

2005-07-01: Post Danmark og Forbruger-Kontakt a-s mod Konkurrencerådet (Stadfæstet)

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den. 1. juli 2005 i sagerne:

2004-0000995

Post Danmark A/S
(advokat Søren Zinck)

mod

Konkurrencerådet
(fuldmægtig Frederik André Bork)

Biintervenient til støtte for Konkurrencerådet:
Forbruger-Kontakt a-s
(advokat Peter Stig Jakobsen)

og

2004-0001248

Forbruger-Kontakt a-s
(advokat Peter Stig Jakobsen)

mod

Konkurrencerådet
(fuldmægtig Frederik André Bork)

Biintervenient til støtte for Konkurrencerådet:
Post Danmark A/S
(advokat Søren Zinck)

1. De påklagede afgørelser

1.1 Sagerne vedrører spørgsmål om, hvorvidt Post Danmark A/S har misbrugt en dominerende stilling ved at anvende diskriminerende og loyalitetsskabende priser og rabatter, eller ved at anvende urimeligt lave priser ("predatory pricing").

1.2 På et rådsmøde den 29. september 2004 traf Konkurrencerådet følgende afgørelse:

"13. Det meddeles Post Danmark A/S, at selskabet misbruger sin dominerende stilling på markedet for 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 de meget betydelige pris- og rabatforskelle imellem kunderne, jf. artikel 82, stk. 1, litra c og konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. § 11, stk. 3, nr. 3.

14. Videre meddeles det Post Danmark A/S, at selskabet har misbrugt sin dominerende stilling på markedet for adresseløse forsendelser i Danmark ved i aftalerne for 2003 med [...] at anvende loyalitetsskabende målrabatter, jf. artikel 82, stk. 1, jf. artikel 82, stk. 1, litra c og konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. § 11, stk. 3, nr. 3.

15. Endvidere meddeles det Post Danmark A/S, at selskabet misbruger sin dominerende stilling på markedet for adresseløse forsendelser i Danmark ved i 2003 og 2004 at stille kunder i samme situation forskelligt for så vidt angår priser og rabatter, jf. konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. § 11, stk. 3, nr. 3.

16. Det meddeles Post Danmark A/S, at Konkurrencerådet i medfør af konkurrencelovens § 23 a og § 11, stk. 4, påbyder Post Danmark A/S, at:

- ændre selskabets priser og rabatter, så selskabet ikke anvender priser/rabatter overfor kunder med loyalitetsskabende og ekskluderende effekt
- ændre selskabets priser og rabatter, så selskabet ikke anvender priser/rabatter, der stiller kunder i samme situation forskelligt

17. Påbudet vedrørende Post Danmarks priser og rabatter skal efterkommes med virkning fra 1. januar 2005.

18. Det meddeles Post Danmark, at spørgsmålet, om hvorvidt Post Danmark har foretaget predatory pricing forudsætter en mere dybtgående analyse og kvalitetssikring af Post Danmarks omkostningsberegninger. På den baggrund udsættes behandlingen af dette spørgsmål. Spørgsmålet forventes forelagt som en selvstændig sag for Konkurrencerådet snarest."

Spørgsmålet om Post Danmark havde foretaget predatory pricing blev behandlet på Konkurrencerådets møde den 24. november 2004, hvor Konkurrencerådet traf følgende afgørelse:

"22. Post Danmark har ikke misbrugt sin dominerende stilling på markedet for adresseløse forsendelser i Danmark, jf. artikel 82, stk. 1, litra a, og konkurrencelovens § 11, stk. 1, for så vidt angår klagen over urimeligt lave priser set i forhold til Post Danmarks omkostninger ved at udbyde ydelsen adresseløse forsendelser på basis af de foreliggende oplysninger for 2003 og 1. halvår af 2004."

2. Parternes påstande

2.1 Konkurrenceankenævnets sag nr. 2004-0000995 – rådets afgørelse af 29. september 2004

Post Danmark har nedlagt følgende påstande:

Principalt: Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004 ophæves for så vidt angår delafgørelserne om, at Post Danmark har misbrugt en dominerende stilling på markedet for distribution af adresseløse forsendelser og lokal- og regionalaviser i Danmark i strid med konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens artikel 82, jf. afgørelsens punkt 13,14 og 15, og det hermed forbundne påbud i afgørelsens punkt 16, jf. punkt 17.

Subsidiært: Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004 hjemvises til fornyet behandling i Konkurrencerådet for så vidt angår de under den principale påstand nævnte delafgørelser.

Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse af rådets afgørelse af 29. september 2004.

Forbruger-Kontakt er indtrådt som biintervenient til støtte for Konkurrencerådet.

2.2 Konkurrenceankenævnets sag nr. 2004-001248 – rådets afgørelse af 24. november 2004

Forbruger-Kontakt har nedlagt følgende påstande:

Principalt: Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2004 ophæves, og Konkurrenceankenævnet skal fastslå, at Post Danmark i 2003 har misbrugt sin dominerende stilling på markedet for distribution af adresseløse tryksager og lokal- og regionalaviser i Danmark ved anvendelse af urimeligt lave priser (predatory pricing) set i forhold til Post Danmarks omkostninger ved at udbyde distribution af adresseløse tryksager og lokal- og regionalaviser, og Konkurrenceankenævnet skal hjemvise sagen om, at Post Danmark i 2004 har misbrugt sin dominerende stilling på markedet for distribution af adresseløse tryksager og lokal- og regionalaviser i Danmark ved fastsættelse af urimeligt lave priser set i forhold til Post Danmarks omkostninger ved at udbyde distribution af adresseløse tryksager og lokal- og regionalaviser til Konkurrencerådet for fortsat behandling.

Subsidiært: Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2004 ophæves, og sagen hjemvises til Konkurrencerådet for fortsat behandling.

Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse af rådets afgørelse af 24. november 2004.

Post Danmark er indtrådt som biintervenient til støtte for Konkurrencerådet.

3. Sagens baggrund

3.1 I det til grund for afgørelsen af 29. september 2004 liggende notat hedder det om baggrunden for sagen bl.a.:

”Sagsfremstilling

Indledning

22. Forbruger-Kontakt distribuerer adresseløse forsendelser i form af reklamer og lokalaviser i konkurrence navnlig med Post Danmark. I 2. halvår 2003 har Forbruger-Kontakt med virkning fra primo 2004 mistet 3 betydelige kunder til Post Danmark. Det drejer sig om de store detailkæder COOP, SuperBest og Spar, der tegner sig for rundt regnet [...] pct. af den samlede omsætning ved omdeling af adresseløse forsendelser i Danmark, eller [...] pct. af den totale mængde i 2002. Forbruger-Kontakt har i den forbindelse klaget til Konkurrencestyrelsen over Post Danmarks adfærd, der ifølge Forbruger-Kontakt udgør et misbrug af Post Danmarks dominerende stilling, jf. forbudet i konkurrencelovens § 11.

23. Distribution af adresseløse forsendelser er ikke omfattet af Post Danmarks eneret eller befordringspligt for en række forskellige forsendelser. Post Danmark tilbyder derfor distribution af adresseløse forsendelser i konkurrence med private distributionselskaber som Forbruger-Kontakt.

24. Forbruger-Kontakt klager med henvisning til forbudet i konkurrencelovens § 11 over, at Post Danmark misbruger sin dominerende stilling på markedet for distribution af adresseløse forsendelser. Klagen omfatter følgende 4 forhold:

- diskriminerende og loyalitetsskabende priser og rabatter
- urimeligt lave priser ("predatory pricing")
- aftaler med urimelig lang løbetid, og
- krydssubsidiering med konkurrenceforvridning til følge og ulovlig statsstøtte, jf. konkurrencelovens § 11, nr. 1 og § 11 a.

25. Forbruger-Kontakt klager først og fremmest over, at Post Danmark misbruger sin dominerende stilling ved at anvende urimeligt lave priser med det formål at drive Forbruger-Kontakt ud af markedet. I den forbindelse anfører Forbruger-Kontakt, at Post Danmark i sine kontrakter med storkunder som COOP, SuperBest, Netto, Jysk Sengetøj og Spar opererer med priser, som er lavere end hhv. Post Danmarks gennemsnitlige totale omkostninger og gennemsnitlige variable omkostninger samt de ydelsesspecifikke meromkostninger.

26. Hertil kommer ifølge Forbruger-Kontakt, at Post Danmark også udøver misbrug af dets dominerende stilling ved at anvende reelt ekskluderende aftaler med en løbetid på op til mellem [...] år med store kunder. Forbruger-Kontakt peger på, at Post Danmark yder betydelige rabatter til sine storkunder, hvilket kombineret med de facto ekskluderende aftaler skaber en urimelig indlåsnings-effekt på markedet. Desuden mener Forbruger-Kontakt, at de af Post Danmark tildelte rabatter ikke er begrundet i omkostningsbesparelser ved salg af store mængder, men at de udgør troskabsrabatter, der har en indlåsnings-effekt på markedet og virker diskriminerende over for kunderne.

...

Høring

28. Udkast til Konkurrencestyrelsens afgørelse har, jf. konkurrencelovens § 15 a, været i høring hos sagens parter, Post Danmark og Forbruger-Kontakt. Sagen har været i høring to gange.

Hovedpunkterne i høringssvarene er gengivet her og er indarbejdet og kommenteret under de relevante punkter i notatet. ...

29. Høringen har endvidere vist, at problemstillingen om predatory pricing er kompliceret og forudsætter en mere dybtgående analyse og kvalitetssikring af Post Danmarks omkostningsberegninger. På den baggrund udsættes behandlingen af dette spørgsmål, og spørgsmålet forventes forelagt som en selvstændig sag for Konkurrencerådet snarest. ...

30. Det bemærkes, at Forbruger-Kontakt har søgt om løbende aktindsigt i sagen. Konkurrencestyrelsen fandt, at Forbruger-Kontakt var part i sagen og har imødekommet selskabets anmodning om aktindsigt, men styrelsen har dog i forbindelse med visse dokumenter udeladt specifikke oplysninger om Post Danmarks forretningsforhold.

31. Forbruger-Kontakt har imidlertid i december 2003 og senere anket Konkurrencestyrelsens afgørelser om aktindsigt til Konkurrenceankenævnet med det formål at få udleveret flere oplysninger end indeholdt i det materiale, som styrelsen vurderede, at Forbruger-Kontakt som part kunne få udleveret. Den 12. august 2004 stadfæstede Konkurrenceankenævnet imidlertid alle styrelsens afgørelser vedrørende aktindsigt.

Post Danmarks høringssvar af 28. maj og 10. september 2004

32. Post Danmark er med henvisning til selskabets markedsandele baseret på mængde uenig i, at styrelsen ud fra dominanstesten i denne sag kan konkludere, at Post Danmark har indtaget eller indtager en dominerende stilling i den undersøgte periode...

33. Endvidere er Post Danmark uenig i, at selskabet har overtrådt forbudet i EF-traktatens artikel 82 og konkurrencelovens § 11 ved at 1) favorisere Forbruger-Kontakts tidligere kunder, 2) anvende målrabatter og 3) diskriminere mellem konkurrerende kunder i form af secondary-line prisdiskrimination.

34. For så vidt angår påstanden om målrabatter i seks specifikke kundefaftaler, anfører Post Danmark, at 1) selskabet ikke indtog en dominerende stilling i 2003, og 2) at fem af de seks kundefaftaler er udløbet ved udgangen af 2003, mens den sidste aftale er forlænget for 2004, men vil blive opsagt, såfremt Konkurrencerådet når frem til, at Post Danmark indtager en dominerende stilling.

35. For så vidt angår de faktuelle forhold, har Post Danmark fremført, at markedet for distribution af adresseløse forsendelser er præget af intensiv konkurrence mellem Post Danmark og Forbruger-Kontakt. Endvidere er Post Danmark af den opfattelse, at aftaleforhandlinger foregår under licitationslignende forhold, hvorunder kunder sideløbende indhenter tilbud fra konkurrerende distributører.

36. Endvidere lægger Post Danmark vægt på de af selskabet forelagte 7 omkostningsdeterminanter og fremhæver, at supermarkeder udgør et særskilt kundesegment. Endelig fremhæver Post Danmark, at selskabets lave pris til COOP er begrundet i en markant bedre "drop-økonomi", som har haft udslagsgivende betydning for Post Danmarks aftale med COOP. Ifølge Post Danmark betyder COOP's ordre, at der vil kunne omdeles [...] forsendelser mere pr. aflevering.

37. Selskabet sammenligner endvidere hhv. Post Danmarks og Forbruger-Kontakts priser til Spar, SuperBest og COOP med påstand om, at disse kunder valgte Post Danmark som leverandør, fordi selskabet på trods af højere priser kunne levere en bedre service (herunder leveringssikkerhed).

38. Endelig understreger Post Danmark, at selskabets 2004-nettopriser for COOP, SuperBest og Spar bør sammenlignes med Post Danmarks 2004 priser til selskabets øvrige kunder, og at rabatterne ikke er relevante. Post Danmark mener ikke, at en sammenligning baseret på 2004-priserne udviser samme mønster som for 2003.

39. For så vidt angår den juridiske analyse lægger Post Danmark vægt på, at EU-Kommissionen har gennemført en reform af EF-traktatens artikel 81, der baserer sig på en effektbaseret vurdering, og at Kommissionen p.t. revurderer sagsbehandling i relation til artikel 82 på samme måde. Selskabet henviser til, at en effektbaseret analyse ikke giver belæg for et per se forbud mod dominerende virksomheders selektive prisnedsættelser mod konkurrentens kunder.

40. Post Danmark fortolker EU praksis ud fra en effektbaseret analyse og konkluderer, at der skal relativt meget til, før at selektive prisnedsættelser overfor konkurrentens kunder kan anses for at være i strid med misbruget af dominerende stilling. Post Danmark er af den opfattelse, at det kun er tilfældet, hvis: 1) der er tale om en superdominerende virksomhed, 2) selektive nedsættelser er kombineret med loyalitetsskabende/markedsafskærmende aftaler, og 3) der er bevis på ”predatory intent” /elimeringshensigt.

41. For så vidt angår ”secondary-line” prisdiskrimination anfører Post Danmark endvidere, at der kun foreligger relativt lidt praksis om secondary-line prisdiskrimination. Post Danmark anfører bl.a. at det må være lovligt at anvende grove, håndterbare objektive kriterier, uden skelen til et ønske om særligt at favorisere visse kunder. Ifølge selskabet gælder der for så vidt angår secondary-line prisdiskrimination ikke noget snævert krav om, at rabatter skal omkostningsmæssigt justificeres. Endelig gælder ifølge Post Danmark et mærkbarhedskrav, så der i nærværende sag alene kan være tale om diskriminerende priser, hvis de forskellige priser medfører et mærkbart konkurrencemæssigt handicap for nogle af kunderne, samt at kunderne ikke har mulighed for at handle med en konkurrerende distributør.

42. Sammenfattende er det Post Danmarks opfattelse, at der i det notat, som Post Danmark har haft i høring, ikke er støtte for, at Post Danmarks prissætning har karakter af primary-line prisdiskrimination. Endvidere er det Post Danmarks opfattelse, at Post Danmarks nettopriser ikke er udtryk for en ulovlig secondary-line prisdiskrimination.

Forbruger-Kontakts høringsvar af 1. juni 2004

43 Forbruger-Kontakt er enig i, at Post Danmark er dominerende på det relevante marked, og at dominansen bør vurderes ud fra Post Danmarks markedsandel baseret på omsætning.

44. Forbruger-Kontakt er endvidere enig i, at Post Danmarks rabatgivning er såvel ekskluderende som diskriminerende. Ifølge Forbruger-Kontakt virker de ikke-omkostningsbegrundede rabatter som troskabsrabatter, der har ekskluderende effekt i forhold til Forbruger-Kontakt, når Post Danmark overtager Forbruger-Kontakts tidligere kunder.

45. Med henvisning til EU-praksis er Forbruger-Kontakts konklusion, at Post Danmarks prisadfærd udgør misbrug af en dominerende stilling i form af både primary-line og secondary-line prisdiskrimination. Forbruger-Kontakt understreger endvidere, og at det er vigtigt at sikre, at Post Danmark skal omkostningsbegrunde sine rabatter for hele markedet, dvs. for alle kunder og ikke kun indenfor fastsatte kundekategorier. Forbruger-Kontakt foreslår, at dette præciseres i påbuddet.

...

47. Sammenfattende er det således Forbruger-Kontakts opfattelse, at Post Danmarks misbrug udgør en overtrædelse af konkurrenceloven, der i betydeligt omfang har påvirket konkurrencen negativt til stor skade for Forbruger-Kontakt.

Virksomhederne

48. Forbruger-Kontakt A/S er navnet på den division i Søndagsavisen A/S, som hovedsagelig udfører distributionsopgaverne for koncernen i Danmark enten ved gennemdeling eller ved omdeling via samejede selskaber.

49. De primære forretningsområder for Søndagsavisen er udgivelse af annoncefinansierede husstandsomdelte aviser (fx den regionale avis Søndagsavisen), distribution af adresseløse tryksager, aviser mv. og internettjenester (fx Ofir). Søndagsavisen havde i 2002 en omsætning på 602,5 mio. kr.

50. Forbruger-Kontakt distribuerer aviser, tryksager, kataloger, vareprøver o. lign. til de danske husstande og udvikler selv distributionskoncepter og IT-systemer for Søndagsavisens distributionsselskaber. Forbruger-Kontakt havde i 2002 en omsætning på [...] mio. kr. fra distribution af adresseløse forsendelser inkl. gratisaviser. Forbruger-Kontakt udfører endvidere i begrænset omfang adresseret distribution, dvs. distribution til udvalgte adresser. I 2002 etablerede Søndagsavisen A/S sammen med Berlingske Lokalaviser A/S et joint venture-selskab (Dansk Distributions Center A/S) til distribution af bl.a. adresseløse forsendelser og husstandsomdelte gratisaviser. Konkurrencerådet godkendte den 24. april 2002 denne fusion [Note: jf. Konkurrencerådets afgørelse ”Vedrørende etableringen af Dansk Distributionscenter” af 24. april 2002]. Dansk Distributionscenter ejes af Søndagsavisen A/S og Berlingske Lokalaviser med hver 50 pct. Dansk Distributionscenter havde i 2002 en samlet omsætning på [...], hvoraf adresseløse forsendelser bidrog med [...]. [Note: jf. Dansk Distributions Center A/S – årsrapport 2002.]

51. Udover selskabet Forbruger-Kontakt indgår ALFO Distribution A/S (Århus) i Søndagsavis-koncernen. Selskabet blev pr. 1. januar 2003 fusioneret med Søndagsavisen a-s.

52. Efter fusionen i 2002, hvor selskabet Dansk Distributionscenter blev stiftet, har Søndagsavisen opkøbt og indgået en række samejeaftaler med konkurrerende distributionsvirksomheder. Således har Søndagsavisen overtaget aktiviteterne i Reklameservice A/S og DTD København A/S. Endvidere har Søndagsavisen nu ejerandele i selskaberne: UA/Forbruger-Kontakt distribution a-s, Distribution Syd A/S, HA Grafisk A/S, og Tryksagsomdelingen Fyn A/S.

53. **Post Danmark A/S** er et aktieselskab, som ejes 100 pct. af staten. Post Danmark er en af landets største virksomheder og har ca. 1.100 posthuse og postbutikker rundt om i landet. Post

Danmark er endvidere ejer eller medejer af en række virksomheder: Budstikken Transport A/S (100 pct.), Post Danmark Leasing A/S (100 pct.), Pan Nordic Logistics AB (50 pct.), e-Boks (33,3 pct.).

54. Selskabet har eneret til og befordringspligt på omdeling af breve og pakker inden for nærmere fastlagte vægtgrænser, jf. afsnittet om forholdet til anden regulering nedenfor. Endvidere beskæftiger selskabet sig bl.a. med distribution af adresseløse forsendelser, aviser og blade. Efter Post Danmarks monopol for postudbringning blev brudt for visse typer forsendelser, indhenter virksomheden mere end halvdelen af sin årlige omsætning på ca. 11 mia. kr. i konkurrence med andre virksomheder. Hovedindtægtskilden er adresserede breve, selv om brevmængden siden 2001 er faldet med 3-4 pct. om året. Selv med et sådant fald vil brevproduktet en rum tid endnu være den dominerende indtægtskilde i virksomheden, som imidlertid forsøger at udvikle andre produkter i takt med, at eneretten indskrænkes i de kommende år.

55. Distribution af adresseløse forsendelser er som nævnt ikke omfattet af Post Danmark A/S' eneret eller befordringspligt, og Post Danmark udfører derfor disse aktiviteter i konkurrence med private distributionsselskaber. Post Danmarks omsætning fra distribution af adresseløse forsendelser og lokale ugeaviser udgjorde i 2002 i alt 751 mio. kr.

56. Ud over Post Danmark og Forbruger-Kontakt findes følgende mindre selskaber, som distribuerer adresseløse forsendelser og gratisaviser.

57. **Berlingske Lokalaviser A/S** er et helejet datterselskab af Det Berlingske Officin A/S, som er et koncernselskab i den norske Orkla-koncern [note: Orkla-koncernen driver virksomhed indenfor forretningsområderne mærkevarer, kemisk industri og finansielle investeringer, medie og internetvirksomhed.]. Berlingske Lokalaviser havde i 2002 en omsætning på [...] kr. Berlingske Lokalaviser A/S driver udover distributionsvirksomheden i Dansk Distributionscenter A/S også distributions-virksomhed ved en ejerandel i De Bergske Blade K/S. De Bergske Blade distribuerer ud over de ugeblade og specialaviser, som de selv producerer, også andre adresseløse forsendelser. Heraf distribuerer selskabet selv ca. halvdelen af tryksagerne i det midt- og vestjyske område, mens selskabet får den anden halvdel distribueret af andre distributionsselskaber. De Bergske Blade K/S havde i 2002 en omsætning på [...] kr. Heraf stammede [...] kr. fra distribution af adresseløse forsendelser.

58. **Nordjysk Distribution A/S** er 100 pct. ejet af Nordjyske Medier A/S. Selskabet havde i 2002 en omsætning på [...] kr., hvoraf [...] kr. stammede fra distribution af adresseløse forsendelser.

59. **Dansk Total Distribution** er en sammenslutning af lokale distributions-virksomheder (landsforening), som udøver distribution af adresseløse forsendelser mv. Hovedparten af virksomhederne i Dansk Total Distribution, er ejet af distriktsaviser og dagblade. Dansk Total Distribution synes på nuværende tidspunkt næsten at have udspillet sin rolle på markedet, idet en lang række tidligere medlemmerne er trådt ud af foreningen eller opkøbt af Søndagsavisen/Forbruger-Kontakt.

Forholdet til anden regulering

60. Vilklårene for posttjenester er fastlagt i internationale konventioner, EU-regulering og national regulering (lov om postvirksomhed og lov om Post Danmark med tilhørende bekendtgørelser og

cirkulærer mv.). [Note: Kommissionens ”Grønbog om udvikling af det indre marked for posttjenester” fra 1992 udgør grundlaget for flere senere EU-direktiver fra bl.a. 1997 og 2002.]

61. I 1995 blev myndighedsopgaverne overført til Trafikministeriet, mens postvæsenet samtidigt blev omdannet til en selvstændig offentlig virksomhed (SOV). I 2002 blev Post Danmark SOV omdannet til et egentligt aktieselskab, Post Danmark A/S. Staten har ansvaret for, at der tilbydes landsdækkende basale posttjenester. Post Danmark er derfor pålagt landsdækkende befordringspligt for pakker og breve inden for visse vægtgrænser. Som modvægt til denne befordringspligt er Post Danmark tildelt eneret til befordring af adresserede breve inden for 100 gram. Eneretten for breve vil blive indskrænket til breve under 50 gram pr. 1. januar 2005, jf. nedenfor.

62. Post Danmarks aktiviteter kan opdeles i følgende tre kategorier med udgangspunkt i virksomhedens rettigheder og pligter:

- Eneretsområdet (adresserede breve under 100 gram)
- Befordringspligtområdet (fx adresserede breve under 2 kg, andre adresserede forsendelser op til 2 kg samt blade op til 2 kg og pakker op til 20 kg)
- Det rene konkurrenceområde (fx kurerforsendelser, adresserede breve over 2 kg, pakker over 20 kg og adresseløse forsendelser og lokalaviser)

63. EU regulerer postområdet, navnlig via postdirektivet. Postdirektivets artikel 14 [note: Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 97/67/EF af 15. december 1997] stiller fx krav om adskilte regnskabsopgørelser for hver enkelt af de tjenester, som er omfattet af eneretten. For de tjenester, som ikke er omfattet af eneretten, skal der sondres klart mellem tjenester, der er omfattet af befordringspligt og de tjenester, som ikke er omfattet heraf. Direktivet stiller endvidere krav til den nationale kontrol med den befordringspligtige virksomheds regnskaber. Desuden opstiller direktivet principper for fastsættelse af takster og gennemsigtighed i regnskaberne. Et af principperne er, at taksterne for alle tjenester, der er omfattet af en befordringspligt, skal være gennemsigtige og ikke-diskriminerende, jf. direktivets artikel 12.

64. Da Post Danmark blev etableret, fastsatte Trafikministeren særlige retningslinjer for forholdet mellem virksomhedens aktiviteter på eneretsområdet og på området i konkurrence [note: ”Konkurrenceretlige retningslinjer for Post Danmark”, Trafikministeriet, 16. dec. 1996.]. Disse retningslinjer skal forhindre konkurrenceforvridende krydssubsidiering og diskriminering, og retningslinjerne om Post Danmarks regnskabsføring [note: ”Regnskabsreglement for Post Danmark”, Trafikministeriet 12. december 1996] skal sikre gennemsigtighed og at der ikke sker krydssubsidiering. Det er efter de konkurrenceretlige retningslinjer forbudt at flytte midler fra eneretsområdet til det rene konkurrenceområde, mens det er tilladt at overføre midler fra eneretsområdet til befordringspligtområdet, jf. § 19, stk. 2 i bekendtgørelse om Post Danmarks koncession. Færdselsstyrelsen fører tilsyn med, at reglementet overholdes og revisorer udpeget af Trafikministeriet påser, at der ikke sker krydssubsidiering. Konkurrencerådet tog på mødet den 29. november 1995 Trafikministeriets forslag til Regnskabsreglement med tilhørende konkurrenceretlige retningslinjer for Post Danmark til efterretning.

65. Det skal tilføjes, at Folketinget den 25. maj 2004 vedtog en ny lov om postbefordring, som skaber nye rammer for postsektoren, og gør det muligt at starte den formelle proces med at forberede salget af Post Danmark. Med loven gennemføres EU’s liberaliseringsplan, hvor den såkaldte eneretsgrænse for breve som nævnt reduceres fra 100 til 50 gram med virkning allerede fra

1. januar 2005. Hermed åbner Danmark brevmarkedet for yderligere konkurrence ét år før den tidsfrist, dvs. 1. januar 2006, som EU har fastsat som sidste frist for yderligere liberalisering.

66. Samtidigt ophæves lov nr. 89 af 8. februar 1995 om postvirksomhed, mens reglerne og koncessionen, som er udstedt i medfør af denne lov, forbliver i kraft, indtil de ophæves eller afløses af regler eller koncessioner, som fastsættes i medfør af den nye lov. Dermed er det muligt, at de nuværende konkurrenceretlige retningslinjer bortfalder. Dette vil betyde, at Trafikministeriets tilsyn med regnskabsreglementet, herunder hvorvidt der sker krydssubsidiering, fremover vil være et spørgsmål, der ikke er underlagt sektorspecifik regulering, men som alene er omfattet af den almindelige konkurrenceregulering.

Det relevante marked

Det relevante produktmarked

67. Sagen vedrører distribution af tryksager, herunder reklamer, telefonbøger, vejvisere mv. samt lokal- og regionalaviser. Disse tryksager anvendes hovedsagelig af detailbutikker og -kæder til at markedsføre deres produkter i de områder, hvor butikkerne er beliggende. Telefonbøger, vejvisere og lokal- og regionalaviser omdeles også i de områder, hvor målgruppen befinder sig. Fælles for forsendelserne er, at målgruppen er et unavngivent antal husstande, som er beliggende i et bestemt geografisk område.

68. Forsendelserne distribueres som adresseløse forsendelser. Adresseløse forsendelser er kendetegnet ved, at distributionen retter sig mod alle husstande i et område og er planlagt til gennemførelse inden for nogle tidsintervaller, typisk midtuge eller weekend. Opsamling af distributionsopgaver over en vis tid til fordeling til alle i et distrikt uden særlig sortering betyder, at den bliver billigere end distributionen af adresserede forsendelser, der er rettet til individuelle modtagere.

69. Adresseløs distribution adskiller sig herved fra den adresserede – individuelt rettede – distribution, som er kendetegnet ved ekstra service og højere distributionsomkostninger.

70. Det vurderes, at det relevante produktmarked, er markedet for distribution af adresseløse forsendelser og lokal- og regionalaviser, hvilket er i overensstemmelse med styrelsens afgørelse af 24. april 2002 vedr. etablering af Dansk Distributionscenter A/S.

71. Post Danmark er enig i styrelsens afgrænsning af markedet.

72. Forbruger-Kontakt har i breve af 4. september og 7. november 2003 tilkendegivet, at selskabet er enig i det af styrelsen afgrænsede marked, jf. ovenfor. I klage af 6. oktober 2003 henviser Forbruger-Kontakt imidlertid til, at misbruget finder sted på markedet for adresseløse forsendelser/adresserede kataloger mv. Endvidere anfører Forbruger-Kontakt i brev af 19. januar 2004, at der kan afgrænses et marked for distribution af adresserede og adresseløse tryksager og gratisaviser i Danmark. Baggrunden for, at Forbruger-Kontakt finder, at der kan afgrænses et marked, der både indeholder distribution af adresseløse forsendelser og distribution af adresserede forsendelser er ifølge Forbruger-Kontakt bl.a., at forsendelsesarterne er de samme, at modtagerne er de samme, at der anvendes det samme distributionsapparat, at der ikke er de store omkostningsforskelle, og at prisparametrene er de samme.

73. Det vurderes, at distribution af adresseløse forsendelser og distribution af adresserede forsendelser ikke udgør ét samlet marked. Dette skyldes, at de to produkter ikke er indbyrdes substituerbare med hensyn til egenskaber, pris eller anvendelsesformål. [Note: Der henvises til Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked, jf. FT 1999-2000 tillæg B, side 1287.] Distributionen af de adresseløse og de adresserede forsendelser adskiller sig fra hinanden mht. til egenskab og anvendelsesformål ved, at de adresseløse forsendelser ikke som marketingmedie er henvendt til en bestemt målgruppe, som f.eks. tidsskrifter eller adresserede reklamer er det.

74. Endvidere er distributionen af adresseløse forsendelser inden for bestemte tidsintervaller billigere end distribution af adresserede forsendelser, idet opsamling af distributionsopgaver over en vis tid til fordeling til alle i et distrikt uden særlig sortering, medfører meget lavere omkostninger. Skal de nævnte tryksager distribueres som adresserede forsendelser, vil dette medføre en betydelig stigning i omkostninger til transport og omdeling.

75. Ydermere er det langt dyrere for en kunde at anvende den adresserede distribution frem for den adresseløse. Ved en sammenligning af den gennemsnitlige listepris for tre af Post Danmarks kunder, fremgår det, at det ville være ca. 6 gange dyrere, såfremt disse kunder fik alle deres adresseløse forsendelser distribueret som adresserede forsendelser. Ved anvendelse af den såkaldte SSNIP-test, vil man således ikke kunne forestille sig, at kunderne ville vælge den adresserede distribution, såfremt der skete en varig prisstigning på 5-10 pct. for distributionen af adresseløse forsendelser.

76. I relation til udbudssubstitution kræves det, at leverandørerne af adresseret distribution på kort sigt kan omstille deres distribution til adresseløs distribution uden at det medfører betydelige omkostninger eller risici. På de områder, hvor andre selskaber udbringer adresseret post fx ved udbringning af adresserede blade mv., vil det kræve betydelige investeringer og risici på kort sigt at udvide distributionen til landsdækkende distribution af adresseløse forsendelser. En konkurrent til Post Danmark og Forbruger-Kontakt vil således skulle være landsdækkende for at konkurrere, idet de kunder, som bærer markedet, ønsker landsdækkende distribution. Dette vil kræve betydelige investeringer i bl.a. sorteringsapparat og en omlægning af arbejdskraften og distributionen mellem fx indleveringssteder og distributionscentre. Det er på den baggrund styrelsens vurdering, at der ikke foreligger udbudssubstitution mellem adresseløs og adresseret distribution.

Det relevante geografiske marked

77. De adresseløse forsendelser distribueres i Danmark. Dette skyldes, at modtagergruppen er de danske husstande. De største kunder på markedet, dvs. de kunder som tegner sig for den største omsætning, efterspørger landsdækkende distribution af deres forsendelser. Derfor tilbyder distributionsvirksomhederne på markedet landsdækkende distribution, uanset om den enkelte aktør har eget omdelerkorps eller ej. Muligheden for at udbyde landsdækkende distribution lettes ved, at det er muligt at anvende Post Danmark til distribution i fx landområder, hvor de øvrige konkurrenter ikke nødvendigvis har oprettet eget omdelerkorps eller har mulighed for at anvende en anden privat distributionsvirksomhed. Post Danmark har eget omdelerkorps i hele landet, og Forbruger-Kontakt er i dag det eneste næsten landsdækkende, private alternativ til Post Danmark for adresseløs husstandsomdelt distribution. Denne position har Forbruger-Kontakt opnået dels ved oprettelse af næsten landsdækkende distribution og dels ved indgåelse af en række samejeaftaler

med lokale selskaber. Forbruger-Kontakt angiver derfor at dække ca. 98 pct. af samtlige danske husstande [note: Søndagsavisens årsrapport 2002].

78. Styrelsen finder på den baggrund, at det relevante geografiske marked kan afgrænses til Danmark.

79. Forbruger-Kontakt og Post Danmark er enige i, at det relevante geografiske marked udgør Danmark.

80. Sammenfattende kan det derfor konkluderes, at det relevante marked kan afgrænses til markedet for distribution af adresseløse forsendelser og lokal- og regionalaviser i Danmark.

Dominerende stilling

81. Det skal herefter vurderes, om Post Danmark har en dominerende stilling på markedet for distribution af adresseløse forsendelser og lokal- og regionalaviser.

82. EU-praksis er vejledende for fortolkningen af begrebet dominerende stilling. Ifølge fast retspraksis fra EF-Domstolen foreligger der en dominerende stilling, når en virksomhed indtager en økonomisk magtposition, som sætter den i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan anlægge en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne. [Note: jf. Michelin mod Kommissionen, sag 322/81, Saml. 1983, 3461.]

83. En dominerende stilling forudsætter, i overensstemmelse med EU-praksis, at indflydelsen har været opretholdt over en vis periode. Derfor ses der på Post Danmarks markedsandel over en 3-årig periode fra 2001 til 2003.

84. Virksomhedens markedsandel er vigtig ved vurdering af, om virksomheden er dominerende. ... Det fremgår ..., at Post Danmark har kunnet opretholde en markedsandel i perioden 2001-2003, der overstiger [...] pct. målt i omsætning. På grundlag af det foreløbige estimat for omsætningen i 2004 forventes det endvidere, at Post Danmarks markedsandel vil overstige [...] pct. i 2004. Til sammenligning har Post Danmarks eneste reelle konkurrent Forbruger-Kontakt en markedsandel på mellem [...] og [...] pct. i perioden 2001-2003.

85. Som det fremgår af bemærkningerne til konkurrenceloven, vil der ved en markedsandel på over 40 pct. være en formodning for, at virksomheden indtager en dominerende stilling på markedet. [Note: Der henvises til Konkurrencerådets afgørelse "Klage over Post Danmark" af 28. april 1999, hvor Konkurrencerådet udtalte, at man ikke var enig med Post Danmark i, at en markedsandel på 30-40 pct. ikke kunne konstituere en dominerende stilling, når det blev taget i betragtning, at Post Danmark qua sine øvrige aktiviteter besad et distributionsapparat, der var landsdækkende og effektivt.] Videre fremgår det af bemærkningerne, at dette under alle omstændigheder gælder i de tilfælde, hvor denne markedsandel er fastholdt over en længere periode. [Note: Jf. lovforslag nr. L 172/1997, side 27.]

...

86 Markedsandele kan opgøres i værdi (omsætning) eller mængde (stk.). Det mest almindelige er dog at opgøre virksomhedens markedsandel på baggrund af dens omsætning. Det fremgår af punkt 55 i Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked, 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. [Note: Jf. punkt 55 i Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked, jf. FT 1999-2000 tillæg B, side 1387. Se også European Community Law of Competition, Bellamy & Child, 5. udgave, 2001, side 703.]

87. Det vurderes, at Post Danmarks markedsandel skal opgøres i omsætning, da styrelsen finder, at der er tale om en differentieret ydelse. Prisen på distribution af de adresseløse forsendelser afhænger således bl.a. af både forsendelsernes vægt og antal. Der er således stor forskel på selskabernes omsætning og indtjening alt efter, om de distribuerer tunge eller lette forsendelser og alt efter, hvor mange forsendelser de distribuerer pr. udsendelse. Endvidere er der forskel på, hvornår forsendelserne bliver indleveret af kunden, og hvornår de distribueres. Der er således en væsentlig forskel på, om kunden ønsker at få distribueret telefonbøger eller små, lette reklamer. Post Danmark har en lang række kunder, som får distribueret meget tunge forsendelser, hvilket medfører, at både Post Danmarks gennemsnitlige nettopris og omsætning er højere end Forbruger-Kontakt. Dette taler for, at det vil give det mest retvisende billede af parternes markedsstilling og -styrke, når vurderingen af parternes markedsandele baseres på deres omsætning.

88. I Konkurrencerådets afgørelse ”Vedrørende etableringen af Dansk Distributionscenter” af 24. april 2002, blev parternes markedsandele opgjort på baggrund af antallet af distribuerede enheder, idet styrelsen vurderede, at det i det konkrete tilfælde ikke dengang var muligt at få tilstrækkeligt pålidelige omsætningstal.

89. Ifølge Konkurrencestyrelsens opgørelser var Post Danmarks markedsandele opgjort på basis af mængder blevet hhv. [...] i hhv. 2001, 2002, 2003 og 2004. Med henvisning til styrelsens beslutning fra 2002 og disse opgørelser over Post Danmarks markedsandele baseret på mængde, mener Post Danmark, at selskabet har været i god tro, når selskabet ikke hidtil har anset sig selv for at indtage en dominerende stilling...

90. Forbruger-Kontakt er derimod enig i, at Post Danmark indtager en dominerende stilling... Ifølge Forbruger-Kontakt er ydelserne differentierede, så der er en prisforskel, hvorved markedsandelen bør vurderes på grundlag af omsætningen, som tager højde for herfor [note: Forbruger-Kontakt har henvist til Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked samt Kommissionens beslutning af 10. november 1992 (IV/33.440 – Warner-Lambert/Gillette m.fl. samt IV/33.486 BIC/Gillette og andre)]. Endvidere hævder Forbruger-Kontakt, at Post Danmarks markedsandel ikke kun bør vurderes på basis af perioden 2001–2003, men at Post Danmarks markedsandel for 2004 også bør indgå i vurderingen af dominans spørgsmålet, idet Post Danmark netop har styrket sin markedsposition kraftigt fra 2003-2004.

91. Post Danmarks markedsandel er et vigtigt, men ikke det eneste element i vurderingen af, om der foreligger dominans. Post Danmarks markedsandel skal vurderes i forhold til såvel de aktuelle som potentielle konkurrenters styrke samt betingelserne for at få adgang til markedet. Der skal således ses på yderligere kriterier for vurdering af Post Danmarks dominans.

92. Der er ingen juridiske, administrative eller tekniske barrierer til markedet. Der er dog en række andre forhold, som hæmmer adgangen til markedet.

93. En af de væsentligste konkurrenceparametre, som også er en væsentlig økonomisk barriere, er for selskaberne at kunne tilbyde landsdækkende distribution. Dette skyldes, at hovedparten af de større kunder er detailkæder, som efterspørger landsdækkende distribution. Derfor er det vigtigt for virksomhederne at have landsdækkende distribution, og dermed have distributionscentre og omdelere i hele landet. Ellers skal konkurrenterne anvende Post Danmark til at omdele i de områder i landet, hvor konkurrenterne ikke selv har omdelerkorps. Post Danmark er det eneste selskab på markedet, som i en årrække har haft et fuldt landsdækkende omdelerkorps. Forbruger-Kontakt og de andre mindre aktører på markedet har således været nødt til at anvende Post Danmark i de områder, hvor de ikke har haft omdelere dvs. hovedsagelig uden for byområder. Forbruger-Kontakt har over de seneste par år opbygget et landsdækkende distributionsapparat, som er afhængigt af, at selskabet opretholder den kritiske masse i form af et tilstrækkeligt kundegrundlag eller volumen. Forbruger-Kontakts landsdækkende distribution er således særdeles sårbar over for tab af kunder.

94. Forbruger-Kontakt har anført, at på grund af de store kunders efterspørgsel efter landsdækkende distribution, så udgør nødvendigheden af et landsdækkende distributionsnet en betydelig adgangsbarriere til markedet. Forbruger-Kontakt understreger, at det har taget Forbruger-Kontakt flere år at opbygge et næsten landsdækkende distributionsnetværk, og at dette kun var muligt, fordi Forbruger-Kontakt var i stand til at opkøbe mindre distributører og gennem et højere volumen at opnå tilstrækkelig kritisk masse til, at der nu er et næsten landsdækkende distributionsnetværk. Endvidere peger Forbruger-Kontakt på, at mens en konkurrent er ved at opbygge sit eget distributionsnetværk, så kan konkurrenten være afhængig af Post Danmarks netværk for så vidt angår distribution i landdistrikter, hvilket gør konkurrenten afhængig af Post Danmarks ydelser og prissætning.

95. Vigtigheden af den landsdækkende distribution kan i praksis ses af de seneste års udvikling på markedet, som har vist, at de mindre aktører på markedet får mindre og mindre betydning. Mange af disse er blevet opkøbt af eller har etableret et formaliseret samarbejde med Forbruger-Kontakt. Der er således i de senere år ikke kommet nye konkurrenter på markedet, og antallet af konkurrenter er faldet støt. Der er heller ikke noget, som taler for, at der indtræder nye aktører på markedet i den nærmeste fremtid.

96. Post Danmarks styrke på markedet underbygges af selskabets legale eneret for så vidt angår adresserede breve under 100 gram og selskabets beforderingspligt (fx adresserede breve under 2 kg, andre adresserede forsendelser op til 2 kg samt blade op til 2 kg og pakker op til 20 kg). Det indebærer, at Post Danmark som nævnt har et meget stort distributionsapparat til rådighed med kapacitet til de beforderingspligtige ydelser, hvilket som udgangspunkt medfører en række stordriftsfordele, som også giver selskabet fordele ved distribution af adresseløse forsendelser. De eksisterende postbude kan fx også uddele adresseløse forsendelser. Post Danmark vil således qua sin legale eneret og beforderingspligt forsat kunne opretholde sit distributionsapparat – lige meget om selskabet distribuerer adresseløse forsendelser eller ej – mens Forbruger-Kontakt ikke vil kunne opretholde sin landsdækkende distribution eller forsat kunne være en konkurrent til Post Danmark, såfremt Post Danmark bliver ved med at overtage Forbruger-Kontakts største kunder. Disse forhold betyder, at selvom Post Danmark mistede alle sine kunder med distribution af adresseløse forsendelser, har selskabet pga. sin beforderingspligt for breve et landsdækkende distributionsnetværk til sin rådighed, som selskabet til enhver tid også kan anvende til at tilbyde

distribution af adresseløse forsendelser, men hvor det økonomiske grundlag for at opretholde netværket ikke afhænger af aktiviteten adresseløse forsendelser. Dette sætter i høj grad Post Danmark i stand til at handle uafhængigt af konkurrenter på markedet for adresseløse forsendelser, idet ingen konkurrenter vil have samme fordel med et udbygget distributionsnetværk, som i stor udstrækning står til rådighed uafhængigt af, hvordan kundeunderlaget med adresseløse forsendelser udvikler sig.

97. Post Danmarks fordele knyttet til den legale eneret/befordringspligt vedrører ikke bare etableringen af et landsdækkende netværk, men har også givet selskabets mange års forspring til at udvikle et distributionsnetværk med en høj service, som sætter selskabet i stand til at tilbyde kunderne landsdækkende forsyningsikkerhed.

98. Hertil kommer, at Post Danmark har en betydelig kapital- og ledelsesmæssig styrke, hvad angår postsektoren, som er oparbejdet ved indtægter og erfaringer fra enerets- og befordringspligtområdet gennem mange år. Endvidere har Post Danmark et meget velkendt varemærke. Post Danmark havde i 2002 en samlet omsætning på godt 11 mia. kr., som overvejende er indtjent i denne sektor. Forbruger-Kontakt har i den forbindelse anført, at Post Danmarks kapitalstyrke overstiger Forbruger-Kontakts mange gange, og således kan være en medvirkende årsag til, at Post Danmark vil kunne fastholde sin dominans.

99. Post Danmark har således en meget stærk position på markedet, og er reelt set det eneste selskab, som kan handle uafhængigt på markedet. Post Danmark har således qua sin styrke kunnet overtage nogle af de største kunder på markedet fra Forbruger-Kontakt, uden at Forbruger-Kontakt har kunnet komme med et modsvarende tilbud. Dette er tydeliggjort i praksis med Post Danmarks overtagelse af COOP, SuperBest og Spar. I relation til SuperBest og Spar fik Forbruger-Kontakt slet ikke mulighed for at komme med et konkurrerende tilbud, men måtte blot acceptere at afgive sine kunder til Post Danmark.

100. Selvom der ikke er fast praksis for, hvornår på året Post Danmark og Forbruger-Kontakt indgår deres kundefølgere, så er der en tendens til, at kundefølgere følger kalenderåret, og at de typisk indgår i det forudgående halvår. Der er heller ikke nogen fast praksis for kontraktens længde og dermed for aftalernes udløb, men kundefølgere har typisk en varighed på mellem [...] år. Parterne er ikke vidende om det nøjagtige tidspunkt for, hvornår konkurrentens kundefølgere udløber, og dermed hvornår det bedst kan betale sig at slå til. Parterne bliver kun opmærksomme på kundefølgernes udløb i de få tilfælde, hvor kunden enten afholder et egentligt udbud, eller hvor kunden selv henvender sig direkte til den konkurrerende distributør med henblik på at få et konkurrerende tilbud. Det er alene [...], som har afholdt et udbud, og det er ikke nødvendigvis kutyme, at kunderne indhenter konkurrerende tilbud. Post Danmark og Forbruger-Kontakt er således generelt ikke afhængige af at skulle indgå i egentlige budrunder eller forhandlinger med henblik på at vinde konkurrentens kunder. Det indebærer, at hvis Post Danmark eller Forbruger-Kontakt har vundet en kunde, så er der ikke egentlige udbud eller årlige forhandlinger, som gør det lettere for modparten at vinde kunden tilbage.

101. Den eneste reelle konkurrent til Post Danmark er Forbruger-Kontakt, hvis position netop er blevet svækket betydeligt ved tabet af nogle af selskabets største kunder til Post Danmark. Tabet af disse kunder betyder, at Forbruger-Kontakt har tabt omtrent [...] pct. af sin volumen, hvilket gør det sværere for Forbruger-Kontakt at opretholde sin landsdækkende distribution. Forbruger-Kontakt kan kun vanskeligt genvinde netop disse kunder de næste [...] år, dvs. så længe selskabernes aftaler

med Post Danmark løber, hvilket kan svække Forbruger-Kontakts stilling på markedet i en længere periode. Hvis Forbruger-Kontakt mister flere kunder til Post Danmark, kan det yderligere svække Forbruger-Kontakt og virksomhedens mulighed for at opretholde en kritisk masse i form af et tilstrækkeligt kundeunderlag, dvs. et tilstrækkeligt volumen, til at forblive det eneste landsdækkende distributør-alternativ til Post Danmark. Den kritiske masse udgør således grundlaget for virksomhedens landsdækkende distribution, og såfremt kundeunderlaget undergraves, kan virksomhedens eksistensgrundlag være truet, og dens tid som en alternativ udbyder til Post Danmark være talte. Forbruger-Kontakt har oplyst, at tab af yderligere store kunder vil medføre, at selskabet må opgive at være landsdækkende og dermed egentlig konkurrent til Post Danmark.

102. Det er på den baggrund den samlede vurdering, at Post Danmark er dominerende på markedet for distribution af adresseløse forsendelser og lokal- og regionalaviser.

...

Adfærd

Aftalernes varighed

105. Konkurrencestyrelsen har fået indsendt Post Danmarks aftaler med deres 20 største kunder i 2003. Endvidere har styrelsen fået indsendt Post Danmarks aftaler med COOP, SuperBest og Spar for 2004. De tyve største aftaler tegner sig for [...] pct. af Post Danmarks samlede omsætning for adresseløse forsendelser i 2003, og de tre nye aftaler tegner sig for ca. [...] pct. af omsætningen på hele markedet for adresseløse forsendelser i 2004.

106. Fælles for Post Danmarks aftaler er, at der er tale om ikke-eksklusive aftaler, som alle kan opsiges af kunderne med et opsigelsesvarsel på [...] eller [...], med undtagelse af aftalen med [...] som er en [...] aftale, der er uopsigelig i aftaleperioden. Hovedparten af aftalerne er [...]. Der er dog en mindre del af aftalerne, der løber i [...] eller [...] år. Således er Post Danmarks aftaler med [...] og [...] aftaler, mens Post Danmarks aftaler med [...] løber i [...] år.

Priser og rabatter

107. Post Danmarks gennemsnitspriser og -rabatter til deres 20 største kunder i 2003 fremgår af nedenstående tabel 2. Alle de rabatter, som disse storkunder er blevet tildelt af Post Danmark, er indregnet.

Tabel 2. Post Danmarks gennemsnitspriser og -rabatter til deres 20 største kunder i 2003.

...

108. Videre fremgår Post Danmarks gennemsnitspriser og -rabatter til selskabets 15 største kunder i 2004 af nedenstående tabel 3. Der er tale om alle de storkunder, som får distribueret [...] stk. adresseløse forsendelser eller derover i 2004.

Tabel 3. Post Danmarks gennemsnitspriser og -rabatter til de af selskabets kunder med en anslået årlig volumen i 2004 på mindst [...].

...

110. Post Danmarks priser og rabatter for kunder uden en produktionsplan gives med udgangspunkt i selskabets listepreiser, jf. Post Danmarks prisliste. Listeprisen for distribution af adresseløse forsendelser afhænger dels af den mængde, der skal distribueres og dels af den vægt, som de distribuerede enheder har. Det fremgår f.eks. af Post Danmarks prisliste for 2003 [note: Post Danmark, Prisændringer pr. 2. januar 2004], at distribution i byområde af en adresseløs forsendelse på 0-10 gram er ca. 9 pct. billigere, hvis der distribueres over 1 mio. stk. i stedet for 50.000 stk. Til sammenligning er distribution i byområde af en adresseløs forsendelse på 0-10 gram ca. 15 pct. billigere end tilsvarende distribution af en forsendelse med en vægt mellem 80 og 100 gram.

111. De viste kunder i tabel 3 har imidlertid alle aftalt produktionsplaner med Post Danmark, og selskabets priser overfor disse kunder følger ikke listepreiserne. Post Danmark har derimod givet kunderne i tabel 2 og 3 en rabat i 2003 og 2004, som ligger mellem [...] og [...] pct. i forhold til de priser, som disse kunder skulle have betalt, hvis de med deres nuværende antal og type forsendelser skulle have betalt de gældende listepreiser. Det ses af tabel 3, at den største rabat på [...] pct. er givet til [...], som i 2004 forventes at få distribueret [...] adresseløse forsendelser. Den mindste rabat på [...] pct. er givet til [...], som i 2003 fik distribueret [...] adresseløse forsendelser.

Vurdering

Lovens anvendelsesområde

112. Da Post Danmarks distribution af adresseløse forsendelser og lokal- og regionalaviser er erhvervsvirksomhed i konkurrencelovens forstand, er selskabets aktiviteter omfattet af loven, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 1.

Anvendelse af artikel 82

113. Pr. 1. maj 2004 trådte moderniseringen af EU's konkurrenceregler i kraft. Som led i moderniseringspakken har Kommissionen udstedt en ny meddelelse om begrebet påvirkning af samhandelen [note: Retningslinjer for begrebet påvirkning af samhandelen i traktatens artikel 81 og 82. EFT 2004/C, 101/07, p. 81]. Begrebet påvirkning af samhandelen er et vigtigt begreb, fordi det udgør et kriterium for jurisdiktion, dvs. afgrænser konkurrencesager med EU-dimension over for nationale konkurrencesager. Begrebet afgør derfor, hvornår medlemsstaternes konkurrencemyndigheder og domstole er forpligtet til at anvende EU-traktatens konkurrenceregler direkte, og hvornår Kommissionen og medlemsstaterne er forpligtet til at følge bestemte regler for sagsfordeling og sagsbehandling i European Competition Network (ECN).

...

114. Det kan i denne sag konstateres, at der ikke vil være tale om et misbrug af en dominerende stilling i flere medlemsstater. Post Danmarks dominerende stilling vedrører imidlertid hele én medlemsstats område, dvs. Danmark, hvilket derfor kræver en nærmere analyse af, hvorvidt adfærden påvirker samhandelen [note: Meddelelsens punkt 92-95]. Når eventuelt misbrug skal vurderes, anbefaler Kommissionen, at der sondres mellem de forskellige former for misbrug, 1) "ekskluderende misbrug", der skaber barrierer for adgangen til markedet, og 2) "udnyttende

misbrug”, dvs. de former for misbrug, hvor den dominerende virksomhed udnytter sin økonomiske styrke, fx ved at anvende for høje eller diskriminerende priser.

115. I den konkrete sag er der fremsat påstand om begge former for misbrug. Der er fremsat påstand om eksklusiverende misbrug, som eksempelvis predatory pricing og loyalitetsrabatter. Den konkurrent, der risikerer at blive trængt ud af markedet, Forbruger-Kontakt, opererer ikke kun i Danmark men er også aktiv fsva. adresseløse forsendelser og gratisaviser via datterselskaber i både Sverige, Polen og Norge [note: Søndagsavisen a-s beskriver i sin årsrapport 2003 koncernen som den største private pan-skandinaviske distributionsvirksomhed for adresseløs husstandsomdeling af aviser og tryksager med distributionsnetværk i de nævnte lande]. Forbruger-Kontakt tilbyder således via sine datterselskaber distributionsydelser i andre medlemsstater. Der er derfor tale om et påstået misbrug af Post Danmark, som er dominerende i én medlemsstat, men hvor den konkurrent, som risikerer at blive ekskluderet af dette marked, opererer i flere medlemsstater. Forbruger-Kontakt indgår i Søndagsavis-koncernen, og koncernens distributionsaktiviteter i Danmark bidrager med en væsentlig større del af omsætningen end koncernens distributionsaktiviteter i de øvrige lande. Hvis Forbruger-Kontakt derfor risikerer at blive ekskluderet af det danske marked, kan der også være tale om en afledet svækkelse af koncernens distributionsaktiviteter i de andre lande. Elimineres Forbruger-Kontakt som alternativ udbyder på det danske og eventuelt på andre markeder, medfører det, at konkurrencestrukturerne ændres generelt i Fællesskabet og dermed påvirker samhandelen. Det er derfor lagt til grund, at samhandelskriteriet i nærværende sag er opfyldt. Derfor anvendes EF-traktatens konkurrenceregler og de nationale konkurrenceregler parallelt for det tilfælde, at dele af adfærden ikke påvirker samhandelen.

116. For så vidt angår vurderingen af udnyttende misbrug antages prisdiskrimination mellem indenlandske kunder normalt ikke at kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater.

117. Styrelsens sagsbehandling er påbegyndt flere måneder før, at moderniseringsreglerne trådte i kraft pr. 1. maj, men afgørelsen skal træffes efter denne dato. Konkurrencestyrelsen har derfor fulgt procedurene i artikel 11, stk. 4 i Rådsforordning 1/2003.

Misbrug

118. Da Post Danmark indtager en dominerende stilling på det relevante marked, skal det vurderes om Post Danmark misbruger sin dominerende stilling ved, at anvende:

- Diskriminerende og loyalitetsskabende priser og rabatter

...

Styrelsen vil som nævnt senere vende tilbage til vurdering af spørgsmålet om predatory pricing.

Post Danmarks priser og rabatter

119. Forbruger-Kontakt klager ... over, at Post Danmark anvender diskriminerende og loyalitetsskabende priser og rabatter.

120. Post Danmarks gennemsnitspriser og -rabatter til deres 20 største kunder i 2003 fremgår af tabel 2 i punkt 106 i afsnittet om priser og rabatter. Rabatterne er gengivet i nedenstående figur 1, der viser forholdet mellem rabatten og antallet af distribuerede forsendelser for hver enkelt kunde.

Figur 1. Post Danmarks rabat i pct. i 2003 som funktion af antallet af distribuerede forsendelser for hver enkelt kunde

...

121. Det ses af figuren, at der er en tendens til, at de største kunder målt i antal forsendelser får de største rabatter. Generelt stiger rabatten således i takt med antallet af distribuerede forsendelser. Videre ses det, at kunderne får meget forskellige rabatprocenter. Fx får kunder med en mængde på mellem [...] og [...] stk. en rabat på mellem [...] og [...] pct., hvilket er et meget stort rabatspænd. Videre får en stor del af de kunder med en mængde på mellem [...] og [...] mio. stk. en rabat på mellem [...] og [...] pct.

122. Samme tendens gør sig gældende for Post Danmarks priser og rabatter til selskabets største kunder i 2004, som fremgår af tabel 3 i punkt 107 i afsnittet om priser og rabatter.

123. Konkurrencestyrelsen har bedt Post Danmark om konkret at begrunde rabatforskellene over for en lang række udvalgte kunder. Post Danmark har hertil forklaret, at der findes to slags kundegrupper. Der er de kunder, som betaler listeprisen, hvilket er de kunder, der uanmeldt indleverer op til ca. 1,5 mio. stk. adresseløs forsendelse pr. parti til distribution i næstfølgende omdelingsperiode. Det vil sige, at en lang række kunder ikke får nogen rabat i forhold til listeprisen. Så findes der storkunder såsom [...], der tilbydes priser, som ligger under listepriserne, fordi disse kunder er karakteriseret ved, at de repræsenterer en meget stor volumen, der i sig selv indebærer klare stordriftsfordele for Post Danmark. Videre anfører Post Danmark, at storkunder modsat de kunder, som betaler listepriserne, indleverer produktionsplaner, som giver selskabet mulighed for at tilrettelægge en mere effektiv distribution. Post Danmark understreger i den forbindelse, at de endelige nettopriser til storkunder ikke beregnes som listepriserne fratrukket en rabat men derimod beregnes selvstændigt, således at de samme omkostningsbesparelser ikke tæller med to gange.

124. Post Danmark oplyser, at selskabets rabatter til storkunder tager udgangspunkt i selskabets omkostningsstruktur ved at betjene storkunderne, og at selskabets rabatpolitik er baseret på det forhold, at det er billigere at betjene store kunder end små kunder (målt på volumen, stk.). Selskabets interne retningslinier indebærer, at kunder, der årligt sender et større antal forsendelser efter forudgående anmeldelse af det enkelte parti, ydes en rabat, der som udgangspunkt er afhængig af volumen. Post Danmark har i den forbindelse oplyst, at der i praksis opereres med følgende rabatintervaller: ...

125. Videre har selskabet anført, at grundrabatten for storkunder eksempelvis medfører, at en adresseløs forsendelse på 10-20 gram, der omdeles til samtlige husstande i bymæssig bebyggelse kan prissættes inden for de rammer, som fremgår af tabel 4 nedenfor.

Tabel 4. Post Danmarks nettopriser til storkunder med forsendelser på 10-20 gram i bymæssig bebyggelse

...

126. Placeringen indenfor et interval afhænger ifølge Post Danmark af den mængde forsendelser, som kunden skal have distribueret, men også af forhandlingerne med kunden. Rabatten er dels begrundet med, at volumen i sig selv giver nogle klare stordriftsfordele, og at det forudgående kendskab til produktionsmængderne ligeledes giver mulighed for at tilrettelægge en mere effektiv distribution. Videre har Post Danmark oplyst, at selskabet i forhold til ovennævnte nettopriser foretager tillæg eller fradrag for den enkelte kunde for primært følgende afvigelser:

- vægt (let => let at håndtere, tung (over 100 g) => flere dage til at omdele forsendelserne og dermed god planlægning)
- format (mindre format => nemmere at håndtere)
- modtagergruppe (samtlige husstande => alle skal have forsendelser; øvrige modtager grupper er sammensat på tværs af by og landområder og har derfor anden omkostningsstruktur)
- omdelingsperiode
- omdelingsområde (afhængig af andelen af omdeling til land påvirkes omkostningsdannelsen)
- indleveringssted (indlevering direkte til pakningscentre påvirker omkostningsdannelsen i forhold til samling og spredning) og
- frekvens/produktionsplan (jo oftere og jo mere regelmæssigt => et bedre planlægningsfundament og dermed en optimeret omkostningsdannelse)

127. For så vidt angår Post Danmarks priser og rabatter til storkunder, er kunderne således med baggrund i forhold så som mængde, vægt, modtagergruppe mv. blevet tildelt meget forskellige priser og rabatter.

Primary-line prisdiskrimination – Favorisering af Forbruger-Kontakts tidligere kunder

128. Det er i medfør af artikel 82, stk. 1, litra c, og konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 3, forbudt at anvende ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen. Det indebærer, at der er tale om misbrug, hvis en dominerende virksomhed fx tilbyder rabatter og bonus for varer og tjenesteydelser til visse af sine aftagere/handelspartnere, som ikke ydes til andre aftagere, der under samme omstændigheder får leveret de samme mængder, og derved stilles ringere i konkurrencen.

129. Generelt kan der godt ydes forskellige rabatter til forskellige kunder, hvis der fx er tale om omkostningsbegrundede rabatter, dvs. rabatter, der afspejler en tilsvarende omkostningsbesparelse for den dominerende virksomhed (fx kvantumsrabatter), som er baseret på objektive kriterier, vil de ikke være i strid artikel 82, stk. 1, litra c, og konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 3 [note: jf. bemærkningerne til konkurrencelovens § 11, stk. 2, nr. 3].

...

130. I den forbindelse er det normalt nødvendigt ved den konkurrenceretlige analyse, dels at undersøge hvorledes priser/rabatter står i forhold til de eventuelle besparelser i omkostninger, som den dominerende virksomhed måtte have, dels at undersøge objektiviteten i de kriterier, som udløser rabatterne. Desuden bør det undersøges, hvorvidt rabatterne kan hæmme kundernes kommercielle beslutninger om at købe hos konkurrenter og/eller forstærke den dominerende virksomheds position på markedet.

131. De efterspørgselsbetingede/afsætningsbetingede rabat- og bonusformer fx loyalitetsrabatter vil således kunne påvirke konkurrencen mellem virksomhederne og dermed adgangen til markedet på

en måde, der skader effektiviteten og strukturtilpasningen. Dette vil især være tilfældet på markeder, hvor mulighederne for aktiv konkurrence er begrænset, bl.a. som følge af virksomheder med dominerende indflydelse på konkurrencevilkårene [note: jf. bemærkningerne til konkurrencelovens § 11, stk. 2, nr. 3]. Der henvises i den forbindelse til EF-Domstolens dom i sagen om Hoffmann-La Roche [note: Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, sag 85/76 - dom af 13. februar 1979, saml. s. 461], hvor det blev fastslået, at en loyalitetsrabat udgør et misbrug i den i artikel 86 i traktaten forudsatte betydning, når den har til formål ved ydelsen af økonomiske fordele at hindre, at kunderne foretager indkøb hos konkurrerende producenter dvs. til formål at ekskludere konkurrenter. Denne praksis er derefter fulgt op i Michelin (I) sagen [note: Michelin mod Kommissionen, sag 322/81 - dom af 9. november 1983, saml. s. 3461], hvor EF-Domstolen fandt, at visse målrabatter knyttet til årlige salgsmål kunne sidestilles med loyalitetsrabatter og dermed udgjorde et misbrug i medfør af artikel 86. Kommissionen har senest fulgt denne praksis op i Michelin (II) sagen, hvor Kommissionen bl.a. fandt, at Michelins rabatsystem indeholdt loyalitetsskabende elementer [note: Kommissionens afgørelse af 20. juni 2001 i COMP/E-2/36.041/PO – Michelin, jf. EF-Tidende 2002 L 143, s. 1]. Retten af Første Instans har i 2003 stadfæstet Kommissionens afgørelse og bøden til Michelin (II) [note: Retten af Første Instans, Dom nr. T-203/01 Michelin mod Kommissionen af 30. september 2003].

132. Der kan som tidligere praksis fra Konkurrenceankenævnet (KAN) henvises til afgørelsen vedr. Skandinavisk Motor Co. A/S' rabatsystem. KAN vurderede i denne sag, at SMC's rabatsystem bestående af en progressiv rabat samt en købsmålsrabat, havde en sådan loyalitetsvirkning og kundebindingseffekt, at der som udgangspunkt måtte anses at foreligge misbrug af dominerende stilling. I den forbindelse anførte KAN, at det endvidere ikke var godtgjort, at rabatsystemet afspejlede de fordele og den værdi, der for klager var forbundet med rabatordningen. [Note: Ankenævnets kendelse af 18. august 2003 "Skandinavisk Motor Co. A/S mod Konkurrencerådet". Der henvises endvidere til Konkurrencerådets afgørelse af 19. juni 2002 vedrørende Skandinavisk Motor Co. A/S' ekstrarabatsystem.] En lignende afgørelse blev afsagt af KAN i sagen om LK A/S grossistaftaler. [Note: Der henvises til Konkurrenceankenævnets kendelse af 17. maj 2002 vedr. LK A/S mod Konkurrencerådet og Konkurrencerådets afgørelse af 20. december 2000 i sagen vedrørende LK A/S grossistaftaler.]

133. For at se om Post Danmark prissætter forskelligt overfor egne og konkurrenters kunder, har styrelsen i nedenstående tabeller 5 og 6 lavet en sammenligning af priser og rabatter til de største kunder i 2003 og til COOP Spar og SuperBest for 2004. Post Danmark fremsatte disse tilbud til Forbruger-Kontakts tidligere kunder COOP, SuperBest og Spar i 2003, og styrelsen har derfor sammenlignet priser og rabatter på tidspunktet omkring aftaleindgåelserne med Forbruger-Kontakts tidligere kunder. Styrelsen har således sammenlignet 2003-tal for Post Danmarks egne kunder med 2004-tal for COOP, SuperBest og Spar opgjort ved kontraktindgåelsen og fremsendt til styrelsen i januar 2004.

134. Post Danmarks gennemsnitspriser og -rabatter for kunder i 2003, som ligger i de 2 rabatintervaller over [...] stk. samt priser og rabatter for [...] for 2004 fremgår af nedenstående tabel 5 og 6. [...] aftager alle så store mængder adresseløse forsendelser, at de er at finde i de højeste af Post Danmarks rabatintervaller, dvs. i de to intervaller over [...] stk., jf. punkt 123. Både [...] og [...] skal indplaceres over [...] stk., jf. tabel 5 nedenfor, hvorimod [...] skal indplaceres i rabatintervallet [...] stk., jf. tabel 6.

135. I tabel 5 sammenlignes Post Danmarks gennemsnitspriser og -rabatter for kunder i 2003 for rabatintervallet over [...] stk. således med priserne til [...] for 2004.

Tabel 5. Post Danmarks priser og rabatter i 2003 i rabatintervallet over [...] stk. [Note: Oplyst af Post Danmark den 9. januar 2004 umiddelbart efter overtagelsen af COOP, SuperBest og Spar.]

[...]

136. Det ses af tabel 5, at Forbruger-Kontakts tidligere kunder COOP og SuperBest får en nettopris på hhv. [...] øre og [...] øre under den gennemsnitlige nettopris, hvorimod alle de øvrige kunder i dette rabatinterval får nettopriser, som ligger tættere på eller højere end gennemsnittet for kunderne i dette rabatinterval. Samtidig ses, at [...], som Forbruger-Kontakts tidligere kunde, får en højere rabat end Post Danmarks egne kunder [...], som begge repræsenterer et langt større antal adresseløse forsendelser end [...]. Ses der på rabatten i pct. fås samme resultat, idet både [...] og [...] er de kunder, som får de største rabatter.

137. Hvis Post Danmarks gennemsnitspriser og -rabatter for kunder i rabatintervallet mellem [...] stk. på samme måde undersøges for 2003 og sammenlignes med selskabets pris til [...] i 2004, fås følgende resultat, jf. tabel 6 nedenfor.

...

Tabel 6. Post Danmarks priser og rabatter i 2003 i rabatintervallet [...] stk. [Note: Oplyst af Post Danmark den 9. januar 2004 umiddelbart efter overtagelsen af COOP, SuperBest og Spar.]

...

139. Det ses af tabel 6, at Forbruger-Kontakts tidligere kunde [...] får en nettopris, som ligger [...] øre under gennemsnittet for alle kunder i dette rabatinterval og får langt den største rabat i både kr. og pct. pr. stk. Endvidere får [...] en rabat i pct. af listepriisen på [...] pct. over rabatten til [...], selvom [...] repræsenterer den næststørste mængde af alle de øvrige kunder i samme rabatinterval.

140. 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 distributør.

141. Post Danmark hævder i sit høringssvar, at 2004-priserne bør udgøre det rette sammenligningsgrundlag, idet Konkurrencestyrelsen ikke bør sammenligne 2003-tal for selskabets eksisterende kunder med 2004-tal for COOP, SuperBest og Spar.

142. Styrelsen finder imidlertid, at det også er relevant at sammenligne 2003-tallene for eksisterende kunder i forhold til priser og rabatter til COOP, SuperBest og Spar på det tidspunkt, hvor Post Danmark indgik kontrakterne med disse kunder. Dette skyldes for det første, at det er de priser og rabatter, som Forbruger-Kontakts kunder har fået ved indgåelsen af kontrakterne, som har været afgørende for, at disse kunder har valgt at skifte til Post Danmark. Endvidere er 2004-tallene kun estimater, idet Post Danmarks gennemsnitspriser og -rabatter har ændret sig flere gange i 2004 og fortsat kan blive ændret i sidste halvår af 2004.

143. Sammenlignes Post Danmarks gennemsnitspriser og -rabatter for det første halvår 2004 ved hjælp af tabel 3 i punkt 106, ændrer mønsteret fra 2003 sig ikke afgørende, idet der stadig forekommer uforklarlige forskelle.

144. For eksempel får [...] en væsentlig højere rabat i pct. end alle de andre selskaber i samme rabatinterval, selvom [...] repræsenterer samme mængde som [...]. Selv vurderet ud fra Post Danmarks 2004-priser synes [...] også at have fået en uforholdsmæssig lav nettopris, hvis der sammenlignes med Post Danmarks hidtidige kunder som [...] og [...], der repræsenterer et langt større volumen, hvilket synes vanskeligt at begrunde i de underliggende omkostninger.

145. Post Danmark har ikke på baggrund af de bagvedliggende omkostninger kunnet forklare forskellene på kundernes priser og rabatter og på overbevisende måde redegjort for de eventuelle omkostningsbesparelser, som ligger til grund for de lavere rabatter overfor Forbruger-Kontakts tidligere kunder som fx [...], jf. Konkurrenceankenævnets kendelse den 17. maj 2002 i sagen om LK A/S. Alene det forhold, at Post Danmark synes at anvende forskellige priser og rabatter overfor hhv. egne kunder og konkurrentens tidligere kunder uden objektive begrundelser for dermed at ekskludere konkurrenten kan i sig selv udgøre diskrimination [note: jf. ”The EC Law of Competition” 1999, Faull & Nikpay, s. 177].

146. Post Danmark har imidlertid forelagt Konkurrencestyrelsen en illustration af, hvordan de enkelte omkostningsdeterminanter er vægtet for så vidt angår prissætningen i aftalerne med SuperBest, Spar, [...], den såkaldte ”vægtningssmodel”.

147. Post Danmark har endvidere understreget, hvilke omkostningsbesparelser der efter selskabets opfattelse er forbundet med COOP-aftalen [note: jf. Post Danmarks indlæg af 31. oktober 2003 og 4. december 2003]. Selskabet begrunder den lave pris til COOP med, at COOP repræsenterer et meget stort antal totale forsendelser, som giver en markant bedre ”drop-økonomi”, som har haft udslagsgivende betydning for Post Danmarks pris til COOP. Aftalen med COOP betyder ifølge Post Danmark, at selskabet kan tilrettelægge sin totale distribution af adresseløse forsendelser mere rentabelt, idet COOP-ordren betyder, at der i gennemsnit vil kunne omdeles [...] forsendelser mere pr. aflevering. Tilbuddet til COOP er ifølge Post Danmark afgivet på grundlag af en beregning af marginalomkostningerne forbundet med den konkrete ordre. [...]

148. Post Danmark har endvidere i sit høringssvar sammenlignet hhv. Post Danmarks 2004-priser og Forbruger-Kontakts 2003-priser til Spar, SuperBest med påstand om, at SuperBest og Spar valgte Post Danmark som leverandør, fordi Post Danmark på trods af højere priser kunne levere en bedre service (herunder leveringssikkerhed).

149. Med henvisning til Kommissionens afgørelse og Domstolens dom vedrørende Hilti [note: Kommissionens afgørelse, nr. IV/30.787 - EuroFix-Bauco mod Hilti, især punkt 80-81, som senere blev stadfæstet af EF-Domstolen (C-53/92)] er Forbruger-Kontakts konklusion imidlertid, at Post Danmarks selektive prisadfærd udgør misbrug af en dominerende stilling i form af primary-line prisdiskrimination. Endvidere er det Forbruger-Kontakts opfattelse, at en sådan prisadfærd vil påvirke konkurrenters lyst til og mulighed for at etablere sig på et marked, og dermed også eksisterende aktørers mulighed for at blive på markedet.

150. Forbruger-Kontakt understreger endvidere, og at det er vigtigt at sikre, at Post Danmark skal omkostningsbegrunde sine rabatter for hele markedet, dvs. for alle kunder, og ikke kun indenfor fastsatte kundekategorier. Forbruger-Kontakt foreslår, at dette præciseres i påbuddet.

151. Endvidere finder Forbruger-Kontakt ikke, at Post Danmark kan anvende marginalbetragtning i forhold til prisen og rabatten til den sidst tilkomne kunde, som det har været tilfældet for så vidt angår COOP. Forbruger-Kontakt understreger, at hvis en sådan betragtning kunne gøres gældende, så vil Post Danmark blot afgive tilbud til konkurrenternes kunder til sidst, for derved at give disse kunder de laveste priser med det formål at presse konkurrenter ud af markedet. Endvidere mener Forbruger-Kontakt, at der for alle virksomheder også er en grænse for de stordriftsfordele, der kan opnås, således at omkostninger i nogle tilfælde endda kunne stige, fordi marginalomkostningerne ikke længere er faldende.

152. Det er således den sammenfattende vurdering, at Post Danmarks prissystem baseret på 7 omkostningsdeterminanter er uigennemskueligt, og at der ikke af systemet fremgår en tilstrækkelig klar sammenhæng mellem de underliggende omkostninger og priserne - især ikke når priserne til Forbruger-Kontakts tidligere kunder sammenlignes med Post Danmarks hidtidige kunder.

153. Efter styrelsens opfattelse synes kriteriet om såkaldt ”drop-økonomi” ikke at være indarbejdet i Post Danmarks generelle pris- og rabatsystem. Desuden synes kriteriet baseret på en marginal betragtning, der særligt synes at være indrettet på at tilgodese COOP, der som Forbruger-Kontakts tidligere kunde netop synes at være den eneste kunde, der kan opfylde kriterierne om stærkt forbedret drop-økonomi [note: Kommissionen har kun sjældent fundet kvantumsrabat systemer konkurrencebegrænsende, hvis alle kunder behandles ud fra objektive kriterier. Hvis et kvantumsrabatsystem derimod er målrettet for særligt at tilgodese netop én kunde, så kan systemet have ekskluderende effekter i forhold til de foretrukne af konkurrentens kunder. Dette var tilfældet i Brussels Airport-sagen, hvor Kommissionen fandt, at sådant et system var indrettet, så kun lufthavnens største kunde, kunne nyde godt af det, jf. Faull and Nikpay, The EC Law of Competition, 1999. Samme argument kan fremføres for en omkostningsdeterminant i form af ”drop-økonomi”]. Såfremt Post Danmarks aftale med COOP medvirker til at sænke selskabets omkostninger, vil den lave pris ikke kunne begrundes ud fra en marginalbetragtning, således at selskabet på grund af eventuelt lavere omkostninger ensidigt kunne tilbyde særlig fordelagtige priser overfor netop COOP. Det skyldes, at Post Danmark må formodes i forvejen at have en tilstrækkelig stor kritisk masse til allerede at skulle foretage omdelinger på de fastsatte ugedage, og kun på grund af den senest tilkomne kunde vil kunne forøge antallet af forsendelser pr. stop hos den enkelte husstand.

154. Såfremt nye kundeaftaler med et stort volumen medvirker til at nedbringe selskabets gennemsnitlige omkostninger, så bør besparelsen komme alle kunderne til gode, herunder selskabets egne hidtidige kunder.

155. Det understreges, at ifølge Forbruger-Kontakts oplysninger, blev Forbruger-Kontakts forsøg på kontakte Spar og SuperBest med henblik på at komme med bud for 2004, afslået af disse to kunder med henvisning til, at de allerede havde fået tilbud fra Post Danmark eller givet ordren til anden side (Post Danmark). Det kan tyde på, at Post Danmarks tilbud netop har haft en ekskluderende effekt.

156. Forbruger-Kontakts tidligere kunder er således blevet tilbudt mere fordelagtige priser og rabatter end Post Danmarks kunder med den virkning, at kunderne har valgt at skifte distributør. Fortsætter denne adfærd, vil Post Danmark kunne drive Forbruger-Kontakt og små konkurrenter ud af markedet. Kunderne COOP, SuperBest og Spar repræsenterede samlet set næsten [...] pct. af Forbruger-Kontakts omsætning. Post Danmarks overtagelse af disse kunder skete endvidere på et tidspunkt, hvor Forbruger-Kontakt netop havde opnået en kritisk masse i form af et tilstrækkeligt stort kundeunderlag til, at virksomheden omkring 2003 kunne tilbyde landsdækkende distribution af adresseløse forsendelser. Forbruger-Kontakt er derfor yderst sårbar for så vidt angår tab af flere kunder, idet selskabet dermed kan miste det kundeunderlag, som udgør den kritiske masse for at opretholde selskabets landsdækkende distribution. Idet konkurrenten således er afhængig af at kunne opretholde sit alternative landsdækkende distributionssystem, har Post Danmark ved at anvende diskriminerende priser og rabatter opnået at overtage konkurrentens største kunder, hvilket stiller særlige krav til, at Post Danmark som konsekvens af sin dominerende stilling bør kunne dokumentere, om der er omkostningsmæssige begrundelser for de fordelagtige priser overfor netop konkurrentens tidligere kunder.

157. Dette kan ses i sammenhæng med nogle af Retten af Første Instans' seneste domme, jf. British Airways og Michelin vedrørende dominerende virksomheders prisadfærd. I begge sager havde Kommissionen fundet, at hhv. British Airways og Michelin anvendte diskriminerende/ekskluderende rabatsystemer, som havde en skadelig virkning for konkurrenter på markedet. Retten af Første Instans stadfæstede begge af Kommissionens afgørelser inklusiv de fastsatte bøder. I dommene under-stregede Retten, at begge virksomheder overtrådte de særlige forpligtelser, som ifølge konkurrencereglerne påhviler virksomheder med dominerende stilling.

158. For så vidt angår Post Danmarks argument om, at selskabet ikke har foretaget selektive prisnedsættelser overfor [...], så bør der efter styrelsens opfattelse tages udgangspunkt i selskabets eget prissystem for at sammenligne, hvorvidt selskabet favoriserer Forbruger-Kontakts tidligere kunder i forhold til egne kunder med en ekskluderende effekt til følge.

159. Selvom Post Danmark måtte have vundet de nævnte kunder til en højere pris på trods af konkurrerende tilbud fra Forbruger-Kontakt for 2004, kunne det i øvrigt også være et udtryk for, at Post Danmark netop på grund af eneret og befordringspligt for så vidt angår breve allerede har et effektivt landsdækkende distributionssystem med højt service niveau. Det har fx betydet, at Post Danmark altid har kunnet tilbyde forsyningsikkerhed også i landdistrikter, hvilket ikke har været muligt for Forbruger-Kontakt, der først i løbet af 2003 fik opbygget et næsten landsdækkende system og løbende har skullet forbedre sit serviceniveau for så vidt angår forsyningsikkerhed.

160. For så vidt angår den juridiske analyse, fortolker Post Danmark Fællesskabets Artikel 82 praksis ud fra en effektbaseret analyse. Selvom der måtte foregå overvejelser i Kommissionen vedrørende at foretage artikel 82-sagsbehandling i et mere effektbaseret/økonomisk lys, finder styrelsen det tvivlsomt, hvorvidt dette synspunkt endnu fuldt ud afspejler sig i Fællesskabets retspraksis, jf. Retten af Første Instans' seneste domme, jf. British Airways og Michelin (II) vedrørende dominerende virksomheders prisadfærd.

161. Sammenfattende er det således vurderingen, at der ikke foreligger en håndfast praksis om, at en konklusion om prisdiskriminering forudsætter 1) superdominans, 2) loyalitetsskabende selektive prisnedsættelser og 3) predatory intent/eliminering-hensigt, for at prisforskelle mellem egne og konkurrentens kunder kan anses for diskriminerende.

162. Da der foreligger betydelig dominans, og at de konstaterede prisforskelle mellem egne og konkurrentens kunder er udtryk for prisdiskrimination og ikke begrundet i omkostningsforskelle. Disse prisforskelle har været medvirkende til, at konkurrenten er blevet udelukket fra at byde på de nævnte kunders ordre.

Primary-line prisdiskrimination – Målrabatter

163. Ud over de priser og rabatter, som Post Danmark har givet til sine storkunder, findes der særlige rabatbestemmelser i udvalgte storkundeaftaler, idet Post Danmarks aftaler for 2003 med hhv. [...] indeholder individualiserede målrabatter. Der er således tale om primary-line prisdiskrimination, jf. foregående afsnit.

164. I aftalerne fastsættes et forventet antal forsendelser, som svarer til hele kundens behov i et år, og rabatterne reguleres ved årets udgang i forhold til dette antal. Det indebærer, at kundens rabat efterreguleres ved årets udgang i forhold til, om det faktiske antal forsendelser er større eller mindre end det forventede antal forsendelser ved aftalens indgåelse. Har kunden ved årets udgang fået distribueret flere forsendelser end det forventede antal, opnår kunden således en større rabat på alle sine forsendelser.

165. Som typeeksempel kan nævnes Post Danmarks aftale med [...]. Der henvises til en beskrivelse af lignende målrabatter i de resterende [...] storkundeaftaler med [...].

166. Det fremgår af [...], at det forventede antal forsendelser – [...] fulde behov – er fastsat til [...] stk. Videre fremgår det af aftalen, at såfremt der distribueres mere end [...] stk. i forhold til det forventede antal på [...] stk., så belønnes [...] med en rabat på [...] pr. stk. for samtlige forsendelser i [...] år. Tilsvarende straffes [...] ved, at prisen for virksomhedens samtlige antal distribuerede forsendelser stiger med [...], for hver [...] stk. som det årlige antal falder med. Dette betyder, at såfremt mængden falder til [...] stk. pr. år, vil prisen for omdelingen stige med [...] pr. stk. for samtlige forsendelser. Såfremt mængden yderligere falder med [...] stk. årligt, således at antallet udgør [...] stk. på et år, vil prisen for distribution stige med [...] pr. stk. for samtlige forsendelser. For forsendelsesmængder under [...] stk. vil der skulle aftales nye priser.

167. Fælles for rabatbestemmelserne i de ovennævnte [...] storkundeaftaler er, at kunderne opnår en højere rabat, hvis det faktiske antal årlige forsendelser, som Post Danmark har distribueret, er højere end det forventede antal forsendelser, som parterne havde fastsat i deres fælles aftale, dvs. kundens fulde behov. Der er således tale om progressive rabatter. Rabatten formindskes endvidere, hvis det antal forsendelser, som kunden faktisk får distribueret, er mindre end det i aftalen fastsatte antal forventede forsendelser, dvs. at kunden i disse tilfælde straffes og skal betale en højere pris end fastsat ud fra det forventede antal forsendelser.

168. Post Danmark har anført, at (i) de [...] nævnte aftaler alle er indgået på et tidspunkt, hvor Post Danmark ikke indtog en dominerende stilling, (ii) de [...] aftaler er udløbet med udgangen af 2003, (iii) at kun aftalen med [...] er forlænget for 2004 med stort set enslydende målrabatter, men vil blive opsagt, hvis Konkurrencerådet når frem til, at Post Danmark indtager en dominerende stilling.

169. Det skal hertil bemærkes, at alle aftaler er ophævet efter denne sags opstart og erstattet af nye aftaler, hvor lignende bestemmelser ikke indgår [note: Det skal understreges, at den nye [...] aftale også indeholder målrabatter, men at referenceperioden er nedsat til ét kvartal]. Kun Post Danmarks

aftale med [...] er blevet forlænget for 2004 og indeholder stadig samme bestemmelse med målrabatter. Aftalerne med [...] for 2003, som indeholdt de nævnte målrabatter, har dog været gældende for [...] år og været gældende på et tidspunkt, hvor Post Danmark har været dominerende.

170. Det er styrelsens vurdering, at målrabatterne i aftalerne for 2003 med hhv. [...] er loyalitetsskabende og har en ekskluderende effekt i forhold til Post Danmarks konkurrenter. Selv om der er tale om relativt små udsving i rabatsatserne på mellem [...] og [...] pct. kan disse lægge et stort pres på køberne. Der henvises til EF-Domstolens dom i Hoffmann-La Roche-sagen, hvor det fremgik, at selv et udsving i rabatsatserne på mellem 0,2 og 0,4 pct. kan lægge et stort pres på forhandlerne, idet rabatterne ydes efter de mængder, der er blevet afsat i en forholdsvis lang referenceperiode – et år. Hertil hører, at presset på køberen for at opfylde det indkøbstal, der skal til for at få fordelen eller for ikke at lide det for perioden fastsatte tab, stiger ved referenceperiodens slutning. Således vil selv afgivelsen af en mindre ordre til Forbruger-Kontakt eller en af de mindre aktører på markedet have betydning for kundens rabat på sit samlede køb. Disse målrabatter medfører, at de nævnte kunder mister incitamentet til at lade en del af deres eksisterende omsætning eller eventuel meromsætning distribuere af eksempelvis Forbruger-Kontakt.

171. Der er således tale om loyalitetsskabende rabatter, som ekskluderer Forbruger-Kontakt, og stiller selskabet dårligere i konkurrencen, idet kunderne ikke har incitament til at vælge Forbruger-Kontakt som distributør, medmindre Forbruger-Kontakt tilbyder en pris, som er meget lavere end Post Danmarks pris. Hvis Forbruger-Kontakt skal distribuere en del af disse kunders forsendelser, er selskabet således nødt til at tilbyde kunderne en uforholdsmæssig høj rabat, for at kompensere for Post Danmarks målrabat, som dækker kundernes fulde antal forsendelser.

172. Post Danmark har ikke med baggrund i de bagvedliggende omkostninger kunnet forklare eller dokumentere de omkostningsbesparelser, som ligger til grund for målrabatterne, jf. Konkurrenceankenævnets kendelser om LK A/S grossistaftaler og Skandinavisk Motor Co. A/S' rabatsystem, og alene af den grund anses de pågældende målrabatter for at udgøre en overtrædelse af forbudet i artikel 82, stk. 1, jf. artikel 82, stk. 1, litra c, og konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. § 11, stk. 3, nr. 3.

Secondary-line prisdiskrimination – Diskrimination mellem konkurrerende kunder

...

173. Post Danmark anfører i den forbindelse, at der gælder et mærkbarhedskrav, således at der i nærværende sag alene kan være tale om diskriminerende priser, såfremt disse forskellige priser medfører et mærkbart konkurrencemæssigt handicap for nogle af kunderne, samt at kunderne ikke har mulighed for at handle med en konkurrerende distributør.

174. Post Danmark afviser i høringssvaret, at selskabet udøver misbrug i form af secondary-line prisdiskrimination, bl.a. fordi:

- Post Danmarks rabatter ydes ud fra objektive kriterier (mængde, vægt, format, modtagergruppe etc.), med relation til selskabets omkostninger og navnlig administreres ens overfor alle kunder
- Konkurrencestyrelsen ikke har dokumenteret, at kriterierne ikke er administreret ens over for alle kunder, der er i indbyrdes konkurrence,
- Konkurrencestyrelsen ikke har dokumenteret, at såfremt der foreligger diskrimination, har den haft en mærkbar virkning på kundernes indbyrdes konkurrenceforhold

- Konkurrencestyrelsen ikke ses at have dokumenteret, at kunder, der måtte føle sig diskrimineret, ikke blot har kunnet vælge at kontrahere med en konkurrent til Post Danmark
- Post Danmark må kunne udvise en betydelig frihed fsva. fastsættelse af rabatter, idet mange af kontrakterne er indgået efter forudgående licitationslignende procedurer, og selskabet henviser til Konkurrencerådets afgørelse af 30. januar 2002 om Indkøbsforeningers brug af udbud

175. Sammenfattende anfører Post Danmark, at selskabets nettopriser ikke er et udtryk for secondary-line prisdiskrimination, dels fordi de storkunder, der kan være i indbyrdes konkurrence, ikke er sammenlignelige, dels fordi selskabet kan anføre ”objektive” grunde til de konstaterede prisforskelle.

176. Post Danmark har i den forbindelse vurderet hvilke af selskabets storkunder, som er i indbyrdes konkurrence og forklaret, hvorfor der er en prisforskel mellem disse kunder. På den baggrund er i tabel 7 angivet de detailkæder, der er Post Danmarks kunder, og som er i indbyrdes konkurrence for så vidt angår hovedparten eller en del af produktgrupperne. Styrelsens kundeopdeling svarer for størstedelen af kunderne til Post Danmarks opdeling, som angivet af selskabet.

Tabel 7. Post Danmarks storkunder (detailkæder), som er i indbyrdes konkurrence [note: Post Danmarks oplysninger ved brev af 29. juli 2004]

...

Tabel 8. De af Post Danmarks storkunder, som er i indbyrdes konkurrence (2003)

...

177. Post Danmark har med henvisning til Konkurrencerådet afgørelse vedr. Indkøbsforeningers brug af udbud samt en artikel af John Temple Lang [note: Defining legitimate competition: How to clarify pricing abuses under article 82 EC, Fordham International Law Journal, November 2002, page 11] anført, at licitationsprocedurer kan berettige en vis forskelsbehandling mellem i øvrigt sammenlignelige kunder. Det skal hertil bemærkes, at Post Danmark i de færreste tilfælde har været ude i en egentlig udbudsrunde, men alene har benyttet muligheden for at ensidigt at give ekstra store rabatter. Det bemærkes, at rabatforskellene er ganske store, jf. tabel 5. Endvidere bør det gentages, at Forbruger-Kontakt ikke fik mulighed for at afgive tilbud til SuperBest og Spar for 2004.

178. Med henvisning til EF-domstolens dom i Portugal mod Kommissionen [note: EF-Domstolens dom af 29. marts 2001 i sag C-163/99, Den Portugisiske Republik mod Kommissionen] anfører Post Danmark bl.a. i høringssvaret, at kvantumsrabatter ikke i sig selv er udtryk for prisdiskriminering. Forbruger-Kontakt anfører imidlertid, at det klart af samme dom fremgår, at rabatter skal være omkostningsmæssigt begrundet, og at et større volumen ikke automatisk medfører lavere omkostninger.

179. Endvidere mener Post Danmark, at der skal relativt meget til, før secondary-line prisdiskriminering antages at foreligge, og det må være lovligt at anvende grove, håndterbare objektive kriterier, uden skelen til et ønske om særligt at favorisere visse kunder. Ifølge selskabet gælder der for så vidt angår secondary-line pris-diskrimination ikke noget snævert krav om, at

rabatter skal omkostningsmæssigt justificeres. Endelig gælder ifølge Post Danmark et mærkbarhedskrav, så der i nærværende sag alene kan være tale om diskriminerende priser, hvis de forskellige priser medfører et mærkbart konkurrencemæssigt handicap for nogle af kunderne, samt at kunderne ikke har mulighed for at handle med en konkurrerende distributør.

180. Efter styrelsens opfattelse har Post Danmark imidlertid ikke konkret redegjort for de faktiske store forskelle i selskabets nettopriser overfor de største kunder ud fra tilstrækkelig objektive kriterier. Post Danmark har således ikke påvist, hvorledes de forskellige faktorer fx antal, vægt, format, modtagergruppe mv. vægtes af selskabet overfor alle kunder, når selskabet fastsætter sine priser og rabatter overfor storkunder.

181 Det er derfor vurderingen, at Post Danmark anvender et diskriminerende pris- og rabatsystem, som stiller handelspartnere i samme situation forskelligt, og selskabet har ikke været i stand til at forklare priserne og forskelle heri ud fra de kriterier for selskabets priser, som selskabet selv har oplyst overfor styrelsen.

182. Der er eksempelvis tale om kunderne [...] og [...], som stort set får distribueret den samme mængde adresseløse forsendelser i 2004, jf tabel 7. [...] og [...] får eksempelvis en pris på [...] øre, mens [...], som er en af Post Danmarks kunder gennem længere tid, kun får en pris på [...] øre. Hvis [...] havde opnået samme pris på [...] øre som [...] og [...], havde [...] eksempelvis kunnet spare [...] kroner på sit markedsføringsbudget. Samme situation kan gøre sig gældende for andre kunder i indbyrdes konkurrence. COOP har eksempelvis i en anden sammenhæng tilkendegivet i pressen, at kæden ikke ønsker at anvende Kellogg's som leverandør, fordi COOP ikke var tilfreds med den rabat, som leverandøren tilbød supermarkeds kæden [note: jf. artiklerne "Kellogg's cornflakes ryger ned fra hylderne" og "COOP viser muskler" fra Berlingske Tidende hhv. den 30. juni og 1. juli 2004].

183. Sammenfattende er det således styrelsens vurdering, at Post Danmark ikke administrerer sit pris- og rabatsystem på et objektiv og ikke-diskriminerende grundlag. Således opnår nogle af kunderne fx målrabatter, hvorimod andre sammenlignelige kunder ikke opnår denne type rabatter [note: Faull & Nikpay, "The EC Law of Competition" 1999, side 178]. Specielt synes selskabets egne kriterier for prissætning ikke de facto at blive administreret på samme måde overfor kunder, der er i indbyrdes konkurrence, som eksempelvis [...] nævnt ovenfor. Endvidere får nogle storkunder store rabatter, mens andre tilsyneladende ikke får, og især Forbruger-Kontakts tidligere kunder synes at blive favoriseret af Post Danmark, så netop disse kunder ikke har incitamenter til at indgå aftaler med Forbruger-Kontakt, når Post Danmark først har tilbudt dem en tilpas fordelagtig pris. Post Danmarks pris- og rabatstruktur er således uigennemskueligt, hvilket gør det vanskeligt for kunderne at afgøre, hvilke kriterier, der de facto skal opfyldes, for at opnå rabatter hos selskabet.

184. Det er uigennemskueligt hvilke kunder, der hører ind under Post Danmarks betegnelse for storkunder og dermed kan få større rabatter og lavere priser, end hvad der fremgår af Post Danmarks officielle prislister. For det andet er det uigennemskueligt hvilke kriterier, der de facto skal være opfyldt for at opnå andre rabatter for fx storkunder. Endvidere er det vanskeligt at vurdere, om disse priser administreres på et objektivt og ikke-diskriminerende grundlag, så kunderne ikke diskrimineres i forhold til deres sammenlignelige indbyrdes konkurrenter.

185. Sammenfattende er det vurderingen, at Post Danmarks priser overfor konkurrerende kunder som eksempelvis de nævnte dagligvarekæder er et udtryk for mærkbar secondary-line

prisdiskrimination, idet der er uforklarlige forskelle mellem de nævnte kunder. [...] og [...] opnår eksempelvis bedre priser end [...]. Sådanne forskelle kan også være tilfældet blandt kunder, som konkurrerer indenfor de øvrige hovedgrupper, jf. tabel 8. Endvidere er styrelsen af den opfattelse, at de nævnte forskelle mærkbart stiller de konkurrerende kunder forskelligt i deres indbyrdes konkurrence.

...

Samlet konklusion

198. Det er vurderingen, at det relevante marked er markedet for distribution af adresseløse forsendelser og lokal- og regionalaviser i Danmark, jf. Rådets afgørelse af 24. april 2002 vedr. etablering af Dansk Distributionscenter A/S. På dette marked indtager Post Danmark en dominerende stilling.

199. Post Danmark har overtrådt forbudet i artikel 82, stk. 1, jf. artikel 82, stk. 1, litra c, og konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. § 11, stk. 3, nr. 3, ved at anvende primary-line prisdiskrimination i form af forskellige priser over for egne og konkurrenters kunder. Post Danmark har således tildelt Forbruger-Kontakts tidligere kunder COOP, SuperBest og Spar mere fordelagtige priser og rabatter end egne kunder fx [...], hvilket har en ekskluderende effekt på markedet. Dette er sket, uden at selskabet ud fra sine omkostninger har kunnet begrunde de meget betydelige pris- og rabatforskelle imellem egne og konkurrentens tidligere kunder.

200. Post Danmark har også overtrådt forbudet i artikel 82, stk. 1, jf. artikel 82, stk. 1, litra c, og konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. § 11, stk. 3, nr. 3, ved at anvende primary-line prisdiskrimination i form af målrabatter. Post Danmarks aftaler for 2003 med hhv. [...] indeholder således målrabatter. Post Danmark har i den forbindelse ikke dokumenteret eller godtgjort, at disse ekskluderende og loyalitetsskabende rabatter er omkostningsmæssigt begrundet

201. Endvidere har Post Danmark overtrådt forbudet i konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. § 11, stk. 3, nr. 3, ved at anvende secondary-line prisdiskrimination i form af at stille handelspartnere i samme situation forskelligt for så vidt angår priser og rabatter. Der er eksempelvis tale om kunderne [...] og [...], der aftager nogenlunde samme mængde, men hvor [...] får en væsentlig højere rabat end [...].

3.2 Forbruger-Kontakts klage over, at Post Danmark havde misbrugt en dominerende stilling ved at anvende urimeligt lave priser ("predatory pricing"), blev behandlet på Konkurrencerådets rådsmøde den 24. november 2004. Det fremgår herom i det rådsnotat, der ligger til grund for afgørelsen, bl.a.:

"31. Forbruger-Kontakt har klaget over, at Post Danmark misbruger sin dominerende stilling ved at anvende urimeligt lave priser ("predatory pricing") ved at udbyde ydelsen med det formål at drive Forbruger-Kontakt ud af markedet. I den forbindelse anfører Forbruger-Kontakt, at Post Danmark i sine kontrakter med storkunder som [...] opererer med priser, som er lavere end hhv. Post Danmarks gennemsnitlige totale omkostninger og gennemsnitlige variable omkostninger samt de produktspecifikke meromkostninger ved at udbyde tjenesten, som består i distribution af adresseløse forsendelser.

Høring

32. Udkast til Konkurrencestyrelsens afgørelse har været i høring hos sagens parter, Post Danmark og Forbruger-Kontakt. Styrelsens vurdering af klagen om predatory pricing blev først behandlet sammen med Forbruger-Kontakts øvrige klager – herunder klagen over at Post Danmark anvendte diskriminerende priser. Dette udkast til sagsfremstilling blev sendt i høring to gange, hvor parterne begge gange fik 3 ugers høringsfrist.

33. Disse høringer viste imidlertid, at problemstillingen om predatory pricing var kompliceret og forudsatte en mere dybtgående analyse. På den baggrund lagde styrelsen op til at udsætte vurderingen af klagen over predatory pricing, og at forelægge dette spørgsmål en selvstændig sag for Konkurrencerådet snarest muligt. På rådsmødet den 29. september 2004 tilsluttede rådet sig denne fremgangsmåde.

34. Derefter udarbejdede styrelsens en sagsfremstilling, som fokuserede på Forbruger-Kontakts klage over predatory pricing, som blev sendt i høring til parterne i oktober med henblik på at sagen kunne forelægges rådet på rådsmødet den 3. november 2004.

35. Forbruger-Kontakt havde imidlertid indvendinger imod denne fremgangsmåde, hvorefter det blev besluttet, at rådet først vil få mulighed for at træffe beslutning i sagen på rådsmødet den 24. november 2004. Hermed har Forbruger-Kontakt fået tilstrækkelig mulighed for at varetage sine interesser. Post Danmark har efterfølgende udsat budprocessen i forbindelse med selskabets delvise privatisering.

36. Hovedpunkterne i høringssvarene er gengivet her og er indarbejdet og kommenteret under de relevante punkter i notatet. ...

...

Post Danmarks høringssvar af 25. oktober og 9. november 2004

...

40. I relation til predatory pricing anfører Post Danmark, at Konkurrencestyrelsen alene har hjemmel til at underlægge selskabet IC-testen, jf. DPAG-afgørelsen, men ikke AVC- og ATC-testen, jf. AKZO-dommen, ved en vurdering af, om selskabet har udøvet predatory pricing. Videre anfører selskabet, at IC-testen skal baseres på det af Post Danmark udarbejdede konkurrenceregnskab, jf. punkt 113 og efterfølgende.

41. Endvidere har Post Danmark taget stilling til hver enkelt af Forbruger-Kontakts ti anbringender om, at visse tiltag og materiale fra Post Danmarks side udgør bevis for elimineringshensigt, jf. bilag 2. Post Danmark har afvist samtlige ti anbringender

42. Post Danmarks grundlæggende indvending imod den fremsendte sagsfremstilling knytter sig derudover hovedsageligt til opgørelsen af AIC. Selskabets synspunkter herom er nærmere refereret i afsnittene om beregningen af AIC...

Forbruger-Kontakts høringsvar af 18. maj og 1. juni og 25. oktober og 9. november 2004

43. Forbruger-Kontakt definerer de inkrementelle omkostninger som de variable og faste omkostninger, der umiddelbart forsvinder som følge af et bortfald af adresseløse forsendelser samt de omkostningsbesparelser, der ville kunne realiseres inden for 3-5 år ved at tilpasse organisationen til det lavere forsendelsesvolumen uden adresseløse forsendelser. Forbruger-Kontakt hævder, at en langt større andel af Post Danmarks totale omkostninger vil variere med mængden af adresseløse forsendelser og følgelig bør medregnes i IC.

44. Forbruger-Kontakt har anført, at Post Danmark ved brug af selskabets konkurrenceregnskab opnår, at en uforholdsmæssig stor andel af omkostningerne henføres til de befordringspligtige produkter. Forbruger-Kontakt mener, at Post Danmark ikke opgør de inkrementelle omkostninger for adresseløse forsendelser korrekt. Forbruger-Kontakt har især understreget, at Post Danmarks beregning af distributionsomkostninger og transportomkostninger efter Forbruger-Kontakts opfattelse er beregnet for lavt. Sammenfattende mener Forbruger-Kontakt, at styrelsen bør fastslå, at principperne bag Post Danmarks konkurrenceregnskab bør underkendes.

45. Forbruger-Kontakt påpeger, at Konkurrencestyrelsen ved beregning af de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger også bør indregne offeromkostninger/alternativomkostninger dvs. omkostninger, som kunne spares, hvis Post Danmark tilpasser sin omkostningsstruktur til en ny situation uden adresseløse forsendelser. Efter Forbruger-Kontakts opfattelse inddrager Kommissionen i DPAG-afgørelsen også offeromkostninger, og selskabet henviser yderligere til styrelsens afgørelse i MetroXpress II, hvor offeromkostninger blev taget i betragtning. [Note: jf. punkt 101-109 i Konkurrencestyrelsens afgørelse i MetroXpress II af 24. september 2003.]

46. For så vidt angår opgørelsen af de inkrementelle omkostninger, så påpeger Forbruger-Kontakt, at styrelsen ikke har været tilstrækkelig kritisk for så vidt angår opgørelsen af solobesøg, som Forbruger-Kontakt antager, at Post Danmark har opgjøret for lavt. I den forbindelse mener Forbruger-Kontakt, at det må sikres, at disse tal inddrager lokalaviser og ikke medregner besøg til erhvervsvirksomheder, som ikke modtager adresseløse.

47. Forbruger-Kontakt understreger især, at Konkurrencestyrelsen i sine beregninger af de inkrementelle omkostninger undervurderer omkostninger, der stammer fra sambesøg vedrørende befordringspligtige og adresseløse forsendelser. Det er Forbruger-Kontakts opfattelse, at styrelsen undervurderer den tidsbesparelse i sambesøg, som vil forekomme, hvis de adresseløse forsendelser bortfalder. Hvor styrelsen oprindeligt tog udgangspunkt i, at der kunne spares 1 sek pr. for disse sambesøg, så finder Forbruger-Kontakt, at tidsbesparelsen ved disse sambesøg er mindst [...] sek/besøg. Ifølge Forbruger-Kontakt svarer denne tidsbesparelse til [...] kr., som skal indregnes i de inkrementelle omkostninger for adresseløse forsendelser...

48. Endvidere påpeger Forbruger-Kontakt, at Konkurrencestyrelsen har udeladt en andel af de ikke-henførbare fællesomkostninger til centrale funktioner i Post Danmark, idet forretningsområdet for adresseløse forsendelser efter Forbruger-Kontakts opfattelse også skal være med til at dække ikke-henførbare fællesomkostninger til centrale funktioner i Post Danmark.

49. Hertil kommer, at der efter Forbruger-Kontakts opfattelse er et misforhold mellem Post Danmarks samlede omsætning, omkostninger og mængder og de samme oplysninger for så vidt angår forretningsområdet for adresseløse forsendelser.

50. Forbruger-Kontakt har endvidere påpeget, at det er relevant at inddrage en ATC-test for at konstatere, at Post Danmark har haft til hensigt at eliminere Forbruger-Kontakt for så vidt angår priser under ATC. Efter Forbruger-Kontakts opfattelse kan Konkurrencestyrelsen lægge til grund, at Post Danmark har haft til hensigt at eliminere Forbruger-Kontakt, og at ATC er det omkostningsmål, som Post Danmarks priser skal dække. Forbruger-Kontakt har i den forbindelse henvist til materiale, som omhandler Post Danmarks udmeldinger vedrørende selskabets strategi på markedet for adresseløse forsendelser, som efter Forbruger-Kontakts opfattelse beviser, at Post Danmark har haft til hensigt at eliminere Forbruger-Kontakt

51. Forbruger-Kontakt har den 9. juli 2004 indbragt en klage for EU-Kommissionen med påstand om, at den danske stat har overtrådt EU's statsstøtteregler ved at Post Danmark modtager ulovlig statsstøtte. Med henvisning til EF-Domstolens dom i Chronopost-sagen [note: EF-Domstolens Chronopost dom af 3. juli 2003, jf. C-83/01 O, C-93/01 P og C-94/01 P] har Forbruger-Kontakt bl.a. gjort gældende, at der er tale om indirekte statsstøtte til forretningsområdet for adresseløse forsendelser og gratisaviser. Forbruger-Kontakt hævder således, at Post Danmark subsidierer forretningsområdet for adresseløse forsendelser med ressourcer fra eneretsområdet (brevmonopolet).

52. Endelig hævder Forbruger-Kontakt, at høringsfristen reelt kun har været på 1½ uge i modsætning til den lovbestemte frist på 3 uger.

...

Vurdering

...

Praksis vedrørende urimeligt lave priser – ”predatory pricing”

106. Forbruger-Kontakt har anført, at Post Danmark misbruger sin dominerende stilling ved at anvende urimeligt lave priser med det formål at drive Forbruger-Kontakt ud af markedet. Da Post Danmark indtager en dominerende stilling på det relevante marked vurderes det, om Post Danmark misbruger denne stilling ved at anvende urimeligt lave priser.

107. I henhold til artikel 82, stk. 1, litra a, og konkurrencelovens § 11, stk. 1, er det forbudt en virksomhed at misbruge sin dominerende stilling ved at anvende urimeligt lave priser (”predatory pricing”). Fællesskabets retspraksis vedr. anvendelse af EF-Traktatens artikel 82 danner grundlag for en vurdering af, hvorvidt der foreligger et misbrug af en dominerende stilling i form af predatory pricing. Der er tale om predatory pricing, dvs. underbudspriser, når den dominerende virksomhed sælger en tjeneste under kostprisen med henblik på at udelukke konkurrenter fra markedet eller afholde dem fra at træde ind på markedet, således at den dominerende virksomhed får mulighed for at styrke sin markedsstilling. Begrebet kostpris er nærmere fastlagt i AKZO-dommen og i Deutsche Post afgørelsen, jf. nedenfor.

AKZO-dommen

108. EF-Domstolen tog første gang stilling til spørgsmålet om predatory pricing i AKZO-dommen [note: AKZO Chemie mod Kommissionen, C-62/86, Saml. 1999-I, 3359]. Dommen fastslog, at

AKZO havde misbrugt sin dominerende stilling ved selektivt at tilbyde underbudspriser, som var lavere end virksomhedens gennemsnitlige variable omkostninger med henblik på at fortrænge konkurrenten fra markedet.

109. I AKZO-dommen blev der anvendt en omkostningsbaseret test, der havde til formål at definere de omkostninger, som ændres i forhold til den producerede mængde. Det fremgår af dommen, at der er tale om et prismisbrug, når prisen ligger under den dominerende virksomheds gennemsnitlige variable omkostninger

110. Videre fremgår det, at der er tale om misbrug, hvis en dominerende virksomhed sætter sin pris på en ydelse, under de gennemsnitlige totale omkostninger, men over de gennemsnitlige variable omkostninger

111. Domstolen accepterede dog en undtagelse fra denne test. Domstolen anerkendte, at en dominerende virksomhed godt kan foretage rent defensive pristilpasninger over for allerede eksisterende kunder med henblik på at bevare sin faste kundekreds ("meeting the competition"), idet rent defensive pristilpasninger ikke kan afspejle en hensigt om at eliminere konkurrenten.

Deutsche Post afgørelsen

112. Kommissionen har senere taget stilling til spørgsmålet om predatory pricing i en sag indenfor postområdet i Tyskland (Deutsche Post (DPAG) sagen) [note: Kommissionens afgørelse af 20. marts 2001, COMP/35.141 – Deutsche Post AG, L 125/27]. Kommissionen fandt, at en test baseret på de gennemsnitlige variable og totale omkostninger, som blev anvendt i AKZO-dommen, ikke er den bedst egnede test til at identificere niveauet for predatory pricing for en postvirksomhed, som udfører en lovbestemt befordringspligt og tillige er en multiservicevirksomhed, som også udbyder tjenester på konkurrenceudsatte markeder. Årsagen var ifølge Kommissionen bl.a., at AKZO-testen fokuserer på et omkostningsbegreb, der retter sig mod enkeltvareproduktion, der ikke kan sammenlignes med postvirksomhed. Kommissionens konklusion var derfor, at AVC ikke er den rette omkostningstest at anvende for at vurdere, om der er tale om prismisbrug for en dominerende postvirksomhed.

113. I modsætning til AKZO-dommen baseres DPAG-afgørelsen på en "Incremental Costs" omkostningstest, dvs. en test baseret på (AIC), der betegner de gennemsnitlige produktspecifikke (inkrementelle) omkostninger pr. enhed.

AIC-testen

Incremental costs, dvs. de produktspecifikke meromkostninger, opstår ved udførelsen af en specifik tjeneste. Disse meromkostninger er afhængige af mængden af denne tjeneste, som opstår alene på grundlag af den specifikke tjeneste, og bortfalder fuldt ud i tilfælde af en afvikling af denne tjenesteydelse. Incremental cost omfatter kun omkostninger, der alene opstår på grundlag af den enkelte tjeneste. I AIC indgår ikke de faste omkostninger, som ikke alene opstår på grundlag af en enkelt tjeneste (dvs. de fælles faste omkostninger). Det skyldes, at de fælles faste omkostninger ikke er produktspecifikt forbundet med en bestemt tjeneste og først bortfalder, når alle virksomhedens tjenester bliver afviklet [DPAG-

afgørelsen, punkt 6-10, især fodnote 7].

I modsætning til en privat virksomhed har en postvirksomhed med befordringspligt i tilfælde af afviklingen af en konkurrenceudsat tjeneste ikke mulighed for at reducere personalemæssige og materielle ressourcer i samme forhold som den mængdemæssige nedgang [DPAG-afgørelsen, punkt 8]. Denne forpligtelse til at råde over en reservekapacitet betegnes som "carrier of last resort" [DPAG-afgørelsen, punkt 8].

Hvis postvirksomheden som følge af forpligtelsen til at udføre offentlige tjenester råder over en infrastruktur, skal der sondres mellem de fælles omkostninger til reservekapaciteten og de produktspecifikke meromkostninger ved de enkelte tjenester. Omkostninger til reservekapaciteten opstår uafhængigt af de leverede tjenester og den befordrede mængde forsendelser alene som følge af reservekapaciteten. De omkostninger, som opstår som følge af den lovbestemte befordringspligt, øger den andel af de fælles faste omkostninger, som skal afholdes af "carrier of last resort" i forhold til virksomheder, der ikke er underlagt en forpligtelse til at udføre offentlige tjenester. Fælles faste omkostninger bortfalder kun, hvis forpligtelsen til at udføre offentlige tjenester generelt bortfalder. På denne måde tages der højde for omkostningerne til reservekapaciteten i netværket og derfor kræves det således kun, at de produktspecifikke meromkostninger dækkes i forbindelse med den konkurrenceudsatte tjeneste. Dermed belastes de konkurrenceudsatte aktiviteter ikke med de fælles faste omkostninger til reservekapaciteten i netværket, som opstår for postvirksomheden som følge af forpligtelsen til at udføre offentlige tjenester [DPAG-afgørelsen, punkt 9-10]. De fælles faste omkostninger indgår således ikke i de produktspecifikke omkostninger for den enkelte tjeneste. Disse omkostninger bortfalder kun, hvis befordringspligten bortfalder, og de er derfor ikke forbundet med en enkelt konkurrenceudsat tjeneste.

Derfor skal de produktspecifikke omkostninger ikke belastes med de generelle omkostninger til reservekapaciteten, som opstår som følge af befordringspligten. AIC inddrager derfor kun alle faste og variable omkostninger, som alene opstår ved at producere den enkelte konkurrenceudsatte tjeneste.

114. Kommissionen tog stilling til, hvorvidt Deutsche Post AG (DPAG) havde misbrugt sin dominerende stilling ved at tilbyde pakketjenester til postordresektoren til urimeligt lave priser.

115. På baggrund af AIC- testen i Deutsche Post gennemgik Kommissionen hvert enkelt trin i produktionen af den pågældende tjeneste for at sondre mellem de produktspecifikke omkostninger, som alene opstår ved at udføre den enkelte tjeneste, og de fælles faste omkostninger, som ikke alene kan henføres til denne tjeneste. Kommissionen fandt, at der ved opgørelsen af de omkostninger, der ændres i forhold til den producerede mængde (i AKZO-dommen lig med AVC), skulle tages hensyn til en opdeling mellem de fælles faste omkostninger på den ene side og de produktspecifikke (faste og variable) meromkostninger ved at udføre den konkurrenceudsatte tjeneste på den anden side. Som følge af postvirksomhedens forpligtelse til at udføre offentlige tjenester fandt Kommissionen, at det alene er de gennemsnitlige produktspecifikke omkostninger (AIC), som ændres i forhold til mængden af den konkurrenceudsatte tjeneste.

116. Kommissionen fandt, at DPAG i perioden 1990-1995 havde tilbudt pakketjenester til postordresektoren til underbudspriser, dvs. priserne under de produktspecifikke meromkostninger. Kommissionen afgjorde på den baggrund, at Deutsche Post havde misbrugt sin dominerende stilling ved predatory pricing og dermed overtrådt EF-traktatens artikel 82 [note: jf. punkt 35 i DPAG-afgørelsen].

117. Det fremgår således af DPAG-afgørelsen, at der for en postvirksomhed som Post Danmark, der har hhv. eneret, befordringspligt, og samtidig udbyder andre tjenester i fri konkurrence, ikke længere eksisterer en omkostningstest baseret på AVC, men i stedet en omkostningstest baseret på de gennemsnitlige produktspecifikke meromkostninger (AIC).

118. Det er styrelsens vurdering, at principperne i DPAG-afgørelsen finder anvendelse, når styrelsen skal vurdere, om Post Danmark har anvendt urimeligt lave priser. Dette skyldes, at Post Danmark er en postvirksomhed, som har en befordringspligt på visse tjenester og samtidig udbyder tjenester i konkurrence med andre selskaber dvs. uden befordringspligt. Der henvises i den forbindelse til Kommissionens pressemeddelelse, der blev udsendt samtidig med afgørelsen, hvoraf følgende fremgår: "This formal decision under Article 82 of the Treaty clarifies the Commission's position on the costs to be covered by a multi-product monopoly operator that offers an additional line of products in markets open to competition".

119. Udover predatory pricing skal der også tages stilling til om der foreligger elimineringshensigt. Elimineringshensigt vil normalt tage form af en eller anden plan, der har til hensigt at eliminere en konkurrent fra markedet (på anden vis en via den normale konkurrenceproces). Priskonkurrence er som bekendt som udgangspunkt positiv, og bevisbyrden for, at priser i enkeltkundeforhold, der overstiger AIC, men ikke dækker ATC, kan anses for at være udtryk for elimineringshensigt, må antages at være streng.

120. Det er vanskeligt at udlede noget entydigt af de foreliggende EU-domme vedrørende emnet for så vidt angår bevisbyrden, dvs. hvilke elementer der bør lægges til grund ved vurderingen af, om der i en given sag foreligger elimineringshensigt [note: Tetra Pak II, Kommissionens beslutning (EUT 1992 L 72/1), AKZO-dommen (C-62/86)]. Det skyldes, at konklusionerne om elimineringshensigt i disse EU-domme ofte er baseret på flere elementer og hviler på et individuelt og særdeles konkret grundlag i hver enkelt dom. Ifølge EU-praksis lægges der bl.a. og navnlig vægt på varigheden, uforanderligheden og størrelsen af eventuelt tabsgivende salg.

121. I DPAG-afgørelsen tages ikke stilling til, om der udover AIC-testen stadig gælder en såkaldt ATC-test, som den fremgår af AKZO-dommen, allerede fordi prisen var lavere end AIC. Predatory intent kan komme på tale, hvis der foreligger bevis for, at den dominerende virksomhed på forhånd har en bevidst strategi om at eliminere sin konkurrent og samtidig tilbyder kunderne en pris, som ligger mellem de gennemsnitlige inkrementelle og de gennemsnitlige totale omkostninger

122. Det er Konkurrencestyrelsens vurdering, at det er relevant at anvende en ATC-test, hvis der kan påvises en elimineringshensigt. Dette er drøftet med Kommissionen. Det er desuden styrelsens vurdering, at forholdet mellem priserne og ATC er relevant ved en vurdering af spørgsmålet om statsstøtte og krydssubsidiering. Det bemærkes, at Post Danmark har understreget, at selskabet også finder, at AIC er den relevante test for så vidt angår vurdering af statsstøtte [note: Selskabet har i den forbindelse henvist til Tilman Lüders artikel i European State Aid Law Quarterly 3/2004, side 385-391].

Parternes synspunkter vedrørende valg af omkostningstest

123. ATC kan opgøres på grundlag af Post Danmarks produktøkonomiregnskab, hvor Post Danmarks samlede omkostninger fordeles ud fra fordelingsnøgler. Produktøkonomiregnskabet er opstillet i overensstemmelse med de krav, som Kommissionen har stillet i henhold til postdirektivet. Fordelingsnøglerne indeholder et arbitrært element og tjener et andet formål. Men ATC kan også som i denne sag opgøres med udgangspunkt i DPAG-afgørelsen ud fra en opgørelse af de omkostninger, der falder bort.

124. Der er ikke retspraksis for om anvendelsen af det ene eller andet ATC begreb skal lægges til grund ved bedømmelsen af, om der foreligger predatory intent. Det kan desuden diskuteres om ATC-begrebet giver mening for en multiproduktvirksomhed, fordi der er tale om et gennemsnitbegreb, der bl.a. baserer sig på antallet af forsendelser, forsendelsernes vægt og på forsendelsestyper. Den samme diskussion kan rejses i forhold til AVC-begrebet. Det er således en rimelighedsvurdering og ikke et spørgsmål, der kan afgøres objektivt, om omkostningerne ved produktion af flere produkter skal fordeles på disse efter antal styk, vægt, omsætningsandele eller andet. For en multiproduktvirksomhed er det teoretisk mere veldefineret at opgøre de såkaldte stand-alone omkostninger, dvs. virksomhedens omkostninger i den hypotetiske situation, hvor virksomheden alene skulle tilvejebringe et af produkterne. Summen af stand-alone omkostningerne for de enkelte produkter vil normalt klart overstige virksomhedens samlede omkostninger. Det vil imidlertid ikke være samfundsøkonomisk optimalt at kræve, at dominerende virksomheder generelt sætter sine priser højere end stand-alone omkostningerne, og det er derfor i denne afgørelse valgt at anvende omkostningsbegreber, hvor omkostningerne efter et skøn er delt ud på virksomhedens - her Post Danmarks - forskellige produkter.

125. Efter Konkurrencestyrelsens vurdering er det først relevant at anvende en ATC-test, hvis der kan påvises en elimineringshensigt [note: Der stilles forholdsvis strenge beviskrav mht. at godtgøre en elimineringshensigt (dvs. ”predatory intent”, jf. p. 163 i EU-konkurrenceretten af Kim Lundgaard Hansen, Lars Kjølbye og Henrik Saugmandsgaard Øe, 1. udg. 1998 og p. 171 i The EC Law of Competition af Jonathan Faull og Ali Nickpay, 1999)]. Dette er drøftet med Kommissionen.

Vurdering af elimineringshensigt

126. Post Danmark er enig i, at en vurdering af, om selskabet har anvendt urimeligt lave priser, bør baseres på DPAG-afgørelsen, idet selskabet mener, at Kommissionen i afgørelsen giver en klar og generel regel for, hvilke omkostninger en sådan operatør med befordringspligt skal dække, hvis denne operatør samtidig udbyder tjenester på konkurrenceudsatte markeder [note: Post Danmark har endvidere henvist til en artikel af John Temple Lang, tidl. medarbejder i DG COMP, der ifølge Post Danmark har fastslået, at IC-testen tillige finder anvendelse for et konkurrenceudsat produkt, der benytter samme infrastruktur som eneretsområdet, jf. Fordham International Law Journal, ”Defining legitimate competition: How to clarify pricing abuses under Article 82”].

127. Post Danmark mener ikke, at der efter Kommissionens DPAG-afgørelse gælder en ATC-test, men selskabet er af den opfattelse, at der alene gælder en AIC-test, dvs. om prisen er højere end de produktspecifikke meromkostninger [note: Ifølge Post Danmark fremgår denne konklusion af DPAG-beslutningens punkt 10 og Kommissionens pressemeddelelse om samme beslutning, jf. bilag 8].

128. Forbruger-Kontakt har påpeget, at udover AIC-testen, så er det også relevant at inddrage en ATC-test for at konstatere, at Post Danmark har haft til hensigt at eliminere Forbruger-Kontakt for så vidt angår priser under ATC. Efter Forbruger-Kontakts opfattelse kan Konkurrencestyrelsen lægge til grund, at Post Danmark har haft til hensigt at eliminere Forbruger-Kontakt, og at ATC er det omkostningsmål, som Post Danmark priser skal dække. Forbruger-Kontakt har i den forbindelse henvist til forskellige avisartikler, som omhandler Post Danmarks udmeldinger vedrørende selskabets adfærd på markedet for adresseløse forsendelser, jf. bilag 6 og 7.

129. Forbruger-Kontakt har anført en række forhold til støtte for sin påstand om, at der foreligger elimineringshensigt.

130. Forbrugerkontakt peger således på, at Post Danmark har besluttet at udgive et husstandsomdelt blad i konkurrence med Søndagsavisen. Konkurrencestyrelsen finder ikke, at det forhold, at Post Danmark vælger at konkurrere med Søndagsavisen for så vidt angår et andet marked, beviser, at der foreligger elimineringshensigt på markedet for adresseløse forsendelser. Post Danmark har understreget, at der ikke er tale om en egentlig avis alene et reklamebærende omslag.

131. Forbruger-Kontakt har henvist til, at Post Danmark i artikler og informationsmateriale har udtrykt sig aggressivt over Forbruger-Kontakt. Det drejer sig bl.a. om, at Post Danmark ifølge Forbruger-Kontakt udøver misbrug af befordringspligten. Forbruger-Kontakt har her henvist til Post Danmark materiale, hvori der indgår udtalelser som "use USO as an offensive tool". Hertil kommer Post Danmarks udtalelser om, at selskabet ønsker at kapre nye kunder på markedet for adresseløse forsendelser. Konkurrencestyrelsen finder, at disse udmeldinger fra Post Danmarks side har for generel karakter til at udgøre bevis for elimineringshensigt.

132. Hertil kommer Forbruger-Kontakts eget udsagn om, at "Post Danmark ikke har brudt sig om Forbruger-Kontakts opbygning af et landsdækkende net". Efter styrelsens opfattelse er det ikke et bevis på elimineringshensigt. Det samme gælder Forbruger-Kontakts udsagn om, at "Post Danmark udviser en aggressiv adfærd, som tidsmæssigt falder sammen med intensiveringen af salgsbestræbelserne for en aktiepost i Post Danmark".

133. Post Danmark har endvidere udvidet distributionen til at omfatte fredage/lørdage, hvilket er en forretningsmæssig disposition, som efterspørges af kunderne, og et sådant tiltag fra Post Danmarks side kan efter styrelsens opfattelse ikke i sig selv siges at udgøre elimineringshensigt.

134. Endvidere har Konkurrencestyrelsen bl.a. på Forbruger-Kontakts opfordring indhentet kopier af strategiplaner, bestyrelsesmødereferater og direktionsmødereferater for det adresseløse område for perioden 2000-2004. Der er ikke i dette materiale fundet beviser for, at Post Danmark har stræbt efter at eliminere Forbruger Kontakt.

135. Endvidere har Post Danmark benyttet lavere priser over for konkurrenters kunder end egne kunder. Det forhold, at Post Danmark i enkeltkundeforhold har benyttet priser under ATC er efter styrelsens vurdering ikke i sig selv udtryk for en elimineringshensigt. Til disse forklaringer hører, at Post Danmark i kraft af sin størrelse og netværksfordele i tilknytning til det befordringspligtige distributionsnet opnår positive eksternaliteter på omkostningssiden og economies of scope og skalafordele.

136. Selvom Post Danmark har overtaget kunder som COOP, Superbest og Spar fra Forbruger-Kontakt, så har det ikke haft som konsekvens, at Forbruger-Kontakt er blevet elimineret fra markedet. Hvis Post Danmark imidlertid fortsætter med at erobre store enkeltkunder fra Forbruger-Kontakt ved at tilbyde dem priser mellem AIC og ATC, så kan en sådan adfærd fra Post Danmarks side få som konsekvens, at den undergraver den kritiske masse af kunder, som er nødvendig for, at Forbruger-Kontakt fortsat kan opretholde et konkurrerende landsdækkende distributionsnet. I en sådan situation kan spørgsmålet om elimineringshensigt komme på tale.

137. Konkurrencestyrelsen er enig med Forbruger-Kontakt i, at spørgsmålet om elimineringshensigt må vurderes på en anden måde i den foreliggende sag end i de fleste andre sager om lave priser (predation). I den foreliggende sag er der således tale om, at Post Danmark må antages fuldt ud at være klar over, at Forbruger-Kontakt må vurderes at have en undergrænse for den omsætning, ved hvilken det er rentabelt at opretholde et landsdækkende distributionsnet. Hvis Post Danmark således i kraft af priser, der ikke dækker gennemsnitsomkostningerne (ATC) opnår så stor en markedsandel, at Forbruger-Kontakt må opgive landsdækkende distribution, så vil der være gode argumenter for, at Post Danmarks adfærd må vurderes på samme måde, som hvis virksomheden bevisligt, fx på baggrund af internt materiale, havde givet udtryk for en hensigt om at eliminere Forbruger-Kontakt. Konkurrencestyrelsen vurderer imidlertid, at en sådan situation ikke foreligger på nuværende tidspunkt. Post Danmarks adfærd kan indtil videre betegnes som stærkt konkurrencepræget, men ikke mere, end at Forbruger-Kontakt fortsat har en betydelig markedsandel.

138. Hertil kommer, at Post Danmarks gennemsnitlige priser i den betragtede periode har været højere end ATC (både når ATC er opgjort efter produktøkonomiregnskabet og konkurrenceregnskabet).

139. Endelig kunne det anføres, at det - i kombination med ovenstående betragtning om, at Post Danmark må antages at være klar over effekten af sin markedsadfærd på Forbruger-Kontakts situation - kan siges at udgøre et problem, at priserne til flere af Post Danmarks kunder er lavere end ATC. Hertil kan imidlertid anføres, at spørgsmålet om, hvorvidt der er større forskel på priserne til de forskellige kunder, end omkostningsforholdene berettiger, er fuldt ud dækket af den sag vedr. misbrug af Post Danmarks dominerende stilling, som Konkurrencerådet tog stilling til den 29. september 2004. Denne afgørelse betyder, at Post Danmarks fremtidige prissætning skal ske på en måde, så prisforskelle er omkostningsbegrundede, og i den foreliggende sag er der derfor ingen grund til at vurdere, om det er problematisk, at priserne til flere af kunderne ikke dækker de gennemsnitlige omkostninger.

Opgørelse af AIC og ATC

140. Konkurrencestyrelsen, Forbruger-Kontakt og Post Danmark er således enige om, at principperne i DPAG-afgørelsen bør lægges til grund, men som det ses nedenfor er der uenighed om, hvilke omkostninger der i praksis skal indregnes i de inkrementelle omkostninger (AIC).

141. Ifølge gældende postdirektiver og nationale regler skal Post Danmark lave særskilte regnskaber for følgende hovedkategorier: 1) eneretsområdet, 2) befordrings-pligt med konkurrence og 3) det rene konkurrenceområde uden eneret og befordringspligt. Under disse hovedkategorier skal Post Danmark endvidere udarbejde særskilte delregnskaber for de særskilte forretningsområder, hvilket Post Danmark allerede udfører i dag på grundlag af de gældende

nationale regler herom, jf. omtale heraf i afsnittene under overskriften ”Forholdet til anden regulering”.

142. Som nævnt stilles der ifølge Postdirektivets artikel 14 krav om adskilte regnskabsopgørelser for den befordringspligtige virksomheds regnskaber. Som supplement til regnskabsføringen efter årsregnskabsloven udarbejder Post Danmark derfor på basis af Trafikministeriets regnskabsreglement [note: Trafikministeriets regnskabsreglement for Post Danmark af 12. december 1996] interne produkt-økonomiregnskaber for hvert regnskabsår. De overordnede principper herfor har Trafikministeriet forelagt Kommissionen. Post Danmark skal redegøre for virksomhedens indtægter, omkostninger og dækningsbidrag for tre hovedområder (eneret, befordringspligt med konkurrence og konkurrence uden befordringspligt) opdelt på selskabets 16 produkter. Produktøkonomiregnskabet opererer med arts- og funktionsopdelte omkostninger og udarbejdes efter ”fuldkost-fordelingsmetoden” for indtægter og udgifter, dvs. at der foretages en fordeling på de enkelte ydelser/produkter af alle indtægter og omkostninger, som ud fra en driftsøkonomisk gennemsnits-betragtning vedrører den relevante ydelse. Som led i Trafikministeriets tilsyn med Post Danmark skal opgørelserne godkendes af to eksterne revisionsfirmaer udpeget af Trafikministeriet. På baggrund af disse regnskaber kan Post Danmark blandt andet beregne ATC efter fuldkost fordelingsmetoden.

143. Kommissionen har med DPAG-afgørelsen angivet, at AIC er den relevante test for så vidt angår vurdering af predatory pricing for postvirksomheder med en befordringspligt. Som følge heraf udarbejder Post Danmark udover ovennævnte produktøkonomiregnskaber de såkaldte konkurrenceregnskaber, der indeholder selskabets egne opgørelser af de inkrementelle omkostninger for særskilte forretningsområder under ovennævnte tre hovedkategorier. Post Danmark ønsker, at disse regnskaber fremover kan erstatte de nuværende regnskabsopgørelser (produktøkonomiopgørelser) udarbejdet i medfør af postlovgivningen. Produktøkonomiopgørelser bygger på en fordeling af omkostningerne uden hensyntagen til opretholdelsen af befordringspligten. Disse principper afviger fra DPAG-afgørelsen og kan derfor ikke lægges til grund i denne sag.

144. Adresseløse forsendelser udgør et særskilt forretningsområde under hovedkategorien ”ren konkurrence”. Til dette forretningsområde hører fx også omdeling af lokale ugeaviser, direct mail og ikke befordringspligtige pakker og breve.

145. Konkurrencestyrelsen har afgrænset det samlede marked til markedet for distribution af adresseløse forsendelser og lokalaviser. Selvom det samlede marked omfatter distribution af adresseløse forsendelser og lokalaviser, er der kun klaget over Post Danmarks adfærd i relation til kunder, som efterspørger landsdækkende omdeling af reklamefor sendelser (COOP, Spar og Super Best). Konkurrencestyrelsens er enig med Forbruger-Kontakt i, at afgrænsningen af det relevante marked ikke bør have som konsekvens, dels at forholdet mellem priser og omkostninger forrykkes, eller at nogle omkostninger så at sige ”falder ned imellem to stole”. Efter styrelsens opfattelse, er ingen af delene imidlertid tilfældet, dels fordi en inddragelse af lokalaviser i beregningerne efter styrelsens vurdering ville få både AIC og gennemsnitsprisen til at stige knap [...] øre pr. stk.[note: Forbruger-Kontakt har den 16. november 2004, jf. bilag 21, gennemført en analyse af de meromkostninger som skal tilføres de adresseløse forsendelser, hvis adresseløse og lokalaviser ses under et. Forbruger-Kontakts metode afviger fra Konkurrencestyrelsens metode. En sammenligning af beregningerne med den usikkerhed, der knytter sig hertil, viser at de inkrementelle omkostninger opgjort efter Forbruger-Kontakts metode fører til det nogenlunde resultat som opgjort efter

Konkurrencestyrelsens metode], dels fordi omkostninger, der er fælles for adresseløse forsendelser og lokalaviser, er fordelt efter fuldkostmetoden. I overensstemmelse med AKZO-dommen [note: AKZO-dommen (C-62/86), jf. punkt 83] skal analysen af forholdet mellem pris og omkostninger desuden foretages for hvert enkelt produktområde for sig. På den baggrund har styrelsen med henvisning til konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt. ikke fundet grundlag for nærmere at undersøge forholdet mellem priser og omkostninger for så vidt angår distribution af lokalaviser. Styrelsen ser derfor i den videre analyse alene på AIC for så vidt angår adresseløse forsendelser eksklusiv lokalaviser.

146. Hvis man alligevel vurderer forretningsområdet for lokalaviser isoleret set, så ligger selskabets gennemsnitspris pr. lokalavis ([...] pr. stk. i 2003 og [...] pr. stk. i de første 9 måneder af 2004) og den laveste pris til en enkeltkunde ([...] pr. stk. i 2003 og [...] pr. stk. i de første 9 måneder af 2004) over de variable stykomkostninger ([...] pr. stk. ifølge produktregnskabet i 2003 og [...] pr. stk. ifølge konkurrenceregnskabet i de første 9 måneder af 2004, når AIC er opgjort efter styrelsen korrigerede beregningerne, jf. styrelsens metode for opgørelse af AIC for adresseløse nedenfor). Endvidere er ATC opgjort til [...] pr. stk. efter produktøkonomiregnskabet i 2003 og [...] pr. stk. efter konkurrenceregnskabet i de første 9 måneder af 2004. Det giver derfor ikke anledning til yderligere undersøgelse af dette spørgsmål.

Post Danmarks beregning af AIC og ATC

147. På baggrund af DPAG afgørelsen har Post Danmark som nævnt udarbejdet et såkaldt konkurrenceregnskab. Fordelingsprincipperne bag dette regnskab fremgår. Selve Post Danmarks konkurrenceregnskab for adresseløse forsendelser i 2003 er vedlagt. ...

148. Ifølge disse principper sonderer Post Danmark på basis af aktivitetsbaserede analyser mellem tre omkostningstyper. Det drejer sig om hhv.:

- Produktspecifikke omkostninger (IC),
- Henførbare fællesomkostninger og
- Ikke-henførbare fællesomkostninger

149. *De produktspecifikke omkostninger (IC)* udgøres af variable og faste omkostninger fra produktion, transport og distribution, som udelukkende vedrører det konkurrenceudsatte produkt.

150. *De henførbare fællesomkostninger* vedrører omkostninger, der er fælles for nogle men ikke alle Post Danmarks produkter. De henførbare fællesomkostninger kan både være faste og variable. Hvis aktiviteterne vedrører flere forskellige konkurrenceprodukter, så fordeles omkostningerne forholdsmæssigt i de pågældende produkters konkurrenceregnskaber. Hvis omfanget af aktiviteterne er fastsat for at kunne opfylde befordringspligten, så henføres alle omkostningerne derimod til de relevante befordringspligtige produkter som henførbare fællesomkostninger. Sidstnævnte gør sig fx gældende for både variable omkostninger og kapacitetsomkostninger for en stor del af aktiviteterne i forbindelse med filialer og transport samt for de fleste kapacitetsomkostninger vedrørende transport og produktion. Salgs- og administrationsomkostninger er også opgjort som henførbare fælles omkostninger, idet disse er fælles for en række forskellige produkter.

151. *De ikke-henførbare fællesomkostninger* er de omkostninger, som eksempelvis opstår i den centrale del af Post Danmarks organisation, dvs. hovedkontoromkostninger. I disse omkostninger indgår fx fælles udviklingsomkostninger, finans (fx renteindtægter og -udgifter), og afskrivning af goodwill. Det er et fællestræk for disse omkostninger, at de ikke vil falde bort eller blive reduceret med bortfald af et enkelt produkt, og at de må betragtes som værende fælles for hele virksomheden.

152. Opdelingen af forskellige omkostninger i faste og variable omkostninger går på tværs af disse omkostningstyper. De variable omkostninger omfatter primært lønomkostninger til de enkelte aktiviteter, hvorimod kapacitetsomkostninger betragtes som faste omkostninger, der går med at tilvejebringe produktionssystemet, dvs. bygninger, maskiner, varevogne osv.

153. Ovenstående regnskabsprincipper anvendes af Post Danmark i konkurrenceregnskabet for selskabets enkelte produkter, herunder også separat for adresseløse forsendelser. Sondringen mellem de omkostninger, der er produktspecifikke for de adresseløse forsendelser, og dermed henregnes til IC, og de omkostninger, der er fælles for adresseløse forsendelser og andre produkter, vedrører både variable og faste omkostninger. I denne opdeling henviser Post Danmark til Kommissionens synspunkt [note: jf. Kommissionens pressemeddelelse til DPAG-afgørelsen (IP/01/419)] om, at der grundet befordringspligten bør sondres mellem omkostninger til "network capacity" på den ene side og omkostninger til "network usage" på den anden side. Idet en stor del af de faste omkostninger ifølge Post Danmark medgår til at opretholde en "network capacity", medregnes en stor del af disse ikke i IC, men medregnes i de fælles henførbare omkostninger. Omvendt er det især de variable omkostninger forbundet med det enkelte produkt som fx adresseløse forsendelser, der kan anses for at være omkostninger til "network usage", og som derfor henregnes til IC for det pågældende produkt.

De enkelte hovedposter i Post Danmarks konkurrenceregnskab for adresseløse forsendelser

154. Post Danmarks konkurrenceregnskab for produktet adresseløse forsendelser for 2003 og første halvår af 2004, kan sammenfattes på følgende måde.

Tabel 2. Post Danmark's beregning af (AIC) og ATC for adresseløse

...

Produktspecifikke logistikomkostninger

155. Post Danmark mener, at det alene er de produktspecifikke omkostninger, som umiddelbart vil falde bort, såfremt Post Danmark måtte vælge at afvikle sine aktiviteter med distribution af adresseløse forsendelser, som skal indregnes i AIC. Disse produktspecifikke meromkostninger består ifølge Post Danmark af variable og faste omkostninger fra produktion, transport og distribution, som udelukkende er forårsaget af de adresseløse forsendelser. De variable omkostninger udgøres primært af lønomkostninger i produktionen, og drives af mængden som produceres. Disse omkostninger kan derfor betragtes som falde-bort omkostninger for det enkelte produkt, dvs. adresseløse forsendelser. De variable omkostninger til distribution er dimensioneret efter antal besøg, hvor omkostningerne ved solobesøg med aflevering af kun ét produkt henføres til de produktspecifikke omkostninger for dette produkt. Omkostningerne ved besøg, hvor der afleveres mere end ét produkt henregnes ikke til AIC, men til de befordringspligtige produkter, når

uddelingen sker sammen med et beforderingspligtigt produkt eller de andre konkurrenceprodukter, hvis uddelingen sker sammen med et konkurrenceprodukt.

156. Til disse produktspecifikke omkostninger henregner Post Danmark i praksis lønomkostninger til:

- grovsortering i postcentre
- sammenlægning af de enkelte adresseløse forsendelser pr. afleveringssted i postcentre
- klargøring/læsning af bil og udkørsel af depotsække fra distributionscentre
- postbudenes ”solobesøg” dvs. besøg, hvor der alene udbringes adresseløse forsendelser.

157. Udover ovennævnte variable produktspecifikke omkostninger forekommer der ifølge Post Danmark indenfor transport og produktion produktspecifikke kapacitetsomkostninger, dvs. faste omkostninger. Disse forekommer i tilfælde, hvor anlæg mv. kan henføres til et specifikt produkt fx de adresseløse forsendelser. Hertil henregner Post Danmark i praksis for adresseløse forsendelser faste omkostninger til de større lastbiler og anhængere samt vedligehold og afskrivninger på det ekstra materiel, som skal anvendes som følge af, at de adresseløse forsendelser skal transporteres mellem postcentre. Grunden til, at Post Danmark indregner faste omkostninger som følge af brug af større biler er, at adresseløse forsendelser tilfører transporterne mellem postcentre et væsentlig større volumen, end hvis adresseløse forsendelser ikke er med.

158. Det ses af tabel 2, at AIC er faldet [...] fra 2003 til 1. halvår 2004. Post Danmark har redegjort for dette fald i AIC med henvisning til, at selskabet har opnået et større volumen pga. de nye leverancer til store kunder (...) for 2004. Selskabet har henvist til, at større volumen indebærer stordriftsfordele for selskabet i form af såkaldt dropøkonomi, og at der ikke er direkte proportionalitet mellem volumen og omkostninger. Hvis der fx kommer én ekstra adresseløs forsendelse med pr. stop, så der fremover er to forsendelser pr. stop i stedet for kun én forsendelse, så er enhedsomkostningerne for den anden forsendelse mindre end for den første forsendelse. Post Danmark oplyser, at sådanne omkostningsforbedringer navnlig gør sig gældende for omkostningerne til distribution, herunder [...] og [...], hvor næsten uændrede omkostninger kombineret med større volumen resulterer i lavere gennemsnitlige omkostninger.

Henførbare fællesomkostninger

Fælles variable omkostninger

159. Fællesomkostninger er ifølge Post Danmark omkostninger, som ikke vil falde bort ved ændringer i sammensætningen af produkter, og derfor ifølge selskabet ikke betragtes som produktspecifikke. For så vidt angår fællesomkostninger for en gruppe produkter, så kan de opdeles i variable fællesomkostninger og fælles kapacitetsomkostninger. Med henvisning til DPAG afgørelsen mener Post Danmark, at fælles variable omkostninger rent definatorisk ikke bør indregnes i de produktspecifikke omkostninger for det enkelte produkt, idet selskabet ikke mener, at nogen af disse fælles variable omkostninger bortfalder, hvis adresseløse forsendelser bortfalder [note: Der henvises især til underbilagene til bilag 1, jf. advokat Zincks brev af 15. juni 2004 og det juridiske memo fra Freshfields Bruckhaus Deringer].

160. For så vidt angår de fælles variable omkostninger, så dækker de fx arbejds løn i forbindelse med transport med flere typer produkter eller distribution ved besøg af husstande med flere

forskellige konkurrenceprodukter, Langt hovedparten af de fælles variable omkostninger udgøres af distributionsomkostninger. Ifølge Post Danmark falder sambesøg med flere konkurrenceprodukter ikke væk, selv om det adresseløse produkt falder bort. Det skyldes ifølge selskabet, at disse aktiviteter alligevel skal foretages for at transportere eller omdele de øvrige konkurrenceprodukter. Øvrige konkurrenceprodukter kan fx være lokalaviser eller andre typer som eksempelvis postordrebrev og pakker under konkurrence. Det ses af tabel 2, at de fælles variable omkostninger er forholdsvis [...] sammenlignet med de produktspecifikke variable omkostninger, hvilket har flere årsager. Den første årsag er, at fx fælles distributionsomkostninger i form af eksempelvis løn til postbudet for tid ved stop fra ruten ind til én husstand med fælles omdeling af både ét adresseret brev og én adresseløs, ikke indgår i konkurrenceregnskabet for adresseløse forsendelser. Det skyldes, at de adresserede breve netop er omfattet af selskabets befordringspligt og omkostningerne ved de nævnte fælles omdelinger henføres som inkrementelle omkostninger til konkurrenceregnskabet for det befordringspligtige produkt, dvs. konkurrenceregnskabet for adresserede breve [note: jf. Post Danmarks brev af 15. juni 2004. Årsagen hertil er, at det er de befordringspligtige tjenester, som dimensionerer Post Danmarks distributionssystem, og de distributionsomkostninger, som er forbundet med postbudets besøg ved én husstand med fælles uddeling af både et adresseret brev og en adresseløs, falder først bort, når den befordringspligtige tjeneste bortfalder. Det skyldes, at de nævnte stop under alle omstændigheder alligevel skal udføres af hensyn til, at selskabet skal opfylde sin befordringspligt for så vidt angår de adresserede breve]. Den anden årsag er, at de adresseløse forsendelser udgør en [...] andel af de konkurrenceprodukter, som faktisk distribueres, således at de adresseløse forsendelser repræsenterer en [...] andel af besøg uden befordringspligtige produkter. Konkurrencestyrelsen er uenig i Post Danmarks synspunkt om, at de fælles variable omkostninger, der vedrører adresseløse forsendelser, ikke falder væk ved bortfald af de adresseløse forsendelser, jf. Konkurrencestyrelsens nedenstående beregning af AIC og ATC.

Fælles kapacitetslogistikomkostninger

161. De fælles kapacitetsomkostninger betragtes af Post Danmark som faste omkostninger og eksempler herpå er bygninger, afskrivninger på produktionsanlæg, drift og vedligehold af maskiner og indkøb af inventar.

162. Som nævnt opstår kapacitetsomkostninger i forbindelse med filialer, distribution, transport og produktion. Det kan fx være omkostninger til produktionsanlæg og inventar, der anvendes til adresseløse forsendelser og andre konkurrenceprodukter. Når de adresseløse indleveres til et af de store postcentre, så optager de fx kortvarigt rampeplads, og derfor skal de være med til at dække de faste omkostninger ved bygningerne, idet de især bruger rampeplads fra denne ressource. Senere i produktionsprocessen klargøres adresseløse forsendelser og andre konkurrenceprodukter i budstuerne, hvorved de især trækker på disse ressourcer (m² i budstuer). Endvidere trækker adresseløse forsendelser sammen med andre konkurrenceprodukter også på en ressource som den eksisterende vognpark, som samtidig anvendes til fælles depotkørsel af disse produkttyper.

Fælles salgs- og administrationsomkostninger

163. En del af de henførbare fællesomkostninger er salgs- og administrationsomkostninger, der udgøres af omkostningerne til Post Danmarks salgsorganisation, dvs. de servicecentre, som varetager salgs- og markedsføringsopgaver, personaleadministration, regnskab, kundeservice samt centrale IT-omkostninger. Ifølge Post Danmark [...]. Salgs- og administrationsomkostningerne er

ifølge Post Danmark hovedsageligt at betragte som faste kapacitetsomkostninger. I forlængelse heraf anfører Post Danmark, at løn til salgsmedarbejdere, som beskæftiger sig med årlige storkundeaftaler for så vidt angår adresseløse, kun udgør en forsvindende lille del af de samlede udgifter til løn til salgspersonale, og at man måske maksimalt ville kunne spare [...] pr. år, hvis adresseløse forsendelser bortfaldt.

Ikke-henførbare fællesomkostninger og finans

164. I disse omkostninger indgår fx udgifter til kerneprocesser og støtteprocesser (fx løn til øverste ledelse i virksomheden) og fælles udviklingsomkostninger. Disse fællesomkostninger antages ikke at varierer med det enkelte produkt. Disse omkostninger er i konkurrenceregnskabet fordelt på de enkelte produkter (herunder adresseløse) på grundlag af fordelingen af de henførbare fælles omkostninger. En særlig kategori af de ikke-henførbare fællesomkostninger er finansielle omkostninger, som imidlertid er udskilt i en særskilt post.

Forbruger-Kontakts bemærkninger til Post Danmarks opgørelse af AIC

165. Som nævnt er Post Danmark og Forbruger-Kontakt principielt enige om, at DPAG-afgørelsen bør lægges til grund for beregningen af de relevante omkostninger, men parterne er uenige om, hvordan de produktspecifikke omkostninger beregnes i praksis.

166. Post Danmark fortolker DPAG-afgørelsen således, at der alene skal henregnes de omkostninger, som er unikke for adresseløse forsendelser, og som kun opstår i forbindelse med ekspederingen af adresseløse forsendelser, fx sortering og omdeling af adresseløse forsendelser alene. Dette gælder både variable og faste omkostninger. Omkostninger, der ikke er unikke for adresseløse forsendelser, men er fælles for en række forskellige ikke-befordringspligtige produkter, medregnes således ikke af Post Danmark i AIC for adresseløse. Konkurrencestyrelsen er på dette punkt uenig med Post Danmark, jf. nedenfor.

167. Forbruger-Kontakt definerer de inkrementelle omkostninger som de variable og faste omkostninger, der umiddelbart forsvinder som følge af et bortfald af adresseløse forsendelser samt de omkostningsbesparelser, der ville kunne realiseres inden for 3-5 år ved at tilpasse organisationen til det lavere forsendelsesvolumen uden adresseløse forsendelser. Forbruger-Kontakt gør gældende, at en langt større andel af Post Danmarks totale omkostninger vil variere med mængden af adresseløse forsendelser og følgelig bør medregnes i IC. Det drejer sig især om de omkostninger, der både vedrører befordringspligtige produkter og adresseløse forsendelser.

168. Forbruger-Kontakt benævner sådanne omkostninger som offeromkostninger eller alternativomkostninger, og der kan ifølge Forbruger-Kontakt være tale om såvel faste som variable omkostninger, der ganske vist er fælles med andre produkter, men hvor kapitalapparatet eller produktionsgangen kan optimeres, og omkostninger spares, såfremt adresseløse forsendelser afvikles. Det er fx omkostninger til fælles transport, hvor antallet af ruter og lastbiler ifølge Forbruger-Kontakt kan skæres ned, eller fælles omdeling af breve og adresseløse forsendelser, hvor postbudet bruger mindre tid på klargøring og på at lægge post i postkassen. Forbruger-Kontakt mener således, at Post Danmark ved afvikling af de adresseløse forsendelser kan sammenlægge en række post- og distributionscentre, og at der kan opnås besparelser på omkostninger til postruter som følge af en sammenlægning af ruter, når ”solobesøg” med adresseløse forsendelser falder bort.

169. Forbruger-Kontakt har tillige fået Copenhagen Economics til at udarbejde en konkret model for, hvor meget Post Danmarks omkostninger ville ændre sig, hvis de adresseløse forsendelser faldt bort. Modellen anslår på baggrund af internationale undersøgelser og erfaringer de omkostningsreduktioner, som vil kunne realiseres af Post Danmark på mellemlang sigt (fx 3-5 år) ved at tilpasse logistikken som følge af et tænkt bortfald af adresseløse forsendelser. Forbruger-Kontakt skønner, at Post Danmarks totale omkostninger totale løn- og driftsomkostninger ville kunne reduceres med ca. 17 % ved bortfald af adresseløse forsendelser.

170. Endelig har Forbruger-Kontakt ved Copenhagen Economics fremsendt et indlæg til styrelsen om "De ni tal", med et forslag om, at det bør kræves, at Post Danmark bør udregne 9 nøgletal. Forbruger-Kontakts "checkliste" i form af denne nøgletalsberegning bygger på de samme basisantagelser som ovenstående model. Forbruger-Kontakt beregner først fordelingen af Post Danmarks samlede omkostninger på hhv. 1) værdikæden for breve og adresseløse forsendelser, 2) andre værdikæder og 3) overhead. Der fokuseres derefter på, hvorledes de samlede omkostninger for både breve og adresseløse forsendelser (52 pct.), kan fordeles på omkostningsarter (indlevering, sortering, transport og klargøring/distribution). Herefter fordeles Post Danmarks skøn for de omkostninger, der indgår i AIC, ud på de tilsvarende kategorier. Hermed er det for hver kategori muligt at sammenligne de inkrementelle omkostningers andel af omkostningerne til breve og adresseløse med de adresseløse forsendelsers andel, målt i styk (som i 2003 var [...] %).

Post Danmarks bemærkninger til Forbruger-Kontakts omkostningsmodeller

171. Post Danmark er ikke enig i Forbruger-Kontakts grundlæggende antagelser om Post Danmarks omkostningsstruktur. Post Danmark mener, at Forbruger-Kontakts grundlæggende antagelse om, at adresseløse forsendelser kan sammenlignes med breve, er forkert. Post Danmark har derfor redegjort for brevprocessen, og forskellene i brevprocessen sammenlignet med adresseløseprocessen, som også beskriver de dele af processerne, som foregår fælles. Efter selskabets opfattelse er de to processer markant forskellige, hvorved Copenhagen Economics' antagelse om, at de to processer er så ens, at nøgletal for brevprocessen (i andre lande) kan overføres på adresseløseprocessen i Danmark, ikke er rimelig. Heraf fremgår, at adresseløseprocessen er langt mere simpel end brevprocessen. Hele processen med fx klargøring af adresseløse er ganske simpel i modsætning til brevsortering, idet der for adresseløse ikke skal læses og fortolkes adresser. Endvidere er processen for adresseløse mindre tidskritisk end brevprocessen, hvilket betyder, at adresseløseprocessen kan tilrettelægges, så den ledige kapacitet, der allerede eksisterer i selskabets logistiksystem udnyttes. En af de største forskelle mellem de to processer er, at der stort set ikke foregår nogen indsamling af adresseløse, hvilket der derimod gør for breve, fordi de adresseløse forsendelser indleveres af kunderne selv direkte til de centrale ankomst- eller afgangcentre, hvorfra de distribueres videre i landet.

172. Ifølge Post Danmark er selskabets logistiksystem i sin helhed dimensioneret med udgangspunkt i de befordringspligtige produkter, og de i koncessionen fastsatte servicekrav hertil for disse forsendelser. Disse krav indebærer eksempelvis et stramt tidskrav til udbringningen af breve. Disse servicekrav medfører endvidere et produktionssystem, hvor alle led i processen skal være dimensioneret efter den største dag i måneden, hvilket medfører en betydelig overkapacitet i alle led. Ifølge Post Danmark er de fælles omkostninger, som Forbruger-Kontakt ønsker inddraget i IC, således ikke dimensioneret efter det samlede volumen af forsendelser, som antaget i Copenhagen Economics' beregninger, men er i stedet dimensioneret til at opfylde Post Danmarks befordringspligt, herunder oppebæringen af en vis reservekapacitet, som er nødvendig for, at

befordringspligten på de største dage til enhver tid kan honoreres. Det betyder, at variabiliteten af Post Danmarks omkostninger i forhold til mængden af adresseløse forsendelser er lavere end antaget i Forbruger-Kontakts modelberegninger.

173. En del af B-posten behandles som A-post, hvilket kunne indikere, at Post Danmark kunne klare sig med en lavere kapacitet, end virksomheden faktisk har [note: Servicekravet er fastsat af Post Danmarks koncession, og består i, at 97 % af A-posten bør være omdelt dagen efter indlevering, og at 97 % af B-posten bør være omdelt indenfor tre dage efter indlevering. I 1. halvår af 2004 udgjorde B-posten [...] af brevmængden]. Post Danmark har henvist til, at der er forskel i tidskravene, fordi B-post som hovedregel skal være omdelt senest 3 dage efter indlevering, medens adresseløse forsendelser som hovedregel omdeles ca. 14 dage efter indlevering. Selskabet hævder således, at B-post bruges til at udjævne belastningen, hvorved der opnås optimal kapacitetsudnyttelse i afgangscentrene, dvs. at selskabets behandling af B-post ikke kan ses som et udtryk for, at selskabet kunne klare sig med lavere kapacitet. Selvom de adresseløse afleveres tidligere end B-post, skal de omdeles på bestemte dage. Styrelsen finder derfor, at tidskravene til adresseløse forsendelser er strammere end tidskravene til B-post, hvor et givet brev kan uddeles over 3 dage efter Post Danmarks valg.

174. Ifølge Post Danmark er antallet af posthuse og distributionscentre styret af de fastlagte servicekrav for de befordringspligtige produkter, den danske bystruktur og den indbyrdes afstand mellem byerne. Da Post Danmark skal kunne distribuere befordringspligtige forsendelser til samtlige husstande hver dag, er der en naturlig begrænsning i den afstand, der kan være mellem distributionscentret og de husstande, der besøges.

175. Således har Post Danmark anført, at postcentrenes og distributionscentrene størrelse er bestemt ud fra befordringspligten, og ikke er dimensioneret eller placeret af hensyn til de adresseløse forsendelser. De adresseløse forsendelser håndteres alene på rampearealer og forhaller på postcentrene, ligesom de adresseløse forsendelser heller ikke lagres. Der er således ifølge Post Danmark ingen sammenhæng mellem antallet af adresseløse forsendelser og antallet af distributionscentre, og følgelig finder selskabet ikke, at der kan ske en reduktion i antal, placering eller størrelse af distributionscentrene, hvis de adresseløse forsendelser afvikles.

176. Endvidere er distributionscentrene størrelsesmæssigt dimensioneret ud fra antallet af de arbejdspladser, som bygningerne skal kunne rumme den dag i måneden, hvor der som følge af de befordringspligtige produkter er flest udbringningsruter [note: Post Danmark gennemfører i disse år en gradvis reduktion i antallet af distributionscentre især i landområder. ... Ifølge selskabet sker denne udvikling fuldstændig uafhængigt af udviklingen i antallet af adresseløse, der i stedet har medført, at der samlet er oprettet ca. [...] nye omdelingsruter fra distributionscentrene].

177. Bortfalder adresseløse forsendelser, vil de omtalte fælles omkostninger, som fx antallet af posthuse og distributionscentre ifølge Post Danmark derfor ikke kunne reduceres. Den reduktion i omkostningerne, der vil kunne realiseres som følge af et evt. bortfald af adresseløse forsendelser, udgøres ifølge Post Danmark netop af de produktspecifikke meromkostninger, som selskabet selv har beregnet dem, dvs. omkostninger, som er unikke for de adresseløse forsendelser. Der er altså ifølge Post Danmark stort set ingen alternativomkostninger, som kan indregnes i IC.

178. Endvidere har selskabet fremført, at lastbiler og køreplaner udelukkende styres af befordringspligten, hvilket medfører en betydelig overkapacitet. Eksempelvis er udnyttelsesgraden i

center til distributionscenter transporten i gennemsnit kun [...] %, og derfor kan adresseløse i vid udstrækning medsendes lastbilerne med befordringspligtige forsendelser, når disse har ledig kapacitet, hvilket typisk er i tidsrummet mandag til onsdag. Ifølge selskabet har tilkomsten af næsten [...] adresseløse i 2004 således ikke medført nogen ændringer overhovedet i transportkapaciteten.

179. Ifølge Post Danmark har et distributionscenter gennemsnitlig [...] omdelingsruter. Antallet af ruter varierer i løbet af ugen og måneden afhængig af postmængden. Post Danmark fremfører i relation til ruteomlægning, at hvis besøgene med adresseløse forsendelser falder bort, så kan der ske en omlægning til længere ruter. Ved bortfald af adresseløse vil der gennemsnitlig kunne spares [...] ruter pr. distributionscenter, hvilket ikke vil medføre reduktion i antallet af distributionscentre. Besparelsen herved omfatter hovedsagelig lønomkostninger ved solobesøgene og disse omkostninger er allerede indregnet i IC.

180. Post Danmark gør som yderligere forklaring herpå gældende, at ved bortfald af adresseløse forsendelser vil der kunne nedlægges [...] årsværk [note: 2004-tal], hvilket svarer til det personaleforbrug, som selskabet har indregnet i IC for adresseløse forsendelser svarende til [...] af ressourceforbruget i 2004. Endvidere oplyser selskabet, at kontortid og udetid udgør hhv. [...] % og [...] % af den samlede arbejdstid for et postbud. Af udetiden på [...] % bruges heraf [...] % på rutetid og [...] % på besøg. Tiden til solobesøg er som nævnt indregnet i AIC, og omfatter både besøgs- og rutetid [note: Det vil sige, at besøgstiden indeholder tiden fra postbuddet stopper for at gå ind til den enkelte husstand for at foretage afleveringen til postbuddet genoptager den faste rute efter besøget], men Post Danmark anfører, at rutetiden reelt ikke påvirkes af et bortfald af adresseløse forsendelser. Solobesøgeeffekten er derfor efter selskabets opfattelse reelt overvurderet med [...] %, fordi den faste rutetid er indregnet. Denne overvurdering svarer ifølge selskabet til [...] timer i 2003. Konkurrencestyrelsen er ikke enig i denne betragtning, idet det vil trække resultaterne i modsat retning, at en del af kontortiden på [...] pct. må antages at dække pauser og fravær, som rettelig burde fordeles ud på den arbejdstid, der er brugt på adresseløse forsendelser.

181. Efter Post Danmarks vurdering tager selskabets afleveringstid pr. besøg højde for, at der afleveres flere forsendelser pr. aflevering, idet selskabet anvender en gennemsnitstid pr. besøg målt ved aktivitetsbaserede målinger. Post Danmark påpeger, at hvis adresseløse bortfalder, så svarer det til [...] i 2003, dvs. et væsentlig lavere timetal end den i IC medregnede rutetid.

182. Post Danmarks grundlæggende kritik af Forbruger-Kontakts beregninger er således, at de adresseløse forsendelser gennemgår en langt simplere proces end breve, og at Post Danmarks infrastruktur som helhed er dimensioneret efter befordringspligten, og derfor ikke kan optimeres ved et evt. bortfald af adresseløse forsendelser.

183. Hertil kommer, at Post Danmark mener, at det er en forkert antagelse, at man kan sammenligne Post Danmarks omkostninger med postvirksomheder i andre lande, og at de foretagne sammenligninger er baseret på forældede data.

184. På Konkurrencestyrelsens opfordring har Post Danmark imidlertid lavet selskabets egen beregning af ”de ni tal”, med udgangspunkt i CE’s model. Denne beregning viser selskabets samlede omkostninger for breve og adresseløse fordelt på omkostningsarter (indlevering, sortering, transport og klargøring/distribution). Endvidere er der foretaget et skøn over, hvor stor en andel af

disse omkostninger, der kan henregnes som inkrementelle til de adresseløse forsendelser. Af denne beregning fremgår, at de inkrementelle omkostninger for adresseløse forsendelser udgør følgende.

Tabel 3. Post Danmarks egen beregning af "de ni tal" for 2003.

...

185. Heraf fremgår, at adresseløse forsendelser på grundlag af Post Danmarks egne beregninger udgør en forholdsvis større andel af de samlede omkostninger for breve og adresseløse for så vidt angår omkostningsarter som klargøring (9,4 %) og distribution (8,1 %) i modsætning til omkostningsarter som henholdsvis indlevering (1,3 %), sortering (1,4 %) og transport (0,1 %). Ifølge denne beregning udgør de inkrementelle omkostninger for adresseløse [...] % af de samlede omkostninger for breve og adresseløse forsendelser. De inkrementelle omkostningers andel i hver kategori kan sammenlignes med de adresseløse forsendelsers andel, mål i styk, som i 2003 var [...] %.

186. Post Danmarks opgørelse af de inkrementelle omkostninger svarer til [...] % i 2003 af de samlede omkostninger på 100 % til breve og adresseløse forsendelser. De 100 % var i 2003 var [...] kr., og [...] % heraf udgør [...] kr., jf. Post Danmarks egen opgørelse af IC i konkurrenceregnskabet for adresseløse forsendelser i 2003.

Konkurrencestyrelsens beregning af AIC og ATC

187. Konkurrencestyrelsen har nøje vurderet Post Danmarks regnskab, og finder anledning til at korrigere det fremlagte konkurrenceregnskab på to områder. Dels mener styrelsen, at Post Danmark har henregnet for mange omkostninger til befordringspligtområdet, og for få omkostninger til de adresseløse forsendelser. Dels mener styrelsen, at ud af de omkostninger, som med rette kan allokere til de adresseløse forsendelser, kan en større andel falde bort indenfor 3-5 år end antaget af Post Danmark.

188. For så vidt angår fordelingen af omkostninger mellem befordringspligtområdet, udgør DPAG-afgørelsen grundlaget for Konkurrencestyrelsens vurdering. Det skal dog understreges, at fordi infrastrukturene i DPAG-sagen i vid udstrækning var adskilte for de relevante produkter henholdsvis med og uden befordringspligt, så var det i det tilfælde langt nemmere at afgøre hvilke omkostninger, der direkte var dimensioneret af befordringspligten. Dette spørgsmål er vanskeligere at afgøre i nærværende sag, fordi de relevante befordringspligtige produkter og adresseløse forsendelser, især for så vidt angår visse kritiske knudepunkter af infrastrukturen, benytter samme infrastruktur, om end der også er mange forskelle i behandlingen af de to produkter. Det drejer sig eksempelvis om omdeling og transport af befordringspligtige produkter og adresseløse forsendelser på samme tid. Sådanne omkostninger er af Post Danmark henført til konkurrenceregnskabet for de befordringspligtige produkter, og indgår derfor ikke i konkurrenceregnskabet for de adresseløse forsendelser.

189. Den andel af omkostningerne, der er fælles med det befordringspligtige område og konkurrenceområdet, og som bortfalder, hvis de adresseløse bortfalder, er imidlertid usikker og kan diskuteres, og er efter styrelsens vurdering anslået for lavt af Post Danmark. Konkurrencestyrelsen har derfor nøje gennemgået produktionsprocessernes sammenhæng med omkostningsfordelingen til de adresseløse forsendelser og mener, at der er mulighed for større besparelser på omkostningerne

til samtransport og sambesøg med befordringspligtige produkter ved bortfald af adresseløse forsendelser, end opgjort af Post Danmark.

190. For så vidt angår muligheden for besparelser vedrørende samtransport med befordringspligtige produkter og adresseløse forsendelser, har Konkurrencestyrelsen udøvet følgende skøn. Post Danmark har i 2003 henregnet 0,1 % af de samlede transportomkostninger ved breve og adresseløse forsendelser på i alt [...] kr., jf. tabel 3, svarende til [...] kr., til transport af adresseløse forsendelser alene, til AIC. Post Danmark har desuden henregnet omkostninger til transport af adresseløse forsendelser sammen med andre konkurrenceprodukter på i alt [...] kr. [note: Transportomkostninger på [...] mio. kr. i fælles henførbare variable omkostninger samt [...] kr. i fælles henførbare kapacitetslogistikomkostninger] til de adresseløse forsendelser som fælles henførbare omkostninger. Efter Post Danmarks mening indgår de ikke i AIC.

191. Det er imidlertid Konkurrencestyrelsens vurdering, at det vil være muligt at spare langt flere omkostninger ved samtransport af adresseløse forsendelser med befordringspligtige produkter ved et bortfald af adresseløse forsendelser. Begrundelsen herfor er, at det vurderes, at der bliver mindre transporttid og -volumen ved samtransport med de befordringspligtige ydelser, hvis de adresseløse forsendelser falder bort. Selv om Post Danmark alligevel skal transportere de befordringspligtige ydelser, kan en del af køretiden og transportvolumen falde bort ved et bortfald af de adresseløse forsendelser, og en større besparelse af de samlede transportomkostninger til breve og adresseløse forsendelser end angivet af Post Danmark er derfor realistisk. Det angives af Post Danmark i høringsvar af 9. november 2004, at antallet af adresseløse udgør [...] % af transportvolumen ekskl. pakker. Regner man imidlertid ovenstående transportomkostninger sammen, udgør de kun [...] % af de samlede transportomkostninger for breve og adresseløse [note: [...] kr. fra linje 8, [...] kr. fra linje 20 og [...] kr. fra linje 30 i konkurrenceregnskabet, i alt [...] kr., som andel af de samlede transportomkostninger for breve og adresseløse forsendelser på [...] kr.]. Konkurrencestyrelsen har derfor skønsmæssigt vurderet, at et bortfald af de adresseløse forsendelser inden for en 3-5-årig periode kan medføre en reduktion af de samlede transportomkostninger på yderligere [...] %, således at besparelsen ved et bortfald af de adresseløse forsendelser bringes i bedre overensstemmelse med de adresseløse forsendelsers transportvolumen. Denne besparelse består i sparet arbejdstid og materiel ved samtransport med adresseløse forsendelser og befordringspligtige produkter, som følge af et bortfald af de adresseløse forsendelser.

192. Styrelsen har derfor forhøjet den af Post Danmark opgjorte AIC med [...] % af de samlede transportomkostninger for breve og adresseløse på [...] kr. svarende til [...] kr. eller [...] ekstra pr. forsendelse i 2003. En tilsvarende forhøjelse pr. stk. er skønnet for 2004.

193. For så vidt angår muligheden for besparelser vedrørende sambesøg med befordringspligtige produkter og adresseløse forsendelser, vurderer Konkurrencestyrelsen, at et bortfald af adresseløse forsendelser i et vist omfang vil mindske besøgstiden ved de sambesøg, hvori indgår både adresseløse forsendelser og befordringspligtige forsendelser. Besparelserne kommer ved, at der ved bortfald af adresseløse forsendelser vil kunne spares på besøgstiden ved sambesøgene, fordi der skal afleveres og håndteres færre forsendelser pr. besøg. Sådanne besparelser er ikke indregnet i det af Post Danmark forelagte konkurrenceregnskab.

194. Post Danmark har oplyst, at [...] % af distributionstiden er kontortid, mens de øvrige [...] % af distributionstiden fordeler sig med [...] % på rutetiden og [...] % på besøgstid. Post Danmark mener ikke, der kan spares på rutetiden ved bortfald af adresseløse forsendelser. Bortfald af adresseløse

forsendelser antages kun at påvirke besøgstiden. Den samlede besøgstid udgjorde i 2003 i gennemsnit [...] pr. besøg for alle typer af besøg. Besøgstiden består af tre elementer: plukketid, gangtid og afleveringstid. Ved bortfald af de adresseløse forsendelser vurderes det, at der ved sambesøgene kan spares på plukketiden og afleveringstiden, men ikke på gangtiden. Post Danmark har desværre ikke kunnet tilvejebringe tidsstudieoplysninger, der kan belyse tidsbesparelsen pr. besøg ved bortfald af adresseløse forsendelser, så besparelsen ved sambesøgene er af Konkurrencestyrelsen skønnet til at udgøre 5 sek. pr. besøg ved bortfald af adresseløse. Til sammenligning har Forbruger-Kontakt i deres høringsvar af 9. november 2004 anført, at tidsbesparelsen må udgøre [...] sek. pr. besøg. I forbindelse med vurderingen af AIC for 2004 skal Post Danmark tilvejebringe tidsstudier for at belyse tidsbesparelsen for sambesøg med adresseløse forsendelser og befordringspligtige produkter ved bortfald af adresseløse forsendelser.

195. Post Danmark har oplyst, at der i 2003 var [...] sambesøg, hvori der indgik adresseløse forsendelser. Heraf var de [...] sambesøg, hvori der tillige indgik befordringspligtige produkter (forskellen udgøres af sambesøg med adresseløse forsendelser og andre konkurrenceprodukter). De tilsvarende tal for 2004 (hele året) skønnes af Post Danmark at være [...] og [...] besøg. Post Danmark oplyser, at en besparelse på [...] ved sambesøg ved bortfald af adresseløse forsendelser, vil udløse en besparelse på [...] kr. i 2003 og [...] kr. i 2004 (hele året). Styrelsen har allerede inddraget de fælles variable omkostninger i AIC, jf. nedenfor, og har allerede medregnet en tidsbesparelse for sambesøg med andre konkurrenceprodukter. Korrigeres for denne dobbeltregning ved kun at regne med en tidsbesparelse på de [...] sambesøg med befordringspligtige produkter [note: Idet de [...] sambesøg med adresseløse forsendelser og befordringspligtige produkter udgør [...] % af de [...] sambesøg med adresseløse forsendelser og andre produkter, korrigeres Post Danmarks besparelse med samme faktor], medfører det en reduktion af besparelsen, der således bliver på [...] kr. i 2003 og [...] kr. i 2004 (hele året) ved en tidsbesparelse på [...] pr. besøg. Styrelsen vurderer imidlertid, at tidsbesparelsen snarere er 5 sek. pr. besøg, hvorfor det slutteligt antages, at der kan spares [...] kr. i 2003 og [...] kr. i 2004 (hele året), svarende til [...] pr. stk. i 2003 og [...] pr. stk. i 1. halvår 2004.

196. Post Danmark oplyser, at der yderligere kan spares på postbuddets tidsforbrug ved depoter ved sambesøg undervejs på ruten, ved et bortfald af adresseløse forsendelser. Post Danmark oplyser endvidere, at der herved kan spares [...] kr. i 2003 og [...] kr. i 2004 (hele året). Ud af denne besparelse er en del allerede indregnet i IC eller i de fælles henførbare variable omkostninger. Det medfører ifølge Post Danmarks egne oplysninger, at depottiden ved sambesøg med adresseløse forsendelser og befordringspligtige produkter vil forhøje IC med [...] kr. i 2003 og [...] kr. i 2004 (hele året), svarende til en forhøjelse af AIC med [...] pr. stk. i 2003 og med [...] pr. stk. i 1. halvår 2004.

197. Post Danmark erkender altså, at der kan finde en tids- og omkostningsbesparelse sted ved sambesøg med befordringspligtige produkter og adresseløse forsendelser, men anfører i tillæg hertil, at man også bør korrigere den af selskabet anførte besparelse ved solobesøg med adresseløse forsendelser. I de omkostninger til solobesøg med adresseløse forsendelser, som Post Danmark har henregnet til produktspecifikke omkostninger for adresseløse forsendelser, indgår ifølge selskabets oplysninger også rutetid, der ifølge selskabet ikke reduceres ved bortfald af adresseløse forsendelser. Den af Post Danmark beregnede IC bør derfor efter Post Danmarks mening korrigeres ned med [...] kr. i 2003 og [...] kr. i 2004 (hele året). Som kontrol har styrelsen konstateret at disse tal også nogenlunde svarer til [...] af summen af linjerne 10-12 i konkurrenceregnskabet, der omfatter postbuddets udetid ved solobesøg med adresseløse forsendelser. Styrelsen accepterer

derfor Post Danmarks korrektion for den uændrede rutetid, der udløser en reduktion af AIC med hhv. [...] og [...] pr. stk. i 2003 og 1. halvår 2004.

198. Efter ovenstående korrektioner i omkostningsfordelingen mellem befordringspligtprodukter og konkurrenceprodukter står stadig tilbage at vurdere, hvilke af de omkostninger, der nu er allokeret til de adresseløse forsendelser, som kan falde bort indenfor 3-5 år ved et bortfald af de adresseløse forsendelser. Også her finder styrelsen, at flere omkostninger kan falde bort, end antaget af Post Danmark.

199. I konkurrenceregnskabet for adresseløse forsendelser indgår alene omkostninger, som er fælles for de forskellige konkurrenceprodukter. Det betyder, at argumentet om, at fx fælles kapacitetslogistikomkostninger ikke kan falde bort, fordi de er dimensioneret efter befordringspligten, ikke er holdbart, når der ses på disse poster i konkurrenceregnskabet for adresseløse forsendelser. Det samme gælder salgs- og administrationsomkostningerne. Desuden udgør disse fælles omkostningstal, som de optræder i konkurrenceregnskabet for de adresseløse forsendelser, udelukkende den andel af de samlede fælles omkostninger, som ud fra Post Danmarks egne studier og fordelingsnøgler kan henregnes til adresseløse forsendelser. Disse to forhold er i sig selv et argument for at inddrage disse omkostninger i en korrekt opgørelse af IC og AIC for adresseløse forsendelser.

200. Konkurrencestyrelsens opgørelse af AIC og ATC er således foretaget på grundlag af en kritisk gennemgang af de foreliggende oplysninger fra Post Danmarks konkurrenceregnskab for adresseløse forsendelser. Gennemgangen har ud fra ovenstående overvejelser ført til, at Konkurrencestyrelsen i AIC har medregnet 1) de produktspecifikke variable omkostninger (med Post Danmarks egen korrektion for den uændrede rutetid), 2) de produktspecifikke faste omkostninger samt 3) de fælles variable omkostninger 4) 75 % af de henførbare fælles kapacitetslogistikomkostninger 5) de fælles salgs- og administrationsomkostninger og 6) 25 % af de ikke-henførbare fælles omkostninger. Hertil kommer de ovennævnte korrektioner af AIC på grund af bidrag fra samtransport og sambesøg samt depottid. Den samlede beregning ses i tabel 4 nedenfor.

Tabel 4. Konkurrencestyrelsens beregning af AIC for adresseløse forsendelser.

...

201. De fælles henførbare variable omkostninger udgøres af de adresseløse forsendelsers andel af arbejdstiden brugt til transport, afhentning og omdeling af flere konkurrenceprodukter samtidigt, hvoraf de adresseløse udgør en stor andel volumenmæssigt. Disse omkostninger vil efter styrelsens opfattelse derfor kunne falde bort på kort sigt ved bortfald af adresseløse forsendelser, idet antallet af postbude og deres tidsforbrug på adresseløse forsendelser kan reduceres betragteligt. Det vurderes derfor, at selskabet over en tidshorisont på 3-5 år vil kunne optimere sine produktionsprocesser, hvis alle adresseløse forsendelser faldt væk. Ud fra denne betragtning findes det ikke godtgjort, at de nævnte fælles variable omkostninger, som varierer efter volumen af flere produkter, ikke vil kunne reduceres eller falde helt bort, såfremt de adresseløse forsendelser falder bort, og de inddrages derfor af Konkurrencestyrelsen i opgørelsen af AIC. Det svarer til [...] og [...] pr. stk. i 2003 og i 1. halvår 2004. Post Danmark mener, at en sådan indregning strider imod DPAG-afgørelsen, og henviser bl.a. til memorandummet udarbejdet af Freshfields Bruckhaus

Deringer. Heri indrømmes det imidlertid, at Kommissionen i DPAG-afgørelsen ikke forholder sig eksplicit til de fælles henførbare variable omkostninger.

202. For så vidt angår de fælles henførbare kapacitetslogistikomkostninger, så udgøres disse af de adresseløse forsendelsers brug af arealer i bygninger og af volumen i biler, samt afskrivninger på biler og bygninger, der anvendes til opbevaring, klargøring og transport af konkurrenceprodukter. Det vil sige omkostninger til bygninger i form af rampeplads og budstuer (m²), hvor adresseløse forsendelser klargøres med andre konkurrenceprodukter, og udgifter til vognparken i form af biler, der anvendes til depotkørsel af flere konkurrenceprodukter. Idet de adresseløse forsendelser udgør et stort volumen af konkurrenceprodukterne, må de adresseløse forsendelser antages at være dimensionerende for disse fælles omkostninger, og det er derfor ikke realistisk, at Post Danmark ikke kan reducere disse omkostninger ved bortfald af de adresseløse. Konkurrencestyrelsen skønner derfor, at disse fælles henførbare kapacitetslogistikomkostninger i en vis udstrækning vil kunne reduceres over en 3-5-årig periode, men finder omvendt også, at disse omkostninger på grund af deres faste karakter ikke fuldstændig kan falde væk indenfor denne tidsperiode. Styrelsen havde i første omgang indregnet 50 % af de henførbare logistikomkostninger (fælles mellem adresseløse og andre konkurrenceprodukter, især lokalaviser) i AIC. Efter en fornyet gennemgang af regnskabsmaterialet er det imidlertid styrelsens vurdering, at (mindst) 75 % bør indregnes. Det skyldes, at en fuld indregning (100 %) ville svare til en fuldkostfordeling mellem adresseløse og andre lokalaviser. Hvis analysen var foretaget for adresseløse og lokalaviser under ét, og de to kategorier blev slået sammen, ville det være naturligt at forudsætte en fuldkostfordeling. I så fald ville resultatet også være konsistent med, hvis der efterfølgende skulle foretages en AIC-beregning for lokalaviser. Når der alligevel ikke indregnes 100 %, men kun 75 %, er det fordi nogle af kapacitetslogistikomkostningerne, selv på 3-5 års sigt må vurderes at være så faste, at de ikke ville være mulige at fjerne – eller nyttiggøre i anden sammenhæng – inden for en sådan tidshorisont. De fælles henførbare kapacitetslogistikomkostninger vurderes at bidrage til AIC med hhv. [...] og [...] pr. stk. for 2003 og 1. halvår 2004.

203. En yderligere begrundelse for at anse en del af de fælles henførbare kapacitetslogistikomkostninger som inkrementelle er, at de arealer og transportkapaciteter, som i dag anvendes til adresseløse forsendelser, alternativt vil kunne anvendes til andre konkurrenceprodukter såfremt adresseløse forsendelser bortfalder. Sådant en alternativbetragtning er fremført af Forbruger-Kontakt, og kan være et andet argument for at medregne (dele af) de fælles henførbare kapacitetslogistikomkostninger til AIC, særligt fordi der fortsat kun er tale om omkostninger, der er fælles med andre konkurrenceprodukter, og ikke omkostninger, der er fælles med befordringspligtige produkter. Den anvendte kapacitet, som indregnes her, er ikke underlagt hensynet til den lovbestemte befordringspligt, og er således ikke i samme omfang ”gratis” for Post Danmark. Sådanne alternativ- eller offeromkostningsbetragtninger er Post Danmark ikke enig i, idet selskabet mener, de strider imod DPAG-afgørelsen. Post Danmark har desuden i deres høringssvar af 9. november 2004 hævdet, at de fælles henførbare kapacitetslogistikomkostninger, der er henregnet til konkurrenceregnskabet, ikke kun er fælles med andre konkurrenceprodukter, men også fælles med befordringspligtprodukter. Dette synspunkt modsiger imidlertid tidligere materiale fremsendt fra Post Danmark, og denne indvending er derfor ikke taget til følge.

204. De fælles henførbare salgs- og administrationsomkostninger udgør ifølge Post Danmark fælles omkostninger for flere konkurrenceprodukter i selskabets salgsorganisation (salg, markedsføring, personaleadministration, regnskab, kundeservice og centrale IT-løsninger), hovedsageligt dog salgs- og markedsføringsomkostninger. Styrelsen mener, at salgs- og markedsføringsomkostninger som

udgangspunkt er variable, og at Post Danmark som følge heraf vil have mulighed for at reducere dem betydeligt inden for en 3-5-årig periode, hvis adresseløse forsendelser bortfalder. Konkurrencestyrelsen anser de fælles salgs- og administrationsomkostninger for at være inkrementelle, og har i en tidligere høringsudgave lagt til grund, at 75 % af disse omkostninger kunne betragtes som inkrementelle. Efter en fornyet vurdering på baggrund af de indkomne høringssvar er det imidlertid styrelsens vurdering, at alle omkostningerne bør betragtes som inkrementelle. Styrelsen har derfor valgt at medregne samtlige salgs- og administrationsomkostninger, dvs. [...] og [...] /stk. i 2003 og 1. halvår af 2004. Til støtte for at inddrage salgs- og administrationsomkostningerne i IC og AIC taler også, at Post Danmarks nøgle for fordeling af salgs- og administrationsomkostninger efter styrelsens bedømmelse undervurderer salgs- og markedsføringsomkostningernes betydning for konkurrenceprodukter og dermed også for adresseløse forsendelser. Det adresseløse område er således kendetegnet ved en meget aktiv markedsføringsindsats fra såvel Post Danmark som Forbruger-Kontakts side.

205. Post Danmark har den 9. november 2004 som et helt nyt forhold gjort gældende, at [...] kr. af salgs- og administrationsomkostningerne i 2003 på [...] kr er fejlrubriceret i selskabets egen opgørelse, og rettelig burde være opgjort som ikke-henførbare fælles omkostninger. Denne korrektion er ikke taget til følge, fordi den efter styrelsens vurdering ikke er fyldestgørende forklaret eller begrundet.

206. For så vidt angår de ikke-henførbare fællesomkostninger, som vedrører omkostninger ved kerneprocesser i virksomheden (eksempelvis løn til øverste ledelse og fælles udviklingsomkostninger), så mener styrelsen at disse også vil kunne reduceres indenfor 3-5 år ved et bortfald af adresseløse forsendelser. Forbruger-Kontakt anfører, at et bortfald af adresseløse forsendelser vil fjerne 7-9 % af Post Danmarks indtægtsgrundlag, og finder det urealistisk, at selskabet ikke i en sådan situation vil vælge også at tilpasse overhead-omkostninger ved bortfald af adresseløse forsendelser. Skønsmæssigt indregner styrelsen derfor 25 % af de til adresseløse forsendelser henregnede ikke-henførbare fælles omkostninger i IC og AIC. De ikke henførbare omkostninger forhøjer således AIC med hhv. [...] og [...] pr. stk. i 2003 og 1. halvår 2004.

207. Efter disse korrektioner, vil AIC opgjort efter styrelsens beregninger, jf. tabel 4, således blive hhv. [...] og [...] højere pr. stk. i 2003 og 1. halvår 2004 end efter Post Danmarks egne (oprindelige) beregninger, som de fremgår af tabel 2 ovenfor.

Post Danmarks priser

208. Post Danmarks gennemsnitspriser til deres 20 største kunder i 2003 fremgår af nedenstående tabel 5. Alle priser er nettopriser efter fradrag af rabatter. Den laveste nettopris var i 2003 i alt [...]. Der var i 2003 i alt [...] kunder, der opnåede priser på niveau med styrelsens beregning af AIC.

Tabel 5. Post Danmarks gennemsnitspriser til deres 20 største kunder i 2003

...

209. Videre fremgår Post Danmarks gennemsnitspriser til selskabets 15 største kunder i 2004 af nedenstående tabel 6. Det bemærkes, at der i tabel 6 kun er tal for de storkunder, som får distribueret [...] stk. adresseløse forsendelser eller derover i 2004. Den laveste pris i 1. halvår 2004 var [...].

Tabel 6. Post Danmarks gennemsnitspriser til de af selskabets kunder med en anslået årlig volumen i 2004 på mindst [...] mio. stk.

...

210. Priserne i tabel 5 og 6 dækker over et gennemsnit af kundernes forskellige forsendelser, dvs. forsendelser som er forskellige med hensyn til vægt, antal, udbringningstidspunkt mv.

Samlet vurdering

211. Ved en vurdering af, om Post Danmark anvender urimeligt lave priser, ses der først og fremmest på, om Post Danmarks gennemsnitlige priser ligger under AIC. Det ses af tabel 7, at dette ikke tilfældet hverken i 2003 eller 1. halvår 2004.

212. Dernæst vurderes, om enkeltkunder opnår en pris under AIC. Post Danmarks gennemsnitlige nettopris for hver enkelt af de 15-20 største kunder fremgår af tabel 5 og 6. Som det fremgår af tabellerne, er den laveste nettopris, som Post Danmark har ydet en enkelt kunde i 2003 [...] pr. stk. ([...]) og i 2004 [...] pr. stk. ([...]). Sammenlignes disse priser med AIC, som i 2003 var [...] pr. stk. og [...] pr. stk. i 2004, følger det, at selskabets laveste nettopriser overfor [...] enkeltkunder ligger på niveau med det af styrelsens beregnede AIC i 2003. I 2004 ligger selskabets laveste nettopris på niveau med det af styrelsen beregnede AIC.

213. Den gennemsnitlige nettopris, den laveste nettopris og AIC for hhv. 2003 og 1. halvår af 2004 fremgår af nedenstående tabel 7.

Tabel 7. Post Danmarks ATC, gennemsnitlige nettopris, laveste nettopris og AIC for 2003 og 2004 (1. halvår)

...

214. Herefter ses på, om der kan være tale om priser under ATC kombineret med elimineringshensigt. De gennemsnitlige priser ([...]/stk) ligger i begge år over ATC ([...]/stk), beregnet på basis af konkurrenceregnskabet. Hvis ATC i stedet opgøres efter fuldkostfordelingsmetoden (produktøkonomiregnskabet) er ATC i 2003 i alt [...]/stk (tilsvarende tal foreligger endnu ikke for 2004). Det ligger også under den gennemsnitlige pris.

215. Den laveste nettopris i en del enkeltkundeforhold ligger under ATC i begge perioder. Det kan være problematisk, såfremt det drejer sig om mange og store kunder, og der samtidig kan konstateres elimineringshensigt. For så vidt angår spørgsmålet om elimineringshensigt, så har styrelsen inddraget en række elementer i denne vurdering, herunder de af Forbruger-Kontakt fremlagte indici, og de af Post Danmark fremlagte strategiplaner, bestyrelsesmødereferater og ledermødereferater. Ud fra en samlet vurdering af disse elementer, er det styrelsens opfattelse, at der ikke kan påvises elimineringshensigt og elimineringshensigt i 2003 og 1. halvår 2004.

216. Ud fra en samlet vurdering finder styrelsen, at Post Danmark ikke har anvendt urimeligt lave priser i 2003 og 2004, jf. konkurrencelovens § 11, stk. 1, og EF-Traktatens artikel 82.

217. Med rådets afgørelse af 29. september 2004 har rådet givet Post Danmark påbud om at ændre sin prisstruktur for at undgå diskriminerende priser mellem enkeltkunder. Denne afgørelse begrænser Post Danmarks fremtidige mulighed for at tilbyde for mange kunder priser under ATC. Der ligger således i denne afgørelse en yderligere sikkerhed mod fremtidig predatory pricing, fordi selskabet ikke længere kan diskriminere mellem egne og konkurrentens kunder.

218. Da AIC for 2004 imidlertid kun er baseret på regnskabstal for 1. halvår 2004, vil Konkurrencestyrelsen i medfør af konkurrencelovens § 17 anmode Post Danmark om den endelige beregning af AIC for 2004, når de endelige regnskabstal herfor foreligger, senest 1. april 2005.

Konklusion

219. Det er Konkurrencerådets vurdering, at det relevante marked er markedet for distribution af adresseløse forsendelser og lokal- og regional aviser i Danmark, jf. Rådets afgørelse af 24. april 2002 vedr. etablering af Dansk Distributionscenter A/S. På dette marked indtager Post Danmark en dominerende stilling.

220. Vurderingen af om Post Danmark har misbrugt sin dominerende stilling ved at anvende urimeligt lave priser, jf. forbudet i artikel 82, stk. 1, litra a, og i konkurrencelovens § 11, stk. 1, tager udgangspunkt i fællesskabets retspraksis, jf. Deutsche Post-afgørelsen [note: AKZO Chemie mod Kommissionen, C-62/86, Saml. 1999-I, 3359 og Kommissionens afgørelse af 20. marts 2001, COMP/35.141 – Deutsche Post AG, L 125/27]. Det fremgår af denne afgørelse, at en postvirksomhed som Post Danmark, som har en befordringspligt og samtidig udbyder andre tjenester i fri konkurrence, er underlagt en omkostningstest, der er baseret på de inkrementelle omkostninger (IC), dvs. at prisen skal overstige de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger (AIC).

221. Konkurrencerådet finder, at der bør foretages en række korrektioner i AIC, så fælles faste og variable omkostninger, som Post Danmark ikke finder er inkrementelle, i højere grad indregnes i AIC for adresseløse. Konkurrencestyrelsens opgørelse af AIC afviger således fra Post Danmarks AIC baseret på selskabets konkurrenceregnskab for adresseløse. Konkurrencerådets konklusion er derfor, at konkurrenceregnskabet, som opstillet af Post Danmark, ikke kan lægges til grund uden væsentlige korrektioner.

222. Beregninger af AIC rummer selvsagt en vis usikkerhed, men når Post Danmarks konkurrenceregnskab lægges til grund finder Konkurrencerådet, at der bør foretages en række justeringer af Post Danmarks opgørelse. Det skyldes efter rådets vurdering, at Post Danmark ikke i tilstrækkeligt omfang medregner omkostninger, som selskabet har henført til de befordringspligtige produkter. Efter rådets vurdering bør AIC for adresseløse således korrigeres for, at det må påregnes besparelser i fælles omkostninger, som vedrører samtransport og sambesøg for både befordringspligtige og adresseløse forsendelser. Endvidere finder Konkurrencerådet, at der bør foretages en række korrektioner for så vidt angår besparelser i de fælles faste og variable omkostninger, som allerede indgår i konkurrenceregnskabet for adresseløse forsendelser. En del af disse omkostninger medregner Konkurrencestyrelsen derfor også til AIC for adresseløse forsendelser. Konkurrencestyrelsens opgørelse af AIC afviger således fra Post Danmarks AIC baseret på selskabets konkurrenceregnskab, idet AIC efter styrelsens beregning er hhv. [...] og [...] højere pr. stk. end efter Post Danmarks beregning i 2003 og 1. halvår 2004.

223. Selvom det samlede marked omfatter distribution af adresseløse forsendelser og lokalaviser, er der kun klaget over Post Danmarks adfærd i relation til kunder der køber landsdækkende omdeling af reklameforsendelser (COOP, Spar og Super Best). I overensstemmelse med AKZO-dommen skal en analyse af forholdet mellem pris og omkostninger foretages for hvert enkelt produktområde for sig. Rådet har derfor med henvisning til konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt. ikke fundet grundlag for at inddrage en undersøgelse af forholdet mellem priser og omkostninger for så vidt angår distribution af lokalaviser. Rådet ser derfor alene på AIC for så vidt angår adresseløse forsendelser.

224. Ved en vurdering af, om Post Danmark anvender urimeligt lave priser, ses der først og fremmest på, om Post Danmarks gennemsnitlige priser ligger under AIC. Dette er ikke tilfældet hverken i 2003 eller 1. halvår 2004. Dernæst vurderes, om nogen enkeltkunder får en pris under AIC. I 2003 ligger selskabets laveste nettopris på niveau med det af styrelsen beregnede AIC og i 2004 ligger selskabets laveste nettopris på niveau med det af styrelsen beregnede AIC.

225. De fremlagte beregninger af AIC rummer selvsagt en vis usikkerhed. Selvom det af styrelsen beregnede AIC i 2003 ligger ca. [...] øre/stk. over den laveste nettopris for enkelte kunder, så taler usikkerheden i beregningerne for, at det ikke kan konkluderes, at Post Danmark har anvendt for lave priser. Dertil kommer, at AIC er et udtryk for de gennemsnitlige, marginale omkostninger på 3-5 års sigt ved en "gennemsnitsydelse". Ydelserne varierer imidlertid i omkostninger efter bla. vægt, regularitet, omfang (landsdækkende eller lokal omdeling osv.). De ydelser, der har lavest pris, belaster Post Danmark med færre omkostninger end en "gennemsnitlig" ydelse."

226. Herefter ses på, om der kan være tale om priser under ATC kombineret med elimineringshensigt. De gennemsnitlige priser ([...]/stk) ligger i begge år over ATC ([...]/stk), beregnet på basis af konkurrenceregnskabet. Hvis ATC i stedet opgøres efter fuldkostfordelingsmetoden (produktøkonomiregnskabet) er ATC i 2003 i alt [...]/stk (tilsvarende tal foreligger endnu ikke for 2004). Det ligger også under den gennemsnitlige pris.

227. Den laveste nettopris i en del enkeltkundeforhold ligger under ATC i begge perioder. Det kan være problematisk, såfremt det drejer sig om mange og store kunder, og der samtidig kan konstateres elimineringshensigt. For så vidt angår spørgsmålet om elimineringshensigt, så har rådet inddraget en række elementer i denne vurdering, herunder de af Forbruger-Kontakt fremlagte indici, og de af Post Danmark fremlagte strategiplaner, bestyrelsesmødereferater og direktionsmødereferater for 2000-2004. Ud fra en samlet vurdering af disse elementer, er det rådets opfattelse, at der ikke kan påvises elimineringshensigt i den betragtede periode.

228. Ud fra en samlet vurdering finder rådet, at Post Danmark ikke har anvendt urimeligt lave priser i 2003 og 2004, jf. konkurrencelovens § 11, stk. 1, og EF-Traktatens artikel 82."

3.3 Påbuddet af 29. september 2004 vedrørende Post Danmarks priser og rabatter skulle have været efterkommet af selskabet med virkning fra 1. januar 2005.

Post Danmark anmodede imidlertid Konkurrenceankenævnet om at tillægge Post Danmarks klage af 27. oktober 2004 (over rådets afgørelse af 29. september 2004) opsættende virkning, jf. konkurrencelovens § 19, stk. 4, 2. pkt., hvilket Konkurrenceankenævnet imødekom ved beslutning af 8. december 2004, således at Post Danmarks klage skulle hastebehandles på Konkurrenceankenævnets møde den 11. januar 2005, og at klagen indtil da blev tillagt opsættende virkning.

Under ankenævnets mundtlige behandling af klagen den 11. januar 2005 besluttede ankenævnet at afgøre sagen i forbindelse med den i mellemtiden indgivne klage over afgørelsen af 24. november 2004 efter mundtlig forhandling på et møde omberammet til 24. maj 2005 og at tillægge Post Danmarks klage fortsat opsættende virkning, indtil nævnets kendelse i sagen foreligger.

3.4 I mellemtiden drøftede Post Danmark og Konkurrencestyrelsen, hvorledes selskabet kunne imødekomme de betænkeligheder, som Konkurrencerådet har haft til Post Danmarks prissætning. Drøftelserne ledte til, at Post Danmark afgav tilsagn, jf. konkurrencelovens § 16 a, stk. 1, til en ny prisstruktur for adresseløse forsendelser til kunder med mere end 0,5 mio. forsendelser pr. år. Tilsagnet blev godkendt på Konkurrencerådets rådsmøde den 23. februar 2005 og vil være gældende fra den 1. juni 2005 og til 31. december 2006. Post Danmark har tilkendegivet, at tilsagnet vil gælde uanset udfaldet af ankenævnets afgørelse i denne sag.

Konkurrencestyrelsen har sammenfattet tilsagnsmodellen til, at der for alle storkunder fastsættes en grundpris og hertil lægges 7 omkostningsbaserede tillæg og et kommercielt tillæg. Grundprisen må aldrig fastsættes så lavt, at den samlede pris – dvs. grundprisen plus tillæg – er under de inkrementelle omkostninger (AIC).

Konsekvenserne af modellen er, at Post Danmarks prisspænd indskrænkes væsentligt, og at prisen fastsættes ud fra objektive kriterier. Den nye prisstruktur modvirker, at Post Danmark behandler konkurrentens kunder bedre end selskabets tilsvarende eksisterende kunder, og modellen sikrer, at ens kunder behandles ens. Desuden tilsigtes en bedre sammenhæng med Post Danmarks listepreiser for de helt små kunder.

Post Danmarks tilkendegav i forbindelse med tilsagnet, at dette i et og alt var afgivet uafhængigt af den ved Konkurrenceankenævnet verserende sag (ankenævnets j. nr. 2004-995), og således på ingen måde var udtryk for, at Post Danmark havde anerkendt, at selskabet er – eller har været – dominerende på markedet for distribution af adresseløse forsendelser og lokal- og regionalaviser i Danmark, eller at selskabets hidtidige prissætning ikke har været i overensstemmelse med konkurrenceloven/EF-traktatens konkurrenceregler.

3.5 Den 23. februar 2005 blev der afholdt et forberedende møde i Konkurrenceankenævnet med henblik på en tilrettelæggelse af forhandlingerne i sagerne vedrørende Post Danmarks klage over Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004 og Forbruger-Kontakts klage over rådets afgørelse af 24. november 2004.

Der var på mødet enighed mellem parterne om at tilrettelægge forhandlingen af de to ovennævnte sager sådan, at de skulle behandles i forbindelse med hinanden af Konkurrence-ankenævnet i den efter lov nr. 63 af 16. december 2004 (om ændring af konkurrenceloven) – der trådte i kraft den 1. februar 2005 – gældende sammensætning.

Sagerne blev herefter behandlet mundtligt på Konkurrenceankenævnets møde den 24. maj 2005.

4. Post Danmarks argumentation

Post Danmark har under ankesagen anført, at Konkurrencerådet har foretaget en forkert markedsafgrænsning.

Konkurrencerådet har i afgørelserne af 29. september (punkt 67-80) og 24. november 2004 (punkt 72-76) afgrænset det relevante marked til markedet for distribution af adresseløse forsendelser og lokal- og regionalaviser i Danmark, hvad Post Danmark for så vidt ikke har haft bemærkninger til. Forbuerger-Kontakt har imidlertid gjort gældende, at AIC – de inkrementelle omkostninger – skal opgøres på basis af de samlede omkostninger forbundet med distribution af adresseløse forsendelser og lokal- og regionalaviser. På denne baggrund har Post Danmark for ankenævnet gjort gældende, at der – for så vidt angår markedets produktmæssige dimension – består to separate produktmarkeder; et marked for distribution af adresseløse forsendelser og et andet marked for distribution af lokal- og regionalaviser.

Distributionen af adresseløse forsendelser og lokal- og regionalaviser henvender sig til to helt forskellige kundegrupper, der er aktive på helt forskellige markeder; udgiverne af adresseløse forsendelser (detailhandlen), og udgiverne af lokal- og regionalaviser (aviser). Hertil kommer, at der er væsentlige omkostningsmæssige og produktmæssige forskelle mellem distributionen af henholdsvis adresseløse forsendelser og lokal- og regionalaviser. Gennemsnitsvægten på de to typer af forsendelser er meget forskellig, da de adresseløse forsendelser typisk indleveres på et af de syv regionale postcentre, mens lokal- og regionalafviserne indleveres lokalt, og da adresseløse forsendelser omdeles over to dage, mens lokal- og regionalafviser som hovedregel skal omdeles på én bestemt dag. De to produkter følger således lang fra samme prissætning.

For så vidt angår markedets geografiske dimension er Post Danmark enig med Konkurrencerådet i, at der består et særskilt dansk marked.

Post Danmark har videre anført, at Post Danmark ikke indtager en dominerende stilling på det relevante marked – uanset om Konkurrencerådets eller Post Danmarks markedsafgrænsning lægges til grund.

Henset til, at den adfærd, der er under pådømmelse (indgåelsen af aftalerne for 2003 og 2004) blev udvist i efteråret 2002 og efteråret 2003, er det alene af retlig relevans, om Post Danmark i efteråret 2002 og efteråret 2003 må antages at have indtaget en dominerende stilling. Modsat er det uden retlig relevans, om Post Danmark måtte antages at have indtaget en dominerende stilling i 2004.

Det medgives, at Post Danmarks markedsandel opgjort efter omsætning – isoleret betragtet – taler til støtte for, at selskabet har indtaget en dominerende stilling i perioden fra 2001 til 2003. Post Danmarks markedsandel opgjort efter omfang (stk.) taler imidlertid modsat klart til støtte for, at Post Danmark ikke har indtaget en dominerende stilling, idet det fremgår af Konkurrencestyrelsens egne beregninger, at selskabets markedsandele opgjort efter omfang (stk.) har været på henholdsvis [...] i 2001, [...] i 2002 og [...] i 2003, jf. rådsnotatet af 29. september 2004 punkt 89.

Post Danmarks markedsandel opgjort efter omfang (stk.) skal tillægges en betydelig vægt, idet det utvetydigt fremgår af punkt 102-103 i Konkurrencestyrelsens afgørelse af 24. april 2002 om Dansk Distributionscenter A/S (J.nr. 1120-0401-31), at Konkurrencestyrelsen – i en sag, der dels vedrører præcis det samme marked som denne sag, dels vedrører en periode, der er tidsmæssigt overlappende med den i denne sag relevante periode – forkastede parternes synspunkt om, at markedsandele burde vurderes efter værdi (omsætning) og i stedet fastslog, at markedsandele skulle opgøres efter omfang (stk.), jf. punkt 102-103 i nævnte afgørelse. Konkurrencerådet har ikke anført nogen objektiv begrundelse for, at markedsandele i denne sag – i strid med Konkurrencestyrelsens ellers fastlagte praksis – skal opgøres efter værdi (omsætning).

Det fremgår desuden af punkt 55 i Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked, at afsætningens omfang (stk.) giver nyttige oplysninger om markedsandelen. I den forbindelse anerkendes, at Kommissionen i nævnte punkt videre anfører, at afsætningens værdi (omsætning) tillige giver nyttige oplysninger om markedsandele, og at afsætningens værdi normalt vil blive anset for bedre at afspejle de enkelte leverandørers relative stilling og styrke, når der er tale om "differentierede produkter". Efter Post Danmarks opfattelse, er der dog meget der taler for, at der ikke hér er tale om "differentierede produkter", idet Post Danmark og Forbruger-Kontakt tilbyder storkunderne distribution af adresseløse forsendelser på – efter kontrakterne – så godt som identiske vilkår, og idet der ifølge Post Danmark ikke kan spores en klar tendens i retning af, at de to distributører har specialiseret sig i visse typer af forsendelser (eks. tunge/lette forsendelser). Den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning understøtter derfor klart, at markedsandele opgjort efter omfang (stk.) skal tillægges en betydelig vægt i denne sag.

Det forhold, at Post Danmarks markedsandel opgjort efter omfang (stk.) i perioden 2001 til 2003 således stedse har været væsentligt under 40 %, såvel som det forhold, at Post Danmarks markedsandel hen over perioden således stedse har været faldende, taler klart til støtte for, at Post Danmark i perioden 2001 til 2003 ikke har indtaget en dominerende stilling på det for sagen relevante marked.

Det er i såvel den juridiske litteratur som praksis fast antaget, at en virksomheds relative markedsandel – dvs. markedsandelen set i forhold til konkurrenternes markedsandele – er af væsentlig betydning for vurderingen af, om en dominerende stilling foreligger. I lyset heraf er det af betydning, at det relevante marked som nævnt må karakteriseres som et udpræget duopolistisk og stærkt konkurrenceudsat marked, at Forbruger-Kontakt og Post Danmark således hen over den undersøgte periode (fra 2001 til 2003) skiftevis har "vundet" kunder fra hinanden, og at Forbruger-Kontakts markedsandel opgjort efter omfang (stk.) i 2002 og 2003 var større end Post Danmarks markedsandel.

Det følger heraf, at ingen af parterne i nævneværdigt omfang har været i stand til at kunne agere uafhængigt på markedet, hvorfor den grundlæggende test for dominans ikke har været opfyldt. Hvis én af aktørerne skulle anses for dominerende i perioden 2001 til 2003, burde det være Forbruger-Kontakt, idet Forbruger-Kontakts markedsandel som nævnt har været jævnt stigende og – opgjort efter omfang (stk.) – har været størst i 2002 og 2003.

Sammenfattende gøres det på den baggrund gældende, at markedet i den for sagerne relevante periode dækkende kan beskrives som et duopol eller som et " koncentreret oligopoli" , hvorpå de to aktører konkurrerer intensivt og hvor hverken Post Danmark eller Forbruger-Kontakt kan agere uafhængigt af den anden part. Enhver prisforhøjelse eller byrdefuld vilkårsændring vil straks blive mødt med et krav om skift til den anden landsdækkende aktør. På et sådant marked kan ingen af parterne betragtes som dominerende, jf. fra EF-Domstolens praksis Hoffmann-La Roche-sagen (præmis 39), hvor oligopoler og dominans som udgangspunkt er beskrevet som modsætninger, der hver især kan karakteriseres som følger: " Virksomhedernes adfærd i et oligopol er genstand for gensidig påvirkning, medens en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, i vidt omfang selv kan fastlægge sin adfærd" .

De relative markedsandele taler således entydigt til støtte for, at Post Danmark i 2001 til 2003 ikke har indtaget en dominerende stilling på det relevante marked, og det bemærkes, at Konkurrencerådet intet steds i afgørelsen har beskæftiget sig med dette forhold.

Det bemærkes videre, at det i den påklagede afgørelse korrekt er anført, at der ikke er nogen juridiske, administrative eller tekniske barrierer til markedet, jf. afgørelsens punkt 92. Manglen på sådanne barrierer taler entydigt til støtte for, at Post Danmark ikke har indtaget en dominerende stilling. Konkurrencerådet har eksplicit anerkendt, at Post Danmarks aftaler kan opsiges med et varsel på [...] eller [...] måneder uden betingelser eller sanktioner, jf. rådsnotatet af 29. september 2004 punkt 188, hvorfor Post Danmarks storkunder til enhver tid har mulighed for at skifte til Forbruger-Kontakt, såfremt Forbruger-Kontakt fremkommer med et bedre tilbud.

Konkurrencerådet har anført, at muligheden for at tilbyde landsdækkende distribution er en væsentlig økonomisk barriere, og at Post Danmarks dominerende stilling på markedet for adresseløse forsendelser underbygges af selskabets legale eneret for så vidt angår adresserede breve på under 100 gram og den dertil knyttede befordringspligt. Det er korrekt, at et landsdækkende distributionsnet udgør en fordel i forhold til storkunderne, men Post Danmarks landsdækkende distributionsnet har ikke været til hinder for, at Forbruger-Kontakt i den undersøgte periode har opbygget et tilnærmelsesvist landsdækkende distributionsnet. Hertil kommer, at Post Danmarks landsdækkende distributionsnet, og de til distributionsnettet/befordringspligten knyttede strenge kvalitetskrav, her indebåret – og indebærer fortsat – betydelige omkostninger for Post Danmark. Post Danmarks landsdækkende distributionsnet kan derfor ikke tillægges særlig betydning ved vurderingen af, om selskabet i 2001 til 2003 har indtaget en dominerende stilling på det relevante marked.

Såvel Post Danmark som Forbruger-Kontakt har væsentlig kapital og ledelsesmæssig styrke, hvorfor sådanne styrker ikke kan tillægges særlig vægt ved dominansvurderingen.

Post Danmark har således ikke i perioden 2001 til 2003 indtaget en dominerende stilling på det relevante marked.

Såfremt ankenævnet måtte finde, at Post Danmark har indtaget en dominerende stilling, gøres det gældende, at Post Danmarks prissætning ikke har haft karakter af misbrug i form af forskellige priser over for selskabets egne kunder og Forbruger-Kontakts kunder ("primary-line prisdiskrimination" i form af selektive prisnedsættelser) og/eller forskellige priser over for kunder i samme situation ("secondary-line" prisdiskrimination). Det bestrides imidlertid ikke, at 2003-aftalerne med [...] må antages at have indeholdt loyalitetsskabende målrabatter, jf. afgørelsen af 29. september 2004 punkt 14.

Post Danmarks prissætning har ikke haft karakter af primary-line prisdiskrimination i form af selektive lave priser og/eller secondary-line prisdiskrimination, allerede fordi samtlige Post Danmarks nettopriser, herunder nettopriserne til COOP, SuperBest og Spar, er ydet ud fra objektive kriterier (mængde, vægt, format, modtagergrupper, etc.), der oplagt har en klar relation til Post Danmarks omkostningsstruktur, og Konkurrencerådet ses ikke at have dokumenteret, at kriterierne ikke er administreret ens over for alle kunder. I den forbindelse bemærkes bl.a., at Post Danmark har dokumenteret, at der er væsentlige stordriftsfordele forbundet med at distribuere adresseløse forsendelser for Post Danmark, uanset om der tages afsæt i Post Danmarks eller Konkurrencerådets opgørelse af AIC.

Konkurrencerådet har fundet, at Post Danmark har udøvet et misbrug i form af såkaldte " selektivt lave priser" i forhold til COOP, SuperBest og Spar med det formål at søge at ekskludere Forbruger-Kontakt fra markedet (primary-line prisdiskrimination).

Begrundelsen herfor er sammenfattet i afgørelsen af 29. september 2004 punkt 162, hvoraf det kan udledes, at rådet har baseret sin afgørelse på, at fire "betingelser" hævdes at være opfyldt: (1) Post Danmark påstås at have en "betydelig" dominans", (2) der påstås at foreligge "konstaterede prisforskelle" mellem prissætningen over for Post Danmarks egne kunder og Forbruger-Kontakts tidligere kunder, (3) de påståede prisforskelle hævdes ikke at kunne omkostningsmæssigt justificeres, og hævdes derfor at være udtryk for "prisdiskrimination", og (4) de påståede prisforskelle hævdes at have været medvirkende til, at Forbruger-Kontakt blev udelukket fra at byde på de nævnte kunders ordre.

For så vidt angår den af Konkurrencerådet opstillede betingelse om "betydelig dominans" (betingelse nr. 1) henvises til det tidligere anførte, hvorefter det er Post Danmarks opfattelse, at Post Danmark ikke i den relevante periode indtog en dominerende stilling på det af Konkurrencerådet afgrænsede marked. Så meget desto mere er det klart, at Post Danmark i hvert fald ikke havde en "betydelig dominans".

For så vidt angår den af Konkurrencerådet opstillede betingelse om "konstaterede prisforskelle" (betingelse nr. 2) og "omkostningsbegrundelse" (betingelse nr. 3) bemærkes, at prisen til [...] var fuldt ud omkostningsmæssigt justificeret, og at det ikke er korrekt – som anført af rådet – at der var forskelle mellem prisen til henholdsvis COOP, SuperBest og Spar og prisen til Post Danmarks "eksisterende" kunder.

Aftalen med [...] repræsenterede en mængde, der var mere end [...] gange så stor, som mængden i Post Danmarks næststørste kundeaftale, og aftalen indebar - i tillæg hertil - udbringning af gennemsnitlig [...] forsendelser pr. stop, mens ingen af de øvrige storkunder indebar udbringning af mere end [...] pr. stop. Dermed blev den gennemsnitlige stykomkostning for aftalen med [...] markant reduceret i forhold til stykomkostningen for alle andre storkundeaftaler.

Den lavere pris til [...] var således fuldt ud begrundet i meget markante omkostningsbesparelser/stordriftsfordele, og det var sikret, at nævnte omkostningsbesparelser blev ligeligt fordelt ud på samtlige kunder, således at [...] alene nød godt af en forholdsmæssig andel heraf.

Analysen bag Konkurrencerådets konklusion om, at der var forskelle mellem prisen til henholdsvis COOP, SuperBest og Spar og prisen til Post Danmarks "eksisterende" kunder er misvisende, idet rådet bl.a. entydigt synes at have fokuseret på en sammenligning af nettopriser og rabatprocenter for kunder med samme – eller tæt på samme – mængde. En sådan sammenligning er imidlertid misvisende, idet den ikke tager højde for de øvrige 7 omkostningsdeterminanters betydning (vægt, by/land fordeling, frekvens etc.) og idet det i alle tilfælde er de oprindeligt aftalte nettopriser, der udgør det bedste sammenligningsgrundlag.

En sammenligning af SuperBest og Spars nettopriser og rabatprocenter med nettopriser/rabatprocenter tilbudt eksisterende kunder med nogenlunde samme mængde giver i øvrigt ikke belæg for rådets konklusion om, at der var forskelle i prisen.

For så vidt angår det af Konkurrencerådet anførte om, at Forbruger-Kontakt blev udelukket fra at byde på de nævnte kunders ordre (betingelse nr. 4), bemærkes, at dette ikke er korrekt.

For så vidt angår COOP blev der gennemført en licitationslignende procedure, hvorunder COOP skiftevis indhentede tilbud fra Post Danmark og Forbruger-Kontakt. Forbruger-Kontakt blev således ikke udelukket fra at byde.

For så vidt angår SuperBest og Spar var det kendetegnende, at Post Danmarks priser til disse kunder ikke var lavere end de priser Forbruger-Kontakt kunne tilbyde. Spar og SuperBest valgte imidlertid alligevel at skifte distributør, hvilket må skyldes andre forhold, jf. formanden for SuperBest, Niels Foghs, kommentar til Børsen den 19. marts 2004, hvor han gav udtryk for utilfredshed med Forbruger-Kontakts hidtidige service.

Ingen af de fire betingelser, som Konkurrencerådet har opstillet i sin afgørelse, er således de facto opfyldt i denne sag.

Hertil kommer, at de af Konkurrencerådets opstillede fire betingelser ikke synes at have støtte i hidtidig retspraksis, hvorefter der – i overensstemmelse med en effektbaseret analyse – skal ”relativt meget til”, før en dominerende virksomheds selektive prisnedsættelse rettet mod konkurrentens kunder kan anses for at være i strid med forbuddet mod misbrug af dominans.

Af relevant praksis henvises til Irish Sugar (Retten i Første Instans’ sag T228/97 og EF-Domstolens sag C-497/99 P), Hilti (Kommissionens beslutning af 22. december 1987 i sag IV/30 787 og Retten i Første Instans’ dom C-53/92 P) og Compagnie Maritime Belge (C-395/96 P og C-396/96 P). For så vidt angår relevant litteratur kan der henvises til Ryhl, Konkurrenceretten i EU, 2003, side 534-537, Whish, Competition Law, 5th edition 2003, side 189-190 og Lang, Defining Legitimate Competition - How to clarify pricing abuses under article 82 EC (Fordham International Law Journal, November 2002), side 23-30.

Kendetegnende for nævnte praksis og litteratur er, at der – i de tilfælde, hvor et misbrug har kunnet konstateres – er blevet lagt afgørende vægt på, at der var tale om en såkaldt ”superdominerende” virksomhed. Selektive prisnedsættelser er desuden i intet tilfælde i sig selv blevet anset for at udgøre misbrug af en dominerende stilling, idet der i de sager, hvor et misbrug er fundet at foreligge, er blevet lagt afgørende vægt på, at den dominerende virksomhed – i tillæg til den selektive prisnedsættelse – havde bundet kunderne til sig ved loyalitetsskabende/markedsafskærmende aftaler. Domstolene har desuden lagt afgørende vægt på bevis for ”predatory intent”.

Det må anses for hævet over enhver tvivl, at Post Danmark ikke er ”superdominerende” på de(t) relevante marked(er). Der er desuden ingen dokumentation for, at Post Danmark har søgt at binde COOP, SuperBest eller Spar til sig ved loyalitetsskabende/markedsafskærmende aftaler. Tværtimod er det udtrykkeligt anerkendt af Konkurrencerådet, at storkunderne – uden at blive straffet på prisen – med kort varsel kan skifte distributør. Endelig foreligger der ingen indicier for ”predatory intent”.

Selvom det måtte lægges til grund, at Post Danmark har anvendt selektiv prisnedsættelse over for COOP, SuperBest og Spar, har en sådan selektiv prisnedsættelse således ikke karakter af misbrug af en påstået dominerende stilling.

Hertil kommer, at Konkurrencerådet desuden ikke har foretaget en nøje afvejning af Post Danmarks ret til at møde konkurrencen sammenholdt med de selektive prisnedsættelsers reelt ekskluderende effekt. En sådan afvejning synes at være en forudsætning for en effektbaseret analyse. I den

forbindelse bemærkes bl.a., at Europa-Kommissionen over de sidste fem år har gennemført en reform af gruppefritagelserne og retningslinjerne relaterende sig til EF-traktatens artikel 81. Reformens grundlæggende sigte har været at implementere en effektbaseret analyse under artikel 81 – dvs. ”en økonomisk synsvinkel, der er baseret på virkningerne på markedet”, jf. punkt 7 i Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger (EFT 200/C 291/01). Kommissionen har tidligere været tilbageholdende med at anerkende nødvendigheden af en tilsvarende effektbaseret analyse under EF-traktatens artikel 82, men nu anerkendt nødvendigheden af et skift i tilgangen til artikel 82-sager.

Markedet for distribution af adresseløse forsendelser for storkunder kan – som nævnt – karakteriseres som et duopolistisk marked, hvorpå alene Forbruger-Kontakt og Post Danmark er betydningsfulde aktører. Produkterne er ens og let substituerbare og der er en begrænset gennemsigtighed på markedet. Pris – og vilkår i øvrigt – fastsættes efter individuelle forhandlinger med de enkelte storkunder, og der er ingen konkurrenceskadelig koordinering af de to aktørers adfærd, men tværtimod en intensiv konkurrence.

Konkurrencerådet har ikke søgt at analysere virkningerne på markedet af det nu foreslåede indgreb. Rådet har derimod alene baseret sin analyse på et ”firkantet” krav om, at markedet skal være gennemskueligt, at enhver prisdifferentiering skal kunne justificeres på objektivi grundlag, og at Post Danmarks udførlige redegørelse for selskabets ikke-diskriminerende prisfastsættelse ud fra de otte omkostningsdeterminanter ikke udgør en sådan objektiv justificering.

Konkurrencerådet kræver således større gennemskuelighed for storkunderne (men derimod i sagens natur også for konkurrenten) og en mere forenklet – og forudsigelig – prissætning. En nærliggende konsekvens heraf kunne blive, at enkeltslag om enkeltkunder erstattes af en potentielt dødelig krig om markedet. Konsekvensen kunne også blive, at Forbruger-Kontakt og Post Danmark tilskyndes til ensartet/koordineret adfærd på markedet (misbrug af kollektiv dominans). Dette ville være at gøre konkurrencen en ”bjørnetjeneste”.

Konkurrencerådets anbringende om, at Post Danmarks prissætning generelt har haft indlåsningseffekt og dermed generelt har haft karakter af primary-line prisdiskrimination er ikke tidligere gjort gældende i sagen og har ikke været omfattet af de i disse sager indbragte afgørelser fra Konkurrencerådet. Der er tale om et nyt anbringende, som bør afvises. Til støtte herfor henvises navnlig til kravet om, at sagen for rekursinstansen skal bevare sin identitet, og tilsidesættelsen af ”instansfølgen” .

For så vidt angår spørgsmålet om secondary-line prisdiskrimination bemærkes, at dette i et vist omfang alene er af retshistorisk interesse, da det givne tilsagn af 23. februar 2005 indebærer, at Post Danmark og Konkurrencerådet er enige om en fremtidig prissætningsmodel.

Post Danmark gør dog uafhængig af tilsagnet gældende, at Post Danmarks prissætning ikke var udtryk for en ulovlig secondary-line prisdiskrimination.

Efter den foreliggende praksis kan udledes, at kvantumsrabatter ikke i sig selv er udtryk for prisdiskrimination, jf. bl.a. præmis 50 ff. i den af EF-Domstolen afsagte dom af 29. marts 2001 i sag C-163/99, Den Portugisiske Republik mod Kommissionen. Det forhold, at en dominerende virksomhed yder store kunder større rabatter end små kunder er ikke i sig selv et udtryk for prisdiskrimination, idet en sådan prisdifferentiering – med Domstolens ord – er en ”uadskillelig del”

af enhver kvantumsrabat. Der skal ”relativt meget til”, før et secondary-line prisdiskrimineringsproblem kan antages at foreligge, og det må således være lovligt at basere en rabatstruktur på relativt grove og administrativt håndterlige kriterier, så længe kriterierne er fastsat objektivt og uden skelen til et ønske om særligt at favorisere visse kunder. Det må herunder være lovligt at tildele rabatter efter objektive kriterier, der oplagt har en vis relation til den dominerende virksomheds omkostningsstruktur, men som dog ikke i det hele kan omkostningsmæssigt justificeres.

Post Danmark er således ikke – i relation til spørgsmålet om secondary-line prisdiskrimination – underlagt et snævert krav om omkostningsmæssig justificering af ydede rabatter, idet det er tilstrækkeligt, at rabatterne er ydet ud fra objektive kriterier, der oplagt har en vis relation til Post Danmarks omkostningsstruktur. I den forbindelse bemærkes, at Post Danmarks prisfastsættelse over for storkunderne opfylder dette krav, idet samtlige aftaler er prisfastsat efter en nøje – og ikke diskriminerende – vægtning af de otte omkostningsdeterminanter.

Kravet om ligebehandling gælder desuden alene for sammenlignelige kunder i indbyrdes konkurrence. Hvis Post Danmark tilbyder sammenlignelige storkunder forskellige priser, er dette ikke i sig selv udtryk for prisdiskrimination. Der kan således alene foreligge prisdiskrimination, hvis kunderne er i indbyrdes konkurrence på disse afsætningsmarkeder.

Der gælder efter fast praksis yderligere et mærkbarhedskrav; dvs. at en eventuel forskelsbehandling alene er ulovlig, såfremt den mærkbart stiller konkurrerende kunder forskelligt i disses indbyrdes konkurrence. Secondary-line prisdiskrimination forudsætter derfor bl.a., at der foreligger bevis for, at en eventuel diskrimination har forårsaget ”a material competitive handicap” for kunden, og at kunden ikke har mulighed for i stedet at handle med en konkurrerende leverandør.

Konkurrencerådet skal således føre bevis for, at en eventuel diskrimination har forårsaget ”a material competitive handicap” for kunden, og at kunden ikke i stedet blot kunne have handlet med Forbruger-Kontakt eller en af de øvrige konkurrenter på markedet.

Et sådant bevis synes umuligt at føre, idet det er et faktum, at Post Danmarks kunder fordeler distributionsomkostningerne til adresseløse forsendelser ud på alle deres produkter, hvilket følgelig minimerer omkostningernes effekt for konkurrencen på downstream-markedet. Hertil kommer, at Post Danmark har en formodning om, at en væsentlig del af kunderne ikke selv afholder omkostningerne til distribution, idet de modtager markedsføringstilskud fra leverandørerne, der fuldt ud dækker nævnte omkostninger.

Hvis det antoges, at en dominerende virksomhed var frataget retten til at sænke sine priser i en licitationsrunde uden samtidig at sænke sine priser for alle øvrige sammenlignelige kunder, ville dette indebære, at den dominerende virksomhed reelt – i et betydeligt omfang – var frataget retten til at konkurrere. Den dominerende virksomheds konkurrent ville have fordelene heraf, idet konkurrenten ville vide, at den dominerende virksomhed ikke vil kunne sænke sine priser i den konkrete licitation uden at skulle sænke sine priser over for alle sammenlignelige kunder. En rationel konkurrent ville således vide, at denne kunne ”nøjes” med at tilbyde en pris, som lå lige under den dominerende virksomheds normale pris. På denne måde vil der ikke være udsigt til, at det generelle prisniveau kunne konkurreres ned – til fordel for den dominerende virksomheds kunder. Med andre ord vil hensynet til en effektiv priskonkurrence tilsige, at en dominerende virksomhed i

en licitation lovligt kan tilbyde en kunde en lavere pris end virksomhedens øvrige kunder, idet dette scenario på sigt vil betyde, at det generelle prisniveau sænkes.

Dette logiske rationale har da også medført, at det i såvel teori som praksis anerkendes, at licitationsprocedurer kan berettige en vis forskelsbehandling mellem i øvrigt sammenlignelige kunder. Det forhold, at Post Danmark yder forskellige priser som følge af de af storkunderne afholdte licitationsprocedurer, er således ikke i sig selv udtryk for prisdiskrimination.

Post Danmarks prissætning er således ikke udtryk for ulovlig secondary-line prisdiskrimination.

Post Danmark har til støtte for en hjemvisning af Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004 anført, at det i Konkurrencerådets afgørelse ikke er tilstrækkeligt oplyst og begrundet, at Post Danmark indtager en dominerende stilling, og at Konkurrencerådet ikke har inddraget de faktiske markedsforhold i vurderingen.

Konkurrencerådet har i punkterne 84 til 104 anlagt en forkert vurdering af Post Danmarks stilling på det for sagen relevante marked ved at have opgjort virksomhedens markedsandel efter værdi (omsætning) og ikke efter omfang (stk.), ligesom Konkurrencerådet ikke har angivet den fornødne objektive begrundelse for at afvise, at markedsandele på det her relevante marked ikke skal opgøres efter værdi.

Konkurrencerådets begrundelse for at opgøre markedsandelen efter værdi er heller ikke korrekt funderet, idet rådet fejlagtigt lægger til grund, at der er tale om en differentieret ydelse, fordi forsendelserne varierer i vægt og antal. Post Danmark afviser, at selskabets ydelse (distribution) får karakter af en differentieret ydelse blot fordi en kunde indleverer 10.000 telefonbøger og en anden kunde indleverer 75.000 fødselsdagsaviser. Tværtimod. Ydelsen distribution er den samme uanset forsendelsernes karakter. Dér, hvor differentieringen af her to nævnte typer af forsendelser opstår, er ikke i relation til Post Danmarks ydelse (distribution), men i relation til Post Danmarks prissætning af de to typer af forsendelser, idet Post Danmarks omkostninger ved at distribuere telefonbøger og fødselsdagsaviser ikke er ens.

Selv hvis det antoges, at ydelsen (distribution) var differentieret – alt efter genstanden for distributionen – er det direkte ubegrundet og fejlagtigt, når Konkurrencerådet i afgørelsens punkt 87 herefter " slutter" , at markedsandelene skal opgøres på baggrund af omsætning, fordi det vil give det mest retvisende billede af parternes markedsstilling og -styrke henset til at Post Danmarks nettopriser er højere end Forbruger-Kontakts.

Post Danmark gør videre gældende, at Konkurrencerådet ikke har inddraget markedets duopolistiske karakter i sin vurdering af, om Post Danmark besidder en økonomisk magtposition der bevirker, at Post Danmark kan udøve en uafhængig adfærd. Konkurrencerådet har således ikke dokumenteret, hvordan et duopolistisk marked er foreneligt med Post Danmarks – påståede – uafhængige adfærd, og hvorfor der ved vurderingen af konkurrenceintensiteten på markedet tilsyneladende kan ses bort fra de kunder, som Forbruger-Kontakt har vundet fra Post Danmark.

Det er videre anført, at Konkurrencerådet på ingen måde har sandsynliggjort, endsige dokumenteret, at Post Danmarks prissætning over for COOP, SuperBest og Spar har haft karakter af et misbrug af den påståede dominerende stilling.

Konkurrencerådet har således ikke sandsynliggjort, endsige dokumenteret, *hvorfor* Post Danmarks udførlige omkostningsmæssige justificering af prisen til COOP (den markant forbedrede dropøkonomi) tilsyneladende kan afskrives som irrelevant, *hvorfor* Post Danmarks priser til SuperBest og Spar kan være ekskluderende til trods for, at priserne er højere end de af Forbruger-Kontakt tilbudte, *hvorfor* det ikke er relevant, at den reelle årsag til de to storkunders valg af ny leverandør må antages at have været, at Forbruger-Kontakt ikke kunne "holde hvad de lovede", idet leveringssikkerheden tilsyneladende var for ringe, og at SuperBest og Spar til enhver tid – uden at blive straffet på prisen – kan skifte distributør med kort varsel, såfremt Forbruger-Kontakt kommer med "et bedre tilbud", *hvorfor* det er relevant for vurderingen af Post Danmarks prissætning i forhold til COOP, SuperBest og Spar, at Forbruger-Kontakt ved et fremtidigt tab af yderligere kunder hævdes at kunne "miste det kundegrundlag, som udgør den kritiske masse for at opretholde selskabets landsdækkende distribution, og *hvorfor* det ikke er relevant, at Forbruger-Kontakt i 2003 overtog en række meget betydelige storkunder fra Post Danmark.

Afgørelsen lider desuden af en væsentlig mangel ved ikke at indeholde oplysninger om – og en konkurrenceretlige analyse af - Forbruger-Kontakts priser/pristilbud til COOP, SuperBest og Spar.

Konkurrencerådet har ikke i fornødent omfang dokumenteret og begrundet, hvorfor Post Danmarks rabatter til storkunder ikke er objektivt begrundet, henholdsvis mærkbart begrænser konkurrencen mellem storkunderne. Konkurrencerådet har således ikke dokumenteret og begrundet, hvorfor de af Post Danmark anvendte omkostningsdeterminanter ikke "tilstrækkeligt" kan justificere rabatforskellene, jf. afgørelsens punkt 180. Dette til trods for, at rådet synes at anerkende, at der er en sammenhæng mellem de syv/otte omkostningsdeterminanter og de omkostningsmæssige besparelser, som Post Danmark har dokumenteret. Rådet har heller ikke i fornødent omfang dokumenteret og begrundet hvordan Post Danmarks rabatter til storkunder har haft en mærkbar indvirkning på kundernes indbyrdes konkurrenceforhold, idet rådet bl.a. ikke har analyseret, hvordan Post Danmarks kunder får dækning for afholdte distributionsomkostninger. Rådet har derimod anlagt en teoretisk tilgang i vurderingen af effekten for kunderne af storkunderrabatterne. Rådet har således undladt at inddrage det faktum, at Post Danmarks kunder fordeler distributionsomkostningerne til adresseløse ud på alle deres produkter, hvilket følgelig minimerer omkostningernes effekt for konkurrencen på downstream-markedet. Ligeledes har rådet ikke forholdt sig til, at en væsentlig del af kunderne antageligvis ikke selv afholder omkostningerne til distribution, idet de modtager markedsføringstilskud fra leverandørerne, der fuldt ud dækker nævnte omkostninger.

Konkurrencerådet har videre ikke anført den fornødne begrundelse for, at Post Danmarks rabatter er uigennemskuelige, og at dette i givet fald er skadeligt for konkurrencen, jf. afgørelsens punkt 184.

Afgørelsen af 29. september 2004 er således på en række punkter ikke tilstrækkelig oplyst og ubegrundet, hvorfor sagen – såfremt ankenævnet ikke kan give Post Danmark medhold i ophævelsespåstanden – bør hjemvises til fornyet behandling i Konkurrencerådet.

For så vidt angår Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2004 vedrørende spørgsmålet om predatory pricing har Post Danmark – til støtte for Konkurrencerådets stadfæstelsespåstand – anført, at ankenævnet bør være tilbageholdende med prøve/tilsidesætte rådets skøn over faktum, da det hverken kan eller skal have samme tilbundsgående indsigt i faktum som Konkurrencerådet. I den forbindelse bemærkes, at der for så vidt angår spørgsmålet om predatory pricing i alt væsentligt er

uenighed om faktum, men modsat grundlæggende enighed om jus, herunder navnlig hvilken adfærd der retligt betragtet skal anses som "misbrug".

Ankenævnet har naturligvis en fuld prøvelsesret, men det er dog hævet over enhver tvivl, at ankenævnets væsentligste opgave er at påse, at "juraen" er anvendt korrekt.

Der er enighed om, at spørgsmålet om, hvorvidt Post Danmark har udøvet predatory pricing principielt skal afgøres efter den såkaldte AIC-test, og at denne test, der blev etableret med Kommissionens såkaldte DPAG-beslutning af 20. marts 2001, indebærer, at Post Danmark – hvis dominans foreligger – i princippet har udøvet predatory pricing, såfremt priserne over for kunderne ikke mindst dækker AIC, dvs. alle faste og variable omkostninger, der vurderes at ville falde bort på kort eller mellemlang sigt (3-5 år) ved et bortfald af produktet " adresseløse forsendelser".

Modsat er der uenighed om IC omkostningerne forbundet med produktet lokal- og regionalaviser skal tillægges IC for produktet " adresseløse forsendelser" ved en beregning af IC og AIC for produktet " adresseløse forsendelser" . Der er desuden uenighed om, hvorvidt der gælder en ATC test ved siden af AIC testen, og om ATC-testen – hvis den gælder – fører til, at Post Danmark har udvist predatory pricing.

For så vidt angår spørgsmålet om IC omkostningerne bemærkes, at formålet bag forbudet mod predatory pricing er at forhindre en dominerende virksomhed i at foretage tabsgivende salg. Det teoretiske udgangspunkt er, at en marginalomkostningsberegning er bedst egnet til at fastlægge, om et salg er tabsgivende. Marginalomkostningerne lader sig imidlertid kun meget vanskeligt beregne i praksis. Derfor er AVC og ATC valgt som " second best option" , idet disse relativt let lader sig beregne. Sigtet er dog grundlæggende, at testen bedst muligt måler, om et salg giver tab. Det er grundlæggende uforeneligt hermed i omkostningsmassen at medtage omkostninger til " produkter" , der har en væsentlig forskellig omkostningsstruktur – hér lokal- og regionalaviser.

Det er derfor Post Danmarks opfattelse, at IC omkostningerne forbundet med produktet lokal- og regionalaviser ikke skal tillægges IC for produktet " adresseløse forsendelser" ved en beregning af IC og AIC for produktet " adresseløse forsendelser" , jf. AKZO, præmis 53-54 og 83.

For så vidt angår spørgsmålet om der gælder en ATC test ved siden af AIC testen, bemærkes, at ATC testen grundlæggende er baseret på, at der er tale om en pris, der ikke giver fuld omkostningsdækning, idet faste omkostninger ikke er dækket.

Det hedder i betragtning 6 i Kommissionens DPAG-beslutning:

" Ud fra et økonomisk synspunkt foreligger der krydssubsidiering, når på den ene side indtægterne fra en tjeneste ikke er tilstrækkelige til at dække de specifikke meromkostninger (incremental costs), der opstår i forbindelse med denne tjeneste, og der på den anden side er en tjeneste eller et helt virksomhedsområde, hvor indtjeningen overstiger de såkaldte " stand alone costs.."

Krydssubsidiering er således pr. definition udelukket, når indtægterne dækker IC, hvorfor det ikke giver mening at anvende ATC-testen, der som nævnt grundlæggende er baseret på, at der er tale om en pris, der ikke giver fuld omkostningsdækning.

For så vidt angår spørgsmålet om ATC-testen – hvis den gælder – fører til, at Post Danmark har udvist predatory pricing, bemærkes, at Post Danmark – som nævnt – slet ikke er underlagt ATC-testen.

Selv hvis Post Danmark var underlagt ATC-testen, har Post Danmark under sagsbehandlingen i Konkurrencerådet tilbagevist, at Post Danmark skulle have udvist predatory pricing.

Om Forbruger-Kontakts kritik af konkurrenceregnskabet bemærkes, at det er blevet til efter et langvarigt udvalgsarbejde med deltagelse af eksterne revisionsfirmaer (Deloitte og PWC), Transport- og Energiministeriet og Post Danmark, at regnskabet er udformet med det ene formål samtidig at kunne overholde AIC-testen og kravene til regnskabsførelse i postdirektivets artikel 14, og at regnskabet – i fuld overensstemmelse med anbefalingerne fra NERA og CTcon – er baseret på ABC analyser.

For så vidt angår Forbruger-Kontakts hjemvisningspåstand i relation til afgørelsen af 24. november 2004 om predatory pricing bemærkes, at Konkurrencerådet med rette i væsentligt omfang har lagt Post Danmarks målinger - og faktiske oplysninger i øvrigt - til grund for sin afgørelse af sagen. Konkurrencerådet har spurgt indgående ind til de af Post Danmark foretagne beregninger og det udøvede skøn, og i en lang række tilfælde har tilsidesat beregningerne/skønnet.

Sagen må i øvrigt – via den meget omfattende skriftveksling og mødeaktivitet i det mere end etårige sagsbehandlingsforløb frem til, at rådet den 24. november 2004 traf afgørelse – anses for tilstrækkelig belyst. Sagens to væsentligste spørgsmål om opgørelsen af, hvilke omkostninger, der skal medregnes til AIC, og om faktum giver belæg for en elimineringshensigt – nødvendiggør begge udøvelsen af et ikke uvæsentligt faktumbaseret skøn. Konkurrenceankenævnet bør være tilbageholdende med at tilsidesætte sådant faktumbaseret skøn.

5. Forbruger-Kontakts argumentation

Forbruger-Kontakt har til støtte for Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004 anført, at Konkurrencerådet – efter inddragelse af alle relevante og sædvanlige faktorer – med rette har fundet, at Post Danmark stedse har indtaget en dominerende stilling på det relevante marked.

Udgangspunktet for opgørelse af markedsandele er Kommissionens meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked, jf. meddelelsens punkt 55, hvoraf fremgår, at det er den klare hovedregel, at i forhold til en virksomhed der sælger differentierede ydelser, så skal markedsstillingen og markedsstyrken opgøres ud fra omsætningen (værdi) og ikke omfanget (antal).

Post Danmark bestrider imidlertid i forbindelse med deres argumentation vedrørende dominans, at distribution af adresseløse forsendelser er differentierede ydelser. Post Danmark leverer dog selv argumentet for, at der er tale om differentierede ydelser under argumentationen i relation til omkostningsbegrundelsen for rabatterne, hvor Post Danmark understreger, at der absolut er tale om differentierede produkter med hensyn til mængde, vægt, format, modtagergrupper, omdelingsperiode, omdelingsområde, indleveringssted og frekvens. På den baggrund må det nødvendigvis være korrekt, når Konkurrencerådet opgør markedsandele i overensstemmelse med punkt 55 i Kommissionens meddelelse vedrørende differentierede ydelser.

Post Danmarks markedsandel har korrekt opgjort været større end Forbruger-Kontakts markedsandel i den relevante periode, og markedsandelene støtter dermed, at Post Danmark indtager en dominerende stilling. Endvidere har Post Danmarks markedsandel være stabil fra 2000 til 2003, hvilket også støtter det argument, at Post Danmark har en solid og ikke blot midlertidig dominerende stilling på det relevante marked. Endelig er Post Danmarks markedsandel steget betydeligt i 2004, primært som følge af den meget aggressive prisadfærd, som resulterede i, at Post Danmark overtog COOP, SuperBest og Spar fra Forbruger-Kontakt.

Post Danmark har gjort gældende, at et landsdækkende distributionssystem ikke kan tillægges særlig betydning under dominansvurderingen, men at det dog udgør en fordel i forhold til storkunder. I den forbindelse bemærkes, at storkunder udgør en meget stor andel af den samlede volumen for både Post Danmark og Forbruger-Kontakt, og evnen til at servicere storkunder er dermed i princippet en nødvendighed for at kunne eksistere på dette marked.

Post Danmark argumenterer blandt andet for, at Forbruger-Kontakt trods Post Danmarks landsdækkende distributionsnetværk har været i stand til at opbygge et tilnærmelsesvist landsdækkende distributionsnet. Hertil skal bemærkes, at dette kun har været muligt for Forbruger-Kontakt ved at opkøbe og fusionere med allerede eksisterende regionale distributionselskaber. Forbruger-Kontakts tilnærmelsesvist landsdækkende distributionsnetværk er således opbygget gennem fusioner og ikke gennem organisk vækst. Dette betyder, at det ikke for tredjemand eller for Forbruger-Kontakt på et senere tidspunkt vil være muligt at opbygge et tilsvarende netværk, eftersom der ikke længere eksisterer tilstrækkelige distributionselskaber, som kan fusioneres. Eneste mulighed er at opbygge et sådant netværk fra bunden, hvilket må anses for urealistisk inden for en relevant fremtid.

Herudover skal det også holdes for øje, at de to distributionsnetværk adskiller sig væsentligt. Således har Forbruger-Kontakt brug for en kritisk masse med adresseløse forsendelser for at kunne finansiere omkostningerne ved et landsdækkende distributionsnetværk, og Forbruger-Kontakt er derfor meget følsom over for betydelig udsving i efterspørgslen. Post Danmarks distributionsnetværk er derimod langt mindre følsom over for udsving i efterspørgslen, eftersom distributionsnetværket er finansieret af eneretten og befordringspligten og dermed sikret uanset efterspørgslen på det relevante marked. Det betyder, at Post Danmark ej heller i relation til opretholdelsen af sit distributionsnetværk påvirkes af de til tider store udsving i volumen afhængig af kundeporteføljen, der er mellem de enkelte omdelingsperioder inden for hver uge.

Et landsdækkende distributionsnetværk er dermed en forudsætning for at kunne konkurrere på det relevante marked. Eftersom det er ganske kompliceret og tidskrævende - hvis overhovedet muligt - at opbygge et landsdækkende distributionsnetværk, så udgør dette en betydelig adgangsbarriere til det relevante marked.

Post Danmark har anført, at eneretten og befordringspligten og det i den forbindelse etablerede landsdækkende distributionsnetværk ikke kan tillægges særlig betydning under dominansvurderingen. Hertil skal bemærkes, at testen for, om Post Danmark indtager en dominerende stilling på det relevante marked er, om Post Danmark indtager en økonomisk magtposition, der sætter Post Danmark i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence, idet Post Danmark kan anlægge en i betydelig grad uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne.

Post Danmark mener dermed åbenbart at den omstændighed, at Post Danmark har en legal eneret og en befordringspligt med dertilhørende landsdækkende distributionsnetværk på et tilstødende marked, og at aktiviteterne på det relevante marked anvender distributionsnetværket fra eneretsområdet og det befordringspligtige område, ikke bør tillægges nogen særlig betydning under dominansvurderingen på det relevante marked. Imidlertid indebærer Post Danmarks styrke fra eneretsområdet og det befordringspligtige område netop, at Post Danmark opnår en magtposition på det relevante marked, som gør, at Post Danmark kan " anlægge en i betydelig grad uafhængig adfærd over for konkurrenterne" . Hele Post Danmarks forretningsmodel for det relevante marked er baseret på, at Post Danmark allerede har et landsdækkende distributionsnetværk, som skyldes eneretten og befordringspligten, samt at eneretten og befordringspligten afholder langt den største del af omkostningerne til det landsdækkende distributionsnetværk, som alle tre forretningsområder anvender.

Ligeledes skal Post Danmarks kapital- og ledelsesmæssige styrke fra eneretsområdet og det befordringspligtige område inddrages under dominansvurderingen. Disse forhold taler alle meget kraftigt for, at Post Danmark indtager en dominerende stilling på det relevante marked.

Udover de momenter Post Danmark mener taler imod en dominerende stilling, men som reelt taler for en dominerende stilling, så støtter følgende yderligere momenter, at Post Danmark indtager en dominerende stilling på det relevante marked.

Post Danmark anvender deres meget velkendte varemærke fra eneretsområdet og det befordringspligtige område til at positionere sig på det relevante marked. Dette varemærke er utvivlsomt det mest indarbejdede varemærke inden for postsektoren og formentlig blandt de bedst kendte varemærker i Danmark. Post Danmark bruger årligt ganske betydelige summer på fortsat styrkelse af varemærket. Varemærket fra eneretsområdet og det befordringspligtige område er således med til at styrke Post Danmarks dominerende stilling på det relevante marked.

Faldet i brevmængden på eneretsområdet og det befordringspligtige område skaber overskudskapacitet, som gør, at det bliver attraktivt for Post Danmark at anvende de ledige ressourcer til at udbyde tjenester på det relevante marked. Udviklingen på eneretsområdet og det befordringspligtige område er således igen med til at styrke Post Danmarks position og adfærd på det relevante marked.

Post Danmarks meget aggressive adfærd på det relevante marked er i sig selv med til at skabe yderligere adgangsbarrierer og dermed styrke Post Danmarks dominerende stilling på markedet.

Post Danmark har demonstreret sin dominerende stilling ved at overtage en lang række kunder, som tidligere er blevet betjent af Forbruger-Kontakt. Omvendt har Forbruger-Kontakt i realiteten ikke erobret kunder fra Post Danmark. Post Danmarks hævde heraf bestrides af Forbruger-Kontakt.

Situationen er således den, at Post Danmark qua sit distributionsnetværk, sit varemærke og image, kapitalstyrke, eksponering mv. samt aggressive prissætning nærmest er i stand til at overtage hvilken som helst kunde på markedet fra Forbruger-Kontakt og andre aktører. Forbruger-Kontakt har derfor meget svært ved at fastholde kunder og at vinde nye kunder.

Forbruger-Kontakt har videre anført, at Post Danmark både har anvendt primary-line og secondary-line prisdiskrimination.

Post Danmark har fastlagt priser og rabatter/tillæg i prislister. Priserne afhænger ifølge disse prislister af forsendelsernes vægt, antal og modtagergrupper, ligesom der er regulering f.s.v.a. omdelingsperioder og format.

Den laveste pris for distribution i 2003 udgjorde 80 øre/stk. for en forsendelse på 0-10 gram med et antal over 1 mio. styk ved omdeling til samtlige husstande i byområde før tillæg ifølge prislister. Den tilsvarende pris i 2004 var 82 øre. Post Danmarks gennemsnitspris pr. stk. i 2003 kan beregnes til 72,5 øre ud fra oplysningerne om mængde og omsætning i Post Danmarks årsregnskab for 2003. Post Danmark yder imidlertid rabatter til visse kunder som indebærer, at priserne ligger fra ca. 35 øre pr. stk. og opefter.

Det kan altså konstateres, som også Konkurrencerådet har gjort, at Post Danmark i sine faktiske kundepriser opererer med et meget betydeligt prisspænd. Nogle kunder betaler listepriisen - andre betaler en markant lavere pris.

Post Danmark har ikke omkostningsbegrundet de betydelige prisforskelle på trods af, at Konkurrencerådet flere gange i det langstrakte sagsbehandlingsforløb har opfordret Post Danmark til at dokumentere, at de betydelige prisforskelle skulle være begrundet i omkostningsbesparelser. Efter fast retspraksis har en dominerende virksomhed bevisbyrden for, at prisforskelle er sagligt begrundede i dokumenterede omkostningsbesparelser.

Post Danmark fremlagde imidlertid ikke nogen dokumentation for omkostningsbesparelser for Konkurrencerådet og har ej heller under denne ankesag fremlagt sådan dokumentation. Post Danmark har udelukkende blot hævdet, at de betydelige prisforskelle skulle være "justificeret" under henvisning til otte omkostningsdeterminanter uden egentlig dokumentation. Post Danmark har direkte erkendt, at Post Danmark ikke har omkostningsbegrundet prisforskellene.

Allerede af denne grund skal Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004 stadfæstes.

Hertil kommer, at Post Danmark gennem en meget aggressiv prisadfærd, hvor Forbruger-Kontakts tidligere kunder er blevet tilbudt lavere priser end Post Danmarks egne kunder, har taget de tre store supermarkedskæder COOP, SuperBest og Spar fra Forbruger-Kontakt. Dette har bevirket, at Forbruger-Kontakt samlet har mistet ca. [...] % af sin omsætning. Det er åbenbart, at en så stor nedgang i omsætningen kan have vitale konsekvenser for Forbruger-Kontakt. Her tænkes specielt på Forbruger-Kontakts mulighed for at opretholde et landsdækkende distributionsnetværk, som er nødvendig for at kunne servicere de store kunder og samtidig være en reel konkurrent til Post Danmark.

Post Danmarks store rabatter har en meget kraftig og uacceptabel indlåsningseffekt på markedet, som indebærer, at Post Danmarks konkurrenter ikke har reelle muligheder for at overtage kunder fra Post Danmark. Ligeledes er det ikke muligt at overtage en del af distributionsbehovene for nogen af Post Danmarks kunder. Post Danmark har formået at få kunderne til at placere deres samlede distributionsmængde hos Post Danmark. Flere af de kunder, som Post Danmark har taget fra Forbruger-Kontakt, har direkte meddelt til Forbruger-Kontakt, at de ikke i en årrække ønsker forhandling.

Formålet med forbudet imod primary-line prisdiskrimination er, at en dominerende virksomhed som Post Danmark ikke må give lavere priser eller større rabatter til Forbruger-Kontakts kunder end til

egne kunder og dermed presse Forbruger-Kontakt ud af markedet. I forhold til muligheden for at Forbruger-Kontakt bliver presset ud af markedet er det irrelevant, hvilke produkter de adresseløse forsendelser vedrører - det er selve volumen/omsætning, der er afgørende. Uanset om de adresseløse forsendelser vedrører kosmetik, tøj, TV eller dagligvarer, så er effekten den samme, Forbruger-Kontakt presses ud af markedet, hvis Forbruger-Kontakt ikke længere har den kritiske masse til at opretholde et landsdækkende distributionsnetværk.

Post Danmark kan ikke blot "opfinde" nogle intervaller/kundekategorier og derefter nøjes med at omkostningsbegrunde inden for disse intervaller/kundekategorier. For det første ville det kræve, at disse intervaller/kundekategorier blev fastlagt på et objektive og sagligt grundlag, som i sig selv skulle være omkostningsmæssigt begrundet. Det er der imidlertid intet, der tyder på er tilfældet. For det andet skulle forskellene mellem de definerede intervaller/kundekategorier ligeledes være omkostningsmæssigt begrundet, for at intervallerne/kundekategorierne er saglige.

Derfor kan der under primary-line prisdiskrimination ikke ske nogen opdeling baseret på brancher, kundekategorier eller lignende. Og Post Danmarks forsøg på at skabe en selvstændig gruppe for "storkunder", som der i øvrigt ikke ligger nogen forklaring bag, er således ikke mulig.

Vedrørende primary-line prisdiskrimination er Forbruger-Kontakt i øvrigt enig med Konkurrencerådet i, at Post Danmark ikke har løftet bevisbyrden for, at de meget store rabatter der er givet til enkelte kunder er omkostningsmæssigt begrundet. I sagerne L-K (Konkurrenceankenævnets kendelse af 17. maj 2002), SMC (Konkurrenceankenævnets kendelse af 18. august 2003), Ruko (Konkurrencerådets afgørelse af 19. december 2001) og Dendek+Ditas (Konkurrencerådets afgørelse af 24. april 2002) er det slået fast, at forskelsbehandlingen mellem kunder skal kunne begrundes omkostningsmæssigt.

Post Danmark misbruger også den dominerende stilling ved at tilbyde forskellige priser over for kunder, som er i indbyrdes konkurrence med hinanden.

Konkurrencesituationen i denne sag er speciel i forhold til secondary-line prisdiskrimination. Dette skyldes, at det ikke er alle Post Danmarks kunder, som konkurrerer med hinanden - således konkurrerer en sportsforretning ikke med en Radio & TV forretning - men de konkurrerer næsten alle med de store dagligvarekæder (supermarkeder) som Kvickly, OBS, Bilka og Føtex. Disse store dagligvarekæder har stort set varer inden for alle varekategorier, og de konkurrerer dermed direkte med de små specialforretninger.

Den store og brede konkurrence mellem dagligvarekæderne og specialforretningerne fremgår bl.a. af Danmark Statistiks Serviceerhverv 2003:65 af 13. november 2003. På baggrund af tallene i denne undersøgelse har Forbruger-Kontakt beregnet, at supermarkeder, kolonialhandler, varehuse og stormagasiner stod for 32 % til 38 % af al nonfood salg i dansk detailhandel i 2002. Der er således en ganske betydelig konkurrence mellem disse to grupper.

Hvis Post Danmark får lov til at fortsætte med ikke-omkostningsbegrundede lave priser til dagligvarekæderne og høje priser til resten af detailhandlen, så vil konsekvensen være, at specialforretningerne og de øvrige forretninger i dansk detailhandel stilles endnu dårligere i deres konkurrence med de store dagligvarekæder. Konklusionen er dermed, at dagligvarekæderne ikke kan udskilles i et selvstændigt segment, men at dagligvarekæderne konkurrerer med den øvrige

detailhandel. Post Danmark skal dermed kunne omkostningsbegrunde pris- og rabatforskelle mellem dagligvarekæderne og den øvrige detailhandel.

Post Danmark konkluderer på baggrund af EF-domstolens afgørelse i dom af 29. marts 2001 i sag C-163/99, at der i forhold til secondary-line prisdiskrimination ikke gælder et snævert krav om, at rabatter skal omkostningsmæssigt begrundes. Af domstolens præmis 52 fremgår imidlertid klart, at en økonomisk fordel (rabatter) skal være begrundet ud fra den tilførte aktivitetsvolumen eller stordriftsfordele. Post Danmarks konklusion er derfor slet ikke holdbar.

Da Post Danmark ikke har løftet bevisbyrden for, at de meget betydelige prisforskelle er omkostningsmæssigt begrundede, skal Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004 også af denne grund stadfæstes.

Til Post Danmarks argumentation om "justificering" af prisforskellene ud fra de af Post Danmark fremhævede omkostningsdeterminanter skal imidlertid bemærkes følgende:

Post Danmark har hævdet, at mængden skulle berettige store prisforskelle/store rabatter. I Post Danmarks prislistes for 2003 og 2004 gav udsving i mængden i sig selv en prisforskel på 8 øre pr. stk. (90 øre ved indtil 50.000 til 82 øre ved over 1 mio. stk.). Noget tyder på, at Post Danmark har måttet konstatere, at mængdeudsving ikke kan berettige selv et sådant rabatspænd, idet Post Danmark i sin nye prisliste gældende fra 2. marts 2005 har indsnævret rabatspændet baseret på volumen til 2 øre (96 øre ved under 1 mio. stk. til 94 øre ved over 1 mio. stk.). En større mængde giver nok stordriftsfordele og dermed omkostningsbesparelser i administrationen, men ikke i indleveringen, transport, klargøring og distributionen. Dette skyldes, at store kunder indleverer direkte til postcenterne, og der er dermed ingen omkostninger forbundet med indlevering og afhentning for Post Danmark, og dermed heller ikke mulighed for stordriftsfordele. Ligeledes er der ingen stordriftsfordele i selve transporten forbundet med den enkelte kunde, eftersom det er ligegyldigt om lastbilerne er fyldt med forsendelser for en kunde eller for flere forskellige kunder. I øvrigt er der ingen stordriftsfordele forbundet med, at de samme adresseløse forsendelser samtidigt skal transporteres på forskellige lastbiler fra et postcenter til de øvrige postcentre

I forhold til klargøring og distribution er der ligeledes ingen stordriftsfordele forbundet med den enkelte kunde, eftersom det er den samlede mængde adresseløse forsendelser og ikke de adresseløse forsendelser fra den enkelte kunde, der er afgørende for de samlede omkostninger i disse led.

I administrationen er der ganske beskedne stordriftsfordele, eftersom administrationsomkostninger må antages at være faste for den enkelte forsendelse. Post Danmarks rabat baseret på volumen i den nye prisliste gældende fra 2. marts 2005 er 2 øre, hvilket klart synes at være en overvurdering af de reelle omkostningsbesparelser. Post Danmark overvurderer således klart omkostningsbesparelserne herved i den nye prisliste, og det er derfor meget sandsynligt, at Post Danmark også har overvurderet besparelserne i forbindelse med tidligere priser, hvor rabatten baseret på volumen var langt større.

Der er således reelt kun ganske få stordriftsfordele og dermed omkostningsbesparelser forbundet med, at en kunde indleverer en stor ordre i forhold til, at flere kunder tilsammen indleverer den samme ordre mængde.

I øvrigt opererer Post Danmarks prisliste for 2003 med et interval fra 88 øre til 80 øre for forsendelser op til 10 gram i byområde, når der skal leveres til samtlige husstande. Prisen falder således med 8 øre eller ca. 9 %, når mængden stiger fra 50.000 stk. til over 1.000.000 stk. Hvis der tages udgangspunkt i middelmængden for de enkelte intervaller, så vil en mængdemæssig stigning fra 25.000 stk. til 275.000 stk. medføre, at prisen falder fra 88 øre til 86 øre. En forøgelse på 250.000 stk. medfører således en rabat på 2 øre. En mængdemæssig forøgelse fra 275.000 stk. til 750.000 stk. medfører, at prisen falder fra 86 øre til 84 øre. En efterfølgende forøgelse på 450.000 medfører således kun en rabat på ligeledes 2 øre. Og efter en mængde på 1.000.000 stk. gives der slet ikke yderligere rabat. Post Danmark arbejder dermed selv med en antagelse om, at stordriftsfordelene er aftagende ved stigende mængder.

Post Danmarks faktiske kundepriser til fx COOP ligger imidlertid på ca. 35 øre, og således slet ikke i overensstemmelse med de aftagende stordriftsfordele som Post Danmarks prisliste er baseret på.

Konkurrencerådet har konstateret, at der i Post Danmarks prisliste er taget højde for forskelle i vægt, hvorfor denne faktor ikke kan medføre yderligere omkostningsbegrundelse for rabatgivning. Post Danmark synes ej heller at have anført reelle argumenter for, at denne faktor skulle kunne berettiggø særlige rabatter til visse store kunder.

Konkurrencerådet har ligeledes konstateret, at der allerede i Post Danmarks prisliste er taget højde for format. Afvigelser i format indebærer i øvrigt efter prislister et tillæg, hvorfor det er svært at forstå, at denne faktor skulle kunne påberåbes med rette af Post Danmark for rabatgivning i forhold til prislister.

Skal de adresseløse forsendelser leveres til bestemte modtagergrupper/husstande, påvirker det omkostningerne i klagøringen, distributionen og administrationen. Klagøringens omkostninger stiger, når der skal pakkes særlige tillæg til enkelte husstande. Der er forskellige omkostninger forbundet med at distribuere på landet og i byerne, men samlet set opvejer disse omkostninger hinanden, således at der ikke er nogen samlet omkostningsmæssig forskel mellem at distribuere på landet og i byerne. Når Post Danmark giver en rabat på 7 øre i sine prislister for 2003 og 2004 for distribution i byer i forhold til distribution på landet, så overvurderer Post Danmark omkostningsbesparelserne herved, og der er under ingen omstændigheder belæg for yderligere rabat i forhold til prislister ud fra denne faktor.

Hvis der med omdelingsperiode fra Post Danmarks side er henvist til hvilke dage i ugen, omdeling skal ske, er der som påpeget af Konkurrencerådet allerede taget højde herfor i Post Danmarks prislister og denne faktor kan ikke begrunde yderligere rabat. Det må i den forbindelse fremhæves, at der i Post Danmarks prislister for 2003 og 2004 opereres med et tillæg på 9 øre pr. stk. for omdeling fredag/lørdag – som er relevant for mange større kunder, herunder COOP, Spar og SuperBest – hvorfor dette parameter ikke kan begrunde yderligere rabat, men derimod tillæg.

Måtte der være tænkt på, at omdeling kan være fordelt over mere end 2 dage må det konstateres, at Post Danmark ikke har argumenteret endsige dokumenteret, om der er omkostningsbesparelser og i givet fald hvilke omkostningsbesparelser, der måtte være forbundet hermed. Ex tuto bemærkes, at denne faktor aldrig vil kunne give væsentlige besparelser og dermed udgøre begrundelse for de meget betydelige rabatter, Post Danmark yder.

Post Danmark har ikke dokumenteret nogen relevant omkostningsbesparelse vedrørende betydningen af indleveringssted. Konkurrencerådet har isoleret bemærket, at alle større kunder hos Post Danmark følger samme rutine omkring indlevering, hvorfor indleveringssted ikke kan føre til nogen saglig differentiering mellem disse.

Post Danmark har ikke dokumenteret, at der med parameteret frekvens skulle være forbundet omkostningsfordele eller størrelsesordenen herfor.

Flere forsendelser giver korrekt en bedre økonomi for Post Danmark, idet der skal afleveres flere forsendelser pr. husstand. Derimod kan dropøkonomi ikke bruges til at give enkelte kunder større rabatter. Dette skyldes, at det ikke er den enkelte kunde, som forbedrer økonomien, men den samlede mængde forsendelser, uanset hvem der er afsenderen.

De af Post Danmark anførte omkostningsdeterminanter kan således ikke begrunde rabatspændet i Post Danmarks priser. Dette gælder såvel rabatspændet inden for Post Danmarks prislistes for 2003 og 2004 som det endnu større rabatspænd, som Post Danmark faktisk opererer med. Det meget betydelige rabatspænd er således helt klart ikke omkostningsbegrundet eller blot tæt på at være det. Tværtimod.

Post Danmarks priser hænger heller ikke sammen med Post Danmarks oplysninger til Konkurrencerådet i forbindelse med klagen vedrørende predatory pricing. I denne sag har Post Danmark oplyst, at de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger er niveau 35 øre pr. adresseløs forsendelse. Men hvis dette er korrekt, hvordan kan så fx COOP få en ekstrarabat i forhold til prislisten på over 45 øre (80 øre - 35 øre)? Omkostningsbesparelsen for Post Danmark kan vel aldrig være større end selve omkostningerne?

Dette viser klart, at der ikke er sammenhæng mellem Post Danmarks priser/rabatter og omkostningsbesparelser.

Mens Konkurrencerådet var på sikker grund vedrørende afgørelsen af 29. september 2004 (rabatsagen), forholder det sig anderledes med Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2004 (predatory pricing).

Konkurrencerådet måtte under behandlingen af sagen konstatere, at Post Danmarks "Konkurrenceregnskab" og de bagved liggende principper ikke gav et retvisende billede af de inkrementelle omkostninger. I det 2. udkast af 23. august 2004 til afgørelse medgiver Konkurrencestyrelsen direkte, at Forbruger-Kontakt kan have ret i, at der manglede betydelige omkostninger i den foreliggende opgørelse, men at Konkurrencestyrelsen ikke havde fundet ressourcer og tid til at regne færdig. Konkurrencestyrelsens direktør Finn Lauritzen tilkendegav i september 2004, at den forelæggende beregning af de inkrementelle omkostninger var utilstrækkelig og forkert, og at Konkurrencestyrelsen ville sikre, at der blev foretaget en korrekt opgørelse heraf. Det blev ved samme lejlighed ligeledes tilkendegivet, at Konkurrencestyrelsen ville inddrage Forbruger-Kontakt i muligt omfang, herunder give Forbruger-Kontakt mulighed for inden for rimelige tidsmæssige grænser at kommentere Konkurrencestyrelsens nye beregninger.

I forlængelse heraf besluttede Konkurrencerådet, at de to sager skulle afgøres hver for sig, jf. punkt 18 i afgørelsen af 29. september 2004.

Det tredje udkast til afgørelse forelå imidlertid allerede ca. 2 uger efter afgørelsen af 29. september 2004 om rabatter – nemlig den 18. oktober 2004 – med ambition om, at Konkurrencerådet skulle træffe afgørelse i sagen under et ekstraordinært møde den 3. november 2004.

Fremskyndelsen af sagen var begrundet i den iværksatte salgsproces om en minoritetsaktiepost i Post Danmark, og gav Konkurrencestyrelsen kun ca. 14 dage til alt det, som Konkurrencestyrelsen ikke havde formået i de foregående ca. 12 måneder.

Konkurrencestyrelsens 4. udkast af 18. oktober 2004 og 5. udkast af 18. november 2004 tog ganske vist højde for nogen af de påpegede nødvendige korrektioner i beregningerne, men indeholdt stadig i stort omfang ukritisk Post Danmarks oplysninger, ligesom de fortsat ikke indeholdt en korrekt opgørelse af de inkrementelle omkostninger set i forhold til Kommissionen beslutning i Deutsche Post AG I. Hertil bemærkes, at Copenhagen Economics har beregnet, at Konkurrencerådets opgørelse som minimum er 25-30 % for lav, og at de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger således som minimum skal tillægges 12 øre i forhold til Konkurrencerådets opgørelse.

Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2004 er således ugyldig som følge af mange og væsentlige svigt i forhold til den sagsoplysning og kvalitetskontrol, der som minimum må forlanges, for at officialmaksimen ville kunne anses som opfyldt.

Når sagsoplysningen og kvalitetskontrollen i denne sag sammenlignes med domstolenes og ankenævnets praksis, synes der ikke at være nogen tvivl om, at der bør ske ophævelse og hjemvisning i denne sag. Grundlaget for afgørelsen er simpelthen for tyndt og utilstrækkeligt. Hertil bemærkes, at parterne er enige om, at sagen er principiel, stor og betydningsfuld, hvilket i sig selv forøger kravene for at efterleve officialprincippet.

Det afgørende i sagen om predatory pricing er, at der skal foreligge en korrekt opgørelse af de inkrementelle omkostninger (IC), for at der kan træffes en korrekt afgørelse om predatory pricing. Der foreligger imidlertid ikke i sagen en korrekt opgørelse af de inkrementelle omkostninger, hvorfor det ej heller har været muligt at tage stilling til om Post Danmark har udøvet predatory pricing.

Udgangspunktet må – da parterne er enige om definitionen af inkrementelle omkostninger – være, at der sker en afklaring og oplysning af alle de processer, som Post Danmarks område for distribution af adresseløse forsendelser involverer i Post Danmark. For hvert enkelt af procestrinene må der herefter ud fra definitionen af inkrementelle omkostninger tages stilling til, om de enkelte procestrin indeholder inkrementelle omkostninger for adresseløse forsendelser og i givet fald størrelsesordenen herfor.

Konkurrencerådet burde have medtaget lokal- og regionalaviser i opgørelsen af inkrementelle omkostninger, og det er forkert når Konkurrencerådet hævder, at der kun er klaget over adresseløse forsendelser i form af reklameforsendelser. Distributionsydelsen for adresseløse tryksager og for lokal- og regionalaviser er den samme. Konkurrencerådet har anført, at inddragelse af lokal- og regionalaviser blot vil medføre, at både Average Incremental Costs (AIC) og gennemsnitspriserne stiger med samme beløb, hvilket er korrekt men irrelevant, da det ikke er gennemsnitspriserne med enkeltkundepriser, der skal måles over for AIC.

Forbruger-Kontakt har desuden påvist, at Konkurrencerådets afgørelse ikke indeholder tilstrækkelige oplysninger for korrekt opgørelse af de inkrementelle omkostninger, ligesom det er påvist, at de oplysninger, som Konkurrencerådet har lagt til grund, ikke er behørigt kontrolleret i henseende til pålidelighed.

I den forbindelse bemærkes, at der ikke forelå et IC-regnskab for hele Post Danmarks virksomhed, hverken for 2003 eller for 2004. Det var derfor ikke muligt at foretage en afstemning og kontrol af, om de inkrementelle omkostninger var opgjort korrekt, og en helt nærliggende og i praksis uundværlig måde at tilsikre pålideligheden af sagens væsentligste sagsoplysning var således ikke til stede.

Det er desto mere absurd, at Konkurrencerådet ikke sikrede, at beregningerne var afstemt eller på anden måde blev legitimeret. Der forelå ikke internationale sammenligninger, som kunne indikere, at Post Danmarks fordeling af omkostninger og opgørelse var korrekt. Tværtimod fremgår det af de ”europæiske tal fra Nera” fra 2004, som Post Danmark selv har fremlagt, at Post Danmark opgør hele 38 % til overhead omkostninger, mens det europæiske gennemsnit er 14,9 %. Post Danmark allokerer således markant færre omkostninger til de enkelte processer end andre postvæsener, hvilket vil reducere de mulige inkrementelle omkostninger for adresseløse forsendelser.

Grundlaget for Konkurrencerådets beregning af de inkrementelle omkostninger var baseret på Post Danmarks ”Konkurrenceregnskab” med Konkurrencerådets modifikationer. Konkurrencerådets modifikationer gennemhullede Post Danmarks ”Konkurrenceregnskab”, som Konkurrencerådet betegnede som ikke retvisende. Konkurrencerådets modifikationer har i sig selv et omfang, så Konkurrencerådet burde have indset, at afgørelsen burde baseres på andet og nyt grundlag og slet ikke det gennemhullede ”Konkurrenceregnskab”. I den forbindelse bemærkes, at beregningerne i ”Konkurrenregnskabet” hverken er udarbejdet af, godkendt af eller på anden måde autoriseret af Post Danmarks to statsautoriserede revisionsfirmaer. Hvis rigtigheden af beregningerne skulle være så åbenbar, som det er lagt til grund, ville det have været nærliggende, at en revisor attesterede dette.

Der er ikke indhentet data om overarbejde forårsaget af adresseløse tryksager og lokal- og regionalaviser. Adresseløse forsendelser udgjorde såvel i 2003 som i 2004 en betydelig del af Post Danmarks samlede volumen, hvorfor det havde været nærliggende at indhente oplysning om overarbejde og allokering af omkostningerne herved i relation til særligt adresseløse forsendelser. I den forbindelse bemærkes, at Post Danmark har slået hårdt på, at det befordringspligtige område er dimensioneret for at kunne tåle spidsbelastninger – overarbejde må således skyldes og skulle henføres til konkurrenceprodukter. Det er således en åbenbar mangel i sagens oplysning, at der ikke blev indhentet og brugt oplysninger om overarbejde foranlediget af de adresseløse forsendelser.

Det skal videre fremhæves, at der ikke forelå tidsstudier for fastlæggelsen af mertid for sambesøg. Mertiden ved tillige at skulle aflevere en eller flere adresseløse forsendelser er omfattet af definitionen på inkrementelle omkostninger og udgør en ikke uvæsentlig del af de inkrementelle distributionsomkostninger som følge af Post Danmarks store volumen for adresseløse forsendelser. Mertiden ved sambesøg kan i praksis konstateres ved tidsstudier – faktiske eller syntetiske. Post Danmark har imidlertid ifølge afgørelsen ikke fremlagt sådanne tidsstudier over deres egne postbude, hvorfor disse nødvendige oplysninger ikke forelå for Konkurrencerådet for afgørelsen for 2003 og 1. halvår 2004. Dette er yderligere et eksempel på manglende oplysning af væsentlige forhold i sagen.

Der foreligger en række øvrige mangler i datagrundlaget, herunder vedrørende transportomkostninger. Ifølge Post Danmarks egne oplysninger om adresseløs-processen foregår en række transporter af adresseløse forsendelser inden distribution finder sted. Transportomkostninger kan og er derfor en reel stor omkostning. Adresseløse forsendelser i 2003 udgjorde 40 % af Post Danmarks samlede mængde forsendelser, og i 2004 ca. 50 %. Konkurrencerådet har lagt til grund, at de inkrementelle omkostninger til samtransport udgør 2 % af Post Danmarks samlede transportomkostninger, uden at der forelå noget som helst grundlag for dette skøn. Dette er endnu et eksempel på, at der manglede oplysning i sagen for at træffe afgørelse.

Der blev heller ikke foretaget en simpel kontrol af Post Danmarks oplysninger om solobesøg, der for adresseløse forsendelsers vedkommende er en væsentlig del af de inkrementelle (distributions-)omkostninger. Konkurrencerådet har imidlertid ukritisk lagt Post Danmarks oplysning om, at der kun var ca. 55 mio. solobesøg med adresseløse tryksager i 2003 ud af den samlede volumen i 2003 på ca. 1 mia. tryksager til grund. Forbruger-Kontakt har fremlagt en Gallupundersøgelse, der viste, at der er næsten dobbelt så mange solobesøg i forhold til Post Danmarks oplysninger herom, men selv dette førte ikke til, at Konkurrencerådet fandt grundlag for at kvalitetssikre Post Danmarks oplysninger.

Der blev desuden ikke foretaget kontrol af Post Danmarks oplysninger om klargørings tid. Omkostningerne, der er forbundet med klargøring af adresseløse forsendelser, udgør den største enkelt post af inkrementelle omkostninger. Post Danmark har oplyst, at disse omkostninger udgjorde 17 øre pr. adresseløse forsendelse. Der er imidlertid intet i afgørelsen som tydede på, at Konkurrencerådet foretog en kontrol af denne oplysning, men blot lagde denne oplysning til grund for afgørelsen. En simpel beregning ud fra Post Danmarks eget blokbevillingssystem (korrigeret for 15 % effektivitetsforøgelse), viser, at klargøringsomkostningerne nærmere er 20 øre pr. adresseløs forsendelse. Konkurrencerådet har undladt at foretage en tilsvarende kontrolberegning, hvilket er en åbenbar undladelse af at sikre sagens oplysning og pålideligheden af væsentlige oplysninger.

Konkurrencerådet har videre ikke foretaget kvalitetskontrol af oplysninger for så vidt angår udgifter til depoter. Konkurrencerådet opjusterede omkostninger til depotopsamling på baggrund af oplysninger fra Post Danmark. Men Konkurrencerådet undlod at opjustere omkostningerne til depotudlægning, og overså således, at hvis der ikke er grund til at samle op fra et depot, så skyldes det, at der ikke er foretaget en udlægning til dette depot. Konkurrencerådet ville have opdaget denne fejl, hvis der havde været foretaget en kvalitetskontrol af oplysningen fra Post Danmark. Hertil kommer, at de inkrementelle omkostninger til depotopsamling er undervurderet. I rabat-sagen argumenterede Post Danmark for, at depotomkostningerne var nærmest ligefrem proportionale med stykvægten på adresseløse forsendelser. Og at der er brug for depoter om lørdagen, hvis de adresseløse forsendelser vejer over 40 gram. Havde Konkurrencerådet kontrolleret Post Danmarks oplysninger, så havde Konkurrencerådet måttet konkludere, at Post Danmarks oplysninger og argumentation i rabat-sagen medførte, at næsten alle depotomkostninger er inkrementelle for adresseløse forsendelser.

Sagsoplysningen og kvalitetskontrollen lever således hverken op til det minimum, der i almindelighed må kræves eller de krav, der i særdeleshed burde være levet op til i denne sag, og derfor bør afgørelsen ophæves og sagen hjemvises, så Konkurrencerådet kan gøre sit arbejde færdigt på en ordentlig måde.

Udover at Konkurrencerådet ikke levede op til officialmaksimen, er der i sagen også en række øvrige kritisable forvaltningsmæssige forhold, og afgørelsen bør som følge heraf ligeledes ophæves og hjemvises til fornyet behandling.

Afgørelsen er truffet uden iagttagelse af høringsbestemmelsen i konkurrencelovens § 15 a. For det seneste udkast til rådsnotat dateret 17. november 2004 var høringsfristen under 24 timer. For det foregående udkast til rådsnotat dateret 28. oktober 2004 var høringsfristen alene 1 ½ uge. Det bemærkes hertil, at det sidste udkast indeholdt væsentlige ændringer i forhold til førstnævnte udkast, og at begge de nævnte udkast indeholdt væsentlige ændringer i forhold til tidligere modtagne og kommenterede udkast til rådsnotater. Sagens komplicerede karakter taget i betragtning burde fristerne for høring snarere havde været længere end kortere end de 3 uger, der følger af konkurrencelovens § 15 a.

Det stærkt forhastede sagsforløb i efteråret 2004 frem til Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2004 indebar – uanset at alle mulige ressourcer blev kastet på banen fra Forbruger-Kontakts side – ikke tilstrækkelig mulighed for, at Forbruger-Kontakt kunne varetage sit tarv i sagen.

I forbindelse med høring er det også nødvendigt at fremhæve, at meningen med høring ikke blot er, at man kan få lov at indsende sit høringssvar – det er også meningen, at der skal være mulighed for at høringssvaret bliver læst og eventuelle tiltag, som svaret måtte give anledning til, kan foretages.

Dette var ikke tilfældet i denne sag, hvor tidspresset på at få en afgørelse var så stort, at Konkurrencerådet på ingen måde inden for de få dage, der til sidst var til rådighed, på nogen måde kunne muliggøre en egentlig sagsbehandling, inden sagen skulle op i rådet.

Konkurrencerådet havde desuden ikke mulighed for at ændre Konkurrencestyrelsens indstilling til hel eller delvis medhold for Forbruger-Kontakt på grund af manglende tid til forelæggelse for Kommissionen, jf. RfO 01/03, art. 11, stk. 4, da Konkurrencerådet valgte at imødekomme ønsker fra Post Danmark om, at der blev truffet afgørelse i sagen senest i november 2004.

For så vidt angår de materielle spørgsmål i relation til afgørelsen af 24. november 2004 bemærkes, at en korrekt opgørelse af de inkrementelle omkostninger (IC) ikke forelå.

Post Danmark har en væsentlig del af bevisbyrden i denne sag, nemlig for at Post Danmarks lave priser ikke var så lave, at der var tale om predatory pricing og dermed også bevisbyrden for en korrekt opgørelse af de inkrementelle omkostninger.

Forbruger-Kontakt har anført, at den af Konkurrencerådet foretagne opgørelse af de inkrementelle omkostninger for adresseløse forsendelser er forkert, og at en korrekt opgørelse af de inkrementelle omkostninger vil indebære, at de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger skal tillægges minimum 12 øre i forhold til det af Konkurrencerådet opgjorte beløb for de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger (AIC).

Forbruger-Kontakt har gennem hele sagen ladet sig bistå af Copenhagen Economics, der i et notat af 18. februar 2005 konkluderer, at de inkrementelle omkostninger ikke er beregnet korrekt. Copenhagen Economics har beregnet – med nøje angivelse af grundlaget for beregningerne – at Konkurrencerådets opgørelse, der blot er vurderet på 6 omkostningspunkter, er forkert med

minimum ca. 12,5 øre. Hertil bemærkes, at Copenhagen Economics har konstateret, at Konkurrencerådets beregning af inkrementelle omkostninger ikke indeholder en korrekt vurdering af depottid (depotudlægning), solobesøg, sambesøg, lokal- og regionalaviser.

De omkostningsposter, som Konkurrencerådet har undervurderet betyder ifølge Copenhagen Economics, at de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger skal tillægges minimum 12 øre mere svarende til 25-30 % højere gennemsnitlige inkrementelle omkostninger end Konkurrencerådets beregning viser. En korrekt opgørelse har altså betydning for sagens udfald.

Konkurrencerådet har ved vurderingen af predatory pricing set på gennemsnitspriser. Vurdering af predatory pricing skal imidlertid ske ud fra enkeltkundepriser, jf. AKZO (C-62/86), præmis 103, Kommissionens beslutning i samme sag (IV.30/698), betragtning 77, Kommissionens beslutning i Deutsche Post (IV.35/141), Konkurrenceredegørelsen 2004, side 183, boks 6.1.

Konkurrencerådet har i afgørelsen af 24. november 2004 konkluderet, at der ikke kan påvises elimineringshensigt. Dette på trods af, at Forbruger-Kontakt har fremhævet en række forhold, som enkeltvis og særligt tilsammen sandsynliggør elimineringshensigt.

Hertil skal bl.a. nævnes, at Post Danmark blot ½ år forud for prisangrebet på Forbruger-Kontakts store kunder, tilkendegav, at selskabet ville anvende sine fordele fra befordringspligtområdet som et offensivt værktøj, og at Post Danmark ville anvende prisparameteret aggressivt. Post Danmarks aggressive strategi fik til følge, at Post Danmark inden for én måned var i stand til at fjerne ca. [...] % af Forbruger-Kontakts forretning med distribution af adresseløse forsendelser.

Det er altid vanskeligt at fastslå subjektiv elimineringshensigt, men i realiteten synes der ikke at kunne have været tvivl hos Post Danmark om den ekskluderende og eliminerende effekt af Post Danmarks prissætning.

6. Konkurrencerådets argumentation

Konkurrencerådet har – i forlængelse af det i afgørelserne anførte – gjort gældende, at Post Danmark var dominerende på markedet for adresseløse forsendelser i den periode sagen angår.

Konkurrencerådet har foretaget en helhedsvurdering af Post Danmark markedsposition, som bl.a. omfatter markedsandele, økonomisk og ledelsesmæssig styrke og ikke mindst den særstilling, som Post Danmark har i kraft af det landsdækkende distributionsnet.

Markedsandel er en blandt flere relevante faktorer ved vurderingen af, om en virksomhed indtager en dominerende stilling. Der er afgrænset et særskilt marked for distribution af adresseløse forsendelser og lokal- og regionalaviser, og hvis markedsandelen opgøres på grundlag af omsætning (værdi), kan Post Danmarks markedsandel opgøres til [...] % i perioden 2001-2004. Opgøres markedsandelen på grundlag af omfang (stk.) i samme periode, vil Post Danmarks markedsandel svinge mellem [...] og [...] %.

Konkurrencerådet har lagt vægt på de markedsandele, der kan opgøres på grundlag af omsætning, da det bedst beskriver markedsstyrken, når de relevante produkter (distributionssystemer) ikke er fuldt sammenlignelige mht. service og kvalitet. Dette er i overensstemmelse med punkt 55 i Kommissionens meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked.

En anden og meget væsentlig faktor, som er indgået i Konkurrencerådets vurdering af Post Danmarks markedsposition, er den legale eneret, som virksomheden har på postområdet, og som betyder, at Post Danmark har et 100 % landsdækkende og fuldt finansieret distributionsnet, som forholdsvis nemt kan benyttes til distribution af adresseløse forsendelser. Dertil kommer, at konkurrenter på markedet for adresseløse forsendelser hidtil har været afhængige af at kunne benytte sig af Post Danmarks distributionsnet i de områder, hvor de ikke selv har omdelere.

Den legale eneret betyder, at Post Danmark via brevomdeling i modsætning til sine konkurrenter er sikret en kritisk masse i sit distributionssystem, uanset om en stor del af kunderne til adresseløse forsendelser måtte blive overtaget af konkurrenter. Post Danmark har desuden mulighed for at planlægge sine investeringer i distributionssystemet til håndtering af adresserede forsendelser, således at investeringerne samtidig kommer mest muligt til gavn for distributionen af adresseløse forsendelser. Post Danmark kan således i vidt omfang både planlægge sine investeringer og agere uafhængigt af konkurrenterne, mens det samme ikke kan siges om Forbruger Kontakt.

Konkurrencerådet kunne i øvrigt have valgt at definere det relevante produktmarked bredere, henset til at en virksomhed, som udøver en eneret til distribution af breve inden for nærmere fastlagte vægtgrænser, har en oplagt og nem mulighed for også at tilbyde adresseløse forsendelser, således som Post Danmark også faktisk har gjort. Havde Konkurrencerådet valgt at benytte sig af en sådan bredere markedsdefinition, ville der heller ikke, når markedsandelene vurderedes separat, være nogen som helst tvivl om Post Danmarks dominans.

Konkurrencerådet har videre anført, at Post Danmark har misbrugt en dominerende stilling ved at anvende loyalitetsskabende målrabatter, og at Post Danmark har misbrugt en dominerende stilling ved at udøve prisdiskrimination i form af såvel primary-line som secondary-line prisdiskrimination.

Post Danmark har erkendt, at såfremt ankenævnet måtte karakterisere virksomheden som dominerende, da udgør de af virksomheden anvendte målrabatter et misbrug.

Post Danmark har imidlertid også udøvet prisdiskrimination ved for det første at give konkurrentens kunder særligt lave priser (primary-line prisdiskrimination) og for det andet ved forskellige priser til kunder i samme situation (secondary-line prisdiskrimination).

For både primary-line og secondary-line prisdiskrimination er det afgørende, om forskelsbehandlingen er omkostningsmæssigt begrundet. Post Danmark lægger uacceptabelt stor vægt på antal årlige forsendelser, når de enkelte kunders priser fastsættes. En kvantumsrabat forudsætter, at der er særlige omkostningsmæssige fordele ved at håndtere én stor ordre frem for flere små. Hvis det i realiteten er ligegyldigt, om der afsættes 100 enheder til en kunde eller 20 enheder til 5 forskellige, vil det ikke være omkostningsmæssigt begrundet, at give en kunde, der aftager 100 enheder lavere pris end kunden, der aftager 20. Giver producenten alligevel en lavere pris, jo mere en kunde aftager, kan det virke som et ekskluderende rabatsystem, idet kunden vil blive motiveret til så vidt muligt at aftage hele sit forbrug af produktet fra denne ene producent for at opnå den lavest mulige pris på hele sit forbrug af pågældende produkt.

Dette er netop, hvad der er sket for så vidt angår COOP, der i realiteten får omdelt fem forskellige tryksager, og hvor der for de enkelte tryksager er aftalt forskellige produktionsplaner, uddelingsområder m.v. Når COOP's virksomheder gennem deres koncernfællesskab kan opnå særligt lave priser ved at vælge samme distributør opstår der en særlig stærk kundebindende

virkning, der gør det næste umuligt for konkurrenter, at erobre en enkelt af virksomhederne i koncernen som kunde.

Post Danmark har fremført, at kunderne har [...] eller [...] måneders opsigelse, og at de således hurtigt kan skifte leverandør. Hvis aftalen opsiges i utide, må kunden imidlertid imødesee, at prisen opreguleres, fordi pågældende ikke når op på det forudsatte årlige antal forsendelser. Selv om Post Danmarks kunder således har mulighed for forholdsvis hurtigt at komme ud af kontrakten med Post Danmark, bevirker Post Danmarks prissystem, at kunden vil have et stærkt økonomisk incitament til ikke at opsiges kontrakten i utide.

Post Danmark har anført, at det må bero på en misforståelse, når Konkurrencerådet påstår, at storkunder, der opsiges deres aftale i utide, får opreguleret deres priser.

Hvis Post Danmarks kunder frit – og uden konsekvenser for prisen kunne ændre det årlige antal forsendelser – forekommer det mærkværdigt, at det årlige antal forsendelser tillægges så stor vægt ved prisfastsættelsen. Konsekvensen af Post Danmarks påstand skulle så være, at alle kunne få lige så lave priser som COOP blot ved at aftale et tilstrækkeligt højt antal forsendelser ved årets start. Efterfølgende kunne de så bare vælge at blæse på det aftalte antal, uden at det ville have konsekvenser for deres rabat. Storkunderne oplever det derfor næppe således, at de frit kan opsiges deres aftale eller ændre i produktionsplanen uden konsekvenser for prisen.

Post Danmarks rabatsystem som baseres på de store kunders indlevering af produktionsplaner og årligt antal omdelte reklamer, er således – for så vidt angår kundebindende virkning – helt sammenlignelig med de forudbestillingsrabatter, som Konkurrenceankenævnet tog stilling til i kendelsen af 17. maj 2002 vedr. LK A/S og den tilsvarende kendelse af 18. august 2003 vedr. Skandinavisk Motor Co. A/S.

Den ekskluderende effekt af rabatsystemet underbygges i Post Danmarks tilfælde yderligere af, at det på markedet for adresseløse forsendelser er af afgørende betydning, at kunne opretholde et landsdækkende distributionsnet.

Når Konkurrencerådet har påvist en tilsyneladende ubegrundet prisforskel, som stiller sammenlignelige kunder forskelligt og/eller har ekskluderende virkning i forhold til konkurrenter, har den dominerende virksomhed i overensstemmelse med ovennævnte kendelse bevisbyrden for, at prisforskellene er omkostningsmæssigt begrundede – og at der således ikke er tale om misbrug.

Post Danmark har fremført, at det må være lovligt at basere en rabatstruktur på relativt grove og administrativt håndterlige rubriceringer. Konkurrencerådet er for så vidt enig i, at en rabatstruktur i sagens natur må bygge på visse skøn og må indrettes så det er administrerbart. Sagen er imidlertid, at Post Danmark netop ikke har etableret et sådant system, som de har anvendt konsekvent. Tværtimod fastsættes priserne angiveligt ud fra et samlet skøn over 7 eller 8 omkostningsdeterminanter, om hvilke Post Danmark har anført, at det ikke er muligt præcist at måle de syv førstnævnte omkostningsdeterminanters indflydelse på enkeltkundeniveau. Årsagen hertil er, at en præcis beregning inddragende de respektive omkostningsdeterminanters betydning for et enkeltstående kundeforhold er meget kompleks og forudsætter ”måleværktøjer” med en præcisionsgrad, der ikke i dag er tilgængelig.

I listeprissystemet opereres med prisforskelle på op til 10 % for forsendelser, der antalmæssigt kan afvige med mere end faktor 100. For de store kunder opereres der i praksis med prisforskelle op til [...] %, hvor kundernes årlige forsendelser kan afvige med faktor [...]. Uden reel omkostningsmæssig begrundelse er så betydelige kvantumsrabatter uacceptable. Forbudet mod misbrug af dominerende stilling indebærer, at generelle stordriftsfordele, der realiseres i produktionsprocessen, normalt skal komme alle kunder til gode.

Post Danmark har udregnet marginalomkostningerne ved aflevering af den første forsendelse til [...] øre, mens marginalomkostningerne for de følgende er udregnet til [...] øre. Hvis Post Danmark efter eget forgodtbefindende vælger, at prisfastsættelsen for nogle kunder i det væsentligste skal baseres på den høje marginalomkostning, mens den for andre kunder i det væsentligste skal baseres på den lave, er der tale om diskrimination. Dette underbygges af, at Post Danmark har et volumen, så det hører til den absolutte undtagelse, at der kun afleveres en tryksag pr. besøg.

Det er således ikke en legitim begrundelse for kvantumsrabatter til enkeltkunder, at bortfald af en enkelt stor kunde vil lede til stigende omkostninger pr. produceret enhed. Hvis dette kunne anvendes som begrundelse for forskelsbehandling, ville der ikke være nogen realitet i forbudet mod dominerende virksomheders prisdiskrimination.

Post Danmark har kritiseret, at Konkurrencerådet sammenlignede 2003-tal for ”gamle” kunder med de aftalte 2004-priser for ”nye” kunder. Konkurrencerådet har derfor også sammenlignet 2004-tal for ”nye” kunder med 2004-tal for ”gamle” kunder. Tallene viser fortsat ubegrundede store rabatter for ”nye” i forhold til gamle kunder.

Konkurrencerådets undersøgelser har dokumenteret væsentlige ubegrundede prisforskelle mellem kunder, der agerer i samme efterfølgende omsætningsled (down-stream marked) – og i særdeleshed således at ”gamle” kunder betaler mere end ”nye” (Forbruger-Kontakts tidligere kunder).

Også selv om antal forsendelser accepteredes som objektiv begrundelse for prisforskel, forekommer der stadig væsentlige ubegrundede prisforskelle. Der har således tilsyneladende været tale om rent skønmæssigt fastsatte priser, hvor der særligt er lagt vægt på muligheden for at erobre kunder fra konkurrenten Forbruger Kontakt.

Det forhold, at Post Danmark tilsyneladende uden omkostningsmæssig begrundelse er gået specifikt efter at erobre meget vigtige kunder fra Forbruger-Kontakt, har en yderligere ekskluderende virkning. Post Danmark har været i stand til at lave et listeprissystem, hvor små kunder på grundlag af størstedelen af de omkostningsdeterminanter, som også angives at være afgørende ved fastsættelsen af priser til storkunder, selv på internettet kan udregne prisen for deres forsendelse. Det er muligt, at det er vanskeligt at lave et tilsvarende åbent system for storkunder, men Post Danmark må i det mindste over for Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet kunne dokumentere, at priserne til storkunder er baseret på tilsvarende objektive kriterier.

Da Konkurrencerådet har dokumenteret prisdiskrimination og den ekskluderende effekt heraf, påhviler det Post Danmark at godtgøre, at prisforskellene er omkostningsmæssigt begrundede. Da Post Danmark ikke har løftet denne bevisbyrde, er Konkurrencerådets afgørelse om, at Post Danmark har misbrugt sin dominans ved såvel primary-line som secondary-line prisdiskrimination, korrekt. I mangel af ny og dækkende dokumentation for den omkostningsmæssige begrundelse skal Konkurrencerådets afgørelse derfor stadfæstes.

Post Danmark har videre anført, at der på baggrund af tendenser inden for konkurrenceretten bør stilles krav om dokumentation for den økonomiske virkning af et misbrug, og at der ikke i den foreliggende sag er nogen mærkbar virkning.

EF-domstolen fastlagde i præmis 91 i Hoffmann-La Roche-sagen (sag nr. 85/76) et objektivi misbrugsbegreb, som ”omfatter 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 den 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 de erhvervsdrivendes ydelser.”

Det er således tilstrækkeligt, at adfærdens har en sådan karakter, at den efter sin art kan påvirke konkurrencen.

Post Danmarks anbringender herom og henvisninger har derfor alene retspolitisk karakter, der ses ikke at være belæg for i denne sag at introducere en nyfortolkning af misbrugsbegrebet, før der fra Kommissionen eller EF-domstolen foreligger en retspraksis, som måtte vise en ny retstilstand.

Under alle omstændigheder er det i øvrigt Konkurrencerådets opfattelse, at det konstaterede misbrug har en mærkbar virkning. Som det fremgår af pkt. 182 i rådsafgørelsen af 29. september 2004, ville [...], som er én af Post Danmarks ”gamle” kunder, kunne have sparet [...] kr. på sit markedsføringsbudget, hvis [...] havde fået samme lave pris som Post Danmarks nye kunder. Dette kan eksempelvis ses i forhold til, at [...] i 2003 havde et overskud før skat på [...] kr. [...]’s merbetaling i forhold til disse to konkurrenter svarer således til [...] % af virksomhedens overskud før skat.

Detailhandelen er præget af hård konkurrence, og en omkostningsbesparelse på [...] kr. må antages at ville kunne påvirke enhver fornuftigt drevet dansk detailkædes økonomiske dispositioner. Secondary-line prisdiskriminationen har således mærkbar virkning for de berørte kunder.

Det må også anses at have en mærkbar virkning for Forbruger-Kontakt, at Post Danmarks rabatsystem har en kundebindende virkning. Ikke mindst den konkernindelåsende effekt af prissystemet for virksomhederne i COOP gør det stort set umuligt for Forbruger-Kontakt at tilbageerobre omdelingen af reklamer fra [...] fra Post Danmark.

Post Danmarks erobring af 3 væsentlige kunder fra Forbruger-Kontakt har endvidere betydet, at Forbruger-Kontakt har mistet ca. [...] % af sin volumen. Dette må antages at have haft betydelig indflydelse på Forbruger-Kontakts mulighed for at opretholde kritisk masse med henblik på at kunne opretholde et landsdækkende distributionsnet. Hvis ikke Forbruger-Kontakt herved allerede har mistet sin kritiske masse og dermed muligheden for at opretholde et landsdækkende distributionssystem, er faren herfor blevet betydeligt større, således at Forbruger-Kontakt vil være tvunget til at gå meget langt for at bevare sine tilbageværende kunder.

Post Danmark har anført, at leverandørernes markedsføringsbidrag betyder, at der ikke er nogen mærkbar virkning.

Det er Konkurrencestyrelsens erfaring, at markedsføringstilskud indgår i de pågældende detailvirksomheders generelle økonomi, og at størrelsen af bidragene ikke er direkte knyttet til de faktiske udgifter ved markedsføringen. Det er således ikke sådan, at en leverandør til en detailhandelsvirksomhed vil få oplysning om de faktiske omkostninger forbundet med markedsføringen – endsi­ge at en sådan leverandør ville kunne kræve nedsættelse af sit tilskud, hvis detailhandelsvirksomheden skulle opnå en rabat på distribution af sit markedsføringsmateriale.

Markedsføringstilskud er således helt uden relevans for en vurdering af, om prisdiskriminationen er mærkbar for Post Danmarks kunder.

Post Danmarks primary-line prisdiskrimination har således utvivlsomt også haft betydelig mærkbar virkning for Forbruger-Kontakt.

Post Danmark har anført, at det skulle være et krav for at statuere misbrug i en sag som denne, at der kan bevises ”predatory intent” (eliminationshensigt). Det er korrekt, at Domstolen i nogle sager som en blandt flere faktorer, der har talt for misbrug, har fremdraget, at den dominerende virksomhed tydeligvis har haft til hensigt at eliminere konkurrenter. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med, at det i prisdiskriminationssager skulle være et krav for at kunne statuere misbrug, at det bevises, at den dominerende virksomhed har haft en eliminationshensigt. Domstolen ses da heller ikke at have frikendt en virksomhed alene med henvisning til, at der ikke har foreligget bevis for eliminationshensigt i forbindelse med prisdiskrimination. Tværtimod har Domstolen fastslået et objektivt misbrugsbegreb - virksomhedens adfærd skal efter sin art kunne påvirke konkurrencen. Der er således ikke krav om, at der skal foreligge særlige subjektive forhold som eliminationshensigt/forsæt.

Post Danmark har anført, at der skulle gælde et krav om at en dominerende virksomhed skal være ”super-dominerende” for at den kan udøve misbrug i form af selektive prisnedsættelser rettet mod konkurrentens kunder (primary-line prisdiskrimination). Det er uklart, hvad der skulle ligge i et sådant krav, og kravet ses da heller ikke at være anvendt i domspraksis. Under alle omstændigheder må Post Danmark anses for at være tilstrækkeligt dominerende til at kunne udøve denne type misbrug.

Post Danmark har desuden anført, at licitationslignende aftaleforhandlinger kan begrunde en vis forskelsbehandling af ellers sammenlignelige kunder.

Problemet med dominerende virksomheder er, at de i vidt omfang kan agere uafhængigt af såvel konkurrenter som kunder. Kundernes forhandlingsevne og form for aftaleindgåelse vil sjældent spille nogen rolle, da markedets struktur væsentligt begrænser kundernes spillerum. Konkurrencerådet finder derfor ikke, at forhandlingsevne og form er et legitimt grundlag for diskrimination af sammenlignelige kunder.

Konkurrencerådet er enig i, at også en dominerende virksomhed skal have mulighed for at prissætte ud fra et såkaldt ”meeting competition-defence”. Det er imidlertid den dominerende virksomhed, der har bevisbyrden for, at der foreligger en reel ”meeting competition” situation, og denne bevisbyrde har Post Danmark på ingen måde løftet. Konkurrencerådets afgørelse angår således prisdiskrimination i forbindelse med Post Danmarks erobring af kunder fra Forbruger-Kontakt.

Det bestrides i øvrigt, at markedet skulle være præget af sådanne licitationslignende aftaleforhandlinger. Nogle kunder indhenter tilbud fra såvel Forbruger-Kontakt som Post Danmark, men der er ikke tale om særlige licitationslignende forhold, som skulle gøre dette marked specielt i forhold til andre. Ifølge Konkurrencerådets oplysninger har kun [...] foretaget et egentligt udbud.

I forlængelse heraf bemærkes, at Forbruger-Kontakt forsøgte at kontakte Spar og SuperBest med henblik på at komme med bud for 2004, hvilket imidlertid blev afvist med henvisning til, at der allerede var indgået aftale til anden side. De særligt favorable priser til disse to kunder kan således under alle omstændigheder ikke forklares med licitationslignende aftaleforhandlinger.

Det bestrides, at selektive prisnedsættelser ikke i sig selv kan udgøre et misbrug af dominans, da en sådan adfærd ofte vil have en markedsfortrængende effekt i forhold til konkurrenten, jf. Kommissionens beslutning i Hilti-sagen, hvor Hilti blev dømt for sine selektive priser som sådan.

Den skadelige virkning af selektive priser er desuden blevet forøget af eksistensen af nogle kundebindende elementer, herunder for det første den store vægt, der lægges på antal årlige forsendelser og for det andet koncernindlåsningseffekten for virksomhederne i COOP-gruppen.

Post Danmark har således været dominerende på markedet for adresseløse forsendelser i den periode sagen angår, og Post Danmark har misbrugt denne dominerende stilling ved at anvende loyalitetsskabende målrabatter og ved at udøve prisdiskrimination.

For så vidt angår spørgsmålet om predatory pricing (Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2004), har Konkurrencerådet anført, at rådet har foretaget en forsvarlig gennemgang af Post Danmarks priser og omkostninger.

Forbruger-Kontakt har anført, at Konkurrencerådet burde have lavet en beregning af AIC "fra bunden". Hertil bemærkes, at der faktisk er lavet en beregning af AIC "fra bunden", men at den naturligvis er lavet på grundlag af regnskabstal fra Post Danmark. Post Danmarks konkurrenceregnskab er det naturlige udgangspunkt for en vurdering af AIC, idet dette regnskab netop er opstillet med henblik på at belyse størrelsen af AIC for de konkurrenceudsatte aktiviteter. Konkurrencestyrelsen rekvirerede derfor Post Danmarks konkurrenceregnskab. Derudover indhentede Konkurrencestyrelsen Post Danmarks produktøkonomiregnskab og i øvrigt løbende supplerende yderligere oplysninger. Konkurrencestyrelsen holdt desuden i flere omgange møder med Post Danmark med henblik på drøftelse af tal og beregningsmetoder.

Afgivelse af fejlagtige oplysninger til Konkurrencestyrelsen er strafbelagt, og det vil derfor normalt ikke være nødvendigt at foranstalte kontrolundersøgelse til verificering af de afgivne regnskabsoplysninger. Konkurrencestyrelsen har lavet en række kontrolberegninger af oplysninger fra Post Danmark, men styrelsen har ikke fundet anledning til at foranstalte en kontrolundersøgelse med henblik på verificering af konkrete oplysninger.

Som det fremgår af rådsafgørelsen af 24. november 2004 foretog Konkurrencerådet en række korrektioner til Post Danmarks konkurrenceregnskaber. Disse korrektioner kan opdeles i to typer. For det første har rådet skønnet, at en del af de omkostninger, som er henført til befordringspligtområdet, rettelig bør medtages ved beregningen af AIC for de adresseløse forsendelser. For det andet har rådet skønnet, at en del af de variable og faste omkostninger, som

Post Danmark har angivet som fælles for de konkurrenceudsatte produkter, må medregnes til AIC for de adresseløse forsendelser.

Hertil bemærkes, at der ikke findes et videnskabeligt korrekt facit på, hvordan omkostninger skal fordeles mellem befordringspligtområdet og de konkurrenceudsatte produkter. Det samme gælder for fordelingen af omkostninger mellem de enkelte konkurrenceudsatte produkter og for opgørelsen af, hvilke omkostninger, der må forventes at bortfalde på 3-5 års sigt ved bortfald af et af de konkurrenceudsatte produkter.

Post Danmark havde med sit konkurrenceregnskab lavet en fordeling, der efter Konkurrencerådets vurdering ikke var retvisende. Konkurrencerådets korrektioner er udtryk for rådets skøn over den mest korrekte fordeling.

Post Danmark havde gennemført tidsstudier til belysning af den gennemsnitlige besøgstid. Der blev imidlertid ikke lavet særskilte studier for sambesøg og solobesøg, og den gennemsnitlige besøgstid var heller ikke fordelt på ”plukketid”, ”gangtid” og ”afleverings-tid”. Tidsstudierne viser derfor ikke, hvor stor tidsbesparelsen ved sambesøg ville være ved bortfald af adresseløse forsendelser. Post Danmark har anført, at tidsbesparelsen maksimalt kan være [...] sekunder pr. sambesøg. Heroverfor har Forbruger-Kontakt angivet, at tidsbesparelsen må udgøre [...] sekunder. Konkurrencerådet har skønnet, at [...] sekunder er urealistisk lidt, og har i stedet ved sin korrektion lagt til grund, at tidsbesparelsen vil være 5 sekunder.

I mangel af egentlige tidsstudier af de forskellige aktiviteter i Post Danmark vil enhver omkostningsfordeling være forbundet med betydelig usikkerhed. De af Konkurrencerådet foretagne korrektioner er derfor også skønsmæssige og udtryk for forholdsvis grove fordelinger. Forbruger-Kontakts forslag til yderligere korrektioner har været overvejet af Konkurrencerådet, som dog ikke har fundet tilstrækkeligt belæg for at foretage sådanne yderligere korrektioner af de oplysninger, som Konkurrencerådet har modtaget fra Post Danmark. I øvrigt kan de allerede foretagne korrektioner siges at være så brede og skønsprægede, at de kan ”rumme” flere af de yderligere korrektioner, som Forbruger-Kontakt foreslog.

Forbruger-Kontakt har beregnet en samlet effekt af sine korrektionsforslag til [...] øre (eksklusiv effekten af påstået forkert fordeling af udetid og hjemmetid, hvis størrelse Forbruger-Kontakt ikke har anslået). Selv hvis Konkurrencerådet valgte at følge Forbruger-Kontakts beregninger, er afstanden mellem den korrigerede AIC og Post Danmarks gennemsnitspriser i både 2003 og første halvår af 2004 så stor, at gennemsnitspriserne fortsat ville være højere end AIC. Der ville – uanset Forbruger-Kontakts opjusteringer – således stadig ikke være grundlag for at fastslå, at Post Danmark skulle have misbrugt sin dominerende stilling ved predatory pricing.

Konkurrencerådet er desuden ikke enig i de forslag til yderligere korrektioner, som Forbruger-Kontakt har fremført.

Konkurrencerådet har på grundlag af Forbruger-Kontakts klage undersøgt Post Danmarks prissætning på adresseløse forsendelser, som udgør langt det største forretningsområde blandt de konkurrenceudsatte forsendelsestyper. Når regional- og lokalaviser ikke er indgået i undersøgelsen, skyldes det, at disse på en række punkter afviger fra øvrige adresseløse forsendelser, herunder at uddeling kun sker én gang ugentligt, og omdelingen skal ske på én bestemt dag (mens øvrige adresseløse forsendelser omdeles i tre perioder af hver to dage), at indlevering sker direkte til lokale

posthuse og ikke til centrale postcentre, at aviserne som regel er tungere og skal kun omdeles lokalt eller regionalt, og at aviserne i modsætning til øvrige adresseløse forsendelser ikke skal respektere ”nej tak til reklamer”.

I øvrigt kan det konstateres, at forholdet mellem gennemsnitspriser og AIC ikke ville ændres ved inddragelse af regional- og lokalaviser, idet begge ville stige omtrent lige meget. Hvis man betragtede adresseløse forsendelser og lokal- og regionalaviser under ét, ville de ”fællesomkostninger”, der ikke kan forventes at bortfalde inden for 3-5 år fortsat ikke skulle indgå i AIC-beregningen men kun i ATC-beregningen. Der er altså ingen omkostninger, der ”rykker op” fra ATC til AIC, når man går fra en separat til en samlet betragtning af de to produkter.

Forbruger-Kontakt har anført, at klargøringstiden for postbudene er undervurderet. Det blokbevillingssystem, som Forbruger-Kontakt støtter sine antagelser på, er et gammelt system til beregning af personalebevillinger, som Post Danmark ikke har benyttet sig af i den for sagen relevante periode. Post Danmark har oplyst, at systemet må anses for forældet, og at det ikke afspejler de gennem tiderne skete procesforbedringer og ændringer/forskydninger i produkter. Konkurrenceregnskabet tager højde for disse ændringer, og det er baseret på mere præcise fordelinger – bl.a. på grundlag af postbudenes anvendelse af scannere.

Blokbevillingssystemet er i øvrigt ikke lavet ud fra ”falde bort”-princippet, og det fortæller således under alle omstændigheder ikke noget om, hvordan omkostninger skal fordeles ved en beregning af AIC.

Forbruger-Kontakt har anført, at udetid er undervurderet, mens hjemmetid og rutetid er overvurderet. Fordelingen mellem udetid og hjemmetid har Konkurrencerådet fået oplyst fra Post Danmark, der har oplyst, at fordelingen er baseret på faktisk målt tidsforbrug. Konkurrencerådet har lagt oplysningerne om tidsforbrug til grund ved beregningen af AIC, da der ikke er fundet anledning til at betvivle Post Danmarks angivelse af tidsfordeling. Det ville kræve en meget omfattende undersøgelse af Post Danmarks virksomhed, hvis Konkurrencerådet selv skulle finde frem til, hvordan postbudenes gennemsnitlige fordeling af tid på udetid, rutetid og hjemmetid så ud. En så omfattende undersøgelse ligger uden for, hvad der kan kræves for, at Konkurrencerådet kan træffe afgørelse i denne sag.

Forbruger-Kontakt har anført, at depotomkostningerne er undervurderet. Konkurrencerådet har lagt de af Post Danmark afgivne oplysninger om fordeling af omkostninger til depot til grund for beregningen af AIC. Korrektionen af ”Bidrag fra depottid” skyldes, at Post Danmark har gjort opmærksom på, at konkurrenceregnskabet rettelig burde korrigeres på dette punkt. Korrektionen omfatter også arbejds løn ved depotudlægning. Over for oplysningerne fra Post Danmark om virksomhedens fordeling af depotomkostninger har Konkurrencerådet ikke fundet grundlag for at basere AIC-beregningen på de af Copenhagen Economics for Forbruger-Kontakt udførte beregninger. Det skyldes bl.a., at beregningerne fra Copenhagen Economics er baseret på en række usikre antagelser.

Forbruger-Kontakt har anført, at sambesøg er undervurderet. Post Danmark har lavet tidsstudier, der viser den gennemsnitlige besøgstid. Men der foreligger ikke tidsstudier, der viser tidsforbruget ved sambesøg opsplittet på ”plukketid”, ”gangtid” og ”afleveringstid” til belysning af tidsbesparelsen ved bortfald af adresseløse forsendelser, og Konkurrencerådet har derfor foretaget et skøn, som baserer sig på såvel det af Post Danmark anførte om, at tidsbesparelsen maksimalt kan antages at

udgøre [...] sekunder, som Forbruger-Kontakts anbringende om, at tidsbesparelsen er væsentlig højere.

Konkurrencerådet har ikke fundet, at beregningen af AIC uden videre kan baseres på de tidsstudier, som Forbruger-Kontakt har fået udarbejdet. Det skyldes bl.a., at der er tale om syntetiske tidsstudier, som ikke er baseret på postbudenes faktiske tidsforbrug, men baseret på en række usikre antagelser fra Copenhagen Economics.

Forbruger-Kontakt har anført, at antallet af solobesøg for adresseløse forsendelser er undervurderet. Ved beregningen af AIC har Konkurrencerådet baseret sig på oplysninger fra Post Danmark om fordeling af solobesøg. Fordelingen af solobesøg på befordringspligtige produkter, adresseløse forsendelser og andre konkurrenceudsatte produkter har Post Danmark foretaget ud fra virksomhedens egne årlige målinger af den faktiske antalsmæssige fordeling af solobesøg. Post Danmark har oplyst, at målingerne er baseret på 173.204 stikprøver. Konkurrencerådet har ikke fundet anledning til at betvivle rigtigheden af de af Post Danmark afgivne oplysninger i denne henseende – heller ikke på grundlag af den af Gallup for Forbruger-Kontakt udarbejdede undersøgelse.

Forbruger-Kontakt har anført, at administrationsomkostninger skal opreguleres, uden at Forbruger-Kontakt imidlertid nærmere har redegjort for, hvorledes Copenhagen Economics er kommet frem til, at administrationsomkostningerne skal øges med [...] %.

Det er principielt korrekt, at en ændring af fordelingen af omkostningsposter mellem befordringspligt og adresseløse forsendelser, bør udløse en forholdsmæssig justering af administrationsomkostningerne. Der vil imidlertid være tale om et meget beskedent beløb, og Konkurrencerådet har ikke vurderet, at det ville give nogen mening med en sådan korrektion, fordi den af Konkurrencerådet allerede foretagne korrektion, hvor 25 % af de ikke-henførbare fællesomkostninger er henregnet til AIC, er udtryk for et bredt skøn.

Forbruger-Kontakts forslag til yderligere korrektioner har således været overvejet af Konkurrencerådet, som dog ikke har fundet tilstrækkeligt belæg for at foretage sådanne yderligere korrektioner af de oplysninger, som Konkurrencerådet har modtaget fra Post Danmark.

For så vidt angår spørgsmålet om eliminationshensigt har Konkurrencestyrelsen gennemgået Post Danmarks strategiplaner og bestyrelses- og direktionens mødereferater - uden at finde indikationer på eliminationshensigt.

Ingen af de forhold, som Forbruger-Kontakt har fremhævet, taler for, at Post Danmark skulle have haft til hensigt at eliminere Forbruger-Kontakt eller andre konkurrenter. De forskellige udsagn, der henvises til, giver efter Konkurrencerådets opfattelse alene et billede af almindelig forretningsmæssig adfærd.

På den baggrund har Konkurrencerådet ikke fundet tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at Post Danmark har haft til hensigt at eliminere Forbruger-Kontakt.

For så vidt angår beregningen af de gennemsnitlige totale omkostninger (ATC), bemærkes, at Konkurrencerådet har vurderet Post Danmarks priser i forhold til ATC opgjort både på grundlag af produktøkonomiregnskabet og på grundlag af et korrigeret konkurrence-regnskab, og at

Konkurrencerådet har konstateret, at uanset hvilken af disse opgørelser der måtte være mest korrekt, så ligger gennemsnitspriserne over ATC.

Da Konkurrencerådet ikke har fundet bevis for, at Post Danmark har haft til hensigt at eliminere Forbruger-Kontakt eller andre konkurrenter, har Konkurrencerådet ikke taget endelig stilling til, hvordan ATC bør opgøres. I den forbindelse bestrides, at Konkurrencerådet skulle have nogen forpligtelse til at tage specifikt stilling til dette spørgsmål, når der ikke har kunnet påvises eliminationshensigt, og når det i øvrigt ikke ville kunne have nogen betydning for sagens udfald.

Konkurrencerådet bestrider således, at officialmaksimen ikke skulle være opfyldt.

Konkurrencerådet kunne måske have elimineret visse usikkerheder i opgørelsen af AIC ved at foranstalte en nøjere gennemgang i form af tidsstudier mv. af Post Danmarks virksomhed. Sådanne undersøgelser ville kræve dyre og langvarige konsulentundersøgelser af en lang række forretningsgange, som ville omfatte det meste af Post Danmarks virksomhed. Der er imidlertid, selv i sager som Konkurrencerådet træffer afgørelse i efter omfattende sagsforberedelse fra Konkurrencestyrelsen, forskel på, hvor omfattende undersøgelser og ressourceanvendelse, der set fra et klagersynspunkt kan ønskes anvendt på en sag, og hvad Konkurrencestyrelsen med rimelighed kan forventes foretage – navnlig, når en sådan yderligere undersøgelse ville skulle bestå i en længerevarende konsulentundersøgelse af næsten alle centrale dele af pågældende virksomhed, og der ikke har været belæg for en så vidtgående undersøgelse.

Det bestrides videre, at Forbruger-Kontakt ikke skulle være blevet hørt i overensstemmelse med konkurrencelovens § 15 a.

Konkurrencestyrelsen har forud for Konkurrencerådets afgørelse i sagen foretaget en omfattende behandling af Forbruger-Kontakts klage. Konkurrencestyrelsen har holdt flere møder med både Post Danmark og Forbruger-Kontakt, og begge er i vidt omfang løbende blevet hørt om foreløbige notater med indstilling til afgørelse.

Forbruger-Kontakt fik første gang et udkast til notat med indstilling til Konkurrencerådets afgørelse i høring ved brev af 11. maj 2004. Notatet omfattede både de forhold, som er behandlet i rådsafgørelsen af 29. september 2004 og predatory pricing omfattet af rådsafgørelsen af 24. november 2004. I udkastet blev Post Danmarks egne beregninger af AIC lagt til grund, og det konkluderedes, at Post Danmark ikke havde misbrugt sin dominerende stilling ved predatory pricing.

Forbruger-Kontakt fik 3 ugers frist til at afgive høringssvar, og Forbruger-Kontakt fremkom med bemærkninger til spørgsmålet om predatory pricing i to selvstændige dokumenter – dels et notat af 18. maj 2004 udarbejdet for Forbruger-Kontakt af Copenhagen Economics, dels et brev af 1. juni 2004 fra Forbruger-Kontakts advokat.

Ved brev af 25. august 2004 sendte Konkurrencestyrelsen et revideret udkast til indstilling til rådsafgørelse til Forbruger-Kontakt. Ligesom ved den første høring omfattede også dette udkast både predatory pricing og forholdene, der blev taget stilling til i Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004. Post Danmarks egne beregninger af AIC blev lagt til grund med en enkelt beskeden korrektion, og konklusionen var fortsat, at der ikke forelå misbrug i form af predatory pricing. Også ved denne høring blev der givet 3 ugers frist til at afgive høringssvar.

På baggrund af høringen valgte Konkurrencestyrelsen ikke at lægge spørgsmålet om predatory pricing op til Konkurrencerådets afgørelse sammen med de øvrige spørgsmål, som blev forelagt Konkurrencerådet den 29. september 2004. Foranlediget af oplysninger fra Forbruger-Kontakt ønskede Konkurrencestyrelsen at analysere tallene yderligere inden forelæggelse af spørgsmålet om predatory pricing for Konkurrencerådet.

Forbruger-Kontakt blev herefter ved brev af 18. oktober 2004 forelagt et nyt udkast til notat med indstilling til rådsafgørelse alene vedrørende predatory pricing. Der blev givet en uges frist til afgivelse af høringssvar, hvilket begrundedes i hensynet til Post Danmark, der var midt i en privatiseringsproces og på det tidspunkt havde levet i uvished om det endelige udfald af sagen i et år. Konkurrencestyrelsen agtede således at forelægge sagen for Konkurrencerådet den 3. november 2004. I forhold til tidligere versioner var der nu medtaget en række korrektioner, der førte til et højere niveau for AIC. Ændringen i forhold til tidligere var således i Forbruger-Kontakts favør, men ændringen var ikke tilstrækkelig til også at ændre ved indstillingen til Konkurrencerådet.

Forbruger-Kontakt afgav derpå 3 høringssvar, herunder to fra Copenhagen Economics og ét fra Forbruger-Kontakts advokat.

Den 28. oktober 2004 fremsendte Konkurrencestyrelsen på ny et revideret udkast til notat, som Forbruger-Kontakt fik 1½ uge til at fremkomme med bemærkninger til. I notatet korrigeredes AIC yderligere i Forbruger-Kontakts favør – dog stadig uden at det ændrede ved indstillingen.

Blandt andet for at imødekomme kritik fra Forbruger-Kontakt besluttede Konkurrencerådets formand at udskyde Konkurrencerådets stillingtagen til sagen fra den 3. november til den 24. november 2004, og i høringsbrevet anførte Konkurrencestyrelsen, at bemærkninger, der fremkom inden for fristen på 1½ uge ville blive indarbejdet i det notat, som Konkurrencerådet ville få forelagt, mens øvrige bemærkninger, der måtte blive fremsendt indtil 19. november 2004 ville blive fremsendt direkte til Konkurrencerådet.

Således fik Forbruger-Kontakt også ved denne høring 3 uger til at afgive bemærkninger, og Forbruger-Kontakt afgav da også høringssvar den 10., 16., 18. og 19. november 2004.

På baggrund af disse svar og høringssvar fra Post Danmark reviderede Konkurrencestyrelsen på ny notatet med indstilling til rådsafgørelse. Dette reviderede notat blev udsendt til Konkurrencerådets medlemmer. Dagen efter sendte Konkurrencestyrelsen brev med orientering om retten til at afgive mundtligt indlæg for Konkurrencerådet, hvori det også blev oplyst, at eventuelle korrektioner af faktiske oplysninger i notatet, som blev fremsendt til Konkurrencerådet, skulle være Konkurrencestyrelsen i hænde senest den 22. november 2004.

I denne endelige udgave af notatet med indstilling til rådsafgørelse blev AIC igen korrigeret yderligere. For så vidt angår 2003 forøgedes AIC endnu en gang, mens AIC for 1. halvår af 2004 blev reduceret med under [...]. Konkurrencestyrelsen havde således bl.a. foretaget en ”modkorrektion” for ”uændret rutetid”, som var i Post Danmarks favør. Der var tale om en beskeden korrektion, og Konkurrencerådets afgørelse ville ikke være blevet anderledes uden denne korrektion.

Forbruger-Kontakt har derudover haft adgang til og faktisk benyttet sig af muligheden for at foretræde for Konkurrencerådet forud for rådets drøftelse af sagen. Der blev ikke i den forbindelse

fremført noget, som kunne føre til et andet resultat, og der er heller ikke under anken fremført noget, der kunne have ført til, at Konkurrencerådet ville have truffet en anden afgørelse.

Det er således ikke korrekt, at Forbruger-Kontakt ikke er blevet hørt i overensstemmelse med konkurrencelovens § 15 a. Såfremt ankenævnet måtte finde, at det skulle være tilfældet, da må en sådan eventuel procedurefejl anses for at være uden relevans for sagens afgørelse.

Forbruger-Kontakt har anført, at Konkurrencerådet ikke havde mulighed for at ændre Konkurrencestyrelsens indstilling til helt eller delvist medhold for Forbruger-Kontakt, fordi der ikke ville være tid til at forelægge sagen for Kommissionen i medfør af art. 11, stk. 4 i Rådsforordning 1/2003.

Det er korrekt, at Konkurrencerådet ikke på mødet den 24. november 2004 kunne have truffet en afgørelse, der gav Forbruger-Kontakt helt eller delvist medhold. Hvis Konkurrencerådet var uenig i Konkurrencestyrelsens indstilling, skulle afgørelsen have været udskudt med henblik på forelæggelse for Kommissionen. Det er der imidlertid ikke noget usædvanligt i – sådan vil det altid være i sager, som behandles efter EU-konkurrencereglerne, og hvor indstillingen lyder på, at Konkurrencerådet ikke skal gribe ind. Konkurrencestyrelsen har ikke mulighed for på forhånd ”for en sikkerheds skyld” at få Kommissionens godkendelse af andre afgørelser, end den som faktisk indstilles til Konkurrencerådet.

Konkurrencerådet har endelig anført, at Konkurrencerådet således ikke har haft grundlag for at fastslå, at Post Danmark har misbrugt sin dominerende stilling ved urimeligt lave priser (predatory pricing), og at Konkurrenceankenævnet kun bør tilsidesætte Konkurrencerådets skøn herom, hvis der er tale om åbenbare fejlskøn med afgørende betydning for sagens udfald.

7. Konkurrenceankenævnets bemærkninger

Ankenævnet tiltræder, at distribution af såvel tryksager – herunder reklamer, telefonbøger, vejvisere mv. – som lokal- og regionalaviser som adresseløse forsendelser til et antal husstande beliggende i et bestemt geografisk område foregår på et og samme produktmarked, nemlig markedet for distribution af adresseløse forsendelser. Det er ydelsen – distribution som adresseløs forsendelse som nævnt – som er afgørende for markedsfastlæggelsen. Der er ikke i det, som Post Danmark har anført som noget nyt for Konkurrenceankenævnet om det relevante produktmarked, grundlag for at tilsidesætte Konkurrencerådets bedømmelse, hvorefter der ikke foreligger forskelle mellem distribution af henholdsvis tryksager og lokal- og regionsaviser som adresseløse forsendelser af relevans for den konkurrenceretlige fastlæggelse af det relevante marked.

Ankenævnet tiltræder af de grunde, der er anført af Konkurrencerådet, at Post Danmark på markedet for distribution af adresseløse forsendelser i Danmark har indtaget en dominerende position i den periode, sagen angår. Ankenævnet finder således ikke i det, som Post Danmark har anført, grundlag for at kritisere den betydning, Konkurrencerådet har tillagt Post Danmarks omsætning på det relevante marked og Post Danmarks enestående position med eneret, befordringspligt og et landsdækkende distributionssystem, som også kan anvendes til distribution af adresseløse forsendelser. I betragtning af Post Danmarks dominerende markedsposition og de betydelige pris- og rabatforskelle, som Konkurrencerådet har underkendt, tiltræder ankenævnet, at der i mangel af objektive, ikke-konkurrenceskadelige holdepunkter for forskelsbehandlingen må anses at foreligge konkurrenceretligt misbrug. Heller ikke efter det, der er oplyst for ankenævnet, er

der tilstrækkeligt grundlag for at anse forskellene omkostningsmæssigt begrundet. Med disse bemærkninger tiltræder ankenævnet, at Post Danmark har misbrugt en dominerende stilling som anført i Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004 pkt. 13-15.

Da det meddelte påbuds ikrafttræden har været suspenderet og nu må anses for overflødiggjort af Post Danmarks tilsagn, der blev godkendt på Konkurrencerådets rådsmøde den 23. februar 2005, anses denne del af Konkurrencerådets afgørelse for bortfaldet. I øvrigt stadfæster ankenævnet afgørelsen af 29. september 2004.

For så vidt angår Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2004 vedrørende spørgsmålet om urimeligt lave priser (predatory pricing), tiltræder ankenævnet, at det afgørende for bedømmelsen heraf i første række er, om Post Danmarks gennemsnitlige priser dækker de gennemsnitlige produktspecifikke meromkostninger, det vil sige de omkostninger – variable og faste – der skønnes at falde bort på kort eller mellemlangt sigt (3-5 år) ved bortfald af produktet distribution af adresseløse forsendelser (AIC). Sådanne hypotetiske beregninger vil være forbundet med en usikkerhed, der indebærer, at det forhold, at Konkurrencerådet ikke har medtaget lokal- og regionalaviser i opgørelsen af de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger eller er gået ind i beregninger for konkrete reklamer, ikke kan antages at have haft en sådan betydning for afgørelsen, at denne lider af en mangel, som kan begrunde, at afgørelsen ophæves.

Konkurrencerådets beregning eller bedømmelse af inkrementelle omkostninger i en sag som den foreliggende indeholder en lang række skønsmæssige vurderinger. Konkurrencerådet skal basere disse vurderinger på et sådant faktisk grundlag, som i den konkrete sag må anses for tilstrækkeligt til en forsvarlig skønudøvelse efter formålet med dennes foretagelse. Ankenævnet finder, at der i sagen har været tilstrækkeligt faktisk grundlag for foretagelse af en AIC-test, og at der ikke i det, som Forbruger-Kontakt med henvisning til blandt andet Copenhagen Economics beregninger har anført, er grundlag for en tilsidesættelse af Konkurrencerådets skønsmæssige vurderinger.

Forbruger-Kontakt har under Konkurrencerådets behandling af sagen været tillagt partsstatus og er hørt adskillige gange. Der foreligger ingen tilsidesættelse af forvaltningsloven eller andre forvaltningsprocessuelle regler, som kan begrunde en ophævelse af afgørelsen.

Ankenævnet stadfæster herefter også den påklagede afgørelse af 24. november 2004.

Herefter bestemmes:

Konkurrencerådets afgørelser af 29. september 2004 og 24. november 2004 stadfæstes.

For så vidt angår Konkurrencerådets påbud af 29. september 2004, afgørelsens punkt 16, bemærkes, at påbudet vedrørende Post Danmarks priser og rabatter efterfølgende er blevet afløst af Post Danmarks tilsagn, der blev godkendt på Konkurrencerådets rådsmøde den 23. februar 2005.

Jens Fejø
Christian Hjorth-Andersen

Børge Dahl

Ole Jess Olsen
Ditlev Tamm

Dommen er anket til Højesteret.