



**UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG**

DOM

Afsagt den 21. december 2007 af Østre Landsrets 13. afdeling
(landsdommerne M. Levy, Kaspar Linkis og Anne Louise Bormann).

13. afd. nr. B-2656-05:

1) Post Danmark A/S
(advokat Nicolai Westergaard)
(advokat Søren Zinck)

mod

1) Konkurrencerådet
(advokat Olaf Koktvedgaard)
biint. 1) Forbruger-Kontakt a-s
(advokat Peter Stig Jakobsen)

Denne sag, der er anlagt den 26. august 2005, drejer sig om, hvorvidt sagsøgeren, Post Danmark A/S (herefter Post Danmark), i 2003 og 2004 har indtaget en dominerende stilling på markedet for distribution af adresseløse forsendelser i Danmark og i bekræftende fald, om sagsøgeren har overtrådt forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling, jf. EF-traktatens artikel 82, stk. 1, litra c, og konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 3, ved at have anvendt forskellige priser (såkaldte selektivt lave priser) over for sagsøgerens egne eksisterende kunder og tre tidligere kunder, Coop, SuperBest og Spar, hos sagsøgerens konkurrent, Forbruger-Kontakt a-s (herefter Forbruger-Kontakt) med en ekskluderende virkning på markedet.

Sagen er anlagt med hjemmel i konkurrencelovens § 20, stk. 3, med henblik på landsrettens prøvelse af en del af Konkurrenceankenævnets kendelse af 1. juli 2005 i sagen Post

Danmark mod Konkurrencerådet. Ved den nævnte kendelse stadfæstede Konkurrenceanvænet bl.a. en delafgørelse i pkt. 13 i Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004.

Påstande

Post Danmark har nedlagt følgende påstande:

Principalt

Konkurrencerådet tilpligtes at anerkende, at Post Danmark ikke har misbrugt en dominerende stilling på markedet for distribution af adresseløse forsendelser i Danmark ved i 2003 og 2004 at anvende forskellige priser over for Post Danmarks egne kunder og Forbruger-Kontakts tidligere kunder med en ekskluderende effekt på markedet, jf. EF-traktatens artikel 82, stk. 1, litra c, og konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. § 11, stk. 3, nr. 3.

Subsidiært

Punkt 13 i Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004, som stadfæstet ved Konkurrenceankenævnets kendelse af 1. juli 2005, ophæves.

Mere subsidiært

Punkt 13 i Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004, som stadfæstet ved Konkurrenceankenævnets kendelse af 1. juli 2005, ophæves og sagen hjemvises til fornyet behandling i Konkurrencerådet for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt Post Danmark har misbrugt en dominerende stilling på markedet for distribution af adresseløse forsendelser i Danmark ved i 2003 og 2004 at anvende forskellige priser over for Post Danmarks egne kunder og Forbruger-Kontakts tidligere kunder med en ekskluderende effekt på markedet, jf. EF-traktatens artikel 82, stk. 1, litra c, og konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. § 11, stk. 3, nr. 3.

Konkurrencerådet har nedlagt påstand om frifindelse.

Forbruger-Kontakt har som biintervenient støttet Konkurrencerådets frifindelsespåstand.

Sagsfremstilling

Under Konkurrencerådets behandling af sagen søgte Forbruger-Kontakt flere gange om aktindsigt i sagen. Der blev i den forbindelse truffet flere afgørelser om afslag på aktindsigt i visse dokumenter, der var tilgået eller udarbejdet af Konkurrencestyrelsen i forbindelse med behandlingen af klagen over Post Danmark. Konkurrencestyrelsens afgørelser om aktindsigt blev stadfæstet af Konkurrenceankenævnet. I ankenævnets kendelse af 12. august 2004 er bl.a. anført følgende:

”...

Efter markedets karakter og det heraf følgende særlige konkurrenceforhold mellem Post Danmark og Forbruger Kontakt og under hensyn til karakteren af de spørgsmål, den verserende konkurrencelovssag vedrørende Post Danmark angår, tiltræder ankenævnet, at Forbruger-Kontakt må anses for at have en sådan væsentlig og individuel interesse i sagen, at der er tillagt Forbruger-Kontakt partsstatus og deraf følgende adgang til aktindsigt m.v. efter forvaltningsloven.

Ved afvejningen efter forvaltningslovens § 15 må der imidlertid lægges afgørende vægt på, at Forbruger-Kontakts aktindsigt i Post Danmarks interne forretningsforhold vil kunne give Forbruger-Kontakt en konkurrencemæssig indsigt, som det ville være i strid med forbuddet i konkurrencelovens § 6 at søge opnået ved en aftale om informationsudveksling mellem Forbruger-Kontakt og Post Danmark, og at indsigt i disse forhold ikke kan anses for afgørende i henseende til Forbruger-Kontakts mulighed for at varetage sin – retlige – interesse i konkurrencelovssagen, der har Post Danmark – og ikke Forbruger-Kontakt – som afgørelsesadressat. Partsstatus er ikke noget entydigt, men kan være mere eller mindre intensiv, og ved en mindre intensiv partsstatus som Forbruger-Kontakts skal der ved afvejningen efter forvaltningslovens § 15 mindre til, for at modhensyn får overvægt i forhold til muligheden for med kendskab til sagens dokumenter i deres helhed at kunne udøve partsbeføjelser. Der er så afgørende offentlige interesser forbundet med opretholdelse af virksom konkurrence, at hensynet hertil må slå igennem over for Forbruger-Kontakts interesse i at kunne benytte kendskab til sagens dokumenter til varetagelse af sit tarv for så vidt angår oplysninger i dokumenterne om Post Danmarks interne forvaltningsmæssige forhold.

Ankenævnet har på denne baggrund foretaget en gennemgang af sagens dokumenter og de udeholdte oplysninger og kan tiltræde, at den skadevirkning, som Forbruger-Kontakts aktindsigt i oplysningerne ville have for Post Danmark og for konkurrencen på markedet, vejer afgørende tungere end Forbruger-Kontakts interesse i at kunne benytte kendskab til de hemmeligholdte oplysninger til varetagelse af sit tarv.

...”

På denne baggrund har der i landsretten været udarbejdet såvel en fortrolig som en ikke fortrolig version af ekstrakten, hvoraf biintervenienten alene har haft den ikke fortrolige version. Under hovedforhandlingen har parterne alene henvist til de fortrolige oplysningers

placering i ekstrakten og omtalt disse i generelle vendinger. De dokumenter, der har betydning for afgørelsen af denne retssag, har således i deres helhed været forelagt for landsretten.

Der har endvidere fra begge parter side været udarbejdet en række støttebilag med oplysninger og sammenstillinger af de fortrolige oplysninger i sagen.

Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004

Den 29. september 2004 traf Konkurrencerådet afgørelse i sagen. Af afgørelsen fremgår bl.a.:

”...

Resumé

1. 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 XX pct. af den samlede omsætning ved omdeling af adresseløse forsendelser i Danmark.

2. I den anledning klager Forbruger-Kontakt 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:

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

3. 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.

4. 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 XX mere fordelagtige priser og rabatter end egne kunder fx XX, XX og XX, 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.

5. 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. Det vil sige progressive og loyalitetsskabende rabatter, hvor kunderne opnår en højere rabat, hvis det faktiske årlige antal forsendelser overstiger det mål, som parterne indbyrdes har fastsat, og som typisk dækker kundens fulde behov. Post Danmarks aftaler for 2003 med hhv. XX indeholder således målrabatter. Post Danmark har i den forbindelse ikke dokumenteret eller godtgjort, at disse ekskluderende og loyalitetsskabende rabatter er omkostningsmæssigt begrundet.

6. Endvidere har Post Danmark 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 secondary-line prisdiskrimination i form af at stille handelspartnere i samme situation forskelligt. Der er eksempelvis tale om kunderne XX, der aftager nogenlunde samme mængde, men hvor XX får en væsentlig højere rabat end XX.

7. Det skal vurderes, om Post Danmark har misbrugt sin dominerende stilling ved at anvende urimeligt lave priser ("predatory pricing"). Høringen har vist, at problemstillingen er kompliceret og forudsætter en mere dybtgående analyse og kvalitetssikring af Post Danmark's omkostningsberegninger. På den baggrund udsættes behandlingen af dette spørgsmål. Spørgsmålet forventes forelagt som en selvstændig sag for Konkurrencerådet snarest.

8. Post Danmark har anvendt aftaler med op til XX års løbetid blandt andet overfor Forbruger-Kontakts tidligere kunder. Da aftalerne imidlertid kan opsiges af kunderne med et opsigelsesvarsel på XX måneder uden betingelser eller sanktioner, og kunderne i praksis har gjort brug af denne mulighed, finder Konkurrencerådet ikke, at Forbruger-Kontakts klage over aftaler med urimelig lang løbetid, giver anledning til yderligere undersøgelse. Klagen over dette forhold afvises derfor i medfør af konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt.

9. Kompetencen for så vidt angår statsstøttesagen ligger hos EU-Kommissionen. Eftersom Forbruger-Kontakt har indbragt spørgsmålet om eventuel overtrædelse af statsstøttere reglerne for Kommissionen er der ikke længere grundlag for en vurdering af dette spørgsmål efter konkurrenceloven. For så vidt angår Forbruger-Kontakts klage over krydssubsidiering med konkurrenceforvridning til følge, jf. konkurrencelovens § 11, stk. 1, tyder det foreliggende materiale ikke på, at der overføres midler fra andre forretningsområder. Der er herefter ikke grundlag for at undersøge dette forhold nærmere, hvorfor klagen afvises derfor i medfør af konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt.

10. Som følge af den nyligt gennemførte modernisering af Fællesskabets konkurrenceregler har Konkurrencestyrelsen i nærværende sag fulgt procedurene i artikel 11, stk. 4 i Rådsforordning 1/2003.

11. Forbruger-Kontakt har senere (den 9. juli 2004) indbragt en klage for EU-Kommissionen med påstand om, at den danske stat har overtrådt EU's statsstøttere regler ved at Post Danmark modtager ulovlig statsstøtte.

12. Det skal oplyses, at Forbruger-Kontakt i december 2003 og senere ankede 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. Da det under ankenævnets behandling var uklart, hvorvidt Forbruger-Kontakt ville blive betragtet som part, kunne der først foretages yderligere aktindsigt og endelig høring, efter at Ankenævnet havde truffet sin kendelse. Den 12. august 2004 stadfæstede Konkurrenceankenævnet imidlertid alle styrelsens afgørelser vedrørende aktindsigt.

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 XX 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 Danmark's omkostningsberegninger. På den baggrund udsættes behandlingen af dette spørgsmål. Spørgsmålet forventes forelagt som en selvstændig sag for Konkurrencerådet snarest.

19. Det meddeles Post Danmark, at Forbruger-Kontakts klage over aftaler med urimelig lang løbetid, ikke giver anledning til yderligere undersøgelse. Klagen over dette forhold afvises derfor i medfør af konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt.

20. Det meddeles Post Danmark, at kompetencen for så vidt angår statsstøttesagen ligger hos EU-Kommissionen. Eftersom Forbruger-Kontakt har indbragt spørgsmålet om eventuel overtrædelse af statsstøttereglerne for Kommissionen er der ikke længere grundlag for en vurdering af dette spørgsmål efter konkurrenceloven.

21. Det meddeles Post Danmark, at for så vidt angår Forbruger-Kontakts klage over krydssubsidiering med konkurrenceforvridning til følge, jf. konkurrencelovens § 11, stk. 1, tyder det foreliggende materiale ikke på, at der overføres midler fra andre forretningsområder. Der er herefter ikke grundlag for at undersøge dette forhold nærmere, hvorfor klagen afvises i medfør af konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt.

Sagsfremstilling

Indledning

.....

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.

....

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....

.....

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 egenomdeling 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 internetjenester (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* distributionselskaber. Forbruger-Kontakt havde i

2002 en omsætning på kr. XX 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[...]. Dansk Distributionscenter ejes af Søndagsavisen A/S og Berlingske Lokalaviser med hver 50 pct. Dansk Distributionscenter havde i 2002 en samlet omsætning på XX. kr., hvoraf adresseløse forsendelser bidrog med XX. kr. [...]

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/FK 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[...]. Berlingske Lokalaviser havde i 2002 en omsætning på XX kr. Berlingske Lokalaviser A/S driver udover distributionsvirksomheden i Dansk Distributionscenter A/S også distributionsvirksomhed ved en ejerandel i Det Berlingske 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 XX kr. Heraf stammede XX 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 XX kr., hvoraf XX kr. stammede fra distribution af adresseløse forsendelser.

59. *Dansk Total Distribution* er en sammenslutning af lokale distributionsvirksomheder (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

.....

”... ”

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)

...”

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.

.....

Det relevante geografiske marked

....

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.[...]

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. Post Danmarks markedsandel målt i omsætning fremgår af tabel 1 nedenfor. Det fremgår af tabellen, at Post Danmark har kunnet opretholde en markedsandel i perioden 2001-2003, der overstiger XX pct. målt i omsætning. På grundlag af det foreløbige estimat for omsætningen i 2004 forventes det endvidere, at Post Danmarks markedsandel vil overstige XX pct. i 2004. Til sammenligning har Post Danmarks eneste reelle konkurrent Forbruger-Kontakt en markedsandel på mellem XX og XX 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. [...] Videre fremgår det af bemærkningerne, at dette under alle omstændigheder gælder i de tilfælde, hvor denne markedsandel er fastholdt over en længere periode.[...]

Tabel 1. Markedsandele for 2001-2004, målt i omsætning

....

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.[...]

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. XX i hhv. 2001, 2002, 2003 og 2004. Med henvisning til styrelsens beslutning fra 2002 og disse opgørelser over Post Danmark's 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[...]. Endvidere hævder Forbruger-Kontakt, at Post Danmark's markedsandel ikke kun bør vurderes på basis af perioden 2001-2003, men at Post Danmark's 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 Danmark's netværk for så vidt angår distribution i landdistrikter, hvilket gør konkurrenten afhængig af Post Danmark's 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 konkur-

renter 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 befordringspligt (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 befordringspligtige 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 befordringspligt 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 befordringspligt 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 Danmark's 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 kundeaftaler, så er der en tendens til, at kundeaftalerne følger kalenderåret, og at de typisk indgås i det forudgående halvår. Der er heller ikke nogen fast praksis for kontrakternes længde og dermed for aftalernes udløb, men kundeaftalerne har typisk en varighed på mellem XX år. Parterne er ikke vidende om det nøjagtige tidspunkt for, hvornår konkurrentens kundeaftaler udløber, og dermed hvornår det bedst kan betale sig at slå til. Parterne bliver kun opmærksomme på kundeaftalernes 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 XX, 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 XX 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 XX 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.

103. Forbruger-Kontakt har anført, at Post Danmark har en dominerende stilling på det danske marked for postbefordring inden for Post Danmarks eneretsområde samt på det danske marked for distribution af adresserede kataloger mv., hvor Post Danmark har befordringspligt. Forbruger-Kontakt anfører i den forbindelse, at Post Danmark anvender sin dominans på disse markeder til misbrug på det beslægtede marked for adresseløse forsendelser (med eller uden adresserede kataloger).

104. Da det er styrelsens vurdering, at Post Danmark er dominerende på markedet for distribution af adresseløse forsendelser og lokal- og regionalaviser, er det ikke nødvendigt at tage stilling til klagen over misbrug af dominerende stil-

ling som følge af dominansen på de beslægtede markeder, når der ses bort fra klagen vedrørende krydssubsidiering med konkurrenceforvridning til følge.

Adfærd

Aftalernes varighed

....

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. [...]

....

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

.....

109. Priserne i tabel 2 og 3 dækker over et gennemsnit af kundernes forskellige forsendelser, dvs. forsendelser som er forskellige med hensyn til vægt, antal, udbringningstidspunkt mv.

110. Post Danmarks priser og rabatter for kunder uden en produktionsplan gives med udgangspunkt i selskabets listepriser, 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[...], 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 listepriserne. Post Danmark har derimod givet kunderne i tabel 2 og 3 en rabat i 2003 og 2004, som ligger mellem XX og XX 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 listepriser. Det ses af tabel 3, at den største rabat på XX pct. er givet til XX, som i 2004 forventes at få distribueret XX adresseløse forsendelser. Den mindste rabat på XX pct. er givet til XX, som i 2003 fik distribueret XX 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[...]. 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[...]. 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 ekskluderende 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[...]. 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.

...

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
- Aftaler med urimelig lang løbetid
- Krydssubsidiering

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

XXX

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 XX og XX stk. en rabat på mellem XX og XX pct., hvilket er et meget stort rabatspænd. Videre får en stor del af de kunder med en mængde på mellem XX og XX mio. stk. en rabat på mellem XX og XX 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 liste-

prisen. Så findes der storkunder såsom XX, der tilbydes priser, som ligger under listepriiserne, 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 listepriiserne, 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 listepriiserne 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:

- XX
- XX
- XX
- XX

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[...].

Primary-line prisdiskrimination

En dominerende virksomheds pris- og rabatsystem kan udgøre et misbrug, især hvis det hindrer konkurrenters adgang til det marked, hvor den dominerende virksomhed opererer[...]. Primary-line prisdiskrimination kan fx foreligge, hvis den dominerende virksomhed uden at kunne give omkostningsmæssige begrundelser:

- forpligter kunden til at dække hele eller næsten hele sit behov via køb hos den dominerende virksomhed
- de facto indretter sin rabatstruktur, så kunden tilskyndes til at dække hele – eller næsten hele – sit behov hos den dominerende virksomhed
- sammenkobler sine priser/rabatter på forskellige markeder, eller
- prissætter forskelligt overfor egne og konkurrenters kunder

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[...]. Der henvises i den forbindelse til EF-Domstolens dom i sagen om Hoffmann-La Roche[...], 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[...], 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[...]. Retten af Første Instans har i 2003 stadfæstet Kommissionens afgørelse og bøden til Michelin (II)[...].

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.[...] En lignende afgørelse blev afsagt af KAN i sagen om 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 XX stk. samt priser og rabatter for XX for 2004 fremgår af nedenstående tabel 5 og 6. XX 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 XX stk., jf. punkt 123. Både XX og XX skal indplaceres over XX stk., jf. tabel 5 nedenfor, hvorimod XX skal indplaceres i rabatintervallet XX stk., jf. tabel 6.

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

Tabel 5. Post Danmarks priser og rabatter i 2003 i rabatintervallet over XX stk.[...]

....

136. Det ses af tabel 5, at Forbruger-Kontakts tidligere kunder Coop og Super-Best får en nettopris på hhv. XX øre og XX 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 XX, som Forbruger-Kontakts tidligere kunde, får en højere rabat end Post Danmarks egne kunder XX, som begge repræsenterer et langt større antal adresseløse forsendelser end XX. Ses der på rabatten i pct. fås samme resultat, idet både XX og XX er de kunder, som får de største rabatter.

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

138.

Tabel 6. Post Danmarks priser og rabatter i 2003 i rabatintervallet XX stk.[...]

....

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

videre 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 XX en væsentlig højere rabat i pct. end alle de andre selskaber i samme rabatinterval, selvom XX repræsenterer samme mængde som XX. Selv vurderet ud fra Post Danmark's 2004-priser synes XX også at have fået en uforholdsmæssig lav nettopris, hvis der sammenlignes med Post Danmark's hidtidige kunder som XX og XX, 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 XX, 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[...].

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, XX, den såkaldte "vægtningsmodel".

147. Post Danmark har endvidere understreget, hvilke omkostningsbesparelser der efter selskabets opfattelse er forbundet med Coop-aftalen[...]. 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 Danmark's 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 XX forsendelser mere pr. aflevering. Tilbuddet til Coop er ifølge Post Danmark afgivet på grundlag af en beregning af marginalomkostningerne forbundet med den konkrete ordre. XX

148. Post Danmark har endvidere i sit høringssvar sammenlignet hhv. Post Danmark's 2004-priser og Forbruger-Kontakt's 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[...] er Forbruger-Kontakt's konklusion imidlertid, at Post Danmark's selektive prisadfærd udgør misbrug af en dominerende stilling i form af primary-line prisdiskrimination. Endvidere er det Forbruger-Kontakt's 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 Danmark's 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 Danmark's 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[...]. 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-Kontakt's oplysninger, blev Forbruger-Kontakt's 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 Danmark's 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 XX pct. af Forbruger-Kontakts omsætning. Post Danmarks overtagelse af disse kunder skete endvidere på et tidspunkt, hvor Forbruger-Kontakt netop havde opnået en kri-

tisk 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 understregede Retten, at begge virksomheder overtrådte de særlige forpligtelser, som ifølge konkurrencereglerne påhviler virksomheder med dominerende stilling.

157. For så vidt angår Post Danmark's argument om, at selskabet ikke har foretaget selektive prisnedsættelser overfor XX, 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 eksklusiverende 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 iøvrigt 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/elimineringshensigt, 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

.....

Secondary-line prisdiskrimination – Diskrimination mellem konkurrerende kunder

Secondary-line prisdiskrimination

En dominerende virksomheds pris- og rabatsystem kan udgøre et misbrug, hvis den skader kunder til den dominerende virksomhed, som er i indbyrdes konkurrence. Det gælder eksempelvis, hvis Post Danmark tilbyder sammenlignelige kunder forskellige priser, og ikke-sammenlignelige kunder ens priser, og hvis en sådan forskelsbehandling stiller kunderne ulig i deres indbyrdes konkurrence, især hvis selskabet ikke ud fra objektive kriterier kan begrunde sådanne pris- eller rabatforskelle.

.....

Aftaler med urimelig lang løbetid

....

Krydssubsidiering

....

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 XX, 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.

.....

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 XX og XX, der aftager nogenlunde samme mængde, men hvor XX får en væsentlig højere rabat end XX.

202. I medfør af konkurrencelovens § 23 a og § 11, stk. 4, påbyder Konkurrencerådet derfor Post Danmark A/S, at:

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

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

204. Det skal vurderes, om Post Danmark har misbrugt sin dominerende stilling ved at anvende urimeligt lave priser ("predatory pricing"). Høringen har vist, at problemstillingen er kompliceret og forudsætter en mere dybtgående analyse og kvalitetssikring af Post Danmark's omkostningsberegninger. På den baggrund udsættes behandlingen af dette spørgsmål. Spørgsmålet forventes forelagt som en selvstændig sag for Konkurrencerådet snarest.

....."

Konkurrencerådets afgørelse blev påklaget til Konkurrenceankenævnet ved foreløbigt klageskrift af 27. oktober 2004. I klageskriftet anførte Post Danmark blandt andet, at priserne til Netto, Aldi, SuperBest og Spar kan forklares ud fra en såkaldt "simplificeret vægtningsmodel". Ved denne model vægtes omkostningsdeterminanterne antal, vægt, format, modtagergrupper (der dækker over fordelingen mellem land og by og fordelingen mellem omdeling til samtlige husstande og til fritidshuse), omdelingsperioden, omdelingsområde (der dækker over fordelingen mellem hele postnumre og ruter), indleveringssted og frekvens, således at de fire supermarkeder tildeles et antal point for hver af omkostningsdeterminanterne afhængig af det pågældende supermarkeds individuelle forhold med hensyn til omdeling af adresseløse forsendelser. Det højeste antal tildelte point fører så til den laveste pris.

Konkurrenceankenævnets kendelse af 1. juli 2005

Konkurrenceankenævnet stadfæstede Konkurrencerådets afgørelse ved kendelse af 1. juli 2005 med følgende begrundelse:

”....

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.

...”

Som anført i ankenavnets kendelse havde Konkurrencerådet godkendt et tilsagn fra Post Danmark. Om dette tilsagn er anført følgende i ankenavnets kendelse:

”...

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 listepriiser 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, 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.

...”

Post Danmark, Konkurrencerådet og Forbruger-Kontakt afgav argumenterende indlæg i forbindelse med Konkurrenceankenævnets behandling af sagen, hvortil der er henvist under rettens behandling af sagen.

I ankenævnets kendelse er der anført bl.a. følgende om **Post Danmarks** argumentation:

”...

Post Danmark: har videre anført, at Post Danmark ikke indtager en dominerende stilling på det relevante marked

....

Det medgives, at Post Danmarks markedsandel opgjort efter omsætning – isoleret betragtet – taler til støtte for, at selskabet har indtaget en dominerende stil-

ling 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 ..., 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 lighedsgrund sætning 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 mål-rabatter, 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 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, **Vidne 3's** 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

Kendetegnende for 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 indier 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.

....

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 "fir-kantet" 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".

....

Post Danmark har til støtte for en hjemvisning af Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004 anført, at det i Konkurrencerådets afgørelse ikke er til-

strækkeligt 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 standen 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.

...”

I ankenævnets kendelse er der anført bl.a. følgende om **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 opdelt 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 opsigte 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 antalsmæssigt 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 skønsmæssigt 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 objektivt 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 adfærden 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 konkernindelående 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 mu-

lighed 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 – endsi-ge 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 objektive 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 koncernindlåsnings-effekten 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.

...”

I ankenævnets kendelse er der anført bl.a. følgende om **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. stk ved omdeling til samtlige husstande i byområde før tillæg ifølge prislisterne. 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 listeprisen - 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 formålet 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 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.

.....

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 prislister 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 postcentre, 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 midelmængden 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 berettige 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 prislisen et tillæg, hvorfor det er svært at forstå, at denne faktor skulle kunne påberåbes med rette af Post Danmark for rabatgivning i forhold til prislisen.

Skal de adresseløse forsendelser leveres til bestemte modtagergrupper/husstande, påvirker det omkostningerne i klargøringen, distributionen og administrationen. Klargøringsomkostningerne 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 prislisen 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 besparelse 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 prislister 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 prislisen 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.

...”

Under sagens behandling i landsretten er der fremlagt et uddrag af Post Danmarks årsrapport for 2001, hvoraf blandt andet fremgår, at Post Danmark havde en samlet markedsandel på 50 % for adresseløse forsendelser.

Forklaringer

Der er for landsretten afgivet forklaring af **Vidne 1**, **Vidne 2**, **Vidne 3** og **Vidne 4**

Vidne 1 har forklaret blandt andet, at han er direktør for Post Danmark. Fra 2001 gik Post Danmarks markedsandel på markedet for adresseløse forsendelser tilbage med ca. 3 % om året, og samtidig gik antallet af breve tilbage også med ca. 3 % om året. I samme periode voksede Forbruger-Kontakts markedsandel. Forbruger-Kontakt var selskabets eneste reelle konkurrent på markedet. I perioden var markedet generelt i vækst. Post Danmark besluttede derfor at gå ind i markedet for weekendomdeling af adresseløse forsendelser, da de fleste supermarkeds kæder ønsker omdeling i weekenden. I efteråret 2003 indgik selskabet aftale med Spar, SuperBest og Coop. Listepriiser er ikke relevante for så store kunder, for hvem priser fastsættes individuelt. Selv om Post Danmark havde højere priser end Forbruger-Kontakt, kunne selskabet tilbyde en bedre service, og selskabet fik SuperBest som kunde med en pris, der var 7 øre højere pr. tryksag end Forbruger-Kontakts. Aftalen med Coop omfattede de fem kæder Irma, Kvickly, Superbrugsen, Merlin og Fakta, og Coop skulle derfor have omdelt op til fem forsendelser samtidig. Det gav en god ”dropøkonomi”, fordi det reelt koster det samme at aflevere én eller fem forsendelser, og derfor fik Coop en særlig lav pris. Post Danmark havde dengang ikke andre store kunder med omdeling i weekenden. Aftalen med Coop var en rigtig god forretning for Post Danmark. Hvis der havde været indgået separate aftaler med de fem kæder i Coop, ville det ikke have medført større distributionsomkostninger, og dette er den væsentligste del af omkostningerne. Det ville dog have medført højere administrative omkostninger. Coop havde således en central person, med hvem Post Danmark kunne drøfte alle fem kæders produktionsplaner. Coops

produktionsplaner var komplicerede, fordi man ofte kun ønskede omdeling til en del af et postnummer, og det krævede derfor megen dialog. Coops pris var væsentligt højere end Post Danmarks marginalomkostninger. Spars og SuperBests priser svarede til priserne for Post Danmarks øvrige kunder. Spar og SuperBest talte sammen under forhandlingerne, og Spar pressede på for at få samme pris som SuperBest. Prisen til SuperBest er regnet ud efter de syv determinanter, der også indgår i Post Danmarks tilsagn fra 2005 om en ny prissætningsmodel. Den nye prissætningsmodel var til gavn for de små kunder. Af Post Danmarks 19 store kunder, medførte tilsagnet, at 6, heriblandt Netto og SuperBest, fik sat prisen ned, 4, heriblandt Spar, fik sat prisen op, og 9 havde i det væsentlige uændrede priser. I 2007 har Spar og SuperBest igen samme pris, fordi de har lavet et koncernsamarbejde. Fra 2004 var priserne på markedet faldende. I 2007 forsøgte man at sætte prisen for Coop op, og det medførte, at Post Danmark tabte Coop til Forbruger-Kontakt.

Vidne 2 har forklaret blandt andet, at han har været økonomistyringschef i Post Danmark siden 2000. Volumen, herunder især dropøkonomi er den vigtigste faktor for prisen på omdeling af adresseløse forsendelser. Vægt er også væsentligt, fordi der er grænser for, hvor stor en vægt postbudene kan have på cykler m.v.. Det har endvidere betydning, om forsendelserne bliver indleveret et sted, eller om kunden selv fordeler dem til samtlige distributionssteder. Endelig er omdeling i landområder ca. 2- 2 1/2 gange dyrere end omdeling i bymæssig bebyggelse. Omkostningerne vedrørende de adresseløse forsendelser opgøres i overensstemmelse med EU-reglerne som "incremental costs (IC)". Incremental costs er de omkostninger, der ville falde bort, hvis den pågældende aktivitet – her omdeling af adresseløse forsendelser – faldt bort. Omkostningerne ved, at posten går sin rute, medregnes derfor ikke til omkostningerne ved omdeling af adresseløse forsendelser. Hvis posten skal aflevere både et brev og en adresseløs forsendelse, er IC meget lav for den adresseløse forsendelse. Omkostningerne ved omdeling af adresseløse forsendelser faldt med 13 øre pr. forsendelse fra 2003 til 2004 på grund af de store nye kunder. Post Danmark skal have en reservekapacitet på grund af befordringsforpligtelsen. Denne kapacitet kan nyttiggøres ved uddeling af adresseløse forsendelser. Post Danmark besøger gennemsnitligt ¾ af alle husstande hver dag. Lørdag er en lille dag med hensyn til breve. Han var ikke involveret i udregningen af prisen til Coop.

Vidne 3 har forklaret blandt andet, at han var formand for SuperBests bestyrelse indtil 2006. I dag driver han 12 supermarkeder i Vordingborg-området. I årene frem til 2003 havde Forbruger-Kontakt reelt monopol på markedet for omdeling af adresseløse forsen-

delser. De ydede en elendig service, og der var mange klager. Det er afgørende, at supermarkedets reklameavis for den kommende uge bliver uddelt helst om søndagen og ellers så tæt på som muligt, og det kunne Post Danmark ikke tidligere tilbyde. Omdeling om torsdagen er uacceptabelt. I 2003 kunne Post Danmark tilbyde at omdele ca. halvdelen fredag og halvdelen lørdag, og selskabet tilbød en kontrakt, hvor SuperBest fik en relativt kort opsigelsesfrist, mens Post Danmark bandt sig på prisen i 3 år. Post Danmark kunne endvidere tilbyde en bedre service, fordi omdelerne var voksne postbude og ikke børn og unge som hos Forbruger-Kontakt. SuperBest valgte derfor at skifte til Post Danmark, selv om dette selskab var 4-5 øre dyrere end Forbruger-Kontakt. Hvis Post Danmark havde været 10 øre dyrere end Forbruger-Kontakt, havde SuperBest nok ikke valgt at skifte. Der var tale om, at Post Danmark var blevet konkurrencedygtig, ikke at de "dumpede" prisen. Det var SuperBests direktør **Person 1** der forhandlede både med Post Danmark og Forbruger-Kontakt. Han erindrer ikke at have talt med **Vidne 4**

Vidne 4 har forklaret blandt andet, at han er administrerende direktør for Søndagsavisen A/S. Han har været i koncernen siden 1995 og blev direktør for Forbruger-Kontakt i 1996. Forbruger-Kontakt omdeler hver uge ca. 20 mio. tryksager til ca. 2,5 mio. husstande og har ca. 12.000 omdelere, som fortrinsvis er børn og unge. Forbruger-Kontakt kalkulerer sine omkostninger i 1-ører. Da han startede i koncernen, fik han at vide, at Forbruger-Kontakt ikke skulle genere Post Danmark, fordi Post Danmark til enhver tid kunne tage enhver kunde fra selskabet. Tidligere var Post Danmark ikke så interesseret i adresseløse forsendelser og havde derfor kun ca. 50 % af markedet. Der var også en række andre aktører på markedet. Forbruger-Kontakt er derimod helt afhængig af adresseløse forsendelser. Forbruger-Kontakt uddeler Søndagsavisen til ¾ af Danmarks husstande en gang om ugen, men Søndagsavisen udgør kun 5-6 % af koncernens omsætning, så man kan ikke basere en virksomhed på det. Tidligere dækkede Forbruger-Kontakt kun ca. 2 mio. husstande og anvendte Post Danmark som underleverandør ved omdeling til de resterende ¼ mio. husstande på landet. Det var utilfredsstillende, fordi Post Danmark krævede listeprisen, som var over det dobbelte af Forbruger-Kontakts egen pris. Forbruger-Kontakt investerede derfor 250 mio. kr. i nye terminaler og pakkemaskiner og opnåede i slutningen af 2002 at blive landsdækkende for så vidt angår omdeling i weekenden. Investeringerne betød, at selskabet blev noget mere sårbart end tidligere over for nedgang i omsætningen. I efteråret 2003 mistede selskabet 1/3 af deres omsætning, fordi Post Danmark tog 3 af de store kunder. På det tidspunkt var markedet i vækst, og selskabet høstede samtidig en del effektiviseringsgevinster, og selskabets tab blev derfor kun ca. 55 mio. kr. Forbruger-

Kontakt havde en dialog med Coop i forbindelse med, at Coop skiftede til Post Danmark. Det skyldtes, at Post Danmark tilbød en lavere pris, således at Coop fik en besparelse på et tocifret millionbeløb. Han har aldrig talt med **Vidne 3** Det var direktør **Person 1** der forhandlede for SuperBest. Selskabet har ikke efterfølgende kunnet kompensere for de tabte kunder. Fra 2004-2006 faldt indtjeningen med ca. 100 mio. kr. på grund af lavere priser. Forbruger-Kontakt har for nylig fået Netto tilbage som kunde. Det var fordi Post Danmark besluttede, at det måtte Forbruger-Kontakt gerne. Hvis Forbruger-Kontakt ikke havde fået Netto, var selskabet blevet udraderet, fordi Dansk Supermarked havde besluttet, at alle deres kæder skulle bruge samme distributør. Efter hans opfattelse er omkostningerne ved omdeling af adresseløse forsendelser ligefremt proportionalt med antallet. Omdeling af 2 tryksager koster dobbelt meget som omdeling af 1. Det gælder også for Post Danmark, fordi Post Danmark i 80 % af tilfældene også har et brev med.

Procedure

Post Danmark har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med et sammenfattende processkrift, hvoraf fremgår blandt andet:

”...

Generelt om domstolsprøvelsen

Bevisbyrderegel

Ifølge artikel 2 i Rådforordning 1/2003 påhviler bevisbyrden for overtrædelsen af artikel 82 EF "den part eller myndighed, der gør overtrædelsen gældende".

Henset til, at den under nærværende sag prøvede afgørelse er truffet med hjemmel i bl.a. artikel 82 EF, følger det heraf, at Konkurrencerådet ubetinget har bevisbyrden for, (i) at Post Danmark på det for sagen relevante tidspunkt indtog en dominerende stilling, og (ii) at Post Danmarks priser til COOP, SuperBest og Spar har haft karakter af et misbrug i form af selektivt lave priser.

Denne bevisbyrderegel er af væsentlig betydning, idet der modsat bestemt ikke foreligger en tilsvarende klar bevisbyrderegel for så vidt angår prøvelsen af forvaltningsretlige afgørelser truffet med hjemmel i danske lovbestemmelser, jf. eksempelvis.....

Domstolsprøvelsens intensitet

Konkurrencerådet gør gældende, at Landsrettens prøvelse af den indbragte afgørelse skal begrænse sig til en prøvelse af, om afgørelsen "ligger inden for konkurrencereglenes rammer".

Til støtte herfor synes Konkurrencerådet alene at gøre gældende, at Rådet og Konkurrenceankenævnet besidder en særlig sagkundskab, og at afgørelser efter konkurrenceloven i et vist omfang bygger på et skøn.

Post Danmark bestrider naturligvis ikke, at det følger af grundlovens § 63 – og den med hjemmel heri udviklede retspraksis – at der gælder visse begrænsninger i Landsrettens prøvelse af den indbragte afgørelse.

Konkurrencerådets fremstilling af prøvelsesbegrænsningen er dog stærkt forenklet og i et betydeligt omfang misvisende. Retsstillingen kan således retvisende beskrives som følger:

Abstrakte fortolkningsspørgsmål prøves fuldt ud

Det følger af fast retspraksis såvel som ledende juridisk litteratur, at abstrakte fortolkningsspørgsmål – dvs. det nærmere indhold af en given retsregel – fuldt ud prøves af domstolene; uanset om der er tale om forholdsvis præcise eller modsat ret upræcise lovbestemmelser.

.....

Med andre ord prøver domstolene fuldt ud de retlige kriterier for, hvornår dominans kan foreligge, og hvornår selektivt lave priser i givet fald kan udgøre et misbrug af en dominerende stilling.

I nærværende sag taler følgende omstændigheder yderligere til støtte for en fuld prøvelse for så vidt angår nævnte abstrakte fortolkningsspørgsmål:

- *Bevisbyrdereglen i artikel 2 i Rådsforordning 1/2003:* Det vil i det hele være uforeneligt med den i rådsforordning 1/2003 foreskrevne bevisbyrderegel, jf. ovenfor, at antage, at domstolene ikke skal foretage en fuld prøvelse af den indbragte afgørelse.
- *Domstolene har originær kompetence til at anvende konkurrenceloven og EF-Traktatens konkurrenceregler:* Domstolenes originære kompetence til at træffe afgørelse i sager omfattet af konkurrenceloven og EF-traktatens konkurrenceregler, herunder sager vedrørende konkurrencelovens § 11 og artikel 82 EF, taler til støtte for en intensiveret prøvelse,.....
- *Indgrebets indgribende karakter:* Den prøvede afgørelse er af meget indgribende karakter i forhold til Post Danmark, idet afgørelsen har en stor betydning for Post Danmarks prissætning på et væsentligt marked og der i i tillæg hertil – netop som følge af afgørelsen - er rejst et meget betydeligt erstatningskrav over for Post Danmark..... Afgørelsen indgribende karakter taler alt andet lige til støtte for en intensiveret domstolsprøvelse,.....
- *De nationale domstoles centrale rolle ved håndhævelsen af EF-traktatens konkurrenceregler:* I forbindelse med den i 2003 implementerede reform af reglerne om gennemførelse af EF-traktatens konkurrenceregler, jf. Rfo. 1/2003, blev håndhævelsen af reglerne i et betyde-

ligt omfang lagt ud til de nationale konkurrencemyndigheder og de nationale domstole. I Rfo. 1/2003 er – for så vidt angår de nationale domstole - særligt anført, at disse "spiller en afgørende rolle ved anvendelsen af Fællesskabets konkurrenceregler..", jf. betragtning 7 i netop nævnte forordning. Det vil være uforeneligt hermed at antage, at Landsretten i nærværende sag skal undlade tilbundsgående at prøve de retlige kriterier for, hvornår dominans kan foreligge, og hvornår selektivt lave priser i givet fald kan udgøre et misbrug af en dominerende stilling. I denne forbindelse henvises endvidere til Kommissionens meddelelse om samarbejdet mellem Kommissionen og domstolene i EU's medlemsstater om anvendelse af EF-traktatens artikel 81 og 82 (2004/c 101/04), pkt. 2,4, 6 og 8.

- *Hidtidig praksis i konkurrencesager:* Nyere retspraksis i konkurrencesager viser entydigt, at domstolene foretager en vidtgående prøvelse af konkurrencemyndighedernes abstrakte fortolkning, herunder betingelserne for, hvornår en given aftale og en given adfærd retligt kan karakteriseres som henholdsvis en konkurrencebegrænsende aftale og et misbrug af en dominerende stilling.....

Den konkrete subsumption prøves tillige intensivt

Det følger af fast retspraksis såvel som ledende juridisk litteratur, at den konkrete subsumption tillige som udgangspunkt prøves intensivt.....

Dernæst kan henvises til det ovenfor anførte vedrørende bevisbyrdereglen i Rådsforordning 1/2003, domstolenes originære kompetence, indgrebs indgribende karakter, domstolenes centrale rolle ved håndhævelsen af EF-traktatens konkurrenceregler og hidtidig praksis i konkurrencesager.

I tilfælde, hvor den prøvede afgørelse (i) er truffet af en myndighed med særlig ekspertise og stor erfaring, og (ii) den konkrete subsumption er præget af et vist skøn viser praksis dog samtidig, at myndigheden indrømmes en vis margin, førend domstolene tilsidesætter. Nævnte tilbageholdenhed er naturligvis særligt udtalt i tilfælde, hvor myndigheden udøver et egentligt, komplekst skøn, som det skøn Konkurrencerådet har udøvet i predatory pricing sagen (Østre Landsrets 13. afd. sag nr. B-2646-05); dvs. skønnet over hvor mange omkostninger, der på kort og mellemlang sigt (3-5 år) vil falde bort ved et bortfald af produktet adresseløse forsendelser.

Modsat kan nævnte tilbageholdenhed ikke spores for så vidt angår prøvelsen af faktum, der ikke som sådan er forbundet med udøvelsen af et væsentligt skønsmoment.

Overført til nærværende sag følger det heraf, at Landsretten intensivt bør prøve såvel (i) om Post Danmarks priser har været selektivt lave som – i bekræftende fald – (ii) om Konkurrencerådet har lidt af en faktisk vildfarelse for så vidt angår præmisserne for prissætningen, og (iii) om der foreligger en omkostningsmæssig begrundelse for priserne,

Dominans

Det er helt fast antaget, at artikel 82 EF og konkurrencelovens § 11 alene finder anvendelse i forhold til virksomheder, der på tidspunktet hvor en given adfærd praktiseres, allerede indtager en dominerende stilling,

En følge heraf er, at det for nærværende sag alene er afgørende, om Post Danmark i efteråret 2003 indtog en dominerende stilling, idet aftalerne med COOP, SuperBest og Spar som bekendt blev indgået på dette tidspunkt. Med andre ord er Post Danmarks markedsandel i 2004 uden retlig relevans.

Landsretten kan fuldt ud prøve de til dominansspørgsmålet knyttede abstrakte fortolkningsspørgsmål, herunder navnlig spørgsmålet om, hvorvidt det er foreneligt med det til dominanstenen knyttede uafhængighedskrav at antage, at Post Danmark – i lyset af (i) Forbruger-Kontakts og Post Danmarks respektive markedsandele i perioden 2001-2003, (ii) parternes landsdækkende distributionsnet, der i et væsentligt omfang bestod uafhængigt af distribution af adresse-løse forsendelser og (iii) Forbruger-Kontakts enerådende position på weekendsegmentet – indtog en dominerende stilling.

I denne forbindelse bemærkes, at Post Danmarks markedsandele målt efter omfang, allerede som følge af den præcedens, der er skabt med Konkurrencestyrelsens afgørelse af 24. april 2002 om Dansk DistributionsCenter A/S, skal tillægges en betydelig vægt.

Landsretten kan dernæst i et betydeligt omfang prøve den konkrete subsumtion knyttet til vurderingen af, om Post Danmark på baggrund af den abstrakte fortolkning af dominansspørgsmålet kan antages at have kunnet agere uafhængigt på markedet.

Det gøres videre gældende,

- at begrebet dominerende stilling skal forstås som en økonomisk magtposition, som sætter en virksomhed i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet virksomheden kan udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne,
- at Post Danmarks absolutte og relative markedsandele – sammenholdt med konkurrenten Forbruger-Kontakts absolutte og relative markedsandele – i perioden 2001-2003 utvetydigt taler til støtte for, at Post Danmark i 2003 ikke besad en sådan økonomisk magtposition på markedet for distribution af adresseløse forsendelser.
- at Post Danmark og Forbruger-Kontakt i 2003 havde nogenlunde lige store markedsandele målt efter værdi – mens Post Danmark havde en væsentligt mindre markedsandel end Forbruger-Kontakt målt efter omfang – og begge havde et landsdækkende distributionsnet og en betydelig kapitalstyrke, hvorfor markedet i 2003 alene kan beskrives som et udpræget duopol/oligopol, hvori hverken Post Danmark eller Forbruger-Kontakt var i stand til at agere i et betydeligt omfang uafhængigt af hinanden,

- at der ingen eksempler i hidtidig praksis er på, at konkurrencemyndighederne eller domstolene har fundet, at en af duopolets to deltagere er dominerende, idet myndighederne/domstolene i stedet har fokuseret på, om kollektiv dominans måtte foreligge,
- at parternes adfærd – og prissætning – på markedet i øvrigt dokumenterer, at ingen af dem var i stand til at agere uafhængigt, og
- at Konkurrencerådet ikke har løftet bevisbyrden for, at sagens faktum giver grundlag for at antage, at testen for dominans er opfyldt, og
- at den konstaterede mangel ved den prøvede delafgørelse i relation til dominansspørgsmålet er væsentlig og der ikke foreligger såkaldt tertiære momenter, hvorfor afgørelsen skal tilsidesættes som ugyldig.

Misbrug

Landsretten kan som anført ovenfor om domstolsprøvelsens intensitet fuldt ud prøve den konkrete subsumption knyttet til, (i) om Post Danmarks priser har været selektivt lave, og – i bekræftende fald – (ii) om Konkurrencerådet har lidt af en faktisk, og/eller retlig, vildfarelse i forbindelse med vurderingen af Post Danmarks priser til de tre kunder, og (iii) om der foreligger en omkostningsmæssig begrundelse for priserne til de tre kunder.

Såfremt prøvelsen i strid med Post Danmarks vurdering måtte føre til, at priserne har været selektivt lave og ikke-omkostningsmæssigt begrundede, kan Landsretten dernæst fuldt ud prøve den abstrakte fortolkning knyttet til spørgsmålet om, hvorvidt priserne som følge heraf kan karakteriseres som et misbrug.

Til støtte for de nedlagte påstande gøres det gældende,

- at Post Danmarks priser til COOP, SuperBest og Spar ikke har været selektivt lave i forhold til Post Danmarks priser til øvrige eksisterende kunder, og at det allerede som følge heraf er udelukket, at priserne kan have haft karakter af et misbrug,
- at COOPs, SuperBests og Spars begrundelse for at indgå aftale med Post Danmark ikke primært var en særligt lav pris, men derimod primært var utilfredshed med Forbruger-Kontakts service og kvalitet i distributionen,
- at det følger af gældende EU-retspraksis og al foreliggende relevant juridisk litteratur, at selektivt lave priser under alle omstændigheder alene skal betragtes som et misbrug under helt særlige omstændigheder,
- at der ved vurderingen af, om sådanne helt særlige omstændigheder foreligger, vil kunne lægges vægt på, om der kan påvises elimineringshensigt, om der er tale om en "superdominerende" virksomhed, og om der i øvrigt foreligger anden form for ekskluderende misbrug,
- at sådanne helt særlige omstændigheder åbenbart ikke foreligger i nærværende sag, da Post Danmarks indtrængen på weekendsegmentet har

ført til en øget konkurrence på markedet, en forbedret kvalitet, lavere priser og et øget overskud for Post Danmark, *da* Konkurrencerådet udtrykkeligt har fastslået, at Post Danmark ikke har haft elimineringshensigt i forbindelse med overtagelsen af kundeforholdet til COOP, SuperBest og Spar, *da* der er enighed om, at Post Danmark og ForbrugerKontakt på det for sagen relevante tidspunkt, dvs. i efteråret 2003, havde nogenlunde lige store markedsandele målt efter værdi, mens ForbrugerKontakt a-s havde større markedsandel målt efter omfang, hvorfor det ikke forekommer muligt at betegne Post Danmark som "superdominerende", og *da* der ikke i øvrigt er konstateret anden generel ekskluderende adfærd fra Post Danmarks side,

- at der i øvrigt i retspraksis og den ledende juridiske litteratur er fuldt belæg for at antage, at misbrugsformen selektivt lave priser - som "above cost predatory pricing" - er en misbrugsform, der i det hele er beslægtet med misbrugsformen (below cost) predatory pricing, idet de konkurrenceretlige hensyn, der ligger bag henholdsvis selektivt lave priser og below cost predatory pricing, grundlæggende er de samme,
- at det er ubestridt, at Post Danmarks pris til COOP – ifølge Konkurrencerådets beregninger – ikke gav dækning for de gennemsnitlige samlede omkostninger (ATC), men dog som følge af fraværet af elimineringshensigt ikke kunne kvalificeres som et misbrug i form af predatory pricing, mens Post Danmarks priser til SuperBest og Spar – igen ifølge Konkurrencerådets beregninger – gav dækning for ATC og derfor ej heller kunne kvalificeres som et misbrug i form af predatory pricing,
- at det i lyset heraf i det hele er inkonsistent i stedet at betragte priserne til de tre kunder som et misbrug i form af selektivt lave priser; dvs. above cost predatory pricing,
- at Konkurrencerådet ikke har løftet bevisbyrden for, at sagens faktum giver grundlag for at antage, at der har været tale om et misbrug, og
- at den konstaterede mangel ved den prøvede delafgørelse i relation til misbrugsspørgsmålet er væsentlig og der ikke foreligger såkaldt tertiære momenter, hvorfor afgørelsen skal tilsidesættes som ugyldig.

...”

Konkurrencerådet har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med et sammenfattende processkrift, hvoraf fremgår blandt andet:

”....

ANBRINGENDER

1. Konkurrencemyndighedernes afgørelser

Forbruger-Kontakt a-s klagede den 7. oktober 2003 til Konkurrencestyrelsen over Post Danmark A/S' adfærd på markedet for distribution af adresseløse forsendelser i Danmark. Forbruger-Kontakt anførte blandt andet, at Post Danmark havde misbrugt en dominerende stilling på markedet ved at anvende selektive priser og derved havde overtaget tre af Forbruger-Kontakts kunder, Coop, Spar og SuperBest.

I en afgørelse af 29. september 2004 (...) tog Konkurrencerådet stilling til klagen over anvendelse af selektive priser. Rådet fandt, at Post Danmark besad en dominerende stilling på markedet for distribution af adresseløse forsendelser i Danmark. Som det fremgår af afgørelsens pkt. 13 fandt Rådet videre, at Post Danmark havde misbrugt denne dominerende stilling "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".

Post Danmark indbragte Konkurrencerådets afgørelse for Konkurrenceankenævnet. Ved kendelse af 1. juli 2005 (...) stadfæstede Nævnet afgørelsen.

....

Konkurrencemyndighedernes afgørelser er truffet efter EF-traktatens artikel 82 og konkurrencelovens § 11. Bestemmelserne forbyder misbrug af en dominerende stilling på markedet.

2. Prøvelse af konkurrencemyndighedernes afgørelser

Under denne sag har Post Danmark anført, at selskabet ikke på det relevante tidspunkt besad en dominerende stilling på markedet for distribution af adresseløse forsendelser i Danmark, og at selskabet ikke har misbrugt en eventuel dominerende stilling på dette marked.

De for landsretten indbragte afgørelser er truffet af Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet. Den oprindelige sagsbehandling er varetaget af Konkurrencestyrelsen. Både Styrelsen, Rådet og Nævnet besidder særlig viden om konkurrenceforhold og har erfaring med at vurdere blandt andet virksomheders prissystemer.

Under en domstolsprøvelse af konkurrencemyndighedernes afgørelse må det påses, om afgørelsen ligger inden for konkurrencereglernes rammer. Bedømmelsen heraf må baseres på de oplysninger, der forelå på afgørelsestidspunktet. Som følge af konkurrencemyndighedernes særlige kompetence og sammensætning, der sikrer en bred faglig og interesse-mæssig repræsentation, må domstolene være tilbageholdende med at sætte deres eget skøn i stedet for myndighedernes skøn.

3. Dominansvurderingen

3.1 Fastlæggelsen af det relevante marked

Konkurrencemyndighederne har fastlagt det relevante marked som markedet for distribution af adresseløse forsendelser og lokal- og regionalaviser i Danmark. Post Danmark har accepteret denne markedsafgrænsning.

Post Danmark har dog argumenteret for, at markedet må opdeles i et "hverdagssegment" og et "weekendsegment". Post Danmark har endvidere anført, at der kan identificeres et særligt "segment" for adresseløse forsendelser udsendt af supermarkeder. Betragtningerne om disse særlige segmenter af markedet har intet faktisk grundlag. Udpegning af særlige "segmenter" af et marked kan endvidere ikke påvirke den konkurrenceretlige bedømmelse af sagen.

3.2 Post Danmarks stilling på markedet

Ved bedømmelsen af Post Danmarks stilling på markedet har konkurrencemyndighederne lagt vægt på en helhedsvurdering, hvori indgår Post Danmarks betydelige markedsandel og meget stærke stilling på markedet.

Ved bedømmelsen af Post Danmarks position på markedet må der for det første ses på selskabets markedsandel. Af betydning er navnlig markedsandelen opgjort efter omsætning. Selskabets markedsandel opgjort efter omsætning var [...] % i 2001, [...] % i 2002, [...] % i 2003 og [...] % i 2004. Opgjort efter mængde var markedsandelen [...] % i 2001, [...] % i 2002, [...] % i 2003 og [...] % i 2004. Sådanne markedsandele udgør en indikation for en dominerende stilling.

Forbruger-Kontakt, som er Post Danmarks væsentligste konkurrent, havde i årene fra 2001 til 2004 en markedsandel (målt efter omsætning) på henholdsvis [15-25%], [25-35%], [35-45%] og [25-35%]. En række mindre virksomheder havde i samme periode samlede markedsandele (målt efter omsætning) på [30-40%], [20-30%], [10-20%] og [10-20%]. Også forholdet mellem Post Danmarks markedsandele og konkurrenternes markedsandele taler for, at Post Danmark besad en dominerende stilling på markedet.

For det andet må der ved bedømmelsen af Post Danmarks stilling på markedet lægges særlig vægt på markedets strukturelle forhold. Post Danmarks virksomhed består i ydelser omfattet af eneret, ydelser omfattet af befordringspligt og konkurrenceudsatte ydelser (herunder omdeling af adresseløse forsendelser). Som følge af eneretten og befordringspligten råder selskabet over et landsdækkende distributionsnet for forsendelser. Opbygning og opretholdelse af et egentligt landsdækkende distributionsnet er særdeles bekosteligt. Post Danmark er i kraft af sin retlige særstilling sikret kritisk masse i sit distributionsnet. Post Danmarks distributionsnet, der skal indeholde en vis kapacitetsreserve, kan anvendes også til distribution af adresseløse forsendelser.

Post Danmarks landsdækkende distributionsnet er oprettet for at kunne opfylde den offentligt pålagte befordringspligt og er finansieret ved indtægterne fra en af det offentlige ydet eneret. Distributionsnettet står imidlertid til rådighed også

for distribution af adresseløse forsendelser. Da opretholdelsen af Post Danmarks distributionssystem finansieres ved indtægterne fra eneretten, kan selskabet prissætte sine ydelser på markedet for distribution af adresseløse forsendelser uden at inddrage de omkostninger, der er forbundet med at etablere og opretholde det landsdækkende distributionsnet. Når Post Danmark agerer på konkurrenceområdet, skal selskabet i sin prissætning alene medregne de omkostninger, der ville falde bort inden for 3-5 år, hvis selskabet ophørte med den konkurrenceudsatte aktivitet.

Post Danmark har en årlig omsætning på over 11 mia. kr. og råder over et stærkt varemærke.

De nævnte strukturelle forhold gør, at Post Danmark i væsentligt omfang kan handle uafhængigt af sine konkurrenter på distributionsmarkedet. Andre distributører af adresseløse forsendelser må – i modsætning til Post Danmark – finansiere etableringen og opretholdelsen af et distributionsnet ved indtægter fra omdeling af adresseløse forsendelser (eller andre forsendelser, der ikke omfattes af Post Danmarks eneret). Som anført af Konkurrenceankenævnet besidder Post Danmark således en "enestående position" på markedet.

Post Danmark har anført, at Forbruger-Kontakt som følge af omdelingen af Søndagsavisen ligeledes er sikret kritisk masse i sit distributionssystem. Dette synspunkt kan ikke tiltrædes. Søndagsavisen giver ikke i sig selv grundlag for at etablere og opretholde et landsdækkende distributionsnet. For at kunne opretholde sit distributionsnet er Forbruger-Kontakt afhængig af at uddele adresseløse forsendelser for eksterne kunder. Tabet af kunderne Coop, Super-Best og Spar til Post Danmark betød, at Forbruger-Kontakt mistede [25-35%] af sin omsætning. Det må anses for givet, at tab af yderligere store kunder for Forbruger-Kontakt ville indebære en nærliggende risiko for, at selskabet måtte opgive sit landsdækkende distributionsnet.

Efter en samlet bedømmelse af oplysningerne om Post Danmarks markedsposition fandt konkurrencemyndighederne, at selskabet besad en dominerende stilling på markedet. Den dominerende stilling bestod i både 2003 og 2004. Der er ikke grundlag for at tilsidesætte denne vurdering.

4. Misbrugsvurderingen

4.1 Misbrug af en dominerende stilling ved anvendelse af selektive priser

Konkurrencelovens § 11 forbyder misbrug af en dominerende stilling på markedet. EF-traktaten indeholder i artikel 82 et tilsvarende forbud.

En dominerende virksomheds anvendelse af selektive priser, der ikke er omkostningsmæssigt begrundede, kan være udtryk for et misbrug af den dominerende stilling, jf. EF-domstolens dom i Compagnie Maritime Belge-sagen. EF-domstolens lagde navnlig vægt på, at angivelsen af misbrugsformer i artikel 82 ikke er udtømmende, at hvis en virksomhed med en dominerende stilling styrker denne stilling, kan der være tale om et misbrug af den dominerende stilling, at den dominerende virksomheds særlige forpligtelser skal vurderes under hensyn til de særlige omstændigheder i den enkelte sag, der kunne vise en svæk-

kelse af konkurrencen, *at* de selektive priser i den konkrete sag var udvist af en gruppe virksomheder, der sammen havde en markedsandel på mere end 90% og kun havde én konkurrent, og *at* gruppen af virksomheder ”i øvrigt” ikke havde bestridt, at de havde til hensigt at fortrænge konkurrenten fra markedet.

Post Danmark har gjort gældende, at selektive priser kun i helt ekstraordinære tilfælde er omfattet af forbuddet mod misbrug af dominerende stilling. Selskabet har anført, at dette kun er tilfældet, *hvis* den dominerende virksomhed har en tilnærmedesvis monopollignende stilling på markedet, *hvis* der foreligger bevis for en egentlig elimineringshensigt, og *hvis* der foreligger en loyalitetsbinding i forhold til kunder, der har fået tilbudt selektivt lave priser.

Dommen i Compagnie Maritime Belge-sagen giver ikke grundlag for Post Danmarks opfattelse. Det følger af dommen, at en dominerende virksomheds anvendelse af selektive priser i lyset af de konkrete forhold på det relevante marked kan udgøre et misbrug af den dominerende stilling.

Der er således i gældende praksis intet, der er til hinder for, at konkurrencemyndighederne kan finde, at der er tale om et misbrug af dominerende stilling, når Post Danmark, under hensyntagen til selskabets særlige stilling på markedet for adresseløse forsendelser, gennem selektive prisnedsættelser overtager tre af Forbruger-Kontakts største kunder og herigennem fordrejer konkurrencen på markedet. Tværtimod må de særlige forpligtelser, der påhviler Post Danmark som dominerende virksomhed, fastlægges på baggrund af de særlige forhold i den konkrete sag.

4.2 Post Danmarks anvendelse af selektive priser

Post Danmark fastlagde priser og rabatter for kunder uden en produktionsplan med udgangspunkt i et listeprissystem. Større kunder aftalte oftest en produktionsplan med Post Danmark og opnåede betydelige rabatter i forhold til listeprisen. Rabatterne til disse større kunder var som udgangspunkt afhængige af antallet af forsendelser.

De priser, som Post Danmark i 2003 tilbød Forbruger-Kontakts kunder Coop, SuperBest og Spar var lavere end de priser, selskabet tilbød sine eksisterende kunder.

Post Danmark tilbød Coop en nettopris pr. forsendelse på [...] øre gældende for 2004. Selskabet tilbød SuperBest en nettopris på [...] øre. Coop og SuperBest ville begge befinde sig i Post Danmarks højeste rabatsegment for storkunder med over 30 mio. årlige forsendelser. Sammenlignes de tilbudte priser med priserne til Post Danmarks største kunder i 2003 (dvs. på tidspunktet for aftaleindgåelsen) fremgår det blandt andet, at Coop og SuperBest fik væsentligt lavere priser end eksisterende kunder med en sammenlignelig mængde forsendelser og langt de højeste rabatter i forhold til listeprisen.

Eksempelvis var Coops gennemsnitlige nettopris pr. forsendelse [...] øre lavere end [...] i 2004, selv om Coops listepris var [...] øre højere end [...]. Tilsvarende var SuperBests gennemsnitlige nettopris pr. forsendelse [...] øre lavere end [...] i 2004, selv om SuperBests listepris var [...] øre højere end [...]. SuperBests gennemsnitlige nettopriser pr. forsendelse var også lavere end [...] og

[...] i 2004, selv om de hver især repræsenterede op mod [...] % flere adresse-løse forsendelser, og selv om SuperBests listepriis var henholdsvis [...] og [...] øre højere end [...] og [...].

Post Danmark tilbød i 2003 Spar en nettopris på [...] øre pr. forsendelse gældende for 2004. Spar befandt sig i segmentet 10-30 mio. årlige forsendelser. Sammenlignes den tilbudte pris med priserne til de øvrige kunder i samme rabatsegment i 2003 fremgår det, at Spar betalte den laveste nettopris i segmentet. Også Spar fik væsentligt lavere priser end eksisterende kunder i samme segment og langt den højeste rabat i forhold til listepriisen i 2004.

Eksempelvis var Spars nettopris pr. forsendelse [...] øre mindre end [...] i 2004, selv om Spar kun skulle have omdelt en tredjedel af [...] eksemplarer, og selv om Spars listepriis var [...] øre højere end [...].

4.3 Fraværet af omkostningsmæssig begrundelse for prisforskellene

Post Danmark har anført, at priserne tilbudt Coop, SuperBest og Spar var omkostningsmæssigt begrundede. Argumentationen herom er imidlertid ikke nærmere underbygget. Post Danmark har ... erkendt, at selskabets pris- og rabatsystem i 2003 ikke kunne begrunde prissætningen over for enkeltkunder. Bevisbyrden for, at priserne var omkostningsbegrundede, påhviler efter fast praksis Post Danmark.

Særligt om prisen tilbudt Coop har Post Danmark anført, at denne pris var begrundet i en forbedret "drop-økonomi", idet der i gennemsnit ville kunne omdeles fire forsendelser mere pr. aflevering.

Hertil bemærkes, at Post Danmarks generelle pris- og rabatsystem ikke indeholdt et kriterium om "drop-økonomi" på tidspunktet for afgivelsen af tilbuddet til Coop. Tilbuddet var ifølge Post Danmark afgivet på grundlag af marginalomkostningerne forbundet med den konkrete ordre. Kriteriet om "drop-økonomi" er således baseret på en marginal betragtning, der synes særligt indrettet på at tilgodese Coop. Det er – i det mindste i en sag som den foreliggende – ikke tilladt at behandle "sidst ankomne" kunder selektivt bedre end andre sammenlignelige kunder, der også med deres bidrag til den samlede mængde adresseløse forsendelser er med til at skabe stordriftsfordelene.

Dertil kommer, at der også for andre kunder end Coop kunne opnås forbedret "drop-økonomi", hvilket imidlertid ikke ville føre til rabat efter Post Danmarks prissystem. For ikke at have selektiv karakter, måtte kriteriet om forbedret "drop-økonomi" i det mindste indgå som et generelt element i Post Danmarks pris- og rabatsystem således, at kriteriet ville indgå i prissætningen også over for andre kunder end Coop.

Post Danmark har heller ikke i øvrigt dokumentet, at de tilbudte priser til de tre nye kunder var omkostningsmæssigt begrundede.

4.4 Samlet misbrugsvurdering

På grundlag af de forhold, der er sammenfattet ovenfor, fandt konkurrencemyndighederne, at Post Danmarks priser til Coop, SuperBest og Spar var selektivt lave. De lave priser var ikke omkostningsmæssigt begrundede.

De selektive priser blev anvendt over for tre væsentlige kunder hos Forbruger-Kontakt. Som den eneste anden landsdækkende distributør var Forbruger-Kontakt Post Danmarks væsentligste konkurrent. Den selektive prissætning var egnet til at have en ekskluderende effekt på markedet, hvilket er tilstrækkeligt til at konstatere et misbrug. Post Danmarks prissætningen indebar faktisk, at Forbruger-Kontakt måtte afgive Coop, SuperBest og Spar som kunder og derved mistede [25-35%] af sin omsætning. Konkurrencen på markedet blev herved fordrejet væsentligt.

Post Danmarks anvendelse af selektive priser skete på et marked, der i forvejen var præget af selskabets enestående position med befordringspligt, eneret og et fuldt finansieret, landsdækkende distributionsnet, der kunne anvendes til distribution af adresseløse forsendelser. De særlige forpligtelser, der påhviler Post Danmark som dominerende virksomhed, må fastlægges i lyset heraf samt i lyset af Forbruger-Kontakts strukturelt betingede sårbarhed over for tab af sine største kunder til Post Danmark.

Efter en samlet vurdering af disse forhold fandt Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet, at de selektive priser udgjorde et misbrug af Post Danmarks dominerende stilling. Der er ikke grundlag for at tilsidesætte denne vurdering.

...”

Forbruger-Kontakt har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med et sammenfattende processkrift. I processkriftet har Forbruger-Kontakt hovedsagelig tilsluttet sig de af Konkurrencerådet anførte anbringender og har herudover bl.a. gjort følgende gældende:

”...

PDK har indirekte anerkendt, at COOP, SuperBest og Spar modtog selektivt lave priser, idet PDK ikke har anket den del af Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004 som fastslog, at PDK havde misbrugt sin dominerende stilling ved at diskriminere mellem kunder i samme situation.

PDK's anke af Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004 vedrører udelukkende spørgsmålet, om PDK har misbrugt sin dominerende stilling ved at anvende forskellige priser over for PDK's egne kunder og FK's tidligere kunder, hvilket er afgørelsens punkt 13.

Afgørelsens punkt 14, hvor Konkurrencerådet fastslog, at PDK havde misbrugt sin dominerende stilling ved i aftaler med ”XX” at anvende loyalitetsskabende målrabatter, er ikke anket af PDK og er således, jf. konkurrencelovens § 20, stk. 3, endelig.

Afgørelsens punkt 15, hvor Konkurrencerådet fastslog, at PDK havde misbrugt sin dominerende stilling ved at stille kunder i samme situation forskelligt, for så vidt angår priser og rabatter, er ligeledes ikke anket af PDK og er således, jf. konkurrencelovens § 20, stk. 3, endelig.

PDK har dermed ikke bestridt, at PDK anvendte forskellige priser over for ens kunder eller samme priser over for forskellige kunder, uden at disse priser kunne omkostningsmæssigt begrundes.

Eftersom det er de samme priser, der har været diskriminerende og selektive, medfører PDK's accept af Konkurrencerådets afgørelse vedrørende diskrimination (pkt. 15), at PDK indirekte accepterer, at priserne også har været selektive, i det omfang der blev diskrimineret mellem PDK's egne kunder og FK's tidligere kunder. Selvom disse oplysninger stadig er ekstraheret i sagen, er det FK's opfattelse, at PDK netop diskriminerede mellem PDK's egne kunder og FK's kunder, og dermed at PDK også har accepteret, at priserne og rabatterne havde en selektiv karakter.

...”

Rettens begrundelse og resultat

Dominerende stilling

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

Ved afgørelsen af, om Post Danmark i 2003 og 2004 indtog en dominerende stilling på dette marked, må der lægges vægt på Post Danmarks markedsandel. Det fremgår af Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (97/C 372/03) pkt. 55, at ”både afsætningsens omfang og værdi giver nyttige oplysninger”, men at når ”det drejer sig om differentierede produkter, vil afsætningen opgjort i værdi og markedsandelen i denne forbindelse normalt blive anset for bedre at afspejle de enkelte leverandørers relative stilling og styrke”. Distribution af adresseløse forsendelser må anses for en differentieret ydelse, idet navnlig forsendelsernes vægt, format og omdelingssteder varierer betydeligt. Landsretten kan derfor tiltræde konkurrencemyndighedernes vurdering af, at Post Danmarks markedsandel skal opgøres ud fra omsætningen forstået som afsætningsens værdi. Det kan ikke føre til andet resultat, at Konkurrentestyrelsen i sin afgørelse af 24. april 2002 om etablering af Dansk Distributionscenter A/S opgjorde parternes markedsandele på baggrund af antallet af distribuerede enheder,

idet det må lægges til grund, at årsagen hertil var, at styrelsen vurderede, at det i det konkrete tilfælde ikke var muligt at få tilstrækkeligt pålidelige omsætningstal, jf. punkt 88 i Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004.

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

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

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

Selektivt lave priser

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

Post Danmarks aftaler med Coop, SuperBest og Spar blev indgået i 2003, og aftalernes påvirkning af konkurrencen indtrådte derfor på dette tidspunkt. Landsretten kan derfor tiltræde, at der ved vurderingen af, om priserne er selektivt lave, må lægges vægt på en sammenligning med Post Danmarks priser til de øvrige kunder i 2003.

Coop

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

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

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

SuperBest og Spar

Både Spar og SuperBest opnåede en væsentligt højere rabat i forhold til listepriisen end de konkurrerende supermarkeder Aldi og Netto, der i forvejen var kunder hos Post Danmark. SuperBests nettopris var lavere end prisen for Netto, uagtet at Netto havde et betydeligt større volumen. Tilsvarende lå Spars nettopris væsentligt under gennemsnittet for kunderne i 10-30 mio. kr. segmentet. Disse forskelle kan ikke forklares med den af Post Danmark opstillede såkaldte simplificerede vægtningsmodel og stemmer dårligt overens med økonomistyringschef Vidne 2's forklaring om, at volumen er den væsentligste faktor for økonomien.

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

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

Misbrug

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

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

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

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

Der er herefter ikke grundlag for at tage de af Post Danmark nedlagte påstande til følge, og Konkurrencerådet frifindes derfor.

Post Danmark skal i sagsomkostninger inden nedennævnte frists udløb betale 300.000 kr. til Konkurrencerådet til dækning af rådets udgifter til advokatbistand. Retten har ved beløbs fastsættelse bl.a. lagt vægt på, at sagen, der er blevet hovedforhandlet over adskillige retsdage, har været omfattende og vanskelig, og at der under sagens forberedelse har været særskilt skriftveksling om en række spørgsmål, herunder om forelæggelse af spørgsmål for EF-domstolen. Sagsomkostningsbeløbet omfatter også rådets udgifter til tillægsekstrakt og supplerende materialesamling.

Der findes ikke at foreligge sådanne særlige omstændigheder, at der er grundlag for at tillægge biintervenienten sagsomkostninger.

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

Konkurrencerådet frifindes.

I sagsomkostninger skal Post Danmark A/S inden 14 dage betale 300.000 kr. til Konkurrencerådet.

(Sign.)

Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsrets kontor, den 21/12-07