

# DANSK FORENING FOR KONKURRENCERET

HØJESTERETS DOM AF 15. FEBRUAR 2013 I SAG 2/2008

POST DANMARK A/S MOD KONKURRENCERÅDET

28. maj 2013, advokat Søren Zinck



LETT

# Forhistorien (1)

## Faktum:

Der er to betydelige aktører på markedet for distribution af reklameaviser/adresseløse forsendelser; Post Danmark og Forbruger-Kontakt.

Post Danmark valgte i efteråret 2003 at tilbyde tre af Forbruger-Kontakts store kunder (Coop, SuperBest og Spar) "selektivt" lave priser => kunderne skiftede til Post Danmark.

Prisen til en af kunderne gav dækning for de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger (AIC), men gav ikke dækning for de gennemsnitlige totale omkostninger (ATC).

Prisen til de to øvrige kunder gav fuld omkostningsdækning og lå således over ATC.

Post Danmark havde ikke elimineringshensigt.

## Forhistorien (2)

### Konkurrencesagen

- Konkurrencerådets afgørelser af 29. september 2004: Misbrug i form af selektivt lave priser
- Konkurrenceankenævnets kendelser af 1. juli 2005: Stadfæstelse af Konkurrencerådets afgørelse
- Østre Landsrets domme af 21. december 2007: Stadfæstelse af Konkurrencerådets afgørelse
- EU-Domstolen dom den 27. marts 2012: De danske konkurrencemyndigheder og Østre Landsrets misbrugstest underkendes og erstattes af EU-Domstolens misbrugstest
- Højesterets dom 15. februar 2013: Konkurrencerådets afgørelse ophæves => intet misbrug

NB: Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2004 som stadfæstet ved Konkurrenceankenævnets kendelse af 1. juli 2005: Intet misbrug i form af urimeligt lave priser.

# Forhistorien (3)

## Erstatningssagen

- Forbruger-Kontakt fremsatte et erstatningskrav mod Post Danmark på DKK 109 mio. Tabet blev opgjort som mistet avance på Coop, SuperBest og Spar i 2004 og 2005
- Østre Landsrets dom af 20. maj 2009: Forbruger-Kontakt tildeles DKK 75 mio. i erstatning + DKK 4 mio. i sagsomkostninger
- Dommen blev indbragt for Højesteret af Post Danmark og blev dernæst – efter en omfattende skriftveksling – sat i bero på udfaldet af konkurrencesagen
- Som en konsekvens af Højesterets dom i konkurrencesagen har Forbruger-Kontakt valgt at tage bekræftende til genmæle. Afslutningen af sagen afventer nu alene Højesterets fastsættelse af sagsomkostninger

# Sagen for EU-Domstolen, sag C-209/10 (1)

Det centrale spørgsmål i sagen var, om "selektivt lave priser" udgjorde en misbrugsform for sig.

Konkurrencerådet, Konkurrenceankenævnet og Østre Landsret mente "ja".

Rationale: Ved selektivt at sænke priserne over for en konkurrents vigtige kunder opnår en dominerende virksomhed en dobbelt fordel, der består i dels at skade konkurrenten ved at tage en væsentlig del af konkurrentens omsætning, dels at kunne fortsætte med at opkræve højere priser af egne eksisterende kunder, jf. EU-Domstolens dom i *Compagnie Maritime Belge*, og Rettens domme i *Hilti* og *Irish Sugar*. En sammenligning af priserne med omkostningerne er irrelevant.

Post Danmark mente "nej".

Rationale: Konkurrenceretten bør kun gribe ind over for selektivt lave priser, hvis de ikke giver omkostningsdækning, jf. EU-Domstolens dom i *Akzo*.

## Sagen for EU-Domstolen, Sag C-209/10 (2)

- Det er ikke enhver eliminering, som nødvendigvis skader den frie konkurrence (præmis 22)
- Artikel 102 forbyder 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 stilling styrkes ved hjælp af andre midler end konkurrence på ydelser (præmis 25)
- Spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et ekskluderende misbrug skal afgøres på grundlag af en pris/omkostningssammenligning (præmis 28)
- Prisdiskrimination – eller selektiviteten i en prisnedsættelse – kan ikke i sig selv indicere, at der foreligger et ekskluderende misbrug (præmis 30)
- Priser over ATC udgør ikke et ekskluderende misbrug (præmis 36)
- Priser mellem ATC og AIC udgør ej heller et ekskluderende misbrug, medmindre de uden objektiv begrundelse medfører, at en konkurrent faktisk eller sandsynligvis elimineres (præmis 38-44)
- Introduktionen af et effektivitetsforsvar a la artikel 101, stk. 3 (præmis 41-42)

# Sagen for EU-Domstolen, Sag C-209/10 (3)

Akzo og Post Danmark i forening: En effektbaseret "as efficient competitor"-misbrugstest:

ATC < pris:	Prisen er lovlig
AIC < pris < ATC:	Prisen er lovlig, medmindre konkurrent uden objektiv begrundelse elimineres eller sandsynligvis elimineres, eller der foreligger elimineringshensigt
AVC < pris < AIC:	Prisen er lovlig, medmindre konkurrent uden objektiv begrundelse elimineres eller sandsynligvis elimineres, eller der foreligger elimineringshensigt
Pris < AVC:	Prisen er som det klare udgangspunkt ulovlig

## Højesterets dom af 15. februar 2013, Sag 2/2008 (1)

- EU-Domstolens dom => SuperBest og Spar var ude af sagen
- Højesteret (plenum) fastslår:
  - Konkurrencerådets afgørelse er ikke baseret på en sammenligning af Post Danmarks pris til Coop med Post Danmarks omkostninger => afgørelsen lider af en retlig mangel og skal ophæves, med mindre det – efter de kriterier, der fremgår af EU-Domstolens dom – godtgøres, at afgørelsen alligevel er rigtig
  - Spørgsmålet er derfor: Blev konkurrenten faktisk eller sandsynligvis ekskluderet fra markedet som følge af Post Danmarks selektivt lave pris til Coop?
- NEJ => Højesteret ophævede Konkurrencerådets afgørelse => Post Danmarks selektivt lave priser udgjorde ikke et ekskluderende misbrug.



## Højesterets dom af 15. februar 2013 i sag 2/2008 (2)

- Højesteret lagde vægt på, at de gennemsnitlige priser til samtlige kunder lå over de gennemsnitlige samlede omkostninger (ATC), at kunderne kunne opsige aftalerne med en eller tre måneders varsel uden betingelser eller sanktioner, og at Forbruger-Kontakt derfor havde mulighed for at konkurrere på Post Danmarks priser, såfremt selskabet var lige så effektivt som Post Danmark
- Højesteret lagde endvidere vægt på, at Forbruger-Kontakt havde en betydelig markedsandel, at selskabets adresseløse forsendelser blev omdelt sammen med selskabets avis (Søndagsavisen), at der ikke forelå nærmere oplysninger om Forbruger-Kontakts økonomiske forhold, og at selskabet trods Post Danmarks overtagelse af Coops forsendelser kunne bevare sit distributionsnetværk

# Højesterets dom af 15. februar 2013 i sag 2/2008 (3)

## Perspektivering

- Højesteret har vist sig parat til at foretage en mere effektbaseret vurdering end hidtil (en lige så effektiv konkurrent-analyse)
- Signal om et paradigmeskift eller blot en logisk følger af hidtidig praksis?
- Selektivt lave priser udgør ikke længere et misbrug i sig selv (NB: Compagnie Maritime Belge)
- Krav om mærkbarhed
- Inkrementelle rabatter/ikke-retroaktive rabatter må antages ikke at udgøre et ekskluderende misbrug, hvis nettoprisen på øverste rabattrin giver omkostningsdækning for den dominerende virksomhed
- Diskriminerende misbrug skal altid overvejes – udgangspunktet er dog, at der skal rigtig meget til, førend myndighederne vil gribe ind, jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledende udtalelse af 3. april 2013, KMDs prisdifferentiering over for kommunale kunder.
- Retroaktive rabatter: Fortsat en restriktiv retsstilling, jf. EU-Domstolens dom af 19. april 2012 i sag C-549/10 P, Tomra – men der er uafklarede spørgsmål

# Referencer

Litteratur om Post Danmark-dommen: (udpluk)

- Barazza, Stefano: Post Danmark: The CJEU calls for an effect-based assessment of pricing policies, Journal of European Competition Law & Practice (2012), først offentliggjort online 12. Juni 2012
- Florian, Bien & Krahl, Mathias: The ruling of the CJEU in Post Danmark: Putting an end to selective price cuts as an abuse under Article 102 TFEU and turning towards a more economic approach, European Competition Law Review 2012, 33 (10), 482-487
- Peepkorn, Luc: The EU Court of Justice affirms the application of a consumer oriented effects-based approach to exclusionary pricing practices of dominant undertakings and the “as efficient competitor test” as a basis for their assessment: A big step towards the consistent application of an effects-based approach to exclusionary pricing practices of dominant undertakings (Post Danmark), e-Competitions, Marts 2012
- Rousseva, Ekaterina & Maquis, Mel: Hell freezes over: A climate change for assessing exclusionary conduct under Article 102 TFEU, Journal of European Competition Law and Practice, først offentliggjort online 25. oktober, 2012
- Vijver, Tarda van der: Article 102: How to claim the application of objective justifications in the case of prima facie abuses?, Journal of Journal of European Competition Law and Practice, 2013, Vol. 4, no. 2, p. 121-133