

PM

Till: Trelleborgs kommun; kommunjuristen Jonas Rosenkvist

Från: Advokaterna Lars Nerbrand och Johan Tollgerdt

Datum: 19 mars 2010

Ang: Konkurrensrättsliga frågor

1. INLEDNING OCH BAKGRUND

Trelleborgs Hamn Aktiebolag är ett av Trelleborgs kommun ("**Kommunen**") helägt dotterbolag. Bolagets verksamhet är att bedriva hamnrörelse inom Trelleborgs hamnområde. För närvarande diskuteras vissa större investeringar i Trelleborgs hamn. Då investeringsbehov sannolikt också föreligger i andra skånska hamnar som ägs och drivs av kommunala aktiebolag har, bland annat i anledning av en nyligen redovisad kommunutredning, fråga uppkommit om det finns några konkurrensrättsliga regler som begränsar vilka kontakter företrädare för Trelleborgs Hamn Aktiebolag eller Kommunen kan ha med företrädare för andra skånska hamnbolag (eller dess ägarkommuner) rörande sådana investeringar. Advokatfirman Lindahl har erhållit i uppdrag att belysa nu nämnda frågeställning i en kortfattad promemoria.

2. FÖRBUD MOT KONKURRENSBEGRÄNSANDE AVTAL MELLAN FÖRETAG

I 2 kap. 1 § konkurrenslagen ("**KL**") förbjuds "*Sådana avtal mellan företag som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt...*".

Bestämmelsen motsvaras huvudsakligen av artikel 81.1 i EG-fördraget. För att artikel 81.1 skall vara tillämplig krävs dock att handeln mellan medlemsstater kan påverkas. Mot bakgrund av att den nu aktuella frågeställningen i första hand avser nationella svenska förhållanden behandlas artikel 81.1 inte vidare i denna promemoria.

2.1 Förbudsbestämmelsens struktur

2.1.1 Begreppet "företag"

Enligt KL anses varje fysisk eller juridisk person som bedriver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur som ett företag i KL:s mening. Det finns inget krav på att verksamheten skall drivas i vinstsyfte. Såvitt gäller verksamhet i offentlig regi är EG-domstolens avgörande i målet *Aéroports de Paris* vägledande.

I målet skötte ett franskt statsföretag med ensamställning flygplatserna Charles de Gaulle och Orly i Paris. Detta åtagande innefattade inom samma organisatoriska ram både administrativa och polisiära uppgifter och flygplatsdrift mot ersättning i form av avgifter. *Aéroports de Paris* bedömdes vara ett företag i konkurrensrättslig mening oaktat att en del av verksamheten innefattade myndighetsutövning. I förhållande till den nu aktuella frågeställningen är Trelleborgs Hamn Aktiebolag (och övriga kommunala hamnbolag) och Kommunen därför som utgångspunkt att anse som företag i konkurrensrättsligt avseende.

2.1.2 Begreppet "avtal"

Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal riktar sig primärt mot bindande avtal eller avtalsvillkor mellan företag. Dessa behöver inte vara skriftliga utan kan också vara muntliga. Med avtal jämföras såväl beslut av en sammanslutning av företag som samordnade förfaranden av företag. Med samordnade förfaranden avses att två eller flera företag utan direkt avtal eller beslut tillämpar ett visst förfarande i samförstånd. Det krävs att det har förekommit direkta eller indirekta kontakter mellan företagen med inriktning på konkurrensbegränsande agerande. Kontakterna kan dock vara av en ganska löslik karaktär.

2.2 Förbudsbestämmelsens "hårda kärna"

För att falla under förbudet i 2:1 KL måste ett avtal, beslut eller samordnat förfarande antingen ha till syfte eller effekt att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen. Det räcker med att det förbjudna förfarandet hämmar konkurrensen potentiellt, till exempel genom att motverka uppkomsten av en framtida konkurrenssituation.

KL innehåller en exemplifierande uppräknig av särskilt viktiga typer av förbjudna konkurrensbegränsningar, bland annat:

- 1) Samarbete om kontroll eller begränsning av produktion, marknader eller investeringar

2) Marknadsuppdelning

De två exempel som nämns ovan tillhör den så kallade *hårda kärnan* av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i KL. Dessa typer av konkurrensbegränsningar betraktas som särskilt allvarliga och förutsätts därför vara förbjudna. Det krävs dock att avtalet skall påverka konkurrensen på ett märkbart sätt (det s.k. märkbarhetskriteriet – se punkten 2.3 nedan).

Ett avtal eller avtalsvillkor som är i strid med förbudet är ogiltigt. Avtal eller avtalsvillkor som i och för sig är i strid med vad som ovan har angivits är dock tillåtna om de medför positiva effekter enligt vissa kriterier, se punkten 3 nedan.

2.3 Märkbarhetskriteriet

Konkurrensbegränsande avtal med liten omfattning eller effekt är normalt av mindre intresse från konkurrensrättslig synpunkt. I förbudsbestämmelsen i KL har det därför förts in ett krav på att konkurrensen skall påverkas på ett märkbart sätt. Detta innebär att en konkurrensbegränsning måste ha ekonomiska verkningar av någon betydelse för att falla under förbudet. Omfattar samarbetet bara en mindre del av marknaden faller det inte under förbudet. Det skall dock påpekas att de huvudtyper av förbjudet samarbete som utgör den så kallade hårda kärnan (jämför ovan) inte behöver uppfylla kravet på märkbarhet för att falla under förbudet.

Med beaktande av den betydande marknadsandel samt den årsomsättning som Trelleborgs Hamn Aktiebolag och andra kommunala hamnbolag i Skåne har är det enligt vår bedömning högst sannolikt att ett eventuellt samarbete mellan dessa aktörer kommer att påverka konkurrensen på ett märkbart sätt.

3. UNDANTAG FÖR SAMARBETE MED POSITIVA EFFEKTER

Ovan angivet förbud mot konkurrensbegränsande avtal är inte absolut. Undantag föreligger om ett avtal:

- 1) bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande (*effektivitetsvinst*),
- 2) tillförsäkrar konsumenterna en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås (*konsumentvinst*),
- 3) bara ålägger de berörda företagen begränsningar som är nödvändiga för att uppnå målet i punkten 1 ovan (*proportionalitet*), och
- 4) inte ger de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga (*bibehållen konkurrens*).

Ovan angivna förutsättningar för undantag är uttömmande och samtliga dessa förutsättningar måste vara uppfyllda för att undantag skall föreligga från förbudet mot konkurrensbegränsande avtal. Detta medför att utrymmet för undantag är snävt. Härtill kommer att det är de företag som åberopar undantag som primärt bär bevisbördan för att villkoren är uppfyllda. Det bör därtill påpekas att sådana avtal och samordnade förfaranden som faller inom förbudets hårda kärna (jämför ovan) knappast är avsedda att kunna täckas av undantaget.

Även de samverkande företagens marknadsinflytande och deras relativa marknadsandel, dvs. marknadsandelen i förhållande till konkurrenternas marknadsandelar, är viktiga faktorer för att avgöra vilken påverkan samarbetet kommer att få på en viss marknad. Med beaktande av det marknadsinflytande som de aktuella kommunala hamnbolagen måste anses ha är undantaget för samarbete med positiva effekter inte tillämpligt på kontakter mellan företrädare för Trelleborgs Hamn Aktiebolag eller Kommunen och företrädare för andra kommunala hamnbolag i Skåne (eller dess ägarkommuner) rörande bland annat investeringar och marknadsfrågor.

4. SAMMANFATTANDE SLUTSATSER

Vår rekommendation är att största försiktighet bör iakttas vid kontakter mellan företrädare för Trelleborgs Hamn Aktiebolag eller Kommunen och företrädare för andra kommunala hamnbolag i Skåne (eller dess ägarkommuner) rörande investeringar och marknadsfrågor som skulle kunna anses vara konkurrensbegränsande.
