



KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

NOTAT

Dato: 10. april 2014

Sag: 12/07711-287

Notat til Folketingets Europaudvalg

KONKURRENCE- OG
FORBRUGERSTYRELSEN

Om afgivelse af indlæg i EU-Domstolens sag C-23/14, Post Danmark mod Konkurrencerådet, vedrørende Post Danmarks direct mail-rabatsystem

ERHVERVS- OG
VÆKSTMINISTERIET

1. INDLEDNING

Konkurrenceankenævnet stadfæstede ved kendelse af 10. maj 2010 Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2009 om, at Post Danmark har misbrugt sin dominerende stilling på markedet for distribution af massebreve i strid med konkurrencelovens § 11 og EF-Traktatens artikel 82 (nu artikel 102 TEUF). Post Danmark har indbragt sagen for Sø- og Handelsretten, der har besluttet at forelægge en række præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af artikel 82 for EU-Domstolen, jf. nærmere punkt 4 nedenfor.

2. SAGENS BAGGRUND

Sagen tager sit udgangspunkt i en klage til konkurrencemyndighederne fra Bring Citymail, der i 2007 var indtrådt på det danske marked, hvor Bring Citymail tilbød omdeling af såkaldte direct mail-forsendelser i konkurrence med Post Danmark. Efter at have lidt betydelige tab forlod Bring Citymail ved udgangen af 2009 det danske marked.

Efter Bring Citymails opfattelse havde Post Danmark i perioden anvendt ulovlige rabatter på sine direct mail-forsendelser, hvilket var baggrunden for, at Bring Citymail måtte forlade markedet.

Post Danmark indtog i den undersøgte periode 2007-2008 en dominerende stilling på markedet for distribution af massebreve (der bl.a. omfatter direct mail-produkter) i kraft af selskabets markedsandel på over 95 % og selskabets enestående position med eneret, befordringspligt og et landsdækkende distributionssystem.

Konkurrencerådet traf den 24. juni 2009 afgørelse om, at Post Danmark havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet ved at have anvendt et rabatsystem for direct mail-forsendelser, der var loyalitetsskabende og markedsafskærmende.

Konkurrencerådets vurdering tog udgangspunkt i EU-Domstolens praksis og Kommissionens prioriteringsmeddelelse om anvendelse af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd (EUT 2009/C 45/02).

Konkurrencerådet fandt på baggrund af en række undersøgelser og analyser, at det var sandsynligt, at Post Danmarks adfærd medførte en konkurrenceskadelig afskærmning på markedet. Rådet lagde herved vægt på postmarkedets særlige karakteristika, herunder Post Danmarks særlige stilling på markedet, samt rabatsystemets opbygning og indhold, herunder rabatsystemets retroaktive karakter og rabatspændets størrelse. Endvidere foretog rådet en række økonomiske analyser af rabattens konkrete markedsafskærmende virkninger.

Rådet fandt i den forbindelse, at det ikke var relevant at basere misbrugs-vurderingen på den såkaldte as efficientcompetitor-test omtalt i prioriteringsmeddelelsens pkt. 23 (en sammenligning af priserne med den dominerende virksomheds omkostninger). Konkurrencerådet lagde i den forbindelse vægt på, at det danske postmarked har sådanne karakteristika, at en as efficientcompetitor-test ikke er anvendelig, jf. pkt. 24 i prioriteringsmeddelelsen, fordi en ny konkurrent på grund af markedets karakteristika ikke - på kortere sigt - ville kunne være lige så effektiv som Post Danmark. Afgørelsen er derfor ikke baseret på en sammenstilling af Post Danmarks priser med selskabets omkostninger.

3. SAGEN FOR SØ- OG HANDELSRET TEN

Post Danmark har under sagen i Sø- og Handelsretten fremført en lang række indsigelser mod rådets afgørelse. Navnlig har Post Danmark gjort gældende,

- at det er en nødvendig forudsætning for at kunne påvise en mærkbar konkurrenceafskærmende virkning, at der er foretaget en as efficientcompetitor-test med udgangspunkt i Kommissionens artikel 82-meddelelse,
- at rabatsystemet ikke havde en mærkbar markedsafskærmende virkning, idet kun en mindre del af markedet reelt blev berørt af rabatten og
- at det ikke er påvist, at Post Danmarks rabatsystem havde en sådan mærkbar markedsafskærmende virkning, at konkurrenterne faktisk eller sandsynligvis ville blive elimineret fra markedet.

Under domstolsagens behandling har Post Danmark fremsat begæring om præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen. Konkurrencerådet har efter tidligere drøftelse i Juridisk Specialudvalg tiltrådt, at det er relevant at få en nærmere afklaring af, efter hvilke kriterier det skal vurderes, om et rabatsystem har en ulovlig markedsafskærmende virkning, idet dette endnu ikke er fuldt ud afklaret i retspraksis.

4. DE PRÆJUDICIELLE SPØRGSMÅL

Sø- og Handelsretten har ved kendelse af 20. januar 2014 i medfør af artikel 267, stk. 2, TEUF, truffet afgørelse om at anmode EU-Domstolen om en præjudiciel afgørelse om fortolkningen af EF-traktatens artikel 82 (nu artikel 102 TEUF).

I forelæggelseskendelsen redegør Sø- og Handelsretten nærmere for sagens omstændigheder, herunder for de særlige karakteristika der gjorde sig gældende for Post Danmarks direct mail-rabat (forelæggelseskendelsens punkt 10-11), og anmoder på den baggrund om besvarelse af følgende præjudicielle spørgsmål:

Spørgsmål 1

Efter hvilke retningslinjer skal det afgøres, om en dominerende virksomheds anvendelse af et rabatsystem med en standardiseret mængdetærskel med de i punkt 10-11 i forelæggelsesbeslutningen nævnte karakteristika udgør et misbrug af en dominerende stilling i strid med EF-traktatens artikel 82?

Som et led i besvarelsen bedes det belyst, hvilken betydning det har for vurderingen, om rabatsystemets tærskler er fastsat på en sådan måde, at rabatsystemet finder anvendelse på den væsentligste del af kunderne på markedet?

Som et led i besvarelsen bedes det endvidere belyst, hvilken betydning, om nogen, den dominerende virksomheds priser og omkostninger har for bedømmelsen efter EF-traktatens artikel 82 af et sådant rabatsystem (betydningen af as efficient-competitor-test).

Det bedes samtidig belyst, hvilken betydning markedets karakteristika i den forbindelse har, herunder om markedets karakteristika kan berettige, at der kan påvises markedsafskærmende virkning ved andre undersøgelser og analyser end en as efficientcompetitor-test, jf. herved punkt 24 i Kommissionens artikel 82-meddelelse.

Spørgsmål 2

Hvor sandsynlig og alvorlig skal den konkurrenceskadelige virkning af et rabatsystem, med de i punkt 10-11 i forelæggelsesbeslutningen nævnte karakteristika, være, for at EF-traktatens artikel 82 finder anvendelse.

Spørgsmål 3

Under hensyn til besvarelsen af spørgsmål 1-2, hvilke nærmere omstændigheder skal den nationale domstol tage i betragtning ved vurderingen af, om et rabatsystem, under omstændigheder svarende til dem der er beskrevet i forelæggelsesbeslutningen (markedets og rabatsystemets karakteristika), konkret har eller er egnet til at have en sådan markedsafskærmende virkning, at det udgør et misbrug omfattet af EF-traktatens artikel 82?

Er det i den forbindelse et krav, at den markedsafskærmende virkning er mærkbar?

5. REGERINGENS RETLIGE STILLINGTAGEN

Konkurrencerådet gør under sagen for Sø- og Handelsretten gældende, at Post Danmark misbrugte sin dominerende stilling på markedet for distribution af massebreve ved at anvende loyalitetsskabende og markedsafskærende rabatter.

I den forbindelse argumenterer Konkurrencerådet nærmere for,

- at der ikke efter artikel 82 er krav om, at der skal påvises en egentlig markedsafskærmende virkning af et rabatsystem eller det præcise omfang heraf. Efter fast retspraksis fra EU-Domstolen er det tilstrækkeligt at påvise, at rabatsystemet rent faktisk under de konkrete omstændigheder *er egnet* til at have en sådan virkning
- at det i den forbindelse ikke skal påvises, at konkurrenterne faktisk eller sandsynligvis elimineres, idet det er tilstrækkeligt, at rabatsystemet er egnet til at begrænse køberens mulighed for frit at vælge leverandør, hindre konkurrenternes adgang til markedet eller styrke den dominerende virksomheds position gennem en fordrejning af konkurrencen
- at undersøgelsen af en rabatordnings markedsafskærmende virkning skal tage hensyn til samtlige relevante omstændigheder, hvilket rådet har gjort i den indbragte afgørelse

- at det under hensyn til markedets særlige karakteristika ikke var retvisende at basere misbrugsvurderingen på en as efficientcompetitor-test
- at den potentielle markedsafskærmende virkning i praksis skal have betydning for en ikke ubetydelig del af kunderne, men at der ikke gælder et egentligt "mærkbarhedskrav". Under alle omstændigheder var Post Danmarks rabatsystem egnet til at have en betydelig markedsafskærmende virkning på hele det relevante marked.

Regeringen er af den opfattelse, at der bør afgives indlæg i sagen, hvori der argumenteres i overensstemmelse med det, som Konkurrencerådet har gjort gældende under sagen ved SØ- og Handelsretten