



Bilag 1 – Redegørelse for Scandlines' juridiske indsigelser mod Femern A/S' og Transportministeriets adfærd

1 Indledning

Femern A/S forestår på eksklusivt opdrag fra Transportministeriet planlægningen og projekteringen af kyst-til-kyst delen af den påtænkte faste forbindelse over Femern Bælt ("Femernforbindelsen"). Planlægningen og projekteringen af Femernforbindelsen skal danne grundlag for vurderingen af, om Femernforbindelsen skal etableres og i givet fald fastlægge linjeføringen og de nærmere tekniske løsninger for etableringen. Planlægningen skal efter hensigten munde ud i en anlægslov, der skal udgøre den endelige danske godkendelse af etableringen.¹ Anlægsloven forventes fremsat i første halvdel af februar 2015. Femern A/S vil også stå for anlæg og drift af Femernforbindelsen.

Scandlines Danmark ApS ("Scandlines") redegør i dette notat for, hvordan Transportministeriet og Femern A/S i forbindelse med projekteringen uberegtiget obstruerer en fortsat færgeforbindelse på Rødby-Puttgarden efter åbning af Femernforbindelsen.

Transportministeriet og Femern A/S har i alle dele af projekteringen – herunder ved alle beregninger og analyser, som danner grundlag for senere anlæg og drift – fejlagtigt lagt til grund, at færgedriften vil ophøre efter Femernforbindelsens åbning.

Denne antagelse er forkert. Scandlines ønsker at og vil fortsætte færgedriften også efter Femernforbindelsens åbning. Scandlines har klart meddelt dette over lang tid, men Femern A/S og Transportministeriet fortsætter ikke desto mindre med at lægge det modsatte til grund.

Som følgevirkning har Transportministeriet og Femern A/S fejlagtigt lagt til grund, at der skal ske en omlægning af adgangsforholdene, så det bliver vanskeligere end i dag for forbrugerne at få adgang til færgehavnene og dermed færgerne i henholdsvis Rødby og Puttgarden.

Tilsvarende lægges det til grund, at al passagertogdrift skal omdirigeres til Femernforbindelsen, og dermed at togforbindelsen ned til Rødby Færge sta-

¹ Anlægsloven forventes udover kyst-til-kyst delen også at omfatte det danske *hinterland* projekt.

H.C. Andersens Boulevard 12
1553 København V

T +45 33 41 41 41
F +45 33 41 41 33

www.gorrissenfederspiel.com

CVR Nr.: 12 95 93 46



tion og til færgerne skal nedlægges og omdirigeres til Femernforbindelsen, og at Rødby Færge station nedlægges.

Disse fejlagtige forudsætninger har en betydelig indvirkning på Scandlines' forretning. Det er åbenbart, at hvis disse fejlagtige forudsætninger lægges til grund, risikerer Scandlines et meget stort økonomisk tab. I værste fald fjerner Femern A/S og Transportministeriet det økonomiske grundlag for, at Scandlines kan fortsætte færgedriften. Dette er uacceptabelt for Scandlines og forbrugerne.

Det er vigtigt at understrege, at Scandlines' formål med denne henvendelse til Transportministeriet og Femern A/S er at sikre:

- at Scandlines og Femern A/S kan konkurrere om kunderne på lige vilkår, når Femernforbindelsen etableres. Scandlines ønsker, at forbrugerne skal kunne vælge mellem at tage færgen eller benytte tunnelen, ud fra hvem der tilbyder det bedste produkt til den bedste pris ("competition on the merits"). Navnlig nedgraderingen af adgangsforholdene til havnene i Rødby og Puttgarden samt omlægning af passagertogene obstruerer i betydelig grad denne effektive konkurrence.
- at Folketinget og andre beslutningstagere får et korrekt og fyldestgørende grundlag for at træffe beslutningen om og i givet fald, hvordan Femernforbindelsen skal anlægges og drives. Som følge af blandt andet Femern A/S' og Transportministeriets fejlforudsætninger om Scandlines' udtræden af markedet, er dette ikke tilfældet nu.

Scandlines belyser i afsnit 2 neden for de urigtige antagelser og forudsætninger m.v., som Femern A/S lægger til grund. Afsnit 2.3 angiver Scandlines' overordnede juridiske indsigelser mod Femern A/S og Transportministeriet. Afsnit 3 redegør for de grundlæggende strukturelle problemer ved Femern A/S' rolle. Afsnit 4 indeholder Scandlines' henstilling om fremtidig adfærd og berigtigelse af tidligere adfærd, og i afsnit 5-9 redegør Scandlines nærmere for de juridiske indsigelser over for henholdsvis Femern A/S og Transportministeriet.

De juridiske indsigelser indebærer hver for sig og tilsammen, at Femern A/S og Transportministeriet er forpligtet til at efterkomme og agere i overensstemmelse med henstillingerne nævnt under afsnit 4.

Scandlines vil rette henvendelse til Folketingets medlemmer, herunder Trafikudvalgets medlemmer og sørge for, at disse får kendskab til Transportministeriets og Femern A/S' obstruktion og de fejlagtige beregninger om miljøforhold, trafikforhold og andre forudsætninger, der indtil nu er givet til Folketinget af Transportministeriet og Femern A/S.



2 Eksempler på fejlagtige udsagn og forudsætninger

De fejlagtige udsagn og forudsætninger fremgår navnlig af den udarbejdede VVM-redegørelse, der udtrykkeligt har til formål at give alle interessenter den fornødne viden til at træffe beslutninger vedrørende Femernforbindelsen:

”VVM-redegørelsen skal give tilstrækkelig viden til, at eksempelvis borgere, myndigheder og politikere kan vurdere projektets virkninger på mennesker, natur og miljø og sammenligne eventuelle alternativer.”²

Adskillige steder i VVM-redegørelsen samt andre steder på sin hjemmeside anfører Femern A/S ukorrekte og usandfærdige oplysninger, jf. blandt andet følgende eksempler.

(i) *Femern A/S lægger fejlagtigt til grund, at Scandlines med stor sandsynlighed vil udtræde af markedet*

Scandlines har adskillige gange fastholdt, at Scandlines vil opretholde færgeruten Rødby-Puttgarden og således konkurrere med Femern A/S på at levere det bedste produkt til den bedste pris. Scandlines har tilkendegivet dette over for Femern A/S og Transportministeriet siden 2009.³

Femern A/S har ikke desto mindre i strid med Scandlines’ tilkendegivelser lagt det modsatte til grund.

Det fremgår eksempelvis på Femern A/S’ hjemmeside under fanen ”Kan man stadig tage med færgen?:”

”Fortsat færgedrift ikke sandsynlig

Trafikprognosen for Femern Bælt forudsætter, at færger ikke vil fortsætte driften mellem Rødby og Puttgarden efter åbningen af den faste forbindelse. Det er dog en beslutning, som færgeselskabet suverænt selv tager.”⁴

Selvom der i VVM-redegørelsen henvises til enkelte beregninger ud fra en antagelse om, at færgedriften fortsætter ved siden af den faste forbindelse, anvendes disse ikke, og det fremstilles som en ganske usandsynlig mulighed:

² VVM-redegørelsen, side 5.

³ Se eksempelvis følgende artikler fra 20. juni 2009: DR’s artikel tilgængelig via dette link: <http://www.dr.dk/Nyheder/Penge/2009/06/20/110535.htm>; Politikens artikel tilgængelig via dette link <http://politiken.dk/indland/ECE736774/scandlines-truer-med-at-smadre-fermer-bros-oekonomi/>; TV Østs artikel tilgængelig via dette link <http://www.tveast.dk/artikler/scandlines-vil-give-femern-bro-kamp-til-stregen?page=3>

⁴ Tidligere på Femern A/S’ hjemmeside: <http://web.archive.org/web/20131205142650/http://www.femern.dk/forside/fardig-tunnel/kan-man-stadig-tage-med-fargen>; samt nu på Femern A/S’ hjemmeside: <http://www.femern.dk/forside/okonomi/trafikprognose>.



”En sandsynlig men ikke givet følgevirkning af etableringen af den faste forbindelse er, at den nuværende færgedrift Rødbyhavn-Puttgarden indstilles.”⁵

”Tager trafikberegningerne højde for, at der fortsat vil være færgedrift mellem Rødby og Puttgarden?”

I trafikberegningerne antages det ikke, at der fortsat vil være færgedrift mellem Rødby og Puttgarden efter åbningen af den faste forbindelse. Det er op til færgerederierne at afgøre, om de vil fortsætte færgedriften i fremtiden. På Storebælt og Øresund stoppede færgerne sejladsen ret hurtigt efter åbningen af de faste forbindelser.”⁶

Femern A/S’ fejlagtige antagelser er endvidere i strid med den danske og tyske regerings vurderinger i rapporten af april 2003 ”Fehmarn Belt Forecast 2002 Final report” udarbejdet af Trafikministeriet, Bundesministerium für Verkehr og Bau- und Wohnungswesen, Berlin.⁷

Af denne rapport fremgår, at erfaringerne om indstilling af færgeruterne efter etableringen af henholdsvis Storebælts- og Øresundsforbindelsen ikke nødvendigvis kan overføres til en fast forbindelse over Femern Bælt:

“9.3 General considerations and conclusions

It is clear that availability and flexibility is highly important for the customers’ choice of transport route.

If it is assumed that the fixed link and a parallel ferry service compete for the same market the ferry fares will have to be set substantially lower in order to attract traffic to the ferries in the light of the fact that the fixed link provides an almost 100% availability/flexibility and a travelling time that is approximately 40 minutes faster than the ferries.

The question then is: Can a private ferry operator from a business economic point of view run a ferry service in parallel to a fixed link across the Fehmarn Belt?

The experiences from the Great Belt and the Øresund fixed links can only to a certain extent be used for assessing whether a parallel ferry route from a financial point of view would be able to survive competition from a fixed link.

⁵ VVM-redegørelsen, side 690.

⁶Femern A/S’ hjemmeside tilgængelig via dette link:

<http://www.femern.dk/servicemenu/faq/okonomi-trafik-og-finansiering>

⁷ Tilgængelig via dette link

http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/VerkehrUndMobilitaet/Schiene/2003/fehmarn-belt-forecast-2002-final-report-april-2003.pdf?__blob=publicationFile.



[...]

A decisive conclusion cannot be drawn out of the national experiences. A parallel ferry service very close to the fixed link on the Great Belt and Øresund has shown not to be able to survive, contrary to the situation on the Channel. As stated, there are great differences between these three situations, which makes it rather difficult to transfer the experiences directly to the Fehmarn Belt.”

Scandlines har som nævnt til hensigt at fastholde driften af færgeruten Rødby-Puttgarden, idet Scandlines har en bæredygtig forretningsmodel, der vil gøre Scandlines i stand til at konkurrere med Femern A/S.

(ii) *Femern A/S lægger fejlagtigt til grund, at adgangsforholdene for forbrugerne til færgerne skal forringes*

På baggrund af den forkerte forudsætning om, at Scandlines vil udtræde af markedet, lægger Femern A/S urigtigt til grund, at adgangsforholdene til Rødbyhavn skal nedgraderes.

”Med etableringen af kyst-kyst projektet vil den del af den eksisterende motorvej, som ligger syd for det nye tilslutningsanlæg, blive nedlagt som motorvej, men vejadgangen til Rødbyhavn og havnen kan opretholdes.”⁸

Tilsvarende anbefaling gør sig gældende for den tyske del af kyst-til-kyst projektet.

(iii) *Femern A/S angiver urigtige og vildledende oplysninger om Femernforbindelsens positive miljøpåvirkninger med videre*

Under forhandlingerne i Folketinget om projekteringsloven fremgår det, at både tidligere transportminister Pia Olsen Dyhr og nuværende transportminister Magnus Heunicke anså Femernforbindelsens miljøgevinster som et afgørende parameter i vurderingen af, om Femernforbindelsen skulle etableres.

Pia Olsen Dyhr udtalte således den 23. januar 2009 til Folketinget under lovforslagets behandling:

”Samtidig ser det ud til, at der kan komme CO₂-besparelser ud af projektet, når vi sætter færgerne ud af drift. Femernprojektet er altså i høj grad et jern-

⁸ VVM-redegørelse, side 62.



baneprojekt og udgør en af de største jernbaneinvesteringer nogen sinde i Danmark.”⁹

Tilsvarende udtalte Magnus Heunicke:

”Punkt 3 vil broen betyde et tiltrængt løft for godstransporten på jernbanen, og derfor har den en klimagevinst indbygget. Når broen åbner, vil vi spare 200.000 t i CO₂-udslip til gavn for klimaet. Det svarer til udslippet fra en mindre, dansk provinsby på 20.000 indbyggere.”¹⁰

VVM-redegørelsens analyser om miljøgevinster bygger imidlertid på den urigtige antagelse, at færgedriften vil ophøre.

Det fremgår således eksempelvis uden nogen yderligere bemærkninger af Femern A/S’ pressedokument ”Den faste forbindelse udløser grønne gevinster”:

”Den faste forbindelse, uden færgedrift, mindsker udledningen af klimagasser. Projektet reducerer den årlige CO₂ udledning med 200.000 ton.”¹¹

Femern A/S’ VVM-redegørelse samt andre dokumenter er endvidere stærkt tendentiøse til støtte for Scandlines’ udtræden af markedet ud fra miljømæssige hensyn, hvilket fremgår utallige steder – eksempelvis i følgende uddrag:

”Positivt CO₂ regnskab

Samlet set medfører den faste forbindelse et fald i emissionerne fra trafikken. Potentielt vil der hvert år blive sparet omkring 200.000 ton CO₂ i et scenarie, hvor en fast forbindelse erstatter færgedriften på Rødby-Puttgarden. Den mindre CO₂ udledning skyldes især to faktorer:

1. Overførsel af godstransport fra vej til jernbane samt den kortere strækning København-Hamborg
2. Ophør af færgedrift via Rødby-Puttgarden, fordi trafikken flytter til Femern Bæltforbindelsen”¹²

...

⁹ Pia Olsen Dyhr’s ordførertale af 23. januar 2009 tilgængelig via dette link

<http://www.ft.dk/samling/20081/lovforslag/199/beh1/6/forhandling.htm?startItem=#nav>.

¹⁰ Magnus Heunicke’s ordførertale af 23. januar 2009 tilgængelig via dette link

<http://www.ft.dk/samling/20081/lovforslag/199/beh1/2/forhandling.htm?startItem=#nav>.

¹¹ ”Den faste forbindelse udløser grønne gevinster” – fra Femern A/S’ hjemmeside:

<http://www.femern.dk/service/menu/presse--dokumenter/nyhedsbreve/femern-as-nyhedsbrev-nr-28/den-faste-forbindelse-udloser-gronne-gevinster>.

¹² ”Femern forbindelsens grønne aftryk” – gevinster for miljøet, klimaet og naturen” af 11. oktober 2013, side 11.



”Udover de økonomiske gevinster som følge af kortere transporttid og regional udvikling, vil Femern Bælt-forbindelsen også bidrage til at nedbringe CO₂-udledningen fra transportsektoren sammenlignet med fortsat færge-drift.”¹³

...

”O-ALTERNATIVET

o-alternativet udgør den situation, hvor den faste forbindelse over Femern-Bælt (kyst-kyst) ikke bliver opført, og færgeoverfart mellem Rødbyhavn - Puttgarden fortsætter.”¹⁴

...

”Risikoanalyserne viser dog, at sejladsikkerheden (det vil sige sikkerheden set fra skibenes synspunkt) forbedres, såfremt broen udformes med to gennemsejlingsfag på mindst 724 m, og der samtidig indføres et VTS-system dækkende området fra det sydlige Storebælt til Kadetrenden i forhold til en situation uden bro og fortsat færgefart.”¹⁵

...

”Udover de økonomiske gevinster som følge af kortere transporttid og regional udvikling, vil Femern Bælt-forbindelsen også bidrage til at nedbringe CO₂-udledningen fra transportsektoren sammenlignet med fortsat færge-drift.”¹⁶

...

”Beregningerne viser, at støj fra motorvejstrafikken i fremtiden kun vil belaste 5 boliger, hvis færgedriften ophører. Der er tale om en væsentlig reduktion, fordi linjeføringen er trukket væk fra beboelser i Rødbyhavn.

Ved ophør af færgedriften ved Femern Bælt-forbindelsens åbning, vil ca. 325 boliger i Rødbyhavn blive aflastet fra støj fra færgerne.”¹⁷

Femern A/S’ antagelse om en besparelse på 200.000 ton CO₂ bygger – udover fejllantagelsen om Scandlines’ indstilling af driften – på flere fejlforudsætninger.

For det første indregner Femern A/S ikke afskrivningen af CO₂ udgiften for selve anlægget af Femernforbindelsen på 2 millioner CO₂ ækvivalenter, jf. side 1334 i VVM-redegørelsen.

¹³ VVM-redegørelsen, side 6.

¹⁴ VVM-redegørelsen, side 131.

¹⁵ VVM-redegørelsen, side 179.

¹⁶ VVM-redegørelsen, side 6.

¹⁷ Den sammenfattende rapport over VVM redegørelsen, side 11.



For det andet tager Femern A/S' "o-alternativ" ikke hensyn til Scandlines' forventede emissionsfri færgedrift, som redegjort for i Scandlines' høringsvar til VVM-redegørelsen.

Selv med Scandlines nuværende CO₂ udledning er det umuligt at nå til en besparelse på 200.000 ton CO₂. Som også redegjort for i Scandlines' høringsvar til VVM-redegørelsen udledte Scandlines' færger i 2012 på Rødby-Puttgarden ca. 95.000 ton CO₂. I 2013-2014 har Scandlines investeret i hybridteknologi, der bringer færgernes udledning ned på 85.000 ton CO₂ pr. år. Endvidere giver udvikling af hybridteknologi koblet sammen med generelle effektiviseringsprogrammer en forventet CO₂-udledning på 50.000 ton pr. år i 2025.

(iv) *Femern A/S angiver urigtige og vildledende oplysninger om Scandlines' priser*

Femern A/S vildleder beslutningstagere og offentligheden i øvrigt om Scandlines' priser. For eksempel udtaler Femern A/S' finansdirektør, Allan Christensen, i en artikel i Jyllandsposten den 25. september 2014:

"Prisen på mest fleksible færgeprodukt på Rødby-Puttgarden, hvor kunderne kun behøver korte ventetider oven i sejltiden på 45 minutter, har her til sommer været knap 1.500 kr. for en returrejse med en personbil. Prisen pr. sømil er mig bekendt den højeste på nogen rute i Danmark."¹⁸

Denne udtalelse er vildledende, idet Allan Christensen tager udgangspunkt i den absolut dyreste billet og søger at fremstille dette som Scandlines' generelle prisniveau. Udtalelsen er egnet til at skabe en forkert opfattelse hos forbrugerne om Scandlines' prisniveau. Ligeledes giver et pris-benchmark som "pris pr. sømil" et stærkt forsimplet og unuanceret billede af Scandlines' prisniveau. Herved tages for eksempel ikke højde for sejlfrekvens, forsyningssikkerhed, og at der er tale om privat kommerciel færgedrift i modsætning til offentligt støttet færgedrift.

---000---

Scandlines har gjort Femern A/S og Transportministeriet opmærksom på disse alvorlige fejlantagelser og fejlforudsætninger – navnlig igennem Scandlines' høringsvar til VVM-redegørelsen.

I oktober 2014 offentliggjorde Transportministeriet høringsnotat på baggrund af høringsvarene til VVM-redegørelsen, og Scandlines kan desværre konstatere, at Femern A/S og Transportministeriet ikke har taget Scandlines'

¹⁸ Fra artiklen "Fejlagtige påstande om Femern-forbindelsen" i Jyllands Posten den 25. september 2013



bemærkninger alvorligt. Scandlines har redegjort herfor umiddelbart nedenfor under afsnit 2.2.

2.2 Transportministeriets høringsnotat af oktober 2014

I relation til adgangsforholdene til havnene anerkender Transportministeriet i sit høringsnotat, at kapacitetsberegningerne bygger på en trafikprognose fra 2003. Scandlines skal endnu en gang understrege, at denne forældede analyse tager udgangspunkt i 24 daglige færgeankomster og afgang, det vil sige afgang fra Rødby hver anden time i gennemsnit. Dette skal ses i forhold til, at Scandlines i dag har over 90 daglige ankomster og afgang i gennemsnit. Femern A/S har endog taget afsæt i, at færgerne slet ikke fortsætter. VVM-redegørelsens grundlag er derfor på ingen måde egnet til at give et retvisende billede af den nuværende trafik og kapacitetsbehov – endsige når Femernforbindelsen etableres.

Hertil kommer, at Trafikministeriets høringsnotat omtaler trafiksimulering i ”spidsbelastningstimer”. En sådan analyse afspejler en grundlæggende manglende forståelse for markedsforholdene. Virkeligheden er således den, at trafikken fra færger kommer i færgetræk, og at det tager fire minutter at tømme en færge. Den reelle spidsbelastning er derfor et færgetræks trafik, der passerer inden for cirka fire-fem minutter og ikke på 60 minutter. På denne baggrund er Transportministeriets spidsbelastning-scenarier på ingen måde egnet til at give et retvisende billede af trafikken.

Det er endvidere forkert, når det på side 36 anføres, at det er Vejdirektoratet, der har lagt til grund, at motorvejen syd for det nye tilslutningsanlæg nedlægges. Det fremgår således blot af Vejdirektoratets høringsnotat, at Vejdirektoratet vil indgå i dialog om klassificeringen med Lolland Kommune. Videre er det Femern A/S alene – og ikke Vejdirektoratet – der foreslår hvorledes tilslutningsanlægget skal udformes som led i kyst-til-kyst projektet.

I relation til klimapåvirkningen afviser Transportministeriet at inddrage og forholde sig til de teknologiske fremskridt, som Scandlines og andre rederier gør, herunder de allerede eksisterende hybridfærger. Transportministeriet anfører i høringsnotatet blot, at beregningerne alene inddrager reduktioner af udledningen, der følger af regulatoriske pålæg og ikke andre forventede reduktioner, som markedet selv sørger for.

Efter Scandlines’ opfattelse er det betænkeligt, at VVM-redegørelsens grundlag ikke afspejler virkeligheden og den forventede reduktion af udledninger – uanset baggrunden for og kilden til den forventede reduktion.

Endvidere finder Scandlines det betænkeligt, at på trods af Scandlines’ påpejning af fejl i kildehenvisningen for fremtidige emissionsniveauer – som ukorrekt er fremstillet som kommende fra DTU – formår Transportministeriet ikke at korrigere dette i høringsnotatet (se hertil **Annex 2**).



Transportministeriet anfører herudover følgende om klimapåvirkningerne og rentabiliteten:

”Der er i sagens natur usikkerhed forbundet med beregningerne af de fremtidige CO₂-mæssige konsekvenser for Femern Bælt-forbindelsen sammenlignet med scenariet med fortsat færgedrift.”¹⁹

”Der vil altid være en vis usikkerhed forbundet med langtidsprognoser.”²⁰

Scandlines bestrider ikke, at der er usikkerheder forbundet med prognoser både i relation til trafik, klima og rentabilitet. Det er netop derfor, at VVM-redegørelsen rettelig burde udarbejdes på baggrund af nyeste data – ikke data fra 2002 – og på baggrund af korrekte antagelser i form af navnlig fortsat færgedrift. Kun herved skabes de bedste forudsætninger for, at VVM-redegørelsen giver et så retvisende billede af Femernforbindelsen som muligt.

2.3 Scandlines’ overordnede juridiske indsigelser over for Femern A/S og Transportministeriet

Femern A/S’ og Transportministeriets adfærd i forbindelse med planlægningen og projekteringen obstruerer adgangen til lige konkurrence og er i strid med forvaltningsretlige grundsætninger, konkurrencereglerne og markedsføringsreglerne.

Scandlines’ juridiske indsigelser, der knytter sig til Femern A/S, er overordnet følgende og beskrevet nærmere nedenfor under Del I (afsnit 5-7):

- 1) Femern A/S har i forbindelse med planlægningen og projekteringen af Femernforbindelsen tilsidesat forvaltningsretlige grundsætninger.

Dette skyldes Femern A/S’ ulige behandling af Scandlines samt formidlingen af det ukorrekte, vildledende eller unuancerede oplysningsgrundlag for de relevante myndigheder og Folketinget.

- 2) Femern A/S har ved indstillingen om nedgradering af adgangsforholdene til havnene misbrugt sin dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11 og artikel 102 TEUF.

Dette skyldes, at Femern A/S allerede nu indtager en dominerende stilling i kraft af den eksklusive ret til at planlægge og projektere Femernforbindelsen og den kommende eksklusive ret til at etablere og drive Femernforbindelsen. Femern A/S misbruger denne stilling ved at udnytte sin eksklusive ret i planlægningsfasen til at fremme sine eg-

¹⁹ Høringsnotatet side 40

²⁰ Høringsnotatet side 41



ne kommercielle interesser under driftsfasen – til skade for andre aktører i markedet.

- 3) Femern A/S har ved sine udtalelser om Scandlines tilsidesat markedsføringsloven, herunder forbuddet mod miskreditering.

Dette skyldes, at Femern A/S blandt andet har udtalt og ageret ud fra en forudsætning om, at Scandlines ophører sin færgedrift mellem Rødby og Puttgarden, ligesom Femern A/S har oplyst ukorrekte fakta om for eksempel Scandlines' priser og om Scandlines' udledning af CO₂.

Scandlines' juridiske indsigelser, der knytter sig til Transportministeriet er overordnet følgende og beskrevet nedenfor under Del II (afsnit 8-9):

- 4) Transportministeriet har som tilsynsmyndighed for Femern A/S tilsidesat forvaltningsretlige pligter og grundsætninger.
- 5) Transportministeriet har tilsidesat artikel 106 TEUF sammenholdt med artikel 102 TEUF. Dette skyldes, at projekteringsloven og delegationsbekendtgørelsen giver Femern A/S mulighed for at udvide sin eneret til planlægning af Femernforbindelsen – herunder de facto rådighed over adgangforhold – til at styrke sin kommende kommercielle stilling på transportmarkederne over Femern Bælt.

Scandlines skal understrege, at der – udover de juridiske indsigelser beskrevet i dette notat – også er generelle statsstøtteretlige indsigelser imod finansieringen af Femernforbindelsen.

3 Det grundlæggende strukturelle problem med Femern A/S' roller

De juridiske indsigelser nævnt oven for udspringer alle af, at der er et grundlæggende strukturelt problem med den måde, som Transportministeriet har besluttet at tilvejebringe Femernforbindelsen.

Problemet består i, at Femern A/S er sat til eksklusivt at varetage planlægningen og projekteringen af Femernforbindelsen i form af kyst-til-kyst delen, hvilket også omfatter de umiddelbare tilslutningsanlæg på land også i Tyskland, samtidig med at Femern A/S er stillet i udsigt til at være den kommercielle operatør af Femernforbindelsen, når den er opført. På baggrund af en række tilkendegivelser i Traktaten om Femern Bælt og forarbejderne til projekteringsloven forekommer det nemlig ganske åbenbart, at det selskab, der står for planlægning og etablering også skal være den kommercielle operatør, jf. for eksempel artikel 6 i traktaten:

"Artikel 6



Selskab med ansvar for opførelse og drift af den faste forbindelse over Femern Bælt

(1) Kongeriget Danmark etablerer et selskab (i det følgende: selskabet), der især forestår forberedelse, planlægning, design, opnåelse af godkendelser, kontrahering, anlæg, finansiering, drift og vedligeholdelse af den faste forbindelse over Femern Bælt. Selskabet skal have ejendomsretten til den faste forbindelse over Femern Bælt, til de nødvendige arealer samt være indehaver af alle tilladelser, licenser og lignende rettigheder, der er nødvendige for at bygge, drive og vedligeholde den faste forbindelse over Femern Bælt eller anden dermed relateret virksomhed, såfremt dette er tilladt ifølge den til enhver tid gældende nationale ret i de kontraherende stater.”

Af forarbejderne til projekteringsloven fremgår dertil:

”Selskabernes formål vil være at forestå projektering og træffe andre dispositioner, som er nødvendige med henblik på etablering af den faste forbindelse over Femern Bælt med tilhørende landanlæg i Danmark.

Det forventes, at selskaberne også vil være ansvarlige for anlæg, drift og finansiering af den faste forbindelse over Femern Bælt.”²¹

...

”Det forventes, at selskaber, der er blevet henlagt opgaver til efter denne bestemmelse, også vil blive ansvarlige for anlæg, drift og finansiering af den faste forbindelse over Femern Bælt.”²²

...

”Artikel 6 og 7 [i Traktaten om Femern Bælt] handler om selskabet og administrationen af dette selskab. Danmark etablerer et statsejet selskab med ansvar for opførelse og drift af den faste forbindelse over Femern Bælt.”²³

Det grundlæggende strukturelle problem består af to forhold.

For det første har Femern A/S som erhvervsdrivende aktieselskab – herunder dets ledelse – en interesse i og dermed naturlig tilbøjelighed til som eksklusiv planlægger at fremlægge et billede af Femernforbindelsen over for be-

²¹ Forslag af 17. december 2008 til lov om projektering af fast forbindelse over Femern Bælt med tilhørende landanlæg i Danmark, almindelige bemærkninger, 5. Organisationsforhold.

²² Forslag af 17. december 2008 til lov om projektering af fast forbindelse over Femern Bælt med tilhørende landanlæg i Danmark, Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, Til § 5.

²³ Forslag af 17. december 2008 til lov om projektering af fast forbindelse over Femern Bælt med tilhørende landanlæg i Danmark, almindelige bemærkninger, 2.3.1 - Gennemgang af de enkelte bestemmelser i traktaten om Femern Bælt-forbindelsen.



slutningstagere, der sikrer, at projektet og projektets økonomiske rationale bliver en realitet.

For det andet har Femern A/S en interesse i under planlægningsfasen og i særdeleshed i VVM-redegørelsen at foreslå løsninger og tiltag, der skaber det bedst mulige kommercielle grundlag for Femern A/S, når Femernforbindelsen skal drives – navnlig fordi Femern A/S og dets ledelse er underlagt nogle forventninger og succeskriterier om driften af Femernforbindelsen.

Det er betænkeligt, at Femern A/S som kommende kommerciel operatør af Femernforbindelsen samtidig indtager en så ledende og bestemmende rolle som den overordnede ansvarlige under planlægningsfasen herunder i særdeleshed ansvaret for at udarbejde VVM-redegørelsen.

Ved hvert af de mange diskretionære valg, der skal foretages under planlægningsfasen, vil Femern A/S være naturligt tilbøjelig til at vælge netop den løsning, der sikrer det bedste kommercielle miljø for virksomheden som forretningsorienteret operatør. Det er netop i dette lys, at eksempelvis forringelsen af adgangsforholdene til havnene i Rødby og Puttgarden skal ses, og som afspejler det problematiske i, at Femern A/S både er skaber af markedsforholdene såvel som deltagende kommerciel aktør i markedet.

Alle Femern A/S' retsbrud, som gengivet overordnet oven for og beskrevet nærmere nedenfor, er blot symptomer på dette grundlæggende strukturelle habilitetsproblem. Det er Scandlines' opfattelse, at planlægningen retteligt bør foretages af en juridisk person eller forvaltningsmyndighed, der ikke på noget tidspunkt er blevet stillet i udsigt at skulle drive Femernforbindelsen. Kun herved elimineres risikoen for, at uvedkommende hensyn inddrages i planlægningen.

Scandlines' henstillinger umiddelbart nedenfor søger at afhjælpe disse problemer, om end den optimale løsning ville være, at hele planlægningen foretages på ny af en uafhængig myndighed eller juridisk person.

4 Henstilling om fremtidig adfærd og berigtigelse af tidligere adfærd

Scandlines skal overordnet anmode Femern A/S og Transportministeriet om at:

- i) ophøre med og berigtige de retsbrud, der følger af juridiske indsigelser 1-5 angivet oven for under afsnit 2.3.
- ii) sikre, at Folketinget og andre beslutningstagere får et korrekt og fyldestgørende grundlag for at træffe beslutning om, og i givet fald hvordan Femernforbindelsen skal anlægges og drives.



Som Scandlines har anført i følgebrevet til Transportministeriet og Femern A/S, indebærer dette nærmere, at Transportministeriet og Femern A/S skal foretage sig følgende:

- Transportministeriet og Femern A/S skal lægge til grund, at Scandlines opretholder færgeruten Rødby-Puttgarden i al arbejde med planlægning af Femernforbindelsen samt ved det lovforberedende arbejde til anlægsloven.
- Transportministeriet og Femern A/S skal berigtige alle analyser med videre – herunder opdatere VVM-redegørelsen – så alle analyser navnlig i forhold til miljø og rentabilitet afspejler, at Scandlines fortsætter driften af færgeruten.
- Transportministeriet og Femern A/S skal afholde sig fra at udtale, at Scandlines' færge-drift er miljømæssig skadelig i sammenligning med Femernforbindelsen.
- Femern A/S skal tilbagetrække indstillingen over for Transportministeriet om, at adgangsforholdene til Rødby og Puttgarden havne forringes.
- Transportministeriet skal ved udarbejdelsen af forslag til anlægsloven sikre, at Femern A/S og Scandlines behandles lige og dermed sikres ens infrastrukturmæssige adgangsvilkår til henholdsvis tunnel og færge.

DEL I – Juridiske indsigelser, der knytter sig til Femern A/S

5 Femern A/S har i forbindelse med planlægningen og projekteringen af Femernforbindelsen tilsidesat forvaltningsretlige grundsætninger

Femern A/S har i sit arbejde med planlægningen, projekteringen og udarbejdelsen af VVM-redegørelsen tilsidesat en række forvaltningsretlige principper, som Femern A/S er underlagt.

Femern A/S' adfærd har været præget af usaglighed, anvendelse af ukorrekte oplysninger, magtfordrejning, og tilsidesættelse af de forvaltningsretlige specialitetsprincipper.

Samlet set har mængden af fejl og mangler ført til, at Femern A/S er nået frem til konklusioner, der er baseret på et utilstrækkeligt og usagligt grundlag.

Konklusionerne er endvidere blevet vægtet på en måde, der udelukkende er til fordel for Femern A/S og således ikke er baseret på et reelt objektivt skøn, således som forvaltningsretten forudsætter. Disse fejl har haft betydning for



Transportministeriets sagsbehandling, men også for behandlingen af spørgsmålene om Femernforbindelsen i Folketinget.

Scandlines redegør nedenfor under afsnit 5.1 for, at Femern A/S er forpligtet til at agere i overensstemmelse med visse forvaltningsretlige principper. I afsnit 5.2 redegør Scandlines for, hvordan Femern A/S tilsidesætter det forvaltningsretlige officialprincip og dernæst i afsnit 5.3, hvordan Femern A/S tilsidesætter princippet om saglig forvaltning.

5.1 Femern A/S er forpligtet til at agere i overensstemmelse med forvaltningsretlige principper

Som udgangspunkt er et statsejet aktieselskab ikke en forvaltningsmyndighed.

I flere tilfælde har både Folketingets Ombudsmand og domstolene dog ud fra konkrete vurderinger fastslået, at offentligretlige principper også finder anvendelse for privatretligt funderede organisationer, der objektivt set ikke karakteriseres som forvaltningsmyndigheder.²⁴

Ved den konkrete vurdering tages der hensyn til det organisatoriske princip og det materielle princip. Det organisatoriske princip tager afsæt i institutionens tilknytning til staten, mens det materielle princip tager afsæt i karakteren af opgaver.

5.1.1 Det organisatoriske princip

En lang række forhold støtter den antagelse, at Femern A/S ud fra det organisatoriske princip er knyttet til den danske stat:

- Femern A/S er et statsejet aktieselskab, der udgør en del af Sund & Bælt-koncernen og ultimativt ejet af staten. Staten indsætter som eneejer den samlede bestyrelse med undtagelse af eventuelle medarbejdervalgte repræsentanter.
- Femern A/S er underlagt Transportministeriets instruktion og tilsyn som følge af Transportministeriets ultimative ejerskab. I tillæg til den kontrol- og tilsynsbeføjelse, der følger af ejerskabet, fremgår det særligt af projekteringslovens § 6, stk. 3, at Transportministeriet kan give generelle og specifikke instrukser i spørgsmål af væsentlig betydning.
- Femern A/S er bemyndiget til at optage lån, men kun efter finansministerens nærmere bestemmelse, jf. § 7 i projekteringsloven, hvoraf tillige fremgår, at den danske stat garanterer for Femern A/S' økonomiske forpligtelser.

²⁴ For eksempel UfR 1992.881H, UfR 1975.248VL og FOB 1973.275.



- Femern A/S' formål underbygger det organisatoriske tilhørsforhold til Transportministeriet. I vedtægterne er formålet defineret som:

”[...] at organisere og forestå forberedelsen, undersøgelse og projekteringen og træffe andre nødvendige dispositioner vedrørende etableringen af den faste forbindelse over Femern Bælt. Selskabet kan optage lån og benytte andre finansielle instrumenter til finansiering heraf mv. som fastsat i Lov om projektering af fast forbindelse over Femern Bælt med tilhørende landanlæg i Danmark §§ 7-8.”²⁵

Femern A/S er derfor etableret med henblik på at forestå projekteringen af Femernforbindelsen, hvilket udføres på vegne af Transportministeriet, jf. projekteringslovens § 2 refereret nedenfor.

Organisatorisk kan det derfor konkluderes, at Femern A/S indgår som en del af den danske stat.

5.1.2 Det materielle princip

Materielt set udfører Femern A/S utvivlsomt myndighedsopgaver. Femern A/S' opgaver er afledt af projekteringsloven, hvor navnlig §§ 2, 4 og 15 fastlægger rammerne.

I henhold til §§ 2, 4 og 15 er Transportministeren bemyndiget til at foretage alle opgaver i relation til forberedelsen af Femernforbindelsen, herunder forestå udarbejdelse af VVM-redegørelser samt andre forudgående undersøgelser.

Ifølge § 5 i projekteringsloven er Transportministeren endvidere bemyndiget til at delegere en række opgaver til selskaber, der direkte eller indirekte ejes af staten.

Denne bemyndigelse er udmøntet i bekendtgørelse nr. 293 af 21. marts 2010 om delegation af visse opgaver og beføjelser ved projekteringen af Femern Bælt-forbindelsen (”delegationsbekendtgørelsen”), hvorefter Femern A/S skal varetage de opgaver, der i §§ 2, 4 og 15 i projekteringsloven er henlagt til transportministeren.²⁶

Endvidere følger det af § 6 i delegationsbekendtgørelsen, at Transportministeriet er klageinstans for afgørelser truffet af Femern A/S.

²⁵ Vedtægterne for Femern A/S, afsnit 1.4.

²⁶ §§ 4 og 5 i delegationsbekendtgørelsen indeholder dog en vis begrænsning af delegationsbeføjelsen.



På baggrund af projekteringsloven og delegationsbekendtgørelsen kan det derfor konkluderes, at Femern A/S også materielt set udfører myndighedsopgaver efter delegation fra staten.

5.1.3 Konklusion

Både det organisatoriske og det materielle princip støtter Femern A/S' tilknytning til staten, og at Femern A/S derfor er underlagt forvaltningsretlige principper. Dette gælder også for andre opgaver, herunder alle forberedende opgaver forud for Transportministeriets egne afgørelser.

Folketingets Ombudsmand har i en sag om delegation af sagsforberedelse til Kammeradvokaten udtalt:²⁷

”De sagsskridt m.v., som den private aktør foretager, må leve op til de saglige og retssikkerhedsmæssige krav m.v., der stilles til den offentlige forvaltning. Den private aktør må derfor i almindelighed iagttage helt de samme regelsæt som den ansvarlige myndighed, herunder offentligretlige regler og grundsætninger.”

I forhold til kvaliteten af sagsbehandling har Folketingets Ombudsmand i samme sag endvidere udtalt:

”Den delegerende myndighed må – både formelt og reelt – stå inde for den afgørelse der bliver truffet, og for sagsbehandlingen i den forbindelse. Det indebærer bl.a., at det oplysningsgrundlag, som den private aktør har tilvejebragt, må forelægges for myndigheden til kvalitetssikring.”

Det kan derfor sammenfattende lægges til grund, at Femern A/S er underlagt en forpligtelse til at agere i overensstemmelse med forvaltningsretlige principper. Denne forpligtelse gælder generelt for Femern A/S, herunder også i forhold til udarbejdelsen af VVM-redegørelsen. Denne konklusion understøttes af Transportministeriets afgørelse af 23. april 2014, hvor ministeriet bekræfter, at Femern A/S udfører myndighedsopgaver.²⁸

5.2 Femern A/S tilsidesætter officialprincippet

Den offentlige forvaltning er underlagt officialprincippet, hvorefter forvaltningen er forpligtet til og ansvarlig for at oplyse en sag. Målestokken er, at sagen skal oplyses tilstrækkeligt, således at den materielt korrekte afgørelse kan træffes. Det følger blandt andet af officialprincippet, at forvaltningen som hovedregel har pligt til selv at tage initiativ til tilvejebringelse af alle relevante oplysninger i en sag.

Da Femern A/S er underlagt de forvaltningsretlige principper, er Femern A/S underlagt officialprincippet og skal sikre tilstrækkelig oplysning af de

²⁷ Folketingets Ombudsmand – 2013-9: Lovlig delegation af sagsforberedelse til advokatfirma.

²⁸ Transportministeriets afgørelse af 23. april 2014 om meddelelse af aktindsigt.



sager og forhold, som Femern A/S beskæftiger sig med. Dette gælder også i relation til udarbejdelsen af VVM-redegørelsen.

Ifølge bekendtgørelse nr. 1654/2013 gælder der en række forpligtelser for omfanget af en VVM-redegørelse.²⁹ Herudover skal udarbejdelsen leve op til de sædvanlige forvaltningsretlige sagsbehandlingskrav.

Femern A/S er ansvarlig for, at de nødvendige og korrekte oplysninger foreligger, og at de nødvendige undersøgelser gennemføres.

Scandlines har imidlertid konstateret, at en del af de data og de forudsætninger, som VVM-redegørelsen – og projekteringen i øvrigt – er baseret på, er utilstrækkelige eller direkte forkerte. Femern A/S har ikke undersøgt eller inddraget betydningen af Scandlines' forhold, på trods af at Scandlines flere gange har påpeget fejl og mangler.

Som redegjort under afsnit 2 oven for, lægger Femern A/S eksempelvis gennemgående fejlagtigt til grund, at Scandlines indstiller færgedriften mellem Rødby og Puttgarden, så snart Femernforbindelsen er etableret. Navnlig denne præmis afleder en række forkerte antagelser og konklusioner i forhold til projekteringen af Femernforbindelsen, og der er ligeledes stor sandsynlighed for, at denne vildfarelse vil påvirke forholdene i relation til processen om den forestående anlægslov.

På denne baggrund kan Scandlines konstatere, at Femern A/S ikke har iagttaget officialprincippet i forbindelse med udarbejdelsen af VVM-redegørelsen.

Officialprincippet er en garantiforskrift, og der kan derfor stilles krav om, at Transportministeriet og Femern A/S sikrer, at sagen er tilstrækkeligt oplyst. Det skal i den forbindelse understreges, at Scandlines løbende har været interesseret i at medvirke til sagens oplysning, men samtidig har erfaret, at der ikke er lyttet til Scandlines' bidrag.

5.3 Femern A/S tilsidesætter princippet om saglig forvaltning
Femern A/S er som følge af sin forpligtelse til at agere i overensstemmelse med forvaltningsretlige principper pålagt en forpligtelse til at agere sagligt. Dette indebærer for eksempel, at Femern A/S alene skal inddrage saglige, korrekte oplysninger, således at den politiske beslutningsproces baseres på et materielt korrekt grundlag, og således at alle aktører i markedet behandles lige og på et ikke-diskriminerende grundlag.

Femern A/S har imidlertid gennemgående tilsidesat denne forpligtelse.

²⁹ Bekendtgørelse nr. 1654 af 27. december 2013 om vurdering af visse offentlige og private anlægs virkning på miljøet (VVM) i medfør af lov om planlægning gælder. Bekendtgørelse nr. 1654 erstatter bekendtgørelse nr. 1510 af 15. december 2010.



I det følgende har Scandlines fremhævet fire eksempler på, at Femern A/S agerer usagligt med den konsekvens, at den politiske beslutningsproces foregår på et ukorrekt grundlag, og at andre aktører – inklusiv Scandlines – behandles ulige og diskriminerende med deraf følgende risiko for økonomisk tab.

De fire eksempler er beskrevet nedenfor og er følgende:

- Færgedriften mellem Rødby og Puttgarden ophører ikke.
- Beregning af CO₂-reduktionen er ukorrekt.
- Adgangsforholdene til havnene i henholdsvis Rødby og Puttgarden og til Femernforbindelsen favoriserer Femern A/S.
- Jernbanedriften ned til Rødbyhavn nedlægges.

5.3.1 Færgedriften mellem Rødby og Puttgarden ophører ikke
Som nævnt har Femern A/S i forbindelse med projekteringen af Femernforbindelsen i uoverensstemmelse med de faktiske forhold lagt til grund, at Scandlines' færgedrift mellem Rødby og Puttgarden ophører efter åbningen af Femernforbindelsen. Femern A/S agerer derfor og baserer alle analyser og anbefalinger ud fra en fejlagtig præmis om, at færgeruten ophører.

Dette er sket på trods af, at Scandlines gentagene gange har understreget, at Scandlines ikke har planer om at indstille sejladsen mellem Rødby og Puttgarden.

Femern A/S har derfor ikke – og har aldrig haft – belæg for at lægge til grund eller anse det for sandsynligt, at Scandlines' færgedrift mellem Rødby og Puttgarden ophører. Scandlines har over for både Femern A/S, Transportministeriet og offentligheden løbende fastholdt, at færgedriften fortsætter.³⁰ Senest har Scandlines i sit høringssvar til VVM-redegørelsen gjort opmærksom på, at det er en ukorrekt antagelse, at færgedriften ophører, hvilket imidlertid ikke er korrigeret, og den fortsatte sagsbehandling beror derfor fortsat på den faktuelle vildfarelse, at færgedriften indstilles.³¹

Femern A/S og Transportministeriet baserer sin sagsbehandling på utilstrækkelige oplysninger og ukorrekte præmisser ved ikke at undersøge de faktiske forhold tilstrækkeligt og inddrage alle relevante faktiske forhold. Dette betyder, at udkommet af undersøgelserne, herunder VVM-redegørelsen ikke giver det korrekte billede af de faktiske forhold. Det kan

³⁰ Der henvises for eksempel til artikel i Børsen af 20. maj 2014, hvor Scandlines og Scandlines ejer understreger, at der er et forretningsgrundlag for Scandlines også efter etableringen af en bro navnlig for erhvervstransport og shopping.

³¹ Scandlines høringssvar til VVM-redegørelsen tilgængeligt på www.scandlines.dk og vedlagt som Bilag 3.



ikke lægges til grund, at den samlede trafik over Femern Bælt vil foregå via den faste forbindelse, når denne vil konkurrere med færgedriften.

5.3.2 Beregning af CO₂-reduktionen er ukorrekt

Femern A/S har været ansvarlig for udarbejdelsen af VVM-redegørelsen, og det er derfor primært Femern A/S, der er ansvarlig for, at VVM-redegørelsen baseres på det korrekte faktuelle grundlag.

Særligt reduceringen af CO₂-udledningen og påvirkningen af klimaet udgør en af hovedfaktorerne i forbindelse med beslutningen om at etablere Femernforbindelsen, og en korrekt belysning af disse forhold er derfor væsentlig. For eksempel udtalte daværende transportminister Lars Barfoed i fremsættelsestalen for forslaget til projekteringsloven, at nedbringelse af CO₂-udledningen var et af hovedelementerne bag vedtagelsen af Femernforbindelsen.

I forhold til CO₂-emissionerne fra færgerne, er det i VVM-redegørelsen anført:

”Forudsigelserne af emissioner fra færger i 2025 er foretaget af Danmarks Tekniske Universitet baseret på nyeste viden om teknologi og kommende regulering”.³²

Citatet er et eksempel på manglende oplysning af sagen med den konsekvens, at VVM-redegørelsen hviler på et usagligt grundlag. En række udsagn i denne udtalelse er ukorrekte eller upræcise.

For det første er der ikke tale om en rapport fra Danmarks Tekniske Universitet. Rapporten er ikke udarbejdet af Danmarks Tekniske Universitet, men derimod af Hans Otto Holmegaard Kristensen, der ved udarbejdelse af rapporten har ageret som konsulent for Cowi, der har repræsenteret Femern A/S i forbindelse med udarbejdelsen af VVM-redegørelsen. Der er således tale om et partsindlæg og ikke en uvildig undersøgelse og analyse, hvilket er bekræftet af Danmarks Tekniske Universitet, der ligeledes tager afstand fra rapporten.³³ Henvisningen til Danmark Tekniske Universitet som kilde er således usand, og det er stærkt kritisabelt, at Danmarks Tekniske Universitet indgår som kilde, når universitetet ikke har udarbejdet den anførte rapport.

Hans Otto Holmegaard Kristensens rapport er dertil fra 2010 og var således tre år gammel på tidspunktet for offentliggørelsen af VVM-redegørelsen. Herunder skal det bemærkes, at rapporten er baseret på data fra 2003 og derfor ti år gammel allerede på offentliggørelsestidspunktet. Det er åbenlyst, at data fra 2003 er forældet og ikke udgør ”nyeste viden”, og det er i den

³² VVM-redegørelsen side 1334.

³³ Som **Annex 1** vedlægges erklæring fra Danmark Tekniske Universitet, der bekræfter, at DTU ikke har udarbejdet en rapport.



sammenhæng uforklarligt, hvorfor der ikke er indhentet et nyt tidssvarende datagrundlag eller i det mindste anført en begrundelse for, hvorfor data fra 2003 kan antages at være retvisende og tidssvarende. Eksempelvis antages det i rapporten, at færgerne fra 2003 og frem mod 2025 ikke vil opnå en bedre brændstofforbrænding. Denne antagelse er ud fra kendskab til nuværende oplysninger og data ikke korrekt.

Tværtimod har Scandlines fremlagt dokumentation for, at CO₂-udslippet fra færgerne løbende reduceres kraftigt som følge af en række tiltag, herunder introduktionen af hybridfærger. Scandlines arbejder endvidere på introduktion af Zero Emission færger. Til brug for den opdaterede VVM-redegørelse bidrager Scandlines gerne med tidssvarende og korrekt datamateriale om de faktiske CO₂ forhold, og det vil deraf kunne ses, at Femern A/S' udlægning af CO₂ regnskabet er vildledende og forkert.

Anvendelse af sådanne ukorrekte oplysninger og inddragelse af ikke-eksisterende kilder resulterer i, at VVM-redegørelsens konklusioner er baseret på usaglige antagelser og dermed forkerte. Virkningen er, at Femernforbindelsen sammenlignet med færgedriften mellem Rødby og Puttgarden på usagligt grundlag fremstilles mere positivt, end den er.

Femern A/S har i oktober 2013 udsendt et nyhedsbrev, hvor Femern fortsat lægger CO₂-beregningerne fra VVM-redegørelsen til grund, uanset at Scandlines i sit høringssvar – vedlagt som Annex 2 – har gjort Transportministeriet opmærksom på disse forhold:³⁴

”Den faste forbindelse, uden færgedrift, mindsker udledningen af klimagasser. Projektet reducerer den årlige CO₂ udledning med 200.000 ton.”

Det er efter Scandlines' opfattelse vildledende, når denne oplysning fortsat fremhæves af Femern A/S, idet der netop ikke er grundlag for at lægge til grund, at færgedriften ophører. Beregningen af besparelsen på 200.000 ton CO₂ er som nævnt oven for under alle omstændigheder foretaget på et forkert grundlag, idet der ikke tages højde for, at færgerne allerede nu udleder mindre CO₂ og i fremtiden vil udlede endnu mindre eller ingen CO₂.

Det er endvidere vildledende, når Femern A/S nedtoner udledning af CO₂ i forbindelse med selve etableringen af den påtænkte forbindelse. Femern A/S vurderer udledningen til at blive i størrelsesordenen ca. 2 mio. CO₂ eq(t). Det vil således tage mange år, før der opnås balance i CO₂ regnskabet.

Endvidere er det vildledende, når Femern A/S undlader at gengive beregninger for alternative udfaldsmuligheder. For eksempel er det sandsynligt, at CO₂ udslippet reduceres mere, ved at Scandlines indsætter o-

³⁴ ”Den faste forbindelse udløser grønne gevinster” (16. oktober 2013) - tilgængeligt på www.femern.dk.



emmissionsfærger, frem for at der etableres en tunnel med efterfølgende trafik i denne.

De ukorrekte oplysninger om CO₂ fremgår fortsat af Femern A/S' hjemmeside og af allerede offentliggjorte rapporter. Det er derfor fortsat relevant at berigtige oplysningerne, således at de forkerte oplysninger ikke tillægges vægt fremadrettet.

5.3.3 Adgangsforholdene til havnene i henholdsvis Rødby og Puttgarden og Femernforbindelsen favoriserer Femern A/S

Det følger af den forvaltningsretlige magtfordrejningslære, at forvaltningens opgaver og afgørelser skal baseres på saglige kriterier, mens der ikke må inddrages usaglige kriterier. Magtfordrejningslæren fremstår tillige som en garantiforskrift, idet det forventes og kræves, at forvaltningen agerer på baggrund af saglige kriterier og ikke lader sig influere af uvedkommende forhold.

Et element i magtfordrejningslæren er læren om specialitetsprincipperne, hvor der skelnes mellem det materielle specialitetsprincip og det organisatoriske specialitetsprincip.

I henhold til det materielle specialitetsprincip er forvaltningen forpligtet til kun at inddrage hensyn og formål, der relaterer sig til det for sagen relevante retsgrundlag. I henhold til det organisatoriske specialitetsprincip er forvaltningen forpligtet til ikke at varetage hensyn, det tilkommer en anden myndighed at varetage.

De hensyn, som en myndighed lovligt kan varetage, fastlægges som udgangspunkt på baggrund af den relevante lov. Selv i tilfælde, hvor flere beføjelser er samlet hos én forvaltningsmyndighed, er myndigheden som følge af specialitetsprincippet forpligtet til at holde disse beføjelser og de bagvedliggende hensyn adskilt.³⁵

Som anført har Transportministeriet delegeret udarbejdelsen af VVM-redegørelsen for Femernforbindelsen til Femern A/S. VVM står for Vurdering af Virkninger på Miljøet, og formålet med en VVM-redegørelse er netop at få belyst de miljømæssige konsekvenser af et anlægsprojekt, således at dette kan indgå i den politiske beslutningsproces. En VVM-redegørelse skal baseres på det planlagte anlæg, og redegørelsen skal derfor indeholde en beskrivelse af projektet.

Det fremgår af VVM-redegørelsen, at Femern A/S lægger op til på den ene side, at det sidste stykke af adgangsvejen til Rødbyhavn skal nedgraderes fra eksisterende motorvej til en almindelig landevej, og at der skal etableres en trafikal uhensigtsmæssig tilslutning med vejsving og rundkørsler til/fra den-

³⁵ Jens Garde med flere, *Almindelige emner*, 5. udgave, side 243.



ne landevej til/fra motorvejen og på den anden side, at motorvejen skal føre direkte til Femernforbindelsen. Femern A/S indstiller dermed, at der bygges en ny motorvejsstrækning til Femernforbindelsen, mens motorvejen til færgeren skal nedlægges. Der foreslås en lignende besværliggørelse af adgangsforholdene til havnen i Puttgarden.

Sydmotorvejen (E47/E55) udmunder på nuværende tidspunkt direkte ved færgehavnen Rødbyhavn og dermed Scandlines' betalingsanlæg. Scandlines' kunder har derfor en hurtig og direkte adgang til færgehavnen i Rødbyhavn. Det forventes, at det nedgraderede stykke motorvej bliver overdraget fra Vejdirektoratet til Lolland Kommune. Ifølge Lolland Kommune vil dette stykke af motorvejen blive nedgraderet til en almindelig tosporet landevej med en hastighedsbegrænsning på 80 km/t og en række hastighedsbegrænsende forhold, der navnlig besværer godstrafikkens adgangsforhold til og fra havnene. Dette vil i væsentlig grad forringe tilkørselsforholdene til færgeoverfarten og dermed forringe Scandlines' forhold betydeligt. Derimod vil tilkørselsforholdene til Femernforbindelsen modsat fremstå som særdeles gode med direkte og kontinuert motorvejsforbindelse. For forbrugerne vil adgangsvejen til Femernforbindelsen være markant bedre end adgangsvejen til færgerne.

Dette vil konkret indebære, at Scandlines mister kunder alene på baggrund af de statsfinansierede tilkørselsforhold. Nedgraderingen og besværliggørelsen af adgangsforholdene betyder, at Femern A/S forfordes i den indbyrdes konkurrence med Scandlines.

Femern A/S' indstilling om besværliggørelsen af adgangsforholdene er i strid med specialitetsprincippet.

Dette skyldes, at Femern A/S herved varetager interesser, det normalt vil tilkomme en anden myndighed at varetage og ved at varetage interesser, der er uvedkommende for den faste forbindelse.

Vurderingen af, om et vejnet skal nedgraderes skal baseres på objektive overvejelser om anlæg af infrastruktur, herunder inddrage hensynet til at undgå diskrimination mellem to konkurrenter. Projekteringen af vejene i relation til fra- og tilkørselsforhold til Rødby færgehavn bør således varetages af Vejdirektoratet alene. Vejdirektoratet skal varetage disse hensyn under iagttagelse af lighedsprincippet for derved at sikre ikke-diskriminerende forhold i konkurrencen mellem Femern A/S og Scandlines. For så vidt angår de permanente tyske landanlæg i kyst-til-kyst projektet gælder tilsvarende i relation til de tyske vejmyndigheder.

Femern A/S har på denne baggrund tilsidesat specialitetsprincippet og dermed ageret i strid med magtfordretningslæren.



5.3.4 Jernbanedriften til Rødbyhavn nedlægges

På side 62 i VVM-redegørelsen lægger Femern A/S til grund, at der ikke vil være mulighed for fortsat jernbanedrift til Rødby havn efter Femernforbindelsens etablering. Denne antagelse fra Femern A/S er tilsyneladende uden nogen yderligere analyse begrundet med, at den nye motorvej krydser den eksisterende jernbane.

På samme måde som ved nedgradering af vejforholdene er der her tale om et tiltag, der begunstiger Femern A/S på bekostning af Scandlines, idet passagerernes adgangsforhold til Scandlines' ydelser via jernbanen elimineres. Det er således lykkedes Femern A/S i VVM-redegørelsen ikke kun at besværliggøre bilpassagerers adgang men også at fjerne togpassagerernes adgang til Scandlines' færger.

Denne indstilling fremmer alene Femern A/S' interesser, og diskriminerer Scandlines betydeligt, idet jernbanen efter Femern A/S' indstilling helt fjernes som fødekilde til Scandlines' forretning.

5.3.5 Konsekvenser af tilsidesættelse af forvaltningsretlige principper

Officialprincippet, magtfordreningens læren og forpligtelsen til at agere sagligt kan alle henføres til kredsen af garantiforskrifter. Garantiforskrifter er hensyn, som borgerne har et krav om, at forvaltningen inddrager fuldt ud i sin sagsbehandling. Såfremt garantiforskrifterne ikke følges, medfører dette i sig selv en formodning for ugyldighed.

Ovenstående gennemgang viser, at Femern A/S har tilsidesat officialprincippet samt har inddraget usaglige kriterier i sagsbehandlingen. Ved at forsømme sagens oplysning og ved i gentagne tilfælde at lægge vægt på forkerte og ukorrekte oplysninger tilsidesætter Femern A/S hensynet om saglig forvaltning.

Konsekvensen er for det første, at den politiske beslutningsproces vildledes og for det andet, at andre interessenter såsom navnlig Scandlines diskrimineres og stilles urimeligt. Dette vil uundgåeligt føre til, at forkerte beslutninger træffes, og til at andre interessenter herunder Scandlines lider et økonomisk tab.

På den baggrund er det Scandlines vurdering, at den offentliggjorte VVM-redegørelse og Femern A/S' indstillinger ikke kan danne grundlag for en politisk beslutning. VVM-redegørelsen og Femern A/S' indstillinger er ensidige og inddrager slet ikke de modstående hensyn og interesser, herunder interesser der også har stor betydning for udviklingen af det danske samfund.

Femern A/S er som følge af de forvaltningsretlige retsbrud forpligtet til at efterkomme Scandlines' henstillinger som angivet i afsnit 4.



6 Femern A/S' overtrædelse af § 11 i konkurrenceloven og artikel 102 i EUF-traktaten

Femern A/S er på den ene side ansvarlig for udarbejdelse af VVM-redegørelsen og vil på den anden side blive ansvarlig for den kommercielle drift af Femernforbindelsen. Som nævnt rejser dette væsentlige habilitets- og interessekonfliktmæssige betænkeligheder og indebærer, at Femern A/S allerede nu skal iagttage konkurrencereglerne, herunder konkurrencereglernes forbud mod at misbruge en dominerende stilling.

Femern A/S' forsøg på at fortrænge Scandlines fra markedet udgør et misbrug af dominerende stilling, jf. § 11 i konkurrenceloven og artikel 102 i EUF-traktaten.

6.1 Femern A/S indtager allerede nu en dominerende stilling

En virksomhed er dominerende, når den indtager en magtposition, som sætter den i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den i betydeligt omfang kan anlægge en adfærd uafhængig af kunder og konkurrenter.³⁶ Det er tilstrækkeligt for statuering af dominerende stilling, at virksomheden mærkbart kan udøve indflydelse på de vilkår, hvorunder konkurrence udvikler sig og kan fastlægge sin markedsstrategi uden i det væsentlige at skulle tage hensyn til denne konkurrence.³⁷ Virksomhedsbegrebet i konkurrenceretten er defineret bredt, og såvel en myndighed som et statsejet selskab vil derfor være omfattet af begrebet.³⁸

Selv om Femernforbindelsen endnu ikke er etableret og i drift, har Femern A/S allerede nu en position i markedet, der sætter Femern A/S i stand til at agere uafhængigt. Femern A/S er således tillagt væsentlige, eksklusive rettigheder og myndighedsopgaver i relation til projektering af Femernforbindelsen, der ikke kun har betydning for Femernforbindelsen, men også for andre aktører på dette marked. Femern A/S har for eksempel mulighed for at tilrettelægge hele udviklingsfasen på en måde, der alene tilgodeser Femern A/S, mens andre aktører ingen indflydelse har. Det betyder, at Femern A/S opnår bedre vilkår end andre aktører, som derved diskrimineres. Konkurrencen i markedet foregår således ikke på level playing field.

Dertil vil Femern A/S – navnlig henset til den igangværende diskriminerende proces – notorisk have udsigt til at indtage en dominerende stilling på de relevante markeder. Femern A/S udnytter således sin særegne position til at afskærme og presse andre aktører ud af markedet til fordel for sig selv. Femern A/S indtager ikke kun en dominerende stilling, men arbejder målrettet på at fortrænge konkurrenter fra markedet for derigennem at øge sin egen markedsstyrke. Femern A/S' målsætning synes at være, at Femern A/S skal være enerådende på ruten mellem Rødby og Puttgarden.

³⁶ Kirsten Levinsen m.fl., Konkurrenceloven med kommentarer, 3. udgave, 2009, side 691.

³⁷ Kirsten Levinsen m.fl., Konkurrenceloven med kommentarer, 3. udgave, 2009, side 691.

³⁸ Kirsten Levinsen m.fl., Konkurrenceloven med kommentarer, 3. udgave, 2009, side 93ff.



EU praksis understøtter også, at Femern A/S i sin særlige position indtager en dominerende stilling. Ved statslig tildeling af en enerettighed er der således efter fast praksis en formodning for, at indehaveren indtager en dominerende stilling:

“In practice, however, both the Court of Justice and the Commission often presume the existence of a dominant position from the existence of an exclusive right.”³⁹

Som anført oven for kommer hertil, at Femern A/S som følge af selskabets privilegerede stilling i forhold til styring af planlægningsfasen allerede nu har mulighed for mærkbart at udøve indflydelse på de markedsvilkår, hvorunder konkurrencen på markedet for transportydelser over Femern Bælt vil udvikle sig.

Femern A/S indtager derfor allerede nu en magtposition, der sætter selskabet i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på markedet.

Sammenfattende indtager Femern A/S en dominerende stilling på det relevante marked og er dermed forpligtet til at iagttage, at denne position ikke misbruges til skade for konkurrencen.

6.2 Femern A/S misbruger sin dominerende stilling

Misbrug kan navnlig bestå i ekskluderende adfærd, hvorved forstås adfærd, der har til formål eller følge at holde den dominerende virksomheds konkurrenter helt eller delvist ude af markedet.⁴⁰

Femern A/S' udnyttelse af sin privilegerede rolle under planlægningsfasen til igennem VVM-redegørelsen blandt andet at besværliggøre til- og frakørselsforholdene ved havnene i Rødby og Puttgarden udgør et utilbørligt og unødvendigt forsøg på at afskærme forbrugerne fra at vælge Scandlines' ydelser frem for Femernforbindelsen.

VVM-redegørelsens afgørende rolle skal her understreges. Det fremgår af projekteringslovens forarbejder, at den endelige beslutning om forbindelsen herunder dens linjeføring og den anlægstekniske udformning skal ske på baggrund af blandt andet VVM-redegørelsens resultat.⁴¹

Ved sin adfærd har Femern A/S søgt at forbedre selskabets i forvejen gunstige stilling på markedet ved at forringe Scandlines' konkurrencemæssige situation.

³⁹ Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, 2nd edition, 2007, side 607 med reference til omfattende retspraksis.

⁴⁰ Kirsten Levinsen m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 3. udgave, 2009, side 685.

⁴¹ Forslag af 17. december 2008 til lov om projektering af fast forbindelse over Femern Bælt med tilhørende landanlæg i Danmark, almindelige bemærkninger, forslaget hovedpunkter.



Femern A/S misbruger således sin dominerende stilling ved at fremme sin egen eksklusive ret og ved at stække Scandlines' muligheder for at konkurrere om forbrugerne ved at tilbyde det bedste produkt til den bedste pris. Femern A/S er derfor også på denne baggrund forpligtet til at efterkomme Scandlines' henstillinger som angivet under afsnit 4.

7 Femern A/S har overtrådt markedsføringsloven

I forbindelse med undersøgelsen og planlægningen af Femernforbindelsen lægger Femern A/S til grund, at Scandlines vil indstille sin færgedrift. Som anført oven for under afsnit 5 udgør denne tilgang en åbenlys tilsidesættelse af forvaltningsretlige garantihensyn.

Femern A/S' gentagne udtalelser navnlig om Scandlines' påståede udtræden af markedet udgør imidlertid også en overtrædelse af markedsføringsretten, idet Femern A/S på utilbørlig og ukorrekt vis udstiller Scandlines' forretning.

7.1 Femern A/S udtaler sig ukorrekt om faktiske forhold hos Scandlines

Som det fremgår i afsnit 2 oven for, fremhæver Femern A/S adskillige steder ukorrekte oplysninger om Scandlines, herunder at det som det mest sandsynlige kan lægges til grund, at Scandlines vil indstille sin færgedrift, når Femernforbindelsen er etableret.

Hertil kommer, at Femern A/S søger at gøre budskabet om Scandlines' udtræden af markedet til en egentlig samfundsnyttig agenda, der skal fremmes, idet Femern A/S gentagne gange understreger det unuancerede og underdokumenterede budskab, at Femern A/S' indtræden på markedet samtidig med Scandlines' udtræden er at foretrække ud fra miljømæssige og øvrige samfundsmæssige betragtninger.

Dette bestyrkes endvidere af den omstændighed, at Femern A/S udtaler sig om Scandlines' ydelser på en måde, der klart fremstår nedsættende. Det fremgår eksempelvis af Femern A/S' hjemmeside:

”På Øresund og Storebælt stod det hurtigt klart, at trafikanterne så langt foretrækker en hurtigere og mere fleksibel fast forbindelse frem for en tur med færgen.”⁴²

Femern A/S kommunikerer ihærdigt det budskab og søger at fremme en agenda om, at Scandlines vil ophøre med at sejle Rødby-Puttgarden overfarten, og at dette endvidere af miljø- og forbrugermæssige hensyn er samfundsnyttigt.

⁴² Femern A/S' hjemmeside: <http://www.femern.dk/servicemenu/presse--dokumenter/nyhedsbreve/femern-as-nyhedsbrev-nr-22/trafiktallene-pa-femern-balt>.



Alle Femern A/S' udtalelser om Scandlines er offentligt tilgængelige på internettet og derfor egnede til at nå ud til Scandlines' kunder, leverandører og samarbejdspartnere samt offentlige myndigheder. Femern A/S udtrykker eksempelvis om formålet med VVM-redegørelsen:

"VVM-redegørelsen skal give tilstrækkelig viden til, at eksempelvis borgere, myndigheder og politikere kan vurdere projektets virkninger på mennesker, natur og miljø og sammenligne eventuelle alternativer."⁴³

Femern A/S' brug af utilstrækkelige oplysninger og anvendelse af forkerte data har desuden den virkning, at Scandlines' virksomhed miskrediteres og fremstilles negativt, og at anlægget af Femernforbindelsen fremstilles mere positivt, end hvad der nødvendigvis er tilfældet.

7.2 Femern A/S er omfattet af markedsføringslovens regler
Markedsføringsloven finder i henhold lovens § 2 anvendelse på privat og offentlig erhvervsvirksomhed, i det omfang der udbydes varer og tjenesteydelser på markedet. Ved erhvervsvirksomhed forstås enhver handling, der direkte eller indirekte sigter mod produktion, salg, markedsføring af varer eller serviceydelser.⁴⁴ Loven finder anvendelse på enhver handling foretaget i erhvervsøjemed, hvilket inkluderer virksomhed, der er i en opstartsfasen.⁴⁵

Lovens anvendelsesområde er generelt ganske bredt og gælder blandt andet for det offentlige udbud af alle service og velfærdsydelser, idet det fremhæves i lovens forarbejder, at de samme grundlæggende krav om god markedsføringsskik bør gælde for såvel offentlige som private aktører.⁴⁶ Eksempelvis har Radio- og tv-nævnet fundet, at Forsvarets hvervekampagne var omfattet af markedsføringsloven og i øvrigt i strid med lovens bestemmelser om skjult reklame.⁴⁷

Begrebet erhvervsvirksomhed skal derfor i henhold til lovens forarbejder og praksis fortolkes bredt og omfatte alle erhvervsvirksomhedens stadier og handlinger herunder forberedelse af forretningen såvel som anlæg og drift.

Femern A/S er organiseret som et aktieselskab og driver derfor per definition erhvervsvirksomhed.⁴⁸

At Femern A/S er erhvervsdrivende bestyrkes yderligere af indholdet af Traktaten om Femern Bælt, hvor det i artikel 6(2) fremgår:

⁴³ VVM-redegørelsen, side 5.

⁴⁴ Borch og Bøggild, Markedsføringsloven, 2. udgave, 2006, side 181.

⁴⁵ Møgelvang-Hansen m.fl., Markedsføringsretten, 2. udgave, 2011, side 27.

⁴⁶ Lovforslag nr. 13 af 6. oktober 2005 om markedsføring, bemærkninger til lovforslagets § 2.

⁴⁷ Radio- og tv-nævnets afgørelse af 30. april 2009 i sag 2009-003348.

⁴⁸ Se for eksempel Jan Schans Christensen, Kapitalselskaber – Aktie og anpartsselskabsret, 3. udgave, 2009, side 311.



”Selskabets virksomhed udføres i overensstemmelse med almindelige forretningsprincipper og i overensstemmelse med internationale forpligtelser, herunder fællesskabsretlige forpligtelser.”

Femern A/S' adfærd er allerede på denne baggrund underlagt den regulering, der finder anvendelse for alle andre erhvervsdrivende herunder i særdeleshed markedsføringsloven.

Den omstændighed, at Femernforbindelsen endnu ikke er etableret, ændrer ikke på, at markedsføringsloven finder anvendelse. På trods af den omstændighed at Femern A/S' vedtægtsmæssige formål på nuværende tidspunkt er at planlægge og etablere den faste forbindelse, fremgår det af Traktaten om Femern Bælt artikel 6(1), at Femern A/S' rolle også omfatter det efterfølgende ejerskab og drift.

Femern A/S' håndtering af planlægningen og etableringen af den faste forbindelse er derfor karakteriseret ved, at Femern A/S allerede på nuværende tidspunkt forbereder sin driftsmæssige aktivitet og konkurrencemæssige position på markedet for transportydelser over Femern Bælt, når den faste forbindelse er opført. Femern A/S' nuværende aktiviteter kan derfor sammenlignes med en virksomhed i opstartsfasen, og Femern A/S' adfærd vil også på denne baggrund være underlagt den regulering, der finder anvendelse for alle andre erhvervsdrivende herunder i særdeleshed markedsføringsloven.

Grundet Femern A/S' dobbeltrolle ved dels at forestå projekteringen og udarbejdelsen af VVM-redegørelsen og dels ved at skulle eje samt forestå driften af den faste forbindelse i direkte konkurrence med færgedriften bør Femern A/S' adfærd underlægges en skærpet prøvelse. Der skal derfor foretages en skærpet vurdering af, om Femern A/S under planlægningsfasen udviser en illoyal eller utilbørlig markedsafskærmende adfærd i strid med markedsføringsloven.

Endelig skal Scandlines understrege, at det i forhold til anvendelsen af markedsføringsloven er uden betydning, at Femern A/S' opgaver generelt er beskrevet i Traktaten om Femern Bælt og i love vedtaget af Folketinget, idet det er måden, hvorpå Femern misbruger dette mandat ved sin utilbørlige adfærd over for sine konkurrenter, der er centralt for vurderingen af overtrædelsen af markedsføringsreglerne.

7.3 Femern A/S' udtalelser er i strid med markedsføringsloven. Markedsføringslovens forbud mod misrekommanderende udtalelser udledes af lovens § 1 om god markedsføringsskik, lovens § 3, stk. 2 om vildledning og utilbørlig påvirkning samt lovens § 5, stk. 2, nr. 5 om forbud mod miskreditering og nedvurdering i forbindelse med sammenligninger.

Forbuddet indebærer navnlig, at virksomheder skal afholde sig fra at fremkomme med skadende, nedsættende eller latterliggørende udtalelser om an-



dre erhvervsdrivende – herunder i særdeleshed konkurrenter – og deres produkter.

I SØ- og Handelsrettens dom af 22. juni 1988 havde en virksomhed offentligt tilkendegivet, at en anden virksomhed ville indstille sin virksomhed, og SØ- og Handelsretten udtalte herom:⁴⁹

”Udformningen af sagsøgtens annonce i Frederiksborg Amts Avis den 25. oktober 1987 vil naturligt hos mange læsere efterlade det urigtige indtryk, at sagsøgerens virksomhed ophører. Herved findes annoncen utvivlsomt at være i strid med god markedsføringssskik, jfr. markedsføringslovens § 1, og den er tillige ved sin form utilbørlig over for sagsøgeren, jfr. lovens § 2, stk. 2. Sagsøgerens påstand 1 tages derfor til følge, og sagsøgte er tillige skyldig til straf i overensstemmelse med sagsøgerens påstand 2.”

Som kommentar til dommen udtalte Borch og Bøggild:

”Vildledende information om, hvorvidt en virksomhed går ud af markedet, er ganske alvorlig og skadende. Der foreligger derfor altid en overtrædelse af MFL § 1, evt. § 3 og dermed et erstatningsansvar i sådanne tilfælde.”⁵⁰

Femern A/S’ udtalelser om, at Scandlines vil udtræde af markedet, er derfor ligeledes i strid med markedsføringsloven.

Det er i den forbindelse uden betydning, at Femern A/S i sine udtalelser enkelte steder som en efterstående tilføjelse bemærker, at det formelt tilkommer Scandlines at beslutte, om de vil udtræde af markedet, idet dette ikke påvirker hovedbudskabet og læserens helhedsindtryk. Borch og Bøggild udtalte således videre om UfR 1988.782 SH:

”Som det ses af afgørelsen, er det læsernes umiddelbare indtryk, der er afgørende for forståelsen af annoncen – ikke finurlige eftersætninger eller tekst med småt, der ikke påvirker helhedsindtrykket af annoncen ved hastig gennemlæsning.”⁵¹

I forbuddet mod misrekommandering ligger også, at en virksomhed ikke må udtale sig negativt om en konkurrents økonomiske formåen eller mulighed for at levere en bestemt ydelse, idet dette kan få vidtrækkende konsekvenser for kunders og forretningsforbindelsers holdning til virksomheden.⁵² Femern A/S’ udtalelser om Scandlines’ udtræden af markedet er endvidere en indirekte tilkendegivelse om, at Scandlines’ business case ikke er stærk nok til at

⁴⁹ UfR 1988.782 SH.

⁵⁰ Borch og Bøggild, Markedsføringsloven, 2. udgave, 2006, side 96.

⁵¹ Borch og Bøggild, Markedsføringsloven, 2. udgave, 2006, side 96.

⁵² For eksempel UfR 1928.620 Ø (udtalelser om en konkurrents konkurs) samt i UfR 1999.2053 SH (udtalelser om manglende økonomisk formåen og mulighed for at levere en bestemt vare).



kunne tåle konkurrence, hvilket i den grad miskrediterer Scandlines økonomiske og forretningsmæssige formåen og nærmest fremstår nedværdigende.

Det kan på den baggrund konstateres, at Femern A/S har overtrådt markedsføringslovens forbud mod misrekommandering.

Forbuddet mod misrekommandering indebærer som nævnt også forbud mod udtalelser, der generelt kan virke nedsættende og latterliggørende. Det fremgår således af forarbejderne til loven:

”I forhold til erhvervsdrivende kan den utilbørlige fremgangsmåde som hidtil tillige består i, at en erhvervsdrivende omtaler en anden erhvervsdrivende på nedsættende eller på skadelige måder.”⁵³

Dette gælder i særdeleshed, såfremt de nedsættende eller latterliggørende udtalelser sker samtidig med en anprisning eller forherligelse af egne produkter.

Det er Scandlines' vurdering, at for eksempel Femern A/S' offentliggjorte udtalelse på hjemmesiden om, at trafikanter foretrækker en ”mere fleksibel fast forbindelse frem for en tur med færgen” udover at være udokumenteret er en grov nedgørelse af de færgedydelser, som Scandlines tilbyder.

Hertil kommer, at Femern A/S ved hjælp af fejlbehæftede og unuancerede data i VVM-redegørelsen konsekvent søger at fremstille Scandlines' færgerute som det miljømæssigt mere skadelige alternativ til den faste forbindelse. Som Scandlines gør opmærksom på i sit høringssvar, er Femern A/S' datagrundlag og beregninger fejlbehæftede samt utilstrækkelige og giver på ingen måde et retvisende billede af de sandsynlige klimapåvirkninger. For eksempel fremgår det ikke, at Scandlines har iværksat flere miljøforbedrende initiativer, og at Scandlines overgår til en 0-emissions strategi, der i relation til CO₂udslip må forventes at gøre færgesoverfarten til det grønne alternativ til en fast forbindelse.

Der er adskillige eksempler på, at Femern A/S søger at latterliggøre Scandlines. Scandlines har eksempelvis erfaret, at Femern A/S' markedsføringstiltag Fehmarn Belt Days indeholdt et terningspil, hvor spilleren med det høje terningslag vandt den hurtige tur via en tunnel, hvorimod spilleren med det lave terningslag tabte og fik den langsomme tur over med færgen.

Endvidere handler Femern A/S i strid med forbuddet mod miskreditering og vildledende markedsføring, for eksempel når Allan Christensen udtaler sig forkert og vildledende om Scandlines' priser i artiklen i Jyllands Posten af 25. september 2014.

⁵³ FT 2006-07, Tillæg A, s. 23.



Det kan på den baggrund ligeledes konstateres, at Femern A/S har overtrådt markedsføringslovens forbud mod nedsættende samt utilbørligt sammenlignende udtalelser.

Femern A/S' udtalelser er endvidere i strid med god markedsføringsskik.

Formålet med markedsføringsloven er at sikre, at erhvervsvirksomhed drives tilbørligt og rimeligt under hensyn til blandt andet virksomhedens konkurrenter og andre erhvervsdrivende.⁵⁴

Det følger af fast praksis, at adfærd, der generelt er skadelig over for konkurrenter og andre erhvervsdrivende, samt adfærd, der har til formål eller er egnet til at fortrænge en konkurrent fra markedet, er i strid med god markedsføringsskik, jf. lovens § 1.⁵⁵

Der gælder således i markedsføringsretten et princip om fair play på markedet:

”Samlet set er fairplay-synspunktet udtryk for, at virksomheder ikke må konkurrere ved at miskreditere deres konkurrenter eller forstyrre konkurrenternes handelsrelationer.”⁵⁶

”Synspunktet hviler dels på en forudsætning om, at hæderlige erhvervsdrivende ikke skal bruge tid på at forsvare sig mod angreb af denne art og dels på en forudsætning om, at forbrugere har en interesse i, at erhvervsdrivende ikke ødelægger det for hinanden. Billedligt talt er det nok ikke den løber, der har brugt al sin tid på at spænde ben for konkurrenter, der løber den hurtigst mulige tid. Det kan udtrykkes således, at virksomheder ikke bør kæmpe med front mod hinanden, men konkurrere side om side frem mod deres respektive mål.”⁵⁷

Femern A/S' anbefalinger i VVM-redegørelsen navnlig om at nedlægge den eksisterende motorvej og omlægning af tilkørselsforholdene til og fra Rødbyhavn og Puttgarden er efter Scandlines' vurdering et groft illoyalt forsøg på at forringe kundernes adgang til Scandlines' ydelser. Det tilsvarende gør sig gældende med hensyn til nedlægningen af jernbanedriften til Rødby.

Navnlig taget Femern A/S' betroede planlægningsmæssige mandat i betragtning forekommer disse indstillinger utilbørligt og unødigt fortrængende af Scandlines' adgang til markedet. Femern A/S' adfærd er på denne baggrund i strid med princippet om fair play på markedet og dermed i strid med markedsføringslovens § 1.

⁵⁴ Betænkning nr. 1236/1992 om ny markedsføringslov, side 22 samt betænkning nr. 1457/2005 om markedsføring og prisoplysning, side 98.

⁵⁵ For eksempel UfR 2001.287 H og UfR 1999.2053 SH.

⁵⁶ Ulrich Birch Eriksen, Markedsføringslovens § 1 – portræt af en generalklausul, 2013, side 192.

⁵⁷ Ulrich Birch Eriksen, Markedsføringslovens § 1 – portræt af en generalklausul, 2013, side 191f.



Sammenfattende kan Scandlines konstatere, at Femern A/S tilsidesætter markedsføringsreglerne, ved at Femern A/S:

- har fremsat udtalelser om, at Scandlines vil indstille færgeruten, når Femernforbindelsen er etableret;
- har fremsat nedsættende udtalelser om Scandlines' ydelser; og
- i forbindelse med sin planlægning af Femernforbindelsen har indstillet til forringelse af adgangsforholdene til Rødby Havn og Puttgarden herunder nedlæggelse af jernbanedriften.

Femern A/S har ved sine misrekommanderende og nedsættende udtalelser overtrådt markedsføringslovens § 1 om god markedsføringsskik, lovens § 3, stk. 2, om vildledning og utilbørlig påvirkning samt lovens § 5, stk. 2, nr. 5, om forbud mod miskreditering og nedvurdering i forbindelse med sammenligninger.

Femern A/S har ved sin indstilling om forringelse af adgangsforholdene til havnene samt nedlæggelse af jernbanedrift overtrådt forbuddet mod utilbørlig fortrængning samt princippet om fair play på markedet i markedsføringslovens § 1. Femern A/S er derfor også på denne baggrund forpligtet til at efterkomme Scandlines' henstillinger som angivet under afsnit 4.

DEL II – Juridiske indsigelser, der knytter sig til Transportministeriet

8 Transportministeriet har som tilsynsmyndighed for Femern A/S tilsidesat forvaltningsretlige pligter og grundsatninger

Det følger af projekteringslovens §§ 2 og 5, at det overordnede ansvar for projekteringen tilkommer Transportministeriet, ligesom det følger af projekteringslovens § 4, at Transportministeriet har det overordnede ansvar for udarbejdelsen af VVM-redegørelsen.

Femern A/S forestår således projekteringen, herunder udarbejdelse af VVM-redegørelsen, på vegne af Transportministeriet. Dette underbygges også af den omstændighed, at Transportministeriet med hjemmel i projekteringslovens § 6, stk. 3 kan udstede generelle og specifikke instrukser til Femern A/S.

Udover Femern A/S selv er det derfor ultimativt Transportministeriet, der er ansvarlig for, at projekteringen herunder VVM-redegørelsen baseres på de nødvendige og korrekte oplysninger. Dette ansvar og tilsyn har Transportministeriet ikke levet op til, og de forvaltningsretlige indsigelser, der er redegjort for under afsnit 5, kan Transportministeriet derfor også drages til ansvar for.



Transportministeriet er på denne baggrund forpligtet til at efterkomme Scandlines' henstillinger som angivet under afsnit 4.

9 Transportministeriets tilsidesættelse af artikel 106 TEUF sammenholdt med artikel 102 TEUF

Artikel 106 TEUF sammenholdt med artikel 102 TEUF indebærer en forpligtelse for medlemsstaterne til ikke at foranledige, at en virksomhed i forbindelse med medlemsstatens tildeling eller udøvelse af en eneret misbruger sin dominerende stilling:

“[I]t is generally agreed that Article [106(1)] in combination with Article [102] also prohibits Member States from merely *inducing* their public or privileged undertakings to abuse their dominant position.”⁵⁸

Medlemsstatens ansvar efter artikel 106 er uafhængigt af og kan statueres parallelt med virksomhedens eget ansvar efter artikel 102:

“Both the State and the undertaking are liable for State-induced abuses.

...

It is therefore logical to establish in these cases two parallel potential liabilities: one for the State under Articles [106(1)] and [102] for having induced the undertaking to abuse; and one for the undertaking under Article [102] for having responded when it was not bound to do so.”⁵⁹

EU-Domstolen har ved anvendelsen af artikel 106 og artikel 102 udviklet en fast praksis ved situationer, hvor en privilegeret virksomhed ved udøvelse af en tildelt eneret søger at tiltage sig et beslægtet men dog særskilt marked. EU-Domstolens praksis om medlemsstaternes overtrædelse af artikel 106, jf. artikel 102 er senest bekræftet i sag C-553/12 P, DEI, hvor EU-Domstolen udtalte følgende:

⁴¹ Det bemærkes, at en medlemsstat i henhold til retspraksis tilsidesætter forbuddene i artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF, når den ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser skaber en situation, hvor en offentlig virksomhed eller en virksomhed, som den har indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder, ved den blotte udøvelse af de privilegerede rettigheder, som er indrømmet den, foranlediges til at udnytte sin dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug, eller såfremt rettighederne må antages at skabe en retstilstand, som medfører, at virksomheden gør sig skyldig i et sådant misbrug [...]. Det er i den forbindelse ikke en betingelse, at et misbrug faktisk fremkommer [...].

⁵⁸ Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, 2nd edition, 2007, side 608.

⁵⁹ Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, 2nd edition, 2007, side 608f.



42 Der foreligger således en overtrædelse af disse bestemmelser, når en foranstaltning, der kan tilregnes en medlemsstat, skaber en risiko for misbrug af en dominerende stilling [...]).

43 Det fremgår således af Domstolens praksis, at en ordning med ufordrejet konkurrence som den, der foreskrives i EF-traktaten, kun kan garanteres, hvis de forskellige erhvervsdrivende sikres lige muligheder [...]

44 Det følger heraf, at hvis de erhvervsdrivende ikke har lige muligheder, og konkurrencen dermed er fordrejet, og dette skyldes en statslig foranstaltning, udgør en sådan foranstaltning en tilsidesættelse af artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF [...]"

EU-Domstolens retspraksis indebærer, at Transportministeriet har tilsidesat artikel 106, jf. artikel 102 i relation til de beføjelser, der er tildelt Femern A/S.

Dette skyldes, at Transportministeriet har skabt en situation, hvor Femern A/S under planlægningsfasen – herunder som følge af Femern A/S' indstillingsret om adgangsforhold – har mulighed for at styrke sin kommercielle stilling i konkurrence med Scandlines. Dette kommer blandt andet til udtryk ved Femern A/S' forslag om nedgradering af den infrastruktur, der leder op til Rødby Færgehavn – og tilsvarende for så vidt angår adgangsforholdene til Puttgarden. Femern A/S' anvender således sin eneret og tildelte beføjelser til at styrke sin stilling på det beslægtede marked for transportydelser over Femern Bælt.

10 Konsekvenser af Femern A/S' og Transportministeriets adfærd

Det følger oven for, at Femern A/S og Transportministeriet:

- Tilsidesætter forvaltningsretlige garantiforskrifter, hvilket fører til diskrimination af Scandlines og favorisering af Femern.
- Overtræder konkurrencereglerne, hvilket ligeledes fører til diskrimination af Scandlines og favorisering af Femern A/S.
- Overtræder markedsføringsreglerne, hvilket fører til miskreditering af Scandlines og fremstiller Femern A/S og Femernforbindelsen på usaglig måde.

Femern A/S' adfærd har allerede nu medført uoprettelig skade dels på Scandlines' omdømme, dels ved, at en række politiske og forvaltningsmæssige må forventes truffet på et ufuldstændigt eller direkte forkert grundlag. Som følge af Femern A/S' adfærd har Scandlines derfor lidt betydelig skade, der må forventes at stige, såfremt Femern A/S og Transportministeriet opretholder sin usaglige og diskriminerende adfærd. Scandlines tager derfor



forbehold for erstatningskrav rettet mod Femern A/S og Transportministeriet for tilsidesættelse og overtrædelse af forvaltningsretlige principper, konkurrencelovgivningen og markedsføringsloven.

Annex

Annex nr.	
1	Scandlines høringssvar til VVM-redegørelsen
2	Udtalelse fra DTU af 5. maj 2014