

**UDSKRIFT  
AF  
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG**

---

**D O M**

Afsagt den 20. maj 2009 af Østre Landsrets 13. afdeling  
(landsdommerne M. Levy, Kaspar Linkis og Anne Louise Bormann).

13. afd. nr. B-3355-06:

Forbruger-Kontakt a-s

(Søndagsavisen a-s)

(advokat Peter Stig Jakobsen og  
advokat Jes Anker Mikkelsen)

mod

Post Danmark A/S

(advokat Nicolai Westergaard og  
advokat Søren Zinck).

Denne sag, der er anlagt den 9. januar 2006, drejer sig om Forbruger-Kontakt a-s erstatningskrav som følge af Post Danmark A/S konkurrencestridige adfærd.

**Påstande**

**Sagsøgeren**, Forbruger-Kontakt a-s (Søndagsavisen a-s) (herefter betegnet Forbruger-Kontakt), har nedlagt følgende påstande:

Principalt, at sagsøgte tilpligtes til sagsøgeren at betale 109.045.000 kr. med tillæg af procesrenter for så vidt angår 90.210.503 kr. fra den 9. januar 2006, for så vidt angår 37.650

kr. fra den 8. januar 2008 og for så vidt angår 18.796.847 kr. fra den 21. oktober 2008 til betaling sker, subsidiært, at sagsøgte tilpligtes til sagsøgeren at betale et mindre af Østre Landsret fastsat beløb med tillæg af procesrenter som anført.

**Sagsøgte**, Post Danmark A/S, (herefter betegnet Post Danmark) har nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært betaling af et mindre beløb end det af Forbruger-Kontakt påståede.

### **Sagsfremstilling**

Den 29. september 2004 traf Konkurrencerådet afgørelse om, bl.a. at Post Danmark havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet for adresseløse forsendelser ved at anvende primary-line prisdiskrimination i form af forskellige priser over for egne og konkurrenters kunder, idet Post Danmark havde tildelt Forbruger-Kontakts tidligere kunder Coop, SuperBest og Spar mere fordelagtige priser og rabatter end egne kunder, hvilket havde en ekskluderende effekt på markedet.

Ved en kendelse af 1. juli 2005 stadfæstede Konkurrenceankenævnet denne del af afgørelsen, medens Konkurrencerådets påbud til Post Danmark om at ændre deres priser og rabatter var blevet overflødig, efter at Konkurrencerådet den 23. februar 2005 havde godkendt Post Danmarks tilsagn om en ny prisstruktur, der skulle være gældende fra den 1. juni 2005.

Post Danmark indbragte afgørelsen for Østre Landsret, der i en dom af 21. december 2007 frifandt Konkurrencerådet. Det væsentligste indhold af Konkurrencerådets og Konkurrenceankenævnets afgørelser er medtaget i Østre Landsrets dom, der har følgende begrundelse for resultatet:

### **”Dominerende stilling**

Der er enighed mellem parterne om, at det relevante marked kan afgrænses som af Konkurrencerådet til markedet for distribution af adresseløse forsendelser og lokal- og regionalaviser i Danmark.

Ved afgørelsen af, om Post Danmark i 2003 og 2004 indtog en dominerende stilling på dette marked, må der lægges vægt på Post Danmarks markedsandel. Det fremgår af Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (97/C 372/03) pkt. 55,

at ”både afsætningens omfang og værdi giver nyttige oplysninger”, men at når ”det drejer sig om differentierede produkter, vil afsætningen opgjort i værdi og markedsandelen i denne forbindelse normalt blive anset for bedre at afspejle de enkelte leverandørers relative stilling og styrke”. Distribution af adresseløse forsendelser må anses for en differentieret ydelse, idet navnlig forsendelsernes vægt, format og omdelingssteder varierer betydeligt. Landsretten kan derfor tiltræde konkurrencemyndighedernes vurdering af, at Post Danmarks markedsandel skal opgøres ud fra omsætningen forstået som afsætningens værdi. Det kan ikke føre til andet resultat, at Konkurrencestyrelsen i sin afgørelse af 24. april 2002 om etablering af Dansk Distributionscenter A/S opgjorde parternes markedsandele på baggrund af antallet af distribuerede enheder, idet det må lægges til grund, at årsagen hertil var, at styrelsen vurderede, at det i det konkrete tilfælde ikke var muligt at få tilstrækkeligt pålidelige omsætningstal, jf. punkt 88 i Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004.

I 2003 og årene forud herfor, udgjorde Post Danmarks markedsandel opgjort efter omsætning mellem 40 og 50 %. Det fremgår af forarbejderne til konkurrenceloven, at der ved en markedsandel på over 40 % er en formodning for, at virksomheden indtager en dominerende stilling på markedet. Dette gælder under alle omstændigheder i tilfælde, hvor denne markedsandel er fastholdt over en længere periode.

Ud over markedsandelen må der lægges vægt på de strukturelle forhold på markedet. Post Danmark indtager således en helt særlig stilling på markedet, fordi Post Danmark har et landsdækkende distributionsnet, som i kraft af eneretten og befordringspligten vedrørende breve mv. kan opretholdes uafhængigt af omdelingen af adresseløse forsendelser. Post Danmarks eneste væsentlige konkurrent, Forbruger-Kontakt, er derimod afhængig af omdeling af adresse-løse forsendelser for at kunne opretholde sit distributionsnet.

På denne baggrund kan landsretten tiltræde konkurrencemyndighedernes vurdering af, at Post Danmark i 2003 og 2004 indtog en dominerende stilling på markedet for distribution af adresseløse forsendelser og lokal- og regionalaviser i Danmark.

### **Selektivt lave priser**

Ved vurderingen af, om der er tale om selektivt lave priser, kan landsretten tiltræde, at der blandt andet kan lægges vægt på, hvilken rabat der er givet i forhold til listeprisen. Ved fastsættelse af listeprisen indgår således udover volumen forsendelsernes vægt, format, modtagergruppe, omdelingsperiode og omdelingsområde (by/land). Ved fastsættelsen af prisen til storkunderne indgår de samme kriterier samt tillige frekvens og indleveringssted. Med hensyn til disse to yderligere kriterier er der kun i begrænset omfang forskel på forholdene for de supermarkedskæder, der indgår i sammenligningen. Sammenligning af rabatten i forhold til listepriserne giver således et mere retvisende billede end sammenligning af de faktiske priser, der er givet til Post Danmarks forskellige kunder, idet de omdelte tryksager adskiller sig væsentligt med hensyn til blandt andet vægt, format og fordeling mellem omdeling på landet og i byer.

Post Danmarks aftaler med Coop, SuperBest og Spar blev indgået i 2003, og aftalernes påvirkning af konkurrencen indtrådte derfor på dette tidspunkt.

Landsretten kan derfor tiltræde, at der ved vurderingen af, om priserne er selektivt lave, må lægges vægt på en sammenligning med Post Danmarks priser til de øvrige kunder i 2003.

### *Coop*

Det er ubestridt, at den pris, der blev tilbudt Coop, var væsentligt lavere end den pris, der blev tilbudt Post Danmarks øvrige kunder, og at Coop fik en væsentligt større rabat i forhold til listeprisen end de øvrige kunder.

Post Danmark har gjort gældende, at den lave pris, der blev tilbudt Coop, var omkostningsbegrundet, idet Coop skulle have distribueret op til 5 reklametryksager samtidig, hvilket gav en god dropøkonomi. Landsretten finder ikke, at Post Danmark har godtgjort, at forskellen mellem Coops pris og prisen for de øvrige kunder var begrundet i omkostningsmæssige forhold. Landsretten har herved navnlig lagt vægt på, at kriteriet dropøkonomi ikke indgår direkte hverken ved prisfastsættelsen i henhold til Post Danmarks listepreiser eller i henhold til tilsagnet fra 2005, der i dag danner grundlag for Post Danmarks prisfastsættelse, og at Post Danmark ikke har kunnet begrunde, at 5 tryksager, der skal distribueres for Coop, giver væsentligt lavere omkostninger end 5 tryksager, der skal distribueres for 5 forskellige supermarkedskæder.

Landsretten tiltræder derfor, at den pris, Coop fik tilbudt af Post Danmark i 2003, må anses for selektivt lav i forhold til prisen for Post Danmarks eksisterende kunder.

### *SuperBest og Spar*

Både Spar og SuperBest opnåede en væsentligt højere rabat i forhold til listeprisen end de konkurrerende supermarkeder Aldi og Netto, der i forvejen var kunder hos Post Danmark. SuperBests nettopris var lavere end prisen for Netto, uagtet at Netto havde et betydeligt større volumen. Tilsvarende lå Spars nettopris væsentligt under gennemsnittet for kunderne i 10-30 mio. kr. segmentet. Disse forskelle kan ikke forklares med den af Post Danmark opstillede såkaldte simplificerede vægtningsmodel og stemmer dårligt overens med økonomistyringschef Flemming Banks forklaring om, at volumen er den væsentligste faktor for økonomien.

En sammenligning af priserne til SuperBest og Spar med Post Danmarks priser i 2004 til Post Danmarks hidtidige kunder ændrer efter landsrettens opfattelse ikke afgørende ved det billede, der tegner sig ved en sammenligning med de tilsvarende priser for 2003. Landsretten har lagt til grund, at den pris for Aldi for 2004, som Konkurrencerådet har lagt til grund ved sin afgørelse, som følge af en fejl fra Post Danmarks side er højere end den reelle pris. En korrektion for denne fejl ændrer dog ikke ved, at såvel Spar som SuperBest opnåede en væsentligt højere rabat end Aldi. Det kan heller ikke føre til andet resultat, at den faktiske nettopris for 2004 for SuperBest varierede i årets løb.

Landsretten tiltræder således konkurrencemyndighedernes vurdering af, at Post Danmarks priser til Coop, SuperBest og Spar var selektivt lave i forhold til priserne til Post Danmarks øvrige kunder.

## Misbrug

Efter konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 3, kan misbrug f.eks. foreligge ved anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen.

Post Danmark har i sine kontrakter med Coop, Spar og SuperBest givet lavere priser end for tilsvarende ydelser leveret til de virksomheder, der i forvejen var kunder hos Post Danmark. Herved har Post Danmark skadet konkurrencen mellem de supermarkeds kæder, der var i indbyrdes konkurrence, som fastslået ved punkt 15 i Konkurrencerådets afgørelse, der ikke er indbragt for landsretten. Post Danmarks selektive prispolitik var imidlertid også til skade for konkurrencen mellem Post Danmark og Forbruger-Kontakt, idet Post Danmark ved at anvende selektivt lave priser over for Forbruger-Kontakts kunder kunne opnå den dobbelte fordel, der bestod dels i at skade Forbruger-Kontakt, der ved tabet af en stor del af sin omsætning risikerede at blive ude af stand til at opretholde sit landsdækkende distributionsnet, og dels i at Post Danmark kunne fortsætte med at opkræve højere priser af sine egne tidligere kunder. Denne adfærd fandt sted på et marked, hvor Post Danmark indtog en helt særlig position i kraft af sin markedsandel og enestående strukturelle fordel, og hvor den eneste væsentlige konkurrent, Forbruger-Kontakt, var sårbar over for tab af store kunder.

Det forhold, at prisen til Coop efter konkurrencerådets beregninger var lavere end Post Danmarks gennemsnitlige totalomkostninger kan ikke føre til, at de selektive priser i forhold til denne koncern ikke udgjorde et misbrug.

På denne baggrund tiltræder landsretten konkurrencemyndighedernes afgørelse, hvorefter Post Danmark misbrugte sin dominerende stilling på markedet for distribution af adresseløse forsendelser i Danmark ved i 2003 og 2004 at anvende forskellige priser over for selskabets egne kunder og Forbruger-Kontakts tidligere kunder uden at kunne omkostningsbegrunde disse forskelle.”

Efter Landsrettens dom udarbejdede sagsøgeren en tabsopgørelse af 7. januar 2008, benævnt bilag 8, hvorefter tabet som følge af misbruget var opgjort til godt 90 mio. kroner. Tabsopgørelsen var vedlagt en erklæring af samme dato fra revisionsfirmaet Ernest & Young, der havde foretaget en gennemgang af det opgjorte erstatningskrav og de heri fastlagte forudsætninger. Af erklæringen fremgår, at revisionsfirmaet ikke har fundet grundlag for, at erstatningsopgørelsen skulle være fejlagtig.

Efter at retten den 9. juli 2008 havde udmeldt statsautoriseret revisor Torben Lange, KPMG, som syns- og skønsmand, udarbejdede Forbruger-Kontakt den 14. august 2008 en ny tabsopgørelse, benævnt bilag 26, hvorefter tabet var ændret til godt 73 mio. kr. Ændringen skyldtes, at Forbruger-Kontakt var blevet opmærksom på fejl i den oprindelige beregning.

Bilag 26, der i sin helhed har været forelagt for landsretten, har følgende indhold:

### **"TABSOPGØRELSE**

#### **Den principale påstand er opgjort således:**

<b>(1.000 kroner)</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>Tab</b>
Mistet omsætning:			
COOP	.....	.....	
SuperBest	.....	.....	
Spar	.....	.....	
Mistet omsætning i alt	.....	.....	.....
Fradraget tilhørende sparede direkte omkostninger	.....	.....	.....
Herefter beregnet tab - før justering for ejerandele i datterselskaber (Bruttoavance)	44.757	46.100	90.856
Justering af tab for fremmede ejerandele i datterselskaber	-8.613	-8.871	17.484
<b>Tab (Principale påstand)</b>	<b>36.144</b>	<b>37.228</b>	<b>73.373</b>

#### **Beregningsmetoden for den principale påstand overordnet**

Forbruger-Kontakt a-s' ("Forbruger-Kontakt") tab for 2004 og 2005 er opgjort ud fra, hvordan Forbruger-Kontakt ville have været stillet økonomisk, hvis Post Danmark A/S ("Post Danmark") ikke havde misbrugt sin dominerende stilling i form af selektivt lave priser til at fratage Forbruger-Kontakt de tre store kunder COOP, SuperBest og Spar.

Tabet er således beregnet ved at opgøre den mistede omsætning for Forbruger-Kontakt med COOP, SuperBest og Spar og herefter at fratække Forbruger-Kontakts gennemsnitlige direkte omkostninger for disse tre kunder.

Tabet er opgjort for Forbruger-Kontakt, der er en division i Søndagsavisen a-s.

#### **De enkelte beregningslementer i tabsopgørelsen**

##### **Mistet omsætning:**

Opgørelsen af tabet er baseret på de mængder og den omsætning, som COOP, SuperBest og Spar fik distribueret i 2003:

(1.000)	2003
Mængder (stk.):	
COOP	.....
SuperBest	.....
Spar	.....
Mængder i alt	.....
Omsætning (kr.):	
COOP	.....
SuperBest	.....
Spar	.....
Omsætning i alt	.....

Kilde: Mistet omsætning er opgjort ud fra den for Forbruger-Kontakt i 2003 bogførte omsætning med COOP, SuperBest og Spar. Tallene er hentet i FK's distributionsstyringsystem DISY, og lignende systemer hos de øvrige distributionsenheder. DISY er Forbruger-Kontakts it-system og rummer hele den samlede omsætning fra distribution af adresseløse forsendelser i Danmark. Denne omsætning benævnes DIDK - Distribution i Danmark.

Tallene afspejler således den i 2003 distribuerede mængde for COOP, SuperBest og Spar og den på baggrund heraf genererede omsætning på basis af de aftalte priser.

For at tage højde for en almindelig prisstigning, dvs. den prisstigning som ville have været gennemført, hvis ikke Post Danmark havde misbrugt sin dominerende stilling i form af selektivt lave priser, er omsætningen tillagt en vækst på 3 % p.a. for 2004 og 2005.

#### Tilhørende sparede direkte omkostninger

Fra den opgjorte mistede omsætning på COOP, Spar og SuperBest er fratrukket de tilhørende sparede direkte omkostninger i 2004 og 2005, hvor Forbruger-Kontakt ikke udførte distribution for COOP, SuperBest og Spar.

Tabsopgørelsen er baseret på de direkte omkostninger i 2003, eftersom 2003-tallene bedst udtrykker, hvordan Forbruger-Kontakts omkostninger havde været i 2004 og 2005, hvis Forbruger-Kontakt ikke havde mistet COOP, SuperBest og Spar til PDK.

(1.000 kroner)	2003
COOP	.....
SuperBest	.....
Spar	.....
Direkte omkostninger i 2003 for COOP, SuperBest og Spar	.....

De direkte omkostninger omfatter blandt andet følgende omkostninger til produktion og distribution:

- Løn til sortering og pakning (sammenlægning)
- Kørsel fra terminaler til depoter, omdelere, datterselskaber og eksterne distributører
- Løn til omdelere
- Omkostninger i forbindelse med distribution gennem eksterne distributører
- Øvrige produktionsomkostninger i form af blandt andet vedligeholdelse af produktionsudstyr, leje af distributionslokaler, lageromkostninger mv.

I tabsopgørelsen er der foretaget fuldt fradrag for de tilhørende sparede direkte omkostninger. Disse omkostninger indeholder flere omkostninger, end Forbruger-Kontakt reelt ville kunne have sparet, hvorved Forbruger-Kontakts tab bliver mindre, end det reelt er. Ud fra en konservativ betragtning har Forbruger-Kontakt imidlertid valgt ikke at foretage en yderligere reduktion i de tilhørende sparede direkte omkostninger. Der er endvidere ikke taget højde for nogen form for "dropøkonomi"-synspunkter eller lignende på basis af COOP, Super-Best og Spars betydelige mængder eller distribution af flere forsendelser fra samme kunde i samme omdeling. De sparede direkte omkostninger er opgjort ud fra de gennemsnitlige direkte omkostninger for alle distribuerede adresse-løse forsendelser i 2003 for Forbruger-Kontakt og datterselskaber (DIDK) baseret på mængder. I overensstemmelse med prisstigningen på 3 % p.a. ovenfor, er de gennemsnitlige direkte omkostninger ligeledes reguleret med 3 % p.a.

Kilde: De gennemsnitlige direkte omkostninger er trukket fra Søndagsavisen-koncernens interne rapporteringssystem og baseret på hele distributionen i Danmark (DIDK). Ved at anvende de konsoliderede tal fra DIDK er der taget højde for, at en del af omkostningerne til distributionen ligger i datterselskaberne, idet FK ikke foretager hele distributionen selv.

Der er ikke indregnet sparede kapacitetsomkostninger ud over de i de direkte omkostninger medtagne kapacitetsomkostninger, idet Forbruger-Kontakt i 2004 og 2005 kunne have håndteret distributionen for COOP, SuperBest og Spar sammen med distributionen for de øvrige kunder inden for den kapacitet, som Forbruger-Kontakt rådede over i de to nye terminaler i Taastrup og Tilst. Herudover var der ikke i 2004 og 2005 mulighed for at spare nogen del af kapacitetsomkostningerne. De to store nye terminaler, inklusive maskiner, kunne ikke nedbrydes i mindre dele eller udlejes delvist, hvorved der ikke var mulighed for at begrænse tabet yderligere.

#### Herefter beregnet tab - før justering for ejerandele i datterselskaber

Ved fra den opgjorte mistede omsætning at fradrage de tilhørende sparede direkte omkostninger fremkommer tabet før justering for ejerandele i datterselskaber.

#### Justering for ejerandele i datterselskaber

Eftersom en del af distributionen ligger i datterselskaber, er der beregnet et justeret tab for at tage højde for, at en del af den mistede bruttoavance ikke ville være tilgået Forbruger-Kontakt, men fremmede aktionærer i datterselskaberne. De fremmede aktionærers ejerandele i datterselskaberne er anvendt som justeringsfaktor.



Datterselskaberne og Forbruger-Kontakts (Søndagsavisen a-s') ejerandele heri var som følger:

Datterselskaber	Ejerandel
Dansk Distributions Center (DDC)	50 %
Tryksagsomdelingen Fyn (TOF)	60 %
Distribution Syd (SYD)	70 %
UA/FK Distribution (UA)	60 %
HA Grafisk Reklame (HA)	60 %

Justeringen af tabet er foretaget ud fra de konkrete bruttoavancer i 2003 i datterselskaberne. For at opgøre den andel af datterselskabernes bruttoavancer, som vedrører aftalerne med COOP, SuperBest og Spar, er der anvendt samme forhold, som var gældende mellem bruttoavancen i hele DIDK og bruttoavancen opgjort for aftalerne med COOP, SuperBest og Spar før justering for ejerandele. Hvis bruttoavancen på de tre aftaler således udgjorde kr. 20, og den samlede bruttoavance i DIDK var på kr. 100, antages det tilsvarende, at ud af en bruttoavance på kr. 100 i et datterselskab skal kr. 20 henregnes til aftalerne med de tre store kunder.

De konkrete bruttoavancer for 2003 i datterselskaberne er reguleret med 3 % p.a. i 2004 og 2005 i overensstemmelse med reguleringen i mistet omsætning og sparede direkte omkostninger.

#### Tab

Forbruger-Kontakts tab er således opgjort som den mistede omsætning på COOP, Spar og SuperBest med fradrag af de tilhørende sparede direkte omkostninger og med justering for fremmede aktionærers andele af bruttoavancen i datterselskaberne.

#### Den subsidiære påstand er opgjort således:

Den subsidiære tabsopgørelse er opgjort ud fra, at Forbruger-Kontakt (DIDK) resultat før skat i 2003 udgjorde ..... af omsætningen, og at tabet dermed kan opgøres som ..... af den mistede omsætning i 2004 og 2005 på COOP, SuperBest og Spar.

Tab opgjort ud fra FK's gennemsnitlige resultat før skat i 2003 (14,9 % af omsætning) (1.000 kroner)	2004	2005	Tab
COOP	.....	.....	
SuperBest	.....	.....	
Spar	.....	.....	
Tab (Subsidiære påstand)	27.250	28.067	55.317

I denne subsidære tabsopgørelse er der ud over de sparede direkte omkostninger tillige fradraget de forholdsmæssige faste omkostninger, som kan henføres til COOP, SuperBest og Spar ud fra disse tre kunders andel af Forbruger-Kontakts samlede omsætning.

De yderligere omkostninger, som herefter er inddraget og fradraget, omfatter alle variable og faste omkostninger, herunder:

- De ovenfor oplyste direkte omkostninger
- Faste omkostninger til terminalerne
- Afskrivninger
- Øvrige lønomkostninger
- Finansielle omkostninger
- Alle øvrige omkostninger til den primære drift.

Den mistede omsætning er justeret med 3 % p.a. på tilsvarende vis som ovenfor i den principale tabsopgørelse.

Der er endvidere foretaget justering for ejerandele i datterselskaber.

Den subsidære tabsopgørelse er således opgjort ved først at beregne, hvor stor en andel resultatet før skat i DIDK udgjorde af omsætningen i DIDK i 2003 (justeret for Forbruger-Kontakts ejerandele i de omfattede datterselskaber). Og derefter er dette tal multipliceret med omsætningen på aftalerne med COOP, Spar og SuperBest.

Herved fremkommer et alternativt udtryk for Forbruger-Kontakts tab. Dette tab er ikke beregnet ud fra, hvordan Forbruger-Kontakt ville have været stillet økonomisk, hvis ikke Post Danmark havde misbrugt sin dominerende stilling, men er i stedet baseret på, hvor meget Forbruger-Kontakt i 2003 tjente før skat på en tilsvarende omsætning. Metoden er dermed ikke i overensstemmelse med dansk erstatningsret, eftersom den opfinder omkostninger, som reelt ikke eksisterer, og som Forbruger-Kontakt ikke ville skulle afholde, hvis Forbruger-Kontakt havde beholdt aftalerne med COOP, SuperBest og Spar.”

Der var i juni 2008 blevet udarbejdet et skønstema med 11 spørgsmål, og den 12. december 2008 blev der udarbejdet et supplerende skønstema med spørgsmål 12 – 31. I begge skønstemaer var der som en generel indledning anført bl.a. følgende:

”Såfremt skønsmændene måtte have spørgsmål, bortset fra praktiske spørgsmål, til forståelsen af Forbruger-Kontakts opgørelse af det påståede tab, jf. sagens bilag 26, eller de nedenfor oplyste spørgsmål, skal skønsmændene afstå fra at drøfte sådanne spørgsmål mundtligt med medarbejdere hos Forbruger-Kontakt, idet spørgsmålene i stedet skal stilles skriftligt til Forbruger-Kontakt og Post Danmark med kopi til Østre Landsret. Forbruger-Kontakt skal have mulighed for at gennemse spørgsmålene inden fremsendelsen til Post Danmark og Østre Landsret og at ekstrahere oplysninger, som af Forbruger-Kontakt vurderes som fortrolige.

Skønsmanden skal i øvrigt afstå fra på nogen måde mundtligt eller skriftligt at drøfte bilag 26, de i nærværende tema indeholdte spørgsmål og/eller andre spørgsmål vedrørende Forbruger-Kontakts påståede tab med Forbruger-Kontakt”

Den 21. januar 2009 afgav skønmanden en samlet erklæring, der er vedlagt dommen som bilag. Skønserklæringen har i sin helhed været forelagt for landsretten.

Af årsrapporterne for Søndagsavisen a-s fremgår, at koncernen fra 2001 til 2005 havde et resultat efter skat på henholdsvis ÷ 55,7, 26,7, 44,2, 33,5 og 77,6 mio. kr. Af årsregnskabsmeddelelse 2008 for Søndagsavisen a-s fremgår, at koncernens resultat efter skat blev 205,2 mio. kr., og det anføres bl.a.:

*”En flerårig priskrig kombineret med stigende omkostninger til sortering og omdeling i distributionsforretningen nødvendiggjorde ekstraordinære prisstigninger og omkostningsreduktioner. Disse er blevet gennemført i 2008 med et tilfredsstillende resultat. Derudover er det positivt, at der er indgået 2-årige aftaler med de største kunder gældende for 2009 og 2010”.*

I Post Danmarks årsrapporter fra 2003 og 2004 er anført blandt andet:

”Adresseløse forsendelser og lokale ugeaviser.

Markedet for adresseløse forsendelser er under forandring og præget af betydelig konkurrence. Post Danmark har efter seneste års afsætningsmæssige tilbagegang styrket sin position på markedet. Dette skyldes blandt andet:

- en høj kvalitet i omdelingen, der foretages af professionelle omdelere
- indførelsen af tre omdelingsperioder, som har vist sig at være en produktforbedring. Flere af de største afsendere på markedet har valgt at benytte Post Danmark til omdeling af forsendelser fredag/lørdag.

Der har i 2003 været fokus på adresseløse forsendelser som en integreret del af de planlagte medieaktiviteter, der blev gennemført i 2003, fx Direct Marketing Dagen.

.....

Markedet for adresseløse forsendelser er præget af betydelig konkurrence. Post Danmark har de seneste år styrket sin position på markedet. Således påbegyndte Post Danmark i 2004 omdeling fredag/lørdag for flere store nye kunder. Denne position er i 2004 blevet fulgt op af en styrket indsats for at forbedre kvaliteten ved at indføre et ordrestyringssystem til at sikre

tilstrækkelig kapacitet på rette tid og sted i distributionsleddet og ved indførelse af maskinel sammenlægning af forsendelserne.

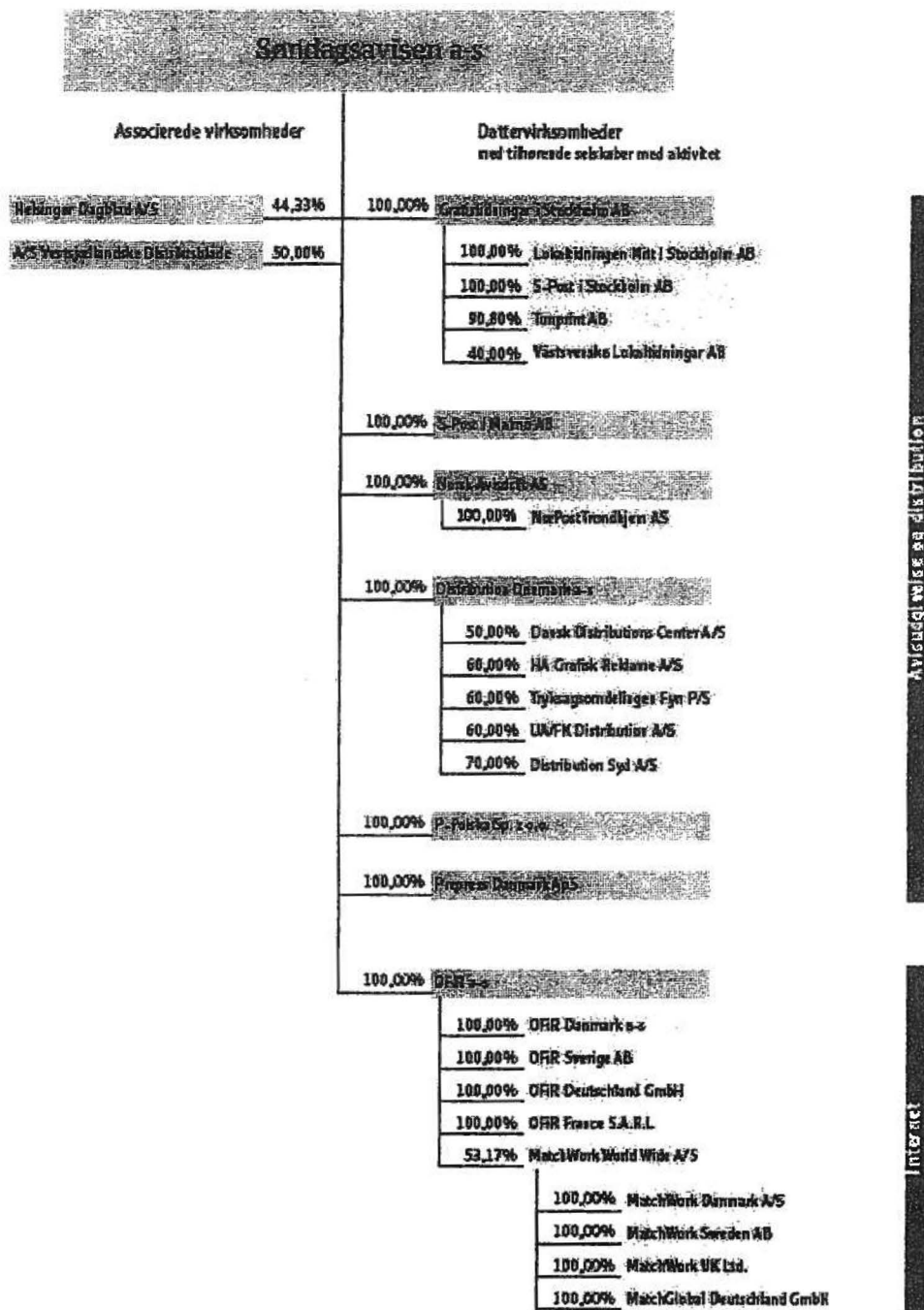
.....

Adresseløse forsendelser udviser i 2004 en betydelig vækst i såvel afsætning som omsætning. Baggrunden herfor er, at der med virkning fra januar 2004 blev indgået aftale med nogle af landets største annoncører om distribution af ca. 500 mio. adresseløse forsendelser (tilbudsviser) årligt.”

Koncernstrukturen i Søndagsavisen a-s er således:

# Koncernstruktur

Pr. 31. december 2005



Med henblik på at kunne vurdere prisudviklingen fra 2003 til 2005, har der været fremlagt oplysninger om udviklingen i Danmarks Statistiks nettoprisindeks for porto. Dette viser et indeks 100 i 2003, indeks 105,2 i 2004 og indeks 108,26 i 2005. Dette indeks vedrører bl.a. A-breve til hele verden, visse storebreve og pakker op til 3 kg.

Der er den 20. oktober 2008 underskrevet transporterklæringer vedrørende erstatningskravet mod PD fra Dansk Distributions Center P/S, H.A. Grafisk Reklame a-s, Tryksagsomdelingen Fyn P/S,US/FK Distribution a-s og Distribution Syd a-s.

### **Forklaringer**

**Skønsmanden Torben Lange** har forklaret blandt andet, at han har arbejdet i KPMG siden 1987 og blev statsautoriseret revisor i 1995. Han er afdelingsleder for den afdeling, der beskæftiger sig med "forensic accounting", der blandt andet indebærer afgivelse af erklæringer til brug for retssager. Han fik udleveret Forbruger-Kontakts tabsopgørelse og det tilhørende dokumentationsmateriale fra Forbruger-Kontakts økonomidirektør Kåre Wigh. Ved samme lejlighed fik han en rundvisning på pakkecenteret i Høje Taastrup. Han har løbende stillet spørgsmål til medarbejdere i Forbruger-Kontakt for at kunne forstå, hvordan virksomheden, herunder dens bogholderi, fungerer. Uden mulighed for at stille opklarende spørgsmål ville han ikke have følt sig komfortabel ved at skulle afgive skønserklæringen. Når en revisor reviderer en virksomhedsårsrapport, har revisoren normalt langt tættere kontakt til virksomheden, end han har haft til Forbruger-Kontakt. I besvarelsen af spørgsmål 3 underkender han ikke Forbruger-Kontakts synspunkt om, at der er direkte omkostninger, der ikke er ligefremt proportionale med den distribuerede mængde, og at tabet derfor kan være undervurderet, men det er ikke noget, der kan kvantificeres. Forbruger-Kontakts opgørelse af tabet kan også være overvurderet. Det var svært at sammenligne omkostningerne år for år, da de var posteret forskelligt. Han spurgte ind til Forbruger-Kontakts begrundelse for ikke at kunne foretage de i spørgsmål 16 nævnte beregninger og vurderede, at det var rimeligt begrundet, at Forbruger-Kontakt ikke havde de nødvendige oplysninger til at foretage beregningerne.

**Mads Dahl Andersen** har under den sag, som blev anlagt af Post Danmark mod Konkurrencerådet, forklaret blandt andet følgende:

"Han er administrerende direktør for Søndagsavisen A/S. Han har været i koncernen siden 1995 og blev direktør for Forbruger-Kontakt i 1996. Forbruger-Kontakt omdeler hver uge ca. 20 mio. tryksager til ca. 2,5 mio. husstande og har ca. 12.000 omdelere, som fortrinsvis er børn og unge. Forbruger-Kontakt kalkulerer sine omkostninger i 1-ører. Da han startede i koncernen, fik han at vide, at Forbruger-Kontakt ikke skulle genere Post Danmark, fordi Post Danmark til enhver tid kunne tage enhver kunde fra selskabet. Tidligere var Post

Danmark ikke så interesseret i adresseløse forsendelser og havde derfor kun ca. 50 % af markedet. Der var også en række andre aktører på markedet. Forbruger-Kontakt er derimod helt afhængig af adresseløse forsendelser. Forbruger-Kontakt uddeler Søndagsavisen til ¼ af Danmarks husstande en gang om ugen, men Søndagsavisen udgør kun 5-6 % af koncernens omsætning, så man kan ikke basere en virksomhed på det. Tidligere dækkede Forbruger-Kontakt kun ca. 2 mio. husstande og anvendte Post Danmark som underleverandør ved omdeling til de resterende ½ mio. husstande på landet. Det var utilfredsstillende, fordi Post Danmark krævede listepriisen, som var over det dobbelte af Forbruger-Kontakts egen pris. Forbruger-Kontakt investerede derfor 250 mio. kr. i nye terminaler og pakkemaskiner og opnåede i slutningen af 2002 at blive landsdækkende for så vidt angår omdeling i weekenden. Investeringerne betød, at selskabet blev noget mere sårbart end tidligere over for nedgang i omsætningen. I efteråret 2003 mistede selskabet 1/3 af deres omsætning, fordi Post Danmark tog 3 af de store kunder. På det tidspunkt var markedet i vækst, og selskabet høstede samtidig en del effektiviseringsgevinster, og selskabets tab blev derfor kun ca. 55 mio. kr. Forbruger-Kontakt havde en dialog med Coop i forbindelse med, at Coop skiftede til Post Danmark. Det skyldtes, at Post Danmark tilbød en lavere pris, således at Coop fik en besparelse på et tocifret millionbeløb. Han har aldrig talt med Niels Fog. Det var direktør Frank Sørensen, der forhandlede for SuperBest. Selskabet har ikke efterfølgende kunnet kompensere for de tabte kunder. Fra 2004-2006 faldt indtjeningen med ca. 100 mio. kr. på grund af lavere priser. Forbruger-Kontakt har for nylig fået Netto tilbage som kunde. Det var fordi Post Danmark besluttede, at det måtte Forbruger-Kontakt gerne. Hvis Forbruger-Kontakt ikke havde fået Netto, var selskabet blevet udraderet, fordi Dansk Supermarked havde besluttet, at alle deres kæder skulle bruge samme distributør. Efter hans opfattelse er omkostningerne ved omdeling af adresseløse forsendelser ligefremt proportionalt med antallet. Omdeling af 2 tryksager koster dobbelt meget som omdeling af 1. Det gælder også for Post Danmark, fordi Post Danmark i 80 % af tilfældene også har et brev med.”

Under denne sag har Mads Dahl Andersen supplerende forklaret blandt andet, at Forbruger-Kontakt dannede de såkaldte ”datterenheder” i 2002 for at kunne opnå et landsdækkende distributionsnet. 80 % af kunderne stiller krav om landsdækkende distribution. Det er typisk Forbruger-Kontakt, der indgår kontrakt med kunderne, men det kan også være en af ”datterenhederne”, og distributionen lægges så ud til den eller de enheder, der skal stå for den. Afregningen fra Forbruger-Kontakt til ”datterenhederne” sker til faste priser, der er kundens pris med fradrag af et beløb til dækning af Forbruger-

Kontakts indirekte omkostninger. I 2002-03 var konkurrencesituationen på markedet præget af, at Post Danmark ikke var så aggressiv, men i foråret 2003 blev Post Danmark mere aktiv. I perioden 1996-2003 steg priserne ca. 3-6 % om året. Han mener, at denne prisudvikling ville være fortsat, hvis ikke Post Danmark havde taget deres tre største kunder. Mobiliteten blandt kunderne er ikke stor, og skift sker typisk pr. 1. januar. De nye sorteringsterminaler blev taget i brug i starten af 2004. Her blev tryksagerne til den enkelte husstand pakket. Terminalernes kapacitet var tilstrækkelig til, at de også kunne have håndteret omdeling til Coop, SuperBest og Spar. Hvis kapaciteten i terminalen overskrides, skal omdelerne sortere de resterende tryksager manuelt, men det kan også lade sig gøre. I dag har Coop valgt weekendomdeling til de husstande, der ikke dækkes af Forbruger-Kontakts distributionsnet til midtugedistribution. Forbruger-Kontakt kunne ikke matche Post Danmarks pris til Coop i 2003, men de fik heller ikke muligheden. De fik at vide, at prisen fra Post Danmarks side var garanteret i tre år, og at de først ville få en chance for at byde efter disse tre år. Sådan gik det også. Tabet af Coop, SuperBest og Spar medførte en betydelig indtægtsnedgang, og de måtte orientere Københavns Fondsbørs. De kunne ikke nøjes med en sorteringsterminal efter tabet af de tre kunder. Det er antallet af husstande og ikke antallet af tryksager, der er afgørende for kapacitetsbehovet. Der skete heller ikke reduktioner i det administrative personale. Det var ikke muligt, og han tror snarere, at personaleantallet blev øget. Når mængden af tryksager falder, falder lønnen til omdelerne, og det gør det sværere at skaffe omdelere og giver dermed mere arbejde for det administrative personale. Det administrative personale er funktionæransatte. Prima var en af Forbruger-Kontakts ældste kunder, og hvis SuperBest var blevet hos Forbruger-Kontakt, havde Forbruger-Kontakt også fået den stigning i SuperBests omdeling af tryksager, der skyldtes fusionen med Prima. Det er ikke normalt, at en kunde bruger flere distributører. Forbruger-Kontakt oplevede ingen ændringer som følge af Post Danmarks tilsagn, der trådte i kraft den 1. juni 2005. Der var ingen kunder, der udbød noget på det tidspunkt. Det lyder ikke sandsynligt, at Post Danmark ville have sat prisen ned til sine øvrige kunder, hvis de havde været klar over, at priserne til Coop, Spar og SuperBest var i strid med konkurrencelovgivningen. Forbruger-Kontakt ønsker ikke at offentliggøre oplysninger om deres omkostningsstruktur, da det ville medføre, at Post Danmark ville vide præcis, hvor de skulle sætte ind. Forbruger Kontakt har ikke kunnet foretage beregningerne i spørgsmål 16, fordi den mængde, der forudsættes distribueret af Post Danmark ville udgøre en firedobling i forhold til, hvad der faktisk blev distribueret, og det ville give en anden pris, som Forbruger-Kontakt ikke kender.



**Bjarne Wind** har under den sag, som blev anlagt af Post Danmark mod Konkurrencerådet, forklaret blandt andet følgende:

”Han er direktør for Post Danmark. Fra 2001 gik Post Danmarks markedsandel på markedet for adresseløse forsendelser tilbage med ca. 3 % om året, og samtidig gik antallet af breve tilbage også med ca. 3 % om året. I samme periode voksede Forbruger-Kontakts markedsandel. Forbruger-Kontakt var selskabets eneste reelle konkurrent på markedet. I perioden var markedet generelt i vækst. Post Danmark besluttede derfor at gå ind i markedet for weekendomdeling af adresseløse forsendelser, da de fleste supermarkeds kæder ønsker omdeling i weekenden. I efteråret 2003 indgik selskabet aftale med Spar, SuperBest og Coop. Listepriser er ikke relevante for så store kunder, for hvem priser fastsættes individuelt. Selv om Post Danmark havde højere priser end Forbruger-Kontakt, kunne selskabet tilbyde en bedre service, og selskabet fik SuperBest som kunde med en pris, der var 7 øre højere pr. tryksag end Forbruger-Kontakts. Aftalen med Coop omfattede de fem kæder Irma, Kvickly, Superbrugsen, Merlin og Fakta, og Coop skulle derfor have omdelt op til fem forsendelser samtidig. Det gav en god ”dropøkonomi”, fordi det reelt koster det samme at aflevere én eller fem forsendelser, og derfor fik Coop en særlig lav pris. Post Danmark havde dengang ikke andre store kunder med omdeling i weekenden. Aftalen med Coop var en rigtig god forretning for Post Danmark. Hvis der havde været indgået separate aftaler med de fem kæder i Coop, ville det ikke have medført større distributionsomkostninger, og dette er den væsentligste del af omkostningerne. Det ville dog have medført højere administrative omkostninger. Coop havde således en central person, med hvem Post Danmark kunne drøfte alle fem kæders produktionsplaner. Coops produktionsplaner var komplicerede, fordi man ofte kun ønskede omdeling til en del af et postnummer, og det krævede derfor megen dialog. Coops pris var væsentligt højere end Post Danmarks marginalomkostninger. Spars og SuperBests priser svarede til priserne for Post Danmarks øvrige kunder. Spar og SuperBest talte sammen under forhandlingerne, og Spar pressede på for at få samme pris som SuperBest. Prisen til SuperBest er regnet ud efter de syv determinanter, der også indgår i Post Danmarks tilsagn fra 2005 om en ny prissætningsmodel. Den nye prissætningsmodel var til gavn for de små kunder. Af Post Danmarks 19 store kunder, medførte tilsagnet, at 6, heriblandt Netto og SuperBest, fik sat prisen ned, 4, heriblandt Spar, fik sat prisen op, og 9 havde i det væsentlige uændrede priser. I 2007 har Spar og SuperBest igen samme pris, fordi de har lavet et koncernsamarbejde. Fra 2004 var priserne på markedet faldende. I 2007 forsøgte man at

sætte prisen for Coop op, og det medførte, at Post Danmark tabte Coop til Forbruger-Kontakt.”

Under denne sag har Bjarne Wind supplerende forklaret blandt andet, at han fratrådte som direktør for Post Danmark i 2008. Da tilbuddet til Coop blev afgivet, blev det overvejet, om tilbuddet var i overensstemmelse med konkurrencereglerne, fordi det følger af Post Danmarks ”compliance manual”, at denne vurdering skal foretages ved tilbud til store kunder. Post Danmarks juridiske afdeling vurderede, at Post Danmark ikke indtog en dominerende stilling, idet der var en intens konkurrence og stor mobilitet på markedet, og idet en konkurrenceretlig afgørelse fra 2002 opgjorde markedsandelen ud fra mængde. Hvis de var nået frem til, at Post Danmark indtog en dominerende stilling, ville de have vurderet, om priserne til Coop, SuperBest og Spar var selektivt lave. Han er ret sikker på, at de ville være nået frem til, at priserne til Coop og SuperBest ikke var selektivt lave, mens det er mere tvivlsomt i forhold til Spar. Hvis de havde vurderet, at priserne var selektivt lave, ville de i stedet have vurderet, at det var mest profitabelt at fastholde priserne til Coop og SuperBest og sænke priserne til de øvrige kunder. Det var den vurdering, de foretog i forbindelse med afgivelsen af tilsagnet til Konkurrencerådet i 2005. De kunder, hvis priser blev hævet som følge af tilsagnet, havde mulighed for at opsige aftalen med det samme, men det var der ingen, der gjorde. Det var ikke ham, der godkendte prisen til Coop.

**Flemming Bank** har under den sag, som blev anlagt af Post Danmark mod Konkurrencerådet forklaret blandt andet følgende:

”Han har været økonomistyringschef i Post Danmark siden 2000. Volumen, herunder især dropøkonomi er den vigtigste faktor for prisen på omdeling af adresseløse forsendelser. Vægt er også væsentligt, fordi der er grænser for, hvor stor en vægt postbudene kan have på cykler m.v.. Det har endvidere betydning, om forsendelserne bliver indleveret et sted, eller om kunden selv fordeler dem til samtlige distributionssteder. Endelig er omdeling i landområder ca. 2- 2 1/2 gange dyrere end omdeling i bymæssig bebyggelse. Omkostningerne vedrørende de adresseløse forsendelser opgøres i overensstemmelse med EU-reglerne som ”incremental costs (IC)”. Incremental costs er de omkostninger, der ville falde bort, hvis den pågældende aktivitet – her omdeling af adresseløse forsendelser – faldt bort. Omkostningerne ved, at posten går sin rute, medregnes derfor ikke til omkostningerne ved omdeling af adresseløse forsendelser. Hvis posten skal aflevere både et brev og en

adresseløs forsendelse, er IC meget lav for den adresseløse forsendelse. Omkostningerne ved omdeling af adresseløse forsendelser faldt med 13 øre pr. forsendelse fra 2003 til 2004 på grund af de store nye kunder. Post Danmark skal have en reservekapacitet på grund af befordringsforpligtelsen. Denne kapacitet kan nyttiggøres ved uddeling af adresseløse forsendelser. Post Danmark besøger gennemsnitligt  $\frac{3}{4}$  af alle husstande hver dag. Lørdag er en lille dag med hensyn til breve. Han var ikke involveret i udregningen af prisen til Coop.”

Under denne sag har Flemming Bank supplerende forklaret blandt andet, at han har været ansat i Post Danmark siden 1993. Han ved ikke, hvem det var der tog beslutningen om den pris, der blev tilbudt Coop. Post Danmark offentliggør ikke omkostningsspecifikke oplysninger af hensyn til selskabets konkurrenceevne.

## **Procedure**

**Sagsøgeren** har i et påstandsdokument (sammenfattende processkrift) af 4. marts 2009 ud over påstandene anført følgende:

” ...

## **2. Baggrund og faktum**

Denne sag angår Forbruger-Kontakts a-s' ("Forbruger-Kontakt") krav på erstatning for det tab, Forbruger-Kontakt har lidt som følge af Post Danmark A/S' ("Post Danmark") misbrug af sin dominerende stilling ved anvendelse af lavere priser over for Forbruger-Kontakts kunder end over for Post Danmarks egne kunder i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, og EF-traktatens artikel 82, og hvorved Post Danmark overtog Forbruger-Kontakts kunder COOP, SuperBest og Spar.

Post Danmark har handlet ansvarspådragende ved uden at have kunnet omkostningsbegrunde prisforskellene at have anvendt selektivt lave priser over for Forbruger-Kontakts kunder COOP, SuperBest og Spar, som Forbruger-Kontakt herefter mistede.

Forbruger-Kontakts fulde, individuelle, påregnelige og adækvate tab ved at miste disse kunder er dokumenteret ved det gennemførte syn og skøn og svarer til det påståvnte beløb.

Forbruger-Kontakt har siden 1965 drevet virksomhed særligt med distribution af adresseløse forsendelser, herunder tryksager (reklamer mv.) og lokal- og regionalaviser. Forbruger-Kontakt indgår som en division i Søndagsavisen a-s, der er noteret på Københavns Fondsbørs.

Siden 2002 har Forbruger-Kontakt haft et næsten landsdækkende distributionsnet for omdeling af adresseløse forsendelser, og distributionen har siden 2003 været baseret på to helt nyopførte og automatiske terminaler i Høje Tåstrup og Tilst.

Den væsentligste og største udbyder af distributionsydelser for adresseløse forsendelser har steds været Post Danmark, som anvender sit eksisterende landsdækkende distributionsnet fra eneretten vedrørende småbreve til at distribuere adresseløse forsendelser.

I 2003 kunne Forbruger-Kontakt konstatere, at Post Danmarks markeds- og særligt prisstrategi for distribution af adresseløse forsendelser blev meget aggressiv. Inden for 14 dage i oktober 2003 overtog Post Danmark således ved hidtil uset aggressiv prissætning Forbruger-Kontakts kunder COOP, SuperBest og Spar fra Forbruger-Kontakt med virkning fra 1. januar 2004. Disse tre kunder stod for knap 500 mio. forsendelser om året svarende til en betydelig del af Forbruger-Kontakts samlede mængde tryksager. Forbruger-Kontakt mistede dermed en omsætning på langt over 100 mio. kr., og Forbruger-Kontakt frygtede, at Post Danmark ved yderligere tilsvarende aggressiv prisadfærd helt ville fjerne grundlaget for Forbruger-Kontakts distributionsvirksomhed. Med Post Danmarks adfærd var der risiko for, at Forbruger-Kontakt ville blive ekskluderet af markedet for distribution af adresseløse forsendelser eller i hvert fald blive marginaliseret, således at markedet i det hele var overladt til Post Danmark.

Konkurrencerådet, Konkurrenceankenævnet og Østre Landsret har fastslået,

at det relevante marked var markedet for distribution af adresseløse forsendelser og lokal- og regionalaviser i Danmark,

at Post Danmark indtog en dominerende stilling på dette marked,

at Post Danmark havde anvendt lavere priser over for Forbruger-Kontakts kunder COOP, SuperBest og Spar end over for egne kunder,

at Post Danmark ikke kunne omkostningsbegrunde de lavere priser over for Forbruger-Kontakts kunder, og

at Post Danmark herved havde misbrugt sin dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens artikel 82.

Forbruger-Kontakt gør gældende, at overstående konklusioner kan lægges til grund i nærværende erstatningssag.

Konkurrencerådets afgørelse, Konkurrenceankenævnets kendelse og Østre Landsrets dom indeholder detaljerede gengivelser af faktum og begivenhedsforløbet, og Forbruger-Kontakt henviser i det hele dertil for så vidt angår de faktiske forhold.

### **3. Erstatningsbetingelserne er opfyldt**

Det fremsatte krav om erstatning skal bedømmes ud fra dansk rets almindelige erstatningsregler.

Forbruger-Kontakt gør gældende, at dansk rets almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt i denne sag.

### 3.1 Der foreligger et ansvarsgrundlag

Forbruger-Kontakt gør gældende, at der foreligger et ansvarsgrundlag.

#### Ansvarsnorm

Principalt gør Forbruger-Kontakt gældende, at Post Danmarks retsstridige handling som fastslået ved Østre Landsrets dom af 21. december 2007, Konkurrenceankenævnet i kendelse af 1. juli 2005 og Konkurrencerådet i afgørelse af 29. september 2004 i sig selv er tilstrækkelig til at konstatere, at der foreligger et ansvarsgrundlag.

Det fremgår således af de indtil nu foreliggende trykte danske domme om erstatning i forbindelse med overtrædelse af konkurrencereglerne (særligt U2005.2171H, men også 2004.2600S og U2005.388S), at der foreligger et ansvarsgrundlag ud fra den blotte konstatering af overtrædelse af konkurrencereglerne.

En sådan retsstilling er endvidere i overensstemmelse med effektivitetsprincippet i henhold til EU-retten. Praksis fra EF-Domstolen vedrørende erstatning fastslår, at en forpligtelse til at erstatte et tab ikke kan undergives en betingelse, der støttes på et culpabegreb, som går videre end den tilstrækkeligt kvalificerede overtrædelse af fællesskabsretten.

Kommissionen har senest i Hvidbog om erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler fra 2. april 2008 udtrykt praksis således, at "*Alle borgere og virksomheder, der lider skade som følge af overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler (EF-traktatens artikel 81 og 82) skal kunne kræve erstatning fra den part, der forårsagede skaden. Skadelidtes ret til erstatning er garanteret i fællesskabsretten, således som EF-Domstolen mindede om i 2001 og 2006*" (EF-Domstolens domme af 20. september 2001, Courage og 13. juli 2006, Manfredi).

Det bestrides, at årsagen til, at der i dommene slutes direkte fra konstatering af retsstridighed til, at der foreligger et ansvarsgrundlag, skulle være, at det i de pådømte tilfælde har været åbenbart, at der har været handlet culpøst. Der er ikke belæg for, at konstatering af retsstridighed ikke skulle være fuldt tilstrækkeligt til at fastslå, at den fornødne culpa er til stede også i de ikke åbenbare tilfælde. Palle Bo Madsen har anført følgende om erstatning for overtrædelse af konkurrencereglerne i 5. udgave af Markedsret, del 1, Konkurrencebegrænsningsret side 240, "*Det er vanskeligt at forestille sig en overtrædelse af konkurrencelovgivningen, der ikke vil kunne betegnes som uagtsom*".

Under alle omstændigheder gør Forbruger-Kontakt gældende, at Post Danmarks overtrædelse af konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens artikel 82 er tilstrækkelig kvalificeret og åbenbar. At misbrug i form af ekskluderende adfærd med tab til følge for konkurrenten giver grundlag for erstatning har endvidere støtte i den juridiske litteratur, jf. Niels Wahl, Konkurrenceskada, JureCLN, 2000, side 348.

Subsidiært gør Forbruger-Kontakt gældende, at der i hvert fald gælder en klar formodning for, at der er handlet ansvarspådragende i tilfælde af overtrædelse af konkurrencereglerne, og at dette er konkret godtgjort i nærværende sag. Dette baserer Forbruger-Kontakt på den danske retspraksis vedrørende erstatning for overtrædelse af konkurrencereglerne (U 2005.2171H, U 2004.2600S og U 2005.388S) samt på, at det fremgår af forarbejderne til konkurrenceloven, at der ved en overtrædelse af loven *typisk* vil være tale om en retsstridig handling, som kan gøre det muligt for skadelidte at søge erstatning gennem et civilt søgsmål.

I den forbindelse har det betydning, at der påhviler dominerende virksomheder en *særlig forpligtigelse* til ikke at skade konkurrencen. Forbruger-Kontakt gør gældende, at denne særlige forpligtelse har betydning ved bedømmelse af, om Post Danmark handlede ansvarspådragende ved at tilsidesætte konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens artikel 82, og at der på den baggrund gælder en skærpet culpanorm for Post Danmark.

Mere subsidiært gør Forbruger-Kontakt gældende, at det må lægges til grund ud fra en ligefrem bevisbyrdebetraktning, at Post Danmark har forvoldt Forbruger-Kontakt et tab svarende til det påståvnte beløb ved ansvarspådragende adfærd, som kan tilregnes Post Danmarks forsætlige eller i hvert fald uagtsomme handlinger. Det er i henhold til dansk ret tilstrækkeligt, at der blot er handlet simpelt uagtsomt.

#### Ignorantia juris nocet

I relation til anvendelsesområdet for forbuddene i konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens artikel 82 er det - i overensstemmelse med dansk rets hovedregel - i første række Forbruger-Kontakts anbringende, at påberåbelse af ukendskab til reglerne ikke disculperer for erstatningsansvar ud fra princippet om *ignorantia iuris nocet*.

Forbruger-Kontakt bestrider, at det i tillæg til konstatering af retsstridighed er en subjektiv betingelse, at Post Danmark burde have indset, at prissætningen over for COOP, SuperBest og Spar var i strid med konkurrencelovens 11 og artikel 82.

I den forbindelse må det fastslås, at Post Danmark ubestridt var fuldt ud vidende om alle relevante faktuelle forhold og dermed ansvarlig ud fra princippet om *ignorantia facti non facit*:

For det første vidste Post Danmark, at COOP, SuperBest og Spar var kunder hos Forbruger-Kontakt.

For det andet vidste Post Danmark, at Post Danmarks priser til COOP, SuperBest og Spar var lavere end Post Danmarks priser til de eksisterende kunder. Dette kan lægges umiddelbart til grund, idet Post Danmark ikke har anket punkt 15 i Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004, som fastslog, at Post Danmark havde misbrugt sin dominerende stilling ved at diskriminere mellem kunder i samme situation, dvs. ved at stille kunder i samme situation forskelligt for så vidt angik priser og rabatter. Og det fremgår tillige af Østre Landsrets dom af 21. december 2007, at prisen til COOP faktisk var lavere end Post Danmarks gennemsnitlige totale omkostninger.

For det tredje var eller burde Post Danmark være bekendt med, at de lavere priser til Forbruger-Kontakts kunder ikke var omkostningsmæssigt begrundede. Det fremgår direkte af Post Danmarks Foreløbige Klageskrift til Konkurrenceankenævnet af 27. oktober 2004 (side 3 i underbilag 3 til bilag A til svarskriftet), at:

"Det er ikke muligt præcist at måle de syv førstnævnte omkostningsdeterminanternes indflydelse på enkeltkundeniveau. Årsagen hertil er, at en præcis beregning inddrager de respektive omkostningsdeterminanternes betydning for et enkeltstående kundeforhold er meget kompleks og forudsætter "måleværktøjer" med en præcisionsgrad, der ikke i dag er tilgængelig." (understregning tilføjet)

Post Danmark har dermed erkendt, at Post Danmark ikke var i stand til at foretage tilstrækkeligt præcise beregninger for de enkelte kunder, og sådanne beregninger er heller

ikke fremlagt, og det kan derfor lægges til grund, at Post Danmark ikke har foretaget omfattende beregninger forud for tilbudene til COOP, SuperBest og Spar.

Post Danmark var fuldt ud bekendt med alle relevante faktiske forhold, som medførte tabet hos Forbruger-Kontakt, og Post Danmark handlede dermed ansvarspådragende, idet Post Danmark burde have afstået fra at anvende selektivt lave priser, som ikke kunne omkostningsbegrundes. En dominerende virksomhed kan ikke tilsidesætte sine forpligtigelser, med den begrundelse at virksomheden ikke var i stand til at dokumentere, at priserne var omkostningsmæssigt begrundede og dermed alligevel lovlige.

Post Danmark har ikke godtgjort forhold, som kan begrunde en undtagelse til hovedreglen om *ignorantia iuris nocet*, herunder bestrides det at Post Danmark har godtgjort at have befundet sig i en undskyldelig retsvildfarelse vedrørende konkurrencereglernes indhold og rækkevidde.

Konkret viden eller burde-viden hos Post Danmark

I anden række gør Forbruger-Kontakt gældende, at Post Danmark under alle omstændigheder var eller burde have været fuldt ud bekendt med såvel de relevante faktiske forhold, som betinger reglerne anvendelse, som reglerne indhold og rækkevidde.

Således indtog Post Danmark en dominerende stilling og var vidende herom, idet de danske konkurrencemyndigheder allerede ved afgørelse af 23. marts 1999 over for Post Danmark vurderede og fastslog, at Post Danmark også ved markedsandele under 40 % skulle betragtes som dominerede som følge af Post Danmarks enestående position i den danske postsektor. Hertil kommer, at Post Danmarks markedsandel korrekt opgjort ud fra omsætning udgjorde mellem 40 og 50 % (Østre Landsrets dom af 21. december 2007). Før 2003 var Post Danmarks markedsandel helt oppe omkring 50 % (Post Danmarks årsrapport fra 2001, side 42 (bilag 7): "*Post Danmark har en samlet markedsandel på cirka 50 % for adresseløse forsendelser.*")

Endelig kunne Post Danmark ikke ultimo 2003 på baggrund af fusionsafgørelsen fra 24. april 2002, Dansk Distributionscenter A/S, have opnået nogen berettiget forventning om, at man pludselig som hovedregel på netop dette marked skulle regne markedsandel efter mængde i stedet for omsætning. Det fremgår af afgørelsen, at måling efter mængde fandt sted ud fra en konkret vurdering i fusionssagen. Det fremgår i øvrigt af afgørelsens punkt 32, at "*Post Danmark er den største enkelt aktør på markedet og den eneste aktør, der har et landsdækkende omdelerkorps.*" Post Danmark vidste eller burde vide, at Post Danmarks retlige og faktiske situation på det danske postmarked placerede Post Danmark i en unik position som følge af eneretten, det landsækkende net og Post Danmarks omsætnings-, kapital-, ledelsesmæssige mv. forhold.

Post Danmark vidste eller burde vide, at forbuddene mod misbrug af dominerende stilling omfatter alle former for blandt andet ekskluderende adfærd, hvor konkurrenter ekskluderes, marginaliseres eller disciplineres, og at eksemplerne i konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens artikel 82 ikke er udtømmende. Dette er fastslået i en lang række domme fra EF-Domstolen, jf. EF-Domstolens dom af 15. marts 2007 i sag C-95/04, *British Airways*, præmis 57, og EF-Domstolens dom af 16. marts 2000 i de forenede sager C-395/96 og C-396/96, *Compagnie Maritime Belge*, præmis 112. Det er på den baggrund ej heller muligt for Post Danmark med rette at påberåbe sig, at der ikke i dansk eller EU's praksis har foreligget et offentliggjort præjudikat, der faktisk nøje svarer til situationen i denne sag, eller at de tilfælde fra praksis, som har fastslået, at fx selektivt lave priser kan

udgøre et misbrug i strid med EF-traktatens artikel 82 og konkurrencelovens § 11, har kunnet fastslå dette på grundlag af konstatering af færre eller andre fakta end de, der er i denne sag. Post Danmark var vidende om, at selektivt lave priser kunne udgøre misbrug af dominerende stilling, hvilket Post Danmark ikke har bestridt (side 3 i bilag F).

Endelig var eller burde Post Danmark have været fuldt ud bekendt med, at lavere priser til visse kunder og herunder ikke mindst konkurrentens kunder alene kunne legitimeres, hvis de lavere priser kunne omkostningsbegrundes, at der efter praksis stilles strenge krav til beviset for omkostningsbegrundelse, samt at den dominerende virksomhed alene bærer denne bevisbyrde, jf. blandt andet Konkurrenceankenævnets kendelse af 17. maj 2002, Lauritz Knudsen (stadfæstet ved Østre Landsrets dom af 17. maj 2002 og Højesterets dom af 7. januar 2008).

Sammenfattende om ansvarsgrundlaget kan det lægges til grund, at Post Danmark handlede forsætligt eller uagtsomt, idet Post Danmarks lave priser til COOP, SuperBest og Spar havde en selektiv karakter og var rettet mod Forbruger-Kontakts kunder med det formål at overtage disse kundeforhold, uden at Post Danmark var i stand til at omkostningsbegrunde disse lavere priser. Forbruger-Kontakt henviser til vurderingen af tilregnelsen i U 2003.483Ø, som vedrørte bøde i forbindelse med en overtrædelse af konkurrencelovens § 6.

### 3.2 Der foreligger årsagssammenhæng mellem Post Danmarks overtrædelse af konkurrencereglerne og Forbruger-Kontakts tab

Forbruger-Kontakt gør gældende, at der foreligger årsagssammenhæng mellem Post Danmarks overtrædelse af konkurrencereglerne og Forbruger-Kontakts tab, da Post Danmarks formål med og anvendelsen af de selektivt lave priser over for COOP, SuperBest og Spar var at overtage disse tre kunder fra Forbruger-Kontakt. Dette fremgår ligeledes af Østre Landsret dom af 21. december 2007, hvor der henvises til pkt. 140 i Konkurrencerådets afgørelse:

*"Det fremgår således af pris- og rabatsammenligningen, at Post Danmark har givet Forbruger-Kontakts tidligere kunder Coop, SuperBest og Spar lavere priser og højere rabatter end til egne eksisterende kunder med det resultat, at Coop, Spar og SuperBest valgte at skifte leverandør." (understregning tilføjet)*

Det bestrides som udokumenteret, at Post Danmark under alle omstændigheder ville have anvendt lavere priser over for de øvrige kunder, hvis Post Danmark havde været bekendt med, at der ville være tale om et misbrug, og at Forbruger-Kontakt derfor under alle omstændigheder ville have mistet de tre kunder.

### 3.3 Forbruger-Kontakts tab var påregneligt for Post Danmark

Forbruger-Kontakt gør gældende, at Forbruger-Kontakts tab, som konsekvens af at Post Danmark overtog COOP, SuperBest og Spar, var fuldt ud påregneligt for Post Danmark, idet Post Danmarks formål med at overtage disse kunder var at overtage fortjenesten knyttet til disse kunder, hvormed Post Danmark vidste eller burde vide, at Forbruger-Kontakt ville miste omsætningen med disse tre kunder og det hermed forbundne bidrag til dækning af de indirekte omkostninger og fortjeneste.

I den forbindelse bør det lægges til grund, at Post Danmark tillige var vidende om størrelsesordenen af det potentielle tab, idet økonomistyringschef Flemming Bank fra Post



Danmark under vidneafhøringen i misbrugssagen (B-2656-05) udtalte, at "*Omkostninger ved omdeling af adresseløse forsendelser faldt med 13 øre pr. forsendelse fra 2003 til 2004 på grund af de store nye kunder.*" Herudover havde Post Danmark i 2004 før overtagelse af COOP, SuperBest og Spar lidt over 1 mia. forsendelser, hvorved Post Danmarks øgede fortjeneste kan opgøres til mere end 130 mio. kr. pr. år, dvs. mere end 260 mio. kr. for 2004 og 2005. Hertil kommer fortjenesten på aftalerne med COOP, SuperBest og Spar.

#### 3.4 Forbruger-Kontakts tab har karakter af en erstatningsretlig værnet interesse

Parterne er enige om, at der i overensstemmelse med forarbejderne til konkurrenceloven typisk vil foreligge en erstatningsretlig værnet interesse i sager, hvor en overtrædelse af konkurrencereglerne har påført en fysisk eller juridisk person et tab.

Forbruger-Kontakt gør gældende, at det af Forbruger-Kontakt lidte tab som følge af Post Danmarks misbrug af dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens artikel 82 er en erstatningsretlig værnet interesse.

Forbruger-Kontakt henviser til Østre Landsrets præmis (jf. sag B2656001, side 68 (bilag 10)):

*"Post Danmarks selektive prispolitik var imidlertid også til skade for konkurrencen mellem Post Danmark og Forbruger-Kontakt, idet Post Danmark ved at anvende selektivt lave priser over for Forbruger-Kontakts kunder kunne opnå den dobbelte fordel, der bestod dels i at skade Forbruger-Kontakt, der ved tabet af en stor del af sin omsætning risikerede at blive ude af stand til at opretholde sit landsdækkende distributionsnet, og dels i at Post Danmark kunne fortsætte med at opkræve højere priser af sine egne tidligere kunder."*

og gør gældende, at det kan lægges til grund i denne sag, at Post Danmarks adfærd konkret skadede konkurrencen i forhold til Forbruger-Kontakt, og at Forbruger-Kontakts tab derfor konkret udgør en erstatningsretlig værnet interesse.

Det bestrides som udokumenteret, at Post Danmarks adfærd skulle have ført til en intensivering af konkurrencen. Navnlig gør Forbruger-Kontakt gældende, at da Forbruger-Kontakt var Post Danmarks eneste reelle konkurrent på markedet for adresseløse forsendelser, var Post Danmarks forsøg på at stække Forbruger-Kontakt også i særlig grad til skade for konkurrencen på selve markedet.

Det bestrides, at de som bilag D og E fremlagte rapporter har betydning for denne sag, dels fordi rapporterne ikke angår dansk ret, og dels fordi det ikke er godtgjort, at Post Danmarks adfærd skulle have medført en øget konkurrence.

Det følger desuden af effektivitetsprincippet i EU-retten, at borgere og virksomheder skal kunne søge og opnå erstatning for tab i alle eller visse tilfælde af overtrædelser af EF-traktatens artikel 82. De nationale og således også danske domstoles pligt til at iagttage effektivitetsprincippet er blandt andet udtrykt i Kommissionens meddelelse om samarbejdet mellem Kommissionen og domstolene i EU's medlemsstater om anvendelsen af EF-traktatens artikel 81 og 82 (2004/C 101/04), punkt 8 og 10.

EF-Domstolen har herudover blandt andet i dom af 18. marts 1997 i sag C-282/95, *Guérin automobiles mod Kommissionen*, præmis 37, fastslået, at der kan kræves erstatning for overtrædelse af EF-traktatens artikel 81 og 82, og dermed understreget, at disse

bestemmelser udgør en erstatningsretlig værnet interesse. Der kan ej heller udledes nogen undtagelser fra Kommissionens Hvidbog fra 2. april 2008, (citeret ovenfor).

Dette er også i overensstemmelse med de principper og retningslinier, som fx er opstillet og gennemgået i Konkurrencestyrelsens konkurrenceredegørelse fra 2004, kapitel 10, heraf side 318-328. Der skal herfra navnlig henvises til side 324, hvor det beskrives, hvordan en konkurrent, der har været udsat for et ekskluderende misbrug, skal opgøre sit tab. Desuden fremgår det hverken af konkurrencelovens § 25 eller forarbejderne hertil, at erstatning skulle være udelukket i visse tilfælde af overtrædelse af konkurrencelovens § 11 eller artikel 82.

#### **4. Tabsopgørelsen**

##### **4.1 Forbruger-kontakt har dokumenteret det lidte tab**

Forbruger-Kontakt gør gældende, at Forbruger-Kontakt i fuldt tilstrækkeligt omfang har dokumenteret sit tab.

Forbruger-Kontakt gør gældende at have en beskyttelsesværdig interesse i ikke at give en konkurrent adgang til konkurrencefølsomt materiale i form af internt regnskabsmateriale, og at man derfor er berettiget til at dokumentere sit tab på anden vis.

Forbruger-Kontakt gør indledningsvist opmærksom på, at erklæringen fra Ernst & Young og bilag 26 er relevante, idet de sammen med syns- og skønsrapporten fra 21. januar 2009 dokumenterer, at det af Forbruger-Kontakt lidte tab er af en betydelig størrelse.

##### **4.2 Syns- og skønsrapporten**

Forbruger-Kontakt gør gældende, at syns- og skønsrapporten af 21. januar 2009 udgør fuld og i hvert fald tilstrækkelig dokumentation for det lidte tab.

Skønsrapporten er udarbejdet efter opfordring fra Post Danmark og under rettens udmeldelse af skønsmand og påsyn af udarbejdelsen.

Skønsmanden anfører, at "*Det er baseret herpå min samlede opfattelse, at det modtagne materiale og indhentede forklaringer m.v. kan danne grundlag for besvarelse af de stillede spørgsmål.*", og Forbruger-Kontakt gør gældende, at skønsrapporten kan tillægges en betydelig bevisværdi. Post Danmark har ikke kunnet pege på noget konkret forhold, som skulle kunne bevirke, at skønsrapportens bevisværdi skulle være reduceret.

Det bestrides som udokumenteret, at skønsmanden skulle være ensidigt påvirket, eller at udarbejdelsen af skønsrapporten i øvrigt ikke har fulgt den metode, parterne har været enige om.

##### **4.3. Forbruger-Kontakts tab ud fra den primære opgørelse**

###### **4.3.1 Det erstatningsretlige princip**

Forbruger-Kontakt gør gældende, at tabet skal opgøres ved at beregne, hvorledes Forbruger-Kontakt ville have været stillet, hvis Post Danmark ikke havde overtrådt konkurrencereglerne ved at anvende selektivt lave priser over for Forbruger-Kontakts kunder, dvs. hvordan Forbruger-Kontakts omsætning og omkostninger ville have været.

Den af Forbruger-Kontakt anvendte metode til beregning af tabet er i overensstemmelse med grundprincippet for erstatningsberegninger, som i von Eyben, *Lærebog i erstatningsret*, 6. udg., DJØF 2007, side 285, er beskrevet således:

*"Grundprincippet for erstatningsberegning er, at skadelidte skal stilles i økonomisk samme situation som før skadens indtræden. Skadens indvirkning på skadelidtes økonomi er altså det centrale moment i erstatningsberegningen.*

*Hvis skadelidte skal stilles, som om skaden ikke var indtrådt - hvilket er en anden formulering af det netop nævnte grundprincip - skal han 1) have sit fulde tab erstattet, men han må 2) ikke opnå nogen berigelse. Som endnu en grundlæggende vurdering er det sædvanligt at fremhæve, at 3) skadelidte har pligt til at begrænse sit tab."*

Og videre på side 286:

*"At stille skadelidte som om skaden ikke var indtrådt, implicerer en sammenligning mellem to hændelsesforløb: det hypotetiske begivenhedsforløb, d.v.s. det som (sandsynligvis) vil være indtrådt, hvis skaden ikke var sket, og det faktiske hændelsesforløb. Mellem disse to størrelser eksisterer en difference, og det er groft sagt denne difference, der er skadelidtes tab - det beløb, han skal have erstattet."*

Post Danmark har på side 10 i duplikken erklæret sig enig i denne metode.

På baggrund af denne metode er det muligt at opgøre Forbruger-Kontakts tab ved at tage stilling til følgende forhold:

#### 4.3.2 Priserne og prisudviklingen

Principalt gør Forbruger-Kontakt gældende, at de priser, Forbruger-Kontakt faktisk afregnede til over for COOP, SuperBest og Spar i 2003, dvs. før Post Danmark begyndte at misbruge sin dominerende stilling ved anvendelse af selektivt lave priser, tillagt 3 % p.a. (prisudviklingen), er det mest retvisende udtryk for de priser, som Forbruger-Kontakt kunne og ville have opnået over for COOP, SuperBest og Spar i 2004 og 2005, havde Post Danmark ikke misbrugt sin dominerende stilling.

Subsidiært gør Forbruger-Kontakt gældende, at priserne skal følge udviklingen i Danmarks Statistiks indeks for udviklingen i Porto-priser i Danmark, idet det må antages, at priserne på porto generelt og priserne på distribution af adresseløse forsendelser udvikler sig ens. Herudover er dette et offentligt tilgængeligt indeks, som ikke er påvirket af Post Danmarks misbrug af dominerende stilling.

Mere subsidiært gør Forbruger-Kontakt gældende, at priserne skal følge udviklingen i Forbruger-Kontakts omkostninger i 2004 og 2005, idet priserne på sigt følger udviklingen i de underliggende omkostninger.

Forbruger-Kontakt bestrider, at det kan lægges til grund, at priserne til COOP, SuperBest og Spar havde fulgt udviklingen i Forbruger-Kontakts faktiske priser, eftersom disse priser også var påvirket af Post Danmarks misbrug af dominerende stilling. Hvis dette blev lagt til grund, ville Post Danmark på ny oppebære en økonomisk fordel af sit misbrug. Herudover kan effekten af Post Danmarks misbrug af dominerende stilling ikke isoleres til Forbruger-Kontakts 20 største kunder, eftersom Forbruger-Kontakt var uvidende om,

hvorvidt Post Danmarks misbrug var rettet mod visse af Forbruger-Kontakts kunder eller alle Forbruger-Kontakts kunder. Post Danmark anfører selv i Processkrift B, side 6 nederst, at Post Danmarks priser til storkunder generelt blev nedsat i perioden 2002-2006. Herudover var der også en stigning i priserne i Post Danmarks egen prisliste.

Mest subsidiært gør Forbruger-Kontakt gældende, at hvis priserne skal følge udviklingen i Forbruger-Kontakts faktiske priser i misbrugsperioden, så skal det være udviklingen i Forbruger-Kontakts gennemsnitlige priser for alle kunder.

Aller mest subsidiært gør Forbruger-Kontakt gældende, at hvis priserne skal følge udviklingen i Forbruger-Kontakts faktiske priser i misbrugsperioden, så skal det være udviklingen i Forbruger-Kontakts gennemsnitlige priser for kunder med priser under 50 øre.

#### 4.3.3 Mængderne

Forbruger-Kontakt gør principalt gældende, at det mest retvisende tal, for den mængde Forbruger-Kontakt ville have distribueret i 2004 og 2005 for de tre kunder, er den mængde, disse tre kunder faktisk fik distribueret i 2004 og 2005 hos Post Danmark, idet det er mest sandsynligt, at Forbruger-Kontakt skulle have distribueret de samme mængder, hvis Post Danmark ikke havde misbrugt sin dominerende stilling. Post Danmark er som udgangspunkt enig heri.

Det bestrides, at de 75 mio. forsendelser, som Post Danmark nu i processkrift B og C har oplyst, at COOP i 2004 og 2005 flyttede over til midtugedistributionen, ikke ville være distribueret af Forbruger-Kontakt. Det kan derimod uden videre lægges til grund, at Forbruger-Kontakt i 2003 forestod den fulde distribution for COOP, og der derfor intet er i historikken, som indikerer, at Forbruger-Kontakt ikke skulle kunne have distribueret den af COOP ønskede mængde i 2004 og 2005.

Det kan ligeledes lægges til grund, at Forbruger-Kontakt ville have opnået den samme stigning i SuperBests mængder, som Post Danmark oplevede, idet det er helt urealistisk, at SuperBest skulle have ladet to distributører dele mængden – og Forbruger-Kontakt fik i hvert fald ikke mulighed for at byde på disse ekstra forsendelser. Endvidere bestrides det, at stigningen i SuperBests mængder skulle skyldes Post Danmarks forhold, idet Post Danmark typisk ikke er bekendt med kundernes rationale for at få distribueret en bestemt mængde.

Endelig kan det lægges til grund, at der kan fradrages 2.201.000 forsendelser til fritidshuse, som Forbruger-Kontakt ikke kunne distribuere.

Subsidiært gør Forbruger-Kontakt gældende, at de af Forbruger-Kontakt i 2003 distribuerede mængder skal anvendes ved opgørelse af Forbruger-Kontakts tab.

#### 4.3.4 Omkostningerne - de direkte produktionsomkostninger

Principalt gør Forbruger-Kontakt i relation til de direkte produktionsomkostninger gældende, at det mest retvisende tab beregnes ved at anvende de faktiske gennemsnitlige direkte produktionsomkostninger for 2004 og 2005 for de distributionsenheder under Forbruger-Kontakt, som ville have udført distributionen for COOP, SuperBest og Spar.

I den forbindelse bør det lægges til grund, at fordelingen mellem distributionsenhederne skal foretages ud fra samme fordeling, som var gældende i 2003, hvor Forbruger-Kontakt faktisk forestod distributionen for disse tre kunder, idet det må formodes, at fordelingen ville have været den samme i 2004 og 2005, hvis Forbruger-Kontakt ikke havde mistet disse kunder.

Subsidiært gør Forbruger-Kontakt gældende, at Forbruger-Kontakts direkte produktionsomkostning for hver enkelt distributionsenhed i 2003 + 3% p.a. skal lægges til grund for tabsopgørelsen.

Mere subsidiært gør Forbruger-Kontakt gældende, at den gennemsnitlige direkte produktionsomkostning for hele Forbruger-Kontakt (DIDK) + 3 % p.a. skal lægges til grund for tabsopgørelsen.

#### 4.3.5 Perioden

Forbruger-Kontakt gør gældende, at den periode, som skal lægges til grund for erstatningsopgørelsen, er 2004 og 2005, som de selektivt lave priser oprindeligt vedrørte, eftersom effekten af Post Danmarks konkurrenceskedelige handling i form af selektivt lave priser ikke blev bragt til ophør af Post Danmark, før aftalerne udløb 31. december 2005.

Det kan lægges til grund, at effekten af misbruget først blev bragt til ophør, da konkurrenterne til Post Danmark, dvs. Forbruger-Kontakt, fik en reel mulighed for at afgive nyt tilbud over for disse kunder. Dette skete imidlertid ikke før pr. 1. januar 2006. Post Danmark bragte muligvis tidligere priserne til COOP, SuperBest og Spar i overensstemmelse med tilsagnet fra februar 2005, men dette bragte ikke effekten af misbruget til ophør, hvilket blandt andet kan konstateres ved, at Post Danmark efter 1. juni 2005 blot fortsatte de 2-årige aftaler med de tre kunder.

#### 4.3.6 Forbruger-Kontakt havde tilstrækkelig kapacitet

Forbruger-Kontakt gør gældende, at Forbruger-Kontakt havde tilstrækkelig med kapacitet til at distribuere for både sine faktiske kunder i 2004 og 2005 og for COOP, SuperBest og Spar, og at der derfor ikke skal ske reduktion i tabet, som konsekvens af at Forbruger-Kontakt fik nye kunder, jf. bl.a. svarene på spørgsmål 10 og 11.

I den forbindelse skal det lægges til grund, at Forbruger-Kontakt for det første distribuerede også for disse tre kunder i 2003.

For det andet skal det lægges til grund, at årene 2004 og 2005 var specielle rent kapacitetsmæssigt, idet Forbruger-Kontakt både havde kapaciteten på de to nyopførte pakningsanlæg i Tilst og Høje Taastrup samt den eksisterende manuelle kapacitet, som kunne anvendes til både pakning og distribution.

Post Danmark har ikke påvist et eneste forhold hos Forbruger-Kontakt – hverken i produktionen eller distributionen eller administrationen, som blot skulle antyde, at der ville have været et kapacitetsproblem. I lyset af de ovennævnte forhold er det Forbruger-Kontakts anbringende, at Post Danmark bærer bevisbyrden for relevante kapacitetsbegrænsninger, og at Post Danmark ikke har løftet denne bevisbyrde.

Derfor bestrider Forbruger-Kontakt også, at det er en forudsætning for at have opfyldt tabsbegrænsningspligten, at Forbruger-Kontakt kan dokumentere, at have tilbudt andre kunder samme priser som COOP og SuperBest.

#### 4.3.7 Forbruger-Kontakt overtog ikke andre kunder fra Post Danmark

Forbruger-Kontakt gør gældende, at Forbruger-Kontakt ikke i 2003/2004 overtog en lang række kunder fra Post Danmark som tilnærmelsesvist opvejede tabet af COOP, SuperBest og Spar.

Det fremgår af Post Danmarks egne årsrapporter, at Post Danmarks samlede mængder, dvs. netto for hvad Forbruger-Kontakt måtte have overtaget, steg med over 500 mio. forsendelser fra 2003 til 2004. Dette svarer meget godt til de små 500 mio. forsendelser, Post Danmark overtog fra Forbruger-Kontakt i form af COOP, SuperBest og Spar. Havde Forbruger-Kontakt overtaget en tilsvarende kundemængde fra Post Danmark, ville konsekvensen have været, at Post Danmark samlet set ikke havde haft nogen fremgang i den samlede distribuerede mængde, idet stigning i form af COOP, SuperBest og Spar ville være blevet opvejet af tabet af andre kunder til Forbruger-Kontakt, men dette var ikke tilfældet.

Forbruger-Kontakt gør endvidere gældende, at Forbruger-Kontakts fortjeneste på øvrige nye kunder i samme periode intet har med størrelsen af tabet forårsaget af Post Danmarks misbrug at gøre, eftersom Forbruger-Kontakt ikke havde noget kapacitetsproblem.

#### 4.3.8 Tabsbegrænsningspligten

Principalt gør Forbruger-Kontakt gældende, at Forbruger-Kontakt har opfyldt sin tabsbegrænsningspligt, idet Forbruger-Kontakt har fradraget alle direkte produktionsomkostninger i den mistede omsætning, på trods af at visse af disse omkostninger efter Forbruger-Kontakts vurdering ikke kunne være sparet.

I den forbindelse skal det lægges til grund, at det ikke har været muligt at spare indirekte omkostninger.

Subsidiært gør Forbruger-Kontakt gældende, at eventuelle besparelser i de indirekte omkostninger under alle omstændigheder ikke overstiger de for meget fradraget direkte produktionsomkostninger.

#### 4.4.9 Datterenhedernes tab

Forbruger-Kontakt løste og løser sine distributionsopgaver både gennem sit eget distributionsnet og gennem datterenhedernes distributionsnet.

Post Danmark var i 2003 velkendt med Forbruger-Kontakts opbygning og organisering, herunder anvendelse af datterenheder. Dette fremgår af svarskriftet af 24. januar 2007, hvor Post Danmark anfører, "*Hen over 2002-2003 ændredes markedet imidlertid radikalt, idet sagsøger via opkøb og et joint venture med DDC opnåede kontrol med langt størstedelen af de øvrige aktører på markedet, således at der fra 2003 og frem reelt kun fandtes to - ligeværdige - aktører på markedet, sagsøger og sagsøgte.*"

Det har været klart for Post Danmark, at overtagelsen af COOP, SuperBest og Spar ville indebære tab såvel hos Forbruger-Kontakt som datterenhederne.

Forbruger-Kontakt har fra første dag i denne erstatningssag opgjort såvel tabet inklusive den del heraf, som stammer fra tab i datterenhederne korrigeret for ejerandel. Enhver tale om passivitet eller forældelse i den relation synes dermed grundløs.

Forbruger-Kontakt gør gældende, at datterenhedernes yderligere krav ikke var forældede på det tidspunkt, den 21. oktober 2008, hvor kravene blev fremsat, og at kravene derfor kan indtales.

I den forbindelse skal det lægges til grund, at Post Danmark ikke har haft en beskyttelsesværdig forventning om, at datterenhedernes tab ikke ville blive indtalt i sagen, eftersom Post Danmark hele tiden har været klar over, at også Forbruger-Kontakts tab i datterenhederne var en del af sagen, og det kan derfor næppe være overraskende for Post Danmark, at de resterende tab ligeledes ville blive inddraget i sagen. Der er således tale om tab, som hele tiden har været synlige i og gjort gældende for en del under sagen. Inddragelsen af den yderligere del af kravet modsvarer en simpel korrektion af tabsopgørelsen med naturlig tilsvarende forhøjelse af påstandsbeløbet og dækker ikke over generisk set nye krav. Der kan derfor ikke være tale om, at de yderligere dele af tabet er forældede.

Forbruger-Kontakt gør på baggrund heraf ligeledes gældende, at der ikke er udvist passivitet.

#### 4.3.10 Metoden for opgørelsen af tabet

På baggrund af det ovenfor anførte vedrørende korrekt opgørelse af Forbruger-Kontakts tab, gør Forbruger-Kontakt principalt gældende, at besvarelsen af spørgsmål 4 i syns- og skønsrapporten baseret på metoden i spørgsmål 2 er mest retvisende for det tab, som Forbruger-Kontakt har lidt som konsekvens af Post Danmarks misbrug af dominerende stilling. Det kan derfor lægges til grund, at Forbruger-Kontakts tab inklusive datterenhedernes tab skal opgøres til 109.045.000 kr., og at tabet eksklusiv datterenhedernes andel af tabet skal opgøres til 98.713.000 kr. (disse tal skal, jf. syns- og skønsrapporten, opjusteres med ca. 881.000 kr., men Forbruger-Kontakt har ikke forhøjet påstanden).

Forbruger-Kontakt gør subsidiært gældende, at tabsopgørelsen skal baseres på samme metode som under det principalt anførte, men ved anvendelse af Danmarks Statistiks officielle indeks over udviklingen i Porto-priserne i 2003, 2004 og 2005, hvorefter tabet inklusive datterenhedernes tab skal opgøres til 117.385.000 kr., og at tabet eksklusiv datterenhedernes andel af tabet skal opgøres til 106.170.000 kr. (disse tal skal, jf. syns- og skønsrapporten, opjusteres med ca. 881.000 kr., men Forbruger-Kontakt har ikke forhøjet påstanden).

Forbruger-Kontakt gør mere subsidiært gældende, at tabsopgørelsen skal baseres på samme metode som under det principalt anførte, men begrænses til 31. maj 2005, hvorved tabet inklusive datterenhedernes tab skal opgøres til 71.782.000 kr., og tabet eksklusiv datterenhedernes tab skal opgøres til 64.825.000 kr.

Forbruger-Kontakt vil under hovedforhandlingen fremlægge et eller flere støttebilag med øvrige relevante beregninger over Forbruger-Kontakts tab på basis af skønsrapporten.

Forbruger-Kontakt gør opmærksom på, at Post Danmark har haft en meget betydelig berigelse, som Post Danmark har erkendt at have opnået ved sit misbrug af en

dominerende stilling. Under vidneafhøringen i misbrugssagen (B-2656-05) udtalte økonomistyringschef Flemming Bank fra Post Danmark, at "*Omkostninger ved omdeling af adresseløse forsendelser faldt med 13 øre pr. forsendelse fra 2003 til 2004 på grund af de store nye kunder.*" Af Post Danmarks årsrapport for 2004, bilag 24, fremgår det, at Post Danmark før overtagelse af de tre store kunder havde lidt over 1 mia. forsendelser. Hvis Post Danmarks omkostninger pr. forsendelse således faldt med 13 øre pr. forsendelse, øgede Post Danmark sin fortjeneste med mere end 130 mio. kr. pr. år, dvs. mere end 260 mio. kr. over 2004 og 2005. Post Danmark har dermed opnået en berigelse på over 260 mio. kr. alene på en reduktion i omkostningerne på eksisterende kunder, og hertil kommer fortjenesten på aftalerne med COOP, SuperBest og Spar.

Det bestrides, at Forbruger-Kontakts tab kun skulle udgøre ca. 26 mio. kr. (Post Danmarks processkrift C), hvilket ville være under 10 % af den berigelse, som Post Danmark har opnået ved misbruget.

#### 4.4 Forbruger-Kontakts sekundære tabsopgørelse

##### 4.4.1 Det erstatningsretlige princip

Forbruger-Kontakt fastholder, at det erstatningsretlige princip beskrevet under afsnit 0 skal anvendes ved opgørelse af Forbruger-Kontakts tab, hvilket parterne i øvrigt er enige om.

Forbruger-Kontakt har imidlertid valgt at foretage en sekundær tabsopgørelse, hvor Forbruger-Kontakts tab opgøres ud fra princippet i 2. bullet i afsnit 4 på side 12 i Post Danmarks svarskrift. Forbruger-Kontakt bestrider, at denne metode er korrekt og foretager udelukkende denne tabsopgørelse som udtryk for en absolut undergrænse for Forbruger-Kontakts erstatning. Eftersom Post Danmark på side 10 i duplikken har erklæret sig enig i, at Forbruger-Kontakts tab skal opgøres ud fra princippet om, at skadelidt skal stilles, som om skaden ikke var sket, er denne metode i princippet blevet overflødig.

Den sekundære tabsopgørelse er opgjort ved, at omsætningen for hver distributionsenhed beregnet under den primære opgørelse er ganget med distributionsenhedens EBT-sats (Earnings Before Tax) justeret for fremmede ejerandele.

##### 4.4.2 Den sekundære tabsopgørelse

Forbruger-Kontakt gør gældende, at Forbruger-Kontakts tab inklusive datterenhedernes tab under ingen omstændigheder kan opgøres til mindre end 32.023.000 kr., og at tabet eksklusive datterenhedernes andel af tabet under igen omstændigheder kan opgøres til mindre end 28.324.000 kr. (disse tal skal, jf. syns- og skønsrapporten, nedjusteres med ca. 3.000.000 kr.).

#### 4.5 Forbruger-Kontakt er rette sagsøger

Forbruger-Kontakt gør gældende, at Forbruger-Kontakt er rette sagsøger, eftersom aftalerne med COOP, SuperBest og Spar alle i 2003 var indgået med Forbruger-Kontakt.

...”



Sagsøgte har i et påstandsdokument (sammenfattende processkrift) af 4. marts 2009 anført følgende:

”...

## 2. ANBRINGENDER

Til støtte for Post Danmarks påstand gøres det gældende,

at Post Danmark ikke har pådraget sig et erstatningsansvar over for Forbruger-Kontakt i forbindelse med overtagelsen af kundeforholdet til COOP, SuperBest og Spar med virkning fra 1. januar 2004, og

at Forbruger-Kontakt – selv hvis Post Danmark måtte findes at have pådraget sig et erstatningsansvar – ikke har lidt et tab eller i hvert fald ikke har dokumenteret et sådant.

Til de nævnte to anbringender skal knyttes følgende supplerende bemærkninger:

### 2.1 Sagen skal afgøres efter dansk erstatningsret

Der foreligger ikke EU-retlige bestemmelser om erstatning i forbindelse med overtrædelser af konkurrenceretten.

En følge heraf er, at sagen – med respekt for EU-rettens bredt formulerede ækvivalens- og effektivitetsprincipper – skal afgøres efter dansk erstatningsret, jf. eksempelvis EF-domstolens dom i de forenede sager C-295/04 og C-298/04, Manfredi.

### 2.2 Erstatningsansvaret

#### 2.2.1 Ansvarsgrundlag

Det fremgår af forarbejderne til konkurrenceloven, jf. FT 1999/2000, Tillæg B, s. 1298, v. sp., at et eventuelt erstatningsansvar skal vurderes efter dansk rets almindelige erstatningsregler; dvs. culpereglen.

En følge heraf er, at der skal foreligge et ansvarsgrundlag i form af en retsstridig handling, der kan tilregnes Post Danmark som forsætlig eller uagtsom.

#### 2.2.1.1 EN RETSSTRIDIG HANDLING – ANSVARSGRUNDLAGETS OBJEKTIVE SIDE

##### RIMELIG TVIVL OM MISBRUG I FORM AF SELEKTIVT LAVE PRISER

Post Danmark har indbragt Østre Landsrets dom i sag B-2656-05 for Højesteret, idet Post Danmark fortsat finder, at selskabet ikke har misbrugt en dominerende stilling ved at anvende selektivt lave priser over for COOP, SuperBest og Spar.

Post Danmark har under henvisning til, at højesteretssagen fortsat verserer, anmodet om at få nærværende sag udsat, idet grundlaget for sagen i det hele vil falde bort, såfremt Højesteret måtte give Post Danmark medhold.

Højesteret har den 24. februar 2009 besluttet, jf. sagens bilag R, at stille EF-domstolen følgende præjudicielle spørgsmål, jf. EF-traktatens artikel 234:

*"Skal EF-traktatens artikel 82 fortolkes således, at en dominerende befordringspligtig postvirksomheds selektive prisnedsættelse til et niveau lavere end postvirksomhedens gennemsnitlige samlede omkostninger, men over virksomhedens gennemsnitlige inkrementelle omkostninger, kan udgøre et ekskluderende misbrug, såfremt det lægges til grund, at priserne ikke er sat på dette niveau med det formål at eliminere en konkurrent?"*

Højesteret skal alene forelægge et spørgsmål for EF-domstolen, såfremt dets besvarelse giver anledning til "rimelig tvivl", jf. EF-domstolens dom i sag 283/81 Srl CILFIT.

Det må på baggrund heraf lægges til grund, at besvarelsen af det netop citerede spørgsmål efter Højesterets vurdering giver anledning til "rimelig tvivl".

Post Danmark bemærker under henvisning hertil, at det i højesteretssagen er ubestridt, at Post Danmarks pris til COOP var lavere end Post Danmarks gennemsnitlige samlede omkostninger, men over Post Danmarks gennemsnitlige inkrementelle omkostninger, at Konkurrencerådet i sin afgørelse i sag 2004-0001248, punkt 126-139, har fastslået, at Post Danmark ikke fastsatte priserne på dette niveau med det formål at eliminere en konkurrent, og at nævnte afgørelse er stadfæstet af Konkurrenceankenævnet, jf. sagens bilag 1, og at konsekvensen af, at EF-domstolen måtte besvare det stillede, præjudicielle spørgsmål med, at et ekskluderende misbrug ikke foreligger, må være, at Post Danmark ikke har udøvet et misbrug i forbindelse med sin prissætning over for COOP.

En følge heraf må endvidere være, at Post Danmark heller ikke har udøvet et misbrug i forbindelse med sin prissætning over for SuperBest og Spar, hvis priser lå over de gennemsnitlige samlede omkostninger, idet der i modsat fald ville gælde en "skrappere test" for "above cost" selektivt lave priser end for "below cost" selektivt lave priser, hvilket åbenbart har formodningen imod sig.

Sammenfattende er det Post Danmarks standpunkt, at det allerede på baggrund af det anførte giver anledning til "rimelig tvivl", om Post Danmark har misbrugt en dominerende stilling i forbindelse med prissætning over for COOP, SuperBest og Spar, og dermed om Post Danmark har overtrådt konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens artikel 82

Forbruger-Kontakt har bevisbyrden for, at den for et ansvarsgrundlag fornødne retsstridighed foreligger, og Post Danmark gør således gældende, at denne bevisbyrde ikke er løftet.

**MISBRUG I FORM AF FORSKELSBEHANDLING AF KUNDER ER UDEN RELEVANS FOR NÆRVÆRENDE SAG**

Konkurrencerådets afgørelse om, at Post Danmark har misbrugt en dominerende stilling ved at stille kunder i samme situation forskelligt for så vidt angår priser og rabatter, jf. punkt 15 i afgørelsen som stadfæstet af Konkurrenceankenævnet, jf. sagens bilag 2 og 1, er uden relevans for nærværende sag.

Nævnte misbrug – der i øvrigt allerede var bragt til ophør, da Konkurrenceankenævnet traf sin afgørelse – vedrørte således ikke Post Danmarks prissætning over for COOP, SuperBest og Spar, men derimod Post Danmarks prissætning over for Post Danmarks kunder generelt betragtet.

Hertil kommer, at misbruget ikke blev udøvet over for Forbruger-Kontakt, men derimod over for Post Danmarks kunder (såkaldt secondary line-prisdiskrimination), og at

misbruget ikke bestod i, at priserne var selektivt lave, men derimod at de – set over en bred kam – varierede fra kunde til kunde uden tilstrækkelig omkostningsmæssig begrundelse. Med andre ord kan misbruget ikke hævdes at have virket ekskluderende i forhold til Forbruger-Kontakt. Misbruget blev bragt til ophør ved Konkurrencerådets tilsagnsafgørelse af 23. februar 2005, jf. sagens bilag 6, der "blåstemplede" Post Danmarks nye prissætningsmodel.

#### 2.2.1.2 FORSÆT/UAGTSOMHED – ANSVARSGRUNDLAGETS SUBJEKTIVE SIDE

##### ET ALMINDELIGT CULPAANSVAR ELLER ET SKÆRPET ANSVAR

Forbruger-Kontakt synes at gøre gældende, at forarbejderne til konkurrenceloven sammenholdt med U2005.2171 H, U2004.2600 SH og U.2005.388 SH indebærer, at dominerende virksomheder generelt er underlagt et objektivet ansvar, subsidiært et præsumptionsansvar, jf. eksempelvis Replikkens afsnit 4.1.1 og Processkrift V, afsnit 1.1.

Post Danmarks bemærkninger hertil er som følger:

Det objektive ansvar og præsumptionsansvaret er udtryk for en meget væsentlig skærpelse i forhold til den almindelige culparegel, der som bekendt grundlæggende er baseret på, at den påståede skadelidte skal bevise forsæt eller uagtsomhed.

Praksis viser, at et objektivet ansvar eller et præsumptionsansvar kun pålægges helt undtagelsesvis, og kun når der foreligger særlige holdepunkter herfor, jf. eksempelvis Eyben og Isager: *Lærebog i erstatningsret*, 6. udgave, 2007, s. 135-170.

Spørgsmålet er på denne baggrund, om der er basis for et objektivet ansvar eller et præsumptionsansvar i nærværende sag.

Svaret herpå er som udgangspunkt givet ved forarbejderne til konkurrenceloven, jf. FT 1999/2000, Tillæg B, s. 1298, v. sp., idet det dér – som allerede anført – er angivet, at eventuelt erstatningsansvar skal afgøres efter "dansk rets almindelige regler"; dvs. den almindelige culparegel.

Med andre ord indeholder forarbejderne intet belæg for, at der skal gælde et objektivet ansvar eller et præsumptionsansvar; tværtimod.

Den omstændighed, at det i forarbejderne tillige er anført, at der – hvor en overtrædelse af loven findes at foreligge – "typisk vil være tale om en retsstridig handling, som kan gøre det muligt for den skadelidte at søge erstatning gennem et civilt søgsmål" (min understregning), kan ikke ses som udtryk for andet og mere end, at lovgiver har villet tilkendegive, at en overtrædelse af loven i mange tilfælde vil kunne betragtes som uagtsom, og at skadelidte derfor med støtte i den almindelige culparegel vil kunne løfte bevisbyrden for, at der foreligger et ansvarsgrundlag.

I denne forbindelse bemærkes, at den omstændighed, at spørgsmålet om culpa – og bevisbyrden herfor – ikke har været særskilt behandlet i de af Forbruger-Kontakt nævnte tre domme, så vidt ses skyldes, at culpaen i sagerne var ret så åbenbar, og at parternes anbringender i øvrigt ikke gav domstolene lejlighed til at forholde sig til spørgsmålet.

Sammenfattende gøres det gældende, at nærværende sag skal afgøres efter den almindelige culparegel; og modsat ikke efter et objektivet ansvar eller et præsumptionsansvar.

Den almindelige culperegulering skal dog fortolkes i lyset af EF-domstolens praksis, da der i sagen – tillige – er tale om en påstået overtrædelse af EF-traktatens artikel 82. Det følger af nævnte praksis, at et ansvarsgrundlag kun antages at foreligge i tilfælde af en "tilstrækkeligt kvalificeret" overtrædelse af EU-retten; det vil her sige EF-traktatens artikel 82, jf. eksempelvis EF-domstolens dom i sag C 46/93 og C-48/93, Brasserie du Pêcheur, præmis 79-80.

I nærværende sag foreligger der imidlertid ikke en sådan "tilstrækkeligt kvalificeret" overtrædelse, idet markedets udpræget duopolistiske/oligopolistiske karakter såvel som den sparsomme – og for Post Danmark fordelagtige – retspraksis om selektivt lave priser og et eventuelt misbrug fører til, at den påståede overtrædelse af forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling i alle tilfælde ikke har karakter af en "tilstrækkeligt kvalificeret" overtrædelse.

#### DOMINERENDE VIRKSOMHEDERS "SÆRLIGE FORPLIGTELSE" OG DENNE FORPLIGTELSES BETYDNING FOR ANSVARSGRUNDLAGET

Forbruger-Kontakt synes at gøre gældende, at dominerende virksomheders "særlige forpligtelse" til ikke ved deres adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence indebærer, at Post Danmark i øvrigt generelt er underlagt en skærpet culpabedømmelse, jf. eksempelvis Replikkens afsnit 4.1.2.

Forbruger-Kontakt sammenblander herved – uden nærmere begrundelse – konkurrenceretten og erstatningsretten.

Post Danmark bestrider naturligvis ikke, at dominerende virksomheder konkurrenceretligt betragtet er underlagt en sådan særlig forpligtelse. Der er imidlertid intet belæg for, at dominerende virksomheder som en følge heraf erstatningsretligt er underlagt en skærpet culpabedømmelse.

#### OVERTRÆDELSE AF EN GENEREL FORSKRIFT HAR EFTER RETSPRAKSIS BEGRÆNSET ERSTATNINGSRETTLIG RELEVANS

Det gøres gældende, at selve det forhold, at der konstateres en overtrædelse af det konkurrenceretlige regelsæt ikke pr. automatik indebærer, at der så også foreligger et erstatningsansvar.

Det følger nemlig af fast retspraksis, at overtrædelser af mere generelle – i modsætning til specifikke – offentligretlige forskrifter har en begrænset erstatningsretlig relevans.

Årsagen hertil er naturligvis tillige, at det kan være forbundet med en vis usikkerhed at fastlægge specifikke krav, der kan udledes af mere generelle forskrifter, hvorfor en konstateret overtrædelse heraf ikke bør tillægges stor vægt under en eventuel, efterfølgende erstatningssag.

Konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens artikel 82 må i den her givne sammenhæng betragtes som mere generelle forskrifter, hvorfor det følger af det anførte, at Post Danmarks påståede overtrædelse af konkurrencelovens § 11/EF-traktatens artikel 82 alene kan tillægges en begrænset vægt ved en vurdering af, om Post Danmark har handlet culpøst.

POST DANMARK HAR VÆRET I EN SITUATION, HVOR DER UANSET RESULTATET AF ØSTRE LANDSRETS DOM, JF. BILAG 10, HAR VÆRET GRUNDLAG FOR TVIVL

Det er Post Danmarks standpunkt, at Post Danmark ikke burde have indset, at prissætningen over for COOP, SuperBest og Spar ville blive bedømt som et misbrug af en dominerende stilling, og at den subjektive betingelse for, at et ansvarsgrundlag foreligger, derfor ikke er opfyldt.

- *Dominerende stilling*

Det følger af retspraksis, at det er den klare hovedregel, at en virksomhed med en markedsandel på under 40 % ikke antages at indtage en dominerende stilling, og at en sådan stilling – rent definatorisk – er udelukket, hvis der findes to nogenlunde lige stærke aktører på markedet, jf. eksempelvis EF-domstolens dom i sag C-322/81, Michelin.

Post Danmarks markedsandel var på det for sagen relevante tidspunkt i 2003 langt under 40 % målt efter omfang, og Konkurrencestyrelsen havde i den eneste hidtidige afgørelse om markedet for distribution af adresseløse forsendelser – dvs. Konkurrencestyrelsens afgørelse af 24. april 2002 om Dansk Distributions Center A/S – valgt at forkaste parternes synspunkt om, at markedsandele burde vurderes efter værdi, og i stedet fastslået, at markedsandelene skulle opgøres efter omfang.

Post Danmark har derfor med føje har kunnet gå ud fra, at Post Danmarks markedsandel skulle vurderes efter omfang, og at de meget lave markedsandele derfor ville udelukke, at Post Danmark indtog en dominerende stilling, og at markedet i alle tilfælde var karakteriseret ved tilstedeværelsen af to – nogenlunde ligeværdige – aktører, Post Danmark og Forbruger-Kontakt, hvorfor dominans tillige som en følge heraf kunne anses for udelukket.

- *Påstået selektivt lave priser*

Det var forud for Østre Landsrets dom, jf. sagens bilag 10, uklart, præcis hvor meget der skal til, førend en omkostningsmæssig begrundelse foreligger. Post Danmark fortog forud for indgåelsen af aftalerne med COOP, SuperBest og Spar omfattende beregninger for at sikre sig, at prissætningen til de tre kunder – efter Post Danmarks opfattelse – var omkostningsmæssigt begrundet. Det kan på baggrund heraf ikke anses for culpøst, at konkurrencemyndighederne og Østre Landsret efterfølgende er nået frem til, at en omkostningsmæssig begrundelse efter myndighedernes og landsrettens begrundelse ikke findes at foreligge.

- *Påstået misbrug*

Der foreligger ingen tidligere dansk afgørelse, hvori det er fastslået, at selektivt lave priser i sig selv udgør et misbrug af en dominerende stilling.

Højesteret har med beslutningen om præjudicielt at forelægge et spørgsmål for EF-domstolen vist, at der efter Højesterets vurdering hersker en "rimelig tvivl" om, hvornår i hvert fald "below costs" selektivt lave priser udgør et misbrug. Det kan på baggrund heraf ikke anses for culpøst, at Post Danmark gik ud fra, at prissætning over for COOP, SuperBest og Spar ikke ville udgøre et misbrug i strid med konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens artikel 82.

Post Danmark vil i forbindelse med proceduren under hovedforhandlingen foretage henvisninger vedrørende denne problemstilling til et helt andet retsområde, nemlig arbejdsretten.

## 2.2.2 FÆLLES BETINGELSERNE

### 2.2.2.1 ÅRSAGSSAMMENHÆNG

Hvis Post Danmark have vidst, at selskabets priser til COOP, SuperBest og Spar ville blive bedømt som udtryk for en overtrædelse af konkurrencelovens 11 og EF-traktatens artikel 82 i form af selektivt lave priser, jf. sagens bilag 10, må det lægges til grund, at Post Danmark ikke ville have bragt en sådan overtrædelse til ophør ved at tilbyde de tre kunder højere priser. Det må derimod lægges til grund, at Post Danmark i stedet ville have løst problemet ved at tilbyde øvrige kunder lavere priser,

- idet priserne til COOP, SuperBest og Spar var høje nok til, at de forventedes at ville føre til – og rent faktisk førte til – et øget overskud for Post Danmark, jf. eksempelvis sagens bilag 10, s. 50 og s. 58,
- idet Post Danmark tillagde det stor vægt at få brudt Forbruger-Kontakts de facto-monopol på distributionen af adresseløse forsendelser i weekenden, og en overtagelse af kundeforholdet til COOP, SuperBest og Spar blev anset som "nøglen" til at få brudt nævnte de facto-monopol, og
- idet Post Danmark kunne tåle i fornødent omfang at sænke priserne i forhold til øvrige kunder uden derved at sælge med tab, idet prissætningen over for øvrige kunder lå væsentligt over Post Danmarks gennemsnitlige samlede omkostninger.

Med andre ord må det lægges til grund, at Post Danmark i alle tilfælde ville have bibeholdt den til COOP, SuperBest og Spar tilbudte pris, og at Forbruger-Kontakt derfor i alle tilfælde ville have mistet de tre kunder.

Forbruger-Kontakt har bevisbyrden for, at der består en årsagssammenhæng mellem den påståede ansvarspådragende handling og det påståede tab. Denne bevisbyrde er ikke løftet.

### 2.2.2.2 ERSTATNINGSRETTLIGT VÆRNET INTERESSE

Spørgsmålet om, hvorvidt skader, der er en følge af overtrædelser af konkurrencereglerne, er erstatningsretligt beskyttede, er i dansk ret behandlet hos eksempelvis Henry Ussing: *Erstatningsret*, 1937, s. 43-44 sammenholdt med s. 34-40, og A. Vinding Kruse: *Erstatningsretten*, 5. udg., 1989, s. 285-291, hvoraf grundlæggende alene kan udledes, at der ikke nødvendigvis er sammenfald mellem retsbeskyttelsen efter konkurrenceretten og retsbeskyttelsen efter erstatningsretten.

Det er Post Danmarks standpunkt, at der hverken i konkurrenceloven (herunder lovens § 25), forarbejderne til konkurrenceloven eller foreliggende retspraksis er holdepunkter for, at betingelsen om en erstatningsretligt værnet interesse "pr. automatik" kan anses for opfyldt, og at det derfor – som i enhver anden sag, hvor et civilretligt erstatningsansvar støttes på en overtrædelse af en offentligretlig bestemmelse - skal undersøges, om der konkret foreligger en erstatningsretligt værnet interesse.

Post Danmarks overtagelse af kundeforholdene til COOP, SuperBest og Spar har ikke ført til en begrænsning af konkurrencen, men derimod til en intensivering af konkurrencen, lavere priser og et bredere – og bedre – udvalg for kunderne på markedet for distribution af adresseløse forsendelser.

Forbruger-Kontakt er forblevet på markedet og har som en følge af den intensiverede konkurrence været nødsaget til at tilbyde kunderne et bedre produkt og lavere priser.

Der er på denne baggrund ikke belæg for at betragte Forbruger-Kontakts mistede avance på de tre kundeforhold som en erstatningsretligt værnet interesse, jf. tilsvarende sagens bilag D og E, for så vidt angår svensk ret.

Det bemærkes i denne forbindelse, at der Post Danmark bekendt ikke forligger praksis fra EU's retsinstanser vedrørende erstatning for overtrædelse af EF-traktatens artikel 82.

Sammenfattende er det Post Danmarks standpunkt, at der ikke i denne sag foreligger en erstatningsretligt værnet interesse.

## 2.3 DET PÅSTÅEDE TAB

### 2.3.1 GENERELT

Forbruger-Kontakt har bevisbyrden for, at der er lidt et erstatningsretligt relevant tab.

Det opgjorte erstatningskrav relaterer sig til en påstået mistet avance på tre mistede kundeforhold i 2004 og 2005, hvorfor en dokumentation for tabet under normale omstændigheder vil bestå i en fremlæggelse af bilag, der kan dokumentere, hvilke priser Forbruger-Kontakt må antages at ville have aftalt med de tre kunder, og hvilke omkostninger, som Forbruger-Kontakt må antages at have sparet ved ikke at distribuere de tre kunders forsendelser, idet den mistede avance herefter vil kunne beregnes som differencen mellem den mistede indtægt og de sparede omkostninger.

Til trods for, at Forbruger-Kontakt oplyser, at selskabet "forholdsvist simpelt" er i stand til "at beregne og dokumentere tabet", jf. Replikkens side 23, øverst, har selskabet imidlertid valgt ikke at fremlægge en sådan dokumentation.

Forbruger-Kontakts begrundelse herfor er, at dokumentationen ønskes hemmeligholdt ud fra kommercielle betragtninger, og ud fra hensynet til konkurrenceretten (sidstnævnte hensyn kan efter Post Danmarks opfattelse lades ude af betragtning, idet en fremlæggelse af bilagene ikke ville have udgjort en tilsidesættelse af konkurrenceretten, jf. nærmere afsnit 5 nedenfor).

Post Danmarks bemærkning hertil er i korthed, at Forbruger-Kontakt har stået i en valgsituation; enten kunne selskabet vælge at fremlægge bilagene som dokumentation for det påståede tab eller også kunne selskabet vælge at beskytte bilagene som forretningshemmeligheder – altså et valg mellem at rejse kravet eller at opgive det.

Forbruger-Kontakt valgte i stedet en "mellemløsning", idet selskabet har søgt at dokumentere erstatningskravet ved (2.3.1.1) Ernst & Youngs erklæring af 7. januar 2008, sagens bilag 9, og (2.3.1.2) Skønsrapporten.

Det Post Danmarks principale standpunkt, at erklæringen og rapporten ikke udgør en tilstrækkelig og nødvendig dokumentation, og at det påståede tab derfor er udokumenteret.

#### 2.3.1.1 ERNST & YOUNG ERKLÆRING

Det fremgår bl.a. af erklæringen, at Ernst & Young efter aftale med ledelsen i Forbruger-Kontakt har udført en gennemgang af det på daværende tidspunkt opgjorte krav mod Post Danmark på principalt DKK 90.248.000, jf. sagens bilag 8, at gennemgangen bl.a. har omfattet en "afstemning af mængder, omsætning og omkostninger til selskabets registreringsystemer", og "en stikprøvevis afstemning af faktureringsgrundlaget ifølge selskabets registreringsystemer til ekstern faktura til de pågældende kunder", og at Ernst & Young på baggrund af gennemgangen ikke er "blevet bekendt med forhold, der afkræfter", at erstatningskravet er opgjort korrekt ud fra de anførte forudsætninger.

Forud for skønsforretningens gennemførelse, jf. 2.3.1.2 nedenfor, valgte Forbruger-Kontakt at reducere erstatningskravet med DKK 16.875.000 til DKK 73.373.000, svarende til en reduktion af kravet med ca. 19 %, jf. i det hele sagens bilag 26.

Som begrundelse herfor angav Forbruger-Kontakt, at "en detaljeret gennemgang af alt underliggende dokumentation" havde vist, at der i forbindelse med opgørelsen af erstatningskravet var blevet begået fire fejl, herunder en fejl relaterende sig til afstemning af mængder og en fejl relaterende sig til faktureringsgrundlaget til de tre kunder, jf. sagens bilag N.

Henset til, at Ernst & Young i sin erklæring oplyser, at revisionselskabets gennemgang som nævnt bl.a. har omfattet netop en afstemning af mængder og en stikprøvevis afstemning af faktureringsgrundlaget, at Ernst & Young åbenbart i forbindelse med gennemgangen ikke er blevet opmærksom på de af Forbruger-Kontakt begåede fejl, at alene de fejl, som Forbruger-Kontakt selv har identificeret, har medført en reduktion af erstatningskravet på DKK 16.875.000, og at Forbruger-Kontakt som indledning til sagen oplyste, at det ville være forholdsvist simpelt at beregne og dokumentere selskabets tab, må det give anledning til en betydelig usikkerhed, hvorvidt opgørelsen af kravet også i øvrigt måtte være fejlbehæftet af andre grunde.

Det gøres på denne baggrund gældende, at erklæringen fra Ernst & Young hverken helt eller delvist dokumenterer det påståede erstatningskrav, men tværtimod skaber usikkerhed om dets eksistens.

#### 2.3.1.2 SYNS- OG SKØNSRAPPORTEN

Forbruger-Kontakt har valgt at imødekomme Post Danmarks subsidiære opfordring (2), jf. Processkrift A, til, at en ekstern uafhængig revisor forholder sig til opgørelsen af det rejste krav og i tillæg hertil besvarer en række spørgsmål.

Det er i denne forbindelse væsentligt at holde sig for øje, at Post Danmarks subsidiære opfordring (2) – som udtrykkeligt understreget, inden en skønsmand blev udpeget, jf. mine breve af 21. maj 2008 til Landsretten og Forbruger-Kontakts advokat, sagens bilag O – netop er subsidiær i forhold til Post Danmarks principale opfordring om at fremlægge den underliggende dokumentation, jf. Processkrift A's opfordring (1), idet en ekstern uafhængig revisors gennemgang og besvarelse af spørgsmål efter dansk erstatningsretlig praksis ikke kan erstatte en egentlig dokumentation i form af det underliggende bilagsmateriale.



Der består således en klar formodning for, at en ekstern uafhængig revisor ikke vil have et særligt kendskab til markedet for distribution af adresseløse forsendelser, herunder men ikke begrænset til, omkostningsstrukturen for aktører på markedet for distribution af adresseløse forsendelser, og at en ekstern uafhængig revisor derfor alt andet lige vil have svært ved at forholde sig kvalificeret til eksempelvis Forbruger-Kontakts opgørelse af de omkostninger, der er – eller burde være – sparet i forbindelse med et bortfald af 25-35 % af Forbruger-Kontakts samlede kundemasse.

Udgangspunktet er altså, at en skønsrapport har en mere begrænset værdi som bevis for det påståede tab end egentlig dokumentation i form af underliggende bilagsmateriale. I denne sag er bevisværdien af skønsrapporten yderligere – betydeligt – begrænset, som følge af, (i) at Forbruger-Kontakt har nægtet Post Danmark adgang til at stille en række spørgsmål stillet eller tilladt dem stillet, men så ikke besvaret dem, (ii) at Forbruger-Kontakt i strid med de indgåede aftaler ensidigt har påvirket skønsmanden, og (iii) at skønsmanden undtagelsesfrit syntes at have anmodet om Forbruger-Kontakts kommentarer og redegørelser forud for besvarelsen af de stillede spørgsmål, hvorfor Forbruger-Kontakt generelt har virket som et "filter" ved besvarelsen af spørgsmålene.

Sammenfattende gør Post Danmark på denne baggrund gældende, at Skønsrapporten principalt skal tilsidesættes, subsidiært alene skal tillægges en meget begrænset vægt, som dokumentation for det påståede tab, og at Skønsrapporten således ikke kan erstatte en egentlig dokumentation i form af det underliggende bilagsmateriale.

### 2.3.1.3 SVINGNINGER I TABSOPGØRELSEN

Forbruger-Kontakts opgørelse af det påståede tab har varieret betragteligt hen over sagsforberedelsesperioden.

Til trods for, at opgørelsen stedse har været baseret på Forbruger-Kontakts egne tal og beregninger, er tabet således først opgjort til DKK 90.248.000 i januar 2008, jf. sagens bilag 8, dernæst til DKK 73.373.000 i august 2008, jf. sagens bilag 26, for endelig i oktober 2008 at blive opgjort til DKK 109.045.000, jf. Processkrift IV.

Med andre ord er der allerede baseret på Forbruger-Kontakts egne beregninger en meget betydelig usikkerhed forbundet med opgørelsen af tabet, idet differencen mellem tabet, som opgjort i henholdsvis august og oktober 2008 alene er på DKK 35.672.000. Forbruger-Kontakts subsidiære opgørelse af erstatningskravet, jf. bilag 8 og bilag 26, understreger endvidere i sig selv den betydelige usikkerhed der er knyttet til opgørelsen allerede gennem valget af opgørelsesmetode.

I denne forbindelse kan endvidere henvises til, at Forbruger-Kontakts "afprøvning" af en række forskellige indeksmodeller til fastsættelsen af den pris, der skal indgå i erstatningsopgørelsen, jf. Skønsrapportens spørgsmål 25-27 og 29, tilsvarende illustrerer, hvor usikker opgørelsen er.

På baggrund af Forbruger-Kontakts regnskaber gøres det gældende, at det i sig selv har formodningen imod sig, at Forbruger-Kontakt har haft et tab som hævdet ved at miste 25-35 % af sin kundemasse.

Post Danmark vil i det følgende tage udgangspunkt i Forbruger-Kontakts seneste opgørelse af det påståede tab; dvs. den i Processkrift IV foretagne opgørelse af tabet til i alt DKK 109.045.000.

Forbruger-Kontakts tabsopgørelse er grundlæggende baseret på, at erstatning skal ydes for en mistet fortjeneste i perioden 1. januar 2004 til 31. december 2005, at den mistede fortjeneste skal opgøres som Forbruger-Kontakts hypotetiske omsætning på COOP, SuperBest og Spar i nævnte periode fratrukket Forbruger-Kontakts sparede direkte omkostninger ved ikke at have foretaget distributionen for de tre kunder, og at tabet skal opgøres for såvel Forbruger-Kontakt som samtlige Forbruger-Kontakts datterselskaber/associerede selskaber.

Post Danmark har i sit støttebilag kortfattet sammenfattet indsigelserne til tabs- opgørelsen og samtidig redegjort for disses isolerede og kumulerede betydning for størrelsen af det påståede tab.

### 2.3.2 KONKRETE INDSIGELSER TIL TABSOPGØRELSEN

#### ERSTATNINGSPERIODEN

Det er ubestridt, at Post Danmarks priser til COOP, SuperBest og Spar har været fuldt ud lovlige fra den 1. juni 2005, idet priserne fra nævnte dato at regne er omfattet af det overfor Konkurrencerådet givne tilsagn, jf. sagens bilag 6.

Sammenholdt med, at Forbruger-Kontakt har været fuldt ud bekendt med – og det i øvrigt er ubestridt - at det fremgår af Post Danmarks kundeaftaler, herunder aftalerne med COOP, SuperBest og Spar, at kunderne til enhver tid (herunder med virkning pr. 1. juni 2005) kunne opsigte aftalerne med kort varsel, at omkostningerne ved at skifte distributør på adresseløsemarkedet var – og er – meget beskedne, og at kunderne i flere tilfælde – som dokumenteret ved eksempelvis Hjem IS' skift fra Post Danmark til Forbruger-Kontakt midt i 2004, jf. sagens bilag 1, note 45 – rent faktisk valgte at skifte distributør i løbet af året, gør Post Danmark gældende, at en erstatning maksimalt vil kunne tilkendes for perioden frem til 1. juni 2005.

For oplysning om konsekvenserne heraf for opgørelsen af det påståede tab henvises til Post Danmarks støttebilag.

#### FASTSÆTTELSEN AF PRIS I FORBINDELSE MED OPGØRELSEN AF MISTET OMSÆTNING

Forbruger-Kontakt har i sin opgørelse af den påståede mistede omsætning lagt til grund, at den pris, der skal anvendes ved beregningen af selskabets hypotetiske omsætning på COOP, SuperBest og Spar i 2004 og 2005, skal opgøres som selskabets 2003-priser til de tre kunder tillagt 3 % p.a., jf. sagens bilag 26. Forbruger-Kontakt har ikke angivet en nærmere begrundelse herfor.

Opgørelsen af det påståede tab skal tage udgangspunkt i den pris, som Forbruger-Kontakt med rimelighed må forventes at ville have kunnet aftale med COOP, SuperBest og Spar, såfremt Post Danmark ikke havde overtaget kundeforholdet til de tre kunder.

Post Danmark gør under henvisning hertil gældende, at den pris, der skal anvendes i erstatningsopgørelsen, skal findes ved at tage udgangspunkt i udviklingen i Forbruger-Kontakts priser til øvrige storkunder i perioden 2003-2005.

Det bemærkes i denne forbindelse, at Post Danmarks priser til alle andre kunder end COOP, SuperBest og Spar ifølge Konkurrenceankenævnets kendelse af 1. juli 2005, jf. sagens 1, ikke har været for lave, og at udviklingen i Forbruger-Kontakts prissætning overfor andre kunder derfor ikke er en følge af et af Post Danmark udvist misbrug, men derimod er en følge af en konkurrencegavnlig intensivning af konkurrencesituationen på markedet.

Post Danmark har som en følge heraf bedt om at få beregnet gennemsnitsprisen for Forbruger-Kontakts 20 største kunder, eksklusive COOP, SuperBest og Spar, i perioden 2003-2005, jf. Skønsrapportens spørgsmål 8.

Det fremgår af det af skønsmanden givne svar, at udviklingen i priserne for de 20 største kunder er gået fra indeks 100 i 2003 jævnt faldende til indeks 97,1 i 2004 og indeks 92,2 i 2005, jf. Skønsrapportens side 33. (I denne forbindelse bemærkes, at Post Danmarks priser i den nævnte periode har undergået en tilsvarende udvikling, jf. Processkrift A, side 7.)

Dernæst fremgår det, at Forbruger-Kontakts økonomidirektør, Kåre Wigh, har oplyst, at faldet i prisindekset er udtryk for "en reaktion på konkurrencesituationen på markedet med ændret prisstrategi til følge", jf. Skønsrapportens side 35, næstsidste afsnit. Denne oplysning stemmer fint overens med, at Søndagsavisen i sin årsregnskabsmeddelelse for 2008 (selskabsmeddelelse nr. 03-09 af 5. februar 2009) har oplyst: "*En flerårig priskrig kombineret med stigende omkostninger til sortering og omdeling i distributionsforretningen nødvendiggjorde ekstraordinære prisstigninger og omkostningsreduktioner. Disse blev gennemført i 2008...*". Årsregnskabsmeddelelsen fremlægges som sagens bilag S.

Post Danmark gør under henvisning hertil gældende, at den reelle prisudvikling på markedet – i stedet for den af Forbruger-Kontakt antagne ubegrundede opskrivning af priserne med 3 % p.a. – skal lægges til grund for opgørelsen af det påståede tab.

For oplysning om konsekvenserne heraf for opgørelsen af det påståede tab henvises til Post Danmarks støttebilag.

Forbruger-Kontakt har i øvrigt anmodet om at få beregnet en række yderligere indeks over prisudviklingen, jf. Skønsrapportens spørgsmål 25-27 og 29.

Post Danmark skal knytte følgende kommentarer hertil:

*Ad spørgsmål 25: Prisindeks, der følger udviklingen i omkostninger – Skønsrapportens side 61-62*

Post Danmark bestrider, at der er nogen anledning til at basere tabsopgørelsens fastsættelse af en hypotetisk pris til COOP, SuperBest og Spar på udviklingen i omkostningerne.

Årsagen hertil er, at der foreligger oplysninger om den faktiske udvikling i priserne, jf. ovenfor, og at den faktiske udvikling i priserne naturligvis – i langt højere grad end en udvikling i omkostningerne – giver mulighed for at fastlægge den pris, som Forbruger-Kontakt med rimelighed må forventes at ville have kunnet aftale med COOP, SuperBest og Spar, såfremt Post Danmark ikke havde overtaget kundeforholdet til de tre kunder. Indekset er derfor uden relevans for sagen.

*Ad spørgsmål 26: Prisindeks, der følger Danmarks Statistiks Nettoprisindeks for Porto (gruppe 08.1) – Skønsrapportens side 63-64*

Danmarks Statistiks Nettoprisindeks for Porto er en del af Forbrugerprisindekset.

En følge heraf er, at indekset udtrykker udviklingen i listepriiserne på breve, pakker m.v. i forhold til forbrugere. Modsat udtrykker indekset ikke – hverken direkte eller indirekte – udviklingen i priser for erhvervskunders køb af distribution af adresseløse forsendelser.

Til dokumentation herfor fremlægges som sagens bilag T brev af 3. marts 2009 fra Danmarks Statistik til mig, hvori sammensætningen af nettoprisindekset for Porto er oplyst.

Indekset er uden relevans for sagen.

*Ad spørgsmål 27: Prisindeks, der følger Forbruger-Kontakts prissætning over for samtlige kunder i 2003-2005 – Skønsrapportens side 65-66*

Et indeks, der viser udviklingen i Forbruger-Kontakts priser over for samtlige kunder, kan som udgangspunkt være relevant, når den hypotetiske pris i forhold til COOP, SuperBest og Spar skal fastsættes.

Et sådant indeks er dog behæftet med én meget væsentlig fejkilde, idet COOP's, SuperBests og Spars 2003-priser indgår i fastsættelsen af 2003-indekset, hvilket de lave priser – og den store volumen – til de tre kunder taget i betragtning, naturligvis vil indebære, at indekset for 2004 og 2005 bliver væsentligt højere end udviklingen i Forbruger-Kontakts priser til storkunder reelt har været.

Samme fejkilde gør sig i øvrigt gældende for så vidt angår det med besvarelsen af spørgsmål 9 beregnede indeks, jf. Skønsrapportens side 35.

Indekset er derfor – som indekset beregnet i besvarelsen af spørgsmål 9 – uden relevans for sagen.

*Ad spørgsmål 29: Prisindeks rensset for effekten af kunder med en gennemsnitlig salgspris over 50 øre pr. stk. – Skønsrapportens side 69-72*

Forbruger-Kontakt har med spørgsmål 29 anmodet om at få foretaget indeksberegninger, hvor indekset er rensset for effekten af kunder med en gennemsnitlig salgspris pr. stk. på mere end 50 øre.

Henset til, at Post Danmark alene er indrømmet en yderst begrænset adgang til oplysning om sammensætningen af Forbruger-Kontakts kundeportefølje, og at Post Danmark ikke har nogen mulighed for at forholde sig til, om grænsen på 50 øre pr. stk. giver et retvisende billede af udviklingen i priserne, må dette indeks forkastes som uden relevans for erstatningsopgørelsen.

#### DISTRIBUEREDE MÆNGDER

Forbruger-Kontakt har lagt til grund, at tabsopgørelsen skal baseres på de mængder, som Post Danmark rent faktisk distribuerede for COOP, SuperBest og Spar i 2004 og 2005.

En sådan antagelse kan forekomme rimelig, medmindre der – som tilfældet er - foreligger konkrete holdepunkter for, at en del af mængderne må antages ikke at ville være blevet

distribueret af Forbruger-Kontakt, såfremt de tre kunder i stedet havde været kunder hos dette selskab.

For så vidt angår COOP, gælder, at ca. 75 mio. stk. ud af de 432,6 mio. stk., der blev distribueret af Post Danmark for COOP i 2005, blev distribueret som såkaldt midtugeomdeling, jf. sagens bilag P.

Post Danmarks dataregistreringer gør det ikke muligt at trække det tilsvarende tal for midtugeomdelingen i 2004. Baseret på kendskabet til COOPs forsendelsesmønster kan det dog oplyses, at mængden af midtugeomdeling lå på nogenlunde samme niveau i 2004 og 2005.

Midtugeomdelingen er et segment af markedet, der blev skabt af Post Danmark, og Forbruger-Kontakt var – ifølge Post Danmarks kendskab til Forbruger-Kontaks distributionsapparat – ikke i stand til selv at tilbyde en sådan omdeling i 2004 og 2005.

Med andre ord ville Forbruger-Kontakt enten ikke have fået denne del af COOP's forsendelser eller have anmodet Post Danmark om at distribuere forsendelserne som underleverandør. I begge tilfælde ville Forbruger-Kontakt ikke have haft en fortjeneste på distributionen af de pågældende forsendelser.

For så vidt angår SuperBest blev mængden af forsendelser ca. tredoblet fra 2003 til 2004 (fra 29,4 mio. stk. til 89,8 mio. stk.). Årsagen hertil er dels, at SuperBests overtog Prima i oktober 2004, dels at SuperBest i 2004 – som led i samarbejdet med Post Danmark – valgte en ny strategi om en bredere dækning, jf. sagens bilag Q.

Det er bestemt ikke givet, at Forbruger-Kontakt tilsvarende ville have distribueret 89,8 mio. stk. i 2004 – eller for den sags skyld 93,2 mio. stk. i 2005 – for SuperBest, såfremt Post Danmark ikke havde overtaget kundeforholdet med virkning fra 1. januar 2004.

Forbruger-Kontakt har bevisbyrden for, at selskabet ville kunne håndtere COOPs midtugeomdeling og ville have kunnet tredoble distributionen for SuperBest, og denne bevisbyrde er ikke løftet.

For oplysning om konsekvenserne heraf for opgørelsen af det påståede tab henvises til Post Danmarks støttebilag.

For det tilfælde, at landsretten ikke måtte være enig i, at de distribuerede mængder skal reduceres som anført i nærværende afsnit, gør Post Danmark subsidiært gældende, at der består en sådan usikkerhed med hensyn til opgørelsen af de mængder, som Forbruger-Kontakt med rimelighed kan antages at ville have distribueret i 2004 og 2005, at opgørelsen af mængderne – og omkostningerne – i stedet skal baseres på Forbruger-kontakts 2003 mængder.

## OMKOSTNINGER

### *Direkte omkostninger*

Forbruger-Kontakt har i sin opgørelse af det påståede tab lagt til grund, at de sparede omkostninger, der skal fragå i opgørelsen af det påståede tab, alene består i sparede direkte omkostninger.

Forbruger-Kontakt har endvidere – i Processkrift IV, afsnit 3.3.1 – gjort gældende, at skønsmandens besvarelse af spørgsmål 3, jf. Skønsrapportens side 18-19, giver belæg for en antagelse om, at der er visse af de direkte omkostninger, som ikke kunne være sparet, og at tabet derfor reelt er "undervurderet". Post Danmark bestrider dette, idet besvarelsen af spørgsmål 3, jf. Skønsrapportens side 18-19, såvel som skønsmandens forklaring under retsmødet den 20. november 2008 entydigt understøtter, at tabsopgørelsen bør baseres på, at samtlige direkte omkostninger kunne være sparet.

Post Danmark gør principalt gældende, at de direkte omkostninger skal opgøres med udgangspunkt i Forbruger-Kontakts 2003 omkostninger, idet COOP, SuperBest og Spar var kunder hos Forbruger-Kontakt i 2003, hvorfor de gennemsnitlige direkte omkostninger i dette år – i modsætning til 2004 og 2005 – antages bedst at udtrykke de sandsynlige direkte omkostninger forbundet med en hypotetisk distribution for de tre kunder i 2004 og 2005.

Post Danmark gør dog samtidig subsidiært gældende, at de direkte omkostninger for 2004 og 2005 kan lægges til grund.

For oplysning om konsekvenserne heraf for opgørelsen af det påståede tab henvises til Post Danmarks støttebilag.

#### *Indirekte omkostninger*

Forbruger-Kontakt har lagt til grund, at selskabet ikke har – eller burde have – sparet indirekte omkostninger, som følge af tabet af COOP, SuperBest og Spar.

Skønsmanden har erklæret sig uenig heri, idet han i sin besvarelse af spørgsmål 6, konkluderende anførte, at det var hans vurdering, "at der forekommer indirekte/faste omkostninger, der enten er sparet eller kunne/burde være sparet som følge af tabet af de tre kunder", jf. Skønsrapportens side 26.

Skønsmanden har dernæst anført, at sådanne indirekte/faste omkostninger bl.a. vedrører personaleomkostninger, der udgjorde mere end halvdelen af de indirekte/faste omkostninger i 2003, lokaleomkostninger og afskrivninger og administrationsomkostninger, jf. Skønsrapportens side 27.

Skønsmanden har imidlertid ikke set sig i stand til nærmere at vurdere størrelsen af sådanne indirekte/faste omkostninger, der kunne/burde være sparet, og som således yderligere skal reducere det påståede tab, jf. skønsmandens udtalelser under mødet i landsretten den 20. november 2008.

I udkast til supplerende spørgsmål 25A af 5. december 2008 til skønsmanden foreslog Post Danmark på den baggrund, at skønsmanden i stedet skulle oplyse den samlede størrelse af de indirekte omkostninger fordelt i de tre nævnte kategorier; dvs. personaleomkostninger, lokaleomkostninger, afskrivninger og administrationsomkostninger, idet landsretten så herefter på baggrund af indlæg fra parterne ville have haft en omkostningsmasse at tage udgangspunkt i, når landsretten skal tage stilling til, hvor meget erstatningskravet skal reduceres som følge af indirekte omkostninger, som er – eller burde være – sparet.

Forbruger-Kontakt protesterede imidlertid mod fremsættelsen af nævnte spørgsmål 25A, idet selskabet ikke ønskede at fremlægge oplysninger om de nævnte indirekte

omkostninger i 2004 og 2005. Spørgsmålet er som en naturlig følge heraf ikke tilladt stillet, jf. landsrettens kendelse af 10. december 2008.

Post Danmark har derfor i stedet set sig nødsaget til at fremkomme med et kvalificeret skøn på basis af de for Post Danmark foreliggende oplysninger:

Ved at alene at beregne på de personaleomkostninger, som Forbruger-Kontakt har eller burde have sparet, kan følgende analyse foretages på baggrund af sagens bilag 26.

	2004
Omsætning	183.146.000
Direkte omkostninger	<u>138.390.000</u>
Påstået tab	44.756.000
Tab / omsætning (DG1)	24 %
Resultat før skat (14,9 %)	27.288.754
Indirekte omkostninger	17.467.246
Heraf > 50 % personaleomkostninger	
Hvis 50 %	9.733.623
Hvis 60 %	10.480.348
Hvis 70 %	12.227.072

Såfremt det lægges til grund, at den gennemsnitlige løn til Forbruger-Kontakts fastansatte medarbejdere udgjorde DKK 33.000, svarer 60 % af direkte omkostninger til 26 fastansatte medarbejdere.

Med henblik på at vurdere, hvor stor en del af omkostningerne Forbruger-Kontakt burde have sparet, er nedenfor vist effekten af en reduktion med henholdsvis 10 %, 30 % eller 50 % af de fastansatte medarbejdere, hvis det lægges til grund, at personaleomkostningerne udgjorde 60 % af de samlede indirekte omkostninger (en rimelig antagelse i lyset af, at skønsmanden som nævnt har oplyst, at personaleomkostningerne udgjorde mere end halvdelen af de samlede indirekte omkostninger):

Reduktion af medarbejdere i procent	Besparelsesmulighed i 2004
10 %	1.048.035
30 %	3.144.104
50 %	6.113.536

Henset til, at det er ubestridt, at COOP, SuperBest og Spar repræsenterede ca. 25-35 % af Forbruger-Kontakts samlede kundemasse, forekommer det rimeligt at tage udgangspunkt i, at et bortfald af de tre kunder kunne/burde have ført til en reduktion af de fastansatte administrative medarbejdere på 30 %, svarende til DKK 3.144.104 i 2004.

For perioden 1. januar 2004 til 1. juni 2005, der antages at være den maksimale periode, som Forbruger-Kontakt kan være berettiget til erstatning, jf. ovenfor, er der med andre ord tale om, at muligheden for at spare indirekte omkostninger i forbindelse med bortfaldet af

COOP, SuperBest og Spar skal føre til en yderligere reduktion af det påståede tab med ca. DKK 4.500.000.

#### KONCERNBETRAGTNINGER

Forbruger-Kontakt har oplyst, at aftalerne med COOP, SuperBest og Spar om distribution af adresseløse forsendelser i 2003 blev indgået af selskabet selv, men at en del af de tre kunders forsendelser de facto blev distribueret af en række selskaber, der – som datterselskaber eller associerede selskaber – var helt eller delvist ejet af Forbruger-Kontakt-koncernen.

Det fremgår af Skønsrapporten, at nævnte datterselskaber eller associerede selskaber modtog en betaling herfor, der ikke alene gav dækning for direkte omkostninger forbundet med distributionen, men i tillæg hertil gav dækning for indirekte/faste omkostninger samt en avance, jf. Skønsrapportens side 27, sidste afsnit.

Spørgsmålet kan på den baggrund rejses, om det påståede tab skal opgøres som (a) Forbruger-Kontakts tab eksklusive datterselskaber, (b) Forbruger-Kontakts tab inklusive 100 % ejede datterselskaber (ALFO), (c) Forbruger-Kontakts tab inklusive 100 % ejede datterselskaber og Forbruger-Kontakts andele af tab i øvrige distributionsenheder; dvs. tab justeret for fremmedaktionærers andele i datterselskaber, eller (d) Forbruger-Kontakts og datterselskabers/associerede selskabers samlede tab.

Forbruger-Kontakt har frem til fremlæggelsen af Processkrift IV af 21. oktober 2008 på intet tidspunkt gjort gældende, at tabet skal opgøres som alle distributionsenhedernes påståede tab uden justering for fremmedaktionærers andele i datterselskaber, jf. alternativ (d) ovenfor.

Med fremlæggelsen af Processkrift IV af 21. oktober 2008 valgte Forbruger-Kontakt imidlertid – i strid med samtlige tidligere tilkendegivelser – at gøre gældende, at opgørelsen af det påståede tab skal medtage det påståede tab lidt af fremmede aktionærer i datterselskaber/associerede selskaber, hvilket er en meget væsentlig årsag til forhøjelsen af påstanden, der fandt sted med indgivelsen af det nævnte Processkrift IV.

Post Danmark gør gældende, at Forbruger-Kontakt ikke er berettiget til at medtage det påståede tab lidt af fremmede aktionærer i datterselskaber/associerede selskaber, idet kravet på en erstatning relaterende sig til sådanne ejerandele først er blevet gjort gældende den 21. oktober 2008; dvs. tæt på fem år efter, at den påståede skadegørende handling fandt sted (COOP aftalen blev af Post Danmark offentliggjort den 22. oktober 2003, jf. sagens bilag J) og næsten tre år efter, at Forbruger-Kontakt første gang rejste et erstatningskrav over for Post Danmark, idet Forbruger-Kontakt i samtlige sine processkrifter op til den 21. oktober 2008 har ladet Post Danmark forstå, at kravet på erstatning skulle justeres/reduceres, således at et tab relaterende sig til de fremmede ejerandele ikke blev gjort gældende, idet Post Danmark som følge heraf har haft en berettiget – og beskyttelsesværdi – forventning om, at et eventuelt krav erstatning relaterende sig til sådanne fremmede ejerandele ikke ville blive gjort gældende, og idet et krav på sådan erstatning derfor må anses for opgivet og/eller fortabt ved passivitet.

Konsekvensen heraf er – isoleret betragtet – at det påståede tab skal reduceres fra DKK 109.045.000 til DKK 98.713.000; jf. Skønsrapportens side 91. Hertil kommer, at den måde Forbruger-Kontakt har opgjort justeringen for fremmede ejerandele, jf. bilag 8 og bilag 26,



er baseret på grove gennemsnitsbetragtninger, der skaber yderligere usikkerhed om tabets størrelse.

Hvis der i tillæg hertil tages højde for, at Forbruger-Kontakt ikke er berettiget til en erstatning for perioden efter 1. juni 2005, at opgørelsen af den mistede avance skal tage udgangspunkt i den faktiske udvikling af priserne på markedet, at de distribuerede mængder skal justeres for at tage højde for COOPs midtugeomdeling og væksten i SuperBests forsendelser, og at der skal tages højde for sparede indirekte omkostninger og en omkostningsopgørelse baseret på 2003 tal, jf. ovenfor, reduceres kravet til i alt maksimalt at kunne udgøre DKK 29.967.000 fratrukket ca. DKK 4.500.000; dvs. DKK 25.467.000, jf. Skønsrapportens side 79 sammenholdt med afsnittet om indirekte omkostninger ovenfor.

Post Danmark gør i tillæg hertil gældende, at kravet skal yderligere reduceres væsentligt under henvisning til, at kravet på DKK 25.467.000 er opgjort som Forbruger-Kontakts tab inklusive 100 % ejede datterselskaber og Forbruger-Kontakts andele af tab i øvrige distributionsenheder; dvs. tab justeret for fremmedaktionærers andele i datterselskaber, og at der gælder en formodning for, at en opgørelse af det påståede tab, der havde taget højde for de i Forbruger-kontakt koncernen anvendte interne afregningspriser ville have ført til en yderligere reduktion af det påståede tab.

Forbruger-Kontakt har imidlertid ved sin protest mod anden halvdel af spørgsmål 12 og spørgsmål 13-16 i udkastet til skønstema af 5. december 2008 bevirket, at det ikke er muligt beløbsmæssigt at estimere, hvor meget det påståede tab skal yderligere reduceres.

Post Danmark gør gældende, at den af Forbruger-Kontakt således udviste adfærd skal komme Forbruger-Kontakt bevismæssigt til skade, og at erstatningen under henvisning hertil skal yderligere reduceres.

### 2.3.3 TABSBEGRÆNSNINGSPLIGTEN/DÆKNINGSSALG

Det fremgår af Skønsrapportens side 27, at Forbruger-Kontakts samlede distribuerede mængder var større i 2005 end i 2003, hvorfor Forbruger-Kontakt har været i stand til mere end fuldt ud at kompensere for tabet af COOP, SuperBest og Spar.

Henset til, at Forbruger-Kontakt ikke har dokumenteret, at selskabet ville have haft kapacitet til – i tillæg til den nævnte betydelige vækst i mængderne – at distribuere COOP's, SuperBests og Spars mængder i 2004 og 2005, og at det fremgår af Skønsrapportens side 39 sammenholdt med Skønsrapportens side 91, at Forbruger-Kontakts nettoavance på nye kunder i 2004 og 2005 tilnærmelsesvis svarer til den påståede mistede nettoavance på COOP, SuperBest og Spar i 2004 og 2005, gør Post Danmark gældende, at allerede dette forhold indebærer, at hele Forbruger-Kontakts påståede tab er elimineret ved det gennemførte dækningssalg.

For det tilfælde, at Landsretten ikke måtte følge dette anbringende, gør Post Danmark subsidiært gældende, at det gennemførte dækningssalg/tabsbegrænsningspligten skal føre til en yderligere skønsmæssig reduktion af tabet i forhold til det i Post Danmarks støttebilag anførte.

## **Rettens begrundelse og resultat**

### **Ansvarsgrundlag m.v.**

Ved Østre Landsrets dom af 21. december 2007 i en sag anlagt af Post Danmark mod Konkurrencerådet tiltrådte retten konkurrencemyndighedernes afgørelse, hvorefter Post Danmark misbrugte sin dominerende stilling på markedet for distribution af adresseløse forsendelser i Danmark ved i 2003 og 2004 at anvende forskellige priser over for selskabets egne kunder og Forbruger-Kontakts tidligere kunder uden at kunne omkostningsbegrunde disse forskelle. På denne baggrund frifandt retten Konkurrencerådet for nogle påstande nedlagt af Post Danmark vedrørende konkurrencemyndighedernes afgørelse.

I dommen blev det nærmere fastslået, at Post Danmark i 2003 og 2004 indtog en dominerende stilling på det pågældende marked som følge af sin markedsandel, der i 2003 og årene forud udgjorde mellem 40 og 50 % opgjort efter omsætning, samt som følge af Post Danmarks helt særlige stilling på markedet med et landsdækkende distributionsnet, der i kraft af eneretten og befordringspligten vedrørende breve m.v. kan opretholdes uafhængigt af omdelingen af adresseløse forsendelser. Det blev endvidere fastslået, at Post Danmark i aftaler indgået i 2003 med Coop, SuperBest og Spar, som alle på daværende tidspunkt var kunder hos Forbruger-kontakt, fastsatte priser, som var selektivt lave i forhold til priserne for Post Danmarks øvrige kunder, herunder andre supermarkeds kæder, uden at dette kunne begrundes i omkostningsmæssige forhold. Retten bedømte som anført Post Danmarks handlinger som konkurrenceretligt misbrug og lagde herved vægt på, at Post Danmarks selektive prispolitik ikke kun skadede konkurrencen mellem supermarkeds kæder i indbyrdes konkurrence, men også var til skade for konkurrencen mellem Post Danmark og Forbruger-Kontakt, idet Post Danmark ved at anvende selektivt lave priser over for Forbruger-Kontakts kunder kunne opnå den dobbelte fordel, der bestod dels i at skade Forbruger-Kontakt, der ved tabet af en stor del af sin omsætning risikerede at blive ude af stand til at opretholde sit landsdækkende distributionsnet, dels i at Post Danmark kunne fortsætte med at opkræve højere priser af sine egne hidtidige kunder.

Ved bedømmelsen af, om der foreligger et erstatningsretligt ansvarsgrundlag for Post Danmark i forhold til Forbruger-Kontakts tab ved at miste kunderne Coop, Super-Best og Spar, finder retten at måtte lægge vægt på Post Danmarks konkurrenceretlige misbrug som fastslået ved den ovennævnte dom. Under hensyn til det i dommen anførte, og idet Post

Danmark ikke findes at have oplyst om særlige omstændigheder, der kan føre til et andet resultat, finder retten, at Post Danmark har handlet ansvarspådragende over for Forbruger-Kontakt.

Retten finder endvidere, at Forbruger-Kontakt i fornøden grad har godtgjort, at der er årsagssammenhæng mellem Post Danmarks misbrug og et økonomisk tab hos Forbruger-Kontakt, ligesom retten finder, at de øvrige betingelser for et erstatningsansvar er opfyldt.

### **Tabsopgørelsen**

Forbruger-Kontakt har haft en beskyttelsesværdig interesse i ikke at fremlægge konkurrencefølsomme oplysninger, og retten finder på denne baggrund de foretagne beregninger tilstrækkeligt dokumenteret ved syns- og skønserklæringen. Efter det oplyste har den kontakt, skønsmanden har haft med ansatte i Forbruger-Kontakt, været nødvendig for, at skønsmanden kunne udføre sin opgave, og de fremkomne oplysninger herom giver ikke anledning til nogen svækkelse af skønserklæringens bevisværdi. Opgørelsen af Forbruger-Kontakts tab skal derfor ske på grundlag af skønserklæringen.

### *Perioden*

Post Danmarks priser var fra den 1. juni 2005 i overensstemmelse med konkurrencereglerne, og Post Danmarks kunder har kunnet opsigte deres aftaler med virkning fra denne dato. Forbruger-Kontakts tab må derfor beregnes med udgangspunkt i perioden 1. januar 2004 til 31. maj 2005. Det må dog lægges til grund, at Forbruger-Kontakt også i perioden efter den 1. juni 2005 har lidt et tab som følge af Post Danmarks misbrug af sin dominerende stilling, idet det har været sværere for Forbruger-Kontakt at få de tabte kunder igen, end det havde været at beholde kunderne, hvis misbruget ikke havde fundet sted. Der må derfor for at tage højde herfor ske en skønsmæssig forhøjelse af det beregnede tab.

### *Fastsættelsen af pris i forbindelse med opgørelsen af mistet omsætning*

Selv hvis Post Danmark ikke havde anvendt selektivt lave priser, må det antages, at markedet i årene 2004 og 2005 havde været præget af en intensiveret priskonkurrence, hvilket også var tilfældet i årene efter 2005. Det kan således ikke lægges til grund, at

priserne i 2004 og 2005 var steget med 3 % årligt, hvis misbruget ikke havde fundet sted. Det kan heller ikke lægges til grund, at priserne havde udviklet sig i overensstemmelse med Danmarks Statistiks prisindeks for porto, idet de ydelser, der er omfattet af dette indeks, ikke er sammenlignelige med husstandsomdeling af adresseløse forsendelser. Landsretten finder imidlertid heller ikke, at den faktiske prisudvikling kan lægges til grund ved opgørelsen af tabet, idet priserne har været påvirket af Post Danmarks misbrug. Da priserne på langt sigt på et marked, hvor der er konkurrence, må antages at følge udviklingen i de underliggende omkostninger, må udviklingen i Forbruger-Kontakts omkostninger derfor lægges til grund ved opgørelsen af prisen for den mistede omsætning.

#### *De distribuerede mængder*

Efter det oplyste fik Coop distribueret ca. 75 mio. adresseløse forsendelser midt i ugen i 2005. Det må antages, at der blev distribueret et tilsvarende antal midt i ugen i 2004. Forbruger-Kontakts midtugedistribution dækkede ikke samtlige husstande, og Forbruger-Kontakt har ikke godtgjort, at selskabet i de pågældende år fuldt ud ville have kunnet opfylde Coop's behov for midtugedistribution. Den distribuerede mængde skal derfor for at tage højde herfor nedsættes skønsmæssigt.

I øvrigt lægger retten til grund efter det oplyste om Forbruger-Kontakts kapacitetsudvidelse som følge af de nye terminaler i Høje Taastrup og Tilst, og under hensyn til, at Forbruger-Kontakt fra 2007 igen varetog hele distributionen for Coop, og at Prima, der blev fusioneret med SuperBest, i forvejen var kunde hos Forbruger-Kontakt, at Forbruger-Kontakt havde tilstrækkelig kapacitet til at distribuere den samlede mængde for Coop, SuperBest og Spar i 2004 og 2005, samt de yderligere kunder, som Forbruger-Kontakt fik i perioden.

Det er derfor de mængder, der faktisk blev distribueret af Post Danmark i den pågældende periode, der skal lægges til grund for tabsopgørelsen, med fradrag af de 2.201.000 forsendelser til fritidshuse, som parterne er enige om, at Forbruger-Kontakt ikke kunne have distribueret, og med et skønsmæssigt fradrag som følge af Coops midtugedistribution.

### *Direkte omkostninger*

Da tabet skal opgøres for 2004 og 2005, er det også omkostningerne for disse år, der skal anvendes ved tabsopgørelsen. Den såkaldte "separatmetode", hvor produktionsomkostningerne opgøres for hver enkelt distributionsenhed, som beskrevet i skønsmandens besvarelse af spørgsmål 2, må antages at give den mest retvisende opgørelse af omkostningerne, og landsretten lægger derfor denne metode til grund ved tabsopgørelsen.

### *Indirekte omkostninger*

Skønsmanden har i besvarelsen af spørgsmål nr. 6 anført, at det er hans vurdering, at der forekommer indirekte omkostninger, der enten er sparet eller kunne være sparet som følge af tabet af de tre kunder. Det må således antages, at det har været muligt at opnå en besparelse på personale- og administrationsudgifter, men ikke på lokaleudgifter, jf. skønsmandens besvarelse. Efter det oplyste om størrelsen af udgifterne til personale, og det forhold, at personalet var funktionæransat, må det dog antages, at besparelsen ville være relativt lille. En mindre besparelse i de direkte omkostninger indgår således skønsmæssigt ved fastsættelsen af Forbruger-Kontakts tab.

### *"Datterenhedernes" tab*

En del af Forbruger-Kontakts distribution varetages af selskaber, som ikke er fuldt ejet af Søndagsavisen a-s. I Forbruger-Kontakts oprindelige tabsopgørelse er den del af tabet i de pågældende selskaber, der svarer til de fremmede ejerandele, fratrukket i tabet. Ved processkrift af 21. oktober 2008 har Forbruger-Kontakt yderligere nedlagt påstand om erstatning for den del af tabet, der svarer til de fremmede ejerandele, idet de fremmede ejere af selskaberne har meddelt Forbruger-Kontakt transport i deres krav mod Post Danmark. Det er ikke godtgjort, at de pågældende ejere har udvist en sådan passivitet, at deres krav mod Post Danmark er bortfaldet, og det forhold, at kravene er tiltransporteret Forbruger-Kontakt, kan ikke føre til andet resultat. Det fulde tab, der er lidt i de selskaber, der ikke er fuldt ejet af Forbruger-Kontakt, skal derfor indgå i tabsopgørelsen.

### *Konklusion*

På baggrund af ovenstående fastsættes det tab, som Post Danmark skal erstatte over for Forbruger-Kontakt, skønsmæssigt til 75 mio. kr. Den del af tabet, der vedrører de fremmede ejerandele i de ikke fuldt ejede selskaber, skal forrentes fra den 21. oktober 2008, mens det resterende beløb skal forrentes fra den 9. januar 2006. Den del af beløbet, der skal forrentes fra den 21. oktober 2008, må opgøres skønsmæssigt på grundlag af forholdet mellem Forbruger-Kontakts oprindelige påstand, og den påstandsførelse, der skete den 21. oktober 2008, således at 60 mio. kr. skal forrentes fra den 9. januar 2006 og 15 mio. kr. fra den 21. oktober 2008.

Ved fastsættelsen af det sagsomkostningsbeløb, som Post Danmark skal betale til Forbruger-Kontakt, lægger retten vægt på det beløb, som Forbruger-Kontakt tilkendes i erstatning. Retten lægger endvidere vægt på, at sagen, der er hovedforhandlet over 3 retsdage, har været igennem en omfattende og intensiv sagsforberedelse med adskillige forberedende retsmøder samt syn og skøn. Efter en samlet vurdering bestemmer retten, at Post Danmark skal betale 4 mio. kr. i sagsomkostninger til Forbruger-Kontakt. Beløbet omfatter Forbruger-Kontakts omkostninger til retsafgift med 150.000 kr. og til syn og skøn med 1.446.341,25 kr., medens resten er fastsat til dækning af Forbruger-Kontakts udgift til advokatbistand, herunder ekstrakt og materialesamling.

### **T h i k e n d e s f o r r e t :**

Post Danmark A/S skal inden 14 dage betale 75.000.000 kr. til Forbruger-Kontakt a-s med tillæg af procesrente fra den 9. januar 2006 af 60.000.000 kr. og af 15.000.000 kr. fra den 21. oktober 2008 til betaling sker.

Inden samme frist skal Post Danmark A/S i sagsomkostninger betale 4.000.000 kr. til Forbruger-Kontakt a-s.

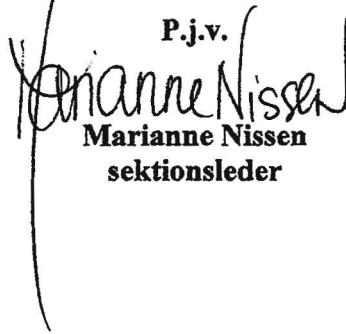
Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8a.

(Sign.)

— — —

Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsrets kontor, den 20. maj 2009

P.j.v.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Marianne Nissen'. The signature is written in a cursive style with a long vertical stroke extending downwards from the left side of the name.

**Marianne Nissen**  
sektionsleder

