sverige när försörjningsdirektivet införlivas i svensk rätt. Analysen här utgår dock från gällande rätt.

3.4.1 RKM i egenskap av upphandlande enhet

Enligt 2 kap. 23 § LUF avses med *upphandling* de åtgärder som vidtas av en upphandlande enhet i syfte att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal avseende bl.a. tjänster. Vidare gäller enligt 2 kap. 20 § LUF att med upphandlande enheter avses dels *upphandlande myndigheter* enligt 2 kap. 21 § LUF, dels sådana företag som

1. en upphandlande myndighet kan utöva ett *bestämmande inflytande*¹⁴ över, eller
2. bedriver verksamhet som omfattas av lagens tillämpningsområde enligt 1 kap. 4–10 §§ LUF med stöd av en *särskild rättighet* eller *ensamrätt*.¹⁵

Särskilt angående upphandlande myndighet avses därmed enligt 2 kap. 21 § LUF statliga och kommunala myndigheter, med vilka jämföras

1. beslutande församlingar i kommuner och landsting, och
2. offentligt styrda organ¹⁶, samt
3. sammanslutningar av en eller flera myndigheter enligt ovanstående.

Härigenom får det anses klarlagt att RKM, eller den enhet till vilken dess uppgifter är delegerade, utgör en sådan upphandlande enheter som omfattas av reglerna i LUF.

¹⁴ Enligt 2 kap. 20 § 2 st. LUF gäller att ett bestämmande inflytande skall anses finnas om en upphandlande myndighet, direkt eller indirekt, i förhållande till ett företag innehar mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan.

¹⁵ Särskilda rättigheter eller ensamrätter definieras i 2 kap. 20 § 3 st sådan ensamrätt eller rättigheter som beviljats enligt lag eller annan författning; begränsar rätten att utöva en sådan verksamhet som avses i 1 kap. 4–10 §§ LUF till ett eller flera företag; och som väsentligt påverkar andra företags möjligheter att bedriva samma typ av verksamhet.

¹⁶ Med offentligt styrda organ avses enligt 2 kap. 12 § LUF sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmänna intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och 1) som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet; 2) vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet; eller 3) i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

3.4.2 Upphandlingskrav för järnvägstrafik

Avtal om allmän trafik betraktas som ett *tjänstekontrakt* om det inte utformas som en tjänstekoncession. Sådana avtal som gäller utförande av tjänster enligt bilaga 2 eller 3 till LUF, beroende av om de är s.k. A- respektive B-tjänster. Med A-tjänster avses tjänster, vilka är väl lämpade för gränsöverskridande handel. B-tjänster är, å andra sidan, sådana som är mindre väl lämpade för gränsöverskridande handel. Särskilda och mer flexibla upphandlingsregler gäller för B-tjänster.

Transporttjänster tillhör de s.k. försörjningssektorerna och det följer av 1 kap. 2 § LUF att lagen gäller för upphandling av varor och tjänster för verksamhet inom områdena bl.a. transporter. Enligt 1 kap. 8 § 1 st. LUF omfattas en transportverksamhet av LUF om den består av tillhandahållande eller drift av *publika nät* i form av transporter med järnväg, automatiserade system, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana. Sådana nät för transporttjänster skall anses finnas om tjänsten tillhandahålls enligt villkor som fastställts av en behörig myndighet och som avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden. Samtliga landtransporter omfattas av upphandlingsreglerna enligt bilaga 2, som generellt klassificeras som A-tjänster, med undantag av järnvägstransport som omfattas av kategori 18, vilka klassificeras som B-tjänster.

I förarbetena till LUF framhöll regeringen att det underliggande försörjningsdirektivet¹⁷ omfattar såväl tillhandahållande av, som drift av publika nät. Regeringen anslöt sig till betänkandet i det att den tidigvarande ordningen med trafikhuvudmännens tillhandahållande av sådana nät för transporter omfattades av försörjningsdirektivet och LUF. Ändringen som introducerades genom försörjningsdirektivet innebar att bestämmelsen om publika transportnät kom att jämföras med andra nät såsom gas, värme, el och vatten. Viktigt att notera därvidlag var att det inte enbart rör sig om förvaltning av själva nätet utan även tillhandahållande av transporttjänster samt *drift* av nätet. Härigenom ansåg regeringen

¹⁷ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, EUT L 134, 30.4.2004, s. 114–240.

att en trafikhuvudmans verksamhet att upprätthålla viss trafik omfattades av LUF.¹⁸

Traditionellt upphandlas sålunda spårbunden kollektivtrafik enligt LUF, alltmedan kollektivtrafik på vatten kan upphandlas enligt LOU.¹⁹

Regeringen noterade att vid tidpunkten för införandet av LUF hade de specifika reglerna om kollektivtrafik på EU-nivå ännu inte trätt i kraft och att det kunde förväntas särskilda regler angående främst undantag från upphandlingskravet gällande kollektivtrafik.²⁰ Undantagen till det allmänna upphandlingskravet har sedermera infördes genom KolltrF har emellertid inte föranlett några ändringar i LUF och bestämmelsen med innehåll att upphandlingskrav gäller i alla andra fall kvarstår därför och skall utredas mera ingående i det följande.

3.5 Allmänna undantag enligt KolltrF från upphandlingskravet

Det följer av KolltrF att kravet på konkurrensutsatt anbudsförfarande i vissa fall kan efterges, vilket i sådana fall möjliggör direkttilldelning av avtal om allmän trafik. Dessa undantag begränsas formellt tillämpningsområdet för LUF.

3.5.1 Undantag för avtal av mindre betydelse enligt EU-reglerna

För det första föreskrivs ett *de minimis*-undantag i artikel 5.4 KolltrF, genom vilket behöriga myndigheter, om det inte är förbjudet enligt nationell lagstiftning, får fatta beslut om direkttilldelning av avtal om allmän trafik när antingen det årliga genomsnittsvärdet av avtalen uppskattas till mindre än 1 000 000 EUR eller när avtalen gäller kollektivtrafik på mindre än 300 000 km om året. När det gäller ett avtal om allmän trafik som direkttilldelats ett litet eller medelstort företag som bedriver trafik med högst 23 fordon får dessa tröskelvärden höjas på så sätt att direkttilldelning

¹⁸ Prop 2006/07:128, s. 453.

¹⁹ Se Ds 2014:25, *Nya regler om upphandling*, s. 566.

²⁰ Prop 2006/07:128, s. 453 f.

får ske när antingen det årliga genomsnittsvärdet uppskattas till mindre än 2 000 000 EUR eller när avtalet gäller kollektivtrafik på mindre än 600 000 kilometer om året. Om dessa tröskelvärden överstigs måste alltså det konkurrensutsatta anbudsförfarandet tillämpas.

Dessa specialregler har direkt effekt i Sverige, vilket bl.a. innebär att tröskelvärdena för direkttilldelning enligt LUF inte är tillämpliga för sådana avtal som omfattas av dessa regler. Om de minimis-undantaget däremot inte är tillämpligt blir det aktuellt att beakta tröskelvärdena i LUF.

3.5.2 Undantag för avtal om nödåtgärder enligt EU-reglerna

För det andra finns ett undantag för *nödåtgärder*. Det följer av artikel 5.5 KolltrF att sådana får vidtas vid trafikstörningar eller överhängande risk för sådana störningar. Nödåtgärden skall i sådana fall bestå i en direkttilldelning, en formell överenskommelse om utvidgning av ett avtal om allmän trafik eller ett åläggande att fullgöra viss allmän trafikplikt. Nödåtgärderna är i vart måste vara tidsbegränsade, varvid det föreskrivs att en direkttilldelning, en utvidgning av ett avtal om allmän trafik eller ett åläggande om ett sådant avtal som nödåtgärd får inte överstiga två år. Kollektivtrafikföretaget skall även rätt att överklaga beslutet om åläggande att fullgöra viss allmän trafikplikt.

Beslut om åläggande om att bedriva kollektivtrafik har inte tagits i svensk lagstiftning, varigenom det inte är möjligt för RKM att framtvunga kollektivtrafik vid trafikstörning eller vid risk för detta. Det nationella förfarandet i Sverige bygger sålunda på frivillighet gällande nödåtgärder. I beredskapshänseende torde det kunna ifrågasättas om detta är en lämplig ordning. Om möjlighet till åläggande införs i svensk rätt måste dock även effektiva rättsmedel och tillämpningsföreskrifter införas.

3.5.3 Undantag för kollektivtrafik på järnväg enligt EU-reglerna

För det tredje finns ett allmänt undantag om kollektivtrafik på järnväg. Sålunda stadgas i artikel 5.6 KolltrF att om det inte är förbjudet enligt nationell lagstiftning får de behöriga myndigheterna fatta beslut om direkttilldelning av avtal om allmän trafik som rör järnvägstransport. En begränsning i undantaget gäller emellertid annan spårbunden trafik som tunnelbana och spårvagnar. Härtill gäller att löptiden för sådana avtal får ingås för en period om maximalt 10 år.

I Sverige existerar inget uttryckligt *förbud* mot direkttilldelning av kollektivtrafik på järnväg. Genom LUF existerar däremot ett *påbud* om upphandlingsplikt för dessa kontrakt. Förvisso kan hävdas att de sanktioner som följer av otillåtna direktupphandlingar jml. 16–17 kap. LUF medför att det i rättslig mening torde vara omöjligt att kringgå reglerna enbart med hänvisning till att det otillåtna alternativa förfarings sättet inte är uttryckligen förbjudet.

En ändamålstolkning av EU-rätten, sedd i ljuset av den svenska nationella lagstiftningen, torde ge vid handen att det enligt nationell rätt *inte* är tillåtet att direkttilldela avtal om allmän trafik på järnväg när detta inte sker i den behöriga myndighetens egen regi. Rättsläget får därför anses vara klarlagt i detta hänseende.

3.6 Särskilt om regler om löptider för avtal om allmän trafik

Det följer av artikel 4.3 KolltrF att *löptiden* för avtalen om allmän trafik i allmänhet inte får överstiga 15 år för persontransporter på järnväg eller annat spårburet transportsätt (gäller även för upphandlat förfarande). Om ett avtal om allmän trafik gäller flera olika transportsätt och transporterna på järnväg eller annat spårburet transportsätt står för mer än 50 % av de ifrågakvarande tjänsternas värde, är löptiden tillika begränsad till 15 år, vilket innebär en avvikelse från de maximala 10 år som gäller för busstransporter.

Löptiden får emellertid utökas till 22,5 år för järnvägstrafik vid såväl upphandlad som direkttilldelade avtal om allmän trafik om det med hänsyn till villkoren för tillgångarnas värdeminskning så är *behövligt* samtidigt som kollektivtrafikföretaget tillhandahåller tillgångar som både är betydande i förhållande till de totala tillgångar

som är nödvändiga för att bedriva den persontrafik som avtalet om allmän trafik gäller och huvudsakligen är knutna till de persontransporttjänster som omfattas av avtalet. Samma förlängda löptid gäller även om det är motiverat genom de kostnader som uppstår på grund av ett särskilt *geografiskt läge*, men då enbart för de yttersta randområdena.

Ännu längre löptider för avtal om allmän trafik är också möjliga om det är motiverat genom amortering av kapital i samband med exceptionella investeringar i infrastruktur, rullande materiel eller fordon och om avtalet om allmän trafik tilldelas genom ett rättvist konkurrensutsatt anbudsförfarande. I sådana fall krävs, för att säkerställa öppenhet, att den behöriga myndigheten inom ett år efter det att avtalet ingåtts tillställer kommissionen avtalet om allmän trafik samt uppgifter som motiverar den längre löptiden. Det maximala löptiden för direkttilldelade kontrakt är därmed 22,5 år.

Reglerna om löptid för avtal om allmän trafik har inte intagits i svensk rätt. Sålunda innehåller lagen (2010:1065) om kollektivtrafik (KolltrL) inga direkta bestämmelser om löptid i 3 kap. KolltrL angående avtal om allmän trafik. Det finns heller inga indirekta bestämmelser som såsom tidshorisonter för regionala trafikförsörjningsprogram i 2 kap. KolltrL. Härigenom tillämpas alltså de ovan nämnda bestämmelserna som följer av EU-reglerna.

3.7 Upphandlingskrav vid trafik utanför Kollektivtrafiklagens tillämpningsområde

En särskild som må uppkomma i samband med samhällsuppdrag är om staten kan återopa den s.k. in-house doktrinen för andra sträckor än de som omfattas KolltrF och KolltrL. Här skulle i så fall argumentet vara att staten – förvisso genom sitt helägda järnvägsbolag – i egen regi vidtar utför någon sådan form av trafik. Det kommer emellertid att bli mycket svårt att återopa Teckal-undantaget eftersom det mest sannolikt kommer att falla på verksamhetskriteriet.

I *Cabotermo* uttalade EU-domstolen att kravet på att den ifrågavarande personen skall bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den har särskilt till syfte att säkerställa att upphandlingsdirektivet är tillämpligt i det fall då ett företag som kontrolleras av en eller flera myndigheter är aktivt på marknaden och således kan konkurrera

med andra företag. Domstolen framhöll att ett företag inte nödvändigtvis berövas sin handlingsfrihet endast på grund av att de beslut som berör företaget kontrolleras av den myndighet som innehar det, om företaget fortfarande kan utöva en betydande del av sin ekonomiska verksamhet tillsammans med andra aktörer. Vidare krävs enligt praxis att företagets tjänster huvudsakligen är avsedda *enbart* för denna och detta anses i praktiskt hänseende ske om företaget huvudsakligen utövar verksamhet åt denna myndighet, och all annan verksamhet endast är av marginell karaktär. Huruvida så är fallet följer av en analys av alla omständigheter, såväl kvalitativa som kvantitativa.²¹

Även om det ovanstående självfallet behöver undersökas *in casu* torde det inte föreligga några tvivel om att SJ inte uppfyller verksamhetskriteriet. SJ bedriver från staten fristående verksamhet i konkurrens med andra aktörer och det följer av SJ:s egen affärsidé att bolaget ska erbjuda marknadens mest kundnära och hållbara tågresande i egen regi och i samarbete med andra.²²

Däremot hindrar inte upphandlingsrätten att sträckor som i dag inte betjänas med trafik upphandlas genom koncessioner eller incitamentskontrakt, vilket potentiellt sett kan ge en låg finansiell exponering för staten, men likafullt tillräcklig för att etablera trafik. Som ovan nämnts förklaras behovet av upphandling av den i dag fullständigt liberaliserade marknaden.

3.8 Framtida svenska regler om konkurrensutsatt anbudsförfarande

Enligt gällande rätt upphandlas, som ovan nämnts, spårbunden kollektivtrafik enligt nu gällande 15 kap. i LUF. I allt väsentligt är de materiella reglerna likalydande i 15 kap. LOU, vilket innebär att det finns krav i svensk rätt på konkurrensutsatt anbudsförfarande, låt vara att de mer flexibla reglerna därigenom kan tillämpas. Så mycket är dock klart att det inte kommer att vara möjligt enligt nu gällande rätt i Sverige att direkttilldela avtal om allmän trafik till SJ.

²¹ Mål C-340/04, *Carbotermo SpA och Consorzio Alisei mot Comune di Busto Arsizio och AGESP SpA*, REG 2006, s I-4137, p. 60–64.

²² Uppgift från SJ:s webbplats, elektronisk resurs: www.sj.se, lydelse 2015-11-08.

3.8.1 Fortsättningsvis krav på upphandling av tjänstekontrakt

För framtiden har problemet för svenskt vidkommande varit att KolltrF hänvisar till upphandlingsdirektiven gällande kollektivtrafik med buss eller spårvagn. Om det däremot gäller tjänstekontrakt eller tjänstekoncessioner följer av KolltrF att upphandlingsdirektiven inte är tillämpliga, varvid tilldelningen av sådana kontrakt skall ske i enlighet med artikel 5 i KolltrF.

Regeringen har framhållit att det finns behov av kompletterande lagstiftning och att bestämmelser bör införas som reglerar förfarandet vid konkurrensutsättning av tjänstekontrakt avseende kollektivtrafik på järnväg, med tunnelbana eller på vatten enligt artikel 5.3 KolltrF. På basis av att Sverige redan i dag har en konkurrensutsatt kollektivtrafikmarknad anses det finnas behov av fortsatt liknande krav på konkurrensutsatt anbuds förfarande.²³

KolltrF reglerar inte vilket konkret upphandlingsförfarande som skall tillämpas på nationell nivå – endast att det skall vara fråga om ett konkurrensutsatt anbuds förfarande. Regeringen anser dock att det är olämpligt att låta RKM utforma egna upphandlingsförfaranden inom ramen för det allmänna kravet på konkurrensutsättning och anbudsgivning. I stället anses det mest ändamålsenligt att utforma regleringen så att tjänstekontrakt avseende kollektivtrafik på järnväg och tunnelbana kan tilldelas på liknande sätt som i dag, inte minst i beaktande av att nuvarande system har ansetts fungera ganska bra. Mot denna bakgrund kommer tilldelning av tjänstekontrakt i framtiden mest sannolikt att omfattas av 19 kap. i de nya upphandlingslagarna som föreslås träda i kraft 2016. Upphandlingarna kommer därigenom även framgent att genomföras enligt den nya lagen på försörjningsområdet.²⁴

3.8.2 Inga undantag för direkttilldelning av kontrakt av mindre värden eller järnvägstrafik

En i detta sammanhang viktig fråga är om det i Sverige anses lämpligt att nyttja möjligheten till direkttilldelning enligt KolltrF. Regeringens bedömning är emellertid att det bör införas en ny bestämmelse i

²³ Ds 2014:25, *Nya regler om upphandling*, s. 559 ff.

²⁴ Ds 2014:25, *Nya regler om upphandling*, s. 564 ff.

KolltrL innebär att avtal om allmän trafik i form av tjänstekontrakt som avser kollektivtrafik på järnväg, med tunnelbana eller på vatten *inte* får direkttilldelas med stöd av artikel 5.4 (kontrakt av mindre värde) eller 5.6 (undantag för Jvg i allmänhet) i KolltrF. Detta innebär dock att reglerna i artikel 5.2 KolltrF (egen regi) och undantaget för nödåtgärder i artikel 5.5 KolltrF kommer att kvarstå. Regeringen föreslår att åtminstone det sistnämnda undantaget tydliggörs i svensk lagstiftning.

3.9 Sammanfattande bedömning av samhällsuppdrag till SJ

Det ovan anförda leder till slutsatsen att det enligt gällande regelverk inte är möjligt att till SJ ge ett samhällsuppdrag om kollektivtrafik, vare sig den är regional eller ej. Nationell svensk rätt hindrar i dagsläget sådan tilldelning och några undantag till denna regel kommer mest sannolikt inte att införas för framtida kontrakt. I framtiden kommer även tjänstekoncessioner att konkurrensut-sättas, varför det heller inte kommer att vara möjligt att tilldela sådan koncession till SJ utan ett föregående konkurrensutsatt anbuds förfarande.

4 Bedömning av specifika frågeställningar

4.1 Möjligheten till begränsning av konkurrensen mellan operatörer

Inom uppdraget ingår det att besvara huruvida EU-regelverket tillåter att Sverige begränsar konkurrensen mellan operatörer till att endast avse konkurrens om spårkapacitet, dvs. att järnvägstrafikföretagen endast har möjlighet att utföra trafik som upphandlas av RKM, eller en återinrättad Rikstrafikhuvudman som organiserar och upphandlar all interregional trafik som inte kommer till stånd av RKM. Innebörden i detta tänkta scenario skulle alltså vara att all trafik (eller åtminstone ett basutbud därav) skulle vara samhällsorganiserad oavsett om den delvis skulle kunna drivas under rent kommersiella villkor.

Frågeställningen berör de situationer som inte omfattas av tillämpningsområdet för KolltrF där KolltrL inte är tillämplig, dvs.

kollektivtrafik på järnväg som i allt väsentligt betecknas som inter-regional, eller åtminstone inte regional. Utgångspunkten har i Sverige varit den att sådan trafik så långt som möjligt skall vara kommersiell och att samhällsstödd sådan trafik endast skall avse sträckor, där de kommersiella intressena inte har möjlighet/saknar kommersiella intressen att erbjuda transporttjänster.²⁵

Enligt tidigare ordningar har även den interregionala trafiken varit föremål för monopol, medan detta har avvecklats i Sverige och utgångspunkten i dagsläget är att den såväl kollektivtrafik som övrig trafik på järnväg är fullt öppen för konkurrens, dvs. järnvägsföretagen konkurrerar fritt om tilldelning av tåglägen för sådan trafik. I så måtto har Sverige redan genomfört en liberaliserad järnvägsmarknad i linje med vad som synes vara målsättningarna med EU:s inre järnvägsmarknad. Sverige har gått snabbare fram och längre än andra medlemsstater.

Det kommer därför att bli mycket svårt – om alls möjligt – i rättsligt hänseende att återgå till en reglerad marknad där det allmänna intervenerar i marknadsprocessen och begränsar näringsfriheten. I allt väsentligt framstår det ytterst osannolikt att lagstiftaren skulle kunna återropa det angelägna allmänna intresse som i sådana fall enligt 2 kap. 17 § regeringsformen (skyddet för näringsfriheten) jfrd med 2 kap. 15 § regeringsformen (skyddet för äganderätten) särskilt när själva marknadsöppningen har motiveras av det finns att allmänt intresse av motsatsen. Reversering av liberaliserade marknader är förenade med mycket stora problem inte bara med hänsyn till grundläggande rättigheter, utan även med hänsyn till reglerna om den inre marknaden. Det är därför högst osannolikt att en sådan återgång vore förenlig med såväl svensk intern konstitutionell rätt som EU-rätten.

När det gäller sådana sträckor som tidigare togs om hand av den numera nedlagda och verksamhetsmässigt omorganiserade myndigheten Rikstrafiken ter sig saken annorlunda. De avtal som numera Trafikverket²⁶ ingår för långväga trafik (t.ex. nattågstrafik till Norrland) bygger på förutsättningen att kommersiella aktörer inte på egen hand kan tillhandahålla den efterfrågade tjänsten. Under beaktande av statsstödsreglerna finns det sålunda möjligheter för

²⁵ Se även Bilaga 7.

²⁶ Trafikverket är i Sverige alltså behörig myndighet i EU:s kollektivtrafikförordnings mening gällande sådan kollektivtrafik som inte är regional. Jfr artikel 2 b) KolltrF.

det allmänna att stödja trafiken genom ett konkurrensutsatt upphandlingsförfarande. Det skall dock noteras att syftet med en sådan verksamhet är bereda förutsättningar för att den långsiktigt skall klara sig utan samhällsstöd. Sålunda har t.ex. Trafikverket ingått avtal om Norrlandstrafik enligt ett s.k. nettoavtal, vilket innebär att operatören behåller biljettintäkterna som därigenom får ett eget intresse av att resandet ökar.

4.2 Samhällsuppdrag utan upphandling till SJ

En särskild frågeställning är huruvida det vore möjligt för Sverige att ge SJ AB ett samhällsuppdrag *utan upphandling* och, om så vore fallet, om detta skulle kunna ske utan särskild ekonomisk ersättning som stadfästs i ett kontrakt mellan staten och SJ AB och som transparent visar vilka trafikuppgifter som avses.

4.2.1 Allmänt om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

Med denna frågeställning skall för det första konstateras att samhällsuppdrag av denna karaktär endast kan vara möjlig att tilldela för kontrakt för uppfyllande av tjänst av allmänt ekonomiskt intresse (*eng. services of general economic interest, SGEI*). Frågeställningen i denna del innehåller flera delfrågor.

För det första gäller frågan om samhällsuppdraget, såsom det skisserats, skall betraktas vara av den karaktären att det är av allmänt ekonomiskt intresse. Förvisso kan stor del av den landbaserade trafiken anses utgöra ett allmänt ekonomiskt intresse. Så länge som det sköts av marknaden utan finansiellt stöd från staten torde detta inte vara något möter rättsliga hinder. Om däremot staten subventionerar trafiken i skilda hänseenden blir situationen en annan – inte minst om det skall anses utgöra ett otillåtet statsstöd.

Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse kan självfallet ta sig många uttryck och det primära i detta sammanhang torde inte vara huruvida tjänsterna skall ses som just allmänna och därtill ha ett särskilt ekonomiskt intresse – snarare blir frågeställningen lagligheten av det sätt på vilket sådana tjänster skall tillhandahållas samt lagligheten av att det allmänna helt eller delvis subventionerar tjänsterna.

EU-kommissionen framhåller att sådana tjänster inte bara är förankrade i unionens gemensamma värderingar utan spelar även en central roll för att främja social och territoriell sammanhållning. Tjänsterna kan som utgångspunkt givetvis tillhandahållas av offentliga eller privata företag utan särskilt ekonomiskt stöd från myndigheter i medlemsstaterna.²⁷

Grundvalen torde därför vara att medlemsstaterna söker en sådan lösning där tjänsterna kan tillhandahållas i konkurrens och på helt kommersiell grund, något som även är utgångspunkten för kollektivtrafik som inte är regional i Sverige. Utan att genomföra en djupare undersökning i frågan torde kunna förutsättas att en sådan lösning borgar för det mest effektiva utfallet. I förhållande till frågeställningen i denna del av utredningen torde därför samhällsuppdrag avseende järnvägstransporter – som tvivelsutan måste anses falla in under kategorin tjänst av allmänt ekonomiskt intresse – inte vara behövliga om marknaden redan tillfredsställer efterfrågan och att verksamheten samtidigt är kommersiellt hållbar.

En variant för att införa ett riksomfattande samhällsuppdrag skulle teoretiskt sett kunna vara att staten inom ramen för kollektivtrafik som inte är regional tilldelar koncessionsrättigheter förenade med ensamrätt och där ersättningen består i möjligheten att ta ut avgifter av resenärerna. I detta fall framstår det som osannolikt att koncessionsmodellen praktiskt sett skulle blir mera utbredd, eftersom förekomsten av kommersiell trafik i dag baseras på att det finns ekonomiska förutsättningar att uppnå målsättningen om tillhandahållande av transporter på kommersiell grund. På de sträckor där kommersiell trafik inte uppkommer av egen kraft och där samhället anser det vara behövligt att likafullt bedriva trafik tillkommer detta inom ramen för upphandlade avtal om allmän trafik av Trafikverket. Trots att tjänstekoncessioner i dagsläget är mycket sällsynta i Sverige förekommer de likafullt gällande viss nattågstrafik och färjeförbindelsen till och från Gotland.²⁸

Saken kan emellertid te sig annorlunda när t.ex. passagerarunderlaget är för svagt för att upprätthålla ett trafikutbud på

²⁷ Se Meddelande från kommissionen om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, EUT C 8, 11.1.2012, s. 4–14, p. 1.

²⁸ Se Departementspromemoria, *Tilldelning av koncessioner för kollektivtrafik*, 17 december 2014, s. 15.

kommersiell grund eller när samhället anser att marknaden saknar förmåga att upprätthålla en sådan trafik som samhället behöver avseende kollektivtrafik. Såsom redan konstaterats är det inte möjligt att direkttilldela samhällsuppdrag till t.ex. SJ AB för avtal om allmän trafik – det kan endast ske vid drift i egen regi, eller enligt de i KolltrF intagna undantagsreglerna. I alla andra fall förutsätts ett konkurrensutsatt anbudsförfarande. Från och med 2016 kommer även mest sannolikt tjänstekoncessioner att bli föremål för upphandlingsförfarande.

Kommissionen har behandlat hur tjänster, som inte kan tillhandahållas på kommersiell grund utan endast om den berörda myndigheten erbjuder leverantören ekonomisk ersättning, skall hanteras i rättsligt hänseende. I avsaknad av särskilda unionsbestämmelser har Sverige som utgångspunkt i regel full frihet att själv besluta hur tjänster av allmänt ekonomiskt intresse bör organiseras och finansieras.²⁹

Därvidlag blir frågan om det enligt unionsrätten eller nationell svensk rätt till att börja med är möjligt att direkttilldela och, om så är fallet, vilka principer som måste gälla beträffande ersättningen för samhällsuppdraget.

När det gäller samhällsuppdrag utanför ramen för regional kollektivtrafik, t.ex. när det allmänna subventionerar viss långväga trafik är det heller inte möjligt enligt gällande nationell rätt att ge ett sådant uppdrag till SJ AB, eftersom det följer av LUF att upphandlingsplikt råder även för sådana tjänster. Det obligatoriska konkurrensutsatta anbudsförfarandet kommer i allt väsentligt att göra frågan om statsstöd överflödigt, men icke desto mindre skall behandlas de allmänna principer som gäller vid samhällsstödd trafik. Hittills har möjligheterna till tilldelning av tjänstekoncessioner varit oreglerade och förvisso rättsligt tillåtna under beaktande av de allmänna EU-rättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet samt principerna om proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Som ovan nämnts kommer även koncessioner att bli föremål för upphandling från och med 2016.

Sammantaget måste konstateras att det enligt en kombination av unionsrätten och svensk nationell rätt inte är förenligt med

²⁹ Meddelande från kommissionen om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, EUT C 8, 11.1.2012, s. 4–14, p. 2.

gällande rätt att direkttilldela ett samhällsuppdrag till SJ AB, oavsett om detta gäller regional kollektivtrafik enligt KolltrL eller annan kollektivtrafik.

4.3 Kollektivtrafik i förhållande till statsstödsreglerna

Det konstateras i KolltrF att kollektivtrafik utgör tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i enlighet med artikel 14 FEUF och att företag som anförtros att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse enligt artikel 106.2 FEUF ska vara underkastade reglerna i funktionsfördraget – särskilt konkurrensreglerna – i den mån detta inte hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs.

Vidare framhålls att artikel 93 FEUF föreskriver att stöd är förenligt med fördragen, om det tillgodoser behovet av samordning av transporter eller om det innebär ersättning för allmän trafikplikt. Artikeln är *lex specialis* i förhållande till artikel 106.2 FEUF.

Så länge som det är fråga om ersättning för avtal om allmän trafik i den mening som anges i KolltrF kommer den ersättning som utges från det allmänna till järnvägsföretag som behörig myndighet tecknat avtal med att vara förenligt med unionsrätten och därmed inte utgöra ett otillåtet stöd.

4.3.1 Ersättning för åtaganden om tillhandahållande av allmännyttiga tjänster

Reglerna om statsstöd i artikel 107 FEUF är i princip inte tillämpliga på ersättningar som utbetalas eller andra ersättningsmodeller (t.ex. rättigheten att ta ut avgifter av andra företag) om detta är en kompensation för ett åtagande om tillhandahållande av allmännyttiga tjänster med anledning av kompensationen i sådana fall inte kan betraktas såsom utgörande en fördel. EU-domstolen har framhållit att

En statlig åtgärd omfattas [...] inte av [artikel 107.1 FEUF] om den skall anses utgöra ersättning som motsvarar ett vederlag för tjänster som det mottagande företaget har tillhandahållit för att fullgöra skyldigheten att tillhandahålla offentliga nyttigheter, medan den i själva verket inte innebär att dessa företag gynnas ekonomiskt och

således inte har som verkan att dessa företag får en mer fördelaktig konkurrensställning än konkurrerande företag.³⁰

Det är emellertid inte tillräckligt att för att undgå bedömningen enligt statsstödsreglerna att det är fråga om en skyldighet som ålagts ett företag och att ersättningen gäller kompensation för skyldigheten, ett otillbörligt gynnande kan likafullt ske genom att det allmänna beviljar överkompensation, varför ett antal kriterier måste vara uppfyllda för att

Sålunda anförde EU-domstolen i *Altmark*³¹ att offentligt stöd (som det målet syftade till att möjliggöra linjetrafik inom ramen för stads-, förorts- och regional trafik) inte omfattas av statsstödsreglerna i de fall då detta stöd skall anses utgöra ersättning som motsvarar ett vederlag för tjänster som det mottagande företaget har tillhandahållit för att fullgöra allmän trafikplikt. Vid tillämpningen av detta kriterium måste följande villkor vara uppfyllda:

1. Det mottagande företaget skall faktiskt ha ålagts skyldigheten (s.k. entrustment act) att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, och dessa skyldigheter skall vara klart definierade.
2. De kriterier på grundval av vilka ersättningen beräknas skall vara fastställda i förväg på ett objektivt och öppet sätt.
3. Ersättningen får inte överstiga vad som krävs för att täcka hela eller delar av de kostnader som har uppkommit i samband med skyldigheterna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid har erhållits och till en rimlig vinst på grundval av fullgörandet av dessa skyldigheter.
4. När det företag som ges ansvaret för att tillhandahålla de allmännyttiga tjänsterna inte har valts ut efter ett offentligt

³⁰ Se mål C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl mot Giuseppe Calafiori*, REG 2006, s. I-02941, p. 60 och de förenade målen C-34/01 till C-38/01, *Enirisorse SpA mot Ministero delle Finanze*, REG 2003, s. I-14243, p. 31, Se även mål C-53/00, *Ferring SA mot Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, REG 2001, s. I-9067, Mål C-280/00, *Altmark Trans GmbH och Regierungspräsidium Magdeburg mot Nabverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, i närvaro av Oberbundesanwalt beim Bundes-verwaltungsgericht*, REG 2003, s. I-7747.

³¹ Mål C-280/00, *Altmark Trans GmbH och Regierungspräsidium Magdeburg mot Nabverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, i närvaro av Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, REU [2003] s. I-7747. Se även Kommissionens förordning (EU) nr 360/2012 av den 25 april 2012 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på stöd av mindre betydelse som beviljas företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, EUT L 114, 26.4.2012, s. 8–13.

upphandlingsförfarande, skall storleken av den nödvändiga ersättningen ha fastställts på grundval av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag som är utrustat med transportmedel som är lämpliga för att fullgöra den allmänna trafikplikt som ålagts det skulle ha åsamkats vid fullgörandet av trafikplikten, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid skulle ha erhållits och till en rimlig vinst på grund av fullgörandet av trafikplikten.

Om kriterierna är uppfyllda så kommer compensationen för åtagandet inte att falla under artikel 107.1 FEUF. I praktiken har det i doktrinen ansetts vara mycket svårt att uppfylla dessa kriterier om tilldelningen av kontraktet inte är föremål för ett öppet och konkurrensutsatt anbuds förfarande. I sådana fall kan det vara svårt att hävda att den upphandlande myndigheten verkligen har vinnlagt sig om att erhålla bästa marknadspriset, varigenom risken ökar påtagligt för att ersättningen i sådana fall betraktas som en förmån enligt artikel 107.1 FEUF.

Icke desto mindre kan vissa compensationer som det allmänna, ger och där Altmarkkriterierna inte till fullo är uppfyllda, trots allt vara förenliga med unionsrätten i enlighet med artikel 106.2 FEUF.³² Däremot säger analysen av statsstödsfrågan mycket litet om själva tilldelningen av ensamrätten, som frågan i denna del av utredningen avser. Det har redan konstaterats att om ett avtal om allmän trafik skulle utformas som ett tjänstekontrakt – oavsett om dessa utgör s.k. produktionsavtal eller incitamentsavtal – så träffas detta av upphandlingsreglerna, vilket omöjliggör en direkttilldelning av sådana kontrakt.

Därtill skall även läggas de betänkligheter som uppkommer i ändamålshänseende av en sådan ordning i förhållande till de

³² Se Kommissionens förordning (EU) nr 651/2014 av den 17 juni 2014 genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den inre marknaden enligt artiklarna 107 och 108 i fördraget, EUT L 187, 26.6.2014, s. 1–78. Se även Kommissionens förordning (EU) nr 1407/2013 av den 18 december 2013 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på stöd av mindre betydelse, 2012/21/EU: Kommissionens beslut av den 20 december 2011 om tillämpningen av artikel 106.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på statligt stöd i form av ersättning för allmännyttiga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse [delgivet med nr K(2011) 9380], EUT L 7, 11.1.2012, s. 3–10 och Meddelande från kommissionen – Europeiska unionens rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster (2011, EUT C 8, 11.1.2012, s. 15–22.

allmänna målsättningarna om ett öppet tillträde till järnvägsnätet, vilket även skulle stå i strid mot de föreslagna ändringarna i JvL. Bl.a. föreligger förslag, såsom en vidare anpassning till det gemensamma europeiska järnvägsområdet, beträffande *tillträdesrätten* i 5 kap. 2 § JvL att ett järnvägsföretag med säte i en stat inom EES eller i Schweiz skall ha rätt att utföra och organisera trafik på svenska järnvägsnät. Även andra fysiska eller juridiska personer med hemvist eller säte i en stat inom EES eller i Schweiz, som har ett allmännyttigt eller kommersiellt intresse av infrastrukturkapacitet och som uppfyller de krav som uppställts av infrastrukturförvaltaren med stöd av 6 kap. 5 a § JvL, skall ha rätt att organisera trafik på svenska järnvägsnät.³³

Det föreligger redan i dag sålunda rättsliga hinder för att direkttilldelning av kontrakt till SJ. Denna ordning kommer med all sannolikhet att bestå i framtiden.

Kvarstår gör frågan om det skulle vara möjligt att tilldela SJ ensamrätt genom ett *avtal om tjänstekoncession*. I dagsläget är detta ett område inom kollektivtrafik som väsentligen är oreglerat med undantag för kravet på hänsynstagande till de unionsrättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet samt principerna om proportionalitet och ömsesidigt erkännande. I Sverige kommer emellertid att införas allmänna regler om tilldelning av koncessioner genom den föreslagna lagen om upphandling av koncessioner.³⁴ Näringsdepartementet har genom en promemoria under december 2014 föreslagit ändringar till den ännu inte antagna lagen med innehåll att det vid tilldelning enligt artikel 5 i KolltrF av koncessioner för kollektivtrafik skall bestämmelserna i 15 kap i förslaget till lag om upphandling av koncessioner tillämpas.

4.4 Modell med förändrat marknadstillträde för all trafik

I uppdraget ingår även att särskilt utreda om ett förändrat marknadstillträde med upphandling av *all persontrafik* skulle kunna göra det lättare att hantera ett eventuellt samhällsuppdrag (om än

³³ Se Ds 2014:21, *Ett gemensamt europeiskt järnvägsområde*.

³⁴ Se SOU 2014:69.

kanske inte exklusivt för SJ AB). I detta hänseende berör alltså inte godstrafiken.

Ett förändrat marknadstillträde kan ske på olika sätt och i olika grad. Utgångspunkten i dag är det fria marknadstillträdet och i rättsligt hänseende är det av vikt att beakta på vilket sätt och vilken omfattning som en sådan förändrad modell kan inskränka den i dag liberaliserade marknaden. I fokus kommer därmed att stå existerande aktörers möjligheter att fortsätta bedriva sin fria näringsverksamhet, men även möjligheterna för andra företag inom EU att etablera verksamhet.

Alternativet att upphandla all trafik bygger på förutsättningen att staten intar en huvudmannaroll för all annan trafik än regional kollektivtrafik (som är reglerad i särskild ordning) dock ej internationell tågtrafik (som är reglerad genom reglerna om marknadstillträde i EU-rätten). En möjlighet för staten är att inta ett principalansvar för den interregionala nationella trafiken i Sverige. I Sverige råder emellertid för denna form av kollektivtrafik fritt marknadstillträde och en återgång till att staten skulle ha absolut monopolrätt till sådan trafik i den meningen att endast staten skulle ha exklusiv rätt att organisera all sådan persontrafik kommer att medföra stora rättsliga problem såväl enligt nationell konstitutionell rätt som enligt EU-reglerna om fri rörlighet. I sådana fall blir det fråga om en de-liberalisering av det fria marknadstillträdet i sig. Det är förvisso inte omöjligt i rättsligt hänseende att återgå till ett sådant system särskilt i ljuset av att etablering av kommersiella aktörer redan har skett. Emellertid måste hållas i åtanke att en sådan modell i första ledet innebär ett verksamhetsförbud för existerande verksamhet med efterföljande möjlighet att delta i upphandling. Tvivelsutan måste detta betraktas som en inskränkning av näringsfriheten. Huruvida det drabbar egendomsskyddet t.ex. med hänsyn till företagets legitima förväntningar av det existerande systemet (bl.a. möjligheten att kunna fortsätta använda rullande materiel) måste även bedömas utifrån de konkreta förslagen och dessas effekter. I vart fall måste det kunna påvisas ett angeläget allmänt intresse för att genomföra åtgärden och då kan även frågor om inlösen av egendom aktualiseras.

Annorlunda förhåller det sig rättsligt om staten skulle åta sig ett ansvar för att svara för ett grundutbud eller komplement av trafik, vilket rättsligt inte möter några principiella hinder på sådana

sträckor där trafik saknas eller där t.ex. en aktör endast bedriver begränsad trafik som inte når upp till ett från statens sida önskvärt grundutbud. Det finns därför inget som direkt hindrar att staten exempelvis upprättar en nationell motsvarighet till regionala trafikförsörjningsprogram. Därvidlag måste dock de överväganden beaktas som redovisats i underlagsrapporten om gränssnittet mellan avtalad och kommersielltrafik (bl.a. förhållandet till existerande kommersiell trafik – se Bilaga 7). Statlig intervention kan i sådana fall inte nödvändigtvis bestå i upphandling av tjänstekontrakt, utan även av koncessioner eller helt enkelt genom att konstatera att kommersiell trafik uppfyller målen. De rättsliga problemställningarna torde uppkomma när främst när genomförandet av sådana program direkt eller indirekt påverkar marknadstillträdet eller existerande trafik.

Ett nationellt program kan givetvis medföra att det resulterar i att existerande persontrafik påverkas varvid detta riskerar att ge liknande effekter som vid absolut återmonopolisering. Ett system med nationellt program där kommersiell trafik är dock långt mindre problematiskt, eftersom det inte begränsar näringsfriheten i samma definitiva och permanenta grad. Samtidigt möter ett sådant system långt mindre problem vad gäller motiveringen av t.ex. angelägna allmänna intressen. Vid absolut återmonopolisering blir bedömningen huruvida det angelägna allmänna intresset för monopol över det fria kommersiella systemet som sådant är så starkt att kommersiell trafik bör förbjudas, vilket även innefattar en inte oväsentlig abstrakt bedömning av framtiden och blir permanent till sin natur. Vid tillämpning av trafikförsörjningsprogram och beslut om allmän trafik blir dessa överväganden långt mer avgränsade och i sig knutna till konkreta behov i ljuset av verkliga förhållanden. Dessutom är ett sådant system mer flexibelt genom att det statliga engagemanget kan varieras med hänsyn till såväl utbuds- som efterfrågefaktorer. Härigenom kan t.ex. statligt engagemang avvecklas i takt med att passagerarunderlag når hållbara nivåer. Nationella program bör innehålla bestämmelser om förhållandet till det fria marknadstillträdet och samspelet med existerande kommersiell trafik. Därtill bör även regleringen omfatta samspelet med den regionala kollektivtrafiken.

Vad gäller nya transportslag såsom höghastighetsbanor är detta en marknad som ännu inte har etablerats. En fråga i sammanhanget är om det skulle vara möjligt att förändra marknadstillträdesmodellen för

sådana banor till skillnad från befintlig infrastruktur. Eftersom det argumentationsvis är ett nytt transportslag som inte direkt är utbytbar med befintlig trafik och heller inte i teknisk mening kan samexistera med befintlig trafik kan det inte uteslutas att det vore möjligt att tillämpa en annan tillträdesmodellen för en sådan trafik. Detta skulle i sådana fall bygga på att det i lagstiftningen görs en sådan skillnad mellan infrastrukturerna så att dessa banor inte omfattades av det fria marknadstillträdet. Betänkligheter i konstitutionellt hänseende om näringsfrihet eller egendomsskydd uppkommer inte primärt för dessa nytillkommande transportslag. Däremot är det inte uteslutet att EU:s regler om fri rörlighet och sektorsspecifika regler om fritt marknadstillträde påverkas. I dagsläget torde dock ingen av dessa uppställa större hinder mot att sådana banor skulle kunna trafikeras med hjälp av tjänstekoncessioner.

Oavsett om det berör befintlig persontrafik eller persontrafik på ny infrastruktur blir följdfrågan om staten har möjlighet att tilldela trafik antingen såsom koncession eller direkttilldelad upphandling. Direkttilldelning av persontrafik kommer med största sannolikhet att vara svårförenlig med gällande rätt. Tågtrafik omfattas redan i dag av upphandlingskravet i LUF för det fall att staten upphandlas trafiken. I sådana fall är det t.ex. inte tillåtet enligt gällande rätt att direkttilldela sådana kontrakt till SJ AB.

Om det rör sig om tjänstekoncessioner måste beaktas de nya regler därom som skall vara införlivat i svensk rätt senast den 18 april 2016.³⁵ Med tjänstekoncession avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor, genom vilket en eller flera upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter anförtror tillhandahållande och förvaltning av tjänster till en eller flera ekonomiska aktörer, där ersättningen för tjänsterna endast utgörs av rätten att utnyttja de tjänster som är föremål för kontraktet eller av dels en sådan rätt, dels betalning. Enligt dessa regler kommer det inte längre att bli möjligt att direkttilldela tjänstekoncessioner, utan även sådana kontrakt skall tilldelas enligt ett konkurrensutsatt anbudsförfarande i likhet med reglerna om offentlig upphandling.

³⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, EUT L 94, 28.3.2014, s. 1–64.