

PM 2 2020-03-05 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otilåten kommunal flygfinansiering utanför allmän trafikplikt.

Ett antal kommuner har beslutat att tillsammans finansiera en flyglinje för huvudsakligen affärsflyg till Frankfurts flygplats med totalt 95,2 miljoner kronor.

Jönköpings kommun¹ och Region Värmland² har tillsammans med Karlstads kommun³ (nedan Kommunerna) i september och december 2016 respektive januari 2017 beslutat finansiera ett avtal om regelbunden flyglinjetrafik på sträckan Karlstad-Jönköping-Frankfurt (nedan Flyglinjeavtalet). Finansieringen innebär ett direkt ekonomiskt stöd till flygbolaget British Midlands Regional (BMI) på totalt 94 miljoner kronor. Avtalet har upphandlats⁴ i ett annonserat förfarande enligt den äldre, då gällande, lagen om (2007:1092) om upphandling inom områdena för vatten, energi och transporttjänster – ÄLUF. I upphandlingen inkom endast ett anbud, från BMI, som även tidigare trafikerat den aktuella flyglinjen⁵ med stöd av finansiering från Karlstads kommun. Denna tidigare finansiering har förklarats olaglig efter beslut av domstol.⁶

Den ersättning som enligt besluten ska betalas till BMI uppgår till 23,8 miljoner kronor per år under fyra år, att fördelas med vardera med 7 miljoner kronor per år på Jönköpings kommun respektive Region Värmland och 8,4 miljoner kronor per år på Karlstads kommun.⁷ Den totala ersättningen uppgår således till 95,2 miljoner kronor.

I december 2018 förhandlades ersättningen ned till totalt 20 miljoner kronor per år⁸ och i februari 2019 förklarade sig BMI i konkurs och ställde in samtliga flygningar, även till Karlstad och Jönköping. Totalt hade vid denna tidpunkt c:a 50 miljoner kronor hunnit betalas ut till BMI, vilket kan beräknas motsvara en subvention på c:a 856 kronor enkel resa till/från Karlstad eller c:a 300 kronor enkel resa till/från Jönköping.⁹

Ett av besluten (Karlstads kommuns beslut) om att finansiera den aktuella flyglinjen har senare upphävts av Kammarrätten i Göteborg eftersom det inte innefattar någon kommunal angelägenhet och beslutet även i övrigt strider mot lag eller annan författning.¹⁰

Rättslig reglering

Formerna för kommunernas verksamhet regleras genom kommunallagen och anslutande kommunala kompetensbestämmelser, varav det närmare framgår vad kommunerna får ägna sig åt.¹¹ Vid den nu aktuella tidpunkten, i slutet av 2016 och början av 2017, var 1991 års kommunallag

¹ Kommunfullmäktige i Jönköpings beslut av den 29 september 2016 (KF § 248), dnr. Ks/2016:352 050.

² Beslut av regionstyrelsen för Kommunalförbundet Region Värmland den 22 december 2016, RS Au § 103/16. Kommunalförbundet har genom sammanslagning den 1 januari 2019 uppgått i Värmlands läns landsting, som numera kallar sig Region Värmland.

³ Kommunfullmäktige i Karlstads beslut av den 19 januari 2017 (KF § 5), dnr. KS-2016-541.

⁴ Karlstad kommun, meddelandet "Sweden-Karlstad: Scheduled air transport services" publicerat enligt direktiv 2014/25/EU den 14 september 2016 i Europeiska unionen officiella tidning (EUT) och databasen TED - dnr. 2016/S 177-317930.

⁵ Flyglinjen som ursprungligen avsåg Karlstad-Frankfurt hade från och med mars 2015 kompletterats med en mellanlandning i Jönköping för att bland annat bredda passagerarunderlaget.

⁶ Förvaltningsrätten i Karlstads dom av den 5 december 2014 i mål nr. 1172-14 och 1495-14. se även Konkurrenskommissionens utredning i ärendet KKO 14-018.

⁷ Karlstads kommun, stadsledningskontoret, tjänsteyttrandet "Upphandling av flyglinje avseende flygtrafik mellan Karlstad/ Jönköping och centraleuropeisk flygplats" (dnr KS-2016-541), av den 20 december 2016.

⁸ Avtalet "AMENDMENT TO AGREEMENT CONCERNING AIRLINE TRAFFIC ON THE KARLSTAD-JÖNKÖPING-FRANKFURT ROUTE", upprättat mellan Kommunerna och BMI den 12 december 2018 till att börja tillämpas den 18 samma månad.

⁹ Se artikeln "Subventionen: 865 kronor per flygbiljett", publicerad i Värmlands Folkblad (VF) den 14 maj 2019.

¹⁰ Kammarrätten i Göteborgs dom av den 25 november 2019 i mål nr. 1803-18 som upphäver kommunfullmäktige i Karlstads beslut av den 19 januari 2017, § 5 (dnr KS-2016-541).

¹¹ Se bland annat lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter samt kompetensutvidgande bestämmelser i annan lagstiftning.

(1991:900) – ÄKL fortfarande i kraft. Den har numera ersatts av den nya kommunallagen (2017:725) med i här aktuellt avseende likalydande bestämmelser.

Enligt 2 kap. 1 § ÄKL får kommunerna inte befatta sig med sådant som ska handhas enbart av staten eller annan.¹² På flygtrafikens område regleras förutsättningarna för att med allmänna medel subventionera regelbunden flyglinjetrafik i den s.k. EG-lufttrafikförordningen (2008/1008/EG).

Genom förordningen, som är direkt tillämplig i Sverige,¹³ totalharmoniseras bland annat förutsättningarna för riktat ekonomiskt stöd till kommersiell flygtrafik inom hela EU.¹⁴ En medlemsstat får enligt förordningen subventionera viss regelbunden flyglinjetrafik som betjänar ett ytterområde eller ett utvecklingsområde eller som har låg trafikintensitet, om flyglinjen anses väsentlig för den ekonomiska och sociala utvecklingen i den region som flygplatsen betjänar.¹⁵ Villkor för att en sådan subvention ska vara tillåten är emellertid att ett visst förfarande iakttas.

För det första ska prövas om flyglinjen uppfyller kraven för att omfattas av s.k. *allmän trafikplikt*. Sådan trafikplikt får nämligen införas endast i en utsträckning som är nödvändig för att säkerställa ett minimiutbud av regelbunden flygtrafik¹⁶ som flygbolagen¹⁷ inte skulle uppfylla självmant om de enbart tog hänsyn till sina kommersiella intressen.¹⁸ Innan beslut fattas om att införa allmän trafikplikt måste behörig nationell myndighet¹⁹ därför kontrollera om de allmänna förutsättningarna för att subventionera den aktuella flyglinjen är uppfyllda och även samråda med andra berörda medlemsstater samt informera EU-kommissionen, berörda flygplatser och flygbolag att den avser att införa allmän trafikplikt. Om det i sådant fall visar sig att inget flygbolag utövar eller kan visa att det står i begrepp att utöva en bärkraftig regelbunden flygtrafik på den aktuella flyglinjen får myndigheten *begränsa tillträdet* genom att utfärda allmän trafikplikt.²⁰ Med begränsat tillträde avses såväl subventioner i form av ekonomiskt stöd i kombination med ensamrätt att trafikera den aktuella flyglinjen som enbart subventioner.²¹

Om EG-lufttrafikförordningen och dess förfarandebestämmelser inte korrekt iakttagits riskerar subventioner och annan offentlig flyglinjefinansiering som har lämnats av en myndighet utgöra ett otillåtet statligt stöd som kan bli fullt återbetalningsskyldigt enligt EU:s statsstödsbestämmelser.²²

Rätten att utöva lufttrafik på flyglinjer som omfattas av allmän trafikplikt ska erbjudas i ett offentligt anbuds förfarande som särskilt regleras i förordningen.²³

¹² Enligt bestämmelsen i 2 kap. 1 § ÄKL får kommuner själva ha hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till dess område eller deras medlemmar och som inte skall handhas enbart av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller någon annan. En motsvarande bestämmelse finns även införd i 2 kap. 1 § 2017 års kommunallag.

¹³ Se artikel 288 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt 2 § och 3 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen.

¹⁴ Artikel 1.1 samt skäl 10 EG-lufttrafikförordningen

¹⁵ Flyglinjen ska i så fall betjäna en valfri flygplats inom medlemsstaten och en annan flygplats på dess territorium eller inom övriga EU.

¹⁶ Härmed avses flyglinjetrafik som uppfyller fastställda normer för kontinuitet, regelbundenhet, prissättning eller minimikapacitet m.m.

¹⁷ I förordningen anges flygbolagen som *lufttrafikföretag*.

¹⁸ Se art. 1.1. EG-lufttrafikförordningen. Enligt art. 16.2 och 16.3(a-d) förordningen får allmän trafikplikt införas om inget annat transportsätt kan säkerställa en oavbruten trafik med minst två dagliga avgångar. Vid bedömningen ska särskilt beaktas (a) proportionaliteten mellan den planerade trafikplikten och den berörda regionens behov av ekonomisk utveckling, (b) möjligheten att anlita andra transportsätt samt dessas ändamålsenlighet när det gäller att tillgodose de aktuella transportbehoven, i synnerhet när befintliga tågförbindelser betjänar den planerade sträckan med en restid på mindre än tre timmar och med tillräcklig frekvens, tillräckliga förbindelser och lämpliga tidpunkter, (c) de passagerarpriser och villkor som kan erbjudas kunderna samt (d) det samlade resultatet av insatserna från alla lufttrafikföretag som utövar eller avser att utöva lufttrafik på flyglinjen.

¹⁹ Med behörig myndighet avses här den eller de nationella myndigheter som medlemsstaterna givit i uppdrag att utföra deras respektive åtaganden enligt EG-lufttrafikförordningen. I Sverige är Trafikverket ensam behörig myndighet att utfärda allmän trafikplikt (se vidare fotnot XX, nedan).

²⁰ Artikel 16.9 EG-lufttrafikförordningen.

²¹ EU-kommissionen har bl.a. angivit att en ersättning som betalas ut till ett flygbolag för att trafikera en flyglinje redan i sig innefattar en begränsning av medlemsstaternas frihet att tillhandahålla lufttrafik inom unionen och att varje sådan begränsning endast kan göras i motiverade fall och i enlighet med (EG-lufttrafikförordningens) gällande regler – bedömning av den 4 juli 2018 i ärende SA.46814, 2016/EO

²² Jfr. bestämmelserna om statligt stöd i 107.1 och 108.3 EUF-fördraget.

²³ Artikel 16.10 EG-lufttrafikförordningen.

De annars gällande regelverken för offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna eller av koncessioner²⁴ kan således inte tillämpas vid ett sådant anbudsförfarande. Det är exempelvis inte lagligen möjligt att överhuvudtaget använda ÄLUF för upphandling av regelbunden flygtrafik.²⁵

I Sverige är Trafikverket behörig nationell myndighet att ensamt utföra de uppgifter som åligger Sverige enligt EG-lufttrafikförordningen.²⁶ Trafikverket svarar därigenom för förordningens efterlevnad och beslutar om allmän trafikplikt. Verket svarar även för att anordna sådan anbudstävlan som följer av förordningen samt tilldelar och finansierar förekommande flyglinjekontrakt. Någon annan nationell behörighet för exempelvis kommuner eller regioner att besluta om allmän trafikplikt eller att eljest ekonomiskt subventionera reguljär flyglinjetrafik föreligger således inte.

Yttrande

Jönköpings kommun och Region Värmland har var för sig beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

Slutlig bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att sammanblanda myndighetsutövning med annan verksamhet, snedvrider konkurrensen.

Av utredningen framgår att Jönköpings kommun och Region Värmland tillsammans med Karlstads kommun har beslutat finansiera en regelbunden flyglinje till Frankfurts flygplats med sammanlagt 95.2 miljoner kronor under fyra år. Av detta belopp har uppskattningsvis c:a 50 miljoner kronor även hunnit betalas ut innan det berörda flygbolaget gick i konkurs i februari 2019.

Formerna för kommunernas verksamhet regleras genom kommunallagen och anslutande kommunala kompetensbestämmelser. Kommuner och andra kommunala organisationer som regioner och kommunalförbund är enbart behöriga att ta hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som inte ska utföras av enbart någon annan, exempelvis staten. Förutsättningarna för att finansiera reguljär flyglinjetrafik är numera totalharmoniserade på central unionsrättslig nivå. Flygtrafiksubventioner är därmed inte något som svenska kommuner är behöriga att engagera sig i utan ankommer enbart på staten genom Trafikverket. För att sådan subventionering överhuvudtaget ska vara tillåten krävs det vidare att den uppfyller villkoren för s.k. allmän trafikplikt. Flygtrafiken ska i så fall betjäna ett ytterområde eller ett utvecklingsområde med låg trafikintensitet där några kommersiella förutsättningar för att bedriva ett minimiutbud av regelbunden flygtrafik inte föreligger.

Såväl Jönköping som Karlstad har i sin kapacitet av regionhuvudstäder en god trafikförsörjning och hade vid det aktuella tillfället (2016/17) en regelbunden icke subventionerad kommersiellt bedriven flygtrafik till Stockholm med möjlighet till omstigning till andra destinationer. Dessa båda städer betjäns dessutom av regelbunden tågtrafik och torde knappast utgöra ytterområden i EG-lufttrafikförordningens mening. Proportionaliteten och ändamålsenligheten av att subventionera flygtrafik till just Frankfurts flygplats eller varför det skulle vara omöjligt att uppfylla grundläggande trafikpolitiska behov genom redan befintliga transportsätt är inte närmare klarlagt.

²⁴ Numera lagarna (2016:1145) om offentlig upphandling respektive (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna samt till den helt nya lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner.

²⁵ Det kan även noteras att ÄLUF överhuvudtaget inte gäller för upphandling av flygtrafik eller för den del koncessioner. I fråga om transporttjänster gäller lagen enbart tillhandahållande eller drift av publika nät av järnväg, automatiserade system, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana – se 1 kap. 8§ ÄLUF.

²⁶ Se 3 § förordningen (1994:1808) om behöriga myndigheter på den civila luftfartens område.

Det kan därmed sättas ifråga om förutsättningarna för införande av allmän trafikplikt på sträckan Karlstad-Jönköping- Frankfurt överhuvudtaget är uppfyllda. I vart fall har någon allmän trafikplikt på den aktuella sträckan inte beslutats i behörig ordning.

Inte heller kontraktstilldelningen har genomförts på föreskrivet sätt. Enligt bestämmelserna ska nämligen en särskild anbudstävling genomföras med iakttagande av EG-lufttrafikförordningens bestämmelser. Så har emellertid inte skett, utan Kommunerna har (genom Karlstads kommun)²⁷ genomfört ett eget upphandlingsförfarande enligt ÄLUF inom vilket det enbart kommit in ett anbud, från flygbolaget BMI. Det är även detta anbud som har lagts till grund för tilldelning och kontraktsskrivning.

Det är lagligen inte möjligt att istället för att anordna en anbudstävling enligt EG-lufttrafikförordningen upphandla regelbunden flygtrafik enligt ÄLUF eller någon annan av de särskilda upphandlingslagarna. ÄLUF är inte ens tillämplig på flygtrafiktjänster. Som en konsekvens av att förordningens bestämmelser kringgåts kan hittills utbetalade subventioner komma bli återbetalningspliktiga enligt bestämmelserna för otillåtet statligt stöd. Detta kan möjligen förklara att endast ett enda flygbolag har visat intresse av att lämna anbud. Om BMI inte redan gått i konkurs hade bolaget kunna bli återbetalningsskyldig av de omkring 50 miljoner kronor som Kommunerna hittills betalat ut för flygtrafiken på Frankfurt-linjen.

Som kammarrätten konstaterat utgör det inte någon kommunal angelägenhet att befatta sig med finansiering av regelbunden flygtrafik. Beslut att finansiera flyglinjen Karlstad-Jönköping-Frankfurt är därmed olagligt, varför det finns anledning att rikta kritik mot Kommunerna som på detta sätt snedvridit konkurrensen.

²⁷ Se det i fotnot 4 redovisade meddelandet om upphandling, där Karlstads kommun står som upphandlare. Någon motsvarande annonsering från Jönköpings kommun eller från Region Värmland har överhuvudtaget inte kunnat återfinnas.