



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Jonas Holmstedt

Marknadsavgränsning och
dominansförhållanden för
hamnar
– Helsingborg och Ystad

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Katarina Olsson

Konkurrensrätt

Höstterminen 2006

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund och syfte	4
1.2 Avgränsningar	5
1.3 Metod och material	5
1.4 Disposition	5
2 MISSBRUK AV DOMINERANDE STÄLLNING	7
2.1 Inledning	7
2.2 Tillämpning av gällande rättssystem	7
2.3 Relevant marknad	9
2.3.1 Relevant produktmarknad	9
2.3.2 Relevant geografisk marknad	10
2.4 Dominerande ställning	10
2.5 Missbruk	12
2.5.1 Överprissättning	12
2.5.2 Prisdiskriminering	13
2.6 Nödvändig facilitet	13
2.6.1 Terminal Railroad	14
2.6.2 Stena Sealink	14
2.6.3 Göteborgs hamn	14
2.6.4 Morlaix (Port of Roscoff)	15
2.6.5 Port of Rödby	15
3 SCANDLINES V. HELSINGBORGS HAMN	16
3.1 Parterna	17
3.1.1 Helsingborgs hamn AB	17
3.1.2 Scandlines Sverige AB	17
3.2 Bakgrund och frågeställningar	18
3.3 Fastställandet av relevant marknad	19

3.3.1	Produktmarknaden	20
3.3.2	Geografiska marknaden	21
3.4	Bedömning av dominerande ställning	21
3.5	Föreligger missbruk?	22
3.5.1	Tjänster och faciliteter som betalas genom hamnavgifterna	22
3.5.2	Hamnavgifterna	24
3.5.3	Prissättningen	24
3.5.3.1	Jämförelse mellan faktiska kostnader och debiterade avgifter	25
3.5.3.2	Värdering om avgifterna är orättvisa i jämförelse med andra hamnar med färjetrafik	26
3.5.3.3	Värdering om hamnavgifterna i sig är orättvisa	27
3.5.4	Prisdiskriminering	28
4	BORNHOLMSTRAFIKEN V. YSTAD HAMN	30
4.1	Parterna	30
4.1.1	Ystad hamn logistik AB	30
4.1.2	BornholmsTrafikken	31
4.2	Bakgrund och frågeställningar	31
4.3	Fråga om samtidig tillämpning av Artikel 82 EGF och 19 § KL	32
4.4	Fastställandet av relevant marknad	34
4.4.1	Produktmarknaden	34
4.4.2	Geografiska marknaden	34
4.4.2.1	Ystad hamns argument	35
4.4.2.2	BornholmsTrafikkens argument	36
4.5	Bedömning av dominerande ställning	39
5	DISKUSSION	40
5.1	Inledning	40
5.2	Relevant marknad	40
5.3	Dominerande ställning	42
5.4	Frågan om missbruk	42
5.5	Nödvändig facilitet	44
5.6	Avslutande kommentarer	46
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	48
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	50

Sammanfattning

Konkurrensrätten är dynamisk och är ständigt föremål för förändringar och förbättringar. En av grundstenarna inom konkurrensrätten är att företag som är dominerande på en relevant marknad inte får missbruka denna ställning. Denna uppsats behandlar hur en relevant marknad bestäms och vilka övriga förhållanden som är specifika när det gäller hamnar och dess verksamhet. Uppsatsen bygger i stort på två rättsfall som berör svenska hamnar, Helsingborgs hamn och Ystads hamn, men med vars utgång även torde vara tillämpliga inom övriga EU.

Avgränsningen av den relevanta marknaden är ofta det som avgör om en hamn blir betraktad som dominerande eller inte. En hamn ägs eller drivs vanligtvis av ett företag som i sin tur ofta ägs av den offentliga sektorn. Är en hamn utbytbar för en färjeoperatör som med en färjelinje utnyttjar hamnen kommer sannolikt inte hamnen att bedömas vara i någon dominerande ställning. Om det inte finns någon hamn som är utbytbar för färjeoperatören kommer hamnen, och den färjelinjen det berör, att utgöra den relevanta marknaden och hamnen kommer troligtvis att betraktas som dominant.

En grundförutsättning som måste finnas för att en marknad skall fungera är att tillgång och tillträde till olika former av nödvändig infrastruktur, även kallat nödvändig facilitet, är beviljat. En sådan nödvändig facilitet kan exempelvis vara en hamn. Genom praxis och doktrin kan vissa kriterier utläsas och konstateras. Sådana kriterier kan vara att faciliteten är absolut nödvändig för att kunna bedriva verksamhet på en marknad och att det är omöjligt eller i vart fall helt orimligt för en ny aktör att bygga upp en ny eller parallell facilitet. Bedömningen är dock att det inte är någon avgörande fråga om det föreligger en nödvändig facilitet eller inte, när en marknadsavgränsning skall bestämmas.

När det gäller avgränsningen av en så smal marknad som en hamn uppstår frågan om vilken rättsordning som blir tillämplig, nationell eller EG-rättslig? För att Artikel 82 EGF skall bli tillämplig framför den nationella rätten, krävs att två frågor besvaras jakande. Den första är att marknaden måste beröra handeln mellan medlemsstaterna, dvs. att samhandelskriteriet är uppfyllt. Den andra frågan är om marknadens storlek och betydelse för gemenskapen är väsentlig eller inte, dvs. om väsentlighetskriteriet är uppfyllt.

Förord

Jag minns fortfarande min första dag på Juridicum och dekanus Per Ole Träskmans råd till oss novischer, ”*tänk på att juridik inte är allt i livet, men att allt i livet är juridik*”. Nu har fyra år gått sedan dess och de bevingade orden har hjälpt mig en hel del på vägen.

Jag vill tacka min fru Ulrica för hennes stöd, mina barn Scott och Robbie för deras tålamod med en pappa som inte alltid haft tillräckligt med tid för dem. Min mamma och syster för att de finns och för deras ovärderliga hjälp med allt. För uppsatsen vill jag tacka min handledare Katarina Olsson för hjälp med val av ämne och för goda råd längs vägen. Jag vill också tacka Advokat Krister Azelius för hjälp och förklaringar av rättsfallen, samt övriga vänner som hjälpt till som korrekturläsare eller på annat sätt visat sitt stöd, vill jag tacka.

Helsingborg den 18 december 2006

Jonas Holmstedt

Förkortningar

DKK	Danska kronor
ECLR	European Competition Law Review
ECR	European Court Report
EES	Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet
EG	Europeiska Gemenskapen
EGF	Europeiska Gemenskapernas Fördrag
EGT	Europeiska Gemenskapens Tidning
HD	Högsta Domstolen
HH-linjen	Färjelinjen mellan Helsingborg och Helsingör
KKV	Konkurrensverket
KL	Konkurrenslagen (1993:20)
Kommissionen	Europeiska Gemenskapernas Kommission
MD	Marknadsdomstolen
OJ	Official journal of the European Communities
Prop.	Proposition
SEK	Svenska kronor
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SSNIP	Small but Significant and Non-transitory Increase in relative Prices
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

1.1 Bakgrund och syfte

Europeiska hamnar i allmänhet och svenska hamnar i synnerhet ägs och drivs av den offentliga sektorn. I vissa fall är det staten som äger och driver hamnverksamheten och i andra fall, som de svenska, ägs hamnen av kommunerna och drivs av ett kommunalt bolag. På senare år har ett flertal hamnar varit föremål för bedömning enligt konkurrensrätten, både i Sverige och i Europa, och de flesta fallen har behandlat frågan om dominerande ställning. En avgörande faktor i diskussionen är huruvida det finns någon alternativ hamn för färjeoperatörerna. Denna uppsats bygger på fall där två svenska hamnar står i fokus. Fallen i sig behandlar något olikartade frågeställningar. Den svenska konkurrensrätten bygger i allt väsentligt på EG-rätten och de flesta hamnarna med internationell trafik faller med all sannolikhet under samhandelskriteriet och därmed också under EG-rätten. Som vi skall se finns dock vissa skillnader och därmed uppkommer frågan hur samtidig tillämpning av den svenska rätten och EG-rätten skall behandlas.

De frågeställningar som behandlas i uppsatsen är följande:

- På vilket sätt skall EG-rätten tillämpas i förhållande till den svenska konkurrenslagen?
- Hur definieras den relevanta marknaden för en färjelinje i en hamn?
- När blir en hamn i en dominerande ställning?
- Vilka kriterier uppställs för att missbruk skall föreligga?
- Vad innebär begreppet nödvändig facilitet och vilken betydelse har det?

Syftet med uppsatsen är att belysa hur marknadsavgränsningen av en hamn och dess trafik behandlas i en konkurrensrättslig kontext och vilka aspekter som vägs in. Uppsatsen behandlar också vilka kriterier som tillämpas för att bedöma påstådda missbruk av den dominant part. Därmed kommer detta förhållande också att få ett visst utrymme i uppsatsen. Den infrastruktur som finns i en hamn och dess betydelse för eventuell utbytbarhet kommer också att kortfattat belysas i uppsatsen. Frågan om en hamn är att betrakta som en sådan nödvändig infrastruktur som avses i begreppet nödvändig facilitet och i så fall vilken betydelse det får. Frågan kan ses som irrelevant eftersom uppsatsens huvudsakliga rättsfall inte behandlar saken, men det är också av just den anledningen som intresset för frågan väckts hos mig.

1.2 Avgränsningar

Uppsatsen behandlar hamnverksamheter och vilka gränsdragningar som skall beaktas när bedömning sker av den relevanta marknaden samt om hamnen skall bedömas vara i dominant ställning. Huvudsakligen tas avstamp i 19 § KL och Artikel 82 EGF, som behandlar missbruk av dominerande ställning, dock kommer uppsatsen till största delen att begränsas till marknadsavgränsningen och bedömningen av dominant ställning. Till viss del kommer problematiken av hur ett eventuellt missbruk skall bedömas, också att undersökas och utvecklas. Till det avsnittet kommer dock ingen utförlig presentation att göras av vilka olika sorters missbruk som finns, utan en begränsning görs till förmån för de påstådda missbruken som behandlas i Helsingborgsärendet. När det gäller rättsfallen har jag främst fokuserat på de argument och resonemang som är av konkurrensrättslig karaktär. För att läsaren skall få en helhetsbild har jag i viss mån även återgivit sakomständigheter av annan natur.

Vidare kommer inget rättsområde utanför konkurrensrätten att behandlas. Jag tänker närmast på förvaltnings- och kommunalrätt, men även andra frågeställningar som dykt upp i rättsfallen lämnas utan närmare avseende. För den intresserade kan dock nämnas att det torde finnas en mycket intressant frågeställning om huruvida den kommunala självkostnadsprincipen är tillämplig för hamnar som är kommunala bolag.

1.3 Metod och material

Till största del har jag använt mig av den traditionella rättsdogmatiska metoden som innebär att lagtexter, förarbeten, praxis och doktrin legat till grund för mitt arbete.

För undersökningen av rederierna och hamnarna har jag använt mig av till domstolarna inlämnat material. Den informationen har jag till stor del fått med hjälp av Advokatfirman Vinge i Helsingborg som även kontinuerligt hållit mig uppdaterad vad gäller Ystadsärendet. Övrig information har jag införskaffat bland annat med hjälp av hamnarnas hemsidor och årsredovisningar.

1.4 Disposition

Uppsatsen inleds i kapitel två med en kortare redogörelse av gällande rätt för missbruk av dominerande ställning. Det blir en beskrivning av tillämpningsområdet och för hur den svenska konkurrenslagen komparerar med EG:s konkurrensrätt. Efter det följer ett deskriptivt avsnitt med olika exempel på vad som kan tänkas vara ett missbruk, hur en relevant marknad avgränsas och vad som i praxis utgjort en nödvändig facilitet.

Efter den inledande presentationen kommer i kapitel tre och fyra, de två rättsfall som uppsatsen kretsar kring. Inledningsvis i de kapitlen kommer en

kortare beskrivning av parternas bakgrund och deras förhållande samt uppkomsten till deras tvist. De två rättsfallen kommer att förklaras och dess frågeställningar kommer att genomlysas. Som framgår kommer Helsingborgsärendet att koncentreras till vad som eventuellt kan utgöra ett missbruk. I Ystadsärendet kommer istället koncentrationen att läggas på hur avgränsningen av den relevanta marknaden gått tillväga. Till rättsfallen kommer också parternas olika argument att beaktas och presenteras.

Sedan kommer i kapitel fem en diskussion som bland annat jämför de delar av rättsfallen som kan jämföras, dvs. marknadsavgränsningen, förekomsten av dominerande ställning samt eventuell förekomst av nödvändig facilitet. Diskussionen underbyggs med hjälp av andra rättsfall och av doktrin på området men även av egna reflektioner. Uppsatsen avslutas med några egna kommentarer.

2 Missbruk av dominerande ställning

2.1 Inledning

Att vara ett dominerande företag på en marknad är i sig inte förbjudet, endast att missbruka en sådan, mycket stark marknadsställning, är förbjudet. Ett företag som är marknadsdominerande kan således, förutsatt att det är förenligt med KL eller EG-rätten, skapa, inneha eller förstärka en dominerande position.¹ I 19 § KL förbjuds ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på marknaden. Förutsättningen för bestämmelsens tillämplighet är att ett företag:

- har en dominerande ställning och
- missbrukar denna ställning.

Vidare krävs för att falla under EG-rättens Artikel 82 att företaget är dominerande inom en väsentlig del av den gemensamma marknaden och att det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

Den svenska konkurrenslagstiftningen bygger i allt väsentligt på EG-rättens Artikel 81 och Artikel 82.² Missbruksreglerna i 19 § KL och Artikel 82 EGF riktar sig mot konkurrensbegränsande handlande som tillämpas *ensidigt* av ett företag eller en företagsgrupp.³ I fortsättningen av den här uppsatsen kommer tyngdpunkten att ligga på EG-rättens konkurrensrätt, med vissa undantag.

2.2 Tillämpning av gällande rättssystem

Att EG-rätten äger företräde framför den nationella rätten står idag klart för de flesta som på något sett har kunskap om hur EU fungerar. När det gäller konkurrensrätten så bygger, som sagts ovan, KL på Romfördraget och skall också enligt förarbetena tolkas i ljuset av inte endast EG-domstolens praxis, utan även av andra medlemsstaters praxis.⁴

Kommissionen har länge försökt att från sin sida få till stånd ett samarbete mellan Kommissionen och nationella myndigheter för att säkerställa ett uniformt tillämpningssystem.⁵ Den fyrtio år gamla förordningen nr 17/62

¹ Wetter, C., m.fl., *Konkurrenslagen i praxis*, s. 156 f.

² Artiklarna 81 och 82 bygger från början på Artiklarna 85 och 86 av Romfördraget från 1957 men har genom Amsterdampfördraget från 1997 fått ny numrering.

³ Bernitz, U., *Den svenska konkurrenslagen*, s. 54.

⁴ Prop. 1992/93:56, s. 21.

⁵ Gustafsson, L., m.fl., *Svensk konkurrensrätt*, s. 22.

ersattes av förordningen nr 1/2003⁶ som trädde i kraft den 1 maj 2004 om samarbetet mellan Kommissionen och medlemsstaterna vid tillämpning av artiklarna 81 och 82 EGF. Detta föranledde Sverige till en utredning⁷ om vad anpassningen till den nya förordningen innebar för vår del.

Utredningens förslag visade på att nationella domstolars samverkan med Kommissionen och med nationella konkurrensmyndigheter medför att yttranden från Kommissionen och KKV får beaktas av domstolen utan åberopande av part. Det medför att svensk domstol *ex officio* tillför målet rättsutredning med stark inverkan på bedömning i det enskilda fallet.⁸ På utredningen följde en proposition⁹ vilket ledde till en anpassning av KL till förordning 1/2003. Här klarläggs hur tillämpningen av artiklarna 81 och 82 EGF med motsvarande bestämmelser i den nationella lagen skall regleras:

*”Om samhandelsrekvisitet är uppfyllt och EG-rätten därmed är tillämplig i fråga om ett förfarande som den nationella myndigheten vill ingripa mot, måste EG-rätten tillämpas. Dessutom får den nationella rätten tillämpas, men bara så länge den inte leder till något annat resultat än EG-rätten. Om samhandelsrekvisitet däremot inte är uppfyllt, är EG-rätten inte tillämplig och nationell rätt måste tillämpas”.*¹⁰

Trots att ett företag innehar och missbrukar en dominerande ställning på en relevant marknad behöver det inte vara förbjudet enligt Artikel 82 EGF, om det inte samtidigt påverkar handeln mellan medlemsstaterna (givetvis kan det fortfarande falla under den nationella rättens förbudsregler). Detta krav på att handeln mellan medlemsstaterna skall påverkas kan, förutom att det är en materiell norm, delvis uppfattas som en jurisdiktionsnorm för när EG-rätten är tillämplig.¹¹ I fallet *Consten & Grundig* uttalade EG-domstolen att samhandelskriteriet har som syfte att definiera gränsen mellan nationell rätt och EG-rätten.¹² När det gäller påverkansgraden, talar vissa författare i doktrinen om att det i vart fall måste vara av ”märkbara efterverkningar i gemenskapsnivå”¹³, medan andra talar om att EG-domstolen ansett att även fall av i närmast uteslutande nationellt intresse har fallit inom EG-rätten.¹⁴ EG-domstolen har slagit fast i ett antal domar att tolkningen av samhandelskriteriet måste utgå ifrån bestämmelsens syfte, som är att avgränsa tillämpningsområdet för EG:s konkurrensrätt,¹⁵ men EG-domstolen har även betonat att en isolering av nationella marknader

⁶ Artikel 3.1 i Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensregler i artiklarna 81 och 82 i fördraget; EGT L 1, 4.1.2003.

⁷ SOU 2003:73 *Reformerad konkurrensövervakning – Konsekvenser i Sverige av EG:s nya tillämpningsförfordning*.

⁸ Gustafsson, L., m.fl., *Svensk konkurrensrätt*, s. 24.

⁹ Prop. 2003/04:80.

¹⁰ Prop. 2003/04:80, s. 49.

¹¹ Wahl, N., *Konkurrensförhållanden*, s. 149.

¹² Mål 56 & 58/64 *Consten & Grundig mot Kommissionen* (1966) ECR 299, s. 341.

¹³ Bellamy, C.W., och Child, G.D., *Common market law of competition*, p. 2-126.

¹⁴ van Bael, I., och Bellis, J-F., *Competition law of the EEC*, s. 43 f.

¹⁵ Simonsson, I., och Öberg, U., SvJT 2006 s. 23, se t.ex. mål 22/78 *Hugin m fl mot Kommissionen*, REG 1979, s. 1869, grund 17, samt mål 247/86 *Alsatel*, REG 1988, s. 5987, grund 11.

påverkar samhandeln mellan medlemsstaterna.¹⁶ Vidare har EG-domstolen ansett att en väsentlig del av den gemensamma marknaden kan utgöras av olika stater, men även av olika regioner av viss ekonomisk betydelse.¹⁷

I doktrinen anges att genom väsentlighetskriteriet har en så kallad *de minimis* regel inkorporerats i Artikel 82 EGF, där rena bagatellmarknader undantas. Väsentlighetskriteriet kan dock vara uppfyllt även om det geografiska området är relativt litet som exempelvis en enskild flygplats¹⁸ eller en enskild hamn.¹⁹ Är väsentlighetskriteriet inte uppfyllt är Artikel 82 EGF inte tillämplig, värt att noteras är att något motsvarande kriterium inte finns i 19 § KL.

2.3 Relevant marknad

När det gäller att fastställa om ett företag är dominerande eller inte, måste enligt EG-domstolen som ett första steg den relevanta marknaden identifieras och bestämmas.²⁰ Med ”marknaden” i 19 § KL och i Artikel 82 EGF, avses den för företaget relevanta marknaden. Den relevanta marknaden bestäms av två huvudfaktorer, dels av en relevant produktmarknad, dels av en relevant geografisk marknad. Även tidsfaktorn för hur länge den påstådda dominansen förelegat måste kontrolleras och vägas in i bedömningen vid fastställandet av den relevanta marknaden.²¹

2.3.1 Relevant produktmarknad

Den relevanta produktmarknaden syftar till att avgöra vilka produkter (eller tjänster) som faktiskt eller potentiellt konkurrerar med varandra. Avgörandet för denna avgränsning är produkternas utbytbarhet.²² För att avgränsa utbytbarheten måste först på produktmarknaden fastställas ett konsumentbeteende om hur kunder och konsumenter väljer sina varor. Om konsumenterna väljer bort en produkt redan vid mindre prisförändringar, eller godtyckligt tar endera produkten, är produkterna direkt utbytbar med varandra. Även om produkten i sig inte är direkt motsvarande med en annan produkt, kan den substitueras mot produkten ifråga.²³

En allmänt vedertagen metod för att bedöma utbytbarheten på efterfrågesidan är det så kallade SSNIP-testet som är en förkortning av engelskans ”*Small but Significant and Non-transitory Increase in relative Prices*”. Kommissionen hänvisar också till denna metod i tillkännagivandet om relevant marknad. Metoden kan beskrivas som ett hypotetiskt prov,

¹⁶ Wahl, N., *Konkurrensförhållanden*, s. 156.

¹⁷ Ibid. s. 209.

¹⁸ Kerse, C.S., och Khan, N., *EC Antitrust procedure*, s. 22.

¹⁹ Mål 179/90 *Porto di Genoa* (1991) ECR I-5889, grund 15.

²⁰ Mål 6/72 *Continental Can* (1973) ECR 215, grund 32 samt mål 322/81 *Michelin* (1983) ECR 3461, grund 57.

²¹ Wahl, N., *Konkurrensförhållanden*, s. 210.

²² Wetter, C., m.fl., *Konkurrenslagen i praxis, supplement*, s. 17.

²³ Gustafsson, L., m.fl., *Svensk konkurrensrätt*, s. 20.

varigenom man bedömer kunders reaktion på en liten men varaktig tänkt prishöjning på ifrågavarande produkt. Om en sådan prishöjning leder till att kunderna ersätter produkten med en annan i en sådan omfattning att prishöjningen leder till minskad försäljning, omfattas också den andra produkten av den relevanta produktmarknaden.²⁴

2.3.2 Relevant geografisk marknad

Den relevanta geografiska marknaden inriktar sig på att geografiskt avgränsa den relevanta marknadens område. Denna avgränsning kan begränsas till en viss ort, men även en region eller ett land kan vara den geografiska marknaden. Enligt Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad, definieras den geografiska marknaden enligt följande:

”Den relevanta geografiska marknaden omfattar det område inom vilket de berörda företagen tillhandahåller de relevanta produkterna eller tjänsterna, inom vilket konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade och som kan skiljas från angränsande geografiska områden framför allt på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren.”²⁵

Vid bestämningen av storleken på det geografiska området, har distributionsmöjligheter och transportkostnader stor betydelse. För de flesta industrivaror kan hela landet vara en enda marknad. För detaljhandel och flertalet servicenäringar, där närheten till kundkretsen vanligen är av stor betydelse, är marknaden i regel lokalt eller regionalt avgränsad. En viss hamn kan t.ex. utgöra en egen marknad.²⁶ EG-domstolen har i sin praxis huvudsakligen beaktat det geografiska områdets räckvidd samt även det ifrågavarande områdets ekonomiska betydelse.²⁷

Av det ovan nämnda SSNIP-testet kan en motsvarande hypotetisk fråga ställas ifråga om relevant geografisk marknad. Om kunden på en motsvarande marknad kan finna en produkt utanför det geografiska området, vidgas den relevanta geografiska marknaden till att även omfatta det området.

2.4 Dominerande ställning

Med dominerande ställning har EG-domstolen slagit fast att det rör sig om en ekonomisk stark ställning hos ett företag som gör det möjligt för företaget att hindra att en effektiv konkurrens upprätthålls på en relevant marknad genom att medge företaget att i avsevärd utsträckning agera oberoende av sina konkurrenter och kunder och i sista hand

²⁴ Kommissionens tillkännagivande om relevant marknad från 1997.

²⁵ Ibid.

²⁶ Bernitz, U., *Den svenska konkurrenslagen*, s. 56.

²⁷ Wahl, N., *Konkurrensförhållanden*, s. 209.

konsumenterna.²⁸ Ett företag som på en viss marknad har ett rättsligt eller faktiskt monopol är naturligtvis dominerande. Om ett företag besitter en nödvändig facilitet så anses det normalt också som dominerande.²⁹ Utgångspunkten för bedömandet av en dominerande ställning för ett företag är marknadens struktur, företags struktur samt företags agerande.³⁰

Vid ett avgörande om huruvida ett företag har dominerande ställning på en relevant marknad, är marknadsandelen det viktigaste instrumentet. Om en hög marknadsandel kan konstateras, även med hänsyn tagen till potentiell konkurrens, är det en god indikation på att dominans föreligger.³¹ Under normala förhållanden utesluter en marknadsandel under 30 procent en dominerande ställning. En marknadsandel under 10 procent kan inte, oavsett att innehavaren har störst andel på marknaden, användas som bevis på förekomsten av en dominerande ställning.³² Marknadsandelar på mellan 30 och 40 procent ligger också under den nivå som tyder på dominans. Över 40 procent räknas som beaktansvärt och ger tydliga tecken på dominans. Presumtion för marknadsdominans skapas när en marknadsandel överstiger 50 procent och om marknadsandelen är över 65 procent, räknas detta som ett starkt bevis för dominans.³³

Marknadsandelen kan inte användas som ett ensamt instrument för att avgöra huruvida dominans föreligger eller inte. Andra faktorer som spelar in är till exempel finansiell styrka, inträdeshinder till marknaden, tillgång till insatsvaror, patent eller andra immaterialrättigheter, teknologi eller annat kunskapsmässigt övertag.³⁴ Vidare måste bedömningen ta hänsyn till marknadsandelarnas förändring (stabilitet) över tiden. Ett innehav av en stark marknadsandel som sträcker sig under en tidsperiod av tre år, räknas som otillräcklig för att indikera dominans. Detta gäller framförallt på en dynamisk marknad med inte allt för höga inträdeshinder för potentiell konkurrens.³⁵

När det gäller frågor om potentiell konkurrens kan inte ens en initialt hög marknadsandel på nära 100 procent ensamt avgöra om dominans föreligger. Kan konkurrensmyndigheten finna att det är sannolikt att det finns möjlighet för andra företag att etablera sig på samma marknad, då kan inte företaget med den höga marknadsandelen agera oberoende av sina kunder och konkurrenter på grund av potentiell konkurrens.³⁶

För att sammanfatta marknadsandelens betydelse är det nödvändigt att göra en fullständig ekonomisk analys av marknaden. Vid bedömningen är det vidare av särskild betydelse om marknadsandelen är 100 procent eller i stort

²⁸ Mål 85/76 *Hoffman La Roche & Co AG mot Kommissionen*, ECR 1979, s. 461.

²⁹ Wetter, C., m.fl., *Konkurrenslagen i praxis*, s. 173 f.

³⁰ Wahl, N., *Konkurrensförhållanden*, s. 211.

³¹ Gustafsson, L., m.fl., *Svensk konkurrensrätt*, s. 109.

³² Mål 75/84 *Metro mot Kommissionen (nr 2)*, ECR 1986, s 3021 (grund 81-82).

³³ Wetter, C., m.fl., *Konkurrenslagen i praxis*, s. 175.

³⁴ Gustafsson, L., m.fl., *Svensk konkurrensrätt*, s. 110.

³⁵ Wetter, C., m.fl., *Konkurrenslagen i praxis*, s. 175 f.

³⁶ Wetter, C., m.fl., *Konkurrenslagen i praxis, supplement*, s. 20.

fall av betydande storlek, samt förekomsten av etablerings- eller inträdeshinder. Vad gäller bedömningen av tidsperspektiv av konkurrensbegränsande agerande, så torde KL, och inte minst 19 §, syfta till att förhindra sådant agerande även i det korta och medellånga perspektivet. Av praxis från Kommissionen och EG-domstolen, framgår att etablerings- och inträdeshinder kan bestå i krav på investeringar, immateriella rättigheter, typgodkännanden, offentliga regleringar eller andra restriktioner och tillgång till råvaror med mera.³⁷ Även när det föreligger ett företags tillgång till en nödvändig facilitet är, i vart fall, Kommissionen av den uppfattningen att detta innebär ett etablerings- och inträdeshinder för potentiell konkurrens.³⁸

2.5 Missbruk

Som nämnts ovan blir en dominerande ställning förbjuden först när den missbrukats. I 19 § KL och i Artikel 82 EGF görs en icke uttömmande uppräkningslista av exempel på vad som kan tänkas utgöra missbruk.

De uppräknade exemplen har det gemensamt att de hänför sig till vertikala relationer. Bestämmelsen förbjuder emellertid även missbruk på det horisontella planet.³⁹ Utöver dessa exempel på missbruk hör ett betydande antal former av utnyttjande av en stark marknadsställning. Exempel är bland annat underprissättning, överprissättning, selektiva distributionssystem, marknads- eller produktionsbegränsningar, prisåläggande eller olika former av ”slavkontrakt” där en konkurrent tvingas in i ett samarbete för sin överlevnad på inte marknadsmässiga betingelser.⁴⁰

Jag kommer här i korthet att gå igenom några av de missbruk som är aktuella för de tvistemål som uppsatsen behandlar.

2.5.1 Överprissättning

Om ett dominerande företag utnyttjar sin position till att påtagligt ta ut priser som överstiger marknadsmässigt pris, s.k. monopolvinst, missbrukar företaget sin dominans och effekten blir det som kallas för överprissättning. Om ett företag tar ut ett pris som saknar skälig relation till den tillhandahållna produktens ekonomiska värde, innebär det enligt EG-domstolen att företaget tar ut ett överdrivet högt pris. För att fastställa vad som är ett överpris i praktiken, har analyser av hur försäljningspriset förhållit sig till kostnaden för att producera produkten givit indikationer på att ett visst pris är oskäligt högt.⁴¹ Av EG-praxis framgår också avseende överprissättning att det generellt gäller produkter av stort värde för

³⁷ Wetter, C., m.fl., *Konkurrenslagen i praxis*, s. 178 f.

³⁸ Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, s. 20 p. 79.

³⁹ Prop. 1992/93:56, s. 86.

⁴⁰ Gustafsson, L., m.fl., *Svensk konkurrensrätt*, s. 113.

⁴¹ Mål 27/76 *United Brands mot kommissionen*, ECR 1979, s. 207.

konsumenter och där prisskillnader konstaterats vid försäljning i olika länder inom EU.⁴²

2.5.2 Prisdiskriminering

Ett exempel på missbruk är när en marknadsdominerande aktör tillämpar olika villkor för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartners får en konkurrensnackdel som är diskriminerande. Typiska exempel för detta är prisdiskriminering och diskriminerande rabatt- eller bonusvillkor. Den kanske allvarligaste formen av diskriminerande åtgärder är prisdiskriminering. Ett exempel på detta är när en leverantör tillämpar olika priser i förhållande till olika köpare utan att detta motiveras av skillnader i de kostnader som köparen orsakar leverantören.

En i sig godtagbar prisskillnad kan föreligga vid prisdifferentiering om skillnaderna mellan olika köpare uppstår genom köparnas olika sätt att köpa. Kostnadsskillnaderna måste i sådana fall anknyta mer direkt till skillnader i köparnas prestationer. När det gäller pris efter prestation är huvudregeln att det fortfarande torde gälla, men att rörlighet i prissättning kan vara ett uttryck för fungerande konkurrens och att det därför inte krävs av ett dominerande företag att behandla alla sina handelspartners exakt lika. Här får dock skiljas på mer varaktiga situationer och på prisskillnader som är ett resultat av kommersiella förhandlingar i ett enskilt fall.⁴³

2.6 Nödvändig facilitet

En grundförutsättning som måste finnas för att en marknad skall fungera är att tillgång och tillträde till olika former av nödvändig infrastruktur eller oundgängliga varor är beviljat.⁴⁴ Benämningen på en sådan nytthet skiljer sig åt i litteraturen, vissa författare kallar det för en *nödvändig nytthet* och andra för en *nödvändig facilitet*. Ett tredje begrepp är *flaskhalsdoktrinen*. Den engelska, eller amerikanska, benämningen är *essential facilities*. Som författare till den här uppsatsen väljer jag att fortsättningsvis endast använda mig av begreppet *nödvändig facilitet*.

På de flesta marknader är innehavet av en nödvändig facilitet inget problem, men det finns marknader där det är nödvändigt för ett företag att använda en viss tillgång för att bedriva sin verksamhet. Den tillgången kan emellertid vara en sådan som ett dominerande företag har under sin kontroll och därmed utesluts eller försvåras konkurrens inom marknaden.

För att illustrera hur praxis inom principen nödvändig facilitet växt fram, följer här ett antal rättsfall och avgörande.

⁴² Prop. 1992/93:56, s. 87.

⁴³ Wetter, C., m.fl., *Konkurrenslagen i praxis*, s. 189 f.

⁴⁴ Gustafsson, L., m.fl., *Svensk konkurrensrätt*, s. 127.

2.6.1 Terminal Railroad⁴⁵

Det första målet som behandlar begreppet nödvändig facilitet kommer från USA och är *Terminal Railroad*, från US Supreme Court 1912. Terminal Railroad, hade förvärvat en järnvägs korsning som låg utanför St. Louis. Järnvägs korsningen var tvungen att passeras för komma in i St. Louis och genom förvärvet kunde Terminal Railroad utestänga andra järnvägsföretag. US Supreme Court ansåg att en sådan utestängning var oskäligen och därmed befanns den järnvägs korsningen vara en nödvändig facilitet.

2.6.2 Stena Sealink⁴⁶

Ett av EG-rättens⁴⁷ första fall där begreppet nödvändig facilitet används är Kommissionens beslut i *Stena Sealink-ärendet*. Sealink var ett företag i Storbritannien som bland annat kontrollerade hamnen i staden Holyhead, som är beläget på vid den Irländska sjön och som är av avgörande betydelse för färjetrafiken mellan England och Irland på den så kallade centralkorridoren. Utöver detta så bedrev Sealink själv färje verksamhet på den aktuella linjen. Sea Containers var ett annat företag som bedrev färjetrafik på centralkorridoren och som beskyllde Sealink, för att genom vissa åtgärder försvåra Sea Containers verksamhet, i syfte att gynna sin egen färje verksamhet. I Kommissionens beslut framgår att om ett företag har en dominerande ställning på en marknad för en nödvändig facilitet kan det vara särskilt besvärande om företaget själv utnyttjar denna facilitet. Om det företaget utan objektiv grund nekar eller försvårar för konkurrenter genom att exempelvis ge dem mindre fördelaktiga villkor strider det mot Artikel 82 EGF, förutsatt att övriga kriterier i denna artikel är uppfyllda. Sammanfattningsvis sägs ”Ett företag som äger en nödvändig facilitet handlar i strid med Artikel 82 EGF när det utnyttjar sin styrka på en marknad för att stärka sin ställning på en annan, besläktad marknad, i synnerhet när detta sker genom att neka konkurrenter tillträde till den nödvändiga faciliteten, eller genom att bevilja tillträde på mindre fördelaktiga villkor än de som gäller för de egna aktiviteterna.”⁴⁸

2.6.3 Göteborgs hamn⁴⁹

Göteborgs hamn AB kontrollerade tillträdet till hamnen i Göteborg och KKV ansåg att hamnen utgjorde en nödvändig facilitet. Företaget Göteborgs båtmän AB önskade tillträde till hamnen vilket nekades av Göteborgs hamn eftersom båtmansföretaget inte ansågs ha något fortlöpande uppdrag i hamnen, detta accepterades av KKV. Göteborgs hamn ansågs inte heller ha missbrukat sin dominerande ställning på marknaden när de begränsade tillträdet till hamnen för att iaktta vissa säkerhetsskäl som innebar att begränsningen var befogad.

⁴⁵ *Terminal Railroad*, 224 U.S. 383 (1912).

⁴⁶ *Stena Sealink*, EGT nr 15, 18.1.1994.

⁴⁷ Det skall dock påpekas att det endast rör sig om ett beslut av Kommissionen.

⁴⁸ *Stena Sealink*, EGT nr 15, 18.1.1994, s. 8.

⁴⁹ *Göteborgs hamn AB*, Konkurrensverkets beslut, dnr 1438/94 (1995-01-12).

2.6.4 Morlaix (Port of Roscoff)⁵⁰

Den irländska färjeoperatören, Irish Continental Group (ICG) ansökte till handelskammaren i Morlaix i november 1994, om att få använda hamnen i Roscoff inom ramen för planerna att starta en färjeförbindelse mellan Irland och Bretagne.⁵¹ Förhandlingar inleddes och parterna var i princip överens om ett tillträde till hamnen i Roscoff med början i maj 1995. I december 1994 gick ICG ut med information om sin förbindelse till Roscoff och började ta upp beställningar. Men i januari 1995 avbröt handelskammaren i Morlaix alla förhandlingar.

ICG klagade hos Kommissionen som fann att beslutet fattat av handelskammaren i Morlaix innebar en obefogad vägran att tillhandahålla tjänster. På den franska sidan är det bara hamnen i Roscoff som har sådana anläggningar att den passar för en färjeförbindelse mellan Bretagne och Irland. När Kommissionens beslut togs fanns endast en operatör på sträckan mellan Bretagne och Irland. Kommissionen tvingade genom interimistiska åtgärder handelskammaren i Morlaix, till att vidta nödvändiga åtgärder för att ge ICG tillträde till hamnen i Roscoff. Därefter träffade parterna ett 5-årsavtal och ICG drog tillbaka sitt klagomål.

2.6.5 Port of Rödby⁵²

Hamnen i Rödby ägs och drivs av den danska staten genom Danske statsbane (DSB), som även har färjetrafik ifrån Rödby hamn. I maj 1990 sände Euro-Port A/S en förfrågan till den danska transportministern om att få bygga en kommersiell hamn i omedelbar närhet av hamnen i Rödby. Detta nekades av transportministern. I augusti 1990 sände Euro-Port A/S ytterliggare en fråga till samma minister, denna gång gällde det att få driva verksamhet från hamnen i Rödby. Åter nekades Euro-Port A/S tillträde till hamnen i Rödby.

Kommissionen bestämmer den relevanta marknaden till att vara hamntjänster i Danmark för färjeoperatörer på linjen mellan Rödby och Puttgarden. Eftersom den danska staten har ett lagligt monopol på att sköta och driva hamnar i Danmark är DSB, enligt Kommissionen, i en dominerande ställning på den relevanta marknaden.

När DSB som äger och driver en nödvändig facilitet som är nödvändig för konkurrenter, och samtidigt själv använder infrastrukturen och nekar konkurrenterna åtkomst, kan detta enligt Kommissionen vara ett missbruk av dominerande ställning. När DSB utan objektiva grunder nekar en färjeoperatör som önskar konkurrera med DSB's färjelinje på den relevanta marknaden, är detta enligt Kommissionen ett missbruk av dominerande ställning enligt Artikel 82 EGF.

⁵⁰ Kommissionens pressmeddelande IP/95/492 (16 maj 1995).

⁵¹ Morlaix ligger i Bretagne-distriktet i Frankrike och dess handelskammare är förvaltare av hamnen i Roscoff.

⁵² Kommissionens beslut, 94/119/EC i ärendet *Port of Rödby* (OJ1994 L55/52).

3 Scandlines v. Helsingborgs hamn

Twisten mellan Scandlines och Helsingborgs hamn handlade om prissättning av hamntjänster och med vilken beräkning detta skulle ske. Tvisten avgjordes genom en förlikning i Helsingborgs tingsrätt. Som i alla förlikningar av detta slag är även denna belagd med sekretess varmed målets utgång inte till full tillfredsställelse kan presenteras. Dock finns viss information som är offentlig och som författaren till den här uppsatsen använt sig av. Den avgjort mest intressanta informationen återfinns i Kommissionens beslut från den 23 juli 2004.⁵³ Kommissionen har också gjort ett yttrande i ett så kallat Artikel 6-brev,⁵⁴ i beslutet från 2004 hänvisar Kommissionen genomgående till detta brev, i övrigt är Artikel 6-brevet dessvärre belagt med sekretess.

Helsingborg, som ligger i Skåne, är beläget vid den norra delen av Öresund där den smalaste delen av sundet på cirka 4 kilometer finns. På andra sidan sundet, i Danmark, ligger Helsingör. Båda dessa hamnstäder har givetvis otroliga fördelar av sitt geografiska läge. Detta utnyttjas också fördelaktigt genom att trafiken mellan Helsingborg och Helsingör (fortsättningsvis kallad för HH-linjen) är en av världens mest trafikerade färjelinjer.

Tidigare hade Sverige en statligt reglerad marknad för hamnavgifter. Detta ändrades efter den omfattande avregleringen av vissa statliga monopol under början av 80-talet, vilket ledde till att hamnarna fritt kunde bestämma sina egna avgifter. Merparten av Sveriges hamnar ägs av respektive kommuner och drivs ofta av kommunala bolag. Även Helsingborgs hamn är ägt av kommunen och drivs i bolagsform, Helsingborgs hamn AB.

Det konkurrensrättsliga intresset av detta fall ligger i frågan om det förelåg något missbruk. Tyngdpunkten av detta kapitel kommer också att ligga i de diskussioner som fördes om bland annat eventuell överprissättning och prisdiskriminering av Helsingborgs hamn. Givetvis kommer frågorna om relevant marknad och om dominerande ställning förelåg, också att ingående diskuteras.

⁵³ Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*.

⁵⁴ Ett Artikel 6-brev är ett första övervägande från Kommissionen om ärendet. Detta får parterna ta del av och ge synpunkter på vilket sedermera ligger till grund för Kommissionens beslut. Ett Artikel 6-brev är inte en handling som utgör någon rättsakt över vilken EG-domstolen kan uttala sig. Hänvisning till HD Mål T 2808-05, aktbilaga 17, s. 26.

3.1 Parterna

3.1.1 Helsingborgs hamn AB

Infrastrukturen i Helsingborg är mycket god. Europavägarna E4 och E6 leder båda in i staden och E4 fortsätter som E47 på andra sidan sundet. Även kommunikationerna med järnväg är förhållandevis goda i Helsingborg. Persontrafiken med tåg över sundet är sedan Öresundsbron tillkomst av förklarliga skäl förlagd dit, medan godstrafiken fortsättningsvis med stor frekvens, fraktar gods sjövägen till och från hamnen.

Helsingborgs hamns affärsområde har många olika typer av verksamheter. Den viktigaste torde vara färjeverksamheten till Helsingör (HH-linjen), men Helsingborgs hamn kan i praktiken ta hand om alla typer av gods som exempelvis, containers och bulk, vilket inkluderar olja. Helsingborgs hamn är vidare uppdelad i fyra separata hamnområden.

- Nordhamnen, som har fyra bassänger och är dominerad av färjetrafiken till Danmark
- Västhamnen, som är den nyaste hamnen hanterar främst enhetsgods såsom containers
- Sydhamnen, som har den mest diversifierade hamnen. Här finns terminaler för spannmål och för olja samt en terminal för hantering av styckegods. Här finns moderna temperaturreglerade magasin för hantering av bland annat frukt och grönsaker som importerats till Sverige
- Bulkhamnen, som ägs av Kemira Kemi AB. Genom ett joint agreement mellan Helsingborgs hamn och Kemira Kemi AB, drivs och bemannas bulkhamnen sedan 1991 av Helsingborgs hamn⁵⁵

3.1.2 Scandlines Sverige AB

Stämningsansökan mot Helsingborgs hamn inlämnades av Scandlines Sverige AB som är ett helägt dotterbolag till Scandlines AB och som i sin tur är ett helägt dotterbolag till Stena AB. Värt att notera är att Scandlines Sverige AB inte driver färjetrafiken på HH-leden. Detta utförs istället av Scandlines Öresund I/S.⁵⁶ Scandlines Sverige AB har som enda verksamhet att, för Scandlines Öresund I/S räkning, ansvara för och betala hamnavgifterna till Helsingborgs hamn. Scandlines Öresund I/S är till lika delar ägt av Scandlines AB och av Scandlines Danmark A/S.⁵⁷ Det senare

⁵⁵ <http://www.port.helsingborg.se/>

⁵⁶ Beteckningen I/S är danskt och står för Interessantskab, vilket är att jämföra med ett svenskt HB (Handelsbolag).

⁵⁷ Beteckningen A/S är danskt och står för Aktieselskab, vilket är detsamma som ett svenskt AB (Aktiebolag).

bolaget är i sin tur ett helägt dotterbolag till Scandlines AG,⁵⁸ som är ett bolag med säte i Tyskland.⁵⁹

Färjeverksamheten på HH-linjen har pågått i mer än 100 år av dagens rederier och deras föregångare. För att visa betydelsen av den här linjen, kan nämnas att fram till juli 2000, då Öresundsbron stod klar, transporterades, mer eller mindre, all gods- och passagerartrafik mellan Sverige och Danmark över HH-linjen. Scandlines Öresund I/S använder sig av tre färjor på HH-linjen. De avgår dagtid var tjugonde minut och två gånger i timmen under resten av dygnet. Under 2001 transporterade Scandlines 8 094 321 passagerare, 1 332 429 bilar, 29 357 bussar och 277 015 lastbilar över HH-linjen.⁶⁰

3.2 Bakgrund och frågeställningar

Twisten mellan Helsingborgs hamn och Scandlines om överprissättning startade i början av 90-talet. Det började med att Scandlines initierade en diskussion med Helsingborgs hamn angående försök om att skapa överenskommelse över framtida hamnavgifter. Scandlines ansåg vid den tidpunkten, att de principer som Helsingborgs hamn använde sig av för att bestämma hamnavgiften inte var rättvisa. Scandlines hävdade att prissättningen inte var baserad på de faktiska kostnader, plus skälig vinst, som Helsingborgs hamn hade.⁶¹ Kort därefter gick Helsingborgs hamn med på att reducera Scandlines hamnavgifter, vilket ledde till att avtal ingicks om vissa rabatter på hamnavgifter för tiden mellan den 1 januari 1993 och den 31 december 1996.

I slutet av 1996, strax före utgången av det ingångna avtalet, klagade Scandlines ånyo på att kostnaderna var för höga och att de inte var relaterade till den faktiska kostnaden. Under förhandlingarna om att ingå ett nytt avtal om framtida hamnavgifter, begärde Scandlines att få ta del av Helsingborgs hamns bokföring och då i synnerhet, deras interna månadsrapport. Denna begäran avslogs av Helsingborgs hamn med den grunden att informationen innehöll konfidentiella affärshemligheter.⁶² Inget nytt avtal kom till stånd och Scandlines beslöt sig i januari 1997 för att endast betala 50 procent av Helsingborgs hamns faktura.

I juni 1997 stämde Helsingborgs hamn in Scandlines inför Helsingborgs tingsrätt för de till hälften obetalda fakturorna. Samtidigt i juli 1997, ansökte Scandlines om en utredning av Kommissionen mot Helsingborgs hamn. Förhandlingarna vid Helsingborgs tingsrätt förklarades vilande i väntan på

⁵⁸ Beteckningen AG är tyskt och står för Aktiengesellschaft, vilket är detsamma som ett svenskt AB (Aktiebolag).

⁵⁹ Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, p. 13.

⁶⁰ Ibid. p. 15.

⁶¹ Ibid. p. 23. För att bevisa det faktum hade Scandlines beställt en rapport, om Helsingborgs hamns kostnader och vinster, från revisorfirmen Öhrlings Reveko, som blev klar 1993.

⁶² Ibid. p. 26.

Kommissionens avgörande. Under tiden hotade Helsingborgs hamn med att beslagta en av Scandlines färjor men avstod då Scandlines AB och Scandlines Danmark A/S gemensamt garanterade att betala Scandlines skuld om så behövdes med tanke på resultatet av rättsprocessen.

Ett nytt avtal erbjöds av Helsingborgs hamn i mars 1998. På grund av den minskande trafikvolymen innehöll avtalet ett rabattsystem för hamnavgifter för tiden 1997-2000. Rabattsystemet som var tänkt att kunna sänka biljettpriserna ytterligare för att möta den ökande konkurrensen från Öresundsbron, samtidigt fanns kravet på konkurrensneutralitet mellan broavgift och färjeavgift. Anbudet från Helsingborgs hamn stod under villkor att Scandlines skulle släppa tvisten mot Helsingborgs hamn vilket Scandlines vägrade.⁶³

Scandlines anförde klagomål till Kommissionen den 2 juli 1997 med påståendet att Helsingborgs hamn hade brutit mot Artikel 82 EGF, genom att ta ut, överdrivet höga och diskriminerande, priser för tjänster som hänförde sig till färjerederier. Grunden för talan, med efterföljande kompletteringar, var följande:

- Hamnavgifter är att anse som överdrivna därför att de inte reflekterar den faktiska kostnaden (plus skälig vinst) som Helsingborgs hamn har för tillhandahållandet av tjänster till färjeoperatörer. Detta är också konstaterat genom en jämförelse med hamnen i Helsingör, det är också visat genom en jämförelse av vilka hamnavgifter icke-färjeoperatörer, behöver betala till Helsingborgs hamn,
- Hamnavgifter är att anse som diskriminerande därför att färjeoperatörer betalar ett väsentligt högre pris än andra användare av hamnen. Vidare hävdar Scandlines att Helsingborgs hamns hamnavgifter, ställda till godsrederierna, inte täcker de kostnader som hamnen har för att tillhandahålla dessa tjänster.⁶⁴ Detta innebär att färjeoperatörerna har en konkurrensnackdel (vidare argumenteras för att de tillhandahållna tjänsterna för de två kategorierna är jämförbara), och
- Slutligen, att Helsingborgs hamns hamnavgifter är överdrivna och diskriminerande, därför att de inte är kostnadsbaserade och för att prissättningen inte är transparent.

3.3 Fastställandet av relevant marknad

För att fällas till ansvar för att bryta mot Artikel 82 EGF måste först den relevanta marknaden bestämmas och som nämnts ovan, delas den relevanta marknaden för sin bedömning upp i två delar, produktmarknaden och den geografiska marknaden. Enligt Artikel 82 EGF måste det dominerande företaget agera på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av den, för att falla in under artikeln. Efter fastställandet av den relevanta

⁶³ Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, p. 63.

⁶⁴ *Ibid.* p. 16.

marknaden och bedömandet om dominerande ställning föreligger, bedöms huruvida väsentlighetskriteriet är uppfyllt.

Kommissionen kommer fram till att den relevanta marknaden i fråga utgör en väsentlig del av den gemensamma marknaden och att väsentlighetskriteriet därmed är uppfyllt.⁶⁵

3.3.1 Produktmarknaden

I detta fall kommer bedömningen att ske mot bakgrund av de tjänster och faciliteter som tillhandahålls av Helsingborgs hamn samt huruvida det finns något substitut för dessa.

Helsingborgs hamn tillhandahåller en rad olika tjänster och faciliteter för användare av hamnen. De omfattar i synnerhet tillgång till hamnen (som inkluderar bottenskrapande och skötsel av vågbrytare), trafikövervakning, tillgång till kajen och infrastrukturen för trafiken inom hamnområdet samt tillgång till förtöjningsplatser.

För färjeoperatörerna är Helsingborgs hamn det enda alternativet för att bedriva verksamhet på HH-linjen. Något substitut finns inte i form av andra, närliggande hamnar. Inte heller kan Öresundsbron, som är belägen cirka 60 kilometer ifrån Helsingborg, räknas vara ett substitut för färjeoperatörerna som är beroende av tillgången av hamninfrastrukturen, tjänster och faciliteter i Helsingborg. Kommissionen slår fast att Öresundsbron inte finns på samma produktmarknad som HH-linjen. Vidare sägs att, bron inte konkurrerar med Helsingborgs hamn på marknaden om tillhandahållandet av hamn infrastruktur, utan med färjeoperatörerna på "downstream" marknaden om tillhandahållandet av transportmöjligheter för passagerare och fordon.⁶⁶

Kommissionens uttalande i ett *Green Paper*⁶⁷ visar på att hamntjänster delas in i olika produktmarknader beroende på fartyget i sig, och vad som transporteras ombord på fartyget. Produktmarknaden för färjeverksamheten får vidare skiljas från annan sjötrafik såsom last- och containerfartyg, då det handlar om helt andra produkter.⁶⁸ Helsingborgs hamn har framfört att de anser att även tågtrafiken och färjorna som trafikerar sträckan Köpenhamn och Oslo, med dagligt stopp i Helsingborg, tillhör den relevanta marknaden. Kommissionen slår fast att:

⁶⁵ Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, p. 80-81.

⁶⁶ *Ibid.* p. 73.

⁶⁷ Green Paper on Sea Ports and Maritime Infrastructure, COM (97) 678 final of 10 December 1997, p. 79.

⁶⁸ Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, p. 77. När det gäller marknaden för last- och containerfartyg, finns klara hamnalternativ till Helsingborgs hamn. För att nämna alternativ i och runt Öresundsregionen finns Köpenhamn, Fredrikshavn, Göteborg, Trelleborg, Halmstad och Malmö. Kommissionen anser därmed att det inte finns anledning att tro att Helsingborgs hamn har en dominerande ställning på den marknaden.

- Sedan juni 2000, har Danlink upphört med att trafikera Helsingborg-Helsingör som ett direkt resultat av Öresundsbron. Numera passerar all tågtrafik mellan Sverige och Danmark via bron. Danlink och tågtrafiken över Öresund tillhör därmed inte Helsingborgs hamns relevanta marknad.
- DFDS (Scandinavian Seaways) är en kryssningsfärjelinje mellan Köpenhamn och Oslo. DFDS gör ett dagligt stopp i Helsingborg. Den största delen av passagerare och bilar som åker med DFDS, transporteras hela sträckan mellan Köpenhamn och Oslo, endast en begränsad volym av passagerare tillförs i Helsingborg. När det gäller DFDS hamnavgifter, så använder inte Helsingborgs hamn samma tariffer som för färjerederierna på HH-linjen. Istället har DFDS ett specialavtal med Helsingborgs hamn. Sammanfattningsvis anser Kommissionen att inte heller DFDS och kryssningslinjen tillhör den relevanta marknaden.⁶⁹

Den relevanta produktmarknaden begränsas därmed till att endast innefatta färjetrafiken på HH-linjen.

3.3.2 Geografiska marknaden

Kommissionen hänvisar i Artikel 6-brevet till tillkännagivandet av den relevanta marknaden⁷⁰ när avgränsningen av den geografiska marknaden skall bestämmas. Det geografiska område som prövningen omfattade var inte begränsad till Helsingborg-Helsingör (HH-leden) utan omfattade även andra hamnar med färjetrafik över Öresund som helhet. Det konstaterades dock, när Öresundsbron föll bort i avgränsningen av produktmarknaden och när ingen annan hamn kunde utgöra substitut för färjeoperatörerna på HH-linjen, att det stod klart att Helsingborgs hamn skulle utgöra den geografiska marknaden. Kommissionen har *de facto* uttalat att det inte finns någon hamn i Sverige som skulle kunna utgöra substitut för Helsingborg, när det gäller att tillhandahålla hamnfaciliteter och övriga tjänster åt färjeoperatörerna på HH-linjen.⁷¹

Kommissionen kom till slut fram till att den relevanta marknaden i detta fall är marknaden för tillhandahållande av hamnfaciliteter och tjänster i Helsingborgs hamn till färjeoperatörer som transporterar passagerare och/eller fordon på linjen mellan Helsingborg och Helsingör (HH-linjen).⁷²

3.4 Bedömning av dominerande ställning

Efter att den relevanta marknaden för Helsingborgs hamn har avgränsats och blivit fastlagd, ställs frågan huruvida Helsingborgs hamn också är

⁶⁹Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, p. 74.

⁷⁰ Kommissionens tillkännagivande om relevant marknad från 1997.

⁷¹Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, p. 76.

⁷² Ibid. p. 81.

dominerande på den marknaden. Kommissionen stöder sig på ett uttalande av EG-domstolen i *Hoffman La Roche* när de skriver att det inte finns bevis för att Helsingborgs hamn har en position som kan hindra ”att en effektiv konkurrens upprätthålls på en relevant marknad genom att medge företaget att i avsevärd utsträckning agera oberoende av sina konkurrenter och kunder och i sista hand konsumenterna”.⁷³

Helsingborgs hamn är ensam om att tillgodose hamnfaciliteter och tjänster för färjeoperatörerna som transporterar passagerare och fordon över HH-linjen. Vidare anses ingen möjlighet finnas för något annat företag, eller annan hamn, att göra inträde på den ”upstream” marknad som finns för tillhandahållande av dessa tjänster och hamnfaciliteter inom Helsingborg.⁷⁴

För att bedöma huruvida dominans föreligger eller ej, är det brukligt att det berörda företags marknadsandel räknas ut. Med anledning av den obefintliga konkurrensen på den relevanta marknaden gjorde Kommissionen ingen bedömning av Helsingborgs hamns marknadsandel, den var ju 100 procent.

Kommissionen kom fram till att Helsingborgs hamn innehar en dominerande ställning på den relevanta marknaden och därmed faller under Artikel 82 EGF.⁷⁵

3.5 Föreligger missbruk?

Det är nu ovan visat att Helsingborgs hamn är ett sådant företag som faller in under Artikel 82 EGF. Det är ett aktiebolag som helt ansvarar för driften av hamnen, dess verksamhet och för bestämmandet av dess avgifter.

Som nämnts ovan gäller det påstådda missbruket dels överprissättning, dels diskriminerande prissättning. För att avgöra vad som är ett överpris och vad som annars kan vara diskriminerande, måste först en presentation av vad som ingår i avgifterna göras. Därefter måste en uppdelning av vem som betalar vad och varför göras.

3.5.1 Tjänster och faciliteter som betalas genom hamnavgifterna

Helsingborgs hamn tillgodoser, som nämnts ovan, en mängd olika tjänster och faciliteter för hamnens alla användare. Kommissionen hänvisar till den indelning av olika hamntjänster som tidigare gjorts i sitt *Green Paper*⁷⁶ som sedan, vilket stöds av Helsingborgs hamn, kan grupperas i tjänster som rör

⁷³ Mål 85/76 *Hoffman La Roche & Co AG mot Kommissionen*, ECR 1979, s. 461.

⁷⁴ Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, p. 79.

⁷⁵ *Ibid.* p. 81.

⁷⁶ *Green Paper on Sea Ports and Maritime Infrastructure*, COM (97) 678 final of 10 December 1997, p. 79.

fartyget i sig (kallas för ”*the sea-side*”), och tjänster som rör vad som transporteras ombord på färjan (kallas för ”*the land-side*”). Detta är tjänster som Helsingborgs hamn tar betalt för av alla användare. För *sea-side* tjänsterna skiljer sig användandet av tjänsterna inte mycket åt vare sig det gäller färjor eller lastfartyg. När det gäller användandet av *land-side* tjänsterna är emellertid skillnaderna avsevärda om det gäller färjor eller lastfartyg.

Helsingborgs hamn menar att detta är bastjänster som finns oavsett vilken last man har och att enda skillnaden ligger i storleken på fartygen.⁷⁷ Scandlines menar att den ovannämnda indelningen tjänster och faciliteter till *sea-side* och *land-side* kan vara missvisande, och föreslår istället att utgångspunkt tas i de tjänster och faciliteter som Helsingborgs hamn *de facto* tillhandahåller färjeoperatörerna.⁷⁸

I tjänster och faciliteter för användare av hamnen ingår, enligt Helsingborgs hamn, i synnerhet tillgång till hamnen (som inkluderar bottenskrapande och skötsel av vågbrytare), trafikövervakning, tillgång till kajen och infrastrukturen för trafiken inom hamnområdet samt tillgång till förtöjningsplatser. Här ingår även en teknisk och elektrisk dygnetruntservice samt tillgång till färskvatten och elektricitet. För alla tjänster och faciliteter för *sea-side* (med undantag av hamnpiloter och bogsering för vilka debiteras separat) är hamnavgifterna samma oavsett vilket fartyg som lägger till hamnen. För *land-side* är endast viss del täckt av hamnavgifterna, medan övrigt debiteras efter användandet.

Scandlines har dock framfört att man varken behöver eller faktiskt använder en del av dessa tjänster och faciliteter. Scandlines använder sin egen förtöjningsplats, köper sitt eget färskvatten från Helsingborgs stad och den elektricitet som man kan behöva använda (färjorna genererar egen elektricitet) kommer, genom avtal, från Öresundskraft AB. All övrig service från Helsingborgs hamn är, om de används, betalda separat.⁷⁹ Det skall också tilläggas att av Helsingborgs hamns 250 anställda så är det endast 4 som är direkt involverade med Scandlines färjor. Detta ligger dock utanför själva hamnavgifterna.

Vidare menar Scandlines att man endast till begränsad del använder sig av trafikövervakningen och att bogsering används väldigt sällan, och när man gör det så betalas det separat. Den enda navigationsutrustningen som är relevant för Scandlines är fyren på piren vid ingången till hamnen. Scandlines inser att det nämnda är generella kostnader, men anser att de är felaktigt allokerade. Färjeoperatörerna som endast är i begränsat behov av dessa tjänster menar att man betalar för stor del av dess tillhandahållande.

Helsingborgs hamn menar dock att de nämnda tjänsterna dvs. trafikövervakning, hjälp med navigation, bärgningsassistans och

⁷⁷ Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, p. 42-43.

⁷⁸ *Ibid.* p. 44.

⁷⁹ *Ibid.* p. 45-46.

dygnetrunthjälp, alla är länkade för att hamnen skall kunna upprätthålla nödvändig sjö- och hamnsäkerhet. Alla dessa tjänster, oavsett det faktum att de inte regelbundet används, måste hur som helst finnas tillgängliga av Helsingborgs hamn för det fall att de kan behövas. Det kan därför betraktas normalt och acceptabelt att alla fartyg, inklusive färjorna, medverkar till att kostnaderna för sådana säkerhetsrelaterade tjänster och faciliteter upprätthålls i hamnen.⁸⁰

3.5.2 Hamnavgifterna

Hamnavgifterna som Helsingborgs hamn debiterar användare av hamnen för dess tjänster och faciliteter, finns i hamnens tariffer och publiceras årligen. Tarifferna är tvådelade och består av en fixerad avgift som beror på vad det är för ett fartyg och hur många dockningar som görs, sedan finns en variabel avgift som baseras på volymen av trafik (passagerare, bilar och övrig last) som transporteras ombord fartygen. Det är vanligt att den här typen av prissättning används för färjehamnar.⁸¹

Kommissionen ansåg att även om systemet för att debitera för tjänster och faciliteter inte var helt klart, så presumerades en bakomliggande logik till varför systemet såg ut som det gjorde. Den fixerade avgiften är baserad på fartygens bruttovikt och kan hänföras till användandet av tjänster och faciliteter som är *sea-side*. Den variabla avgiften, som beror på hur mycket som är transporterat ombord kan hänföras till tjänster och faciliteter *land-side*.⁸²

När det gäller de hamnavgifter som Scandlines och övriga färjeoperatörer betalar, så debiterar Helsingborgs hamn, enligt tarifferna endast den fixerade avgiften en gång per dag och färja. I övrigt så debiteras färjeoperatörerna per passagerare och per fordon som transporteras. Anledningen till detta system är att färjeoperatörerna på HH-linjen historiskt sett tagit ut låga biljettpriser med tanke på det stora antal resenärer (eftersom hamnen får betalt per passagerare har detta sannolikt inneburit högre inkomst för hamnen) jämfört med färjelinjer som trafikerar andra destinationer.⁸³

Flertalet av hamnens användare har specialavtal med Helsingborgs hamn varför de inte betalar full del av de hamnavgifter som Helsingborgs hamn har i sina officiella tariffer. Även Scandlines har haft sådana avtal (se ovan under 3.2) som inneburit rabatter på grund av minskad trafikvolym.

3.5.3 Prissättningen

Enligt Helsingborgs hamn finns en policy för hur hamnavgifterna bestäms där det bland annat står att all verksamhet i hamnen måste bära sina egna kostnader, ”i synnerhet med tanke på de avsevärda investeringarna som

⁸⁰ Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, p. 49-50.

⁸¹ Ibid. p. 55.

⁸² Ibid. p. 59.

⁸³ Ibid. p. 60-61.

gjorts i hamnen med hänsyn för färjetrafiken” samt att alla kunder bör bli behandlade lika och att hamnavgifterna inte bör medföra någon koppling till någon specifik tjänst eller facilitet i hamnen.⁸⁴ Vidare säger Helsingborgs hamn att det är nödvändigt att hamnen ses som en affärsverksamhet där alla tjänster och aktiviteter är integrerade.

Scandlines motsätter sig Helsingborgs hamns krav om att hamnen skall ses som en enhet. Scandlines menar också att Kommissionen har bestämt den relevanta marknaden till att gälla den del av hamnen som utgör HH-linjen och att Helsingborgs hamn är dominant på den marknaden. Att allokera kostnaderna över hela hamnen såsom Helsingborgs hamn, är enligt Scandlines diskriminerande.

Vid fastställandet av huruvida överprissättningen föreligger följer Kommissionen den metoden som fastställdes av EG-domstolen i *United Brands*.⁸⁵ Det som konstituerade definitionen av överdriven eller orättvis prissättning i Artikel 82 EGF finns under punkt 250 i domen: *”Ett sådant missbruk skulle i detta fall bestå av att ett alltför högt pris tillämpas, vilket inte står i något rimligt förhållande till det ekonomiska värdet på den transaktion som genomförts.”* Vidare i domen under punkt 252 står: *”I så fall skulle det göras en bedömning av om det finns en alltför stor brist på överensstämmelse mellan den kostnad som faktiskt har burits och det pris som faktiskt utkrävts och, om det visar sig vara så, skulle det undersökas om det är fråga om ett påtvingande av ett oskäligt pris, antingen i fråga om priset i sig eller i förhållande till priserna på konkurrerande produkter.”*

Kommissionen valde att dela upp det påstådda missbruket i tre delar. För det första skall en jämförelse göras mellan faktiska kostnader och för kostnaderna debiterade avgifter. För det andra kommer Kommissionen att se om hamnavgifterna är orättvisa vid en jämförelse med andra hamnar som bedriver färjetrafik. I den tredje delen kommer en värdering att göras om hamnavgifterna i sig kan ses såsom orättvisa.⁸⁶

3.5.3.1 Jämförelse mellan faktiska kostnader och debiterade avgifter

Kommissionen försökte upprätta en relevant kostnadsmodell där Helsingborgs hamn skulle bryta ner alla kostnader för hela verksamheten, så att kostnaderna som relaterades till färjeverksamheten skulle framträda. På begäran av Kommissionen upprättade Helsingborgs hamn en kalkyl som skulle visa på de kostnadsallokeringar som kunde relateras till färjeverksamhetens utnyttjande av tjänster och faciliteter. Kommissionen ansåg dock att den kalkylen som framställdes av Helsingborgs hamn inte var realistisk och om den var ett faktum skulle Helsingborgs hamn vara insolventa, något som motsades av deras egen revision.⁸⁷ Scandlines delade Kommissionens uppfattning om Helsingborgs hamns kalkyl och

⁸⁴ Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, p. 83.

⁸⁵ Mål 27/76 *United Brands mot Kommissionen* (1978) ECR 207.

⁸⁶ Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, p. 103.

⁸⁷ *Ibid.* p. 104-106.

Kommissionen beslutade sig för att göra en egen uppskattad kalkyl som var baserad på information från Helsingborgs hamn, huvudsakligen från deras granskade räkenskaper.

Av den uppskattade kalkylen fann Kommissionen att Helsingborgs hamn täckte vinsten från färjeverksamheten med förlusten som var gjord från övrig verksamhet. Helsingborgs hamn hävdade åter att det var av största vikt att hamnen i helhet sågs som en enda verksamhet. Scandlines argumenterade mot detta och Kommissionen gjorde klart att man inte såg hamnen som en enhet. Det är i sig inget missbruk av dominerande ställning att vinster från den relevanta marknaden täcker förluster från verksamhet som ligger utanför. Vidare ansåg Kommissionen att även om skillnaden i frågan mellan faktiska kostnader och debiterade avgifter är ”överdriven”, måste Kommissionen gå vidare till nästa fråga enligt *United Brands*, för att bedöma om avgifterna är orättvisa, antingen i sig själv eller i jämförelse med andra hamnar.⁸⁸

3.5.3.2 Värdering om avgifterna är orättvisa i jämförelse med andra hamnar med färjetrafik

EG-domstolen har slagit fast i målet *Francois Lucazeau med flera v SACEM med flera*⁸⁹, att när ett företag innehar en dominerande ställning på en marknad och tar ut högre avgifter än andra dominerande företag på andra jämförbara marknader, måste det vara en indikation på ett missbruk av dominerande ställning. I ett sådant fall måste företaget i fråga förklara skillnaden och olikheterna mellan marknaderna.

Nästa steg som Kommissionen måste göra är en jämförelse av avgifter med andra marknader. Detta kräver i synnerhet att produkterna eller tjänsterna som erbjuds är jämförbara, och att systemet för debitering måste tillåta en meningsfull jämförelse.⁹⁰ Den hamnen som förmodas vara den mest jämförbara kandidaten till Helsingborgs hamn är Helsingörs hamn som i stort sätt endast ägnar sig åt färjeverksamhet. Vidare är Helsingörs hamn en del av HH-linjen och naturligt nog är dockningar lika många per dygn och färja som det är i Helsingborg. Investeringarna för färjeverksamheten i de båda hamnarna är jämförbara. Även om en jämförelse med erbjudna tjänster kan vara ekvivalent, så betraktade Kommissionen, bland annat kostnadsstrukturen såsom väldigt olik vid en jämförelse. De totala intäkterna till Helsingörs hamn täcker inte kostnaderna som Helsingborgs hamn har för färjeverksamheten. Ett avgörande faktum är dessutom att Helsingörs hamn ägs av den danska staten, vilket i sin tur innebär att Helsingörs hamn inte betalar någon ränta för de gjorda investeringarna till den danska staten, till skillnad från Helsingborgs hamn, som genom ett leasingavtal betalar 14 miljoner kronor per år till Helsingborgs stad.⁹¹

⁸⁸ Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, p. 142.

⁸⁹ Delade målen 110/88, 241/88 och 242/88, (1989) ECR 2811, p. 25.

⁹⁰ Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, p. 175.

⁹¹ *Ibid.* p. 193-194.

Scandlines har hävdad att Kommissionen även skall göra jämförelser med andra hamnar. Som Kommissionen visat i Artikel 6-brevet så föreligger det svårigheter att göra jämförelser med andra hamnar som är meningsfulla. Olika hamnar skiljer sig åt när det gäller erbjudna tjänster och faciliteter, både på *sea-side* och på *land-side*. Några hamnar har mer utvecklad infrastruktur och kan därför erbjuda fler eller bättre tjänster. Även geografiska skillnader måste beaktas. En viktig del är också, som Scandlines själv påpekat, att färjeoperatörerna ofta har individuella avtal med hamnarna om sina hamnavgifter.⁹² Det finns enligt Kommissionen otillräckliga bevis för att bedöma att Helsingborgs hamns hamnavgifter skulle vara orättvisa vid jämförelse med hamnavgifter som finns i andra hamnar.⁹³

3.5.3.3 Värdering om hamnavgifterna i sig är orättvisa

I Artikel 6-brevet kom Kommissionen fram till det preliminära beslutet att det ekonomiska värdet för de av Helsingborgs hamn erbjudna tjänsterna och faciliteterna till färjeoperatörerna, är mycket högre än de produktionskostnader som åsamkats hamnen. Kommissionen beaktade inte bara de faktiska kostnader som åsamkats hamnen vid erbjudandet av tjänsterna, utan räknade även in ytterligare kostnader samt till andra faktorer som inte syns i de av Helsingborgs hamn granskade räkenskaperna. Kommissionen räknade upp tre faktorer, som i detta fall, skulle tas i beräkning vid värdering av det ekonomiska värdet av de av Helsingborgs hamn erbjudna tjänsterna till färjeoperatörerna:

- Helsingborgs hamn har haft väldigt höga kostnader för hamnbassängen som inte finns med i de granskade räkenskaperna för Helsingborgs hamn, eller ens för Helsingborgs stad. Detta innebär att om man skulle bygga om, eller tvingas att bygga en ny hamn på samma ställe, som skulle kunna erbjuda exakt samma tjänster och faciliteter, skulle de åsamkade kostnaderna för detta vara betydligt högre än de kostnader som Helsingborgs hamn har idag.
- Färjeoperatörerna har fördel av det faktum att Helsingborgs hamns läge perfekt möter deras behov. Kommissionen hävdar att detta är ett immateriellt värde i sig och att det kunde tas upp som en del av det ekonomiska värde som det innebär för Helsingborgs hamn att erbjuda sina tjänster, men som inte finns med i de granskade räkenskaperna.
- Kommissionen argumenterar även utifrån att tomtläget som används av hamnen för färjeverksamheten är i sig själv väldigt värdefull. Att behålla tomtmarken för färjeverksamhet istället för att utnyttja tomten till andra ändamål är sannolikt en möjlighetskostnad för Helsingborgs stad.⁹⁴

⁹² Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, p. 202.

⁹³ Ibid. p. 207.

⁹⁴ Ibid. p. 209, Kommissionen kallar detta i beslutet för en *opportunity cost*.

Scandlines kommenterade Kommissionens uppräknade faktorer och konstaterade att de så kallade möjlighetskostnaderna och kostnaderna för hamnbassängen, endast var hänförliga till Helsingborgs stad och skulle inte räknas som kostnader för Helsingborgs hamn.⁹⁵ Kommissionen svarade med att när en kostnadssättning bedöms *a priori*, måste det även vägas in att företaget vill täcka kostnader utöver så kallade produktionskostnader. Som exempel tas att det är vanligt att ett företag vill täcka sina kapitalkostnader, men även att intäkterna skall resultera i vinster åt företagets aktieägare.⁹⁶ Beräkningen av det immateriella värdet som Kommissionen anser att Helsingborgs hamn besitter, med det unika läget vid Öresund och dess närhet till Helsingör, får inget medhåll från Scandlines sida. Scandlines håller dock med om att det är ett unikt läge och att det är anledningen till att Helsingborgs hamn är i en dominerande ställning på den relevanta marknaden. Scandlines fortsätter med att det inte seriöst kan påstås att Helsingborgs hamn överhuvudtaget har, eller har haft, några kostnader för det immateriella värdet, samt att en sådan kostnad inte skulle ha räknats om den relevanta marknaden varit utsatt för konkurrens.⁹⁷

Kommissionen avslutar i den här delen med att konstatera att bevisbördan för om det föreligger missbruk enligt Artikel 82 EGF ligger på Kommissionen.⁹⁸ Eftersom man inte kan finna tillräckligt med bevis för att den påstådda överträdelsen inträffat, skall detta tolkas till förmån för den misstänkta parten.⁹⁹ Därmed avslår Kommissionen Scandlines yrkande om missbruk vad gäller överdriven eller orättvis prissättning.

3.5.4 Prisdiskriminering

Scandlines ville också att Kommissionen skulle se om prissättningen var diskriminerande till nackdel för Scandlines och färjeoperatörerna. Scandlines menar att det är uppenbart att Helsingborgs hamn har ett incitament till att prisdiskriminera mellan olika kategorier av kunder, speciellt då mellan färjeoperatörer och andra. Utbudet för godstrafiken är mer elastisk eftersom de kan utnyttja andra hamnar medan utbudet för färjeoperatörer på HH-linjen har ett statiskt förhållande. Scandlines främsta argument för att det föreligger ett sådant förhållande är att Helsingborgs hamns intäkter från godstrafiken inte täcker kostnaden för de där tillhandahållna tjänsterna. Samtidigt som intäkterna för färjeoperatörerna vida överstiger de kostnader som Helsingborgs hamn har för dessa tjänster.¹⁰⁰ Scandlines hävdar att presumtionen måste vara att ett diskriminerande pris som bidrar till en högre avgift för en kund skapar en konkurrensrättslig nackdel på *down-stream* marknaden.¹⁰¹

⁹⁵ Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, p. 211.

⁹⁶ *Ibid.* p. 224.

⁹⁷ *Ibid.* p. 236-238.

⁹⁸ Mål 27/76 *United Brands mot Kommissionen* (1978) ECR 207, p. 264.

⁹⁹ *Ibid.* p. 265.

¹⁰⁰ Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, p. 259-260.

¹⁰¹ *Ibid.* p. 265.

Kommissionen konstaterar att det finns minst en närliggande marknad, nämligen den med gods- och containertrafik, som utnyttjar tjänster och faciliteter hos Helsingborgs hamn. För färjeoperatörerna är det HH-linjen (den relevanta marknaden) där Helsingborgs hamn är i en dominerande ställning. För marknaden av godstrafik föreligger inte någon sådan marknadsställning. Innehavet av en dominerande ställning på den relevanta marknaden innebär dock inte att företaget i fråga nödvändigtvis missbrukar den dominerande ställningen genom att kräva diskriminerande avgifter av färjeoperatörerna.¹⁰²

Det faktum att det är färjerederiernas intäkter till Helsingborgs hamn som täcker kostnaderna för de tjänster som Helsingborgs hamn erbjuder godstrafiken, kommenterar Kommissionen på följande sätt, korssubventionering har endast ansetts vara ett missbruk i statligt reglerade monopolförhållande.¹⁰³ Utanför ett sådant förhållande innebär en utvidgning av en dominerande ställning till en annan marknad att en överträdelse skett endast om den försvagar eller reducerar graden av konkurrens på den marknaden. I vissa fall anser Kommissionen för att fastställa ett sådant missbruk, att det krävs att missbruket har den faktiska eller potentiella effekten att helt eliminera konkurrensen på den nya utvidgade marknaden. Kommissionen anser inte att Scandlines tillräckligt lyckats att visa att Helsingborgs hamns omfördelning av vinster och förluster skulle generera någon försvagning eller minskning av konkurrens på den närliggande marknaden för godstrafik där Helsingborgs hamn har konkurrens av andra hamnar.¹⁰⁴

Diskriminering under Artikel 82 (c) EGF föreligger när ett företag har en dominerande ställning och antingen (i) tillämpar olika förhållande på ekvivalenta transaktioner, eller (ii) tillämpar ekvivalenta förhållande på olika transaktioner till andra handelspartners och därmed ger dem ett sämre konkurrensförhållande. Scandlines hävdar när det gäller diskriminering att Helsingborgs hamn använder sig av olika hamnavgifter för ekvivalenta tjänster och faciliteter mellan färjeoperatörerna och för godstrafiken.¹⁰⁵ Kommissionen avslår emellertid Scandlines argument med att några ekvivalenta transaktioner inte kan påträffas, detta eftersom *land-side* faciliteterna skiljer sig kraftigt åt mellan de två marknaderna. Därmed slår Kommissionen fast att det inte finns tillräckliga bevis för att styrka att Helsingborgs hamn tillämpar några diskriminerande hamnavgifter gentemot färjeoperatörerna i jämförelse med godstrafiken. Scandlines yrkande om missbruk i den delen avslås därmed.¹⁰⁶

¹⁰² Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, p. 269. Med detta menar Kommissionen de immateriella rättigheter som man säger att Helsingborgs hamn innehar med sitt unika läge i Öresund.

¹⁰³ Ibid. p. 271 Som exempel på ett sådant monopol anges postsektorn där Kommissionen har gjort ett uttalande, OJ 1998 C 39.

¹⁰⁴ I Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, p. 271-272.

¹⁰⁵ Ibid. p. 276.

¹⁰⁶ Ibid. p. 278-279, 287.

4 BornholmsTrafikken v. Ystad hamn

Detta mål ligger i skrivande stund hos Kommissionen sedan HD begärt ett yttrande enligt förordning 1/2003 (se nedan 4.2). Därmed bygger detta avsnitt till stor del på underrätternas domar samt på de till HD inlämnade inlagorna av parterna.¹⁰⁷ Nedan i kapitel 4.2 ges en utförlig bakgrund om målets uppkomst och innehåll. I övrigt begränsas denna framställning till att endast gälla den konkurrensrättsliga delen vilken också är den del som överklagats.

Ystad ligger på Skånes sydkust och dess huvudnäringar är turism och hamnverksamhet. Infrastrukturen i och kring Ystad är god. Här finns förutom tillgången till hamnen, även järnvägsförbindelser med Malmö/Köpenhamn och en motorväg i form av E 65.

4.1 Parterna

4.1.1 Ystad hamn logistik AB

Ystads hamn har ett strategiskt bra läge i Östersjön. Det är nära till Polen, där det sedan 1967 har bedrivits sjötrafik till Swinoujście. Det är också nära till den tyska ön Rügen, men närmast ligger den danska ön Bornholm. Till Rønne på Bornholm har trafiken pågått sedan 1940-talet. Varje år reser cirka 1,7 miljoner passagerare mellan Ystad och Rønne/Danmark och Swinoujście/Polen.

Hamnen i Ystad, som är den femte största i Sverige, ägs av kommunen. Ystad hamn logistik AB består av hamnförvaltningen och Ystads stuveri AB. Bolaget ansvarar för den operativa verksamheten i hamnen och för att dess faciliteter utnyttjas så kostnadseffektivt som möjligt. Ystad hamn logistik AB har 35 anställda och en total godshantering per år på drygt 2,5 miljoner ton.¹⁰⁸

Den så kallade inre hamnen är indelad så att färjerederierna har en del och godstrafiken en annan. Här finns för ändamålen moderna terminaler och utrustning för hantering av enhets-, stycke- och bulkgoods. I den yttre hamnen förbereder Ystad hamn att inleda en utbyggnad för framtida behov, då det förväntas en ökad turism från östersjöländerna. Projektet går under arbetsnamnet ”*Baltic Basin*”, och kommer att innebära en stor förändring och förnyelse av hamnen.

¹⁰⁷ HD Mål T 2808-05, aktbilaga 2 (Inlagan av Ystad hamn) och HD Mål T 2808-05, aktbilaga 17, (Inlagan av BornholmsTrafikken).

¹⁰⁸ <http://www.port.ystad.se/Ystadweb.nsf/AllDocuments/F316D69E3F248942C12570C4003969E6>

4.1.2 BornholmsTrafikken

BornholmsTrafikken A/S ägs till största delen av den danska staten. Rederiet har funnits sedan 1866 och gick då under namnet ”Dampskibsselskabet paa Bornholm af 1866 A/S”. Rederiet som från början var privatägt, förblev så till 1973 då rederiet övergick i statligt ägande. Från i maj 2005 är BornholmsTrafikken åter i bolagsform, dock är ägaren fortfarande den danska staten.

BornholmsTrafikken bedriver färjetrafik på linjerna mellan Ystad/Rönne och Rönne/Köge. Under högsäsongen bedriver även rederiet trafik på linjerna Rönne/Sassnitz och Sassnitz/Köge. Rederiets verksamhetsföremål är att bedriva rederiverksamhet och annan verksamhet som hör till rederinäringen.¹⁰⁹

Det är trafiken mellan Ystad och Rönne som går bäst för rederiet. I fördelningen av antalet turer står linjen för 68 procent av BornholmsTrafikkens totala antal. Antalet passagerare är här cirka 85 procent av den totala mängden passagerare. När det gäller nettoomsättningen för rederiet, står Ystad/Rönne för 58 procent.¹¹⁰

4.2 Bakgrund och frågeställningar

BornholmsTrafikken och Ystad hamn ingick i augusti 1999 ett investeringsavtal angående ersättning för kapitalkostnader för hamnens investeringar för att möjliggöra trafik med katamaran på leden Ystad-Rönne. Avtalet innehöll en skiljeklausul som medförde att eventuell tvist skulle avgöras i Skiljedomstol enligt svensk lag. Tvist uppkom mellan parterna som avser dels att skiljeklausulen mellan parterna skall utgöra rättegångshinder, dels om den kommunala självkostnadsprincipen är tillämplig på hamnbolagets uttag av avgifter, dels om en närmare angiven marknad är den konkurrensrättsligt relevanta marknaden och om hamnbolaget är dominerande på denna marknad. BornholmsTrafikken väckte talan vid allmän domstol trots förekomsten av en skiljeklausul. Anledningen till detta var att av det yrkade beloppet på 12 miljoner kronor, var cirka 7,5 miljoner hänförliga till avtalet med skiljeklausulen, resterande var andra poster där BornholmsTrafikken ansåg att Ystad hamn debiterat ersättningar i strid med den kommunala självkostnadsprincipen. Käromålet avvisades av hovrätten i den del som rörde avtalet med skiljeklausulen.¹¹¹

I Ystads tingsrätt yrkade BornholmsTrafikken att hamnbolaget i strid med den kommunala självkostnadsprincipen debiterat högre ersättning för hamnplats och hamntjänster än vad som motsvarade självkostnaden. I andra hand yrkades det enligt 19 § KL och Artikel 82 EGF att det är förbjudet för ett företag att missbruka en dominerande ställning på en marknad och att

¹⁰⁹ BornholmsTrafikkens årsrapport från 2005, s. 8.

¹¹⁰ Ibid. s. 10.

¹¹¹ Hovrätten över Skåne och Blekinge, Mål T 2094-03, s. 9.

hamnbolaget var i en sådan ställning i Ystad hamn vad gällde rutten Ystad-Rönne. Parterna var ense om att tingsrätten av processekonomiska skäl genom mellandom skulle pröva bland annat frågan om relevant marknad och dominerande ställning. Tingsrätten biföll inte käromålet med hänvisning till att den relevanta marknaden även innefattade Trelleborgs hamn.

Hovrätten kom fram till slutsatsen att den relevanta marknaden skulle avgränsas till att omfatta endast Ystad hamn med hänvisning till att en övergång till Trelleborg skulle innebära vikande kundunderlag och väsentligt ökade kostnader för BornholmsTrafikken. Därmed stod det enligt hovrätten klart att hamnbolaget var ”i ekonomisk bemärkelse monopolist” och på den relevanta marknaden i en dominerande ställning. Med ändring av tingsrättens dom biföll hovrätten käromålet.

Båda parterna överklagade hovrättens dom. Hamnbolaget ville att HD skulle ogilla BornholmsTrafikkens fastställelseyrkande avseende relevant marknad och dominerande ställning. BornholmsTrafikken bestred ändring av hovrättens dom. Prövningstillstånd meddelades och HD beslutade sig för att inhämta ett yttrande från Kommissionen enligt Artikel 15.1 i förordning 1/2003.¹¹²

Prövningen av de konkurrensrättsliga frågorna i detta mål sträcker sig inte längre än till frågan, om Ystad hamn är marknadsdominant, dvs. om de i betydande grad kan handla oberoende av konkurrenter, kunder och ytterst konsumenter. En annan fråga som berörs är den om tillämplig lag och om eventuell samtidig tillämpning av nationell rätt och EG-rätten.

4.3 Fråga om samtidig tillämpning av Artikel 82 EGF och 19 § KL

I frågan om eventuell samtidig tillämpning i målet av Artikel 82 EGF och 19 § KL kommer tingsrätten och hovrätten fram till olika slut. Tilläggas kan dock att efter tingsrättens dom har även förordning 1/2003 trätt i kraft, enligt vilken det finns en skyldighet till samtidig tillämpning av bl.a. Artikel 82 EGF när nationell konkurrensrätt tillämpas och handeln mellan medlemsstaterna påverkas.¹¹³

Ystad hamn ifrågasätter om en samtidig tillämpning av nationell rätt och EG-rätten kan vara riktig då de leder till olika resultat. Som stöd för sitt påstående hänvisar Ystad hamn till motiven till lagändringar i KL som

¹¹² Beslutet om inhämtande av yttrande från Kommissionen kom 2006-10-13. Enligt Art 15.1 får medlemsstaterna fråga Kommissionen om information som finns hos Kommissionen, eller att Kommissionen lämnar ett yttrande om frågor som rör tillämpningen av Art 81 och 82 EGF.

¹¹³ Artikel 3.1 i Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensregler i artiklarna 81 och 82 i fördraget; EGT L 1, 4.1.2003, s. 8.

föranleddes av förordning 1/2003.¹¹⁴ För att Artikel 82 EGF skall kunna tillämpas krävs det att både samhandelskriteriet och väsentlighetskriteriet är uppfyllda. Att samhandelskriteriet i målet är uppfyllt är ostridigt mellan parterna. Ystad hamn gör dock gällande att de inte intar en sådan betydelse för den import- och exportverksamhet som sker sjövägen som helhet i den berörda medlemsstaten och hänvisar till sin förhållandevis begränsade storlek i Sverige. I 19 § KL finns inget motsvarande krav på storleken av det geografiska område i Sverige på vilken en dominerande ställning kan föreligga och storleken kan därför vara helt lokal och i princip hur liten som helst. Detta förhållande utgör en väsentlig skillnad i förhållande till EG-rätten.¹¹⁵ Ystad hamn menar att väsentlighetskriteriet inte är uppfyllt. En tillämpning av den svenska konkurrenslagen skulle medföra ett annat resultat än EG-rätten och skall därför stå tillbaka för en tillämpning av EG-rätten.¹¹⁶

BornholmsTrafikken menar att Ystad hamn för ett cirkelresonemang som innebär att 19 § KL ej får tillämpas på ett sätt som ger ett annat resultat än tillämpningen av Artikel 82 EGF, då samhandelskriteriet är uppfyllt och att Artikel 82 EGF inte är tillämplig då väsentlighetskriteriet ej är uppfyllt. Härvid blir Ystad hamns slutsats att 19 § KL inte är tillämplig eftersom Artikel 82 EGF inte är tillämplig. BornholmsTrafikken menar att detta påstående är uppenbart felaktigt och att det uttalande i propositionen som Ystad hamn stöder sig på är hämtat ur ett förslag från utredningen och som inte bifölls av regeringen. Till skillnad från utredningen ansåg regeringen att möjligheten till parallell tillämpning skulle bibehållas, vilket också blev resultatet.¹¹⁷ Att det enligt Ystad hamn skall föreligga något konvergenskrav avseende regleringen av ensidiga agerande, kan BornholmsTrafikken inte finna. Tvärtom anser BornholmsTrafikken att det klart framgår av Artikel 3.2 i förordning 1/2003 att¹¹⁸

”medlemsstaterna skall enligt denna förordning inte vara förhindrade från att på sitt territorium anta och tillämpa en strängare nationell lagstiftning genom vilken företags ensidiga uppträdande förbjuds eller bestraffas”.

Vidare menar BornholmsTrafikken att trafiken mellan Ystad hamn och Bornholm och Polen, som uppgår till ungefär 1 500 000 passagerare och ungefär 300 000 bilar är, enligt Kommissionens praxis, tillräckligt för att hamnen skall anses utgöra en väsentlig del av den gemensamma marknaden.¹¹⁹

¹¹⁴ Prop. 2003/04:80, s. 49.

¹¹⁵ Carlsson, K., m.fl. *Konkurrenslagen – en kommentar*, s. 451, och Wetter, C., m.fl. *Konkurrenslagen i praxis*, s. 97.

¹¹⁶ HD Mål T 2808-05, aktilaga 2, s. 3 ff.

¹¹⁷ Prop. 2003/04:80, s. 48 och 51.

¹¹⁸ HD Mål T 2808-05, aktilaga 17, s. 3 f.

¹¹⁹ Ibid. s. 5 f.

4.4 Fastställandet av relevant marknad

Underrätterna har i avgränsningen av den relevanta marknaden kommit fram till olika geografiska områden. Tingsrätten avsåg Ystad hamns begäran om att Köpenhamn/Köge och Simrishamn skulle ingå i den relevanta marknaden. Däremot ansågs det att Trelleborg innefattade marknaden.¹²⁰ Hovrätten bedömde att den relevanta marknaden skulle bestämmas till att endast innefatta Ystad hamn. Vidare menar hovrätten att detta fall handlar om en produkt/tjänst – hamnfaciliteter för färjetrafik – som endast tillhandahålls i en hamn. En hamns geografiska läge är i så hög grad en del av produktens karakteristika, att det är svårt att hålla i sär avgränsningen av produktmarknaden från avgränsningen av den geografiska marknaden. Frågan om produktens utbytbarhet får med nödvändighet ett geografiskt inslag, vare sig utbytbarheten undersöks från efterfråge- eller utbudssynpunkt.¹²¹

4.4.1 Produktmarknaden

Vid fastställandet av den relevanta produktmarknaden har underrätterna gjort klart att det rör sig om hamnfaciliteter för färjetrafik. Hovrätten understryker att den enda tjänst som från efterfrågandesynpunkt skulle kunna tänkas vara utbytbar mot de tjänster som hamnen säljer skulle, som även tingsrätten kom fram till, vara motsvarande tjänster, tillhandahållna i annan hamn.¹²² Hovrätten tillämpar här det så kallade SSNIP-testet och finner att även om de tjänster som BornholmsTrafikken kan erbjuda sina kunder saknar omedelbar betydelse för avgränsningen av den relevanta marknaden, så spelar kundernas efterfrågan däremot en roll vid bedömningen av BornholmsTrafikkens möjligheter att ta i anspråk andra tjänster än dem som Ystad hamn erbjuder.¹²³ Ystad hamn argumenterar dock utifrån att BornholmsTrafikken även trafikerar färjelinjen Rønne-Köpenhamn/Köge och att tjänsten därmed skulle vara det totala transportmönstret för både passagerare och gods mellan Bornholm och Danmark i övrigt.¹²⁴ Den diskussionen förs dock under benämningen den relevanta geografiska marknaden och så ämnar även författaren till denna uppsats att göra.

4.4.2 Geografiska marknaden

Twistens stora fråga är hur den geografiska marknaden skall avgränsas och hur hamntjänsternas utbytbarhet från geografisk synpunkt skall bedömas. Tingsrätten fann att den geografiska marknaden vidgades till att även innefatta Trelleborg. Vid bedömningen fäste tingsrätten avseende vid Trelleborgs hamnfaciliteter, överfartstider, landsförbindelser i form av tåg

¹²⁰ Ystads tingsrätt, Mål T 993-02.

¹²¹ Hovrätten över Skåne och Blekinge, Mål T 2094-03, s. 27.

¹²² Ibid. s. 27.

¹²³ Ibid. s. 26.

¹²⁴ HD Mål T 2808-05, aktbilaga 2, s. 5.

och vägar till Köpenhamn samt omställningskostnader för att lägga om trafiken till Trelleborg.

Utredningen i hovrätten var i betydande utsträckning också inriktad på frågan, om hamntjänster producerade i Trelleborg, tillhörde den relevanta marknaden. Till skillnad från tingsrätten kom hovrätten fram till ett annat slut. Beräkningar gjorda av BornholmsTrafikken visade på väsentligt ökade kostnader vid en övergång av trafik till Trelleborg. Hovrätten fann ingen anledning till att betvivla dessa kostnader. Huruvida BornholmsTrafikken möjligen kunde övervältra sina kostnadsökningar på sina kunder saknar enligt hovrätten betydelse. Tingsrättens synsätt om övervältring av kostnader, framstår enligt hovrätten som främmande för de ändamål som uppstår de konkurrensrättsliga systemen. Hovrätten tillade att det ligger i så hög grad i sakens natur att en färjeoperatör föredrar den rutt som medför kortaste sjövägen, att det är svårt att i judikaturen finna exempel på att den relevanta marknaden för hamntjänster bestäms utifrån något annat synsätt.¹²⁵

4.4.2.1 Ystad hamns argument

Ystad hamn yrkar på att det geografiska området skall bestämmas på så vis, att det anger sjötransporter mellan Bornholm och övriga Danmark och Sverige och på det området förekommande transportalternativ. I målet har framkommit att cirka 85 procent av alla resenärer som reser från Bornholm till Ystad skall vidare till Köpenhamn/övriga Danmark. Ystad hamn menar att detta är av väsentlig betydelse för marknadsbestämningen. De hamnar som skall ingå i bedömningen av huruvida de kan vara alternativa till Ystad skall då omfatta området östra Själland och Skånes sydkust och innefatta hamnarna Köpenhamn/Köge på Själland och Trelleborg i Skåne.¹²⁶

När det gäller Köpenhamn/Köge anser Ystad hamn att den danska staten genom dels BornholmsTrafikken och dels genom DSB och dess järnvägstrafik, bedriver parallella transportleder mellan Köpenhamn/Köge och Rønne. Det finns en direktlinje med färja och en med färja och tåg förbindelse via Sverige. Det måste, enligt Ystad hamn, anses uppenbart att direktlinjen utgör alternativ transportförbindelse till färd över Ystad och vidare resa till Köpenhamn/övriga Danmark. Det faktum att BornholmsTrafikken har ett biljettsystem som är flexibelt för utnyttjande av båda förbindelserna, samt den gemensamma reklam som rederiet själva använder sig av, visar på att den längre resan till Köpenhamn/Köge är ett klart alternativ. Att transporten för passagerare till dessa hamnar är längre än för en kombinerad färje- och landstransport via Ystad, är enligt Ystad hamn, också irrelevant vid fastställandet av den geografiska marknaden.

Ystad hamn hänvisar till en dom av EG-domstolen om en flyglinje, till vilken hänvisning brukar ske även i praxis om färjelinjer.¹²⁷ Här säger EG-domstolen att det avgörande kriteriet är om reguljärflyg på en bestämd

¹²⁵ Hovrätten över Skåne och Blekinge, Mål T 2094-03, s. 27.

¹²⁶ HD Mål T 2808-05, aktbilaga 2, s. 7.

¹²⁷ Mål 66/86 *Ahmed Saeed* (1989) ECR 803, p. 40.

flyglinje på grund av sina särskilda kännetecken i så hög grad skiljer sig från alternativa transportmöjligheter att det inte är utbytbar mot dessa och bara obetydligt påverkas av konkurrens från dem. Ystad hamn menar att det i beaktande av att BornholmsTrafikkens direktlinje till Själland transporterar över 80 procent av allt gods till/från Rønne och nästan 25 procent av alla passagerare samt att över 1/3 av BornholmsTrafikkens omsättning hänförs till direktlinjen, får det sägas vara uppenbart att direktlinjen är utbytbar mot linjen Ystad-Rønne med vidare landanslutning och i mer än obetydlig grad påverkar konkurrensen på den linjen.¹²⁸

Vidare menar Ystad hamn att direktlinjen kan förkortas i tid om BornholmsTrafikken valde att använda sig av katamaranen. Att detta för passagerarna medför en obekväm transport, påverkar inte heller bestämmandet av marknadsavgränsningen i sig. Det handlar istället endast om rena driftsförhållanden för rederiet.¹²⁹ Efterfrågan på rederiets transporttjänster beror, enligt Ystad hamn, inte enbart på kort restid utan på ändamålet med resan, slutdestinationens belägenhet i Danmark för såväl resenärer som gods, tid på året och andra faktorer.¹³⁰

Även Trelleborg utgör en alternativ hamn till Ystad, och en total restid från Rønne till Köpenhamn via sjötransport till Trelleborg, påverkas inte nämnvärt vid en jämförelse med Ystad. Det faktum att hamnfaciliteterna är likvärdiga för färjeoperatörerna, är ostridigt mellan parterna, gör det möjligt att omgående ställa om trafiken på Bornholm från Ystad till Trelleborg.¹³¹ Domstolarnas skilda bedömningar av Trelleborg som alternativ hänförs till frågor om BornholmsTrafikkens driftsförhållanden avseende påstådda kostnadsökningar och förändrad turtäthet. Ystad Hamn menar att inte heller dessa förhållanden kan påverka bedömningen av den relevanta marknaden.

Vidare har Ystad inte några särskilda fördelar ur infrastrukturssynpunkt jämfört med Trelleborg på sätt som föreligger för såväl Helsingborg¹³² som Rödbby¹³³ jämfört med andra hamnar. Ystad hamn ifrågasätter även SSNIP-testet som hovrätten tillämpat, med att det i praktiken inte torde vara användbart för en dominansbedömning av tjänster på transportområdet.¹³⁴

4.4.2.2 BornholmsTrafikkens argument

BornholmsTrafikken menar att vid fastställandet av den relevanta marknaden skall det framförallt beaktas i vilken omfattning det föreligger en utbytbarhet på efterfrågesidan, det vill säga om och i vilken omfattning kunder kan skydda sig mot en prishöjning genom att välja en annan produkt

¹²⁸ HD Mål T 2808-05, aktbilaga 2, s. 8.

¹²⁹ Ibid. s. 8.

¹³⁰ Ibid. s. 10.

¹³¹ Ibid. s. 10, med hänvisning till tingsrättens dom, s. 156.

¹³² Hänvisning till Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*.

¹³³ Hänvisning till 94/119/EC i ärendet *Port of Rödbby* (OJ1994 L55/52), p. 5.

¹³⁴ HD Mål T 2808-05, aktbilaga 2, s. 11, med hänvisning till Carlsson, K., m.fl. *Konkurrenslagen – en kommentar*, s. 457 f.

eller leverantör.¹³⁵ För att olika hamnar skall utgöra genuina alternativ till varandra, måste de kunna erbjuda snarlika fördelar.

BornholmsTrafikken fortsätter med att vid frågan om utbytbarhet så måste först en analys av efterfrågan på den rutt det är fråga om genomföras, för att följas av en analys av om det finns någon annan hamn som är utbytbar med den hamn som rутten trafikerar. På frågan om det finns alternativa hamnar, hänvisar BornholmsTrafikken till att Kommissionen i ett antal ärenden gjort övergripande analyser av omfattningen av konsumenternas efterfrågan av transporttjänster i de områden som var aktuella, och därefter bedömt om det funnits några alternativa hamnar.¹³⁶ Vid bedömning av eventuell utbytbarhet av hamnar, menar BornholmsTrafikken att utgångspunkt får tas i en dom från EG-domstolen som behandlar en flyglinje.¹³⁷ BornholmsTrafikken menar att EG-domstolens princip om flyglinjer även skall gälla angående alternativa hamnar som inte är utbytbara och som endast obetydligt påverkas av konkurrens från dem.¹³⁸

Vidare anser BornholmsTrafikken att det genom praxis¹³⁹ följer att en samlad bedömning skall göras för att se om det finns några alternativa hamnar till Ystad, alltså Trelleborg och/eller Köpenhamn/Köge. Följande faktorer skall enligt BornholmsTrafikken vägas in i en sådan bedömning: överfartstider, infrastruktur, hamnfaciliteter till färjor, omställningskostnader samt behållandet av kunder och lönsamhet

Överfartstid

Överfartstiden för rутten är viktig och påverkar både kostnadseffektiviteten för färjeoperatörerna och tidseffektivitet för resenärerna. En längre överfartstid innebär ett sämre alternativ för både färjeoperatörerna och dess kunder.

När det gäller Trelleborg-Rönne uppskattas överfartstiden med katamaranen till ungefär 1 tim 50 min, vilket är ungefär 1,4 gånger längre än för rутten Ystad-Rönne (1 tim 20 min). En övergång till Trelleborg skulle därmed innebära att antalet överfarter minskar från fem till fyra avgångar i varje riktning per dygn. Den väsentligt längre överfartstiden till Trelleborg och den inskränkta kapaciteten innebär, enligt BornholmsTrafikken, att hamnen i Trelleborg inte utgör något realistiskt alternativ till hamnen i Ystad.¹⁴⁰

¹³⁵ HD Mål T 2808-05, aktbilaga 17, s. 8, med hänvisning till Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad från 1997, p. 13.

¹³⁶ Kommissionens beslut, 94/119/EC i ärendet *Port of Rödby* (OJ1994 L55/52), 94/19/EC i ärendet *Stena Sealink* (EGT 1994 L15/8), Den 16 maj 1995 i ärendet *Irish Continental Group v. CCI Morlaix* (1995 CMLR 177) samt i den 23 juli 2004 i ärendet COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v. Port of Helsingborg*.

¹³⁷ Mål 66/86 *Ahmed Saeed* (1989) ECR 803, p. 40. Se även ovan under kapitel 4.4.2.1.

¹³⁸ HD Mål T 2808-05, aktbilaga 17, s. 10.

¹³⁹ Hänvisning här och i följande faktorer till *Rödby-ärendet*, *Stena Sealink-ärendet* samt till *Morlaix-ärendet*.

¹⁴⁰ HD Mål T 2808-05, aktbilaga 17, s. 13 ff.

Ystad hamn menar även att Köpenhamn/Köge skulle vara ett alternativ till Ystad för det faktum att BornholmsTrafikken bedriver verksamhet även på rutten Rønne-Köge. Den argumentationen är enligt BornholmsTrafikken irrelevant och det faktum att rederiet bedriver verksamhet på flera olika rutter spelar i detta sammanhang ingen roll. Överfartstiden på rutten Köpenhamn-Rønne med konventionell färja är 6 tim 30 min, det vill säga 2,6 gånger längre än överfartstiden på rutten Ystad-Rønne med konventionell färja (2 tim 30 min). Enligt BornholmsTrafikken är det uppenbart att den väsentligt längre överfartstiden innebär att hamnarna i Köpenhamn/Köge inte utgör något realistiskt alternativ till Ystad hamn.¹⁴¹

Infrastruktur

Förekomsten av väl utvecklad infrastruktur i form av vägnät och järnväg förenklar anknytningen för passagerare och fordon till färjeoperatörerna.

I detta avseende är Trelleborg ett klart sämre alternativ till Ystad, då det inte finns någon järnvägsförbindelse för passagerare till Trelleborg. Enligt BornholmsTrafikken väljer ungefär 100 000 av passagerarna på rutten Ystad-Rønne att resa med tåg till Ystad. Även i detta avseende är alltså inte Trelleborg något alternativ till Ystad.

Frågan om infrastruktur i förhållande till hamnarna i Köpenhamn/Köge påverkar enligt BornholmsTrafikkens mening inte frågan om utbytbarhet.¹⁴²

Hamnfaciliteter till färjor

En förutsättning för att en hamn skall kunna utgöra ett alternativ till en annan hamn är att hamnen ifråga kan ta emot de aktuella färjorna. Detta gäller såväl storleken av hamnbassängen som befintliga landgångar och terminalbyggnader.

BornholmsTrafikken bestrider att hamnen i Trelleborg utgör ett alternativ till Ystad, då de inte kan erbjuda adekvata ramper, landgångar, terminalbyggnader, bottensäkrad hamnbassäng etc. På samma grunder som anförts för Trelleborg bestrider Bornholmstrafikken att Köpenhamn/Köge kan komma utgöra något adekvat alternativ.¹⁴³

Omställningskostnader

Användandet av en hamn innebär att det finns inarbetad goodwill, investeringar i anläggningar, terminaler etc. Ett byte till en alternativ hamn medför en tidsomställningsfaktor som belastar rederiet, bland annat i form av ökade driftskostnader (bränsle och personal) eftersom en alternativ hamn i princip alltid medför en längre överfartssträcka.

¹⁴¹ HD Mål T 2808-05, aktbilaga 17, s. 17 och 19.

¹⁴² Ibid. s. 15 och 19.

¹⁴³ Ibid. s. 11, 15 och 19.

Omställningen till användandet av hamnarna i Trelleborg eller Köpenhamn/Köge skulle medföra betydande kostnadsökningar för BornholmsTrafikken. Bara den längre överfartssträckan till Trelleborg skulle innebära en ökad driftskostnad per år, på uppskattningsvis 40 miljoner SEK (räknat för 2001). Ingen uträkning har gjorts vid en omställning till Köpenhamn/Köge, men enligt BornholmsTrafikken skulle den ökade driftskostnaden väsentligt överstiga den till Trelleborg.¹⁴⁴

Behållandet av kunder och lönsamhet

En förutsättning för att en viss hamn skall utgöra ett realistiskt alternativ är att efterfrågan på eller lönsamheten för rederiets transporttjänster inte minskar.

Vid en övergång av färjetrafiken till Trelleborg skulle BornholmsTrafikken, till täckandet av ökade driftskostnader, nödgas höja biljettpriset med mellan 30-60 procent. Dessutom skulle det innebära försämrad service till rederiets kunder i form av färre avgångar och längre restid. Slutligen skulle enligt gjorda beräkningar BornholmsTrafikkens lönsamhet minska med ungefär 50-60 miljoner DKK.

Den minskade lönsamheten blir än mer påtaglig vid en övergång till Köpenhamn/Köge, dessutom skulle rederiet förlora uppskattningsvis 150 000 svenska passagerare, vilka i första hand reser under högsäsong och betalar högsta biljettpris.¹⁴⁵

4.5 Bedömning av dominerande ställning

Efter det att underrätterna kom fram till olika avgränsningar av den relevanta marknaden, kom de även fram till olika beslut rörande om Ystad hamn var i en dominerande ställning. Tingsrätten ansåg inte att Ystad hamn var i en marknadsdominerande ställning medan hovrätten uttryckte att inget framkommit som talade i annan riktning än att hamnen skall anses ha dominerande ställning på marknaden.

BornholmsTrafikken anser att den viktigaste omständigheten vid bedömning om dominans föreligger är i normalfallet företagets marknadsandel. I EG-rättslig praxis har det framhållits att en väldigt hög marknadsandel är i sig ett bevis för att en dominerande ställning föreligger. Av svensk praxis från KKV och MD anges att marknadsandelar som överstiger 65 procent i det närmaste presumerar en marknadsdominans som nästan är omöjlig att kullkasta. Det faktum att en hamn intar en dominerande ställning på den relevanta marknaden har fastställts i flera avgörande av både EG-domstolen och av Kommissionen, som exempel anges *Porto di Genova*,¹⁴⁶ *GT-link*,¹⁴⁷ *Rödby*,¹⁴⁸ *Stena Sealink*¹⁴⁹ och *Helsingborgs hamn*.¹⁵⁰

¹⁴⁴ HD Mål T 2808-05, aktbilaga 17, s. 12, 16 och 20.

¹⁴⁵ Ibid. s. 12, 16 och 20.

¹⁴⁶ Mål 179/90 *Porto di Genoa* (1991) ECR I-5889.

5 Diskussion

5.1 Inledning

I detta kapitel kommer de två rättsfallen som uppsatsen bygger på att jämföras för att se om det går att utröna huruvida några gemensamma slutsatser, eller i vart fall avgörande faktorer, kan dras. Även andra rättsfall kommer att ingå för att vid behov, ytterligare förstärka vissa argument, eller för att se varför vissa argumentationer kanske inte bör vägas in i sammanhangen överhuvudtaget. Eftersom uppsatsens två huvudsakliga rättsfall till viss del skiljer sig åt vad gäller frågeställningar och bedömningar, kommer huvudsyftet med diskussionen att ägnas åt avgränsningen av den relevanta marknaden och det faktum att det rör sig om hamnverksamheter.

5.2 Relevant marknad

Fastställandet av den relevanta marknaden torde vara den mest intressanta och den mest avgörande frågan att behandla. Hur liten eller begränsad kan en relevant marknad vara för att kunna bedömas uppfylla de uppställda kriterierna i Artikel 82 EGF? Kan en hamn delas in i flera olika marknader beroende på vilka kunder som köper dess tjänster? Att en så geografiskt begränsad marknad som en hamn kan utgöra en egen relevant marknad har slagits fast av både nationella domstolar och myndigheter och även på EG-rättslig nivå.

I doktrinen anges att när det gäller fastställande av produkt- och geografisk marknad för tjänster inom transportområdet kan dessa ofta sammanfalla.¹⁵¹ Att den relevanta produktmarknaden, som avser både produkter och tjänster, för hamnverksamhet skall delas in efter vilken operatör (färje eller transport) som köper tjänsterna står klart, bland annat efter Kommissionens utfärdande av ett så kallat *Green Paper*, men även efter Kommissionens beslut i Helsingborgsärendet. Värt att noteras är att det i doktrinen diskuteras att den geografiska marknaden ofta definieras snävt när det är frågan om tjänster.¹⁵² När det gäller transporttjänster så blir det än mer påtagligt. I målet *Ahmed Saeed*¹⁵³ anses det att EG-domstolen i detta fall visat en mer flexibel inställning till bedömningen av den relevanta produktmarknaden än tidigare.¹⁵⁴ Kommissionen uttalade i ett yttrande att de kunder som flög

¹⁴⁷ Mål C-242/95, *GT-link A/S och DSB*, 1997 REG I-4449.

¹⁴⁸ 94/119/EC *Port of Rödby*. (OJ1994 L55/52).

¹⁴⁹ *Stena Sealink*, EGT nr 15, 18.1.1994.

¹⁵⁰ Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*.

¹⁵¹ Carlsson, K., m fl, *Konkurrenslagen – en kommentar*, s. 457.

¹⁵² Djurberg, U., Friman, H., SvJT 1994 s. 822 ff.

¹⁵³ Mål 66/86 *Ahmed Saeed*, (1989) ECR s. 803 ff.

¹⁵⁴ Djurberg, U., Friman, H., SvJT 1994 s. 822 ff, not 55.

reguljärt inte har några andra realistiska alternativ och att dessa transporter därför skulle anses utgöra en separat marknad.¹⁵⁵

Avgränsningen av den geografiska marknaden fastställs först när beaktande tagits till i vilken omfattning det föreligger en utbytbarhet på efterfrågesidan. För internationella transporttjänster är det så att den relevanta marknaden kommer att anges som en särskild trafikled. I doktrinen talas även om att vikt måste läggas vid den tid som det kan ta att tillhandahålla substitutet. Detta gäller särskilt för transportmarknader där hänsyn måste tas till den nuvarande plats där tjänsten ifråga tillhandahålls.¹⁵⁶ Även ökade kostnader för transporter och för driften, diskuteras som en parameter vid bedömandet om möjlig utbytbarhet. Kostnadsökningar som understiger fem procent av produktens värde är dock acceptabelt.¹⁵⁷ Kommissionen har i bedömningar för flygresor valt att skilja på olika passagerargrupper som antingen prioriterade ett lågt pris (och kunde spendera mer tid på resandet) eller snabbhet, flexibilitet och komfort (till ett högre pris). För den senare gruppen ansågs det inte finnas något alternativ till flygresor.¹⁵⁸

Vidare kan en diskussion föras kring huruvida väsentlighetskriteriet är uppfyllt eller ej på en så snävt begränsad marknad som en hamn. Både Kommissionen och EG-domstolen har dock ansett att en hamn kan utgöra en väsentlig del av den gemensamma marknaden. Dock krävs enligt Artikel 82 EGF, att även samhandelskriteriet är uppfyllt.¹⁵⁹ Det finns i doktrinen en teoretisk modell som enligt Fishwick kan uppställas för att identifiera den geografiska marknaden. Modellen är baserad på en princip om att *a* och *b* (exempelvis Ystad och Trelleborg) befinner sig inom samma geografiska marknad om producenter (exempelvis hamnar) inte kan diskriminera mellan dessa två platser, varav följer att priset på produkten/tjänsten i fråga är lika på båda platserna.¹⁶⁰ Problemet med den teoretiska modellen är för det första att det är svårt att avgöra vad som utgör samma pris, beroende på olika valutor, skatter och avgifter. Ett annat problem som är svåridentifierat är nationella preferenser och divergerande konsumtionsmönster som bidrar till felkällor i analysen.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att ett avgörande faktum för om en hamn och trafikleder från den hamnen skall anses utgöra den relevanta marknaden, är huruvida närliggande hamnar kan anses vara erforderliga substitut eller inte. Dock är det inte alltid självklart att det går att tillämpa Artikel 82 EGF på så smala geografiska avgränsningar som exempelvis en hamn. Visserligen blir det ofta lättare för Kommissionen att påvisa en

¹⁵⁵ Mål 66/86 *Ahmed Saeed*, (1989) ECR s. 803 ff.

¹⁵⁶ Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 879 f.

¹⁵⁷ van Bael & Bellis, *Competition Law of the EC*, s. 143.

¹⁵⁸ Djurberg, U., Friman, H., SvJT 1994 s. 822 ff.

¹⁵⁹ Wahl, N., *Konkurrensförhållanden*, s. 209.

¹⁶⁰ Fishwick, F. *Definition of the Relevant Market in Community Competition Policy*, s. 52 ff.

dominerande ställning, men en förutsättning är ju att konkurrensbegränsningen påverkar handeln mellan medlemsstaterna.¹⁶¹

5.3 Dominerande ställning

EG-domstolen slog i *Hoffman La Roche*¹⁶² fast att ett företag har en dominerande ställning när dess ekonomiskt starka ställning gör det möjligt för företaget att hindra att en effektiv konkurrens upprätthålls på en relevant marknad genom att medge företaget att i avsevärd utsträckning, agera oberoende av sina konkurrenter och kunder och i sista hand konsumenterna.

Att detta förhållande råder på en så snävt avgränsad relevant marknad som en hamn för en färjelinje, ligger det, enligt rättsfallen ovan, i det närmaste en presumtion för att dominans föreligger. I detta förhållande är hamnen i en monopolställning och det har både i doktrinen¹⁶³ och av EG-domstolen¹⁶⁴ ansetts som att i det närmaste vara dominant *per se*.

När två, eller fler, färjehamnar räknas in i samma relevanta marknad, då verkar snarare presumtionen tala för att det inte föreligger någon dominerande ställning. Det stöds av det faktum att det endast varit separata hamnar som intagit en dominerande ställning på en relevant marknad.

5.4 Frågan om missbruk

Det skall till att börja med påpekas att själva innehavet av dominans inte är förbjudet, det krävs någon form av missbruk för ett förbud. Som vi sett i Helsingborgsärendet skulle det krävas en hel del för att anses som missbruk. Med hänsyn taget till detta borde det å andra sidan inte ses som alltför tungt för ett stort företag att vara i en dominant position.

Av Helsingborgsärendet framgår att Kommissionen, i frågan om missbruk och beräkning av överdriven eller orättvis prissättning, fortfarande tillämpar den metod som användes av EG-domstolen i *United Brands*¹⁶⁵ från 1979. Där etablerades två frågor som skulle besvaras positivt för att missbruk skulle kunna konstateras. För det första om skillnaden är överdriven mellan faktiska kostnader och kostnader debiterade, och för det andra om priset i sig självt, eller jämfört med konkurrerande produkter, är orättvist. Frågan är om en beräkningsmodell, konstruerad för produkter (bananer), är tillämplig även på tjänster och då särskilt på hamntjänster. När Kommissionen undersökte andra hamnar fann de att skillnaden mellan hamnarna var så stora, att någon ekvivalent jämförelse inte gick att göra. Ett grundkrav från Kommissionens sida var också att en konsekvent hållning skulle tillämpas

¹⁶¹ Wahl, N., *Konkurrensförhållanden*, s. 209.

¹⁶² Mål 85/76 *Hoffman La Roche & Co AG mot Kommissionen*, ECR 1979.

¹⁶³ van Bael & Bellis, *Competition Law of the EC*, s. 124.

¹⁶⁴ Mål 127/73 *BRT v. SABAM II* (1974) ECR 313, grunderna 3-13.

¹⁶⁵ Mål 27/76 *United Brands mot Kommissionen* (1978) ECR 207.

för att en jämförelse mellan andra hamnar skulle kunna göras.¹⁶⁶ Enligt Kommissionen skiljer sig hamnar åt på ett flertal punkter, exempelvis när det gäller investeringar för färjetrafik, antal dockningar per dygn, olika kostnadsstrukturer och vem som äger hamnen. Med detta beräkningssätt kommer troligtvis ingen hamn att fällas till ansvar för att ha missbrukat sin dominerande ställning.

När det gäller graden för när ett missbruk inträffat, nämns det i doktrinen att ett förfarande eller agerande som om det vidtogs av ett icke-dominerande företag inte skulle vara förbjudet, mycket väl kan klassas som förbjudet om det vidtas av ett dominerande företag.¹⁶⁷ EG-domstolen har också uttalat att dominanta företag har ”*a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market*”.¹⁶⁸ Sålunda har ett dominant företag ett strängare krav på sig att agera korrekt än andra företag när det gäller vissa förfarande.

Frågan är då om Helsingborgs hamn har en rätt, att som ett dominant företag, ta ut ett överpris på grund av den så kallade möjlighetskostnaden? I litteraturen kan utläsas att det inte finns något krav på kausalitet mellan den dominanta ställningen och det påstådda missbruket och att missbruket inte behöver möjliggöras av den dominanta ställningen, utan det räcker med att effekten förstärks av den dominanta ställningen.¹⁶⁹ Det måste antagas att en proportionerlig avvägning mellan en kunds (Scandlines) rätt till marknadsmässigt pris och ett dominerande företags (Helsingborgs hamn) rätt till överpris på grund av sitt geografiska läge, borde läggas till grund för ett avgörande. Kommissionen menade också att själva innehavet av en dominerande ställning inte innebär att företaget i fråga nödvändigtvis missbrukar den dominerande ställningen genom att kräva diskriminerande avgifter.¹⁷⁰ Enligt min mening och med tanke på vad EG-domstolen tidigare uttalat, kunde utfallet av Kommissionens beslut ha blivit annorlunda. Ett dominerande företag skall ju bedömas hårdare när det gäller påstådda missbruk. Dessutom innebär det geografiska läget och färjetrafiken på HH-linjen, en i sig väldigt stor inkomst till Helsingborgs kommun. Begreppet att ”*tura*” är välbekant, inte bara för helsingborgare, utan även för en stor del av södra Sverige.¹⁷¹

Nämns kan att det i doktrinen även diskuterats möjligheten att tillämpa förbud mot missbruk, utan att dominans föreligger, genom att endast se till missbruket som sådant. Ett företag som företar ett sådant visst förfarande får då en sådan ställning att själva missbruket kan vara skadligt.¹⁷² Nackdelen

¹⁶⁶ Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, p. 175.

¹⁶⁷ Wahl, N., *Konkurrensförhållanden*, s. 214.

¹⁶⁸ Mål 322/81 *Michelin* (1983) ECR 3461, grund 57.

¹⁶⁹ Wahl, N., *Konkurrensförhållanden*, s. 214.

¹⁷⁰ Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, p. 269.

¹⁷¹ Det skall tilläggas att detta påstående inte bygger på någon vetenskaplig undersökning, utan att det är ett eget iakttagande som också backas upp av antal passagerare som årligen åker över HH-linjen, under 2001 var det mer än 8 miljoner passagerare.

¹⁷² Fishwick, F., *Definition of the Relevant Market in Community Competition Policy*, s. 2 ff.

med ett sådant system är att endast konstaterade missbruk är åtkomliga, varför systemet är olämpligt inom EG-rätten där även ett strukturellt missbruk är förbjudet.¹⁷³ EG-domstolen uttalade i *Michelin*¹⁷⁴ att dominanta företag har ett speciellt ansvar att inte agera på ett sätt som förstör konkurrensen på den gemensamma marknaden.¹⁷⁵ Att döma av *Michelin* skulle ett missbruk av ett icke-dominerande företag troligtvis behöva vara av allvarligare art för att kunna bedömas.¹⁷⁶

5.5 Nödvändig facilitet

Begreppet nödvändig facilitet är inte ofta omnämnt inom förarbeten eller doktrin med mindre än att det behandlar immateriella rättigheter. Det finns några rättsfall som uttryckligen använder sig av begreppet medan andra rättsfall endast implicerar det genom att exempelvis förklara nödvändigheten av en viss infrastruktur. Frågan är om begreppet överhuvudtaget spelar någon roll och vilken betydelse det har om det används eller inte. Om kriterierna för nödvändig facilitet endast påverkar avgränsningen av den relevanta marknaden eller om det också inverkar på själva missbruket.

När det gäller smalt avgränsade marknader menar Korah att det endast finns ett försvar för det företaget som misstänkts vara dominant, nämligen att hävda att konkurrensstrycket som ligger utanför marknaden är så starkt att det är nödvändigt att endast koncentrera sig på sin egen marknad.¹⁷⁷

Samtidigt säger Korah att både EG-domstolen och Kommissionen har valt att avgränsa en marknad smalt när de ansett att företaget i fråga tilldelats en särskild eller exklusiv rättighet från staten i en medlemsstat och därmed fått en nödvändig facilitet. Som exempel på en sådan smalt avgränsad marknad nämner Korah, hamnen i Genua¹⁷⁸ som ansågs utgöra en väsentlig del av den gemensamma marknaden med tanke på att det var viktigt för handeln in och ut ur Italien. Ett annat exempel är att Kommissionen har accepterat ännu smalare marknader än så, ”such as rather less important ports in Denmark”¹⁷⁹

För att kunna motivera en så pass snäv relevant marknad som en hamn så står det klart att det skulle vara en fördel att hänvisa till att det rör sig om en nödvändig facilitet. Det rör sig om nödvändig infrastruktur som inte utan stora kostnader skulle gå att ersätta och som ofta ägs av den offentliga sektorn. Efter att konstaterat att den relevanta marknaden allt som oftast avgränsas till en färjelinje och en hamn torde det också kunna konstateras att en sådan hamn är en nödvändig facilitet. I Ystadsärendet berör inte

¹⁷³ Wahl, N., *Konkurrensförhållanden*, s. 206.

¹⁷⁴ Mål 322/81 *Michelin* (1983) ECR 3461.

¹⁷⁵ Mål 322/81 *Michelin* (1983) ECR 3461, grund 91.

¹⁷⁶ Wahl, N., *Konkurrensförhållanden*, s. 214.

¹⁷⁷ Korah, V., *EC Competition Law and Practice*, s. 101.

¹⁷⁸ Mål 179/90 *Porto di Genua* (1991) ECR I-5889, p. 15.

¹⁷⁹ Korah, V., *EC Competition Law and Practice*, s. 101. Det är troligt att författaren menar hamnen i Rödby, 94/119/EC *Port of Rödby* (OJ1994 L55/52).

hovrätten frågan om hamnen utgör en nödvändig facilitet. Dock sägs att hamntjänsterna i Ystads hamn inte i verkligheten kan tillhandahållas av någon annan än Ystads hamn och att motsvarande förhållande torde råda i andra hamnar. Vidare menar hovrätten att om hamntjänster tillhandahållna i en hamn inte över huvud taget låter sig ersättas av hamntjänster tillhandahållna på annan ort, är det inte meningsfullt att ingå särskilda övervägande om vilken hamn som utgör den relevanta marknaden.¹⁸⁰

Vad gäller att tillämpa begreppet på det påstådda missbruket ser jag ingen direkt koppling. I *Stena Sealink-ärendet*¹⁸¹ handlade det om att ägaren till hamnen också bedrev egen färjetrafik från densamma, vilket i sin tur ledde till horisontell konkurrens. Det förhållande att någon som kontrollerar en hamn också bedriver egen färjetrafik är sannolikt ingen vanlig företeelse, men det kan konstateras att om så skulle vara är risken för missbruk av den dominerande ställningen avsevärt större.

I Helsingborgsärendet blir det svårare att uppfatta om Helsingborgs hamn skulle inneha någon nödvändig facilitet och vilken betydelse det i så fall skulle få. Kommissionen menar att värdet på marken där hamnen är belägen skulle vara så stort att hamnen har en viss rätt att ta ut ett överpris av den anledningen. Vidare menar Kommissionen att kostnaden för att bygga en ny hamn på samma plats, med samma infrastruktur, skulle vara så stor att hamnen också av den anledningen har en viss rätt till ett överpris. Det kan tyckas märkligt att någon som äger en hamn skulle vilja ha marken till något annat och det skulle vara ett argument till ett högre prisuttag från sina kunder. En slutsats av detta kan vara att steget för att nå upp till missbruk enligt Artikel 82 EGF, inte påverkas av att det dominerande företaget innehar en nödvändig facilitet.

EG-domstolen har utvecklat synen på nödvändiga faciliteter i fallet *Oscar Bronner*.¹⁸² Bronner var en mindre tidningsdistributör som önskade få tillgång till den utdelningstjänst som den dominerande distributören Mediaprint hade byggt upp. Mediaprint vägrade Bronner tillträde till distributionssystemet. EG-domstolen som avfärdade Bronners klagomål, fastslog att en sådan vägran utgör ett missbruk endast under förutsättning att (i) den eliminerar all konkurrens på marknaden från den som efterfrågar tjänsten, (ii) denna vägran inte är objektivt berättigad, samt (iii) tjänsten i sig är oundgänglig för att den som efterfrågar den skall kunna bedriva sin verksamhet.¹⁸³ Generaladvokaten Jacobs uttalade i samma mål att det både gynnar konsumenter och generellt sätt är bra för konkurrensen om ett företag som byggt upp en sådan facilitet också för egen del får bibehålla användandet av denna. Vidare menar Jacobs att ett företag skulle förlora incitament att bygga upp olika faciliteter om andra företag endast med en förfrågan kan få tillgång till denna facilitet.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Hovrätten över Skåne och Blekinge, Mål T 2094-03, s. 27.

¹⁸¹ *Stena Sealink*, EGT nr 15, 18.1.1994.

¹⁸² Mål C-7/97, *Oscar Bronner mot Kommissionen*, ECR-I 1998, s. 7791.

¹⁸³ *Ibid.* grund 41.

¹⁸⁴ *Ibid.* grund 58.

Ett dominerande företag som själv använder sin nödvändiga facilitet och som aldrig har handlat med tredje part, har kontraheringsplikt med den parten endast om de villkor som uppställts i *Oscar Bronner* är täckta.¹⁸⁵ Frågan är då om utgången av *Oscar Bronner* har någon reell inverkan på de förhållanden som gäller för hamnverksamheter där tredje part, dvs. färjeoperatörerna, står för huvuddelen av dem som utnyttjar faciliteten.

5.6 Avslutande kommentarer

Den främsta slutsats som kan dras från denna uppsats är att den relevanta marknaden för en färjelinje med all sannolikhet kommer att avgränsas till att gälla en hamn. En färjeoperatör väljer normalt sett oftast den kortaste vägen för sin rutt, därmed blir frågan om utbyttbarhet på efterfrågesidan i stort sett meningslös. Vidare uppställs en mängd olika kriterier som skall vara uppfyllda för att en färjeoperatör skall kunna verkställa en övergång av sin trafik till en annan hamn. En väsentlig faktor är att kostnaden för detta skulle bli för stor och att färjeoperatörens kunder skulle bli lidande.

När så en hamn bedömts vara den relevanta marknaden blir ofta bedömningen av om hamnen är i en dominerande ställning i det närmaste överflödig. Anledningen till det är att det är vanligt förekommande att en hamn ägs eller drivs av ett företag eller en sammansättning av företag.¹⁸⁶ Frågan kvarstår dock vad den dominerande ställningen har för reell betydelse när frågan om missbruk skall behandlas. Som vi sett finns det olika uppfattningar om vilken betydelse den dominerande ställningen skall ha. Det finns enligt min mening omständigheter som talar för båda uppfattningarna. Ett företag som bedöms som dominerande skulle drabbas ovanligt hårt om bedömningskriterierna skulle sättas allt för lågt, samtidigt kan en omvänd ordning innebära att det inte skulle ha någon som helst betydelse att ett företag är dominerande på en marknad. Jag anser att det skall ha en viss betydelse att ett företag är i en dominant ställning, men att gränsen för när ett missbruk skall anses ha skett inte skall sättas allt för lågt.

Av doktrinen fann jag inte mycket som behandlade ämnet nödvändig facilitet. Mycket av det som skrivs behandlar också immateriella rättigheter och inte så mycket av infrastruktur som består av stål och betong. Jag anser det glädjande att kontraktsfriheten står högt i kurs hos EG-domstolen. Det är säkert inom många områden viktigt för konkurrensen att incitament finns för att finna nya vägar och nya sätt att arbeta. När det gäller hamnverksamheter är jag dock inte övertygad att en sådan kontraktsfrihet, som Generaladvokaten Jacobs förordar, fullt ut kan råda. Kontraktsfriheten torde i första hand gälla för företag som själva använder faciliteten och som på ett horisontellt plan konkurrerar med det företag som efterfrågar ett

¹⁸⁵ Mål C-7/97, *Oscar Bronner mot Kommissionen*, ECR-I 1998, s. 7791, grund 41, se även Subiotto, R. och O'Donoghue, R. (2003) ECLR. s. 683.

¹⁸⁶ Som i redovisade rättsfall har visats ägs ofta hamnen av en kommun eller av staten och drivs av dem tillsatta företag. Detta innebär att ett faktiskt monopol uppstår på den relevanta marknaden och därmed den för företaget dominerande ställningen.

utnyttjande.¹⁸⁷ Det är inte rimligt eller ens möjligt för någon att bygga en parallell hamnverksamhet på samma ort eller plats. Det gäller i synnerhet för färjeoperatörer som ju inte konkurrerar med hamnarna och vars enda intresse torde vara att utnyttja faciliteterna och tjänsterna i hamnarna för att bedriva färjetrafik.

Vad gäller EG-rättens förhållande till den svenska konkurrensrätten framgår det ganska klart att en hamn som bedriver trafik till andra medlemsstater och som inte är av allt för ringa betydelse, faller under EG-rätten. Av förordning 1/2003 framgår numera också att den nationella domstolen kan begära ett yttrande direkt av Kommissionen, vilket förhoppningsvis kan påskynda processer och därmed till att hålla nere kostnaderna för dessa tvister. Risken finns dock att det blir ännu ett led i processen och då blir ju effekten den rakt motsatta.

¹⁸⁷ Se not 183.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Förarbeten

SOU 2003:73 *Reformerad konkurrensövervakning – Konsekvenser i Sverige av EG:s nya tillämpningsförfordning*

Prop. 1992/93:56 *Ny konkurrenslagstiftning*

Prop. 2003/04:80 *Moderniserad konkurrensövervakning*

Förordningar och tillkännagivande mm

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensregler i artiklarna 81 och 82 i fördraget; EGT L 1, 4.1.2003

Green Paper on Sea Ports and Maritime Infrastructure, COM (97) 678 final of 10 December 1997

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad vid tillämpning av Gemenskapens konkurrenslagstiftning, EGT 1997 C372/5

Kommissionens uttalande om monopol, m.m., OJ 1998 C 39

Litteratur

Bellamy, Christopher W. och Child, Graham D., *Common Market Law of Competition*, Sweet & Maxwell, fjärde upplagan, London, 1993

Bernitz, Ulf, *Den svenska konkurrenslagen*, Juristförlaget, Stockholm, 1996

Carlsson, Kenny, Söderlind, Erik och Ulriksson Magnus, *Konkurrenslagen – en kommentar*, Norstedts Gula bibliotek, Stockholm, 1999

Faull, Jonathan och Nikpay, Ali, *The EC Law of Competition*, Oxford, 1999

Fishwick, Francis, *Definition of the Relevant Market in Community Competition Policy*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxemburg, 1986

Gustafsson, Leif, Westin, Jacob, Wrangel, Clara och Bökwall, Carl, *Svensk Konkurrensrätt*, Norstedts Juridik AB, andra upplagan, Stockholm, 2004

Kerse, Christopher Stephen och Khan, Nicholas, *EC Antitrust Procedure*, Sweet & Maxwell, femte upplagan, London, 2005

Korah, Valentin, *EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, åttonde upplagan, Oxford, 2004

van Bael, Ivo och Bellis, Jean-Francois, *Competition law of the European Community*, Kluwer Law International, fjärde upplagan, Haag, 2005

Wahl, Nils, *Konkurrensförhållanden*, Juristförlaget, Stockholm, 1994

Wetter, Carl, Ericsson, Eric, Karlsson, Johan och Rislund, Olle, *Konkurrenslagen i praxis*, Advokatfirman Vinge KB, Falun, 1995

Wetter, Carl, Ericsson, Eric, Karlsson, Johan och Rislund, Olle, *Konkurrenslagen i praxis - Supplement*, Advokatfirman Vinge KB, 1996

Artiklar

Simonsson, Ingeborg och Öberg, Ulf, SvJT 2006 s 23, *Bensinkartelldomen MD 2005:7 - fördragsstridig tillämpning av EG:s konkurrensrätt?*

Djurberg, Ulf och Friman, Håkan, SvJT 1994 s 822, *Den nya svenska konkurrenslagen och begreppet "relevant marknad"*

Subiotto, Romano och O'Donoghue, Robert, (2003) ECLR s 683, *Defining the Scope of the Duty of Dominant Firms to Deal with Existing Customers under Article 82 EC*

Elektroniska källor

Helsingborgs hamn

<http://www.port.helsingborg.se/>

Bornholmstrafikkens årsrapport 2005

<http://www.bornholmstrafikken.dk/siteDocs/objekter/258.pdf>

Ystad hamn

<http://www.port.ystad.se/Ystadweb.nsf/AllDocuments/F316D69E3F248942C12570C4003969E6>

Rättsfallsförteckning

EG-domstolen

Mål 56 & 58/64 *Consten & Grundig mot Kommissionen* (1966) ECR 299

Mål 6/72 *Continental Can* (1973) ECR 215

Mål 127/73 *BRT mot SABAM II* (1974) ECR 313

Mål 27/76 *United Brands mot kommissionen*, ECR 1979

Mål 85/76 *Hoffman La Roche & Co AG mot Kommissionen*, ECR 1979

Mål 22/78 *Hugin med flera mot Kommissionen*, REG 1979

Mål 322/81 *Michelin* (1983) ECR 3461

Mål 75/84 *Metro mot Kommissionen (nr 2)*, ECR 1986

Mål 66/86 *Ahmed Saeed Flugreisen mot Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs* (1989) ECR 803

Mål 247/86 *Alsattel*, REG 1988

Mål *Francois Lucazeau med flera mot SACEM* i delade målen 110/88, 241/88 och 242/88, (1989) ECR 2811

Mål 179/90 *Porto di Genoa* (1991) ECR I-5889

Mål 242/95, *GT-link A/S och DSB*, (1997) REG I-4449

Mål C-7/97 *Oscar Bronner mot Kommissionen*, (1998) ECR-I-7791

Kommissionen

Case COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*

94/119/EC i ärendet *Port of Rödby* (OJ1994 L55/52)

94/19/EC i ärendet *Sea Containers mot Stena Sealink* (EGT 1994 L15/8)

IP/95/492, *Morlaix (Port of Roscoff)*, 16 maj 1995

USA

Terminal Railroad, 224 U.S. 383 (1912)

Svensk domstol

HD Mål T 2808-05, *BornholmsTrafikken v. Ystad Hamn*

Hovrätten över Skåne och Blekinge, Mål T 2094-03 *BornholmsTrafikken v. Ystad Hamn*

Ystads tingsrätt, Mål T 993-02 *BornholmsTrafikken v. Ystad Hamn*

Konkurrensverket

Göteborgs hamn AB, Konkurrensverkets beslut, dnr 1438/94 (1995-01-12)