

EU-Domstolens dom i Post Danmark II-sagen (sag C-23/14)

Konkurrenceretsforeningen
Søren Zinck, 22. oktober 2015



Generelt om rabatter (1)

- Konkurrencerettens ”enfant terrible”!
- Vi står ved en korsvej:
 - Form
 - Effekt
- Hittidig praksis i rabatsager: Michelin I og II, British Airways, Tomra og Intel => mest form
- Udviklingen inden for konkurrenceretten i øvrigt: Mere og mere effekt

Generelt om rabatter (2)

Europa er delt i to lejre:

- Generaladvokat Kokott i Post Danmark II om tendensen til en ”more economic/effects based approach”: *”The Court should not allow itself to be influenced so much by current thinking (“Zeitgeist”) or ephemeral trends, but should have regard rather to the legal foundations on which the prohibition of abuse of a dominant position rests in EU law”*
- Luc Peeperkorn i Revue des droits de la concurrence, no 1-2015, p 62: *“The Intel appeal and the Post Danmark II preliminary ruling provide the ECJ with the opportunity to develop considerably the consistency and balance in the application of Articles 101 and 102 by supporting a structured effects based approach”*

Generelt om rabatter (3)

Målet – set med mine øjne:

Konsistens ved vurderingen af forskellige former for adfærd under artikel 102 ("internal consistency"), ved vurderingen under artikel 101 og artikel 102 ("transversal consistency"), og ved inddragelsen af økonomisk tænkning ("scientific consistency")

EU-Domstolens dom i Post Danmark II (1)

- Dommen har været ventet med stor spænding i hele Europa og er udtryk for et kompromis – både form og effekt!
- Opdelingen i tre kategorier af rabatter ”stadfæstes”: (1) Loyalitetsrabatter, (2) kvantumsrabatter, og (3) ”rabatter henhørende under den tredje kategori”
- For så vidt angår ”rabatter henhørende under den tredje kategori” tages afsæt i den ”skabelon”, som vi kender fra hidtidig praksis:
 - Se på ”samtlige omstændigheder”, herunder ”de kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet”, og ”rækkevidden af Post Danmarks dominerende stilling og de særlige konkurrencebetingelser på det omhandlede marked”, jf. præmis 30 og 31
 - Spørgsmål: Kan rabatten ”skabe en ekskluderende virkning”, dvs. ”gøre den dominerende virksomheds konkurrenters adgang til markedet mere vanskelig eller endog umulig”, eller ”gøre det mere vanskelig eller endog umuligt for denne virksomheds medkontrahenter at vælge mellem flere leverandører eller handelspartnere”, jf. præmis 31

EU-Domstolens dom i Post Danmark II (2)

- Men: Misbrugsanalysen baserer sig nu – som nyskabelser – på en ”lige så effektiv konkurrent” målestok og inddrager mere ”effekt” end hidtil:
 - Præmis 66: ”..en godtgørelse af, at der kan foreligge konkurrencebegrænsende virkninger, som kan fortrænge den dominerende virksomheds mindst lige så effektive konkurrenter, er tilstrækkelig..”
 - Præmis 67 (og 65): Det skal være ”likely”/”susceptible”, at adfærden kan have en konkurrencebegrænsende virkning på markedet
 - Præmis 68 (og 46 og 50): Antallet af berørte kunder har betydning
 - Præmis 69: Spørgsmålet er, om den dominerende virksomheds adfærd ”bevirker, at konkurrenterne faktisk eller sandsynligvis udelukkes til skade for konkurrencen og følgelig for forbrugernes interesser”
- NB: Effektivitetsforvaret, jf. præmis 47-49

EU-Domstolens dom i Post Danmark II (3)

Pris/omkostningstest (AEC-testen):

- Præmis 56: Udgør ikke en forudgående betingelse for at fastslå, at en retroaktiv rabat har karakter af et misbrug
- Præmis 57 og 61: Der kan ikke af EU-Domstolens praksis "udledes en retlig forpligtelse til altid at støtte sig på en as efficient competitor-test ved konstateringen af, om en dominerende virksomheds rabatsystem udgør et misbrug". Testen skal betragtes "som et instrument blandt andre"
- Præmis 59-60: I en situation, hvor den dominerende virksomhed har "en meget høj markedsandel" og "strukturelle fordele", er as efficient competitor-testen imidlertid ikke relevant

Spørgsmålet i praksis: Hvor høj en markedsandel og hvor store strukturelle fordele skal der til, førend AEC-testen ikke kan finde anvendelse?

EU-Domstolens dom i Post Danmark II (4)

Mærkbarhed:

- Præmis 73: "fastsættelsen af en (de minimis) mærkbarhedstærskel med henblik på at fastslå et misbrug af en dominerende stilling" er "ikke begrundet". Den konkurrencebegrænsende adfærd er "efter sin art i sig selv egent til at medføre ikke-ubetydelige begrænsninger eller endog udelukkelse af konkurrencen.."
- Præmis 74: "den konkurrencebegrænsende virkning .. skal være sandsynlig, uden at det er nødvendigt at godtgøre, at den er alvorlig eller mærkbar"

Samtidig har antallet af kunder, der er påvirket af rabatten, betydning ved vurderingen af, om der foreligger en konkurrencebegrænsning.

=> Market coverage har betydning – men der kan ikke opstilles en absolut, kvantitativ mærkbarheds tærskel.

Kommentarer og perspektivering (1)

Vi ved, at vurderingen skal baseres på ”samtlige omstændigheder”, jf. EU-Domstolens dom.

Samtidig er det klart, at der i praksis skal indlæses ”relevante” mellem ”samtlige” og ”omstændigheder”

I den konkrete sag er spørgsmålet blandt andet, om det er relevant,

- at den eneste betydelige konkurrent, Bring Citymail, opnåede en markedsandel på 50% målt efter volumen allerede et år efter etableringen i Danmark (hvis fokus rettes mod den del af markedet, hvor Bring Citymail etablerede sig),
- at 96% af massebrevene i Bring Citymails dækningsområde frit – og uden påvirkning af rabatten – kunne flyttes til Bring Citymail, mens en flytning af de resterende 4 % kunne ske mod en nedgang i rabatprocentsatsen på 1-2 %
- at Bring Citymails priser lå på ca. 1/3 af Post Danmarks priser,

Kommentarer og perspektivering (2)

Er det relevant (fortsat),

- at Bring Citymail i sine interne forretningsplaner opererede med, at Post Danmark kunne sænke sine priser med 37,1 % uden at det ville skade selskabets forretningsplan,
- at Bring Citymail var understøttet af den norske postvæsen og valgte en cherry picking strategi med omdeling over flere dage i et tæt befolket område,
- at Post Danmark – som svar på Bring Citymails indtrængen på det danske marked – introducerede C-brevet, der var langt billigere end breve med Direct Mail-rabat, hvorfor den reelle konkurrence var mellem C-brevet og Bring Citymails brevprodukter, og
- at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kundeundersøgelse klart viser, at det var muligheden for dag-til-dag omdeling, der indebar, at der fortsat var kunder, der valgte at sende Direct Mail-breve?

Kommentarer og perspektivering (3)

Standardiserede rabatter:

EU Kommissionens guidance paper:

- Punkt 45: ”Derimod kan en standardiseret mængdetærskel – hvor tærsklen er den samme for alle kunder eller en kundegruppe – være for høj for nogle mindre kunder og/eller for lav for større kunder til, at den har en loyalitetsskabende virkning. Hvis det imidlertid fastslås, at en standardiseret mængdetærskel svarer til efterspørgslen hos en betydelig andel af kunderne, vil Kommissionen sandsynligvis mene, at en sådan rabatordning kan medføre konkurrenceskadelig afskærmning.”

EU-Domstolen i Post Danmark II:

- Præmis 37: ”standardiseringen” gør ”det ganske vist muligt at fastslå, at det af Post Danmark gennemførte rabatsystem i princippet ikke medførte, at der blev anvendt ulige vilkår over for ydelser af samme værdi..”
- Præmis 38: ”Den omstændighed, at et rabatsystem ikke er udtryk for forskelsbehandling, er imidlertid ikke i sig selv til hinder for, at det fastslås, at systemet kan have en ekskluderende virkning i strid med artikel 82 EF”
- Præmis 46, 60 og 68: Antallet af berørte kunder har betydning for, om der foreligger en konkurrencebegrænsning

Kommentarer og perspektivering (4)

Spørgsmål og kommentarer til debat:

- Konsistens i retsstillingen, herunder "internal consistency", "transversal consistency", og "scientific consistency"?
- Klarhed i retsstillingen – eller "tag selv bord" for konkurrencemyndighederne?
- Uklarhed i retsstillingen har en chilling effect og fører til velfærdstab!

LETT

København
Rådhuspladsen 4
DK-1550 København V

Aarhus
Vester Allé 4
DK-8000 Aarhus C

LETT Advokatpartnerselskab, CVR 35 20 93 52, lett@lett.dk