

UDSKRIFT
AF
HØJESTERETS DOMBOG

HØJESTERETS DOM
afsagt fredag den 15. februar 2013

Sag 2/2008

(2. afdeling)

Post Danmark A/S

(advokat Søren Zinck)

mod

Konkurrencerådet

(advokat Olaf Koktvedgaard)

Biintervenient til støtte for Konkurrencerådet: Forbruger-Kontakt a-s

(advokat Peter Stig Jakobsen)

I tidligere instans er afsagt dom af Østre Landsrets 13. afdeling den 21. december 2007.

I pådømmelsen har deltaget ni dommere: Per Walsøe, Poul Søgaard, Jytte Scharling, Marianne Højgaard Pedersen, Poul Dahl Jensen, Jens Peter Christensen, Henrik Waaben, Lars Hjortnæs og Oliver Talevski.

Påstande

Appellanten, Post Danmark A/S, har nedlagt følgende påstande:

- 1) Punkt 13 i Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004, som stadfæstet ved Konkurrenceankenævnets kendelse af 1. juli 2005, ophæves.
- 2) Konkurrencerådet skal anerkende, at Post Danmark A/S 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 Danmark A/S' egne kunder og Forbruger-Kontakt a-s' 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.

Indstævnte, Konkurrencerådet, har påstået stadfæstelse.

Supplerende sagsfremstilling

Også for Højesteret har der været udarbejdet såvel en fortrolig som en ikke-fortrolig version af ekstrakten, hvor biintervenienten alene har haft den ikke-fortrolige version.

Post Danmarks og Forbruger-Kontakts markedsandele

Det fremgår af sagen, at Post Danmarks markedsandele på markedet for adresseløse forsendelser mv. opgjort efter omsætning udgjorde 47 % i 2001, 47 % i 2002, 44 % i 2003 og 55 % i 2004.

Post Danmarks markedsandele opgjort efter mængde udgjorde 37 % i 2001, 34 % i 2002, 33 % i 2003 og 48 % i 2004.

Forbruger-Kontakts markedsandele opgjort efter omsætning udgjorde 15-25 % i 2001, 25-35 % i 2002, 35-45 % i 2003 og 25-35 % i 2004. Markedsandelene er alene oplyst som intervaller.

Afgørelsen vedrørende spørgsmålet om urimeligt lave priser (predatory pricing)

Konkurrencerådet traf den 24. november 2004 afgørelse vedrørende spørgsmålet om urimeligt lave priser (predatory pricing). Rådet fandt, at Post Danmark ikke havde anvendt urimeligt lave priser i 2003 og 2004, jf. konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens artikel 82. Det hedder i rådets afgørelse bl.a.:

”6. Klagen over urimeligt lave priser (”predatory pricing”) blev ikke forelagt til behandling på rådsmødet den 29. september, idet problemstillingen om urimeligt lave priser (”predatory pricing”) beror på en mere dybtgående analyse. Behandlingen af dette spørgsmål blev derfor udsat, og forelægges hermed for Konkurrencerådet.

7. Forbruger-Kontakt har klaget over, at Post Danmark i sine kontrakter med storkunder som XX opererer med priser, som er lavere end hhv. Post Danmarks gennemsnitlige totale omkostninger og gennemsnitlige variable omkostninger samt de produktspecifikke meromkostninger.

8. Vurderingen af om Post Danmark har misbrugt sin dominerende stilling ved at anvende urimeligt lave priser, jf. forbudet i artikel 82, stk. 1, litra a, og i konkurrencelovens § 11, stk. 1, tager udgangspunkt i fællesskabets retspraksis, jf. Deutsche Post-afgørelsen. Det fremgår af denne afgørelse, at en postvirksomhed som Post Danmark, som har en befordringspligt og samtidig udbyder andre tjenester i fri konkurrence, er under-

lagt en omkostningstest, der er baseret på de produktspecifikke omkostninger (IC), dvs. at prisen skal overstige de gennemsnitlige produktspecifikke omkostninger (AIC).

9. Beregning af AIC rummer selvsagt en vis usikkerhed, men når Post Danmarks konkurrenceregnskab lægges til grund finder Konkurrencerådet, at der bør foretages en række justeringer af Post Danmarks opgørelse. Det skyldes efter rådets vurdering, at Post Danmark ikke i tilstrækkeligt omfang medregner omkostninger, som selskabet har henført til de befordringspligtige produkter. Efter rådets vurdering bør AIC for adresseløse således korrigeres for omkostninger, der kan falde bort inden for en periode på 3-5 år og som vedrører både befordringspligtige og adresseløse forsendelser. Det gælder fx samtransport og sambesøg med både befordringspligtige og adresseløse forsendelser.

10. Endvidere finder Konkurrencerådet, at der bør foretages en række korrektioner i AIC, så fælles faste og variable omkostninger, som Post Danmark ikke finder er inkrementelle, i højere grad indregnes i AIC for adresseløse. Konkurrencestyrelsens opgørelse af AIC afviger således fra Post Danmarks AIC baseret på selskabets konkurrenceregnskab for adresseløse, idet AIC efter styrelsens beregning er XX øre højere i 2003 og XX øre højere i 2004 end efter Post Danmarks beregning. Konkurrencerådets konklusion er derfor, at konkurrenceregnskabet, som opstillet af Post Danmark, ikke kan lægges til grund uden væsentlige korrektioner.

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

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

13. De fremlagte beregninger af AIC rummer selvsagt en vis usikkerhed. Det forhold, at det af styrelsen beregnede AIC for 2003 ligger XX/stk. over Post Danmarks laveste pris til nogle enkelte kunder er således utilstrækkeligt til at fastslå, at Post Danmark har anvendt urimeligt lave priser. Det skal også indgå, at det skønnede AIC er prisen på en ”gennemsnitlig” adresseløs forsendelse, og at der er en betydelig variation i omkostningerne til disse, bl.a. afhængig af disses vægt.

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

15. Den laveste nettopris i en del enkeltkundeforhold ligger under ATC i begge perioder. Det kan være problematisk, såfremt det drejer sig om mange og store kunder, og

der samtidig kan konstateres elimineringshensigt. For så vidt angår spørgsmålet om elimineringshensigt, så har rådet inddraget en række elementer i denne vurdering, herunder de af Forbruger-Kontakt fremlagte indicier, og de af Post Danmark fremlagte strategiplaner, bestyrelsesmødereferater og direktionsmødereferater for 2000-2004. Ud fra en samlet vurdering af disse elementer, er det rådets opfattelse, at der ikke kan påvises elimineringshensigt i den betragtede periode.

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

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

18. Da AIC for 2004 imidlertid kun er baseret regnskabstal for 1. halvår 2004, vil Konkurrencerådet anmode Post Danmark om den endelige beregning af AIC for 2004, når de endelige regnskabstal herfor foreligger, senest 1. april 2005.

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

...

Afgørelse

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

23. Da Post Danmarks laveste priser efter Konkurrencerådets vurdering fortsat ligger tæt på AIC, vil rådet foretage en ny vurdering af Post Danmarks prissætning, når der foreligger regnskabstal for 2. halvår 2004 og dermed for hele 2004. Konkurrencestyrelsen vil derfor i medfør af konkurrencelovens § 17 anmode Post Danmark om hurtigst muligt, og senest den 1. april 2005, at tilvejebringe alle de oplysninger, der er nødvendige for at foretage denne nye vurdering.

24. I forbindelse med vurderingen af AIC for 2004 vil Konkurrencestyrelsen desuden anmode Post Danmark om at fremlægge alle nødvendige oplysninger, herunder tidsstudier og oplysninger, der kan belyse tidsbesparelsen ved sambesøg med adresseløse forsendelser og befordringspligtige produkter ved bortfald af adresseløse forsendelser.

...

Vurdering

...

Deutsche Post afgørelsen

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

AIC-testen

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

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

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

Derfor skal de produktspecifikke omkostninger ikke belastes med de generelle omkostninger til reservekapaciteten, som opstår som følge af befordringspligten. AIC inddrager

derfor kun alle faste og variable omkostninger, som alene opstår ved at producere den enkelte konkurrenceudsatte tjeneste.

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

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

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

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

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

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

120. Det er vanskeligt at udlede noget entydigt af de foreliggende EU-domme vedrørende emnet for så vidt angår bevisbyrden, dvs. hvilke elementer der bør lægges til grund ved vurderingen af, om der i en given sag foreligger elimineringshensigt. Det skyldes, at konklusionerne om elimineringshensigt i disse EU-domme ofte er baseret på

flere elementer og hviler på et individuelt og særdeles konkret grundlag i hver enkelt dom. Ifølge EU-praksis lægges der bl.a. og navnlig vægt på varigheden, uforanderligheden og størrelsen af eventuelt tabsgivende salg.

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

122. Det er Konkurrencestyrelsens vurdering, at det er relevant at anvende en ATC-test, hvis der kan påvises en elimineringshensigt. Dette er drøftet med Kommissionen. Det er desuden styrelsens vurdering, at forholdet mellem priserne og ATC er relevant ved en vurdering af spørgsmålet om statsstøtte og krydssubsidiering. Det bemærkes, at Post Danmark har understreget, at selskabet også finder, at AIC er den relevante test for så vidt angår vurdering af statsstøtte.

Parternes synspunkter vedrørende valg af omkostningstest

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

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

125. Efter Konkurrencestyrelsens vurdering er det først relevant at anvende en ATC-test, hvis der kan påvises en elimineringshensigt. Dette er drøftet med Kommissionen.

Vurdering af elimineringshensigt

...

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

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

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

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

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

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

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

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

137. Konkurrencestyrelsen er enig med Forbruger-Kontakt i, at spørgsmålet om elimineringshensigt må vurderes på en anden måde i den foreliggende sag end i de fleste andre sager om lave priser (predation). I den foreliggende sag er der således tale om, at

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

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

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

Opgørelse af AIC og ATC

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

141. Ifølge gældende postdirektiver og nationale regler skal Post Danmark lave særskilte regnskaber for følgende hovedkategorier: 1) eneretsområdet, 2) befordringspligt med konkurrence og 3) det rene konkurrenceområde uden eneret og befordringspligt. Under disse hovedkategorier skal Post Danmark endvidere udarbejde særskilte delregnskaber for de særskilte forretningsområder, hvilket Post Danmark allerede udfører i dag på grundlag af de gældende nationale regler herom, jf. omtale heraf i afsnittene under overskriften "Forholdet til anden regulering".

142. Som nævnt stilles der ifølge Postdirektivets artikel 14 krav om adskilte regnskabsopgørelser for den befordringspligtige virksomheds regnskaber. Som supplement til regnskabsføringen efter årsregnskabsloven udarbejder Post Danmark derfor på basis af Trafikministeriets regnskabsreglement interne produktøkonomiregnskaber for hvert regnskabsår. De overordnede principper herfor har Trafikministeriet forelagt Kommissionen. Post Danmark skal redegøre for virksomhedens indtægter, omkostninger og dækningsbidrag for tre hovedområder (eneret, befordringspligt med konkurrence og konkurrence uden befordringspligt) opdelt på selskabets 16 produkter. Produktøkonomiregnskabet opererer med arts- og funktionsopdelte omkostninger og udarbejdes efter

”fuldkost-fordelingsmetoden” for indtægter og udgifter, dvs. at der foretages en fordeling på de enkelte ydelser/produkter af alle indtægter og omkostninger, som ud fra en driftsøkonomisk gennemsnitsbetragtning vedrører den relevante ydelse. Som led i Trafikministeriets tilsyn med Post Danmark skal opgørelserne godkendes af to eksterne revisionsfirmaer udpeget af Trafikministeriet. På baggrund af disse regnskaber kan Post Danmark blandt andet beregne ATC efter fuldkost fordelingsmetoden.

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

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

...

Post Danmark's beregning af AIC og ATC

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

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

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

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

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

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

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

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

De enkelte hovedposter i Post Danmarks konkurrenceregnskab for adresseløse forsendelser

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

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

XXX

Produktspecifikke logistikomkostninger

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

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

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

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

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

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

Henførbare fællesomkostninger

Fælles variable omkostninger

159. Fællesomkostninger er ifølge Post Danmark omkostninger, som ikke vil falde bort ved ændringer i sammensætningen af produkter, og derfor ifølge selskabet ikke betragtes som produktspecifikke. For så vidt angår fællesomkostninger for en gruppe produkter, så kan de opdeles i variable fællesomkostninger og fælles kapacitetsomkostninger. Med henvisning til DPAG afgørelsen mener Post Danmark, at fælles variable omkostninger rent definatorisk ikke bør indregnes i de produktspecifikke omkostninger for det enkelte produkt, idet selskabet ikke mener, at nogen af disse fælles variable omkostninger bortfalder, hvis adresseløse forsendelser bortfalder.

160. For så vidt angår de fælles variable omkostninger, så dækker de fx arbejds løn i forbindelse med transport med flere typer produkter eller distribution ved besøg af husholdninger med flere forskellige konkurrenceprodukter, Langt hovedparten af de fælles vari-

able omkostninger udgøres af distributionsomkostninger. Ifølge Post Danmark falder sambesøg med flere konkurrenceprodukter ikke væk, selv om det adresseløse produkt falder bort. Det skyldes ifølge selskabet, at disse aktiviteter alligevel skal foretages for at transportere eller omdele de øvrige konkurrenceprodukter. Øvrige konkurrenceprodukter kan fx være lokalaviser eller andre typer som eksempelvis postordrebrev og pakker under konkurrence. Det ses af tabel 2, at de fælles variable omkostninger er forholdsvis XX sammenlignet med de produktspecifikke variable omkostninger, hvilket har flere årsager. Den første årsag er, at fx fælles distributionsomkostninger i form af eksempelvis løn til postbudet for tid ved stop fra ruten ind til én husstand med fælles omdeling af både ét adresseret brev og én adresseløs, ikke indgår i konkurrenceregnskabet for adresseløse forsendelser. Det skyldes, at de adresserede breve netop er omfattet af selskabets befordringspligt og omkostningerne ved de nævnte fælles omdelinger henføres som inkrementelle omkostninger til konkurrenceregnskabet for det befordringspligtige produkt, dvs. konkurrenceregnskabet for adresserede breve. Den anden årsag er, at de adresseløse forsendelser udgør en XX andel af de konkurrenceprodukter, som faktisk distribueres, således at de adresseløse forsendelser repræsenterer en XX andel af besøg uden befordringspligtige produkter. Konkurrencestyrelsen er uenig i Post Danmarks synspunkt om, at de fælles variable omkostninger, der vedrører adresseløse forsendelser, ikke falder væk ved bortfald af de adresseløse forsendelser, jf. Konkurrencestyrelsens nedenstående beregning af AIC og ATC.

Fælles kapacitetslogistikomkostninger

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

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

Fælles salgs- og administrationsomkostninger

163. En del af de henførbare fællesomkostninger er salgs- og administrationsomkostninger, der udgøres af omkostningerne til Post Danmarks salgsorganisation, dvs. de servicecentre, som varetager salgs- og markedsføringsopgaver, personaleadministration, regnskab, kundeservice samt centrale IT-omkostninger. Ifølge Post Danmark XX. Salgs- og administrationsomkostningerne er ifølge Post Danmark hovedsageligt at betragte som faste kapacitetsomkostninger. I forlængelse heraf anfører Post Danmark, at løn til salgsmedarbejdere, som beskæftiger sig med årlige storkundeaftaler for så vidt angår adresseløse, kun udgør en forsvindende lille del af de samlede udgifter til løn til salgspersonale, og at man måske maksimalt ville kunne spare XX pr. år, hvis adresseløse forsendelser bortfaldt.

Ikke-henførbare fællesomkostninger og finans

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

...

Konkurrencestyrelsens beregning af AIC og ATC

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

197. Post Danmark erkender altså, at der kan finde en tids- og omkostningsbesparelse sted ved sambesøg med beforderingspligtige produkter og adresseløse forsendelser, men anfører i tillæg hertil, at man også bør korrigere den af selskabet anførte besparelse ved solobesøg med adresseløse forsendelser. I de omkostninger til solobesøg med adresseløse forsendelser, som Post Danmark har henregnet til produktspecifikke omkostninger for adresseløse forsendelser, indgår ifølge selskabets oplysninger også rutetid, der ifølge selskabet ikke reduceres ved bortfald af adresseløse forsendelser. Den af Post Danmark beregnede IC bør derfor efter Post Danmarks mening korrigeres ned med XX kr. i 2003 og XX kr. i 2004 (hele året). Som kontrol har styrelsen konstateret at disse tal også nogenlunde svarer til XX af summen af linjerne 10-12 i konkurrenceregnskabet, der omfatter postbuddets udetid ved solobesøg med adresseløse forsendelser. Styrelsen accepterer derfor Post Danmarks korrektion for den uændrede rutetid, der udløser en reduktion af AIC med hhv. XX og XX pr. stk. i 2003 og 1. halvår 2004.

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

199. I konkurrenceregnskabet for adresseløse forsendelser indgår alene omkostninger, som er fælles for de forskellige konkurrenceprodukter. Det betyder, at argumentet om, at fx fælles kapacitetslogistikomkostninger ikke kan falde bort, fordi de er dimensioneret efter beforderingspligten, ikke er holdbart, når der ses på disse poster i konkurrenceregnskabet for adresseløse forsendelser. Det samme gælder salgs- og administrationsomkostningerne. Desuden udgør disse fælles omkostningstal, som de optræder i konkurrenceregnskabet for de adresseløse forsendelser, udelukkende den andel af de samlede

fælles omkostninger, som ud fra Post Danmarks egne studier og fordelingsnøgler kan henregnes til adresseløse forsendelser. Disse to forhold er i sig selv et argument for at inddrage disse omkostninger i en korrekt opgørelse af IC og AIC for adresseløse forsendelser.

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

Tabel 4. Konkurrencestyrelsens beregning af AIC for adresseløse forsendelser.

XXX

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

202. For så vidt angår de fælles henførbare kapacitetslogistikomkostninger, så udgøres disse af de adresseløse forsendelsers brug af arealer i bygninger og af volumen i biler, samt afskrivninger på biler og bygninger, der anvendes til opbevaring, klargøring og transport af konkurrenceprodukter. Det vil sige omkostninger til bygninger i form af rampeplads og budstuer (m^2), hvor adresseløse forsendelser klargøres med andre konkurrenceprodukter, og udgifter til vognparken i form af biler, der anvendes til depotkørsel af flere konkurrenceprodukter. Idet de adresseløse forsendelser udgør et stort volumen af konkurrenceprodukterne, må de adresseløse forsendelser antages at være dimensionerende for disse fælles omkostninger, og det er derfor ikke realistisk, at Post Danmark ikke kan reducere disse omkostninger ved bortfald af de adresseløse. Konkurrencestyrelsen skønner derfor, at disse fælles henførbare kapacitetslogistikomkostninger i en vis udstrækning vil kunne reduceres over en 3-5-årig periode, men finder omvendt også, at disse omkostninger på grund af deres faste karakter ikke fuldstændig kan falde væk indenfor denne tidsperiode. Styrelsen havde i første omgang indregnet 50 % af de henførbare logistikomkostninger (fælles mellem adresseløse og andre konkurrencepro-

dukter, især lokalaviser) i AIC. Efter en fornyet gennemgang af regnskabsmaterialet er det imidlertid styrelsens vurdering, at (mindst) 75 % bør indregnes. Det skyldes, at en fuld indregning (100 %) ville svare til en fuldkostfordeling mellem adresseløse og andre lokalaviser. Hvis analysen var foretaget for adresseløse og lokalaviser under ét, og de to kategorier blev slået sammen, ville det være naturligt at forudsætte en fuldkostfordeling. I så fald ville resultatet også være konsistent med, hvis der efterfølgende skulle foretages en AIC-beregning for lokalaviser. Når der alligevel ikke indregnes 100 %, men kun 75 %, er det fordi nogle af kapacitetslogistikomkostningerne, selv på 3-5 års sigt må vurderes at være så faste, at de ikke ville være mulige at fjerne – eller nyttiggøre i anden sammenhæng – inden for en sådan tidshorisont. De fælles henførbare kapacitetslogistikomkostninger vurderes at bidrage til AIC med hhv. XX og XX pr. stk. for 2003 og 1. halvår 2004.

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

204. De fælles henførbare salgs- og administrationsomkostninger udgør ifølge Post Danmark fælles omkostninger for flere konkurrenceprodukter i selskabets salgsorganisation (salg, markedsføring, personaleadministration, regnskab, kundeservice og centrale IT-løsninger), hovedsageligt dog salgs- og markedsføringsomkostninger. Styrelsen mener, at salgs- og markedsføringsomkostninger som udgangspunkt er variable, og at Post Danmark som følge heraf vil have mulighed for at reducere dem betydeligt inden for en 3-5-årig periode, hvis adresseløse forsendelser bortfalder. Konkurrencestyrelsen anser de fælles salgs- og administrationsomkostninger for at være inkrementelle, og har i en tidligere høringsudgave lagt til grund, at 75 % af disse omkostninger kunne betragtes som inkrementelle. Efter en fornyet vurdering på baggrund af de indkomne høringssvar er det imidlertid styrelsens vurdering, at alle omkostningerne bør betragtes som inkrementelle. Styrelsen har derfor valgt at medregne samtlige salgs- og administrationsomkostninger, dvs. XX og XX/stk. i 2003 og 1. halvår af 2004. Til støtte for at inddrage salgs- og administrationsomkostningerne i IC og AIC taler også, at Post Danmarks nøgle for fordeling af salgs- og administrationsomkostninger efter styrelsens bedømmelse undervurderer salgs- og markedsføringsomkostningernes betydning for konkurrenceprodukter og dermed også for adresseløse forsendelser. Det adresseløse område er således kendt ved en meget aktiv markedsføringsindsats fra såvel Post Danmark som Forbruger-Kontakts side.

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

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

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

Post Danmarks priser

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

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

XXX

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

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

XXX

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

Samlet vurdering

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

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

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

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

XXX

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

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

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

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

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

Konklusion

219. Det er Konkurrencerådets vurdering, at det relevante marked er markedet for distribution af adresseløse forsendelser og lokal- og regional aviser i Danmark, jf. Rådets

afgørelse af 24. april 2002 vedr. etablering af Dansk Distributionscenter A/S. På dette marked indtager Post Danmark en dominerende stilling.

220. Vurderingen af om Post Danmark har misbrugt sin dominerende stilling ved at anvende urimeligt lave priser, jf. forbudet i artikel 82, stk. 1, litra a, og i konkurrencelovens § 11, stk. 1, tager udgangspunkt i fællesskabets retspraksis, jf. Deutsche Post-afgørelsen. Det fremgår af denne afgørelse, at en postvirksomhed som Post Danmark, som har en befordringspligt og samtidig udbyder andre tjenester i fri konkurrence, er underlagt en omkostningstest, der er baseret på de inkrementelle omkostninger (IC), dvs. at prisen skal overstige de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger (AIC).

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

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

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

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

225. De fremlagte beregninger af AIC rummer selvsagt en vis usikkerhed. Selvom det af styrelsen beregnede AIC i 2003 ligger ca. XX øre/stk. over den laveste nettopris for

enkelte kunder, så taler usikkerheden i beregningerne for, at det ikke kan konkluderes, at Post Danmark har anvendt for lave priser. Dertil kommer, at AIC er et udtryk for de gennemsnitlige, marginale omkostninger på 3-5 års sigt ved en "gennemsnitsydelse". Ydelserne varierer imidlertid i omkostninger efter bla. vægt, regularitet, omfang (landsdækkende eller lokal omdeling osv.). De ydelser, der har lavest pris, belaster Post Danmark med færre omkostninger end en "gennemsnitlig" ydelse."

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

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

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

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

230. Da AIC for 2004 imidlertid kun er baseret på ikke-reviderede regnskabstal for 1. halvår 2004, vil Konkurrencestyrelsen derfor i medfør af konkurrencelovens §17 anmode Post Danmark om beregning af AIC for 2004, når validerede regnskabstal herfor foreligger, senest 1. april 2005. Konkurrencestyrelsen vil endvidere drøfte med Post Danmark, hvordan der kan tilvejebringes regnskabsprincipper, der sikrer, at konkurrenceprodukterne omkostningsdækkes på en retvisende måde.

231. I forbindelse med vurderingen af AIC for 2004 vil Konkurrencestyrelsen desuden anmode Post Danmark om at fremlægge alle nødvendige oplysninger, herunder tidsstudier og oplysninger, der kan belyse tidsbesparelsen ved sambesøg med adresseløse forsendelser og befordringspligtige produkter ved bortfald af adresseløse forsendelser."

Forbruger-Kontakt indbragte Konkurrencerådets afgørelse for Konkurrenceankenævnet, som ved sin kendelse af 1. juli 2005 stadfæstede afgørelsen med følgende begrundelse:

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

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

Forbruger-Kontakt indbragte Konkurrenceankenævnets kendelse for landsretten, men hævdede sagen inden hovedforhandlingen, således at afgørelsen om urimeligt lave priser er endelig.

Post Danmarks tilsagn om ny prisstruktur

På et rådsmøde den 23. februar 2005 godkendte Konkurrencerådet Post Danmarks tilsagn om en ny prisstruktur. Det hedder i rådets afgørelse herom bl.a.:

”2. Påbuddet vedrørende Post Danmarks priser og rabatter skulle have været efterkommet af selskabet med virkning fra 1. januar 2005.

3. Der blev herefter indledt forhandlinger mellem Post Danmark og Konkurrencestyrelsen om en ny prisstruktur med henblik på selskabets opfyldelse af påbudet. Uanset disse forhandlinger valgte Post Danmark den 27. oktober 2004 at indbringe Rådets afgørelse af 29. september 2004 for Konkurrenceankenævnet...

4. Konkurrenceankenævnet tillagde den 8. december 2004 Post Danmarks klage opsættende virkning frem til den mundtlige behandling af sagen den 11. januar 2005. Under ankenævnets mundtlige behandling af klagen den 11. januar 2005 besluttede Ankenævnet at tillægge Post Danmarks anke fortsat opsættende virkning, indtil nævnet træffer kendelse i selve sagen, hvilket tidligst kan ske efter nævnets møde den 5. april 2005. På dette møde vil ankenævnet desuden behandle den af Forbruger-Kontakt indbragte klage over Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2004, hvor Rådet fandt, at Post Danmark ikke havde misbrugt sin dominerende stilling til at fastsætte urimeligt lave priser (predatory pricing).

5. I mellemtiden har Post Danmark og Konkurrencestyrelsen drøftet, hvorledes selskabet kan imødekomme de betænkeligheder, som Konkurrencerådet har haft til Post Danmarks prissætning. Drøftelserne har ledt til, at Post Danmark har afgivet tilsagn, jf.

konkurrencelovens § 16a, stk.1, til en ny prisstruktur for adresseløse forsendelser til kunder med mere end 0,5 mio. forsendelser pr. år. Tilsagnet vil være gældende fra 1. juni 2005 og til 31. december 2006. Post Danmark har tilkendegivet, at tilsagnet vil gælde uanset udfaldet af Ankenævnets afgørelse i den af Post Danmark indbragte klagesag.

6. Post Danmarks tilsagn er i et og alt afgivet uafhængigt af den ved Konkurrenceankenævnet verserende sag ... og er således ikke på nogen måde udtryk for, at Post Danmark har 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.

7. Tilsagnsmodellen kan sammenfattes 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).

8. 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 opnås en bedre sammenhæng med Post Danmarks listepriser for de helt små kunder.

9. Ligebehandlingen sikres yderligere ved, at de samme kriterier, der gælder for koncerner med hensyn til kvantums- og frekvenstillæg udstrækkes til at gælde konkurrenter og indkøbsforeninger, når de opfylder tilsvarende forretningsbetingelser som gælder for koncerner. Post Danmark har således accepteret, at indkøbsforeninger såvel som konkurrenter har ret til at få uddelt adresseløse forsendelser efter de samme vilkår som andre storkunder. Styrelsen tillægger dette stor betydning.

10. Tilsagnet sikrer således de-facto adgang for konkurrenter, dvs. at konkurrenter til enhver tid kan opnå mindst de samme priser og vilkår, som gælder for andre kunder af adresseløse forsendelser. Det betyder, at også i den situation, hvor konkurrenter ikke kan opretholde en landsdækkende distribution, så kan konkurrenter omdele adresseløse forsendelser i dele af Danmark og bruge Post Danmark som underleverandør for den resterende del. Derved opretholdes et betydeligt konkurrencepres på Post Danmark også i en tænkt situation, hvor Post Danmark måtte blive den eneste landsdækkende distributør.

11. Tilsagnet om, at indkøbsforeninger kan opnå status som en kunde betyder, at Post Danmark også i fremtiden vil være nødt til at lade de storkundefordele, store virksomheder og koncerner får, være omkostningsbegrundede. I modsat fald ville Post Danmark ellers imødesee et tab ved, at kunder i større omfang slår sig sammen.

12. På den baggrund finder styrelsen, at tilsagnet imødekommer de betænkeligheder, som lå til grund for rådets afgørelse af 29. september 2004, og tilsagnet forelægges hermed for rådet. Hermed anses påbuddet i rådets afgørelse af 29. september 2004 for opfyldt med afgivelsen af det bindende tilsagn.

Afgørelse

13. Det meddeles Post Danmark, at de af selskabet afgivne tilsagn gøres bindende, jf. konkurrencelovens § 16a, stk. 1. Tilsagnet sættes i kraft straks og gælder frem til 31. december 2006. Prissætningsmodellen skal være implementeret for alle kunder senest den 1. juni 2005.”

Post Danmark havde i forbindelse med tilsagnet udarbejdet konsekvensberegninger af tilsagnet. Konsekvensberegningerne indebar bl.a., at prisen til Coop ville stige i forhold til prisen for første halvdel af 2004. Prisen til en række af de andre store kunder hos Post Danmark ville derimod falde.

Præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen

Ved forelæggelsesbeslutning af 27. april 2010 stillede Højesteret EU-Domstolen følgende to spørgsmål vedrørende fortolkningen af EF-traktatens artikel 82 (nu artikel 102 i TEUF):

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

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

I forbindelse med sagens behandling stillede EU-Domstolen procesdeltagerne følgende spørgsmål til skriftlig besvarelse:

- ”1. Hvad er – i situationer som den i hovedsagen omhandlede – betydningen af tilstedeværelsen af ”fællesomkostninger”?
2. Er det alene de omkostningskategorier, der nævnes i de præjudicielle spørgsmål, der kan tages i betragtning med henblik på anvendelse af et ”pris-omkostnings”kriterium i situationer, som den i hovedsagen omhandlede?
3. Hvilken betydning vil den omstændighed have – i situationer, som den i hovedsagen omhandlede – at en del af det omhandlede marked er karakteriseret ved udbud og/ eller individuelle forhandlinger?”

Til den danske regering:

4. Hvad dækker begreberne ”gennemsnitlige samlede omkostninger” og ”gennemsnitlige inkrementelle omkostninger”, således som disse begreber er anvendt i hovedsagen?”

Den danske regering besvarede spørgsmålene ved et processkrift af 11. februar 2011. Det hedder heri bl.a.:

”1. Overordnede bemærkninger til de stillede spørgsmål

...

4. I afgørelsen om selektive og diskriminerende priser (hovedsagen) vurderede Konkurrencerådet blandt andet, om Post Danmarks selektivt lave priser over for Forbruger-Kontakts 3 største kunder (Coop, Spar og SuperBest) var udtryk for en forskelsbehandling af Post Danmarks egne kunder, der ikke kunne begrundes omkostningsmæssigt. Det indgik ikke i vurderingen, om priserne absolut set lå over eller under bestemte omkostningstærskler, og der blev derfor heller ikke foretaget særlige omkostningsberegninger i denne sag. Post Danmarks gennemsnitlige samlede omkostninger (ATC) og gennemsnitlige inkrementelle omkostninger (AIC) blev først opgjort i den efterfølgende afgørelse om urimeligt lave priser.

...

5. I afgørelsen om urimeligt lave priser beregnede Konkurrencerådet Post Danmarks omkostninger i henhold til principperne i Deutsche Post-sagen.

Kommissionen havde i Deutsche Post-sagen fundet, at den test baseret på gennemsnitlige variable og totale omkostninger, som blev anvendt i AKZO-dommen, ikke var den bedst egnede til at identificere urimeligt lave priser for en virksomhed, som var aktiv både på et konkurrenceudsat og et ikke-konkurrenceudsat område. Kommissionen anvendte i stedet omkostningsbegrebet ”gennemsnitlige inkrementelle omkostninger” (AIC).

Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet fandt i afgørelsen om urimeligt lave priser, at Post Danmarks gennemsnitlige priser lå over de gennemsnitlige samlede omkostninger (ATC) i 2003 og 2004, og at Post Danmarks laveste nettopriser lå på niveau med AIC for 6 enkeltkunder i 2003 og én enkeltkunde i 2004. Det blev endvidere i afgørelsen lagt til grund, at Post Danmark ikke havde haft elimineringshensigt. Det blev derfor, under henvisning til AKZO-dommen, konkluderet, at der ikke forelå misbrug af dominerende stilling i form af urimeligt lave priser. Denne afgørelse blev ikke indbragt for domstolene og er således endelig.

6. For Højesteret har Post Danmark gjort flere anbringender gældende, for det første vedrørende dominansvurderingen, for det andet vedrørende den omkostningsmæssige begrundelse for de selektive priser, og for det tredje det netop nævnte anbringende vedrørende elimineringshensigt.

Højesteret har reelt ved formuleringen af sine spørgsmål lagt til grund, at der alene kunne foreligge tvivl om den EU-retlige vurdering af det tredje anbringende vedrørende elimineringshensigt.

Den foreliggende sag nødvendiggør derfor ikke, at omkostningsberegningen foretaget i sagen om urimeligt lave priser tages op igen.

7. Regeringen har dog forståelse for, at Domstolen kan have en bredere interesse i dette aspekt af sagen for at forstå baggrunden for det stillede spørgsmål og Post Danmarks konkurrenceretlige adfærd.

Som nærmere forklaret nedenfor er der i den foreliggende sag store fællesomkostninger mellem den dominerende virksomheds aktiviteter omfattet af befordringspligten og dens konkurrenceudsatte aktiviteter med omdeling af adresseløse forsendelser. Endvidere indregnes de store faste udgifter til opretholdelse af den infrastruktur, der er opbygget af hensyn til befordringspligten, ikke i Post Danmarks omkostninger til omdeling af adresseløse forsendelser.

I en sådan sag er det regeringens opfattelse, at en omkostningsbaseret vurdering baseret på AKZO-dommen, selv i modificeret form, ikke er egnet som målestok for, hvornår en dominerende virksomheds prisadfærd er egnet til at virke markedsafskærmende, i det mindste i en sådan situation bør bedømmelsen af, om en dominerende virksomheds selektive og diskriminerende priser udgør misbrug af den dominerende stilling, ske ud fra en konkret vurdering af prisadfærdens egnethed til at skade konkurrencestrukturen. Videre er det regeringens opfattelse, at vurderingen – selv hvis der kunne laves en retvisende omkostningsopgørelse – skal ske i et dynamisk perspektiv, da også konkurrenter, der fra starten måtte være mindre effektive, vil kunne udøve et konkurrencemæssigt pres på den dominerende virksomhed.

8. Regeringen er af Domstolen blevet bedt om at besvare 4 spørgsmål. Regeringen finder det formålstjenligt først at besvare det fjerde spørgsmål.

2. Det fjerde spørgsmål

”Hvad dækker begreberne ”gennemsnitlige samlede omkostninger” og ”gennemsnitlige inkrementelle omkostninger” således som disse begreber er anvendt i hovedsagen?

Som forklaret i de overordnede bemærkninger er begreberne gennemsnitlige samlede omkostninger (ATC) og gennemsnitlige inkrementelle omkostninger (AIC) kun inddraget efterfølgende af Post Danmark i hovedsagen i kraft af en henvisning til sagen om urimeligt lave priser.

Konkurrencerådet fastlagde i sin afgørelse om urimeligt lave priser de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger (AIC) med udgangspunkt i principperne i Kommissionens afgørelse i Deutsche Post-sagen, dvs. som de omkostninger, der skønnedes at falde bort på kort eller mellemlang sigt (3-5 år), hvis Post Danmarks aktivitet med distribution af adresseløse forsendelser faldt bort.

Videre blev de gennemsnitlige samlede omkostninger (ATC) opgjort som AIC med tillæg af en skønsmæssigt fastsat andel af Post Danmarks fællesomkostninger til aktiviteter uden befordringspligt.

Konkurrencerådets nærmere opgørelse af AIC og ATC for adresseløse forsendelser tog udgangspunkt i Post Danmarks konkurrenceregnskab. Dette regnskab var udarbejdet af Post Danmark på baggrund af Deutsche Post-afgørelsen. Konkurrenceregnskabet var opdelt i følgende tre hovedområder:

- Eneretsområder med befordringspligt

- Befordringspligt med konkurrence (konkurrenceudsat område med befordringspligt)
- Konkurrenceudsat område uden befordringspligt, der bl.a. omfattede en underområde for adresseløse forsendelser

Konkurrencerådet foretog en nøje vurdering af, om konkurrenceregnskabet i lyset af principperne i Deutsche Post-sagen gav et retvisende mål for virksomhedens omkostninger ved distribution af adresseløse forsendelser.

Post Danmark havde under udarbejdelsen af konkurrenceregnskabet måttet foretage en række skøn over fordelingen af omkostninger mellem, hvad der var inkrementelle omkostninger ved distribution af adresseløse forsendelser, og hvad der ikke skulle henføres til AIC for adresseløse forsendelser. Tilsvarende byggede Konkurrencerådets vurdering af regnskabet også på en række skøn.

Det var konkurrencerådets vurdering, at det af Post Danmark opstillede konkurrenceregnskab på en række punkter ikke gav et retvisende billede af, hvilke omkostninger der ville falde bort over en periode på 3-5 år, hvis Post Danmark ophørte med at omdele adresseløse forsendelser. Konkurrencerådet foretog derfor en række korrektioner i konkurrenceregnskabet, korrektioner der alle – med en enkelt undtagelse – førte til et højere AIC (og dermed også højere ATC).

Samlet set medførte Konkurrencerådets korrektioner af AIC for adresseløse forsendelser, at AIC for 2003 blev forhøjet med 50-60 % i forhold til Post Danmarks konkurrenceregnskab, samt at AIC for 1. halvår 2004 blev forhøjet med 30-40 % i forhold til konkurrenceregnskabet. ATC for adresseløse forsendelser blev også korrigeret som følge heraf.

De foretagne korrektioner faldt i to grupper: For det første blev der foretaget korrektion af den overordnede fordeling af omkostninger mellem det befordringspligtige område og området for distribution af adresseløse forsendelser. For det andet foretog Konkurrencerådet korrektioner, der skyldtes, at Konkurrencerådet vurderede, at en større andel af de fællesomkostninger, der var henført til området for adresseløse forsendelser, ville falde bort inden for 3-5 år, end det blev lagt til grund i Post Danmarks regnskab.

Korrektionerne er beskrevet nærmere umiddelbart nedenfor i svaret på det første spørgsmål.

3. Det første spørgsmål

”Hvad er – i situationer som den i hovedsagens omhandlede – betydningen af tilstedeværelsen af ”fællesomkostninger”?

Begrebet ”fællesomkostninger” var i Post Danmarks regnskaber defineret som ”omkostninger, der er fælles for nogle produkter, men ikke nødvendigvis for alle produkter”.

Konkurrencerådet fandt i sin afgørelse om urimeligt lave priser, at en del af de fællesomkostninger, der af Post Danmark var allokeret til de befordringspligtige aktiviteter, skulle omallokeres til de adresseløse forsendelser. Baggrunden var, at de adresseløse forsendelser også trak på de fælles ressourcer i Post Danmarks distributionsnetværk i form af samtransport, sambesøg (distribution) og depottid ved sambesøg.

Efter Konkurrencerådets vurdering kunne Post Danmarks fællesomkostninger på det befordringspligtige område (inklusive eneretsområdet) således reduceres over en tidshorison på 3-5 år, hvis Post Danmark ophørte med at distribuere adresseløse forsendelser. Denne korrektion øgede AIC og ATC for adresseløse forsendelser.

Videre fandt Konkurrencerådet, at de fælles variable omkostninger for ikke-befordringspligtige aktiviteter, som i Post Danmarks konkurrenceregnskab var allokeret som variable omkostninger for adresseløse forsendelser, skulle omallokeres til AIC for adresseløse forsendelser, da omkostningerne kunne falde bort over en periode på 3-5 år ved ophør af distributionen af adresseløse forsendelser. Disse fælles variable omkostninger var især drevet af de adresseløse forsendelser, fordi disse forsendelser udgjorde hovedparten af de ikke-befordringspligtige forsendelser.

Herudover fandt Rådet, at en del af de omkostninger, der af Post Danmark var allokeret til fællesomkostninger for de konkurrenceudsatte aktiviteter uden befordringspligt, skulle omallokeres til AIC for adresseløse forsendelser.

Konkurrencerådet fandt således, at en del af de fælles omkostninger for ikke-befordringspligtige aktiviteter (f.eks. faste omkostninger til bygninger, inventar m.v.), som i Post Danmarks konkurrenceregnskab var allokeret som faste omkostninger for adresseløse forsendelser, skulle omallokeres til AIC for adresseløse forsendelser, da omkostningerne kunne falde bort over en periode på 3-5 år ved ophør af distribution af adresseløse forsendelser.

Konkurrencerådet foretog således tids- og ressourcekrævende omallokeringer af fællesomkostninger mellem befordringspligtområdet (inklusive eneretsområdet) og adresseløse forsendelser samt omallokering af omkostninger inden for området for adresseløse forsendelser. Omallokeringerne beroede på komplekse og prospektive økonomiske skøn over udviklingen de næste 3-5 år, hvis distributionen af adresseløse forsendelser bortfaldt; skøn der i sagens natur er forbundet med en usikkerhed.

I Deutsche Post-sagen blev postydelserne, der var omfattet af eneret og befordringspligt (pligtig reservekapacitet), i vidt omfang udført ved hjælp af en infrastruktur, som var adskilt fra den infrastruktur, der blev anvendt til konkurrenceudsatte ydelser. Det var derfor nemmere i Deutsche Post-sagen at afgøre hvilke omkostninger, der direkte var en følge af eneretten og befordringspligten.

Til forskel herfra benyttede Post Danmark i sagen vedrørende Post Danmarks urimeligt lave priser i vidt omfang samme infrastruktur (eksempelvis omdeling og transport af befordringspligtige og adresseløse forsendelser på samme tid) til distribution af de relevante befordringspligtige produkter og adresseløse forsendelser.

Denne forskel mellem Post Danmarks sag om urimeligt lave priser og Deutsche Post-sagen indebærer, at Konkurrencerådets omkostningsallokering blev vanskeligere og i videre omfang måtte bero på skøn end Kommissionens i Deutsche Post-sagen. Konkurrencerådet fandt, at der kun i begrænset omfang var tilstrækkelig sikkerhed for, at omkostninger, der var fælles for det befordringspligtige område og adresseløse forsendelser, ville falde bort. Det førte til, at de omkostninger, der kunne henføres til AIC for adresseløse forsendelser, var forholdsvist begrænsende. I stedet forblev en forholdsvist stor del af omkostningerne til Post Danmarks distributionsnet fortsat allokeret til fællesomkostningerne på det befordringspligtige område.

Det er i lyset heraf regeringens opfattelse, at en omkostningsbaseret test, der indebærer allokering af fællesomkostninger efter et ”falde bort”- princip, får Post Danmark til at fremstå kunstigt effektiv uden for det befordringspligtige område.

En omkostningsbaseret test efter et ”falde bort”-princip giver anledning til særlige vanskeligheder vedrørende pligtig reservekapacitet. Til brug for de befordringspligtige forsendelser var Post Danmark forpligtet til og blev blandt andet via eneretten betalt for at sikre en reservekapacitet i distributionsnettet. Som en pligtig ydelse blev omkostningerne herved i det hele henført til det befordringspligtige område. Selskabet anvendte en del af denne reservekapacitet til distribution af adresseløse forsendelser. Det indebar en række stordrifts- og flerproduktionsfordele, også på området for adresseløse forsendelser. Eksempelvis kunne postbude omdele adresseløse forsendelser sammen med befordringspligtig post. I modsætning hertil var Forbruger-Kontakt strukturelt sårbar. Forbruger-Kontakt kunne kun opretholde den fornødne infrastruktur, så længe virksomheden i tilstrækkeligt omfang kunne tiltrække og fastholde kunderne.

4. *Det andet spørgsmål*

”Er det alene de omkostningskategorier, der nævnes i de præjudicielle spørgsmål, der kan tages i betragtning med henblik på anvendelse af et ”pris-omkostnings”-kriterium i situationer, som den i hovedsagen omhandlede?”

De omkostningskategorier, som blev anvendt i den parallelle sag om urimeligt lave priser, er efter regeringens opfattelse ikke egnede til at indgå i en vurdering af, om de selektive og diskriminerende priser i den foreliggende sag er udtryk for misbrug af dominerende stilling.

Selektive og diskriminerende priser, hvor forskelsbehandlingen af kunderne ikke kan begrundes omkostningsmæssig, bør efter regeringens opfattelse bedømmes ud fra en konkret vurdering af adfærdens egnethed til at skade konkurrencestrukturen. Bedømmelsen kan ikke hensigtsmæssigt baseres på, om priserne absolut set ligger over eller under bestemte omkostningstærskler.”

Forbruger-Kontakt besvarede spørgsmålene i et processkrift af 14. februar 2011, hvori det hedder bl.a.:

”c) Post Danmark A/S’ allokering af ”fællesomkostninger” mellem det befordringspligtige område og det ikke-befordringspligtige område (som adresseløse er en del af) har stor betydning for opgørelsen af omkostningerne relateret til adresseløse forsendelser.

Men ”fællesomkostninger” har naturligvis stor betydning i konkurrencen mellem Post Danmark A/S og Forbruger-Kontakt a-s og derved også for forståelsen af de forudsætninger, som der er lagt i spørgsmål 1 (”prisnedsættelse til et niveau lavere end postvirksomhedens gennemsnitlige samlede omkostninger, men over virksomhedens inkrementelle omkostninger”). Dette har sammenhæng med Post Danmark A/S’ status som befordringspligtig virksomhed i Danmark. I lyset heraf og ud fra det faktiske forhold, at Post Danmark A/S er en multiydelsesvirksomhed, kan omkostninger for Post Danmark

A/S ikke opgøres, uden at i hvert fald en væsentlig del af omkostningerne indledningsvist skal fordeles på de forskellige produktområder, herunder adresseløse forsendelser.

Post Danmark A/S håndterer de adresseløse forsendelser i de samme lokaler, som Post Danmark A/S også anvender til håndtering af andre forsendelsestyper. Den væsentligste omkostning i forbindelse med distribution af adresseløse forsendelser er imidlertid selve omdelingen. Post Danmark A/S anvender de samme postbude, som også omdeler de befordringspligtige produkter og øvrige produkter til også at omdele adresseløse forsendelser. Der er samlet set tale om betydelige omkostninger i Post Danmark A/S.

Post Danmark A/S anvender imidlertid en model for fordeling af omkostninger, der er fælles for de befordringspligtige produkter og for de ikke-befordringspligtige produkter (som adresseløse forsendelser er en del af), hvorefter fællesomkostninger udelukkende henføres til de befordringspligtige produkter, hvis de befordringspligtige produkter trækker på disse omkostninger/ressourcer, mens ingen omkostninger allokeres til de ikke-befordringspligtige produkter. Omkostninger, der er fælles mellem befordringspligtige produkter og de ikke-befordringspligtige produkter, indgår herefter slet ikke i omkostningerne for de ikke-befordringspligtige produkter. I ATC for adresseløse forsendelser indgår dermed udelukkende de "fællesomkostninger", der er fælles for flere ikke-befordringspligtige produkter. På baggrund heraf finder Post Danmark A/S selv at kunne opgøre sine omkostninger på ikke-befordringspligtige produktområder til et meget lavt niveau.

Som oplyst i forelæggelsesbeslutningen behandlede Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet i Danmark tillige spørgsmålet, om Post Danmark A/S' adfærd var udtryk for predatory pricing. I den forbindelse anvendte konkurrencemyndighederne den test, der fremgår af Akzo-dommen. Det voldt dog i praksis betydelige vanskeligheder at få opgjort de korrekte omkostninger hos Post Danmark A/S. Som citeret i Forbruger-Kontakt a-s' indlæg var resultatet, at Post Danmark A/S' pris til Coop knap nok dækkede AIC. Prisen til Coop var således meget tæt på at være tabsgivende for Post Danmark A/S selv før hensyntagen til "fællesomkostninger". Konklusionen var dog, at grundlaget var for usikkert til at fastslå misbrug ud fra AKZO-test 1.

Den ovennævnte metode i Post Danmark A/S til at fordele "fællesomkostninger" indebærer, at Post Danmark A/S på området for adresseløse forsendelser har en helt unik "styrke", idet man ikke allokerer omkostninger fælles for det befordringspligtige område og det ikke-befordringspligtige område til adresseløse forsendelser, uanset at disse naturligvis også trækker på fælleskapaciteterne og dermed i realiteten også burde bidrage hertil.

Dette kommer blandt andet til udtryk i forskellen mellem Post Danmark A/S' priser for distribution af breve og Post Danmark A/S' priser til Coop for distribution af adresseløse forsendelser. Således var Post Danmark A/S' pris for distribution af brev fra 4,25 kr. til 4,50 kr. i 2004, mens Post Danmark A/S' pris til Coop for distribution af adresseløse forsendelser lå omkring kr. 0,40.

Når det i spørgsmål 1 til Domstolen er forudsat, at de selektivt lave priser var mindre end de gennemsnitlige samlede omkostninger ligger der heri, at denne opgørelse i forvejen er påvirket opgørelsesmæssigt ved en prioriteret henføring af fællesomkostninger til det befordringspligtige område."

Ved dom af 27. marts 2012 (sag C-209/10) har EU-Domstolen besvaret Højesterets spørgsmål således:

- ”19 Med de to spørgsmål, som behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, under hvilke omstændigheder en dominerende virksomheds politik med lave priser, som anvendes i forhold til visse af en konkurrents tidligere kunder, skal anses for at udgøre et ekskluderende misbrug i strid med artikel 82 EF, og særligt om konstateringen af et sådant misbrug kan baseres på den ene omstændighed, at den pris, der anvendes af den dominerende virksomhed over for én kunde, ligger på et niveau lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, der henføres til den pågældende aktivitet, men over de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger i forbindelse hermed.
- 20 Det fremgår af retspraksis, at artikel 82 EF ikke blot omhandler praksis, der kan påføre forbrugerne direkte skade, men ligeledes praksis, som forvolder dem skade ved at gribe ind i den frie konkurrence (dom af 17.2.2011, sag C-52/09, Telia-Sonera Sverige, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis). Det er i denne sidstnævnte betydning, at begrebet ”ekskluderende misbrug”, som fremgår af de præjudicielle spørgsmål, skal forstås.
- 21 Det følger af fast retspraksis, at konstateringen af, at der foreligger en dominerende stilling, ikke i sig selv er ensbetydende med en kritik af vedkommende virksomhed (jf. dom af 9.11.1983, sag 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 57, og af 16.3.2000, forenede sager C-395/96 P og C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1365, præmis 37). Artikel 82 EF tilsigter således på ingen måde at forhindre, at en virksomhed ved egen fortjeneste opnår den dominerende stilling på et marked (jf. bl.a. TeliaSonera Sverige-dommen, præmis 24). Denne bestemmelse tilsigter heller ikke at sikre, at konkurrenter, der er mindre effektive end den dominerende virksomhed, kan forblive på markedet.
- 22 Det er således ikke enhver eliminering, som nødvendigvis skader den frie konkurrence (jf. analogt TeliaSonera Sverige-dommen, præmis 43). Konkurrence på ydelser kan pr. definition føre til, at de mindre effektive konkurrenter, som således er mindre interessante for forbrugerne i forhold til bl.a. pris, udvalg, kvalitet eller innovation, forsvinder fra markedet eller marginaliseres.
- 23 Det følger af fast retspraksis, at en dominerende virksomhed er særligt forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på det indre marked (jf. dom af 2.4.2009, sag C-202/07 P, France Télécom mod Kommissionen, Sml. I, s. 2369, præmis 105 og den deri nævnte retspraksis). Når den dominerende stilling har oprindelse i et tidligere lovmonopol, skal denne omstændighed tages i betragtning.
- 24 Det bemærkes i denne forbindelse ligeledes, at artikel 82 EF særligt sigter til en af en dominerende virksomhed udvist adfærd, som, idet der anvendes metoder, der adskiller sig fra dem, der regulerer en normal konkurrence på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser, har til virkning til skade for forbrugerne at skabe hindringer for opretholdelsen af den grad af konkurrence, der stadig findes på markedet, eller for udviklingen af denne konkurrence (jf. i denne retning dommen i sa-

gen AKZO mod Kommissionen, præmis 69, dommen i sagen France Télécom mod Kommissionen, præmis 104 og 105, og dom af 14.10.2010, sag C-280/08 P, Deutsche Telekom mod Kommissionen, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 174, 176 og 180 og den deri nævnte retspraksis).

- 25 Artikel 82 EF forbyder således bl.a. en dominerende virksomhed at iværksætte former for praksis, der har mærkbare virkninger for de af virksomhedens konkurrenter, der betragtes som værende lige så effektive som den, hvorved virksomhedens dominerende stilling styrkes ved hjælp af andre midler end konkurrence på ydelser. Set i lyset heraf kan ikke enhver form for priskonkurrence således anses for lovlig (jf. i denne retning dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, præmis 70 og 72, dommen i sagen France Télécom mod Kommissionen, præmis 106, og dommen i sagen Deutsche Telekom mod Kommissionen, præmis 177).
- 26 Med henblik på at afgøre, om en dominerende virksomhed har misbrugt denne stilling gennem sin prispolitik, skal samtlige omstændigheder vurderes, og det må undersøges, om denne politik har skullet fjerne eller begrænse køberens muligheder for at foretage indkøb efter et frit valg og spærre konkurrenterne adgangen til markedet, idet der anvendes ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen, og den dominerende stilling søges forstærket gennem en fordrejning af konkurrencen (dommen i sagen Deutsche Telekom mod Kommissionen, præmis 175 og den deri nævnte retspraksis).
- 27 I dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, hvori det drejede sig om at afgøre, om en virksomhed havde anvendt urimeligt lave priser, har Domstolen for det første i dommens præmis 71 fastslået, at priser, der er lavere end de gennemsnitlige "variable" omkostninger (dvs. omkostninger, der varierer i forhold til de fremstillede mængder), i princippet må betragtes som misbrug, for så vidt som en dominerende virksomhed ved at anvende sådanne priser formodes ikke at følge andre økonomiske mål end at eliminere sine konkurrenter. Domstolen har for det andet fastslået i dommens præmis 72, at priser, der er lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, men højere end de gennemsnitlige variable omkostninger, må anses for misbrug, når de fastsættes som led i en plan om at eliminere en konkurrent.
- 28 Med henblik på vurderingen af lovligheden af en politik med lave priser, som anvendes af en dominerende virksomhed, har Domstolen således anvendt kriterier baseret på en sammenligning mellem de pågældende priser og visse omkostninger, som den dominerende virksomhed har afholdt, samt på virksomhedens strategi (jf. dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, præmis 74, og dommen i sagen France Télécom mod Kommissionen, præmis 108).
- 29 Hvad angår eksistensen af Post Danmarks eventuelle konkurrencebegrænsende strategi fremgår det af sagens akter, at den klage, der ligger til grund for tvisten i hovedsagen, vedrørte den mulighed, at Post Danmark ved en politik med lave priser i forhold til visse af selskabets konkurrents vigtige kunder havde kunnet eliminere denne konkurrent fra det pågældende marked. Som det fremgår af forelæggelsesbeslutningen, har det imidlertid ikke kunnet påvises, at Post Danmark havde til hensigt at eliminere denne konkurrent.

- 30 I modsætning til argumentationen fra den danske regering, som i denne sag har indgivet bemærkninger til støtte for Konkurrencerådets synspunkter i hovedsagen, kan den omstændighed, at en dominerende virksomheds praksis – i lighed med den i hovedsagen omhandlede prispolitik – kan kvalificeres som ”prisdiskrimination”, dvs. anvendelsen af forskellige priser i forhold til forskellige kunder eller forskellige kategorier af kunder for varer eller tjenesteydelser, for hvilke omkostningerne er de samme, eller omvendt anvendelsen af samme pris i forhold til kunder, for hvilke omkostningerne varierer, desuden ikke i sig selv indicere, at der foreligger et ekskluderende misbrug.
- 31 I det foreliggende tilfælde fremgår det af sagens akter, at med henblik på at foretage en pris/omkostnings-sammenligning har de danske konkurrencemyndigheder ikke anvendt begrebet ”variable omkostninger”, nævnt i retspraksis affødt af dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, men et andet begreb, nemlig det, som disse myndigheder betegner med udtrykket ”inkrementelle omkostninger”. Det fremgår i denne forbindelse bl.a. af den danske regerings skriftlige indlæg og af dens skriftlige svar på Domstolens spørgsmål, at de pågældende myndigheder har defineret de ”inkrementelle omkostninger” som ”de omkostninger, der skønnes at falde bort på kort eller mellemlang sigt (tre til fem år), hvis Post Danmarks aktivitet med distribution af adresseløse forsendelser faldt bort”. Regeringen har endvidere anført, at de ”gennemsnitlige samlede omkostninger” er blevet opgjort som ”de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger med tillæg af en skønsmæssigt fastsat andel af Post Danmarks fællesomkostninger til aktiviteter uden befordringspligt”.
- 32 Som den danske regering har anført i sine skriftlige svar på disse spørgsmål, er tvisten i hovedsagen karakteriseret ved, at der foreligger væsentlige omkostninger, som kan henføres til såvel Post Danmarks befordringspligtige aktiviteter som til aktiviteter med distribution af adresseløse forsendelser. Disse ”fællesomkostninger” skyldes særligt, at Post Danmark på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen i det væsentlige anvendte samme infrastruktur og samme personale til såvel distribution af adresseløse forsendelser som til aktiviteter forbundet med virksomhedens befordringspligt vedrørende visse adresserede forsendelser. Regeringen har endvidere anført, at Konkurrencerådet var af den opfattelse, at Post Danmarks aktivitet med distribution af adresseløse forsendelser også trak på ”de fælles ressourcer i [virksomhedens] distributionsnetværk”, idet omkostningerne på det befordringspligtige område kunne reduceres over en tidshorisont på tre til fem år, hvis Post Danmark ophørte med at distribuere adresseløse forsendelser.
- 33 Under disse omstændigheder fremgår det af sagens akter – særligt punkt 148-151 og 200 i Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2004, nævnt i denne doms præmis 13 – at med henblik på vurderingen af de omkostninger, som Konkurrencerådet har kvalificeret som ”gennemsnitlige inkrementelle omkostninger”, har det særligt taget hensyn ikke alene til de faste og variable omkostninger, som alene kan henføres til aktiviteten med distribution af adresseløse forsendelser, men endvidere til forhold, der kvalificeres som ”variable fællesomkostninger”, ”75% af de henførbare fælles kapacitetslogistikomkostninger” og ”25% af de ikke-henførbare fælles omkostninger”.

- 34 Det bemærkes, at under de særlige omstændigheder i hovedsagen synes en sådan fordelingsmetode at tilsigte at identificere de væsentligste omkostninger, der kan henføres til aktiviteten med distribution af adresseløse forsendelser.
- 35 I forbindelse med denne vurdering er det bl.a. blevet fastslået, at den pris, der blev tilbudt Coop, ikke gav Post Danmark dækning for de gennemsnitlige samlede omkostninger, der kunne henføres til den samlede aktivitet med distribution af adresseløse forsendelser, men at den gav dækning for de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger i forbindelse med den pågældende aktivitet, således som disse er blevet fastlagt af de danske konkurrencemyndigheder.
- 36 Det er endvidere ubestridt, at i det foreliggende tilfælde er de priser, der blev tilbudt supermarkeds kæderne Spar og SuperBest, blevet vurderet til et niveau, der ligger over de pågældende gennemsnitlige samlede omkostninger, således som disse er blevet fastlagt af de pågældende myndigheder. Under disse omstændigheder kan det ikke konkluderes, at sådanne priser har konkurrencebegrænsende virkninger.
- 37 Hvad angår de priser, der er blevet anvendt i forhold til Coop, kan en prispolitik som den i hovedsagen omhandlede ikke kvalificeres som et ekskluderende misbrug alene med den begrundelse, at den pris, som den dominerende virksomhed har anvendt over for én kunde, ligger på et niveau lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, der kan henføres til den pågældende aktivitet, men over dennes gennemsnitlige inkrementelle omkostninger, således som disse er blevet fastlagt i hovedsagen.
- 38 For så vidt som den dominerende virksomhed fastsætter sine priser på et niveau, der dækker de væsentligste omkostninger, der kan henføres til afsætningen af den pågældende vare eller leveringen af den pågældende tjenesteydelse, vil en konkurrent, der er lige så effektiv som denne virksomhed, i princippet have mulighed for at konkurrere på disse priser uden at lide uholdbare tab på lang sigt.
- 39 Det tilkommer den forelæggende ret at vurdere de relevante omstændigheder i hovedsagen i lyset af den konstatering, som er indeholdt i den foregående præmis i denne dom. Det skal under alle omstændigheder bemærkes, at det fremgår af de sagsakter, som foreligger for Domstolen, at Forbruger-Kontakt har kunnet opretholde sit distributionsnetværk på trods af den mistede postmængde fra de tre omhandlede kunder, og at selskabet i 2007 atter overtog Coops og sidenhen tillige Spars forsendelser.
- 40 I tilfælde af, at den forelæggende ret ikke desto mindre efter denne vurdering skulle fastslå, at Post Danmarks adfærd havde en konkurrencebegrænsende virkning, skal det bemærkes, at en dominerende virksomhed kan begrunde handlinger, der kan falde ind under forbuddet i artikel 82 EF (jf. i denne retning bl.a. dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands og United Brands Continentaal mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 184, og af 6.4.1995, forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P, RTE og ITP mod Kommissionen, Sml. I, s. 743, præmis 54 og 55, samt TeliaSonera Sverige-dommen, præmis 31 og 75).
- 41 Navnlig kan en sådan virksomhed i denne forbindelse godtgøre, enten at dens adfærd er objektivt nødvendig (jf. i denne retning dom af 3.10.1985, sag 311/84, CBEM, Sml. s. 3261, præmis 27), eller at den eliminerende virkning, som følger

af en sådan adfærd, kan opvejes, endog overvindes, af effektivitetsfordele, som ligeledes er til gavn for forbrugerne (dom af 15.3.2007, sag C-95/04 P, British Airways mod Kommissionen, Sml. I, s. 2331, præmis 86, og TeliaSonera Sverige-dommen, præmis 76).

- 42 I sidstnævnte henseende påhviler det den dominerende virksomhed at godtgøre, at de sandsynlige effektivitetsgevinster, som den pågældende adfærd kan medføre, opvejer sandsynlige negative virkninger for konkurrencen og forbrugernes interesser på de berørte markeder, at effektivitetsgevinsterne er opnået eller vil kunne opnås som følge af den pågældende adfærd, at denne adfærd er afgørende for at opnå disse gevinster, og at adfærden ikke udelukker den effektive konkurrence ved at fjerne alle eller de fleste eksisterende faktiske eller potentielle konkurrencekilder.
- 43 Det skal i det foreliggende tilfælde blot bemærkes med hensyn til de betragtninger, der er gengivet i denne doms præmis 11, at den ene omstændighed, at et kriterium, som udtrykkeligt er baseret på effektivitetsgevinster, ikke er anført blandt de elementer, der fremgår af Post Danmarks prislister, ikke kan begrunde, at sådanne effektivitetsgevinster i givet fald ikke tages i betragtning, under forudsætning af, at disses rigtighed og rækkevidde godtgøres i overensstemmelse med kravene i denne doms præmis 42.
- 44 Henset til ovenstående bemærkninger skal de forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 82 EF skal fortolkes således, at en dominerende virksomheds politik med lave priser, som anvendes i forhold til visse af en konkurrents tidligere, vigtige kunder, ikke kan anses for at udgøre et ekskluderende misbrug alene med den begrundelse, at den pris, som virksomheden anvender over for en af sine kunder, ligger på et niveau lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, der henføres til den pågældende aktivitet, men over de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger i forbindelse hermed, således som disse er blevet fastlagt under den procedure, der ligger til grund for hovedsagen. Med henblik på at vurdere, om der foreligger konkurrencebegrænsende virkninger under omstændigheder som de i nævnte sag omhandlede, skal det undersøges, om denne prispolitik uden objektiv begrundelse medfører, at denne konkurrent faktisk eller sandsynligvis elimineres til skade for konkurrencen og følgelig for forbrugernes interesser.”

EU-Domstolens svar på Højesterets to spørgsmål var i overensstemmelse med præmis 44.

Anbringender

Konkurrencerådet har i lyset af præmis 36 i EU-Domstolens dom af 27. marts 2012 ikke for Højesteret gjort gældende, at Post Danmarks prisadfærd over for Spar og SuperBest i sig selv stred mod EF-traktatens artikel 82 og konkurrencelovens § 11.

Post Danmark har gentaget sine anbringender og har til støtte for påstand 1 om ophævelse af punkt 13 i Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004 anført, at Konkurrencerådet har baseret sin afgørelse på en forkert misbrugstest.

Konkurrencerådets misbrugsvurdering er baseret på, om Post Danmarks pris til Coop var forskellig fra Post Danmarks priser til andre tilsvarende kunder, og om forskellen var omkostningsmæssigt begrundet. Det blev i den forbindelse ikke undersøgt eller inddraget, om priserne gav omkostningsdækning. Det følger af EU-Domstolens dom, at misbrugsvurderingen skal baseres på, om Post Danmarks pris til Coop dækker Post Danmarks væsentligste omkostninger. Konkurrencerådets afgørelse lider derfor af en væsentlig mangel og skal som følge heraf ophæves.

Post Danmark har til støtte for påstand 2 (anerkendelsespåstanden) supplerende anført, at Post Danmarks pris til Coop gav dækning for Post Danmarks væsentligste omkostninger, der kan henføres til aktiviteten med distribution af adresseløse forsendelser. Prisen er derfor ifølge EU-Domstolens dom i princippet lovlig. Dette principielle udgangspunkt kan alene fraviges, hvis Forbruger-Kontakt uden objektiv begrundelse faktisk blev eller sandsynligvis ville blive elimineret som følge af Post Danmarks pris til Coop.

Konkurrencerådet vurderede i forbindelse med sin afgørelse af 24. november 2004, at det ikke var sandsynligt, at prisen til Coop kunne føre til eliminering af Forbruger-Kontakt. Det bekræftes også af Konkurrencerådets godkendelse af tilsagnet, der medførte, at Post Danmark principielt kunne fastsætte sine priser på et niveau, der svarede til prisen til Coop. Det er desuden i sig selv usandsynligt, at Forbruger-Kontakts overlevelse skulle stå og falde med, om én enkelt kunde skiftede over til konkurrenten, og Forbruger-Kontakt genvandt da også kunde-forholdet til Coop kort tid efter.

Der bestod ikke nogen "latent fare" for, at Post Danmark i fremtiden skulle tilbyde selektivt lave priser til andre af Forbruger-Kontakts kunder. En latent fare for en fremtidig hypotetisk adfærd kan desuden ikke udgøre et misbrug.

Prisen til Coop gav et stort overskud for Post Danmark og var ubestridt ikke motiveret af elimineringshensigt.

En eventuel risiko for eliminering vil være opvejet eller endog overvundet af effektivitetsfordele, da Post Danmarks pris til Coop skabte konkurrence i det "weekendsegment", som Forbruger-Kontakt forinden havde monopol på.

Konkurrencerådet har gentaget sine anbringender og har supplerende anført, at den misbrugstest, der opstilles i EU-Domstolens dom, svarer til hidtidig praksis, dvs. det skal vurderes, om adfærden er egnet til at medføre konkurrencebegrænsende virkninger. Der gælder ikke en forhåndsformodning for, at priser som dem, Post Danmark anvendte i forhold til Coop, ikke virker ekskluderende. Det afgørende er en konkret helhedsvurdering af eliminerings sandsynligheden. Konkurrencemyndighederne foretog en sådan konkret helhedsvurdering, og deres misbrugstest svarer således i realiteten til den misbrugstest, der følger af EU-Domstolens dom.

Post Danmarks prisadfærd medførte en væsentlig og nærliggende fare for, at Forbruger-Kontakt ville blive elimineret. Det skyldes navnlig Post Danmarks helt særlige og enestående strukturelle fordel på markedet, der har oprindelse i Post Danmarks lovbestemte monopol. Den skrøbelige konkurrencestruktur gjorde endvidere Forbruger-Kontakt særligt sårbar over for tab af store kunder, hvilket indebar en risiko for, at Forbruger-Kontakt ikke kunne opretholde sit landsdækkende distributionsnet. Der må også lægges vægt på prisadfærdens selektive og diskriminerende karakter og på, at Post Danmarks pris til Coop blot lå på niveau med Post Danmarks gennemsnitlige inkrementelle omkostninger. Derudover må der lægges vægt på den latente fare for, at Post Danmark ville anvende samme prisadfærd over for Forbruger-Kontakts øvrige store kunder, og på den selektive adfærd over for Spar og SuperBest, der øgede konkurrencetrykket på Forbruger-Kontakt.

Post Danmarks gennemsnitlige inkrementelle omkostninger, som Konkurrencerådet har beregnet i forbindelse med afgørelsen af 24. november 2004, er ikke udtryk for de væsentligste omkostninger ved den relevante aktivitet i denne sag. Den metode, der blev anvendt, får Post Danmark til at fremstå kunstigt effektiv på markedet for adresseløse forsendelser set i forhold til Forbruger-Kontakt.

Der kan ikke lægges afgørende vægt på, at Forbruger-Kontakt efterfølgende igen overtog Coop som kunde, navnlig fordi Post Danmarks konkurrenceskadelige adfærd på grund af tilsagnet ikke bestod i perioden derefter.

Post Danmarks prisadfærd var ikke objektivt begrundet og blev ikke opvejet af effektivitetsfordele, og det bestrides, at Forbruger-Kontakt havde et ”weekendsegmentmonopol”.

Konkurrencerådet har endelig anført, at Post Danmark ikke kan gives medhold i påstand 2, selv om Post Danmark måtte få medhold i påstand 1. Den negative formulering af påstand 2

indebærer således, at Konkurrencerådet vil blive afskåret fra at foretage en ny undersøgelse og vurdering af Post Danmarks prisadfærd i 2003 og 2004 i lyset af Højesterets dom. Post Danmark kan ikke på den måde begrænse Konkurrencerådets fremtidige kompetence efter de danske og de EU-retlige konkurrenceregler.

Forbruger-Kontakt har tilsluttet sig Konkurrencerådets anbringender og har supplerende anført, at den skævvridning, der lå i den måde, hvorpå Post Danmarks omkostninger på området for distribution af adresseløse forsendelser blev opgjort, må inddrages ved vurderingen af sandsynligheden for eliminering af Forbruger-Kontakt. Skævvridningen skyldes, at der i opgørelsen af Post Danmarks inkrementelle og totale omkostninger ikke indgik en lang række af de omkostninger, som faktisk var forbundet med distribution af adresseløse forsendelser. Dette indebar, at enerets- og befordringspligtsområdet blev belastet med langt størstedelen af alle omkostningerne, herunder distributionsomkostningerne. De omkostninger, der var tilbage til distribution af adresseløse forsendelser, var derfor meget lave og meget lavere end en normal virksomheds tilsvarende omkostninger. På denne baggrund synes det at bero på en faktisk fejlsluttelse, når EU-Domstolen i dommens præmis 34, jf. præmis 31-33, har anført, at den omkostningsfordelingsmetode, som Konkurrencerådet havde anvendt i sin afgørelse af 24. november 2004 om urimeligt lave priser, synes at tilsigte at identificere de væsentligste omkostninger, der kan henføres til aktiviteten med distribution af adresseløse forsendelser.

Højesterets begrundelse og resultat

Problemstillingen

Konkurrencerådet fastslog i punkt 13 i sin afgørelse af 29. september 2004, som stadfæstet af Konkurrenceankenævnet den 1. juli 2005, at Post Danmark A/S misbrugte 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-Kontakt a-s' tidligere kunder uden at kunne omkostningsbegrunde de meget betydelige pris- og rabatforskelle imellem kunderne, jf. EF-traktatens artikel 82, stk. 1, litra c, (nu artikel 102, stk. 1, litra c, i TEUF), og konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. § 11, stk. 3, nr. 3. Det fremgår af afgørelsens punkt 199, at den beskrevne forskelsbehandling havde ekskluderende effekt på markedet. De tidligere kunder hos Forbruger-Kontakt, som afgørelsens punkt 13 tog sigte på, er Coop, Spar og Super-Best.

EU-Domstolen har i dommen af 27. marts 2012 besvaret to spørgsmål fra Højesteret om fortolkningen af artikel 82. I lyset af denne doms præmis 36 har Konkurrencerådet for Højesteret ikke gjort gældende, at Post Danmarks prisadfærd over for Spar og SuperBest i sig selv stred mod EF-traktatens artikel 82 og konkurrencelovens § 11. Punkt 13 i rådets afgørelse af 29. september 2004 må derfor ophæves for så vidt angår prisadfærden over for Spar og SuperBest.

Sagen for Højesteret angår herefter, om Post Danmarks prisadfærd over for Coop udgjorde ekskluderende misbrug i strid med artikel 82 og konkurrencelovens § 11 som anført i punkt 13 i Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004.

Parterne er enige om, at det relevante marked er markedet for distribution af adresseløse forsendelser og lokal- og regionsaviser i Danmark. Parternes uenighed angår, om Post Danmark havde en dominerende stilling på dette marked, og i givet fald om Post Danmark misbrugte sin dominerende stilling som nævnt i afgørelsens punkt 13.

Spørgsmålet om dominerende stilling

Ved vurderingen af, om Post Danmark i den periode, sagen angår, indtog en dominerende stilling på markedet for adresseløse forsendelser mv., har Konkurrencerådet i første række lagt vægt på Post Danmarks markedsandel opgjort efter omsætning (afsætningens værdi). Post Danmarks markedsandel efter omsætning udgjorde 47 % i 2001, 47 % i 2002 og 44 % i 2003. Efter overtagelsen af bl.a. Coop udgjorde selskabets markedsandel 55 % i 2004.

Henset hertil og til de strukturelle forhold på markedet som beskrevet af landsretten finder Højesteret ikke grundlag for at tilsidesætte Konkurrencerådets vurdering, hvorefter Post Danmark havde en dominerende stilling på markedet. Det, som Post Danmark har anført, herunder om Forbruger-Kontakts markedsandele og stilling på "weekend-segmentet", kan ikke føre til en anden vurdering.

Spørgsmålet om ekskluderende misbrug

Det er ubestridt, at den pris, som Coop skulle betale for distribution af adresseløse forsendelser, var væsentligt lavere end den pris, Post Danmarks øvrige store kunder skulle betale. Bedømmelsen af, om dette forhold udgør et ekskluderende misbrug i strid med artikel 82 og konkurrencelovens § 11, skal foretages på grundlag af EU-Domstolens dom af 27. marts 2012.

Det fremgår af denne doms præmis 30, at ”prisdiskrimination” ikke i sig selv kan indicere, at der foreligger et ekskluderende misbrug. Der foreligger heller ikke et ekskluderende misbrug, hvis den dominerende virksomheds pris ligger over dens gennemsnitlige samlede omkostninger, der kan henføres til den pågældende aktivitet, jf. præmis 36.

Det fremgår af præmis 44, at alene den omstændighed, at den dominerende virksomhed i forhold til visse af en konkurrents tidligere vigtige kunder anvender en pris, som er lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, men højere end de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger, ikke kan anses for at udgøre et ekskluderende misbrug. Der kan i en sådan situation være tale om ekskluderende misbrug, hvis prisen uden objektiv begrundelse medfører, at denne konkurrent faktisk eller sandsynligvis elimineres til skade for konkurrencen og følgelig for forbrugernes interesser. Det følger af præmis 38, at hvis en dominerende virksomhed fastsætter sine priser på et niveau, der dækker ”de væsentligste omkostninger”, der kan henføres til afsætningen af den pågældende vare eller leveringen af den pågældende tjenesteydelse, vil en konkurrent, der er lige så effektiv som denne virksomhed, i princippet have mulighed for at konkurrere på disse priser uden at lide uholdbare tab på lang sigt.

Punkt 13 i Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004 og Konkurrenceankenævnets afgørelse af 1. juli 2005, hvorved dette punkt blev stadfæstet, er ikke baseret på en sammenligning af Post Danmarks pris til Coop med Post Danmarks omkostninger ved distribution af adresseløse forsendelser. De nævnte afgørelser er baseret på en undersøgelse og vurdering af, om Post Danmarks pris til Coop var egnet til at eliminere Forbruger-Kontakt fra markedet. Højesteret finder, at denne undersøgelse og vurdering af spørgsmålet om ekskluderende misbrug ikke svarer til, hvad der er påkrævet efter EU-Domstolens dom.

Der foreligger således en retlig mangel ved de nævnte afgørelser, som betyder, at punkt 13 i afgørelsen af 29. september 2004 skal ophæves også for så vidt angår Coop, medmindre Konkurrencerådet – efter de kriterier, der fremgår af EU-dommen – godtgør, at afgørelsen alligevel er rigtig.

Konkurrencerådet har i sin afgørelse af 24. november 2004, der angik spørgsmålet om urimeeligt lave priser (predatory pricing), foretaget beregninger af Post Danmarks gennemsnitlige inkrementelle omkostninger og gennemsnitlige samlede omkostninger vedrørende Post Danmarks virksomhed med distribution af adresseløse forsendelser. På grundlag heraf traf Kon-

kurrencerådet afgørelse om, at Post Danmark ikke havde anvendt urimeligt lave priser i 2003 og 2004. De nævnte beregninger har dannet grundlag for EU-Domstolens udtalelser i dommen af 27. marts 2012, jf. præmisserne 31-35. Domstolen tog ikke forbehold for beregningernes betydning for bedømmelsen af spørgsmålet om ekskluderende misbrug. Bl.a. den danske regering på vegne af Konkurrencerådet havde ellers fremsat indvendinger herimod, med henvisning til at den metode til fordeling af omkostninger, der var fælles for de befordringspligtige og ikke-befordringspligtige aktiviteter, indebar, at Post Danmark fremstod kunstigt effektiv uden for det befordringspligtige område. Konkurrencerådet har ikke til brug for Højesteret foretaget nye beregninger af de omkostninger, der angår Post Danmarks virksomhed med distribution af adresseløse forsendelser.

Højesteret finder under disse omstændigheder, at de foreliggende beregninger af Post Danmarks gennemsnitlige inkrementelle omkostninger og gennemsnitlige samlede omkostninger må lægges til grund ved fastlæggelsen af de omkostninger, der er forbundet med distribution af adresseløse forsendelser, og dermed ved bedømmelsen af, om Post Danmark i sin prisadfærd over for Coop har misbrugt sin dominerende stilling som nævnt i punkt 13 i afgørelsen af 29. september 2004.

Det må herefter lægges til grund, at Post Danmarks pris til Coop lå under selskabets gennemsnitlige samlede omkostninger, men over selskabets gennemsnitlige inkrementelle omkostninger. Det indebærer, at der kan foreligge et ekskluderende misbrug, hvis Post Danmarks prisadfærd over for Coop medførte, at Forbruger-Kontakt sandsynligvis ville blive elimineret fra markedet til skade for konkurrencen, såfremt Konkurrencerådet ikke havde skredet ind over for Post Danmark, jf. EU-dommens præmis 44 sammenholdt med præmis 38.

Højesteret finder efter en samlet vurdering, at Konkurrencerådet ikke har godtgjort, at Forbruger-Kontakt sandsynligvis ville være blevet elimineret som nævnt ovenfor.

Højesteret har herved navnlig lagt vægt på, at Post Danmarks gennemsnitlige priser til samtlige kunder lå over de gennemsnitlige samlede omkostninger, jf. bl.a. punkt 14 og 138 i Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2004. Det fremgår af punkt 8 i rådets afgørelse af 29. september 2004, at Post Danmarks kunder kunne opsigte aftalerne om distribution af adresseløse forsendelser med et varsel på en eller tre måneder uden betingelser eller sanktioner, og at kunderne i praksis havde gjort brug heraf. Det må derfor lægges til grund, at For-

bruger-Kontakt havde mulighed for at konkurrere på Post Danmarks priser, såfremt Forbruger-Kontakt var lige så effektiv som Post Danmark.

Højesteret bemærker endvidere, at Forbruger-Kontakt, der var en division i Søndagsavisen A/S, i 2003 og 2004 havde en betydelig markedsandel på området for adresseløse forsendelser, at Forbruger-Kontakt foretog distribution af adresseløse forsendelser sammen med bladet "Søndagsavisen", at der ikke foreligger nærmere oplysninger om og analyse af Forbruger-Kontakts økonomiske forhold, herunder omkostningsstrukturen i selskabet, og at Forbruger-Kontakt trods Post Danmarks overtagelse af Coops forsendelser kunne bevare sit distributionsnetværk.

Punkt 13 i Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004 skal herefter ophæves i sin helhed, og Højesteret tager derfor Post Danmarks påstand 1 til følge.

Post Danmarks påstand 2

Post Danmarks påstand 2 er i det foregående prøvet som et anbringende til støtte for selskabets påstand 1. En stillingtagen til påstand 2 herudover vil angå en hypotetisk situation, hvor Konkurrencerådet på et andet grundlag end det, som Højesteret har bedømt ved prøvelsen af påstand 1, måtte træffe afgørelse om, at Post Danmark har misbrugt sin dominerende stilling som nævnt i punkt 13 i afgørelsen af 29. september 2004.

Højesteret finder på denne baggrund, at påstand 2 ikke kan tages under selvstændig pådømmelse og afviser derfor påstanden.

Sagsomkostninger

I sagsomkostninger for landsret og Højesteret skal Konkurrencerådet betale 1.002.000 kr. til Post Danmark. Sagsomkostningerne er fastsat til dækning af retsafgift for landsret og Højesteret med i alt 2.000 kr. og af udgifter til advokatbistand for begge retter med i alt 1.000.000 kr. Der er ved fastsættelsen af omkostningerne til advokatbistand taget hensyn til sagens karakter og arbejdets omfang, herunder i forbindelse med den præjudicielle forelæggelse for EU-Domstolen.

Thi kendes for ret:

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

Post Danmark A/S' påstand 2 afvises.

I sagsomkostninger for landsret og Højesteret skal Konkurrencerådet inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afgørelse betale 1.002.000 kr. til Post Danmark A/S. Sagsomkostningsbeløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.

--oo0oo--

Udskriftens rigtighed bekræftes.

Højesteret, den 15. februar 2013.

Anonymiseret

kontorfuldmægtig