

MTR Express (Sweden) AB
Advokat AA
Baker & McKenzie Advokatbyrå
Box 180
101 23 STOCKHOLM

Påstått missbruk av dominerande ställning – leveransvägran av tillträde till s.k. onlineförsäljning av fjärrtågbiljetter

Konkurrensverkets beslut

Konkurrensverket skriver av ärendet från vidare handläggning.

Ärendet

MTR Express (Sweden) AB (MTR) har vid möten med Konkurrensverket den 7 mars och den 8 april 2014 samt i skrivelse som kom in till Konkurrensverket den 2 april 2014 gjort gällande att SJ AB (SJ) tillämpar ett förfarande i form av en leveransvägran som strider mot förbudet i 2 kap. 7 § konkurrenslagen (2008:579), KL. Det påstådda missbruket består i att SJ vägrar MTR tillträde till sj.se, mobil.sj.se och applikationen "Min resa" (SJ-online). SJ-online utgör en av SJ:s digitala försäljningskanaler där resenärer bl.a. kan tidsplanera sin resa och boka biljetter.

MTR har hemställt att Konkurrensverket, i enlighet med 3 kap. 1 § och 6 kap. 1 § KL, vid vite ska ålägga SJ att bevilja MTR, på icke-diskriminerande grunder och på samma kommersiella villkor som tillämpas av SJ idag i förhållande till SJ:s övriga avtalspartner/konkurrenter och på samma villkor som gäller för SJ:s eget utbud avseende t.ex. den visuella synligheten, tillgång till SJ-online. MTR har vidare uppgett att det föreligger fara i dröjsmål och därför även hemställt att åläggandet meddelas för tiden till dess att frågan slutligt har avgjorts (dvs. intermistiskt) enligt 3 kap. 3 § KL.

Bakgrund

MTR-koncernen, med bas i Hongkong, är enligt MTR ett av världens största tågföretag. Koncernen omsatte år 2012 cirka 30 miljarder SEK. MTR ansvarar sedan år 2009 för drift och underhåll av Stockholms tunnelbana. MTR planerar att under år 2015 lansera kommersiell tågtrafik mellan Stockholm och Göteborg.

MTR har i huvudsak anfört följande.

SJ har en dominerande ställning på marknaden för onlineförsäljning av fjärrtågbiljetter.

Onlineförsäljning av fjärrtågbiljetter utgör en egen relevant marknad. SJ har en mycket stark ställning på denna marknad som väl ligger över de procenttal som normalt anses medföra dominans (50 procents marknadsandel).

Fjärrtågtrafik är inte utbytbart mot lokal- och regionaltrafik. Biljetter för de olika trafikslagen säljs på olika sätt. De nämnda trafikslagen har inte samma egenskaper, de har olika priser och den tilltänkta konsumentanvändningen är olika. Fjärrtågtrafik utgör i allt väsentligt kommersiell trafik medan lokal- och regionaltrafik utgör trafik som har upphandlats.

Konkurrenstrycket från övriga färdmedel såsom bil, buss och flyg varierar mellan olika sträckor. Sträckan Stockholm – Göteborg är unik i det att sträckan är tillräckligt lång för att tåget ska vara en mycket stark konkurrent till bil och buss, och tillräckligt kort för att tåget ska vara en konkurrent till flyget sett till total restid från dörr till dörr. Uppskattningsvis sker 30 procent av trafiken mellan städerna med tåg, cirka 20 procent med flyg och 50 procent med bil eller buss.

Tillgång till SJ-online utgör en s.k. nödvändig nytthet för att MTR ska kunna träda in och konkurrera på marknaden för fjärrtåg i Sverige. Detta eftersom det saknas såväl faktiskt som potentiellt substitut till SJ-online. SJ:s vägran att ge MTR tillgång till SJ-online utgör ett oöverstigligt hinder för MTR att träda in och agera på marknaden för fjärrtågtrafik i Sverige. SJ:s agerande får därför till följd att konkurrensen från MTR och från andra potentiella konkurrenter på denna marknad riskerar att helt elimineras.

Kostnaderna för att utveckla ett eget biljett- och bokningssystem består av investeringskostnader och marknadsföringskostnader. Investeringskostnader innefattar design, utformning och testning av försäljningssystemet. Marknadsföringskostnader består framförallt av onlineannonsering som är det mest effektiva sättet att dra trafik till en försäljningstjänst.

Genom att ge tillgång till SJ-online till vissa konkurrerande aktörer på marknaden men inte till MTR, ägnar sig SJ åt omotiverad särbehandling som snarast är att likställa med diskriminering.

SJ har på intet sätt visat att det föreligger objektiva godtagbara skäl för dess agerande. SJ har endast hänvisat till att MTR är en konkurrent och att den verksamhet som övriga aktörer som givits tillgång till SJ-online bedriver snarare utgör komplement till SJ:s egen verksamhet.

SJ har i huvudsak anfört följande.

För att underlätta avregleringen på den svenska tågmarknaden för passagerare bildades år 2000 Linkon AB, ett IT-bolag som utvecklar och tillhandahåller avancerade IT-lösningar för resebranschen. Linkon ägs av SJ men erbjuder sina tjänster till en rad aktörer. Syftet med Linkons bokningssystem, som kallas "Petra", är att det ska vara öppet för alla aktörer och möjliggöra effektiv och säker försäljning, distribution och avräkning mellan reseproducenter, återförsäljare och resenärer på marknaden för persontrafik. Förutsatt att respektive operatör väljer att ingå avtal med Linkon innehåller således Petra all data avseende tåg- buss- och tunnelbanelinjer i Sverige. För att försäljning ska kunna ske via en enskild aktörs webbplats, såsom exempelvis sj.se, hämtas all information ur Petra. På motsvarande sätt är t.ex. tågkompaniet.se, snälltåget.se, öresundståg.se, sj.se, alla resebyråer m.fl. anslutna till Petra. Såvitt SJ känner till finns det inte någon operatör som valt att ställa sig utanför Linkon.

Som i princip alla andra företag på marknaden för persontrafik har SJ en egen webbplats från vilken det är möjligt för SJ:s kunder att boka biljetter för dels SJ:s egen trafik dels för vissa av SJ:s samarbetspartners. Webbplatsen sj.se är SJ:s egen webbsida och säljapplikation vilken, liksom andra resebyråer, hämtar information från Linkon/Petra.

När SJ marknadsför resor marknadsför SJ inte sj.se som en separat säljkanal utan SJ som ett varumärke och de fördelar det innebär att resa med tåg. Sedan är det upp till kunden att välja hur kunden köper biljett, vilket kan ske t.ex. via internet, mobil, automat, per telefon till SJ:s kundtjänst, via resebyrå eller direkt på tåget. SJ:s fem huvudsakliga försäljningskanaler är digitalt (dvs. internet, mobilen och automater), resebyråer, ombud (t.ex. 7-eleven), servicecenter och resebutiker.

Det finns inget hinder för MTR att också etablera motsvarande försäljningskanaler. Frågan i ärendet är om MTR ska kunna undandra sig kostnaden för sina försäljningskanaler och tillhörande marknadsföringsåtgärder genom att tilltvinga sig tillträde till de kanaler som SJ redan har etablerat och utvecklat.

Det är kommersiella skäl som är orsaken till att SJ har tackat nej till ett aktuellt samarbete med MTR.

För att det överhuvudtaget ska kunna bli relevant att enligt bestämmelserna i KL utkräva en leveransskyldighet för SJ krävs dels att SJ har en dominerande ställning, dels att det är fråga om en s.k. nödvändig nyttighet i den bemärkelse som har utvecklats i EU-domstolens praxis.

När en resenär ska resa inom Sverige väljer resenären mellan att resa med tåg, buss, flyg och bil. Den relevanta marknaden som SJ är verksamt på är således *marknaden för persontrafik i Sverige* – dvs. persontrafik med alla nämnda trafikslag.

På denna marknad står tågtrafiken för högst 15 procent och SJ har en liten marknadsandel totalt sett och under inga omständigheter en dominerande ställning.

MTR kan redan idag ansluta sig till Linkons bokningssystem Petra vilket är den databas som biljettförsäljningen på SJ:s hemsida bygger på. Frågan i ärendet är emellertid om MTR ska ges rätt att även använda SJ:s digitala kanaler inklusive SJ:s webbplats *som sådan* för marknadsföring och försäljning av MTR:s tjänster dvs. om det utgör en nödvändig nytthet för MTR att göra detta.

Med nödvändig nytthet avses en infrastruktur som inte fysiskt eller lagligen kan dubbleras, t.ex. en hamn eller teleinfrastruktur. Enligt EU-domstolens praxis kan det inte under några omständigheter vara fråga om en nödvändig nytthet enbart på den grund att det krävs vissa investeringar för att få tillgång till den påstådda nyttheten (se EU-domstolens dom i Bronner-målet, C-7/97). Att MTR kommer att ha kostnader för att marknadsföra sina tjänster eller för att bygga en egen webbplats kan således inte tillmätas någon betydelse vid bedömningen av om SJ:s biljettförsäljning via den egna webbplatsen kan anses utgöra en nödvändig nytthet.

MTR:s påstående om otillåten diskriminering tillbakavisas med hänvisning till det ovan refererade fallet Bronner, enligt vilket otillåten diskriminering bara kan förekomma mellan företag som är befintliga kunder.

Utredningen

Konkurrensverket har i ärendet inhämtat marknadsinformation från representanter för en konkurrerande tågoperatör och en tågoperatör som tidigare övervägt att träda in på marknaden. Vidare har Konkurrensverket inhämtat information från representanter för X2AB, som är en branschorganisation där bl.a. MTR och SJ är delägare, angående ett utvecklingsprojekt gällande en nationell webbaserad reseplanerare med köpfunktion som planeras kunna tas i bruk under detta år.

Skäl för beslutet

Konkurrensverket kan enligt 3 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579), KL, ålägga ett företag som har en dominerande ställning att upphöra med ett förfarande som utgör missbruk enligt förbudet i 2 kap. 7 § KL eller artikel 102 EUF-fördraget. Sådant missbruk kan särskilt bestå i att dominanten begränsar produktion, marknader eller teknisk utveckling till skada för konsumenterna.

Enligt 3 kap. 3 § kan Konkurrensverket ålägga företag att upphöra med överträdelser av förbuden i KL för tiden till dess frågan slutligt har avgjorts.

Relevant marknad och dominerande ställning

En dominerande ställning har av EU-domstolen definierats som en stark ekonomisk ställning hos ett företag som gör det möjligt för företaget att i betydande omfattning agera oberoende av kunder och konkurrenter och i sista hand konsumenterna. För att kunna göra en bedömning av om ett företag har en dominerande ställning är det nödvändigt att definiera relevant produktmarknad och relevant geografisk marknad.

Beträffande den marknad där SJ:s leveransvägran påstås leda till konkurrensbegränsande effekter (nedströmsmarknaden) gör Konkurrensverket följande bedömning.

MTR planerar primärt att tillhandahålla kommersiell tågtrafik mellan Stockholm och Göteborg.

Vid avgränsning av relevant marknad ska utgångspunkt tas i snävast tänkbara marknad. Därefter ska det avgöras om det finns alternativ som är tillräckligt utbytbara för kunderna för att marknaden ska utvidgas till att även inkludera dessa alternativ.

Snävast tänkbara marknad i det aktuella fallet är tågtrafik mellan Stockholm och Göteborg. Frågan i ärendet är om denna marknad ska utvidgas till att omfatta ett större geografiskt område och/eller andra trafikslag. Eftersom frågan om det finns utbytbara trafikslag beror på vilken sträcka man utgår ifrån, är det i det aktuella ärendet naturligt att först ta ställning till den relevanta geografiska marknaden, för att sedan ta ställning till frågan om utbytbara trafikslag.

Såväl MTR som SJ har argumenterat för att den relevanta geografiska marknaden ska avgränsas till Sverige i sin helhet. MTR avser dock primärt att bedriva verksamhet mellan Stockholm och Göteborg. För kunder på denna sträcka kan tågresor på andra sträckor inte förväntas utgöra alternativ till tågresor på den förstnämnda sträckan. Det finns inte heller skäl att tro att tågoperatörerna snabbt och utan väsentliga tilläggskostnader kan flytta verksamhet från en sträcka till en annan. På det hittillsvarande utredningsunderlaget är det således mycket som talar för att relevant geografisk marknad i ärendet utgörs av sträckan Stockholm – Göteborg.

Frågan är sedan i vilken utsträckning som andra trafikslag såsom flyg, buss och bil utgör utbytbara alternativ för konsumenterna. MTR har gjort gällande att den aktuella sträckan är tillräckligt lång för att tåget ska vara en mycket stark konkurrent mot bil och buss och att sträckan är tillräckligt kort för att tåget ska vara en konkurrent till flyget sett till total restid från dörr till dörr. Även andra tågoperatörer uppger att andra trafikslag utgör ett konkurrenstryck på tågresor mellan Stockholm och Göteborg. Att det föreligger ett konkurrenstryck från andra trafikslag på sträckan Stockholm – Göteborg konstateras också i en nyligen

publicerad forskarrapport från Kungliga tekniska högskolan¹. Att olika trafikslag kan vara utbytbara med varandra följer även av EU-rättslig praxis.²

För att ta ställning till MTR:s yrkande är det dock inte nödvändigt att slutligt definiera relevant nedströmsmarknad i ärendet. Det är inte heller nödvändigt att ta ställning till om onlineförsäljning av tågbiljetter kan anses utgöra en egen relevant uppströmsmarknad i ärendet på vilken SJ har en dominerande ställning.

Missbruk

Den rättsliga utgångspunkten är att företag har rätt att fritt välja handelspartner och disponera över sina tillgångar. Under vissa förutsättningar kan emellertid ett dominerande företags vägran att träffa avtal med en annan aktör utgöra ett förfarande som strider mot 2 kap. 7 § KL.

Det ska inledningsvis framhållas att ärendet inte gäller en vägran avseende sådan teknisk information om data avseende tåg- buss- och tunnelbanelinjer i Sverige som såväl SJ som andra tågoperatörer nyttjar för försäljning av biljetter via en enskild aktörs webbplats och som tillhandahålls på marknaden genom Linkons bokningssystem. Det är inte SJ:s tillgång till teknisk information som påstås utgöra en nödvändig nytthet, utan tillgången till SJ-online som marknadsföringskanal.

Även om det förefaller ha förekommit vissa kontakter mellan SJ och MTR avseende möjligheten till tillgång till SJ-online så har parterna för närvarande inte någon avtalsrelation avseende SJ-online.

Vid bedömningen av om det utgör ett missbruk av en dominerande ställning att vägra ge en aktör, som inte redan är kund till dominanten, tillgång till en produkt eller tjänst, är EU-domstolens uttalanden i rättsfallet *Bronner*³ av betydelse. Målet gällde huruvida det utgjorde ett missbruk att det ledande tidningsföretaget i Österrike vägrade att ge ett mindre tidningsföretag tillgång till det rikstäckande tidningsutbäringsystem som det ledande tidningsföretaget hade byggt upp. Av EU-domstolens dom i målet – ett förhandsavgörande⁴ – framgår att det, för att det ska vara fråga om missbruk, krävs att vart och ett av de följande villkoren är uppfyllda:

¹ Utveckling av utbud och priser på järnvägslinjer i Sverige 1990-2013 och utvärdering av avreglering och konkurrens samt Utvecklingen av länshuvudmännens trafik, Bo-Lennart Nelldal m.fl., 2013, aktbilaga 91.

² Se COMP/M.6150 – VEOLIA TRANSPORT/TRENITALIA/JV, p. 26.

³ Mål C-7/97 *Bronner*, REG 1998, s. I-7791.

⁴ Den österrikiska domstol som hade att avgöra tvisten mellan det mindre och det ledande tidningsföretaget hade begärt tolkningsbesked från EU-domstolen angående huruvida det sistnämnda företags agerande utgjorde ett missbruk.

- Vägran är av beskaffenhet att eliminera all konkurrens på nedströmsmarknaden⁵ från företaget som efterfrågar nyttigheten,
- vägran inte är objektivt berättigad, och att
- nyttigheten i sig är oundgänglig (nödvändig) för att den som efterfrågar den ska kunna bedriva sin verksamhet, på så sätt att det inte finns något faktiskt eller potentiellt alternativ till nyttigheten.⁶

Kraven för att det sistnämnda villkoret om oundgänglighet ska vara uppfyllt är högt ställda. I *Bronner* ansåg EU-domstolen att den tjänst som det mindre tidningsföretaget efterfrågade (tidningsutbärning) inte var oundgänglig, dvs. att det inte rörde sig om en s.k. nödvändig nytthet. Domstolen framhöll härvid att det fanns andra sätt (än genom det aktuella tidningsutbärningssystemet) att distribuera dagstidningar på.⁷ Av betydelse var också att det inte föreföll föreligga några tekniska, lagliga eller ens ekonomiska hinder som gjorde det omöjligt, eller ens orimligt svårt, för varje utgivare av dagstidningar som så önskar att inrätta, själv eller i samarbete med andra utgivare, sitt eget system för tidningsutbärning.⁸

När det gäller frågan om SJ:s vägran att ge MTR tillträde till SJ-online utgör ett missbruk gör Konkurrensverket följande överväganden.

För att SJ:s agerande ska anses vara otillåtet krävs att tillträde till SJ-online är oundgängligt för att kunna träda in och agera på den relevanta nedströmsmarknaden.

Om det finns något faktiskt eller potentiellt alternativ till SJ-online kan det av MTR begärda tillträdet inte anses vara objektivt nödvändigt.

Enligt vad som har framkommit i ärendet saknas det tekniska eller lagliga hinder för MTR att investera och bygga upp ett eget biljettförsäljningssystem som kan tillgodose MTR:s behov av att sälja tågbiljetter till sin tågtrafik. Utredningen ger inte stöd för att det är omöjligt, eller ens orimligt svårt, ur ett ekonomiskt perspektiv att med en egen uppbyggd biljettförsäljningskanal online åstadkomma en effektiv möjlighet att nå potentiella kunder i den grad som krävs för att kunna konkurrera på den aktuella sträckan.

MTR har inledningsvis i ärendet påstått att det krävs höga marknadsföringskostnader för att kompensera ett vägrat tillträde till SJ-online. Efter frågor från

⁵ Enligt senare rättspraxis måste inte vägran eliminera *all* konkurrens på nedströmsmarknaden. Det är tillräckligt att vägran riskerar att eliminera *effektiv* konkurrens på marknaden, se mål T-301/04 *Clearstream mot kommissionen*, REG 2009, s. II-3155, punkt 148, samt mål T-201/04 *Microsoft mot kommissionen*, REG 2007, s. II-3601, punkt 563–564.

⁶ Se punkt 41 i domen.

⁷ Punkt 43 i domen.

⁸ Punkt 44 i domen.

Konkurrensverket har MTR dock vid flera tillfällen reviderat uppgifterna, varvid nivån på de påstådda marknadsföringskostnaderna kraftigt reducerats.

Konkurrensverket konstaterar att de marknadsföringskostnader som MTR uppger vara nödvändiga för att kompensera ett vägrat tillträde till SJ-online utgör en relativt låg andel av MTR:s totala inträdeskostnader.

Ett kundsegment utgörs av priskänsliga konsumenter. Dessa kan antas vara lyhörda för nya alternativ på marknaden och samtidigt även mer benägna att söka sig till nya, mer prisvärda alternativ. Ett annat viktigt kundsegment på sträckan Stockholm – Göteborg utgörs av affärsresenärer. Denna kundkategori torde i hög grad kunna nås genom försäljningskanaler i form av resebyråer. Till denna kundgrupp torde det således finnas andra betydelsefulla försäljningskanaler än SJ-online.

Utredningen har således inte visat att tillgång till SJ-online är oundgängligt för att kunna träda in och konkurrera på den aktuella sträckan. Därmed saknas det skäl att ta ställning till om vägran är av beskaffenhet att eliminera all effektiv konkurrens på den relevanta marknaden och det finns heller inte anledning att bedöma om vägran är objektivt berättigad (jfr de två första villkoren som EU-domstolen slog fast i målet *Bronner*, se ovan). Vidare saknar det betydelse om SJ har en dominerande ställning eller ej.

Såvitt avser MTR:s påstående om diskriminering bedömer Konkurrensverket att en eventuell diskriminering mellan befintliga kunder och icke-befintliga kunder inte i sig kan ligga till grund för ett åläggande om att leverera till en icke-befintlig kund. För att kunna ålägga leveransskyldighet till en icke-befintlig kund måste det visas att det föreligger en otillåten leveransvägran i enlighet med de relativt högt ställda kraven som beskrivits ovan. Det förhållandet att SJ ger tillgång till SJ-online till vissa tågoperatörer men inte till MTR kan alltså inte i sig utgöra grund för en skyldighet för SJ att ge MTR tillgång till SJ-online.

Med hänsyn till vad som har anförts ovan bedömer Konkurrensverket att det inte finns skäl att fortsätta utreda ärendet. Konkurrensverket skriver därför av ärendet från vidare handläggning.

Det saknas alltså förutsättningar för att meddela åläggande enligt 3 kap. 1 § KL i enlighet med MTR:s begäran. Frågan om intermistiskt åläggande är därmed inte aktuell.

Hur ni kan gå vidare

Konkurrensverkets beslut att inte utreda det påtalade konkurrensproblemet ytterligare kan inte överklagas. Detta följer av 7 kap. 1 § KL.

De företag som berörs av beslutet kan däremot på egen hand väcka talan vid domstol för att få saken prövad enligt 3 kap. 2 § konkurrenslagen. Ett berört företag kan t.ex. vara det företag som påtalat ett visst förfarande för Konkurrensverket, om företagets rättsställning påverkas av verkets beslut eller om beslutet får påtaglig verkan för företaget.

Särskild talan om förbud mot missbruk av dominerande ställning enligt 2 kap. 7 § KL väcks genom ansökan om stämning vid Marknadsdomstolen.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit konkurrensrådet Erik Westerström.

Dan Sjöblom

Erik Westerström

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats

Kopia:

Advokat BB

(ombud för SJ)