

HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 19 februari 2008

Mål nr

T 2808-05

I

KLAGANDE

Danska staten genom BornholmsTrafikken

Havnen

DK-3700 Rønne

Danmark

Ombud: Advokat KA

Ombud: Advokat PR

MOTPART

Ystad Hamn Logistik Aktiebolag, 556008-2652

Hamntorget 2

271 39 Ystad

Ombud: Advokat KJD

II

KLAGANDE

Ystad Hamn Logistik Aktiefbolag, 556008-2652

Hamntorget 2

271 39 Ystad

Ombud: Advokat KJD

MOTPART

Danska staten genom BornholmsTrafikken

Havnen

DK-3700 Rønne

Danmark

Ombud: Advokaterna KA och PR

SAKEN

Dominerande marknadsställning m.m. vid tillhandahållande av hamntjänster

ÖVERKLAGADE AVGÖRANDET

Hovrätten över Skåne och Blekinges dom den 2 juni 2005 i mål T 2094-03

DOMSLUT

Högsta domstolen fastställer hovrättens domslut.

Danska staten genom BornholmsTrafikken skall ersätta Ystad Hamn Logistik Aktiebolag för rättegångskostnad i Högsta domstolen med sjuttiofemtusen (75 000) kr, avseende ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för Högsta domstolens dom tills betalning sker.

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN

BornholmsTrafikken har yrkat att Högsta domstolen bifaller dess vid tingsrätten förda talan med avseende på det första mellandomstemat (den kommunala självkostnadsprincipen) och lämnar Ystad Hamn Logistik Aktiebolags (Hamnen) avvísningssyrkande utan bifall. Vidare har BornholmsTrafikken yrkat befrielse från skyldigheten att utge ersättning för Hamnens rättegångskostnader vid underrätterna.

Hamnen har yrkat att Högsta domstolen ogillar BornholmsTrafikkens fastställelseyrkande avseende relevant marknad och dominerande ställning. Parterna har bestritt varandras ändringsyrkanden.

Hamnen har yrkat ersättning för rättegångskostnader i Högsta domstolen avseende den del av målet som rör Hamnens avvísningssyrkande.

DOMSKÄL

Parterna har fört sin talan i Högsta domstolen i allt väsentligt på samma sätt som i hovrätten. Dock har Hamnen frånfallit sitt påstående att hamnen i Simrishamn är tänkbar som alternativ till Ystads hamn.

Frågan om avvisning

Av 1 § första stycket lagen (1999:116) om skiljeförfarande framgår att tvister i dispositiva frågor får lämnas till avgörande av skiljemän. I paragrafens tredje stycke sägs att skiljemän får pröva konkurrensrättens civilrättsliga verkningar mellan parterna. Vidare föreskrivs i 4 § första stycket att en domstol inte mot en parts bestridande får pröva en fråga som enligt ett skiljeavtal skall prövas av skiljemän.

Frågan om skiljemäns behörighet att pröva konkurrensrättsliga tvister behandlades särskilt i förarbetena till lagen om skiljeförfarande (prop. 1998/99:35 s. 54 ff.). Det ansågs osäkert om konkurrensrättsliga tvister följde reglerna för dispositiva eller indispositiva tvistemål. Regeringen ansåg dock att – oberoende av de allmänna intressen som gör sig gällande inom konkurrensrätten – de civilrättsliga verkningarna borde kunna prövas i ett skiljeförfarande. För att klarhet skulle skapas om detta infördes den nyss nämnda bestämmelsen i 1 § tredje stycket lagen om skiljeförfarande.

Regeringen tog vidare upp frågan om skiljemännen ex officio skulle pröva konkurrensrättens civilrättsliga verkningar mellan parterna eller om en sådan prövning skulle ske först sedan någon av parterna fört in frågan i skiljeförfarandet. I det sammanhanget pekade regeringen på ett då pågående mål i EG-domstolen, nämligen det där EG-domstolen senare meddelade den dom som tingsrätten och hovrätten har uppehållit sig vid (EG-domstolens dom den 1 juni 1999 i mål C-126/97, *Eco Swiss*, REG 1999 I-3055). Som

hovrätten har funnit kan den domen inte anses innebära att det skulle strida mot EG-rätten att konkurrensrättsliga frågor prövas av skiljemän. I domen uttalar EG-domstolen nämligen att nationella domstolar skall ha möjlighet att pröva skiljedomars överensstämmelse med artikel 81 i EG-fördraget inom ramen för ogiltighetsprövning. Detta förutsätter att det från EG-rättsliga utgångspunkter är godtagbart att skiljemän är behöriga att pröva tvister med konkurrensrättsliga inslag (se Torbjörn Andersson i Juridisk Tidskrift 1999-2000 s. 463 f.).

Av det anförda följer att Hamnens yrkande om avvisning inte skall ogillas på den grunden att ett skiljeförfarande skulle komma att röra konkurrensrättsliga frågor.

Skiljeklausulen ingår i ett avtal mellan parterna, som reglerar ersättning för kapitalkostnader till följd av investeringar som Hamnen verkställt och som godkänts och därmed betalas av BornholmsTrafikken för att möjliggöra trafik med katamaran på leden Ystad–Rønne. Ersättningen skall beräknas på i avtalet angivet sätt och erläggas genom tillägg på passageraravgifter för resande med katamaranen. Skiljeklausulen har följande lydelse: ”Ev. tvist skall avgöras i Skiljedomstol enligt svensk lag.”

BornholmsTrafikkens talan i målet går ut på att beloppet av de sammanlagda hamnavgifter som Hamnen tog ut under år 2001 skall sättas ned. Till den del den yrkade nedsättningen avser avgifter som regleras i investeringsavtalet har yrkandet så stark anknytning till avtalet att talan i den delen måste anses vara omfattad av skiljeklausulen. Som nyss framhölls är också skiljemän behöriga att pröva BornholmsTrafikkens konkurrensrättsliga grund. Även den grund som hänför sig till den kommunala självkostnadsprincipen kan

prövas i ett skiljeförfarande. Att BornholmsTrafikken har utformat sin talan så att investeringsavtalet inte åberopas som grund medför inte att BornholmsTrafikken mot Hamnens bestridande kan komma ifrån sitt åtagande om skiljeförfarande, när det gäller en tvist som rör de avgifter som regleras i investeringsavtalet (jfr NJA 1982 s. 738). Den uppdelning på två processuella förfaranden som blir följden beror just på att BornholmsTrafikken har avtalat om skiljeförfarande och kan inte – som BornholmsTrafikken har gjort gällande – anses strida mot den EG-rättsliga effektivitetsprincipen.

Som hovrätten har funnit skall alltså BornholmsTrafikkens talan avvisas till den del talan avser återbetalning av vad BornholmsTrafikken betalat till följd av investeringsavtalet.

Den kommunala självkostnadsprincipen

Enligt 8 kap. 3 c § kommunallagen (1991:900) får kommuner och landsting inte ta ut högre avgifter än som svarar mot kostnaderna för de tjänster eller nyttigheter som kommunen eller landstinget tillhandahåller (*självkostnaden*). Någon motsvarande skyldighet föreskrivs inte för kommunägda aktiebolag. I förarbetena till bestämmelsen finns också uttalanden av innebörd att den inte är tillämplig på kommunala angelägenheter som överlämnats till privaträttsliga juridiska personer. Då blir det i stället kommunens sak att genom avtal, bolagsordningar eller andra liknande instrument införliva självkostnadsprincipens tillämpning i de juridiska personernas verksamhet. (Se prop. 1993/94:188 s. 82 och Ds 1993:16 s. 48; jfr kommunalbesvärsmålet RÅ 1992 ref. 52.)

Regleringen i aktiebolagslagen (2005:551) utgår liksom i tidigare gällande aktiebolagslag från att bolagets verksamhet bedrivs i syfte att bereda aktieägarna vinst (se prop. 2004/05:85 s. 539 f.). Av 3 kap. 3 § aktiebolagslagen framgår dock att det är tillåtet att i bolagsordningen ta in föreskrifter om att bolaget helt eller delvis skall ha annat syfte. Genom sådana föreskrifter åläggs bolaget skyldigheter i förhållande till sina ägare. Bolagsordningens föreskrifter kan däremot inte åberopas mot bolaget av en utomstående tredje man.

Redan av det anförda följer att den kommunala självkostnadsprincipen inte är tillämplig i målet.

Vid denna bedömning saknas anledning att gå in på den av Hamnen först i Högsta domstolen framförda ståndpunkten att principen under alla förhållanden endast gäller gentemot en kommuns egna medlemmar.

Hovrättens domslut – som måste anses innebära att tingsrättens domslut under punkt 2 inte ändrats – skall således i denna del fastställas.

Missbruk av en dominerande ställning

I 19 § första stycket konkurrenslagen (1993:20) föreskrivs att missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning på marknaden är förbjudet. Bestämmelsen har sin förebild i artikel 82 i EG-fördraget, vars första stycke har följande lydelse: ”Ett eller fler företags missbruk av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna är, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet.”

Bestämmelserna överensstämmer nära med varandra, men i artikel 82 tillkommer två moment som saknas i 19 §, dels det s.k. samhandelsrekvisitet, dels ett väsentlighetskrav.

Artikel 82 i EG-fördraget är direkt tillämplig i medlemsstaterna. Enligt svensk rätt kan konkurrenslagen och EG:s konkurrensregler tillämpas parallellt på samma förfarande. Förhållandet mellan EG:s konkurrensrätt och den nationella konkurrensrätten har reglerats i artikel 3 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpningen av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget. Beträffande tillämpningen av artikel 82 sägs där *dels* att, om medlemsstaternas konkurrensmyndigheter eller de nationella domstolarna tillämpar den nationella konkurrensrätten på ett sådant missbruk som är förbjudet enligt artikel 82, de skall tillämpa även artikel 82 (artikel 3.1 andra meningen), *dels* att medlemsstaterna enligt förordningen inte skall vara förhindrade från att på sitt territorium anta och tillämpa en strängare nationell lagstiftning genom vilken företags ensidiga uppträdande förbjuds eller bestraffas (artikel 3.2 andra meningen). Regleringen innebär *dels* att en nationell domstol inte får tillåta ett ensidigt uppträdande som är förbjudet enligt artikel 82, *dels* att nationell lag får förbjuda ett ensidigt uppträdande som är tillåtet enligt artikel 82.

Hamnen har gjort gällande att det EG-rättsliga väsentlighetskravet inte skall prövas för sig utan ingå i bedömningen av vad som är den relevanta marknaden. Så synes emellertid inte vare sig EG-domstolen eller Kommissionen se på saken. I flera avgöranden har först den relevanta marknaden bestämts och därefter prövats om den sålunda bestämda marknaden utgjort en väsentlig del av den gemensamma marknaden (se t.ex. EG-domstolens dom den 10 december 1991 i mål C-179/90, *Merci*

convenzionali Porto di Genova, REG 1991 I-5889, p. 15, och Kommissionens beslut den 23 juli 2004 i mål COMP/A.36.568/D3, Scandlines Sverige AB mot Helsingborgs hamn, p. 80). Så som mellandomstemat har bestämts omfattar det inte väsentlighetskravet och detta skall således inte prövas nu.

I förevarande fall råder ingen oenighet – och inte heller något tvivel – om att samhandelsrekvisitet är uppfyllt. Artikel 82 är alltså tillämplig, liksom 19 § konkurrenslagen. Av artikel 3.2 i förordning 1/2003 följer att, om ett ensidigt förfarande inte är förbjudet enligt artikel 82 därför att väsentlighetskravet inte är uppfyllt, förfarandet kan vara förbjudet enligt konkurrenslagen, som inte har något motsvarande krav. Den materiella överensstämmelsen mellan konkurrenslagen och EG:s konkurrensrätt medför att ledning vid tillämpningen av konkurrenslagen kan hämtas från EG-domstolens och Kommissionens praxis (se prop. 1992/93:56 s. 21). För bedömningen av mellandomstemat gör det därför ingen skillnad om EG-rätten eller konkurrenslagen tillämpas.

BornholmsTrafikken har yrkat fastställelse av att tillhandahållande av hamntjänster i Ystads hamn till färjeoperatörer som bedriver färjetrafik avseende passagerare och fordon på rutten Ystad–Rönne utgör den för målet relevanta marknaden samt att Hamnen är dominerande på denna marknad. Som hovrätten har framhållit bildar marknadsavgränsningen utgångspunkten för bedömningen av dominansfrågan.

Högsta domstolen har inhämtat yttrande från Kommissionen enligt artikel 15.1 i förordning 1/2003. Domstolen angav därvid att yttrandet borde belysa frågan huruvida tillhandahållande av hamntjänster i Ystads hamn till färje-

operatörer som bedriver färjetrafik avseende passagerare och fordon på ruten Ystad–Rönne utgjorde den i målet relevanta marknaden vid en tillämpning av artikel 82 i EG-fördraget.

I sitt yttrande redovisar Kommissionen den metod och den process som Kommissionen använder när den definierar den relevanta marknaden. Metoden, som grundar sig på fast EG-rättslig praxis, bör tillämpas i förevarande mål.

Enligt Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03) omfattar en relevant *produktmarknad* alla varor eller tjänster som på grund av sina egenskaper, sitt pris och den tilltänkta användningen av konsumenterna betraktas som utbytbara. Den relevanta *geografiska marknaden* omfattar enligt tillkännagivandet det område inom vilket de berörda företagen tillhandahåller de relevanta produkterna eller tjänsterna, inom vilket konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade och vilket kan skiljas från angränsande geografiska områden framför allt på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren. Den relevanta marknad i förhållande till vilken ett givet konkurrensproblem bedöms fastställs genom att produktmarknaden och den geografiska marknaden kombineras.

Målet rör Ystads hamns tillhandahållande av hamnanläggningar och hamntjänster åt fartygsoperatörer som anlöper hamnen. Som Kommissionen framhåller (p. 19 i yttrandet) skall detta skiljas från de transporttjänster som fartygsoperatörerna i sin tur tillhandahåller sina kunder och som är en marknad i ett efterföljande led. En första fråga att besvara är om tillhandahållandet av hamntjänsterna är en eller flera marknader. Det måste då

klargöras vilken typ av tjänst som de olika kundkategorierna efterfrågar och vilka möjligheter hamnen har att identifiera olika kundkategorier. Kommissionen påpekar i det sammanhanget att färjeoperatörer behöver ha tillgång till ramper och landgångar för lastning och lossning av passagerare och fordon, medan lastfartygsoperatörer behöver utrustning av annat slag (kranar o.d.) för att lasta och lossa sin last. Det framstår som uppenbart att de båda kategorierna av operatörer inte kan använda samma utrustning utan att hamnen måste tillhandahålla olika slags faciliteter för olika operatörer. I Ystads hamn finns vidare särskilda terminalbyggnader för färjetrafiken. Det kan inte vara något problem för Hamnen att skilja kategorierna åt och erbjuda var och en av dem villkor avpassade för deras särskilda behov. Med hänsyn till det anförda måste hamntjänsterna för färjeoperatörer anses vara en separat produktmarknad.

Frågan är här efter om det finns någon annan hamn som kan anses utgöra ett substitut till Ystads hamn när det gäller färjetrafiken till och från Bornholm. Kommissionen framhåller i sitt yttrande (p. 16) att definitionen av relevant marknad när det gäller transportmarknaden vanligtvis innehåller ett separat geografiskt inslag, eftersom den plats där tjänsten tillhandahålls skall beaktas när man fastställer om tjänsten är utbytbar mot andra tjänster. För utbytbarhet krävs dels att den andra hamnen kan tillhandahålla de tjänster som en färjeoperatör behöver om han skulle ändra sin rutt och i stället anlöpa den hamnen, dels att den andra rutten utgör ett hållbart alternativ för såväl färjeoperatören som slutkonsumenterna av färjetjänsterna (p. 21).

Sedan Hamnen i Högsta domstolen har frånfallit påståendet att Simrishamn skulle kunna tjäna som alternativ till Ystad för trafiken på Rønne, återstår att bedöma om Ystad kan bytas ut mot Köpenhamn/Köge eller Trelleborg.

Utredningen i Högsta domstolen i denna del är i allt väsentligt densamma som i hovrätten.

Annat har inte framkommit i målet än att hamnarna i Köpenhamn och Köge kan tillhandahålla de tjänster som BornholmsTrafikken skulle behöva om rutten flyttades dit från Ystad. Av utredningen framgår emellertid att den allt övervägande delen av passagerartrafiken på Rönne år 2001 gick via Ystad och att rutten Köpenhamn–Rönne användes huvudsakligen för godstrafik. Detta förklaras bl.a. av skillnaden mellan de båda rutterna när det gäller restiden till sjöss. De passagerare som reser på rutten Köpenhamn–Rönne använder oftast restiden till sjöss för vila och rekreation. För de resenärer till Rönne som bor i Sverige – över 100 000 om året – är Köpenhamn över huvud taget inget realistiskt alternativ. Rutten Köpenhamn–Rönne framstår mot denna bakgrund som en annan produkt än rutten Ystad–Rönne. Med hänsyn till det anförda kan det – som tingsrätten och hovrätten har funnit – inte anses att Ystad skulle kunna bytas ut mot Köpenhamn/Köge.

Parterna har redovisat olika uppfattningar i frågan om BornholmsTrafikken skulle kunna få tillgång i Trelleborgs hamn till de tjänster som skulle behövas, om trafiken på Rönne flyttades dit från Ystad. Enligt BornholmsTrafikken skulle det krävas bl.a. nya ramper och en ny terminal. Hamnen har framhållit att alternativet inte behöver vara identiskt med Ystads hamn i alla avseenden för att utbytbart skall anses föreligga och har hävdade att Trelleborgs hamn har tillräckliga resurser för att kunna ta emot BornholmsTrafikken.

Av utredningen, bl.a. vittnesförhöret i hovrätten med Mads Kofod, framgår att hamnen i Trelleborg är betydligt större än Ystads hamn, men att en

etablering av BornholmsTrafikken i Trelleborg ändå skulle kräva investeringar bl.a. i en kaj med en anpassad ramp och en modern terminal. Det skulle således på sikt vara möjligt för BornholmsTrafikken att få tillgång till erforderliga hamntjänster i Trelleborg, men det skulle ta tid innan så kunde ske och det skulle vara kostsamt.

Det är vidare utrett att överfartstiden på rutten Ystad–Rönne är kortare än motsvarande tid mellan Trelleborg och Rönne. För det stora flertalet av resenärerna, som reser från Köpenhamn, kompenseras detta av att resan till lands blir kortare. Emellertid har BornholmsTrafikken gjort gällande att resenärerna vill ha så kort resa till sjöss som möjligt, särskilt vid resa med katamaranen som lätt framkallar sjösjuka vid längre resor än omkring en timme. BornholmsTrafikken har vidare lagt fram utredning som visar att den längre restiden till sjöss mellan Trelleborg och Rönne medför att det på den rutten inte går att hinna med mer än fyra turer om dygnet med katamaranen, vilket skall jämföras med att man kör fem turer om dygnet mellan Ystad och Rönne. Enligt vad Mads Kofod uppgav i hovrätten skulle efterfrågan minska vid en sådan begränsning av turtätheten. Hamnen har påpekat att BornholmsTrafikken skulle kunna lösa de nu angivna problemen genom att använda annat eller utökat tonnage. BornholmsTrafikken har vidare framhållit att det inte finns någon tågförbindelse mellan Köpenhamn och Trelleborg. Mot detta har Hamnen hävdats att det på sikt skulle vara möjligt att öppna en tågförbindelse på den järnväg som redan finns. Någon utredning härom har dock inte åberopats. Vidare har Hamnen hänvisat till att det finns bussförbindelser mellan Köpenhamn och Trelleborg och har anförts att turtätheten för en busslinje skulle kunna ökas omgående utan svårigheter.

BornholmsTrafikken har redovisat beräkningar av kostnadsökningar som skulle bli följden, om trafiken på Rønne flyttades från Ystad till Trelleborg och restiden till sjöss därmed blev längre. Sålunda skulle kostnaderna för personal och diesel öka med sammanlagt 40 miljoner kronor om året i 2001 års prisläge. Hamnen har ifrågasatt dessa beräkningar men har inte åberopat någon egen utredning. Vidare har hamnen gjort gällande att beräkningarna är ofullständiga, eftersom det inte har beaktats att hamnavgifterna är lägre i Trelleborg än i Ystad. Då BornholmsTrafikkens beräkningar inte motsägs av någon annan utredning och de inte framstår som osannolika, bör de godtas. Om Trelleborgs hamn tar ut lägre hamnavgifter än Ystads hamn, är det enligt Kommissionens yttrande (p. 25) en omständighet som kan tillmätas betydelse vid bedömningen av vad som är den relevanta marknaden. Kommissionen framhåller emellertid också (not 16) att de officiella avgifterna kan ge en missvisande bild av färjeoperatörernas verkliga avgifter, eftersom detta slags avgifter ofta är föremål för individuella förhandlingar mellan hamnoperatören och färjeoperatören. Vidare måste beaktas att BornholmsTrafikkens talan i målet går ut på att Hamnen tar ut oskäligt höga avgifter för hamntjänsterna. Mot den angivna bakgrunden kan uppgiften om att hamnavgifterna i Ystad och Trelleborg skiljer sig åt inte få någon avgörande betydelse vid bedömningen av utbyttbarheten.

En sammanvägning av vad som sålunda har tagits upp leder till följande bedömning.

Det förefaller i och för sig vara tekniskt möjligt för BornholmsTrafikken att flytta trafiken på Rønne från Ystads hamn till Trelleborgs hamn. Emellertid kan det inte ske omedelbart. Först måste nya hamnfaciliteter anläggas och förutsättningarna för det är inte utredda i målet. Det får antas att kostnaderna

åtminstone delvis skulle drabba BornholmsTrafikken på det sätt som skedde vid investeringen i Ystads hamn.

En rutt Trelleborg–Rönne skulle vara sämre än ruten Ystad–Rönne i olika hänseenden. Framför allt gäller det kostnaderna för personal och drivmedel samt turtätheten. Att det inte finns någon tågförbindelse mellan Köpenhamn och Trelleborg får också i någon mån ses som en nackdel. Några fördelar för Trelleborgs hamn i jämförelse med Ystads hamn har inte påvisats.

Härtill kommer investeringskostnaderna (jfr p. 26 i Kommissionens yttrande). BornholmsTrafikken har på grund av investeringsavtalet haft och kommer under åtskilliga år framöver att ha avsevärda kostnader för investeringar i Ystads hamn, som skulle bli onyttiga vid en flyttning till Trelleborg. Som nyss nämndes skulle det tillkomma nya investeringskostnader i Trelleborgs hamn. Om BornholmsTrafikken skulle motverka negativa effekter av en flyttning på det sätt som Hamnen har anvisat, nämligen genom att anskaffa nytt tonnage, skulle investeringskostnaderna öka ytterligare.

Med hänsyn till det anförda framstår det inte som ett hållbart alternativ för BornholmsTrafikken att flytta från Ystads hamn till Trelleborgs hamn.

Som hovrätten har funnit är således den relevanta marknaden tillhållande av hamntjänster i Ystads hamn till färjeoperatörer som bedriver färjetrafik avseende passagerare och fordon på ruten Ystad–Rönne.

Som hovrätten vidare har funnit är Hamnen i ekonomisk bemärkelse monopolist på denna marknad och skall också anses ha en dominerande ställning på marknaden.

I avgörandet har deltagit: justitieråden Johan Munck, Dag Victor,
Severin Blomstrand (referent), Ann-Christine Lindeblad och Kerstin
Calissendorff
Föredragande revisionssekreterare: Håkan Lundquist