



SVEA HOVRÄTT
Patent- och
marknadsöverdomstolen
Rotel 020110

DOM
2019-11-22
Stockholm

Mål nr
PMT 2216-18

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Patent- och marknadsdomstolens dom 2018-02-02 i mål PMT 16599-15, se bilaga A

PARTER

Klagande

Net at Once Sweden AB, 556506-3491
Box 177
351 04 Växjö

Ombud: Advokaterna J.M. och J.S.M. Sundbom

Motpart

Göteborg Energi Gothnet AB, 556406-4748
Box 53
401 20 Göteborg

Ombud: Advokaten K.A. och EU-advokaten R.M.F.

Ombud: Advokaten E.E.

SAKEN

Skadestånd på grund av missbruk av dominerande ställning

Domslut, se nästa sida.

Dok.Id 1519189

Postadress Box 2290 103 17 Stockholm	Besöksadress Birger Jarls Torg 16	Telefon 08-561 670 00 08-561 675 00	Telefax 08-21 93 27	Expeditionstid måndag – fredag 09:00–16:30
---	---	--	-------------------------------	---

E-post: svea.hovratt@dom.se
www.patentochmarknadsöverdomstolen.se

DOMSLUT

1. Patent- och marknadsöverdomstolen fastställer Patent- och marknadsdomstolens domslut.
 2. Net at Once Sweden AB ska ersätta Göteborg Energi Gothnet AB för rättegångskostnad i Patent- och marknadsöverdomstolen med 1 341 467 kr och ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från dagen för Patent- och marknadsöverdomstolens dom tills betalning sker. I beloppet ingår ombudsarvode med 1 224 984 kr.
-

och resa för Petter Berg med hänvisning till att det inte kan anses ha varit nödvändigt att under handläggningen i Patent- och marknadsöverdomstolen på nytt konsultera denne.

Ersättning för ombudsarvode ska bestämmas med hänsyn till bl.a. målets beskaffenhet och omfattning samt till den omsorg och skicklighet med vilken arbetet har utförts och alltså inte efter nedlagd tid. Även sådana omständigheter som tvisteföremålets värde och den betydelse som målets utgång i övrigt haft för parten kan beaktas (se NJA 1997 s. 854). Med hänsyn till målets omfattning och komplexitet bedömer Patent- och marknadsöverdomstolen att den yrkade kostnaden för ombudsarvode sammantaget får anses ha varit skäligen påkallad för tillvaratagandet av Gothnets rätt.

När det gäller kostnaderna för Sofia Söders, dvs parts eget arbete, konstaterar Patent- och marknadsöverdomstolen att flera av de poster som specificerats utgör sådana åtgärder som ombuden bör ha svarat för och således inte ankommit på parten. Det kan alltså inte anses ha varit motiverat att i anledning av rättegången lägga ned tid och arbete i den omfattning som det begärts ersättning för. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen får en kostnad om 75 000 kr anses skälig.

Inte heller kan kostnaden i Patent- och marknadsöverdomstolen i fråga om utlägg till Petter Berg anses ha varit motiverad.

Sammantaget leder det anförda till att Gothnet ska tillerkännas ersättning för rättegångskostnad i Patent- och marknadsöverdomstolen med 1 341 467 kr (1 224 984 kr + 75 000 kr + 41 483 kr).

Det kontrakt som upphandlades skulle gälla för perioden 1 januari 2010 – 31 december 2012, med möjlighet till två års förlängning. Avtal skulle ingås med en leverantör. Upphandlingen utannonserades den 15 juni 2009. Sista anbudsdag var den 25 augusti 2009.

Upphandlingen avsåg 556 fiberförbindelser och 795 kopparförbindelser av varierande bandbredd till vissa angivna adresser. Förfrågningsunderlaget gav även möjlighet för Göteborgs stad att avropa ytterligare 350 fiberförbindelser och 600 kopparförbindelser samt att avropa konvertering av samtliga specificerade 795 kopparförbindelser till fiberförbindelser. Slutligen fanns enligt förfrågningsunderlaget en möjlighet för Göteborgs Stad att avropa tilläggstjänster i form av s.k. customer premises equipment (CPE), fastighetsnät och konsulttjänster.

I upphandlingen föreskrevs att endast ett helt anbud skulle komma att antas. Det var alltså inte möjligt att lämna anbud endast avseende t.ex. de i upphandlingen ingående kopparförbindelserna. Grunden för tilldelning av kontrakt var lägsta pris.

Utvärderingen av anbuderna skedde i tre steg under perioden augusti–oktober 2009. Inför steg två och tre i upphandlingen fick anbudsgivarna möjlighet att justera sina anbudspriser. Anbudsgivarna fick emellertid inte reda på hur många anbud som lämnats och inte heller de övriga anbudsgivarens identitet. Inför steg två och tre fick anbudsgivarna däremot veta på vilken plats deras anbud låg i förhållande till de som lagt bättre anbud.

GothNet, Net at Once och DGC Access AB (DGC) lämnade inledningsvis anbud i upphandlingen, men DGC drog sig ur efter det första steget. Eftersom GothNet:s slutliga bud (39 827 832 kr) var lägre än Net at Once:s slutliga bud (36 874 051 kr) tilldelades GothNet den 12 oktober 2009 som enda leverantör kontraktet. Kontraktet kom att förlängas med två år varför det sammantaget kom att löpa under fem år med start den 1 januari 2010.

Före 2009 års upphandling hade Göteborgs stad under 2004 genomfört en upphandling av fasta datakommunikationstjänster av varierande bandbredd för Göteborgs stads kommunala verksamheter. Den upphandlingen avsåg perioden 1 januari 2005 – 31 december 2007 med möjlighet till två års förlängning. Efter att GothNet och TeliaSonera Sverige AB lämnat anbud i nämnda upphandling träffade Göteborgs stad ramavtal med båda företagen. Kort därefter skedde en förnyad konkurrensutsättning och Göteborgs stad valde vid denna GothNet som ensam leverantör av hela Göteborgs stads behov av datakommunikationstjänster till och med utgången av år 2009.

Allmänt om marknadsförhållandena

Vad gäller marknadsavgränsningen är parterna överens om att det för de aktuella tjänsterna finns en grossistmarknad avseende tillträde till nätinфраstruktur för bredbandstjänster och en slutkundsmarknad för tillhandahållande av fasta datakommunikationstjänster till slutkund. Parterna är också överens om att GothNet i förhållande till Net at Once har varit verksam i grossistledet.

Vad gäller kopparförbindelser var den underliggande infrastrukturen för dessa TeliaSonera Skanova Access AB:s (Skanova) kopparaccessnät. En operatör som önskade erbjuda datakommunikationstjänster via koppar kunde därför köpa nätinфраstruktur tillträde från Skanova. Det var vid den aktuella tidpunkten även möjligt att köpa tillträde via förädlade kopparförbindelser av bl.a. TDC Sverige AB och TeliaSonera Sverige AB, som i sin tur köpte tillträde till den s.k. råkopparen av Skanova.

För kopparförbindelser fanns det en regulatorisk skyldighet av innebörden att Skanova måste erbjuda tillträde i grossistledet på icke-diskriminerande villkor.

För att kunna delta i 2009 års upphandling var det nödvändigt att ha tillgång till såväl koppar- som fiberinfrastruktur. GothNet hade vid tiden för upphandlingen egen

fiberinfrastruktur som täckte delar av Göteborgs stads behov, men behövde även hyra fiberförbindelser från tredje man.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Net at Once har i första hand yrkat att Patent- och marknadsdomstolen ska förplikta GothNet att till Net at Once betala 37 424 314 kr samt ränta på kapitalbeloppet enligt 6 § räntelagen från den 16 februari 2012 till dess full betalning sker.

Net at Once har i andra hand yrkat att Patent- och marknadsdomstolen ska förplikta GothNet att till Net at Once betala 38 406 601 kr samt ränta på kapitalbeloppet enligt 6 § räntelagen från den 18 december 2015 till dess full betalning sker.

GothNet har bestritt käromålet. GothNet har inte vitsordat något belopp som skäligt i och för sig. Ränta har vitsordats på det sätt som framgår av domsbilaga 1.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

GRUNDER

Net at Once

Den relevanta produktmarknaden

Den relevanta marknaden är marknaden för försäljning av tillträde i grossistledet till fiberförbindelser inom ramen för den aktuella upphandlingen av förbindelser för datakommunikation för Göteborgs stad.

Eftersom det i upphandlingen (när det fortsättningsvis talas om ”upphandlingen” avses 2009 års upphandling av Göteborgs stad om inget annat anges) ställdes krav på leverans av fiberförbindelser utgjorde inte andra produkter såsom kopparförbindelser eller mobila nätverk relevanta substitut för de operatörer som avsåg att lämna anbud i upphandlingen.

Den relevanta geografiska marknaden

Den relevanta geografiska marknaden var begränsad till de i upphandlingen ingående fiberförbindelserna. Detta innefattade de 556 specificerade adresserna för fiberförbindelser, de 795 adresser där konvertering från koppar till fiber kunde bli aktuellt och de 350 ospecificerade adresser som kunde komma att omfattas av nyinstallation enligt en option i förfrågningsunderlaget.

Andra geografiska områden eller adresser var inte relevanta substitut.

Dominerande ställning

GothNet hade vid den aktuella tidpunkten egna fiberförbindelser till cirka 80 procent av de i upphandlingen specificerade adresserna för fiberförbindelser (441 av 556) och var i realiteten den enda aktör som kunde tillhandahålla de fiberförbindelser som omfattades av upphandlingen.

Andra företag, exempelvis företag inom TeliaSonera-koncernen, saknade förutsättningar att erbjuda Net at Once ett konkurrenskraftigt pris på fiberförbindelserna i upphandlingen.

Net at Once kunde inte ha använt sig av en kombination av flera olika leverantörer i upphandlingen, eftersom varje kombination måste inbegripa GothNet och GothNet krävde exklusivitet för att leverera fiberförbindelserna.

GothNet hade en särställning i upphandlingen vad gällde en nödvändig insatsvara för företag som önskade att delta i upphandlingen och var en oundgänglig handelspartner för övriga anbudsgivare.

Mot den bakgrunden hade GothNet inför och i samband med upphandlingen en ställning som tillät företaget att agera oberoende i förhållande till konkurrenter och kunder. GothNet:s prissättning av fiberförbindelserna i grossist- och slutkundsledet visar också att GothNet kunde sätta en effektiv konkurrens ur spel.

GothNet hade således en dominerande ställning på den relevanta marknaden, även om marknaden skulle definieras på ett annat sätt än det Net at Once gjort gällande.

Missbruk genom prisdiskriminering

GothNet har inför och i samband med upphandlingen missbrukat sin dominerande ställning på den relevanta marknaden genom att inom ramen för den aktuella upphandlingen tillämpa lägre priser i förhållande till Göteborgs stad än i förhållande till Net at Once. Missbruket medförde såväl potentiella som konkreta konkurrensbegränsande effekter.

Missbruket bestod i att GothNet tillämpade lägre priser för fiberförbindelser i förhållande till Göteborgs stad än i förhållande till Net at Once avseende samma fiberförbindelser, trots att erbjudandet till Net at Once avsåg grossistledet och inte slutkundsledet och att leveransen till Göteborgs stad var förenad med tillkommande detaljistkostnader och därmed var dyrare att producera än den grossistprodukt som erbjöds Net at Once.

Bedömningen om missbruk föreligger ska baseras på är de priser avseende fiberförbindelser (dvs. priserna för fiberförbindelserna i upphandlingen och priserna för konvertering av kopparförbindelserna i upphandlingen) som GothNet den 20 augusti 2009 och den 24 september 2009 erbjöd Net at Once i grossistledet för

vidareförsäljning till Göteborgs stad. Dessa priser ska jämföras med de priser avseende samma fiberförbindelser som GothNet erbjöd Göteborgs stad i sitt slutliga anbud i upphandlingen.

Oavsett om jämförelsen görs avseende varje enskild fiberprodukt, dvs. på individuell nivå, eller avseende samtliga erbjudna fiberförbindelser tillsammans, dvs. på aggregerad nivå, är det fråga om lägre priser i förhållande till Göteborgs stad än i förhållande till Net at Once.

Prissättningen syftar objektivt sett till utestängning av lika effektiva konkurrenter. Agerandet medförde en konkurrensnackdel för Net at Once som bestod i att Net at Once hade sämre förutsättningar än GothNet att vinna upphandlingen. Prissättningen medförde att konkurrenter som var lika effektiva som GothNet inte kunde vinna upphandlingen eller, i vart fall, artificiellt skulle fått en minskad lönsamhet för det fall de ändå hade möjlighet att vinna upphandlingen. Prissättningen medförde även att Net at Once inte lyckades vinna upphandlingen.

Missbruk genom marginalklämning

Alternativt missbrukade GothNet sin dominerande ställning på marknaden genom att tillämpa priser för fiberförbindelser i grossistledet (till Net at Once) och priser för fiberförbindelser i slutkundsledet (till Göteborgs stad) som innebar att marginalen mellan dessa priser var negativ.

Missbruket medförde såväl potentiella som konkreta konkurrensbegränsande effekter.

Missbruket bestod i att prissättningen var oskäligen eftersom den innebar marginalklämning. Vad gäller tillämpade priser och effekterna av agerandet hänvisas till vad som anförts om prisdiskriminering.

Missbruk genom oskäligen avtalsvillkor

För det fall domstolen skulle komma fram till att GothNets erbjudande till Net at Once inte uppfyllde stadens krav i upphandlingen, utgjorde GothNets agerande missbruk av dominerande ställning i form av oskäligen avtalsvillkor/villkorsklämning. Detta genom att GothNet i grossistledet erbjöd Net at Once tekniska villkor och servicenivåer som inte uppfyllde kraven i upphandlingen, samtidigt som GothNet uppfyllde dessa krav i slutkundsledet.

Missbruket fick till följd att Net at Once inte uppfyllde kraven enligt Göteborgs stads förfrågningsunderlag och att ett avtal mellan Göteborgs stad och Net at Once inte hade bestått. Alternativt hade Net at Once varit tvunget att lägga ner stora kostnader på att anpassa sitt anbud.

Missbruket förutom hade Net at Once vunnit upphandlingen och fullgjort avtalet utan att behöva lägga ned sådana kostnader som GothNet gör gällande.

Inga objektivt godtagbara skäl

Det fanns inte objektivt godtagbara skäl för GothNet:s prissättning.

Det innebar inte merkostnader för GothNet att sälja till Net at Once. Tvärtom var det förenat med merkostnader för GothNet att tillhandahålla förbindelser i slutkundsledet.

GothNet:s prissättning i grossist- respektive slutkundsledet innebar en snedvridning och begränsade konkurrensen och medförde inte några fördelar för kunden Göteborgs stad. Priset har inte blivit lägre på grund av missbruket som syftade till utestängning av konkurrenter.

Samhandelseffekt

Den aktuella upphandlingen avsåg ett betydande värde och annonserades inom EU:s databas TED, vilket innebar att det fanns en möjlighet för utländska aktörer att delta i upphandlingen. Många företag inom datakommunikationsbranschen bedriver verksamhet i flera länder. Redan mot den bakgrunden har agerandet kunnat påverka handeln mellan medlemsstater.

Uppsåt/oaktsamhet

GothNet har haft kännedom om de omständigheter som utgör missbruket. GothNet borde i vart fall ha förstått att agerandet var konkurrensbegränsande. Överträdelsen har därför skett uppsåtligt, eller i vart fall av oaktsamhet.

Skadestånd

Om GothNet hade tillämpat samma pris i slutkundsledet i förhållande till Göteborgs stad som GothNet tillämpade i grossistledet i förhållande till Net at Once, hade GothNet:s anbudspris till Göteborgs stad väsentligen överstigit Net at Once:s pris till Göteborgs stad i upphandlingen. Net at Once hade missbruket förutan vunnit upphandlingen. Net at Once har därför lidit skada i form av utebliven vinst som uppgår till yrkat belopp.

Ränteyrkandet

Net at Once har den 17 januari 2012 krävt GothNet på skadestånd på grund av det missbruk som görs gällande i målet och lagt fram den utredning som med hänsyn till omständigheterna skäligen kunde begäras av företaget. Därigenom har det uppkommit en skyldighet för GothNet att betala ränta enligt räntelagen från och med den 16 februari 2012.

För det fall ränta inte ska löpa från ovannämnda datum ska ränta i stället löpa från den 18 december 2015, dvs. 30 dagar efter den dag då GothNet ostridigt fått del av den utredning som med hänsyn till omständigheterna skäligen kunde begäras.

GothNet

Den relevanta produktmarknaden

Den relevanta marknaden vid tidpunkten för det påstådda missbruket var den nationella marknaden för nätinfrastruktur tillträde avseende fysiskt tillträde i grossistledet till såväl kopparbaserad som fiberbaserad infrastruktur för bredbandstjänster.

Efterfrågan i grossistledet var skild från efterfrågan i slutkundledet.

Fiber- och kopparförbindelser var utbytbara i sådan utsträckning att de ingick i samma produktmarknad.

Den relevanta geografiska marknaden

Den geografiska marknaden var nationell. I vart fall omfattade den geografiska marknaden hela Göteborgsregionen. Efterfrågan på tillträde i grossistledet var likartad över hela landet.

Konkurrensförhållandena för de i förfrågningsunderlaget angivna adresserna skiljde sig inte på något signifikant sätt från konkurrensförhållandena avseende andra adresser i Göteborgsregionen eller landet som helhet.

Tillträde till fiberförbindelser efterfrågades generellt sett över hela landet. Det finns företag som tillhandahöll sådant tillträde som var verksamma i hela eller flera olika delar av landet. Företag som var verksamma på marknaden, men saknade förbindelser

till en eller flera av de av Göteborgs stad efterfrågade adresserna, hade lika goda möjligheter som GothNet att anlägga nya förbindelser till dessa adresser. Detta talar för att dessa företag konkurrerade på samma relevanta marknad som GothNet.

Göteborgs stads efterfrågan avseende fiberförbindelser i den aktuella upphandlingen var vidare inte begränsad till de i förfrågningsunderlaget angivna adresserna.

I förfrågningsunderlaget angavs 556 adresser där Göteborgs stad efterfrågade fiberförbindelser. Göteborgs stad efterfrågade även optioner på ytterligare 350 fiberförbindelser till adresser som inte angavs i förfrågningsunderlaget. Slutligen efterfrågades optioner på konvertering av 795 befintliga kopparförbindelser till fiberförbindelser.

Göteborgs stads efterfrågan avsåg vidare adresser utanför Göteborgs stads gränser eftersom Göteborgs stad upphandlade förbindelser även för stadens verksamheter på annan ort.

Göteborgs stads efterfrågan förändrades även över tid genom att adresser tillkom och föll bort och att kopparanslutningar konverterades till fiber. Stadens efterfrågan var alltså inte fixerad till en viss förbindelsetyp eller viss adress.

Dominerande ställning

Det bestrids att GothNet hade en dominerande ställning på någon relevant marknad år 2009.

GothNet var inte det enda företag som kunde tillhandahålla de aktuella fiberförbindelserna. Det fanns flera alternativa leverantörer av fiberaccess, bland annat företag inom TeliaSonera-koncernen, som faktiskt eller potentiellt kunde tillhandahålla sådana förbindelser.

GothNet konkurrerade med ett antal företag som tillhandahöll eller kunde tillhandahålla tillträde i grossistledet till fiberförbindelser för datakommunikation i Sverige, däribland Göteborg. Kostnad och tidsåtgång för att anlägga fiberförbindelser var sådana att andra företag utövade ett reellt konkurrenstryck på GothNet. GothNet:s marknadsandel på marknaden för fasta datakommunikationstjänster till slutkund i Sverige uppgick år 2009 till drygt en procent. Mot den bakgrunden är det uteslutet att GothNet varit dominerande på en nationell grossistmarknad.

Även på en lokal marknad som endast omfattar Göteborgsområdet var GothNet:s marknadsandel begränsad. Skanovas marknadsandel var ungefär dubbelt så stor som GothNet:s.

En leverantör av fiberförbindelser kan inte agera oberoende av leverantörer av kopparförbindelser eftersom dessa i stor utsträckning utgör substitut. Prissättningen av fiber- och kopparförbindelser i grossistledet var även relaterade till varandra på så sätt att kunderna på grossistmarknaden behövde tillgång till såväl fiber som koppar för att kunna lämna anbud till staden. Eftersom anbuden prissattes som ett paket hade grossistpriset på fiber och grossistpriset på koppar en ömsesidig påverkan på grossistkundernas betalningsvilja.

GothNet var inte heller, till skillnad från företag inom TeliaSonera-koncernen, underställt några regulatoriska skyldigheter.

Missbruk genom prisdiskriminering

Prisdiskriminering förutsätter att det är fråga om likvärdiga transaktioner. Den tjänst som Net at Once efterfrågade från GothNet i grossistledet var inte likvärdig med den tjänst som slutkunden Göteborgs stad efterfrågade i upphandlingen. Slutkundstjänsten till Göteborgs stad hade en högre förädlingsgrad med kundanpassade specifikationer än den mer standardiserade grossisttjänst som Net at Once efterfrågade när ramavtalet mellan parterna upprättades i januari 2009.

Grossisttjänsten kunde inte vidareförsäljas i oförändrat skick utan var en insatsvara som Net at Once hade behövt förädla för att kunna leverera till Göteborgs stad efterfrågade. Vid bedömning om det föreligger prisdiskriminering ska även priserna på kopparförbindelser beaktas.

Missbruk genom marginalklämning

En prisjämförelse kan inte göras eftersom det var fråga om olika slags tjänster, som inte var jämförbara. En eventuell prisjämförelse ska dessutom göras på ett annat sätt, nämligen på aggregerad nivå för allt som Göteborgs stad efterfrågade i slutkundsledet inklusive kopparförbindelser. Om detta görs är det tydligt att Net at Once hade kunnat vinna upphandlingen och få ett positivt resultat på sitt anbud.

Oskäliga avtalsvillkor m.m.

Den tjänst som GothNet erbjöd Net at Once i ramavtalet från januari 2009 var en insatsvara som Net at Once kunde förädla. Erbjudandet speglade Net at Onces förfrågan.

Göteborgs stads förfrågningsunderlag publicerades i juni 2009. Den tjänst som Göteborgs stad efterfrågade var en kundspecifik förbindelse som avvek från förbindelsen i ramavtalet mellan Net at Once och GothNet. Net at Once framställde inget önskemål till GothNet om förändrad teknisk specifikation för insatsvaran i förhållande till ramavtalet. GothNets agerande att lämna en offert baserad på specifikationerna i ramavtalet kan därför inte anses utgöra villkorsklämning.

Objektivt godtagbara skäl

GothNet hade som befintlig leverantör möjlighet att ge Göteborgs stad ett konkurrenskraftigt pris samtidigt som GothNet hade haft betydande merkostnader för att etablera nya förbindelser som underleverantör till Net at Once.

Samhandelseffekt

Inga utländska företag är verksamma på den relevanta marknaden eller i efterföljande marknadsled. Därför saknas en effekt på samhandeln. Vidare har en eventuell överträdelse inte hindrat utländska företag från att inträda på marknaden därför saknas även en potentiell effekt på samhandeln.

Uppsåt/oaktsamhet

En eventuell överträdelse har inte skett uppsåtligen eller av oaktsamhet. Det fanns ingen avsikt att utestänga Net at Once. GothNet agerade med aktsamhet vid sina kontakter med Net at Once och vid utarbetandet av sitt anbud till Göteborgs stad.

Skadestånd

Även om Net at Once hade vunnit upphandlingen skulle Göteborgs stad sannolikt ha nekat bolaget ett avtal, eller hävt avtalet, på grund av att Net at Once inte uppfyllde samtliga skallkrav. Om avtalet hade fullföljts hade det inneburit en förlust för Net at Once. Bolaget har därför inte lidit någon skada.

Net at Once har inte heller begränsat sin skada, eftersom Net at Once inte ansökte om överprövning av upphandlingen, vilket kunnat öka konkurrensförutsättningarna exempelvis genom att tillåta anbud endast för fiber- eller kopparförbindelser.

Net at Once frågade heller inte GothNet efter förbindelser med de tekniska specifikationer som angavs i upphandlingen och tog inte initiativ till en förhandling med GothNet efter GothNets offerter till Net at Once i augusti och september 2009.

Net at Once efterfrågade vidare inte pris för delar av förbindelserna från GothNet och kontaktade inte heller andra tänkbara leverantörer före anbudslämnandet till staden.

Ränteyrkandet

Net at Once lade inte den 17 januari 2012 fram den utredning som skäligen kunde begäras av företaget, eftersom det dokument som översändes till GothNet inte innehöll uppgift om skadans storlek eller yrkat belopp. Alla sifferuppgifter var vidare maskerade och någon dokumentation över skadeberäkningen överlämnades inte. GothNet fick inte del av någon sådan utredning förrän den 18 november 2015, vad avsåg då framställt ersättningsyrkande. Därefter har Net at Once ändrat sin talan vid ett flertal tillfällen.

UTVECKING AV TALAN

Net at Once

Net at Once har varit aktiv som internetleverantör på marknaden sedan 1997 och är en etablerad, vinstgivande och långsiktigt framgångsrik aktör. Företagets kundstock består av privatpersoner, bostadsföreningar, kommuner och företag. Verksamhet bedrivs i hela Sverige.

GothNet vann en av Göteborgs stad genomförd upphandling 2004 avseende en tjänst som motsvarade den som efterfrågades i den i målet aktuella upphandlingen. Företaget fick därmed möjligheten att etablera en kundunik lösning för Göteborgs stad och upprätta en organisation för att leverera det Göteborgs stad efterfrågade. Detta innebar

bland annat en byggnad ut fiberinfrastruktur med tillhörande utrustning för den typ av tjänst som Göteborgs stad sedan efterfrågade i upphandlingen 2009.

I upphandlingen 2009 gick Göteborgs stad noggrant igenom anbudsgivarnas tekniska förutsättningar att genomföra de åtaganden som ingick i upphandlingen. Net at Once träffade i det sammanhanget företrädare för Göteborgs stad. Staden bedömde att företaget uppfyllde kraven i upphandlingen varför företagets anbud gick vidare till utvärdering.

Marknaden och GothNets position

Net at Once hade tillgång till nödvändiga kopparförbindelser genom avtal med Skanova. För att lämna anbud i upphandlingen behövdes emellertid tillgång även till fiberinfrastruktur. GothNet var den enda aktör som hade byggt ut en fiberinfrastruktur som var anpassad för Göteborgs stads specifika behov.

Efterfrågan i grossistledet var direkt kopplad till de fiberförbindelser som efterfrågades i stadens förfrågningsunderlag. I underlaget angavs förbindelserna med specifika adresser.

Eftersom tillgång till fiberförbindelser krävdes i upphandlingen var andra produkter, som kopparförbindelser eller mobila nätverk, inte relevanta substitut för de operatörer som avsåg att lämna anbud i upphandlingen.

Behovet av tillgång till fiberförbindelser gjorde att Net at Once kontaktade GothNet med vilket företag Net at Once den 21 januari 2009 hade tecknat ett avtal (Ramavtalet) som fastställdes riktpriiser för tillträde i grossistledet till fiberförbindelser.

GothNet hade vid upphandlingstillfället egna fiberförbindelser till 441 av de 556 adresser som specificerats i förfrågningsunderlaget. Företaget intog därmed en särställning i upphandlingen vad gäller tillgång till en nödvändig insatsvara.

TeliaSonera International Carrier Sweden AB förklarade också på förfrågan från Net at Once att företaget saknade förutsättningar att erbjuda Net at Once pris som var konkurrenskraftigt inom ramen för upphandlingen. Vidare förklarade Skanova att de inte kunde leverera till alla adresser som angavs i upphandlingen. Där leverans kunde ske var priserna alltför höga och inkluderade en hög engångsavgift. Detta medförde att detta alternativ inte var konkurrenskraftigt.

Förutsättningarna för GothNets grossisterbjudande till Net at Once i anledning av upphandlingen

Ramavtalet, som inte var framtaget för den i målet aktuella upphandlingen, reglerade Net at Once rätt att löpande avropa individuella fiberförbindelser till sina kunder. Vidare angavs riktpriiser och nivån för anslutningsavgift, vilken styrdes av om det fanns en etablerad förbindelse och utrustning eller inte.

GothNet tog i augusti 2009, dvs. i tiden efter det att Ramavtalet ingicks, fram ett erbjudande till Net at Once (inklusive rabatterade priser) specifikt för att möta Göteborgs stads krav i upphandlingen.

Det fanns inga tekniska eller andra hinder för GothNet att erbjuda Net at Once en grossisttjänst som baserades på slutkundstjänsten Göteborgs stad efterfrågade och som kunde vidareförsäljas till staden av Net at Once. Enligt Net at Once var det dyrare för GothNet att leverera i slutkundsledet än grossistledet. Det är också givet att när det finns en befintlig fiberinfrastruktur så används den. Förutsättningen för de priser som gavs i erbjudandet i augusti 2009 var vidare att samtliga befintliga fiberförbindelser skulle levereras av GothNet.

GothNets prissättning gentemot Net at Once och Göteborgs stad

GothNet lämnade den 20 augusti 2009 och den 24 september 2009 erbjudanden till Net at Once angående tillträde till fiberförbindelser. Erbjudandena hade specifikt tagits

fram för att kunna användas i ett anbud till Göteborgs stad. Det var alltså klart att den grossisttjänst som efterfrågades var avsedd att säljas vidare till staden inom ramen för den aktuella upphandlingen.

Till cirka en tredjedel av adresserna som omfattades av upphandlingen var konvertering av kopparförbindelser till fiber nödvändig. GothNet skulle som ägare till stadsnätet utföra bytet mot en engångskostnad. Detta omfattades av erbjudandet från den 24 september 2009.

De priser som skulle gälla enligt prislistan för de befintliga förbindelserna innefattade för de flesta fiberförbindelser en installationsavgift om 4 000 kr per adress och en kvartalsavgift avseende tillgång till nätkapaciteten.

Installationsavgiften uppgick, fördelat över 36 månader, till drygt 111 kr per månad. Kvartalsavgifternas storlek varierade beroende på vilken kapacitet som avsågs. Omräknade till månadsavgifter uppgick dessa till 5 600 kr per månad för 1 000 mbit/s, 3 000 kr per månad för 100 mbit/s, samt 2 000 kr per månad för 10 mbit/s och lägre.

För de sträckor där en konvertering av koppar till fiber var nödvändig specificerades en engångskostnad som varierade mellan sträckorna enligt en särskild prislista.

GothNet:s vinnande anbud innebar att Göteborgs stad fick köpa fiberförbindelser om 1 000 mbit/s för 4 900 kr per månad, 100 mbit/s för 2 350 kr per månad, 10 mbit/s för 1 950 kr per månad, 4 mbit/s för 1 325 kr per månad och 2 mbit/s för 700 kr per månad.

GothNet:s anbudspris för fiberförbindelserna i slutkundsledet var således väsentligt lägre än de grossistpriser som GothNet hade erbjudit Net at Once. Missbruket kan konstateras utan att GothNet:s tillkommande kostnader i detaljistledet behöver beaktas.

I tabellen nedan redovisas det grossistpris, angivet per förbindelse och månad, som GothNet tillämpade mot Net at Once. Grossistpriset består av GothNet:s pris för tillgång till kapaciteten och GothNet:s installationsavgift, utslagen per månad under den initiala kontraktperioden om 36 månader.

	Grossistpris: GothNet till Net at Once	Slutkundpris: GothNet till Göteborgs stad	Prisskillnad (kr)
Bandbredd	Grossistpris per förbindelse och månad	Slutkundpris per förbindelse och månad	Prisskillnad per förbindelse och månad
2 Mbit/s	2 111 kr	700 kr	- 1 411 kr
4 Mbit/s	2 111 kr	1 325 kr	- 786 kr
10 Mbit/s	2 111 kr	1 950 kr	- 161 kr
100 Mbit/s	3 111 kr	2 350 kr	- 761 kr
1 000 Mbit/s	5 711 kr	4 900 kr	- 811 kr

Dessutom har GothNet för ett antal specifika fiberförbindelser i förhållande till Göteborgs stad angett ett pris om 1 kr, samtidigt som grossistpriset för motsvarande förbindelse till Net at Once har angetts till antingen 2 000 kr eller 3 000 kr. Detta, och den prisskillnad det leder till, framgår av nedanstående tabell.

	Grossistpris: GothNet till Net at Once	Slutkundpris: GothNet till Göteborgs stad	Prisskillnad (kr)
Adress	Grossistpris per förbindelse och månad	Slutkundpris per förbindelse och månad	Prisskillnad per förbindelse och månad
Engelbrektsgatan 69–71	3 111 kr	1 kr	- 3 110 kr
Glöstorpsvägen 43	3 111 kr	1 kr	- 3 110 kr
Högaffelsgatan	2 111 kr	1 kr	- 2 110 kr
Muskotgatan 2B	2 111 kr	1 kr	- 2 110 kr
Stampgatan 15	2 111 kr	1 kr	- 2 110 kr
Styrmansgatan 21	2 111 kr	1 kr	- 2 110 kr
Tideräkningsgatan 3	2 111 kr	1 kr	- 2 110 kr
Von Utfallsgatan 29	3 111 kr	1 kr	- 3 110 kr
Vårväderstorget 3	2 111 kr	1 kr	- 2 110 kr

Även avseende priserna för konvertering av koppar till fiber understeg GothNet:s anbud till Göteborgs stad de priser som hade erbjudits till Net at Once. GothNet har,

med vissa undantag, genomgående uppgett mellan 20 och 33 procent lägre pris för konvertering i anbudet till Göteborgs stad än vad som gjorts i förhållande till Net at Once. På tre adresser (Åkarevägen, Älvängen och Ängsvaktaregatan) har GothNet angett konverteringspriset 1 kr i anbudet till kommunen.

Upphandlingen innehöll 556 befintliga fiberförbindelser, med angivna adresser. Den totala anbudssumman för dessa 556 fiberförbindelser i GothNets anbud till Göteborgs stad var 13 637 592 kr för 12 månader. GothNets grossistpris till Net at Once på de 556 befintliga fiberförbindelserna uppgick till totalt 18 100 533 kr för 12 månader. Skillnaden mellan GothNets anbudspris till Göteborgs stad och GothNets grossistpris till Net at Once avseende de befintliga fiberförbindelserna var alltså 4 462 941 kr för 12 månader, vilket Göteborgs stads anbudsutvärdering baserades på.

GothNets vinnande anbud till Göteborgs stad uppgick enligt anbudsutvärderingen till totalt 36 874 051 kr på årsbasis. Net at Once anbud i tredje och sista anbudsomgången uppgick till 39 827 832 kr på årsbasis enligt anbudsutvärderingen. Prisdifferensen mellan GothNets vinnande anbud och Net at Once anbud var alltså 2 953 781 kr, vilket framgår av Göteborgs stads anbudsutvärdering.

Mot bakgrund av det ovanstående kan konstateras att redan differensen mellan GothNets grossist- och slutkundspris avseende enbart de befintliga fiberförbindelserna är så stor som 4 462 941 kr på årsbasis (vilket anbudsutvärderingen baserades på) att slutsatsen kan dras att Net at Once med god marginal hade haft det lägsta anbudspriset i förhållande till Göteborgs stad om GothNet hade tillämpat samma pris i slutkundsledet i förhållande till Göteborgs stad som GothNet tillämpade i grossistledet i förhållande till Net at Once.

En hypotetisk prisjustering innebärande samma prisnivå i förhållande till Net at Once och Göteborgs stad avseende enbart de befintliga fiberförbindelserna hade medfört att Net at Once anbud enligt anbudsutvärderingen varit 1 509 160 kr lägre (2 953 781 - 4 462 941) än GothNets anbud. Net at Once hade då vunnit den aktuella

upphandlingen. Den slutsatsen kan alltså dras redan utifrån prissättningen på de befintliga fiberförbindelserna.

Slutkundstjänsten, som levererades till Göteborgs stad, var förenad med större kostnader än den grossisttjänst som GothNet erbjöd Net at Once. Det saknas därför objektivet godtagbara skäl för GothNets prissättning.

Net at Once skada

Net at Once skulle ha vunnit den aktuella upphandlingen och beräkningen av skada utgår från en jämförelse mellan ett hypotetiskt och verkligt händelseförlopp.

Samtliga de tilläggstjänster som Göteborgs stad avropade i anslutning till kontraktet låg inom Net at Once normala verksamhet och ska tas med i det ekonomiska utfallet om Net at Once vunnit upphandlingen.

Sammantaget medför detta att en skadeberäkning har att ta sin utgångspunkt i

- (i) Net at Once sist avgivna bud (basen för intäktsberäkningen),
- (ii) de grossistpriser som Net at Once fått offererade från GothNet (fiber) Skanova (koppar) utgör basen för kostnadsberäkningen,
- (iii) staden skulle ha avropat samma tjänster och produkter av Net at Once som avropades av GothNet och som var relaterade till upphandlingen (tilläggsfaktureringen), och
- (iv) kontraktet förlängdes med två år.

En sådan beräkning leder till slutsatsen att Net at Once uteblivna vinst uppgår till 38 406 601 kr. Diskoterat värde per den 16 februari 2012 uppgår till 37 424 314 kr.

GothNet

När Göteborgs stad utannonserade upphandlingen 2009 var GothNet den befintliga leverantören av den aktuella tjänsten till staden. Som underleverantörer använde sig GothNet av TDC Sverige AB (TDC) och ett företag i TeliaSonera-koncernen (TeliaSonera Sverige AB).

Först vid utannonseringen av upphandlingen 2009 stod det klart för GothNet att staden önskade en enda leverantör för samtliga förbindelser. Det var också först vid denna tidpunkt som det stod klart för GothNet att det under avtalsperioden kunde bli aktuellt att ersätta kopparförbindelser med fiberförbindelser och nyetablering av fiberförbindelser.

GothNet hade tillgång till fiberförbindelser till många, men inte alla, av de adresser som i förfrågningsunderlaget skulle ha tillgång till sådana förbindelser. Det skulle alltså krävas nyanläggning av fiberförbindelser eller underleveranser av annan nätägare, såsom t.ex. företag i TeliaSonera-koncernen, för att nå samtliga adresser.

Det anbud som lämnades av GothNet i upphandlingen prissattes av företaget utifrån kalkylerade kostnader, lönsamhetskrav, kunskap om GothNets föregående avtal med Göteborgs stad, det faktum att GothNet i egenskap av befintlig leverantör endast skulle ha relativt begränsade omställningskostnader vid en ny avtalsperiod samt de offerter som inkommit från TDC och TeliaSonera Sverige AB om underleveranser av framför allt kopparförbindelser.

Marknaden

Vid tidpunkten för upphandlingen fanns det i Göteborgsregionen ett flertal företag som erbjöd fiberförbindelser. Det var bland annat Skanova inom TeliaSonera-koncernen, IP-Only AB, TDC, Telenor Sverige AB, Tele2 Sverige AB och DGC. Utöver dessa

företag fanns det ett antal fastighetsägare och företag som också erbjöd sådana förbindelser.

Omfattningen av de olika företagens fibernät varierade och var i många fall under utbyggnad. Det fanns därför flera alternativa leverantörer av fiberförbindelser som Net at Once kunde vänt sig till inför upphandlingen. I de fall de aktuella leverantörerna saknade fiberförbindelser till enskilda adresser fanns möjlighet att anlägga sådana förbindelser. Redan etablerade fiberföretag kunde bygga ut sina nät, och helt nya aktörer kunde träda in på marknaden.

Fibernäten är inte statiska utan de är föremål för ständig utveckling. Om en nätägare saknar anslutning till en viss adress men har en kopplingspunkt i närheten är det fullt möjligt att bygga ut nätet till denna nya adress. Det var även vanligt att leverantörer hyrde förbindelser av varandra för att skapa ett för en specifik upphandling heltäckande nät till ett konkurrenskraftigt pris. Så gjorde även GothNet i stadens upphandling.

GothNet var inte störst i Göteborg som leverantör av fiberförbindelser.

Uppskattningsvis var Skanova störst med en verksamhet som antagligen var dubbelt så stor som GothNets vid tidpunkten för upphandlingen.

Vad avser den s.k. Nätkollen så är det en web-tjänst framtagen av Post- och telestyrelsen (PTS). Tjänsten lanserades i mars 2011. Genom Nätkollen kunde den som gjorde en sökning i tjänsten se vilka som ägde en eller flera anslutningspunkter till fibernät inom ett visst avstånd (dels 0-500 meter, dels 500 meter till 1 kilometer) från sökt adress, dvs. vilka företag som anslöt minst en byggnad inom angivna intervall från sökt adress.

Syftet med Nätkollen var att den sökande snabbt skulle kunna se vilka företag denne kunde kontakta för att få ytterligare information om fibernät i närområdet. Däremot

kunde man inte se hur många byggnader, hushåll eller arbetsställen som specifika nätägare anslöt med sina nät. Nätkollen kunde således inte användas för att undersöka på vilka adresser det faktiskt fanns anslutna förbindelser. Dessutom finns det felkällor i Nätkollen.

Totalt omfattade upphandlingen 1 701 möjliga fiberförbindelser. Av dessa var 556 fiberförbindelser på angivna adresser, 795 var kopparförbindelser på specificerade adresser som kunde komma att konverteras till fiberförbindelser enligt en option och 350 var eventuellt tillkommande fiberförbindelser på icke specificerade adresser enligt en option i kontraktet med staden.

Av de 556 angivna adresserna med fiberförbindelser hade GothNet vid upphandlingstillfället som nyss visats egna fiberförbindelser till 441 adresser. Till resterande 115 adresser behövde GothNet således hyra fiberförbindelser av annan operatör, i praktiken valdes företag i TeliaSonera-koncernen.

Vidare har GothNet fiberförbindelser till 52 av ”kopparadresserna”. När det gäller de tillkommande fiberförbindelserna går det inte att säga hur många som GothNet hade fiberförbindelser till vid upphandlingstillfället eftersom dessa inte var angivna med adresser i förfrågningsunderlaget. De adresser på vilka GothNet med säkerhet hade befintliga fiberförbindelser – 493 stycken – motsvarande således endast 29 procent av den totala efterfrågan på 1 701 förbindelser.

Ramavtalet med Net at Once

Hösten 2008 tog Net at Once kontakt med GothNet och efterfrågade ett avtal om hyra av förbindelser i GothNets fibernätverk. GothNet översände ett avtalsutkast som är daterat den 6 oktober 2008. Net at Once accepterade avtalsutkastet genom att underteckna det den 21 januari 2009.

Ramavtalet avser standardtjänsterna transmission, optisk kanal och svartfiber. Servicenivån är den grundläggande SLA 1, men de högre nivåerna SLA 2 och SLA 3 kan köpas till. Priset per månad för hyra av förbindelser är beroende av avtalstiden. Tekniska specifikationer, priser etc. anges i bilagor till Ramavtalet. För varje avrop av förbindelser under Ramavtalet tecknas sedan separata avtal.

Enligt ramavtalet svarade Net at Once för installation av egen utrustning på Net at Once sida av den överenskomna överlämningspunkten. I bilaga 1 till Ramavtalet finns de tekniska specifikationerna för de olika förbindelser som kan avropas enligt avtalet. Se t.ex. ”transmission, 10 Mbit/s, Ethernet” som överlämnas med s.k. RJ45-kontakt. Detta är en av de vanligaste förbindelserna och en som Net at Once frågade om offert på inför upphandlingen.

Ramavtalet var inte utformat specifikt för de förbindelser som staden efterfrågade i upphandlingen.

Under sommaren 2009 tog Net at Once kontakt med GothNet och efterfrågade prisuppgifter från GothNet på leverans av fiberförbindelser med de bandbredder och till de adresser som angavs i stadens förfrågningsunderlag i upphandlingen.

Den 20 augusti 2009, alltså fem dagar före sista anbudsdagen i upphandlingen, översände GothNet prisuppgifter för installationsavgiften och kvartalsavgiften för de aktuella förbindelserna. Priserna baserades på ett treårsavtal, vilket var vad Net at Once hade efterfrågat. Priserna var lägre än i Ramavtalet med hänsyn till att ett avrop av så många förbindelser vid ett tillfälle motiverade en volymrabatt. Prisuppgifterna avsåg i övrigt de tekniska specifikationer och servicenivåer som framgick av Ramavtalet.

I september 2009, dvs. efter det att Net at Once inlämnat sitt anbud i upphandlingen, återkom Net at Once till GothNet och efterfrågade prisuppgifter från GothNet för konvertering av de kopparförbindelser som angavs i upphandlingen till

fiberförbindelser. Den 24 september 2009 översände GothNet sådana prisuppgifter till Net at Once. Även här räknade GothNet med en volymrabatt. Prisuppgifterna avsåg i övrigt de tekniska specifikationer och servicenivåer som framgick av Ramavtalet. Det noterades dessutom att det för ett mindre antal adresser krävdes en dialog varefter GothNet kunde göra en förprojektering och en beräkning av investeringskostnaderna. Det fanns även ett mindre antal adresser som var oklara varför ingen prisuppgift kunde lämnas. För eventuella tillkommande adresser gavs inga priser eftersom det inte var känt var dessa kunde komma att lokaliseras. I stället hänvisade GothNet till Ramavtalet och till särskilda offerter för respektive förbindelse.

Den kommunikationstjänst som Net at Once efterfrågade av GothNet var således den som reglerades i Ramavtalet. I det fall Net at Once haft för avsikt att omförhandla t.ex. de tekniska specifikationerna i händelse av vinst i upphandlingen hade detta påverkat priset på tjänsten.

Net at Once påstår även att i händelse av en underleverantörssituation så skulle samma infrastruktur som GothNet avsåg att använda för kommunikationstjänsten till staden i stället användas för att leverera ”en mindre förädlad” kommunikationstjänst som underleverantör till Net at Once. GothNet hade emellertid behövt etablera en parallell infrastruktur för en eventuell underleverantörsrelation till Net at Once.

GothNets upphandlingskontrakt med Göteborgs stad

Upphandlingskontraktet mellan staden och GothNet undertecknades den 26 november 2009. Kontraktet trädde i kraft den 1 januari 2010 och gällde initialt i tre år. Staden utnyttjade förlängningsoptionen och kontraktet upphörde därmed att gälla den 31 december 2014.

På sidan 2 under rubriken ”Avgränsning 1” framgår att bindningstiderna för de enskilda förbindelserna reglerades i särskilda underavtal. Vidare framgick att för vissa befintliga förbindelser kan underavtal tecknas med ny leverantör först när befintliga

underavtal upphör – dvs. vid en tidpunkt som kunde vara senare än kontraktets ikraftträdande dag den 1 januari 2010.

Av Ramavtalsvillkoren framgick vidare att förlängning förutsatte en överenskommelse mellan parterna. Det var således inget som leverantören ensidigt kunde påkalla.

Jämförelse mellan ”grossistpriser” och ”detaljistpriser”

Terminologin ”grossistpris” och ”detaljistpris” är missvisande eftersom den ger intrycket att Net at Once hade upphandlat en kommunikationstjänst av GothNet som Net at Once hade kunnat sälja vidare i oförändrat skick till staden. Så var inte fallet.

Net at Once upphandlade i januari 2009 en grundläggande kommunikationstjänst av GothNet och fick i augusti-september 2009 viss volymrabatt på denna tjänst med hänsyn till de stora volymer som Net at Once hade avropat om man hade vunnit upphandlingen. Vad staden efterfrågade var dock en förädlad kommunikationstjänst med bl.a. andra tekniska specifikationer och högre servicenivå. Net at Once hade därför behövt förädla den tjänst man tänkte köpa från GothNet innan man kunde leverera den till staden. Det var således snarare fråga om en insatsvara och en slutkundstjänst.

De tjänster som Gothnet erbjöd staden respektive Net at Once var således inte likvärdiga eller jämförbara. GothNet hade inte heller någon annan skyldighet mot Net at Once än den som framgick av Ramavtalet. För att Net at Once skulle ha kunnat använda den tjänst som efterfrågades av GothNet hade det krävts en förädling, vilken hade medfört kostnader för Net at Once.

Skälet till att den till synes negativa marginalen mellan GothNets pris på insatsvaran och priset på slutkundstjänsten inte utgör en marginalpress är att parterna hade olika utgångslägen i upphandlingen. GothNet var befintlig leverantör till staden och hade därför kostnadsfördelar i slutkundsledet eftersom merparten av investeringarna redan

var gjorda. Att etablera en ny underleverantörsrelation till Net at Once hade däremot medfört behov av investeringar i en parallell infrastruktur, vilket sin tur hade medfört betydande uppstartskostnader som GothNet beaktade i offerten till Net at Once. Vidare efterfrågade staden större volymer än vad Net at Once efterfrågade, vilket motiverade en högre volymrabatt.

En ytterligare omständighet var att bedömningen av om en eventuell marginalpress hade haft konkurrensbegränsande effekter ska göras i slutkundsledet, således inte i tillträdesledet, och på aggregerad nivå, dvs. avseende hela det av GothNet till staden erbjudna sortimentet.

Prisdiskriminering

Slutkundstjänsten till staden hade en högre förädlingsgrad med kundanpassade specifikationer än den mer standardiserade grossisttjänst som Net at Once efterfrågade när Ramavtalet upprättades i januari 2009.

När stadens upphandlingskrav blev kända i juni 2009 återkom inte Net at Once till GothNet för att omförhandla Ramavtalet med avseende på bland annat de tekniska specifikationerna. Servicenivån GothNet:s grossisttjänst till Net at Once anpassades därför aldrig till stadens kravspecifikationer.

När det gäller förädlingsgrad efterfrågade staden en individuellt anpassad tjänst som kunde sägas vara en kombination av en nivå 2-tjänst och en nivå 3-tjänst. Net at Once Ramavtal med GothNet avsåg däremot endast standardprodukterna transmission, optiska kanaler och svartfiber. De preciserade och rabatterade priser som GothNet offererade Net at Once inför och under upphandlingen avsåg vidare servicenivå 1 (SLA 1) och staden krävde högre servicenivå. Ramavtalet mellan GothNet och Net at Once avsåg dessutom en punkt-till-punkt förbindelse med en bestämd kapacitet.

Den överlämningstyp som specificerades i Ramavtalet mellan GothNet och Net at Once, en s.k. RJ-45-kontakt, hade inte kunnat användas i upphandlingen till följd av föreskrifterna i förfrågningsunderlaget. När Net at Once återkom till GothNet inför anbudslämnandet i upphandlingen och begärde preciserade och rabatterade prisuppgifter på ett treårsavtal för de i upphandlingen angivna adresserna och bandbredderna framställde Net at Once inte något önskemål om annan överlämningstyp än den som angavs i Ramavtalet, och inte heller något önskemål om annan servicenivå än servicenivå 1.

Marginalpress

GothNet hade ingen prispolitik som syftade till att utestänga andra företag från att konkurrera om upphandlingskontraktet. Prissättningen var i både grossist- och slutkonsumentledet kostnadsbaserad och marknadsmässig.

De tjänster som GothNet offererade till Net at Once och de tjänster staden efterfrågade i upphandlingen var inte likvärdiga. Det fanns skillnader i servicenivå och tekniska specifikationer, vilka skulle ha medfört att Net at Once inte skulle ha uppfyllt kraven i upphandlingen. Det fanns även kostnadsskillnader för GothNet vid leveranser av fiberförbindelser som underleverantör till Net at Once respektive leverantör till staden. Dessa kostnadsskillnader innebar att nya underleveranser till Net at Once var dyrare för GothNet att producera än fortsatta slutkundstjänster till staden.

I det aktuella fallet hade GothNet som befintlig leverantör möjlighet att ge staden ett konkurrenskraftigt pris samtidigt som GothNet hade haft betydande merkostnader för att etablera nya förbindelser som underleverantör till Net at Once. Detta eftersom en omläggning från direktleverans till underleverans inte gick att göra ”över en natt” och att avtalet med staden i praktiken krävde avbrottsfria förbindelser även under övergången till en ny leverantör. Staden efterfrågade även en större volym än Net at Once.

Det skulle vidare ha varit förenat med en större kreditrisk för GothNet att ha Net

at Once som kund jämfört med att ha staden som kund. Staden hade högre kreditvärdighet och var GothNets ägare.

Net at Once hade möjlighet att konkurrera med GothNet i upphandlingen med de grossistpriser som GothNet erbjöd. Net at Once förlorade upphandlingen till följd av en för hög vinstmarginal i anbudet. Grossistpriserna var inte ägnade att leda till exkludering.

Jämförelsen mellan grossistpriser och detaljistpriser ska i detta fall inte göras för enskilda förbindelseslag (exempelvis 10 Mbit/s) utan för hela det sortiment av förbindelser som GothNet erbjöd staden i upphandlingen, dvs. såväl koppar- som fiberförbindelser.

Villkorsklämning

De offerter som GothNet gav till Net at Once under augusti och september år 2009 hade sin utgångspunkt i Ramavtalet. I Ramavtalet angavs de tekniska specifikationerna för de efterfrågade förbindelserna och servicenivåerna för kommunikationstjänsten. Ramavtalet tecknades nästan ett halvår innan staden distribuerade sitt förfrågningsunderlag och Ramavtalet tog därför inte höjd för de krav som staden senare ställde upp. De båda offerter som GothNet översände till Net at Once i augusti och september 2009 beaktade endast stadens förfrågningsunderlag såvitt gällde tre omständigheter: för att precisera adresserna, för att ange förbindelsetyp (fiber eller koppar) samt för att precisera bandbredd. Det var detta som Net at Once frågade efter.

Det var Net at Once eget ansvar att förädla GothNets kommunikationstjänst till de krav som staden ställde upp såvitt gäller tekniska specifikationer och servicenivå. Det saknas en konkurrensrättslig grund för påståendet om villkorsklämning.

Net at Once påstående om skada

Det finns inget orsakssamband mellan GothNets agerande i upphandlingen och den påstådda skadan. Net at Once anbud uppfyllde inte alla ska-krav i upphandlingen och staden kunde således ha nekat Net at Once avtal. Det gällde bland annat kravet på överlämning via fibergränssnitt. Dessa brister hade sannolikt lett till att staden vid leveransstart hade hävt avtalet.

Net at Once skadeberäkning är vidare felaktig och kan inte ligga till grund för det yrkade skadeståndet.

UTREDNINGEN

På Net at Once begäran har hållits förhör med

- vittnet O.S. (ägare till Net at Once),
- vittnet J.B. (ägare till Net at Once),
- vittnet S.J. (före detta försäljningschef på Net at Once), -
partssakkunnige K.L. (Copenhagen Economics), och
- partssakkunnige T.L..

På GothNet:s begäran har hållits förhör med

- ställföreträdaren S.S. (verkställande direktör på GothNet),
- vittnet M.D. (f.d. verkställande direktör på GothNet),
- vittnet Jonas Andersson (f.d. säljare på GothNet),
- vittnet Tony Gröndahl (systemingenjör på GothNet),
- vittnet Gitte Dellhage (f.d. enhetschef på Intraservice, Göteborgs stad), -
partssakkunnige J.S. (professor i nationalekonomi,
Handelshögskolan i Göteborg), och
- partssakkunnige Petter Berg (fil. dr., RBB Economics).

Parterna har vidare åberopat skriftlig bevisning, bland annat i form av förfrågningsunderlag, utredningar från PTS, offerter, avtal och sakkunnigutlåtanden.

DOMSKÄL

Målet rör frågan om GothNet är skadeståndsskyldigt till följd av en överträdelse av det konkurrensrättsliga förbudet mot missbruk av dominerande ställning, 2 kap. 7 § konkurrenslagen och artikel 102 FEUF.

Ett första led i en prövning av om det föreligger ett missbruk av en dominerande ställning är att fastställa en konkurrensrättsligt relevant marknad. Det har i ett flertal avgöranden av EU-domstolen och Tribunalen slagits fast att en sådan bedömning utgör ett nödvändigt och väsentligt led i bedömningen av om det föreligger en överträdelse av reglerna om missbruk av dominerande ställning (se t.ex. mål C-134/03, *Viacom Outdoor Srl mot Giotto Immobilier SARL*, EU:C:2005:94, p. 27 och mål C-6-72, *Europemballage Corporation mot Continental Can Company Inc.*, EU:C:1973:22, p. 32 respektive mål T-62/98 *Volkswagen AG mot Kommissionen*, EU:T:2000:180, p. 230).

Först när den relevanta marknaden är bestämd finns det förutsättningar att bedöma om ett företag i konkurrensrättslig mening intar en dominerande ställning på denna marknad, dvs. om företaget har ett sådant marknadsinflytande på denna marknad att dess agerande inte begränsas av fungerande marknadskrafter. Om det, sedan den relevanta marknaden identifierats, konstateras att det föreligger dominans har domstolen att gå vidare och pröva om missbruk av denna ställning förekommit och om detta i så fall lett till skada.

Utgångspunkten är att Net at Once har bevisbördan för såväl marknadsavgränsningen som att GothNet har haft en dominerande ställning på denna marknad och missbrukat densamma samt att detta lett till en skada svarande mot i målet yrkat belopp. När det gäller GothNet:s påstående om objektivt godtagbara skäl för sin prissättning gentemot Göteborgs stad respektive Net at Once kan bevisbördan emellertid övergå på GothNet

(se till exempel MD 2002:11 och EU-domstolens dom i mål C-95/04 P, British Airways mot Kommissionen, p. 69).

Parterna har åberopat förhållandevis omfattande skriftlig och muntligt bevisning. Bevisningen har i huvudsak varit inriktat på frågan om och, i så fall i vilken omfattning, Net at Once har drabbats av skada till följd av GothNet:s eventuella missbruk av sin eventuella dominerande ställning.

Relevant marknad

Parternas ståndpunkter

Enligt Net at Once ska marknaden definieras som marknaden för tillträde till fiberförbindelser inom ramen för Göteborgs stads upphandling av förbindelser för datakommunikation.

GothNet har motsatt sig Net at Onces marknadsdefinition. Bolaget har i stället gjort gällande att marknaden ska definieras som den nationella marknaden för nätinfrastruktur tillträde avseende fysiskt tillträde i grossistledet till såväl kopparbaserad som fiberbaserad infrastruktur för bredbandstjänster. I andra hand har GothNet gjort gällande att den geografiska marknaden inte kan vara mer begränsad än Västra Götalands regionen.

Parterna har således olika uppfattningar om såväl produktmarknaden som den geografiska marknaden, men är ense om att grossist- och slutkundsledet är två skilda marknader.

Den rättsliga regleringen

Som anmärkts tidigare rör målet frågan om en överträdelse skett av 2 kap. 7 § konkurrenslagen och artikel 102 FEUF. Ett led i denna prövning är att avgöra om det berörda företaget är dominant på en relevant marknad eller inte, varför

marknadsavgränsningen blir av särskild betydelse. Det finns i detta fall inte något utrymme för en mer summarisk analys av den relevanta marknaden, såsom kan vara fallet vid exempelvis prövning av om det förekommit ett samordnat förfarande.

Syftet med att definiera den relevanta marknaden är att möjliggöra en bedömning av om det finns några faktiska konkurrenter som är i stånd att begränsa företagets beteende och hindra det från att agera oberoende av ett effektivt konkurrenstryck. Prövningen sker därför huvudsakligen genom att man gör en bedömning av om företagets kunder i praktiken har några alternativa leverantörer, både vad gäller produkter eller tjänster och leverantörernas geografiska belägenhet (se kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, OT C 372/5, 9.12.1997, p. 13).

Marknadsavgränsningen syftar således till att identifiera en marknad, eller rättare sagt en produktmarknad och geografisk marknad, som är ekonomiskt relevant i den meningen att den kan vara föremål för marknadsinflytande. En alltför snäv avgränsning skapar en risk för att marknadsinflytandet överskattas och en alltför vidsträckt bestämd marknad att det underskattas.

Den relevanta produktmarknaden omfattar alla varor eller tjänster som på grund av sina egenskaper, sitt pris och den tilltänkta användningen av konsumenterna betraktas som utbytbara. Kommissionen har i sitt tillkännagivande angett att företagen utsätts för tre huvudtyper av konkurrens: utbytbarhet på efterfrågesidan, utbytbarhet på utbudssidan och potentiell konkurrens. Ur ekonomisk synvinkel och i samband med definitionen av den relevanta marknaden utgör utbytbarheten på efterfrågesidan den mest omedelbara och effektiva begränsningen för leverantörer av en viss produkt, särskilt i fråga om prissättning. Ett företag eller en företagsgrupp kan inte ha väsentligt inflytande på de rådande försäljningsvillkoren, såsom priser, om det är lätt för dess kunder att gå över till tillgängliga substitutvaror eller till leverantörer någon annanstans.

Av praxis framgår att den geografiska marknaden utgörs av det område inom vilket produkten saluförs och där konkurrensförhållandena är tillräckligt enhetliga för att man ska kunna bedöma verkan av det berörda företags ekonomiska styrka (se EU-domstolens dom i mål C-27/76, United Brands mot kommissionen, EU:C:1978:22, p. 11). I punkt 8 i kommissionens tillkännagivande anges vidare att den relevanta geografiska marknaden omfattar det område inom vilket (i) de berörda företagen tillhandahåller de relevanta produkterna och tjänsterna (ii) inom vilket konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade och som kan (iii) skiljas från angränsande geografiska områden framför allt på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren.

Domstolens bedömning

Av förfrågningsunderlaget till Göteborgs stads upphandling följer för det första att tillgång till bredbandstjänster skulle ske genom 556 fiber- och 795 kopparförbindelser till vissa specificerade adresser. GothNet förfogade genom eget innehav över 441 av de i underlaget specificerade 556 fiberförbindelserna.

För det andra angav förfrågningsunderlaget en möjlighet för Göteborgs stad att avropa 350 tillkommande fiberförbindelser på adresser som inte var specificerade i upphandlingen. Dessa tillkommande förbindelserna avsåg, i likhet med de specificerade förbindelserna, datakommunikationsförbindelser till Göteborgs stads verksamheter.

Upphandlingen omfattade således sammanlagt 1 701 fiber- och kopparförbindelser för tillgång till bredbandstjänster.

För det tredje gavs Göteborgs stad enligt förfrågningsunderlaget en option på att omvandla de 795 befintliga kopparförbindelserna till fiberförbindelser.

Relevant produktmarknad

Det har av Net at Once gjorts gällande att det inte funnits någon utbytbart på efterfrågesidan mellan koppar- och fiberförbindelser. Förfrågningsunderlaget i upphandlingen var enligt företaget utformad på ett sätt som inte gjorde det möjligt att lämna ett anbud avseende antingen fiber- eller kopparförbindelser. En anbudsgivare var helt enkelt tvungen att lämna ett anbud som omfattade ett visst antal fiberanslutningar till specifika adresser. Detta är också den slutsats K.L. dragit, och som han redovisat i sakkunnigutlåtandet daterat den 2 december 2016. I utlåtandet anges följaktligen att det inte var möjligt för Net at Once, eller för den delen någon annan operatör utan egna fiberförbindelser, att använda annan insatsvara än en sådan som Net at Once hade offererats av GothNet.

Parterna är överens om att Göteborgs stad var en slutkund, dvs. att staden efterfrågade tillträde till förbindelser för datakommunikation för åtkomst av bredbandstjänster för sina verksamheter. Vidare är parterna överens om att Net at Once tänkta köp av fiberförbindelser från GothNet skedde på en grossistmarknad. Genom utredningen i målet får det också anses vara klarlagt att efterfrågan i slutkundsledet drev efterfrågan i grossistledet.

Den marknadsavgränsning som Net at Once gjort gällande i målet utgår från att den relevanta produktmarknaden, och för övrigt även den geografiska marknaden, bestämdes av förfrågningsunderlaget i upphandlingen. Marknaden var enligt Net at Once helt enkelt upphandlingsspecifik. Någon alternativ marknadsavgränsning eller någon ekonomisk analys, utöver hänvisningen till upphandlingen, har inte lagts fram av Net at Once. Slutsatserna företaget drar vad avser den relevanta marknaden är alltså helt baserade på hur Göteborgs stad valde att utforma förfrågningsunderlaget.

En konsekvens av den marknadsavgränsning som förts fram av Net at Once är att det blir svårt att hålla isär avgränsningen av produktmarknaden från avgränsningen av den

geografiska marknaden. Frågan om utbytbart får med nödvändighet ett geografiskt inslag om den efterfrågade tjänsten knyts till vissa specifika adresser.

Den första frågan som domstolen har att ta ställning till är därför om den relevanta marknaden ska anses vara bestämd av ramen för upphandlingen, dvs. förfrågningsunderlaget, eller inte.

En upphandling är i grunden ett sätt för en myndighet att organisera sina inköp av varor och tjänster. En upphandling sker med andra ord för att tillgodose en viss aktörs efterfrågan vid en specifik tidpunkt, dvs. den är i praktiken att jämställa med en transaktion. Detta skiljer sig enligt domstolen från vad som normalt sett kännetecknar en marknad, nämligen att den innefattar en serie av transaktioner mellan köpare och säljare (se t.ex. NJA 2008 s. 120, särskilt det resonemang som förs av hovrätten på s. 208 ff., och Katarina Olsson, Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten, Juristförlaget i Lund, 2009, s. 46 ff.).

Kort sagt får enligt domstolen en marknad anses som en plats där köpare och säljare möts, bestämmer pris och andra villkor för utbyte av varor och tjänster så att det uppstår en summa av transaktioner styrd av efterfrågan och utbud. Utan en sådan aggregering av transaktioner över tid framstår det som tveksamt om det går att bedöma något marknadsinflytande i konkurrensrättslig mening eller genomföra de ekonomiska analyser som i regel krävs för att bestämma en relevant marknad och eventuell dominans på en sådan marknad.

För att en enskild upphandling ska kunna anses utgöra en egen marknad, trots att det inte är fråga om en serie transaktioner mellan köpare och säljare, bör det under alla förhållanden krävas att det föreligger mycket speciella omständigheter, exempelvis att köparen är i princip ensam om att efterfråga varan eller tjänsten. I detta mål finns emellertid inte någon utredning om upphandlarens, dvs. Göteborgs stad, storlek i relation till andra aktörer som efterfrågade förbindelser för tillgång till bredbandstjänster. Redan av dessa skäl saknas det förutsättningar att bedöma om en

relevant marknad skulle kunna bestämmas med utgångspunkt i den aktuella upphandlingens förfrågningsunderlag.

Efterfrågan hos slutkunden på den i målet aktuella slutkundsmarknaden påverkar visserligen den efterfrågan som uppstår hos operatörerna på grossistmarknaden. Analysen av de närmare gränserna för slutkundens efterfrågan kan emellertid i detta fall inte baseras på hur just Göteborgs stad i en upphandling valde att organisera sitt inköp av tillgång till förbindelser för åtkomst till bredbandstjänster. Att Göteborgs stad i den aktuella upphandlingen ställde krav på fasta fiberförbindelser till ett antal specificerade adresser kan alltså inte anses vara utslagsgivande för frågan om koppar- och fiberförbindelser var utbytbara.

Sammanfattningsvis är domstolen alltså av uppfattningen att den relevanta produktmarknaden inte kan avgränsas med utgångspunkt i upphandlingen. Därmed kan den inte heller bestämmas av ramen för upphandlingen.

GothNet har å sin sida gjort gällande att den relevanta produktmarknaden utgörs av fiber- och kopparförbindelser för nätinfrastrukturtillträde. Till stöd för denna avgränsning har företaget bland annat åberopat PTS beslut den 24 maj 2010 om förhandsreglering av marknaden för nätinfrastrukturtillträde för bredbandstjänster (Dnr: 07-11757/23).

Den marknadsavgränsning som låg till grund för PTS beslut gjordes utifrån 8 kap. 5 § lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation (LEK) i dess dåvarande lydelse. Marknadsanalysen enligt LEK ska enligt motiven till bestämmelsen ske utifrån konkurrenslagstiftningens principer (se prop. 2002/03:110 s. 273 och s. 403) för fastställande av relevant marknad. Den utredning och de slutsatser som redovisas av PTS är således av relevans även i förevarande mål. Marknadsdefinitioner från tidigare konkurrensrättsliga analyser anses också generellt kunna utgöra hållfasta utgångspunkter för senare konkurrensrättsliga bedömningar.

Vad avser frågan om nätinfrastrukturtillträde genom koppar- och fiberförbindelse utgör substitut till varandra uttalar PTS bland annat på s. 107 i sitt beslut att grossistkunderna torde uppleva att tillträde till de båda nätinfrastrukturerna utgör substitut till varandra, eftersom de båda har samma funktionalitet. Vidare sägs på samma sida i beslutet att en operatör i det enskilda fallet visserligen kan föredra den ena lösningen framför den andra men att det inte ändrar det faktum att de i allmänhet ses som utbytbara av köpande operatörer.

PTS fann således vid sin bedömning 2010 att den relevanta produktmarknaden i grossistledet omfattade såväl koppar- som fiberförbindelser för tillträde till nätinfrastruktur för bredbandstjänster.

Vad som framkommit i målet ger enligt domstolen inte anledning att frågå PTS slutsatser av den genomförda marknadsanalysen från år 2010. Den relevanta produktmarknaden i grossistledet utgörs därför enligt domstolen av koppar- och fiberförbindelser för infrastrukturtillgång till bredbandstjänster.

Den relevanta geografiska marknaden

Net at Once har gjort gällande att den relevanta geografiska marknaden begränsar sig till de i upphandlingen ingående förbindelserna och specificerade adresserna. GothNet har å sin sida i första hand gjort gällande att den relevanta geografiska marknaden är nationell och i andra hand att den begränsar sig till Göteborgsregionen.

Inledningsvis är domstolens uppfattning den att en konkurrensbegränsning inte kan äga rum i förhållande till enskilda fiber- och kopparförbindelser till vissa angivna adresser, utan endast på en marknad. Redan denna omständighet talar för att en geografisk marknad inte begränsas till ramen för upphandlingen och till de specifikt efterfrågade adresserna.

Marknadsdomstolens dom MD 2014:1 synes ge uttryck för att utsträckningen av en relevant geografisk marknad kan vara upphandlingsspecifik, dvs. utformningen av kraven i en upphandling sätter gränserna för marknaden. Den talan som fördes i MD 2014:1 avsåg emellertid offentlig säljverksamhet och specifikt frågan om en överträdelse skett av regleringen i 3 kap. 27 § konkurrenslagen. Ett inslag i den konkurrensrättsliga regleringen av offentlig säljverksamhet är att den offentlige aktören inte behöver ha en dominerande ställning för att regleringen ska bli tillämplig (se prop. 2008/09:231 s. 33 samt Johan Karlsson och Marie Östman, Konkurrensrätt – En handbok, 5:e uppl., s. 1240). Därmed får marknadsavgränsningen inte någon avgörande betydelse för bedömningen av om ett förfarande utgör en överträdelse av reglerna eller inte. Det går därför inte att utifrån rättsfallet dra slutsatsen att den relevanta geografiska marknaden vid en fråga om missbruk av dominerande ställning ska avgränsas till de i upphandlingen ställda kraven.

Som tidigare nämnts är parterna överens om att de har agerat på en grossistmarknad där operatörer efterfrågar tillgång till nätinfrastukturtillträde. I PTS beslut från 2010 om förhandsreglering tog myndigheten sin utgångspunkt i en slutkundsmarknad. Analysen av den geografiska marknaden som gjordes av PTS är därmed inte omedelbar relevant för den bedömning som ska göras i nu aktuellt mål.

Professor J.S. har i sitt utlåtande angett att det vid en avgränsning av den geografiska marknaden är rimligt att ta sin utgångspunkt i de adresser till vilka Göteborgs stad önskade tillgång till förbindelser. Domstolen har valt samma utgångspunkt. Det kan då, som professor J.S. anmärker, konstateras att av de fiberförbindelser staden önskade så var ca 60 procent preciserade till vissa adresser, medan den resterande delen (350 fiberförbindelser) inte var det. Redan detta ger enligt domstolen vid handen att den relevanta geografiska marknaden ska bestämmas till ett område snarare än kopplas till vissa specifika adresser.

Som domstolen tidigare har kommit fram till får efterfrågan på grossistmarknaden anses ha drivits av efterfrågan på slutkundsmarknaden. Även om inte Göteborgs stads

efterfrågan i sig kan antas vara styrande för marknadsavgränsningen delar domstolen Johan Stenneks slutsats att redan stadens efterfrågan av förbindelser till den aktuella kommunala verksamheten ger stöd för att den geografiska marknaden i vart fall måste täcka Göteborgs kommun och närliggande områden.

Domstolens slutsats avseende den relevanta marknaden

Mot bakgrund av domstolens bedömning avseende produktmarknaden och den geografiska marknaden blir domstolen slutsats att den relevanta marknaden utgörs av marknaden i Göteborgsregionen för nätinfrastruktur tillträde avseende fysiskt tillträde i grossistledet till såväl kopparbaserad som fiberbaserad infrastruktur för bredbandstjänster.

Dominans

Den rättsliga regleringen

Med dominerande ställning avses att ett företag har en sådan ekonomisk maktställning att det kan hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, genom att denna ställning tillåter företaget att i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till sina konkurrenter, sina kunder och i sista hand konsumenterna.

Vid bedömningen av om ett företag har en dominerande ställning på en viss marknad måste det göras en helhetsbedömning av omständigheterna i det enskilda fallet (se t.ex. EU-domstolens dom, C-27/76, EU:C:1978:22, United Brands Company, p. 60–67). Samtidigt utgör information om företagets marknadsandelar en mycket viktig beståndsdel i analysen av företagets ställning på marknaden.

Generellt kan sägas att mycket höga marknadsandelar, såsom marknadsandelar överstigande 70 procent, i praxis har ansetts utgöra en stark presumtion för det aktuella

företagets dominans (se t.ex. Tribunalens dom, T-30/89, EU:T:1991:70, Hilti, p. 92). Men även marknadsandelar runt 60 procent har ansetts vara tillräckliga för att ligga till grund för en presumtion om dominans (se t.ex. EU-domstolens dom, C-85/76, EU:C:1979:36, Hoffmann-La Roche, p. 63).

Domstolens bedömning

Domstolen har ovan konstaterat att den relevanta marknaden utgörs av marknaden i Göteborgsregionen för nätinfrastukturtillträde avseende fysiskt tillträde i grossistledet till såväl kopparbaserad som fiberbaserad infrastruktur för bredbandstjänster. På den marknaden förekom det ett flertal aktörer vid sidan av GothNet som kunde tillhandahålla koppar- och fiberförbindelser. Bland dessa företag fanns företag inom TeliaSonera-koncernen, Telenor, TDC, Tele2 och olika mindre nischaktörer.

Net at Once har i målet inte presenterat någon utredning om marknadsandelarna för dessa leverantörer av fiber- och kopparförbindelser i Göteborgsregionen. Om man i denna del ser till PTS marknadsanalys inför beslutet om förhandsreglering så framgår det att TeliaSonera AB och berörda dotterbolag – på den av PTS identifierade nationella slutkundsmarknaden för nätinfrastukturtillträde – hade en marknadsandel som översteg 80 procent. Från detta kan man enligt domstolen rimligen sluta sig till att TeliaSonera-koncernens marknadsandel på den aktuella grossistmarknaden i Göteborgsregionen måste ha varit betydande. I vart fall synes den ha varit avsevärt större än GothNets andel.

S.S. och M.D. har vidare berättat att GothNets största konkurrent var företag inom TeliaSonera-koncernen, men att företaget även mötte konkurrens från Telenor, TDC, Tele2, IP Only och DGC samt vissa mer specialiserade aktörer. Även Jonas Andersson och Tony Gröndahl har hänvisat till TeliaSonera-koncernen och inom koncernen särskilt Skanova som den största konkurrenten.

Mot bakgrund av att domstolen funnit att koppar- och fiberförbindelser ingått på grossistmarknaden har ett konkurrenstryck funnits även från leverantörer som erbjöd sådana förbindelser. Dessutom har det även inom ramen för upphandlingen funnits ett prismässigt samband mellan koppar- och fiberförbindelserna, som gjort att det funnits ett visst konkurrenstryck från leverantörer av kopparförbindelser. Vad som framkommit i målet om GothNets marknadsandel ger sammantaget inte stöd för påståendet att GothNet hade en dominerande ställning på den relevanta marknaden.

Frågan är då om GothNet av andra skäl ändå kan anses ha haft en dominerande ställning.

Net at Once har i denna del gjort gällande att GothNet, genom sitt innehav av 553 fasta fiberförbindelser inom ramen för upphandlingen, varit en oundgänglig handelspartner. Det var enligt Net at Once helt enkelt nödvändigt att få tillgång till dessa förbindelser för att kunna konkurrera i upphandlingen. Detta har enligt företaget lett till att GothNet fått en stark ställning på marknaden eftersom konkurrerande aktörer inte genom expansion eller nyinträde skulle ha kunnat vara alternativa leverantörer till Net at Once.

Med hänsyn till den marknadsavgränsning som domstolen gjort är det dock av underordnad betydelse om GothNet, på grund av sitt innehav av vissa fiberförbindelser, i praktiken var en oundgänglig handelspartner i just denna upphandling. Den för utgången relevanta frågan är om GothNet på grund av detta innehav är att betrakta som dominant på marknaden i Göteborgsregionen för nätinfrastrukturtillträde avseende fysiskt tillträde i grossistledet till såväl kopparbaserad som fiberbaserad infrastruktur för bredbandstjänster. Det har i målet inte presenterats någon utredning som styrker att så skulle vara fallet.

Även om frågan om dominans skulle bedömas inom ramen för upphandlingen visar inte utredningen med tillräcklig styrka att GothNet haft en dominerande ställning. Net at Once har till stöd för sitt påstående i denna del hänvisat till den s.k. Nätkollen och

till den omständigheten att TeliaSonera International Carrier Sweden AB inte kunde offerera något konkurrenskraftigt alternativ.

Att sistnämnda företag avböjde att lämna ett anbud till Net at Once innebär enligt domstolen inte nödvändigtvis att det saknade förmåga att konkurrera med GothNet om den grossisttjänst som var aktuell. Den omständigheten kan därmed inte ges betydelsen att GothNet hade en dominerande ställning. De brister i tillförlitligheten hos Nätkollen som framkommit genom bland annat förhöret med S.S. gör att inte heller den kan läggas till grund för någon säker slutsats om huruvida GothNet kunde agera oberoende av konkurrenter ens inom ramen för upphandlingen.

Sammantaget finner domstolen att omständigheterna varit sådana att GothNet inte kan anses ha haft ett sådant marknadsinflytande på den relevanta marknaden att företaget har varit dominerande i den mening som avses i 2 kap. 7 § konkurrenslagen och artikel 102 FEUF. Eftersom Net at Once inte visat att GothNet varit dominerande ska käromålet lämnas utan bifall.

Rättegångskostnader

Med hänsyn till utgången i målet ska Net at Once ersätta GothNet för dess rättegångskostnader.

GothNet har yrkat ersättning med totalt 5 794 124 kr varav 2 465 901 kr avser ombudsarvode, 608 700 kr avser GothNet:s eget arbete och 2 719 523 kr utlägg.

Net at Once har överlämnat till domstolen att bedöma skäligheten av yrkad ersättning för rättegångskostnader.

Av 18 kap. 8 § första stycket rättegångsbalken framgår att ersättning för rättegångskostnad ska fullt motsvara kostnaden för rättegångens förberedande och

talans utförande jämte arvode till ombud eller biträde, såvitt kostnaden skäligen varit påkallad för tillvaratagande av partens rätt.

Målet har rört ett förhållandevis stort belopp. Det har innefattat komplexa juridiska och ekonomiska frågeställningar. I målet har det skett omfattande skriftväxling och huvudförhandlingen har sträckt sig över fyra dagar. Med hänsyn till vad målet rört och dess omfattning får därför GothNet:s rättegångskostnader anses skäligen. GothNet ska därför tillerkännas begärd ersättning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR se bilaga 2 (DV 401 PMD).

Ett överklagande, ställt till Patent- och marknadsöverdomstolen, ska ha kommit in till Patent- och marknadsdomstolen senast den 23 februari 2018. Det krävs prövningstillstånd.

Stefan Johansson

Peter Adamsson

Erik Mårild

Patent- och marknadsdomstolen
Stockholms tingsrätt

STOCKHOLMS TINGSRÄTT
PMD:J

INKOM: 2017-11-23
MÅLNR: PMT 16599-15
AKTBIL: 226

2017-11-23

YTTRANDE

PMT 16599-15 Net at Once Sweden AB ./. Göteborg Energi GothNet AB ang. skadestånd

I egenskap av ombud för Göteborg Energi GothNet AB (nedan "GothNet") får vi bekräfta att GothNet vitsordar följande ränteperioder, för det fall domstolen skulle finna att skadestånd ska utdömas, trots vad GothNet anfört däremot.

1 FÖRSTAHANDSYRKANDET

- 1.1.1 GothNet vitsordar, såsom framfördes vid sakframställningen, i och för sig att eventuell ränta – baserad på Net at Once förstahandsyrkande – kan beräknas från den 18 december 2015, men endast såvitt gäller det då framställda yrkandet om 15 989 403 kronor. Eventuellt högre skadeståndsbelopp kan inte ränteberäknas tidigare än från den dag som infaller trettio dagar efter respektive framställt yrkande i målet.
- 1.1.2 De datum och intervall under vilka de olika skadeståndsbeloppen enligt förstahandsyrkandet kan ränteberäknas framgår av följande tabell.

Datum för yrkande	Yrkat belopp	Datum för ränteberäkning (intervall)	Skadestånd som kan ränteberäknas (intervall)
2015-11-18	15 989 403 kr	2015-12-18 – 2017-01-01	0 – 15 989 403 kr
2016-12-02	17 004 007 kr	2017-01-02 – 2017-03-18	15 989 404 – 17 004 007 kr
2017-02-17	16 982 976 kr (sänkt yrkande)	2017-03-19 – 2017-05-27	15 989 404 – 16 982 976 kr

2017-04-28	21 167 653 kr	2017-05-28 – 2017-07-26	16 982 977 – 21 167 653 kr
2017-06-27	37 651 256 kr	2017-07-27 – 2017-11-03	21 167 654 – 37 651 256 kr
2017-10-04	37 424 314 kr (sänkt yrkande)	2017-11-04 –	21 267 654 – 37 424 314 kr

2 ANDERAHANSYRKANDET

2.1.1 GothNet vitsordar i och för sig att eventuell ränta – baserad på Net at Once andrahandsyrkande – kan beräknas från den 28 maj 2017, men endast såvitt gäller det då framställda yrkandet om 23 976 995 kronor. Eventuellt högre skadeståndsbelopp kan inte ränteberäknas tidigare än från den dag som infaller trettio dagar efter respektive framställt yrkande i målet.

2.1.2 De datum och intervall under vilka de olika skadeståndsbeloppen enligt andrahandsyrkandet kan ränteberäknas framgår av följande tabell.

Datum för yrkande	Yrkat belopp	Datum för ränteberäkning (intervall)	Skadestånd som kan ränteberäknas (intervall)
2017-04-28	23 976 995 kr	2017-05-28 – 2017-07-26	0 – 23 976 995 kr
2017-06-27	42 648 280 kr	2017-07-27 – 2017-11-03	23 976 996 – 42 648 280 kr
2017-10-04	38 406 601 kr (sänkt yrkande)	2017-11-04 –	23 976 996 – 38 406 601 kr

Som ovan



Advokat K.A.
Front Advokater AB
 Kungstorget 2, 411 17 Göteborg
 Tel. 031-10 76 48
 E-post: K.A.@front.law

Advokat E.E. **Advokat E.E. AB**
 Box 108, 134 22 Gustavsberg
 Tel. 070-678 57 82
 E-post: advokat@ericericsson.se



SVERIGES DOMSTOLAR

ANVISNING FÖR ÖVERKLAGANDE - DOM I TVISTEMÅL

Den som vill överklaga Patent- och marknadsdomstolens dom, eller ett i domen intaget beslut, ska göra detta skriftligen. **Skrivelsen ska skickas eller lämnas till Patent- och marknadsdomstolen.** Överklagandet prövas av Patent- och marknadsöverdomstolen.

Överklagandet ska ha kommit in till Patent- och marknadsdomstolen **inom tre veckor** från domens datum. Sista dagen för överklagande finns angiven på sista sidan i domen.

Har ena parten överklagat domen i rätt tid, får också motparten överklaga domen (s.k. **anslutningsöverklagande**) även om den vanliga tiden för överklagande har gått ut. Överklagandet ska också i detta fall skickas eller lämnas till Patent- och marknadsdomstolen och det måste ha kommit in till Patent- och marknadsdomstolen **inom en vecka** från den i domen angivna sista dagen för överklagande. **Om det första överklagandet återkallas eller förfaller kan inte heller anslutningsöverklagandet prövas.**

Samma regler som för part gäller för den som inte är part eller intervenient och som vill överklaga ett **i domen intaget beslut** som angår honom eller henne. I fråga om sådant beslut finns dock inte någon möjlighet till anslutningsöverklagande.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Patent- och marknadsöverdomstolen fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Patent- och marknadsöverdomstolen lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som Patent- och marknadsdomstolen har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som Patent- och marknadsdomstolen har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står Patent- och marknadsdomstolens avgörande fast. Det är

därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Patent- och marknadsöverdomstolen varför klaganden anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla uppgifter om

1. den dom som överklagas med angivande av Patent- och marknadsdomstolen samt dag och nummer för domen,
2. parternas namn och hemvist och om möjligt deras postadresser, yrken, personnummer och telefonnummer, varvid parterna benämns klagande respektive motpart,
3. den ändring av Patent- och marknadsdomstolens dom som klaganden vill få till stånd,
4. grunderna (skälen) för överklagandet och i vilket avseende Patent- och marknadsdomstolens domskäl enligt klagandens mening är oriktiga,
5. de omständigheter som åberopas till stöd för att prövningstillstånd ska meddelas, samt
6. de bevis som åberopas och vad som ska styrkas med varje bevis.

Har en omständighet eller ett bevis som åberopas i Patent- och marknadsöverdomstolen inte lagts fram tidigare, ska klaganden förklara anledningen till varför omständigheten eller beviset inte åberopats i tingsrätten. Skriftliga bevis som inte lagts fram tidigare ska ges in samtidigt med överklagandet. Vill klaganden att det ska hållas ett förnyat förhör eller en förnyad syn på stället, ska han eller hon ange det och skälen till detta. Klaganden ska också ange om han eller hon vill att motparten ska infinna sig personligen vid huvudförhandling i Patent- och marknadsöverdomstolen.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans/hennes ombud.

Ytterligare upplysningar lämnas av Patent- och marknadsdomstolen. Adress och telefonnummer finns på första sidan av domen.

Om ni tidigare informerats om att förenklad delgivning kan komma att användas med er i målet/ärendet, kan sådant delgivningssätt också komma att användas med er i högre instanser om någon överklagar avgörandet dit.