

# **Erfarenheter av dominansmål**

## **-TeliaSonera**

**Chefsjurist Per Karlsson**



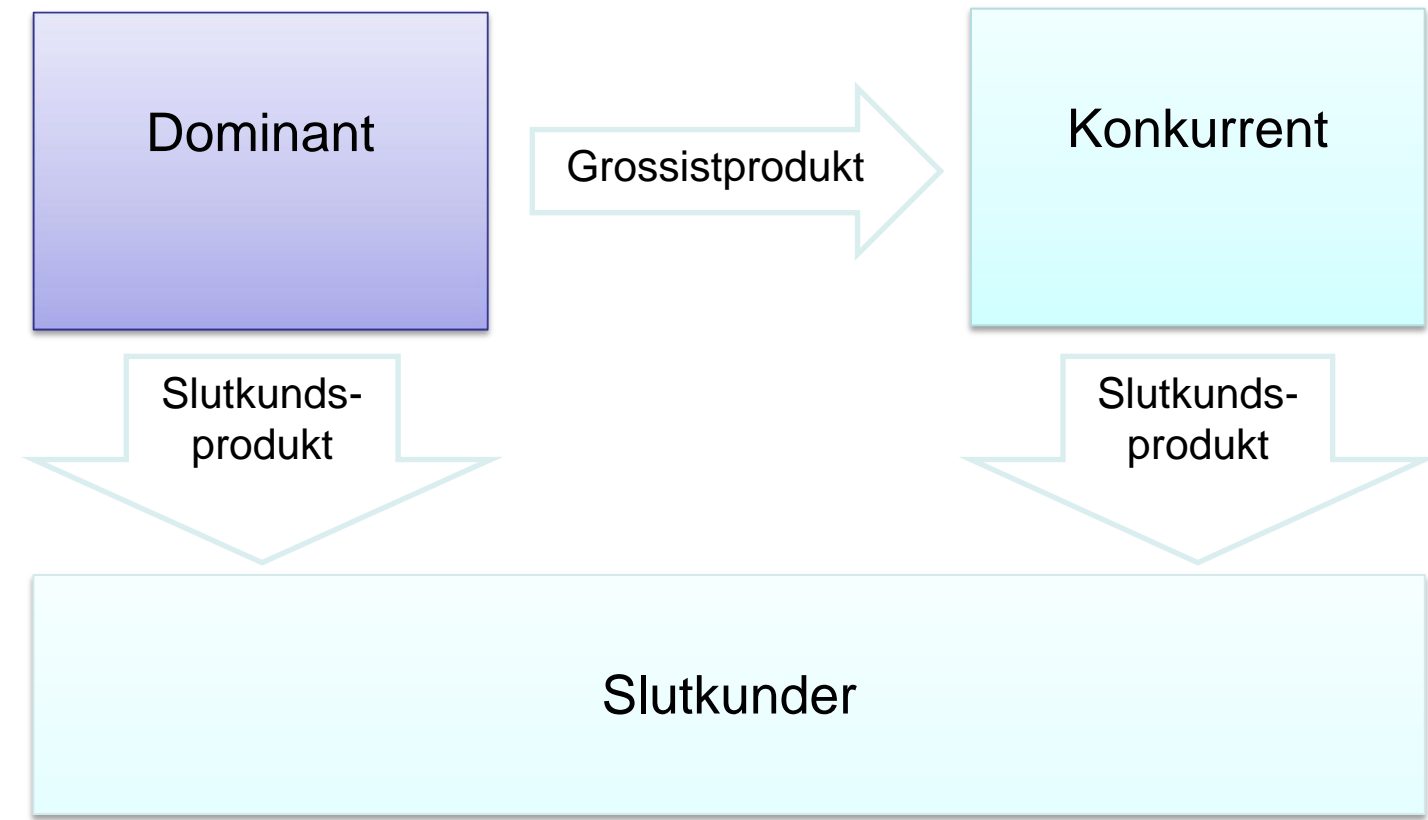
Bergen den 13 juni 2013

# Vad målet handlade om

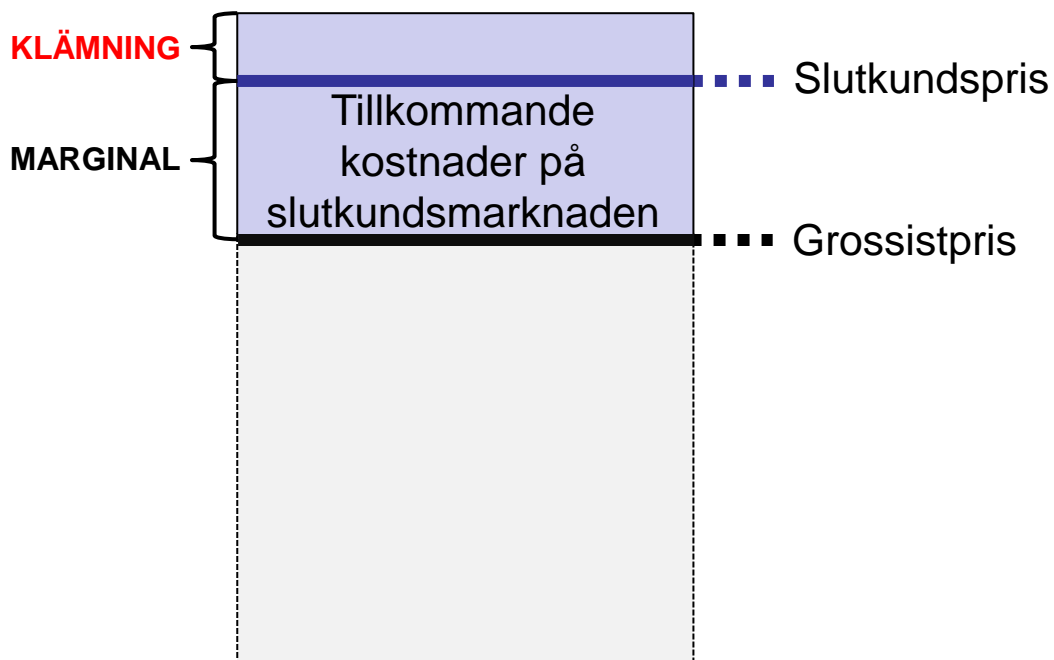
- Vid framväxten av bredbandsmarknaden runt millennieskiftet marginalklämde dominanten Telia Sonera sina konkurrenter
- Detta har allvarligt försvårat möjligheterna för konkurrenterna att träda in och konkurrera på bredbandsmarknaden
- Byteskostnaderna har gjort effekterna bestående
- Klämningen har även försvårat konkurrenternas möjligheter att investera i infrastruktur
- Konkurrensen skadades på både kort och lång sikt

# Marginalklämning

# Vad är marginalklämning?



# Marginalklämning - illustration



# Klämningens beståndsdelar

- A. Slutkundspris,  $P_S$
- B. Grossistpris,  $P_G$
- C. Tillkommande kostnader i detaljistledet,  $C_D$

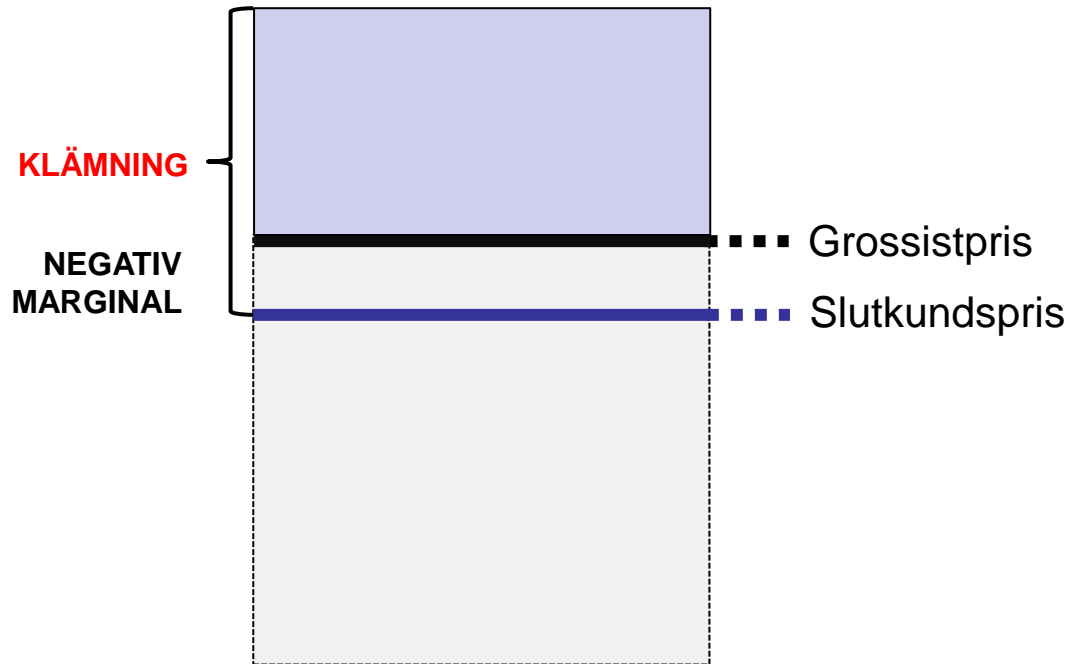
Klämningen ska bedömas både i förhållande till redan verksamma konkurrenter och till potentiella konkurrenter som ännu inte har inträtt på marknaden

# Definition av marginalklämning

- När marginalen mellan företagets slutkundspris ( $P_S$ ) och grossistpris ( $P_G$ ) **understiger** företagets egna tillkommande kostnader i slutkundsledet ( $C_D$ )

$$P_S - P_G < C_D$$

# ”Superklämning” – illustration





# **EU-domstolens förhandsavgörande, Telia Sonera (mål C-52/09)**

# EU-domstolens förhandsavgörande, Telia Sonera (mål C-52/09)

- EU-domstolen bekräftar att marginalklämning kan utgöra egen form av missbruk
- Skillnad mot Deutsche Telekom: icke-reglerad insatsvara
  - ”Lika effektiv konkurrent”-testet ska användas i första hand, bl.a. med hänsyn till rättssäkerhet (p 41-44)
  - Reglering eller ej – inte avgörande för bedömningen (p 59)  
*“...the absence of any regulatory obligation to supply the ADSL input services on the wholesale market has no effect on the question of whether the pricing practice at issue in the main proceedings is abusive.”*
  - Marginalklämning är inte en form av leveransvägran (p 56-58)

# Regulatorisk leveransskyldighet?

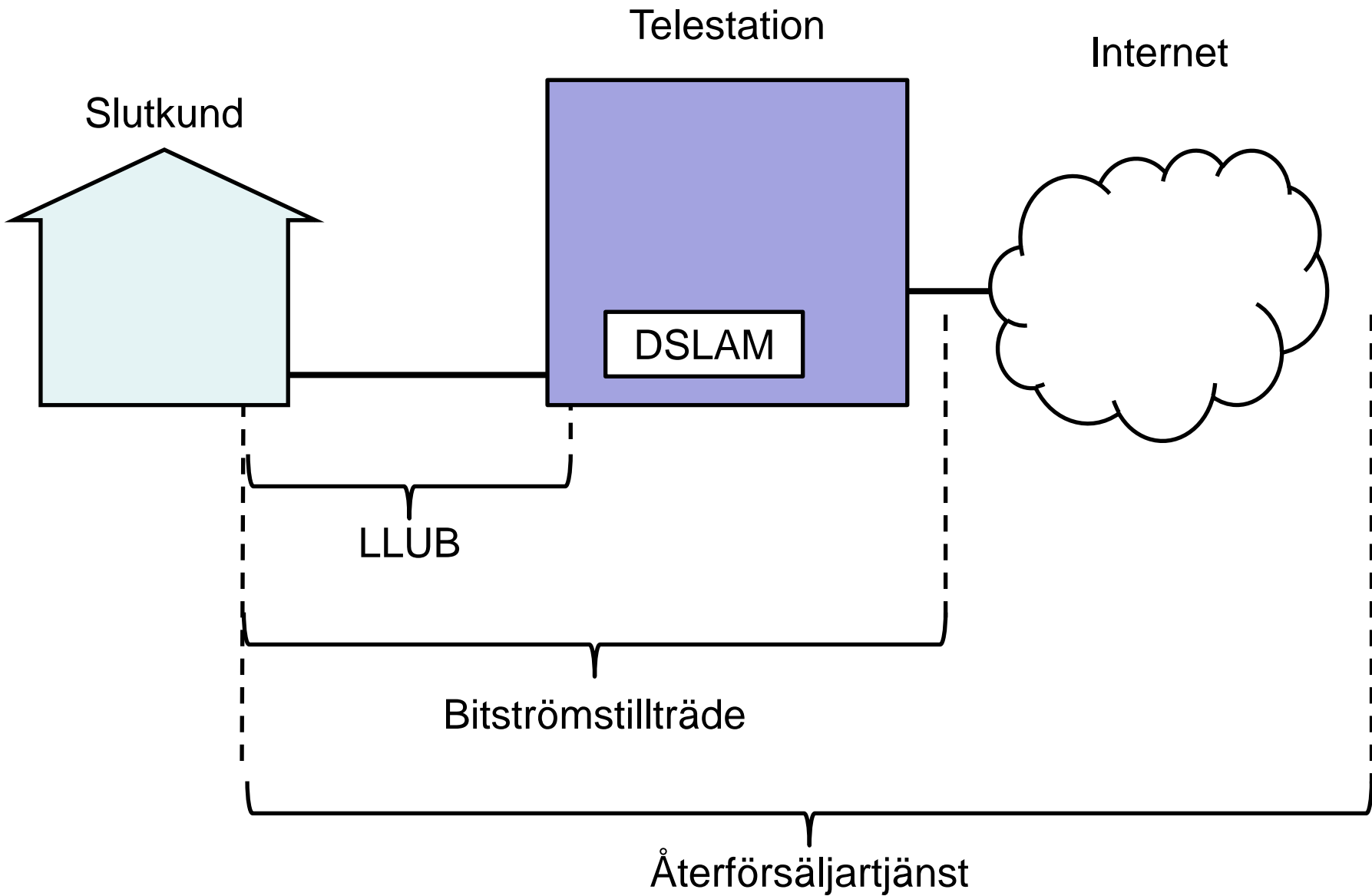
Ett företag som inte har en regulatorisk skyldighet att leverera kan ändå ha många skäl att leverera, t ex

- Affärsmässiga skäl
- Telepolitiska skäl (t ex för att undvika reglering av bitströmstillträde)
- En konkurrensrättslig skyldighet

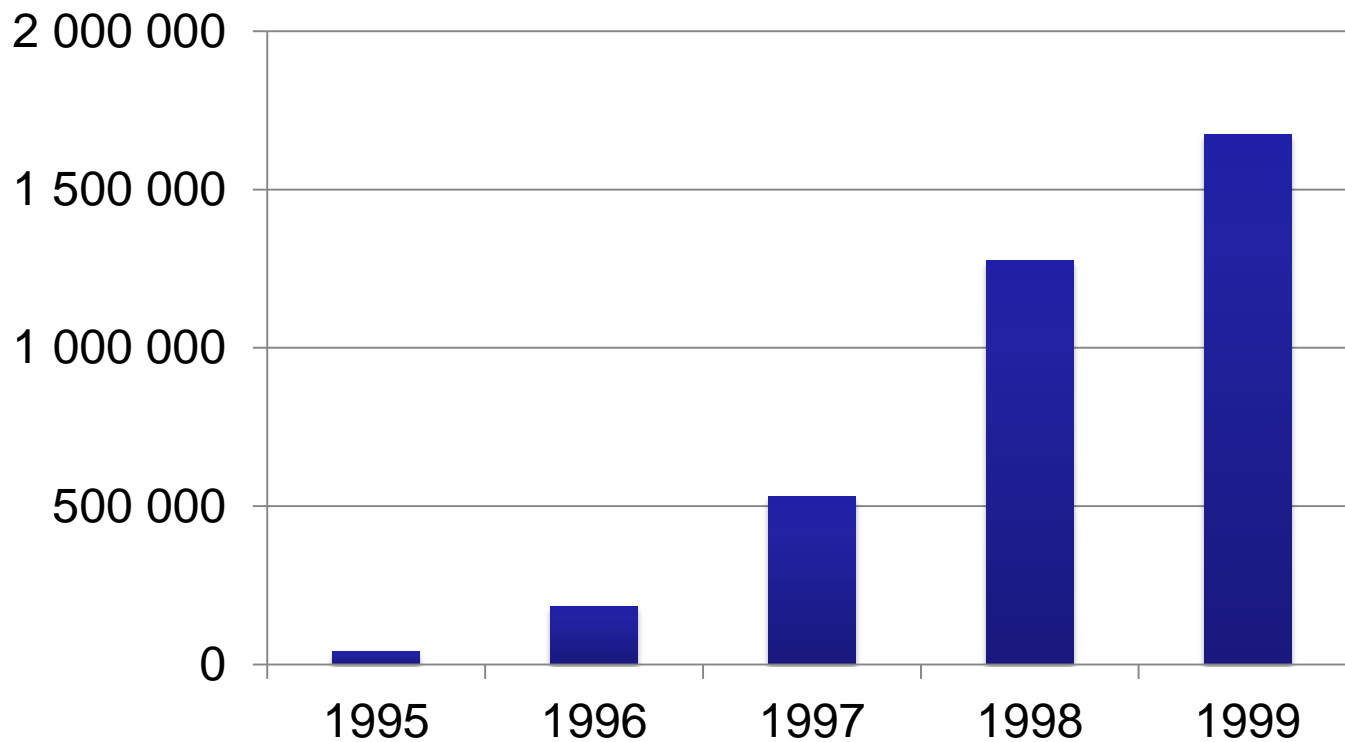
# EU-domstolen forts, Telia Sonera (mål C-52/09)

- Att grossistprodukten är "oumbärlig" är inte ett krav (p 72)
  - Marginalklämning är inte automatiskt ett missbruk (p 61)
  - Potentiella effekter ska visas, dock inte nödvändigtvis faktiska effekter (p 62-66)
  - Dominans, missbruk och effekter kan vara på olika marknader (p 84-88) och dominans nedströms krävs ej (p 89)
  - "Superdominans" uppströms krävs ej (p 80-82)
  - Om det är nya eller befintliga (grossist)kunder spelar ingen roll för missbruksbedömningen (p 92-95)
-

# Marknadsförhållandena

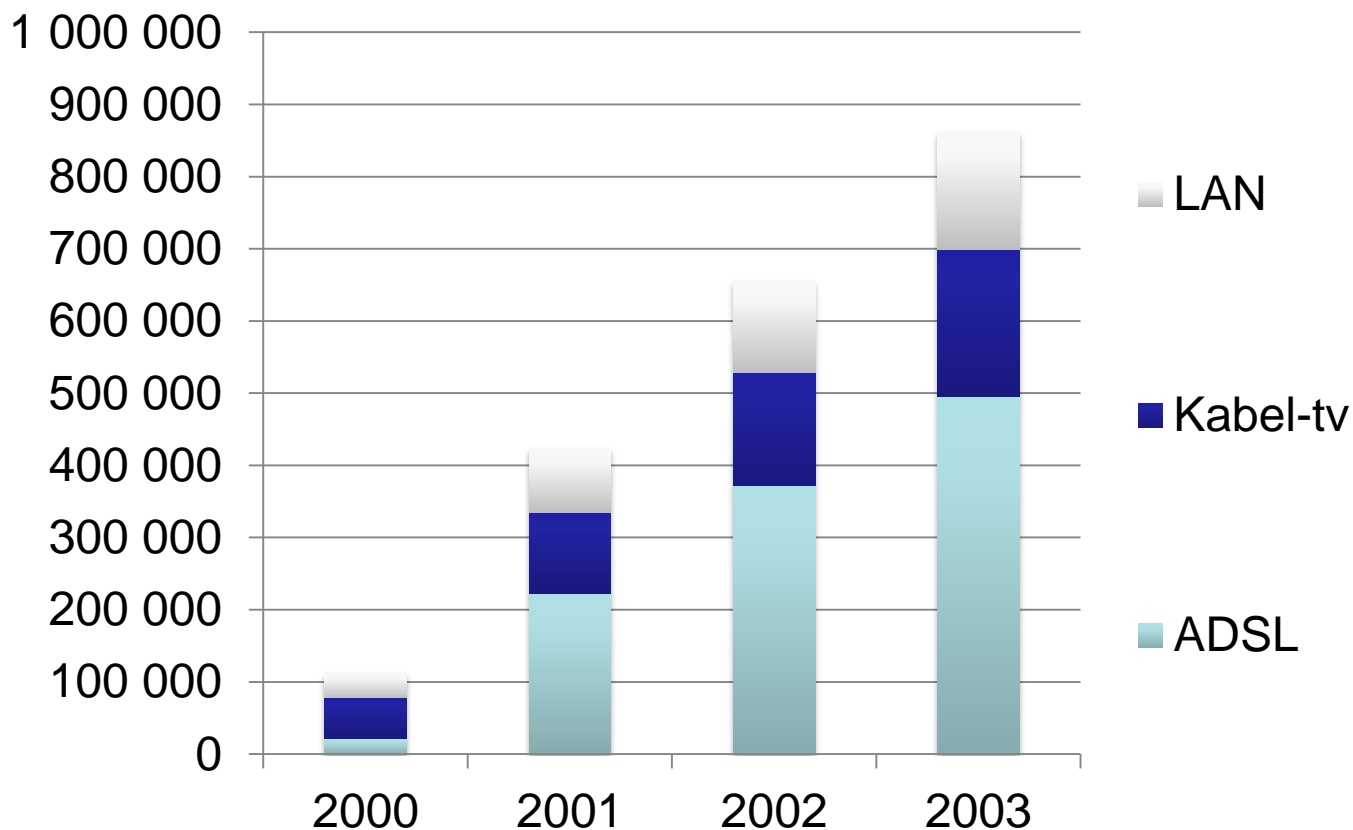


# Internetanslutningar



Källa: PTS – Svensk telemarknad 2003, s. 77

# Bredbandsanslutningar



Källa: PTS – Svensk telemarknad 2003, s. 77



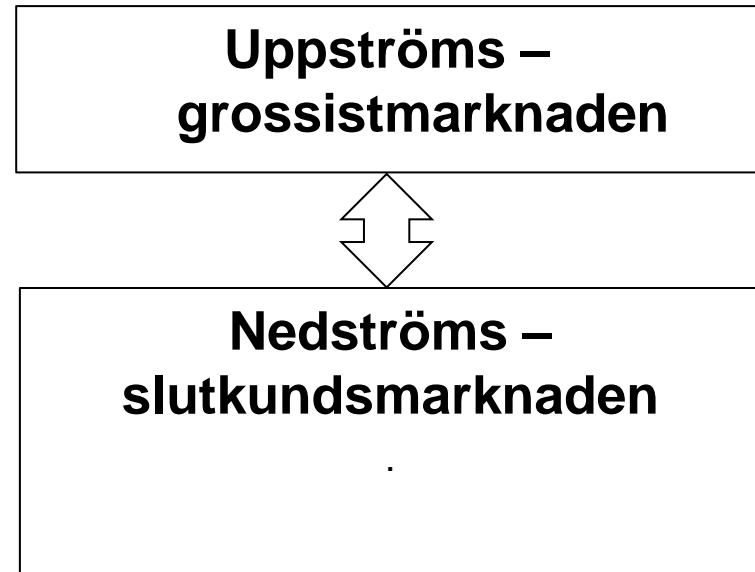
# Prioriterad utbyggnad år 2000



# Relevant marknad

# Två relevanta marknader

Kommissionens  
tillkännagivande\*



\*Kommissionens tillkännagivande om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesavtal inom telesektorn, EGT nr C 265, 22.8.1998, s. 2

# Slutkundsmarknad

- Bredbandsanslutning via ADSL, LAN och kabel-tv-nät i Sverige

# Grossistmarknad

- Telia Sonera erbjöd endast återförsäljartjänsten
    - Tillträdestjänsten LLUB var inte ett kommersiellt gångbart alternativ
  - Behov av access i hela landet
    - ADSL byggdes ut snabbt i hela landet och med potential att nå i princip alla hushåll
    - LAN och kabel-tv-nät begränsade inte prissättningen
  - Inte realistiskt att bygga eget accessnät
  - Nationell marknad
- ➔ Tillträde till fast accessnät via återförsäljartjänster för ADSL-anlutningar i Sverige
-

# Kommissionens avgränsning av relevant marknad i liknande fall

	Produktmarknad	Geografisk marknad
<b>Grossistmarknad</b>	<i>Telefónica</i> , p. 208 (se även dom i mål T-336/07, p. 114–134) <i>Deutsche Telekom</i> , p. 91 <i>Telekomunikacja Polska</i> , p. 624–625	<i>Telefónica</i> , p. 219 <i>Deutsche Telekom</i> , p. 92–95 <i>Telekomunikacja Polska</i> , p. 639
<b>Slutkundsmarknad</b>	<i>Telefónica</i> , p. 161 <i>Deutsche Telekom</i> , p. 91 <i>Telekomunikacja Polska</i> , p. 598 <i>Wanadoo</i> , p. 203–204 (se även dom i mål T-340/03, p. 82–91)	<i>Telefónica</i> , p. 219 <i>Deutsche Telekom</i> , p. 92–95 <i>Telekomunikacja Polska</i> , p. 639 <i>Wanadoo</i> , p. 205–206

# Marknadsandelar fram till 1999

	1996	1997	1998	1999
Telia Sonera	42%	36%	33%	31%
Others	58%	64%	67%	69%

Dial up and broadband . At the end of 1999, only 40,000 broadband, 1,840,000 dial up. Source: PTS rapport Svensk telemarknad 2003

# Marknadsandelar ADSL 2000-2003

	2000	2001	2002	1h 2003
Telia	83%	80%	73%	71%
Others	17%	20%	27%	29%



# Effekter

# Situationen utan klämning?

## Kontrafaktisk situation – vad är ett rimligt scenario?

Marknaden för uppringt internet baserat på kopparnätet

- Konkurrenterna hade mer än 2/3 av marknaden
  - Stora existerande kundbaser
  - Stora marknadsandelar talar för att de var effektiva

➔ Det finns inget som talar för att konkurrenterna skulle ha varit mindre effektiva vad gäller ADSL än uppringt

# Dominerande ställning

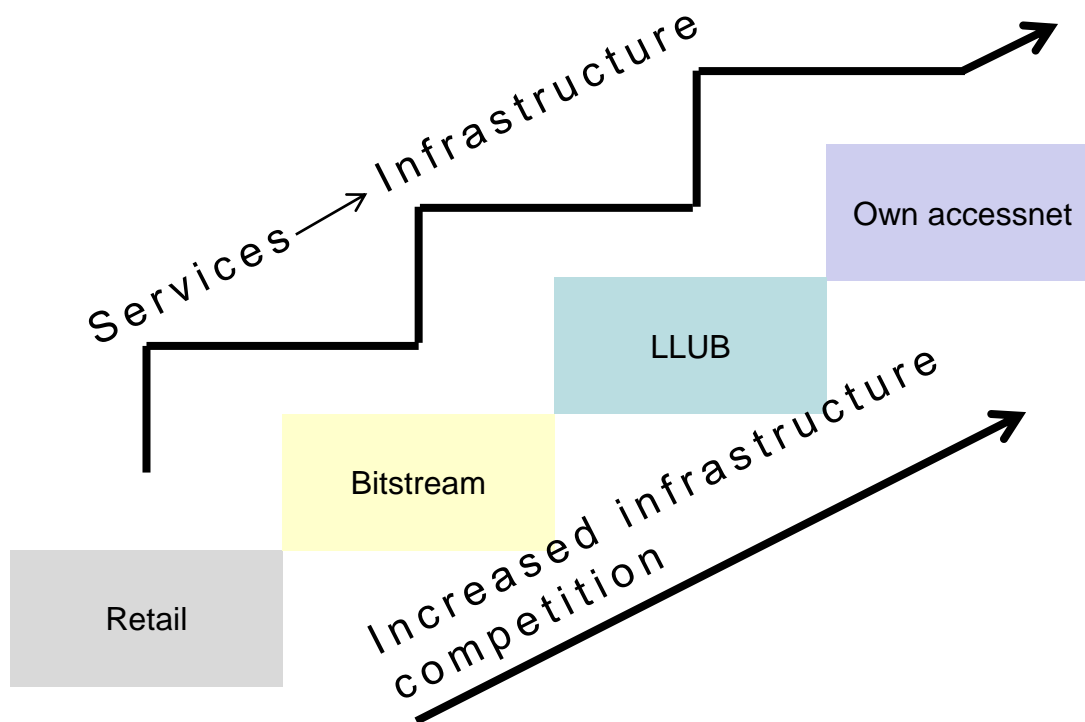
- Grossistmarknaden
  - TeliaSonera; 100 % marknadsandel och en dominerande ställning
- Slutkundsmarknaden
  - TeliaSonera; En stark ställning, 50 % (80% ADSL)

# Investeringsstegen

## Ekonomisk logik

- Att röra sig uppåt i värdekedjan kräver stora investeringar
- Investeringskostnader måste kunna slås ut på tillräckligt antal abonnenter för att nå lönsamhet
- Det behövs alltså en tillräckligt stor **existerande** kundstock
  - Existerande abonnenter delvis inlåsta
  - Att värva nya abonnenter kostar
- Kundstocken måste avse en likvärdig tjänst
  - Liten inlåsning i relation till överlägsen teknologi

# Investeringsstegen



# Klämning och investeringstegen

- Klämningen har försvårat och försenat operatörens inträde på marknaden för bredbandsanslutningar
- Förutsättningarna för infrastrukturskonkurrens har därigenom försämrats
- Marginalklämningen har haft en konkurrensbegränsande effekt även på lång sikt

# Syftet med missbruksförbudet

- Syftet med missbruksförbudet är bl.a. att förhindra att en dominants prispolitik *försvårar eller omöjliggör för en lika effektiv konkurrent att träda in på marknaden\**
- Det relevanta kostnadsmåttet måste ta sin utgångspunkt i detta

\* Se t.ex. C-280/08 P, Deutsche Telekom, p. 253 ”...marginalpress kan leda till en utestängningseffekt för åtminstone lika effektiva konkurrenter. Prissättningen kan försvåra eller rentav omöjliggöra konkurrenternas inträde på den relevanta marknaden och därmed stärka det dominerande företags ställning till förfång för konsumenterna.” samt C-52/09, Telia Sonera, p. 63.

# Kostnadsmått

- LRAIC (Long Run Average Incremental Cost)
  - Långsiktig genomsnittlig särkostnad
  - Har tillämpats av kommissionen i marginal-  
klämningsärenden\*

\* Se t.ex. kommissionens tillvägagångssätt i Telefónica.



**Genomsnittliga fasta kostnader (för att producera en viss produkt)**

**Genomsnittliga rörliga kostnader (för att producera en viss produkt)**

Relevanta  
kostnader  
(jämför LRAIC\*)

\* Se Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82, fotnot 18.

# Vad är ”Incremental” i LRAIC?

- Relaterat till syftet med förbudet – att ej försvåra lika effektiva konkurrenters inträde
- Inkrementet är att träda in på marknaden
- ”Incremental cost” avser därför samtliga kostnader för att träda in och verka på marknaden\*
- LRAIC avser ej marginalkostnad för tillkommande kundvolym

\* Se Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 p. 26 ”...till skillnad från den genomsnittliga påverkbara kostnaden (som endast omfattar fasta kostnader om de uppkommit under den granskade perioden) omfattar [LRAIC] produktspecifika fasta kostnader som uppkommit innan det misstänkta missbruket ägde rum.”

# Vad är ”Long Run Incremental” i LRAIC?

- Relaterat till syftet med förbudet – ej försvåra lika effektiva konkurrenters inträde
- ”Long run” avser faktiska kostnader *idag* som är inkrementella på lång sikt\*
- Kostnads måttet måste därför avspegla en *samtida* lika effektiv konkurrents kostnader, Dvs. *inte framtida* konkurrenters kostnader

\* Se t.ex. Kommissionens beslut i Telefónica, p. 317. ”...a price which equates to the variable cost of a service may be substantially lower than the price the operator needs in order to cover the cost of providing the service in the long run. [...] the costs considered must include the total costs which are incremental to the provision of the service.”, se också punkt 323.

# Marknadsdomstolen om LRAIC

- Alla (parter, tingsrätten, Marknadsdomstolen och Kommissionen) är eniga om att LRAIC är det lämpliga kostnadsmåttet vid klämning
- Bergstrand: "...bolagets kalkyl inte varit avsedd som en LRAIC-kalkyl och att den inte heller uppfyller förutsättningarna för att utgöra en sådan." (pkt 257)
- Marknadsdomstolen: "...kan utredningen i målet, enligt Marknadsdomstolens mening, inte anses vara sådan att det är möjligt att använda LRAIC-metoden. (pkt 258)
- I Telefónica resonerade Tribunalen (ingående) på ett annat sätt

# Fastställande av marginalklämning

- Praxis utgår från dominantens faktiska kostnader under missbruksperioden
- Fastställande av den exakta kostnaden är inte avgörande – vad som ska säkerställas är istället om kostnaden var sådan att klämning förelåg\*

\* Se t.ex. Tribunalens dom i Deutsche Telekom, p. 222-223.

# Stockholms tingsrätt

# Stockholms tingsrätt

- TeliaSonera hade en dominerande ställning på grossistmarknaden
- TeliaSonera hade marginalklämt konkurrenter i 2 år och 8 månader
- Mycket indikerade att grossisttjänsten var oundgänglig
- Det fanns övertygande bevisning om konkreta konkurrensbegränsande effekter
- Tillvägagångssättet var inte ekonomiskt försvarbart

# Stockholms tingsrätt

- Stockholms tingsrätt bestämde konkurrensskadeavgiften till yrkade 144 miljoner SEK
- Telia Sonera överklagade till Marknadsdomstolen



# Marknadsdomstolen

# Marknadsdomstolens dom

- Tidsutdräkten har påverkat bevisvärdet och lett till en risk för efterklokhet
- Relevant slutkundsmarknad -> uppringt ingår t.o.m. 2001
- Relevant grossistmarknad -> uppringt ingår t.o.m. 30/6 2001
- Dominans grossistmarknaden -> inte tillförlitligen styrkt fram t.o.m. 30/6 2001 därefter dominerande

# Marknadsdomstolens dom, forts.

- Faktiskt tillämpade priser -> har avtalats eller på annat sätt uppfattas som bindande besked
- Dominantens egna rabatter ska inte beaktas vid marginalklämningsbedömningen
- Inte styrkt att dominantens kostnader var högre än det som Telia hade vitsordat, dvs. 30 kr (jfr 56 kr)
- Telias förfarande har i vart fall haft en potentiellt konkurrensbegränsande effekt
- Förfarandet som har styrkts utgör en allvarlig överträdelse

# Diskussion och slutsatser

# Slutsatser målet

## Några framgångar

- Viktiga principer fastslagna av EU-domstolen
- Fällande dom med för Sverige historiskt höga böter i dominansmål
- Allvarligt överträdelse, som ej är "ny"
- Det fanns potentiella ekonomiska effekter
- Vissa aspekter av marknadsavgränsningen (gruppavtal)

## Några motgångar

- Andra aspekter av marknadsavgränsningen (uppringt)
- Bedömningen av TeliaSoneras kostnader (LRAIC)

# Marginalklämning i EU

- I EU har marginalklämning länge setts som en separat form av missbruk, skiljt från leveransvägran
  - Napier Brown/British Sugar 1988 (Kommissionens beslut).  
Överträdelse av artikel 102 ”*By reducing its prices for retail sugar to the extent that an insufficient margin existed between its prices for retail and industrial sugar*”.
  - Notice on application of competition rules in telecom. (98/C 265/02)
- Marknadsdomstolen bekräftade det och sänkte inte böterna för att det skulle vara en ny typ av överträdelse som TeliaSonera påstod

# Marginalklämning och leveransvägran

- Mycket argumentation om det kontrafaktiska i målet trots att EU-domstolen var tydlig med att marginalklämning är ett självständigt missbruk
- En intressant fråga där ”approachen” i EU och USA skiljer sig åt
- EU:s position är effektbaserad och är riktig också från ett ekonomiskt perspektiv

# Amerikansk konkurrensrätt

Marginalklämning utgör inte en självständig överträdelse enligt amerikansk konkurrensrätt i avsaknad av konkurrensrättslig skyldighet att leverera. Utan där bedöms det antingen som en fråga om

- Överprissättning, eller
- Underprissättning

Detta har framgått av ett antal US Supreme Court beslut

- LinkLine (2009), Trinko (2004) and Brooke Group (1993)



# Konklusioner

- EU:s position är rimlig. Även om ett företag skulle ha rätt att leveransvägra, så är det inte säkert att det skulle göra det
- Leveransvägran är inte det naturliga kontrafaktiska alternativet till marginalklämning
- För att bestämma effekten av ett visst förfarandet, eller effekten av att förbjuda ett visst förfarande, så är det relevanta kontrafaktiska scenariot vad som skulle ha hänt annars, inte vad ett företag kunde ha gjort men saknar incitament att göra
- Den ofta framförda kritiken att en marginalklämning inte kan vara skadlig i avsaknad av en leveransplikt är fel
- I det här målet har skador konstaterats