

Konkurrenceretsforeningen

› EU-Domstolens dom i Post Danmark II-sagen

Sagens baggrund

- › Sagen drejer sig om, hvorvidt Post Danmark A/S har misbrugt en dominerende stilling på markedet for distribution af massebreve til modtagere i Danmark i strid med EF-traktatens artikel 82 (nu artikel 102 TEU) og den tilsvarende bestemmelse i den danske konkurrencelovs § 11.
- ›
- › Hovedspørgsmålet er nærmere, om Post Danmark i 2007 og 2008 har udøvet et ekskluderende misbrug ved at have anvendt et retroaktivt rabatsystem med en standardiseret mængdetærskel på den del af markedet for massebreve, der vedrører distribution af direct mail-forsendelser.

Rabatten

- › Introduceret i 2003, før end konkurrenter kom på markedet (men liberalisering)
- › Omfattede forsendelser, som var ensartede og en del af en markedsføringskampagne
- › Krav om mindst 3.000 stk. ad gangen og mindst 30.000 stk. årligt eller alternativt en bruttoporto på mindst DKK 300.000 årligt.
- › Standardiseret rabatskala med spænd på 6-16 % for forsendelser, der berettigede til rabatten.
- › En række ”trappetrin” på skalaen.

› Retroaktiv

- › Aftaler ved årets begyndelse, hvori årets estimerede mængder blev indsat, hvorefter der løbende blev rabatteret og faktureret på baggrund heraf. Ved årets udgang foretog Post Danmark en efterregulering, såfremt de indleverede mængder afveg fra de oprindeligt estimerede.

› Rabatten omfattede alle direct mail-forsendelser, som en kunde fik omdelt af Post Danmark

- › uanset om forsendelserne var omfattet af Post Danmarks eneret, og
- › uanset om omdelingen fandt sted i områder, hvor der ikke var alternativer til Post Danmark

Hvad er det relevante marked ?

- › Markedet for massebreve eller selvstændigt marked for direct mail-forsendelser/direct mail-marketing.
- › Andre forhold vedrørende produktmarkedet og geografiske marked.
- › For EUD var parterne enige om at lægge til grund, at det relevante marked er markedet for massebreve til modtagere i Danmark

Markedsaktørerne i 2007 og 2008

› Post Danmark

- › Ejet af den danske stat, en privat investor og en række medarbejdere.
- › Selskabet var pålagt en befordringspligt med landsdækkende dag til dag distribution af breve og pakker, herunder massebreve op til 2 kg.
- › Selskabet var endvidere pålagt et enhedstakstsystem, der indebar, at priserne på befordringspligtområdet ikke måtte differentieres afhængigt af bestemmelsesstedet.
- › Som kompensation for befordringspligten og enhedstakstsystemet var selskabet tildelt en eneret på distribution af breve, herunder massebreve, op til og med 50 g i hele Danmark.

› Bring Citymail

- › Etableret i Danmark i 2006 af Posten Norge AS, der er ejet af den norske stat. Var i den relevante periode Post Danmarks eneste konkurrent af betydning på markedet for massebreve.
- › Posten Norge AS har eneret og befordringspligt vedrørende omdeling af breve og pakker inden for nærmere fastlagte vægtgrænser i Norge.
- › Bring Citymail begyndte 1. januar 2007 at omdele erhvervspost, herunder direct mail-forsendelser i Danmark.
- › Tilbød ikke dag til dag distribution, men derimod distribution over 3 dage, til ca. 1 mio. husstande i og omkring København, svarende til ca. 40 pct. af det samlede antal husstande i Danmark.
- › Bring Citymail trådte ud af det danske marked igen i 2010. Oplyste i den forbindelse at have lidt et samlet tab på ca. DKK 500 millioner.

Markedssituationen

- › Post Danmarks eneret omfattede 70 % af alle forsendelser på det relevante marked.
 - › Post Danmark havde en markedsandel på 95 % i 2008 (værdi og antal) på det relevante marked.
 - › På direct mail-forsendelser var markedsandelen 85-90 % (værdi) og 72 % (antal).
 - › På direct mail-forsendelser uden for eneretten og i Bring Citymails dækningsområde var markedsandelen 70-75 % (værdi) og 50 % (antal).
 - › I 2008 blev erhvervsbrevet introduceret. Mange af Post Danmarks kunder skiftede til dette brev.
- › Direct mail repræsenterede ca. 12 % (2007) og ca. 7 % (2008) af omsætningen på markedet for massebreve (det relevante marked).
 - › Direct mail udgjorde ca. 15 % (2007) og 9 % (2008) af omsætningen på markedet for massebreve uden for eneretten.

Særlige forhold på markedet

- › Post Danmarks markedsandel på 95 %.
- › Post Danmarks lovbestemte eneret, der omfattede 70 % af forsendelserne på det relevante marked.
- › Post Danmarks geografisk unikke dækningsområde.
- › Bring Citymail kunne derfor kun konkurrere om 30 % af direct mail-forsendelserne i sit eget dækningsområde.
- › Høje adgangsbarrierer.
- › Stordriftsfordele.
- › Flerproduktionsfordele.

- › Betydningen af de fremhævede forhold omdiskuteret

Rabattens virkning

- › Direct mail-rabattens trin havde navnlig betydning for de mellemstore kunder, idet de helt store kunders mængder væsentligt oversteg øverste rabat-trin.
- › Konkurrencerådet har beregnet, at 2/3 af kundernes samlede antal direct mail-forsendelser uden for eneretten ikke kunne flyttes fra Post Danmark til en konkurrent uden at påvirke direct mail-rabatten.
- › Post Danmark har beregnet, at 1/3 af kundernes samlede antal direct mail-forsendelser uden for eneretten ikke kunne flyttes fra Post Danmark til en konkurrent uden at påvirke direct mail-rabatten.
- › Post Danmark har videre beregnet, at 96 % af alle massebreve uden for den lovbestemte eneret i Bring Citymails dækningsområde kunne flyttes fra Post Danmark til en konkurrent uden at påvirke direct mail-rabatten.
- › Uenighed om AEC-testen – både relevans og beregninger

Konkurrencerådets afgørelse

- › Konkurrencerådet fandt ved afgørelse af 24. juni 2009, at der forelå misbrug i form af loyalitetsskabende og markedsafskærmende rabatter for direct mail-forsendelser.
- › Post Danmark havde ikke dokumenteret effektivitetsgevinster, der kom forbrugerne til gode, og som kunne opveje de konkurrencebegrænsende virkninger af direct mail-rabatterne.
- › Baseret på en række undersøgelser og analyser.
- › Rådet afviste relevansen af en AEC-test efter Kommissionens håndhævelsespapir.

EU-Domstolens dom

- › EU-Domstolen tog navnlig stilling til
 - › Den generelle misbrugstest ved rabatter
 - › Nødvendigheden af en AEC-test
 - › Gælder der et mærkbarhedskrav

Den generelle misbrugstest ved rabatter

- › Artikel 102 er rettet mod en adfærd, som kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen allerede er svækket, og som har til virkning at skabe hindringer for opretholdelsen af den konkurrence, der stadig findes på markedet. (præmis 26)
- › 3 slags rabatter (præmis 27-28)
 - › Egentlige mængderabatter
 - › Egentlige loyalitetsrabatter
 - › Uegentlige loyalitetsrabatter

Misbrugstesten

- › Samtlige omstændigheder skal tages i betragtning, bl.a. de kriterier og regler, hvorefter rabatten bliver ydet.
- › Har rabatten ved at udgøre en fordel, som ikke er begrundet i en økonomisk modydelse, fjernet eller begrænset køberens mulighed for frit at vælge forsyningskilder, hindret konkurrenternes adgang til markedet, anvendt ulige vilkår for ydelser af samme værdi eller styrket den dominerende stilling gennem en fordrejning af konkurrencen. (præmis 29)
- › Rækkevidden af den dominerende stilling og de særlige konkurrencebetingelser på markedet (præmis 30).

Misbrugstesten

- › De kriterier og regler, hvorefter rabatten ydes (præmis 32-38)
 - › Retroaktivitet
 - › Referenceperiode
 - › Kundernes placering på rabatskalaen/de frie forsendelser
 - › Standardiseringen (ikke diskrimination, men stadig markedsafskærmning)
- › Rækkevidden af Post Danmarks dominans (præmis 39-42)
 - › Markedsandele
 - › Markedsstrukturen mv
- › Betydningen af, at rabatten omfatter en stor del af kunderne (præmis 43-46)
 - › Udgør en nyttig indikation af virkningerne af rabatten og dens betydning for markedet, som kan styrke sandsynligheden for en ekskluderende virkning.
- › Effektivitetsfordele (præmis 47-49)

AEC-testen

- › Ikke krav om anvendelse af AEC-test (præmis 56-57).
- › AEC-test kan være relevant, som et instrument blandt andre (præmis 58 og 61).
- › På et marked som i hovedsagen, vil en AEC-test dog ikke være relevant, idet markedsstrukturen gør det umuligt at have en konkurrent, der er lige så effektiv, og idet også en ikke lige så effektiv konkurrent kan udøve et konkurrencepres (præmis 59-60)

Mærkbarhed

- › Den markedsafskærmende virkning skal ikke være rent hypotetisk (præmis 65).
 - › Kun adfærd, som kan have en konkurrencebegrænsende virkning på markedet, er omfattet af artikel 102 (præmis 68).
 - › Ved vurderingen heraf skal samtlige relevante omstændigheder inddrages, herunder kriterier og regler for rabatten, antallet berørte kunder og kendetegnene ved det konkrete marked (præmis 69)
- › Den konkurrencebegrænsende virkning skal ikke være alvorlig eller mærkbar. Enhver konkurrencebegrænsende adfærd er efter sin art egnet til at medføre ikke-ubetydelige begrænsninger eller endog udelukkelse af konkurrencen (præmis 70-73)