

UDSKRIFT
AF
HØJESTERETS ANKE- OG KÆREMÅLSUDVALGS RETSBOG

Retsmøde den 27. april 2010 i

Sag 2/2008

Post Danmark A/S

(advokat Nicolai Westergaard)

mod

Konkurrencerådet

(advokat Per Magid)

Biintervenient Forbruger-Kontakt a-s

(advokat Peter Stig Jakobsen)

**Beslutning om forelæggelse af spørgsmål for EU-Domstolen i medfør af artikel 267 i
traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde.**

Efter forhandling med parterne har ankeudvalget (Jytte Scharling, Niels Grubbe og Thomas Rørdam) i henhold til artikel 267 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde besluttet at anmode EU-Domstolen om en præjudiciel afgørelse om fortolkningen af EF-traktatens artikel 82 (nu artikel 102 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde).

A. Sagens omstændigheder

1. Sagen drejer sig om, hvorvidt Post Danmark A/S har misbrugt en dominerende stilling på markedet for distribution af adresseløse forsendelser i Danmark i strid med EF-traktatens artikel 82 og den tilsvarende bestemmelse i den danske konkurrencelovs § 11.
2. Hovedspørgsmålet er, om Post Danmark har udøvet et ekskluderende misbrug ved til skade for konkurrenten, Forbruger-Kontakt a-s, at have anvendt selektivt lave priser i forbindelse med indgåelsen af kundefaftaler med tre af Forbruger-Kontakts tidligere kunder.

3. Post Danmark og Forbruger-Kontakt er de to vigtigste virksomheder på det danske marked for distribution af adresseløse forsendelser. Ved adresseløse forsendelser forstås reklamer, telefonbøger, vejvisere, lokal- og regionalaviser m.v., som ikke er påført en adresse, og som distribueres til alle husstande i en given modtagerkategori inden for på forhånd aftalte tidsintervaller. Markedet for distribution af adresseløse forsendelser er fuldt ud liberaliseret i Danmark og er ikke omfattet af den postsektorretlige lovgivning.

4. Post Danmark har eneret og befordringspligt vedrørende omdeling af adresserede breve og pakker inden for nærmere fastlagte vægtgrænser. Selskabet har som følge af befordringspligten et landsdækkende distributionsapparat, der tillige benyttes til distribution af adresseløse forsendelser.

5. Forbruger-Kontakt, der er en division i Søndagsavisen a-s, beskæftiger sig hovedsageligt med distribution af adresseløse forsendelser. Forbruger-Kontakt havde i den for sagen relevante periode oparbejdet et tilnærmelsesvist landsdækkende distributionsnet gennem opkøb af mindre distributører.

6. Post Danmarks og Forbruger-Kontakts markedsandele på markedet for distribution af adresseløse forsendelser kan i den for sagen relevante periode opgøres som følger:

Markedsandele opgjort efter værdi (omsætning), i procent

	2001	2002	2003	2004
Post Danmark	47	47	44	55
Forbruger-Kontakt	15-25	25-35	35-45	25-35

Markedsandele opgjort efter mængde (stk.), i procent

	2001	2002	2003	2004
Post Danmark	37	34	33	48
Forbruger-Kontakt	?	?	?	?

7. Konkurrencerådet har oplyst, at konkurrencemyndighederne ved bedømmelse af Post Danmarks markedsposition foretog en helhedsvurdering, hvori indgik Post Danmarks betydelige markedsandel efter omsætning og særstilling på markedet med et landsdækkende distributionsnet, som også kunne anvendes til distribution af adresseløse forsendelser, og som i kraft af eneretten og befordringspligten vedrørende breve m.v. kunne opretholdes uafhængigt af omdelingen af adresseløse forsendelser. Der blev lagt vægt på markedsandele opgjort efter omsætning, da man fandt, at de bedst beskriver markedsstyrken, når de relevante produkter (distributionssystemer) ikke er fuldt sammenlignelige mht. service og kvalitet. Konkurrencerådet har ikke fremlagt andre oplysninger om Forbruger-Kontakts markedsandel end dem, der fremgår af tabellen.

8. Forbruger-Kontakt havde som vigtige kunder på det relevante marked indtil 2004 supermarkedskæderne SuperBest, Spar og Coop.

9. Ved aftaler indgået i efteråret 2003 fik Post Danmark med virkning fra primo 2004 overdraget distributionen af de tre supermarkedskæders adresseløse forsendelser.

10. Post Danmarks aftale med Coop repræsenterede en mængde på ca. 400 mio. stk. adresseløse forsendelser årligt. Til sammenligning repræsenterede Post Danmarks største kunde forud for aftalen med Coop en mængde på ca. 130 mio. stk. adresseløse forsendelser årligt.

11. Aftalen med Coop omfattede fem kæder under Coop (Irma, Kvickly, Super-Brugsen, Merlin og Fakta), og Coop skulle derfor have omdelt op til fem forsendelser til hver husstand. Ingen af Post Danmarks hidtidige kunder skulle have omdelt mere end én forsendelse pr. husstand.

12. Omdelingen med op til fem forsendelser pr. husstand gav ifølge Post Danmark en særlig god "drop-økonomi", fordi der kun er marginalt flere omkostninger forbundet med, at postbuddet afleverer fem forsendelser i stedet for én forsendelse ved en husstand. Det er Konkurrencerådets opfattelse, at dette er uden relevans for bedømmelsen af den omkostningsmæssige begrundelse for prisfastsættelsen overfor Coop, da kriteriet "drop-økonomi" ikke indgik som et generelt element i Post Danmarks pris- og rabatsystem, og da de marginalt faldende om-

kostninger ved at aflevere flere forsendelser til én husstand ikke er afhængig af, at forsendelserne kommer fra samme kunde.

13. Post Danmarks tilbud til Coop var lavere end den pris, der blev tilbudt Post Danmarks øvrige kunder (ca. 10-15 øre lavere pr. stk. end gennemsnitsprisen tilbudt postvirksomhedens kunder med en mængde på over 30 mio. stk. årligt), og Coop fik en større rabat i forhold til listeprisen end de øvrige kunder.

14. Post Danmarks omkostninger ved distribution af adresseløse forsendelser faldt med 13 øre pr. forsendelse fra 2003 til 2004, og postvirksomheden har anført, at den primære årsag hertil var den forbedrede "drop-økonomi" forbundet med distributionen af Coops fem forsendelser pr. husstand.

15. Aftalen med Coop var Post Danmarks første aftale om distribution af adresseløse forsendelser fredag/lørdag. Forbruger-Kontakt havde modsat en række sådanne aftaler.

16. Coop førte forud for indgåelsen af aftalen med Post Danmark forhandlinger med såvel Post Danmark som Forbruger-Kontakt. De to pristilbud var på tilnærmelsesvis samme niveau, idet Post Danmark pristilbud dog var marginalt lavere.

17. Post Danmarks pris til Coop gav ikke dækning for postvirksomhedens gennemsnitlige samlede omkostninger, men gav dækning for virksomhedens gennemsnitlige inkrementelle omkostninger.

B. Sagens hidtidige forløb

18. Konkurrenceankenævnet stadfæstede ved kendelse af 1. juli 2005 Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004, hvorved rådet fastslog, at Post Danmark har misbrugt en dominerende stilling på markedet for adresseløse forsendelser ved at anvende loyalitetsskabende målrabatter og stille kunder i samme situation forskelligt for så vidt angår priser og rabatter ("secondary-line diskrimination") samt ved at anvende forskellige priser over for selskabets egne kunder og Forbruger-Kontakts tidligere kunder uden at kunne omkostningsbegrunde de betydelige pris- og rabatforskelle ("primary-line diskrimination"). Konkurrenceankenævnet stadfæstede ved kendelsen endvidere Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2004, hvorved rådet konkluderede, at der ikke kan påvises elimineringshensigt fra Post Danmarks

side og derefter fastslog, at Post Danmark ikke har misbrugt sin dominerende stilling på markedets for adresseløse forsendelser ved at anvende urimeligt lave priser ("predatory pricing").

19. Konkurrencerådets og Konkurrenceankenævnets afgørelser vedrørende misbrug i form af urimeligt lave priser blev indbragt for Østre Landsret af Forbruger-Kontakt, der imidlertid hævede sagen inden hovedforhandlingen. Konkurrencerådets og Konkurrenceankenævnets afgørelser er derfor på dette punkt endelige.

20. Konkurrencerådets og Konkurrenceankenævnets afgørelser vedrørende misbrug i form prisdiskrimination er ikke indbragt for domstolene og er derfor også endelige.

21. Konkurrencerådets og Konkurrenceankenævnets afgørelser om misbrug i form af selektivt lave priser blev af Post Danmark indbragt for Østre Landsret, der den 21. december 2007 afsagde dom i sagen.

22. Der var enighed mellem parterne om, at det konkurrenceretligt relevante marked kunne afgrænses til markedet for distribution af adresseløse forsendelser.

23. Østre Landsret fandt, at Post Danmark indtog en dominerende stilling på dette marked som følge af postvirksomhedens markedsandele målt efter omsætning og postvirksomhedens særlige stilling på markedet med et landsdækkende distributionsnet, som i kraft af eneretten og befordringspligten vedrørende breve m.v. kunne opretholdes uafhængig af omdelingen af adresseløse forsendelser. Østre Landsret fandt derimod, at Post Danmarks eneste væsentlige konkurrent, Forbruger-Kontakt, var afhængig af omdeling af adresseløse forsendelser for at kunne opretholde sit distributionsnet.

24. Østre Landsret fandt endvidere, at der var anvendt selektivt lave priser over for supermarkedskæderne SuperBest, Spar og Coop i forhold til priserne for Post Danmarks øvrige kunder. For så vidt angår Coop fandt landsretten, at Post Danmark ikke havde godtgjort, at forskellen mellem Coops pris og prisen for de øvrige kunder var begrundet i omkostningsmæssige forhold. Landsretten lagde herved navnlig vægt på, at kriteriet dropøkonomi ikke indgik direkte ved prisfastsættelsen i henhold til Post Danmarks listepreiser, og at Post Danmark ikke kunne begrunde, at 5 tryksager, der skal distribueres for Coop, giver væsentligt lavere omkostninger end 5 tryksager, der skal distribueres for 5 forskellige supermarkedskæder.

25. Østre Landsret fastslog herefter, at Post Danmark havde udøvet et ekskluderende misbrug i forbindelse med overtagelsen af de tre tidligere kunder hos Forbruger-Kontakt, jf. EF-traktatens artikel 82 og den tilsvarende bestemmelse i konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. § 11, stk. 3, nr. 3, med følgende begrundelse:

”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 i punkt 15 i Konkurrencerådets afgørelse, der ikke er indbragt for landsretten. Post Danmarks selektive prispolitik er 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 tidligere 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 væsentligste 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 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.”

26. Dommen blev af Post Danmark indbragt for Højesteret ved ankestævning af 8. februar 2008.

27. Under ankesagens behandling har Post Danmark fremsat begæring om præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen.

C. Post Danmarks synspunkter

28. Prisen til Coop gav ikke dækning for de gennemsnitlige samlede omkostninger, men gav dækning for de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger.

29. En følge heraf er, at prisen til Coop efter AKZO-testen, som modificeret ved EU-kommis-sionens afgørelse i Deutsche Post-sagen, alene kan betragtes som et misbrug i form af preda-tory pricing, såfremt elimineringshensigt kan påvises. Da elimineringshensigt ikke kan påvi-ses, har Post Danmark ikke har udøvet et misbrug efter AKZO-testen.

30. Spørgsmålet er dog derudover, om prisen til trods herfor kan betragtes som et eksklude-rende misbrug i form af selektivt lave priser. Dette spørgsmål skal besvares benægtende. Der ses ikke at være reale grunde til at anlægge en sådan fortolkning, da EF-domstolens dom i AKZO-sagen fastlagde, under hvilke betingelser selektivt lave priser "below cost" skal be-tragtes som et misbrug. Der var i AKZO-sagen således blandt andet tale om, at AKZO ned-satte priserne til under omkostningerne, hvor dette blev skønnet nødvendigt for at ekskludere en konkurrent fra markedet, jf. eksempelvis dommens præmis 9 og 112-115, og at AKZO nedsatte priserne i forhold til eksisterende kunder, hvorfor prisstrategien var såvel "diskrimi-nerende" som "sektiv".

31. EF-domstolens domme i AKZO-sagen og i sagerne C-395/96P og C-396/96P, Compagnie Maritime Belge, har fokus på et og samme konkurrenceretlige problem, nemlig en domine-rende virksomheds fortrængning af mindre konkurrenter via en aggressiv prisstrategi, idet AKZO-sagen dog primært beskæftiger sig med selektivt lave priser "below cost" – og priser "below cost" i øvrigt – mens Compagnie Maritime Belge-sagen beskæftiger sig med selektivt lave priser "above cost".

32. Det vil på denne baggrund betyde et afgørende brud med hidtidig fast praksis at introdu-cere en ny – supplerende – "test" for selektivt lave priser "below cost" ved siden af AKZO-testen. Al foreliggende teori, jf. eksempelvis EU-Kommissionens Generaldirektorat for Kon-kurrence, Phillip Lowes foredrag på ABA 2003 Fall Meeting og Robert O'Donoghue og A. Jorge Padilla, The Law and Economics of Article 82 EC, 2006, side 274-278, understøtter utvetydigt, at den med støtte i Compagnie Maritime Belge-sagen udviklede lære om selektivt lave priser er tænkt som et supplement til AKZO-testen, der kan gøre det muligt under "ex-ceptional circumstances" at gribe ind over for selektivt lave priser "above cost".

D. Konkurrencerådets synspunkter

33. Konkurrencerådet bestrider Post Danmarks retsopfattelse vedrørende betydningen af eli-mineringshensigt.

34. Det følger af EF-domstolens praksis, at spørgsmålet om misbrug af en dominerende stilling, herunder misbrug i form af selektive priser, må afgøres ved en konkret bedømmelse af særlige forhold i den enkelte sag. Konkurrencemyndighederne og Østre Landsret foretog i overensstemmelse hermed en konkret vurdering af Post Danmarks prissætning i lyset af sagens særlige omstændigheder, blandt andet det forhold, at prissætningen 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.

35. Elimineringshensigt kan være en af de omstændigheder, der kan indgå i den samlede konkrete vurdering, men er ikke et krav, der ubetinget skal være opfyldt for, at selektive priser, der ligger under de gennemsnitlige samlede omkostninger, men over de inkrementelle omkostninger, kan udgøre et misbrug.

36. Urimeligt lave priser (predatory pricing) og selektivt lave priser (primary-line prisdiskrimination) er forskellige misbrugsformer, der er undergivet forskellige betingelser, idet spørgsmålet ved urimeligt lave priser er, om prisen i sig selv udgør et misbrug, mens spørgsmålet ved selektivt lave priser er, om der foreligger urimelige pris- og rabatforskelle mellem kunderne, se i denne retning bl.a. Retten i 1. instans' dom af 10. april 2008 i sag T271/03, Deutsche Telekom, præmis 167-168.

37. Post Danmark har ikke påvist noget eksempel fra praksis, hvor der ved bedømmelsen af selektive priser (eller prisdiskrimination i øvrigt) er taget udgangspunkt i, om priserne ligger under eller over den dominerende virksomheds variable eller samlede omkostninger, eller hvor fravær af elimineringshensigt er blevet anvendt som grundlag for en konstatering af, at selektive priser (eller prisdiskrimination i øvrigt) ikke udgør eller kan udgøre misbrug.

38. Retten i 1. instans' dom i sag T-30/89, Hilti, og EF-Domstolens dom i Compagnie Maritime Belge-sagen støtter, at elimineringshensigt ikke kan tillægges den af Post Danmark hævdede afgørende betydning ved bedømmelsen af misbrug i form af selektivt lave priser.

39. Anvendelse af selektivt lave priser i en situation som den foreliggende giver den dominerende virksomhed en dobbelt fordel, nemlig dels at skade sin eneste væsentlige konkurrent,

der ved tabet af en stor del af sin omsætning risikerer at blive ude af stand til at opretholde sit landsdækkende distributionsnet, hvilket er egnet til at ekskludere konkurrenten fra markedet, og dels at den dominerende virksomhed kan fortsætte med at opkræve højere priser fra sine egne tidligere kunder. De skadelige virkninger forøges jo lavere de selektive priser er.

40. Konkurrencerådet bestrider i øvrigt Post Danmarks argument hentet fra litteraturen.

E. Forbruger-Kontakts synspunkter

41. Forbruger-Kontakt støtter Konkurrencerådets synspunkter og har supplerende anført, at misbrugsbegrebet efter fast praksis er defineret som et objektive begreb, der omfatter en af en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af erhvervsdrivendes ydelser.

42. De i konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens artikel 82 oplyste misbrugsformer er ikke udtømmende.

43. Afgørende ved vurderingen af selektivt lave priser er, om der foreligger ikke-omkostningsbegrundede pris- og rabatforskelle mellem kunderne, som er eget til at skade den dominerende virksomheds konkurrenter.

F. Spørgsmål

44. Højesteret har besluttet, at følgende spørgsmål skal forelægges EU-domstolen i henhold til artikel 267 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde:

1. 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?

2. Såfremt spørgsmål 1 besvares med, at en selektiv prisnedsættelse under de i spørgsmål 1 givne forudsætninger under visse omstændigheder kan udgøre et ekskluderende misbrug, hvilke omstændigheder skal den nationale domstol da tage i betragtning?

Sagen udsat på præjudiciel afgørelse fra EU-Domstolen.

--oo0oo--

Udskriftens rigtighed bekræftes.

Højesteret, den 27. april 2010.


Tina Halberg
kontorleder