

Kammeradvokaten

24. JANUAR 2014

J.nr.: 7508697 KLH/tkl

Transportministeriet
Frederiksholms Kanal 27
1220 København K
Att.: Chefkonsulent Carsten Marckstrøm og
selskabsdirektør Michael Birch
SENDD PR. MAIL: cmo@trm.dk og mbh@trm.dk

Post Danmarks regnskabsreglement

Jeg har den 10. januar 2014 tilkendegivet, at jeg er enig i konklusionen i ministeriets redegørelse af samme dato, hvorefter "[...] *Regnskabsreglementet for Post Danmark - og de deri indeholdte IC-principper for fordelingen af omkostningerne - er udtryk for en korrekt implementering af postdirektivet.*"

Jeg har efterfølgende fra Transportministeriet modtaget kopi af to notater af henholdsvis 14. og 15. januar 2014 fra advokatfirmaet Bech-Bruun samt af et notat af 16. januar 2014 udarbejdet af Sune Troels Poulsen, docent, ph.d, Det juridiske Fakultet, Københavns Universitet. Notaterne er alle udarbejdet på foranledning af FK Distribution.

I forlængelse heraf er jeg blevet anmodet om at oplyse, om disse notater giver mig anledning til supplerende bemærkninger.

På den baggrund skal det indledningsvis bemærkes, at det ikke forekommer hensigtsmæssigt at kommentere alle enkeltheder i notaterne, og at jeg i det følgende derfor blot vil kommentere de centrale kritikpunkter, som kommer til udtryk i notaterne. Af de grunde, der redegøres for i det følgende, giver notaterne mig ikke anledning til at ændre min vurdering:

1. Konkurrenceretlig praksis, herunder Højesterets dom af 15. februar 2013

Som beskrevet i Transportministeriets Redegørelse af 10. januar 2014, baserer regnskabsreglementet for Post Danmark A/S sig grundlæggende på en fordeling af omkostningerne efter IC-principper, således at omkostninger, der er nødvendige for at opretholde befordringspligten ("network capacity"), fordeles til befordringspligtsområdet, mens inkrementelle omkostninger, dvs. de meromkostninger der er forbundet med de enkelte tjenester og produkter ("network usage"), henføres til disse.

En test baseret på en sådan omkostningsfordeling anvendte Kommissionen i sin afgørelse af 20. marts 2001 i Deutsche Post-sagen ved vurderingen af, om Deutsche Post havde misbragt en dominerende stilling ved at anvende underbudspriser på det ikke-befordringspligtige område, jf. navnlig afgørelsens punkt 8-10 og punkt 35-36. Testen, som Konkurrencerådet også har anvendt i forhold til Post Danmark, ligger til grund for regnskabsreglementets udformning.

Det er uklart for mig, hvad der er baggrunden for, at der i Bech-Bruuns notat af 14. januar 2014 tilsyneladende rejses tvivl om, hvorvidt Kommissionen faktisk anvendte en sådan test i Deutsche Post-afgørelsen, da det efter min opfattelse fremgår utvetydigt af afgørelsen. Dette lægges også til grund i Sune Troels Poulsens notat af 16. januar 2014.

I notaterne rejser både Bech-Bruun og Sune Troels Poulsen det spørgsmål, om denne test er den eneste mulige test, og Bech-Bruun rejser endvidere særskilt spørgsmålet, om denne test fortsat kan anses for at være udtryk for gældende ret, da det er baseret på en afgørelse fra 2001, og da konkurrenceområdet er et retsområde, der udvikles hurtigt.

Overordnet bemærker jeg herom, at det efter min opfattelse ikke er muligt at pege på hverken EU-retlig eller dansk praksis efter Deutsche Post-afgørelsen, hvori der er anvendt en anden test ved vurderingen af, om der er udøvet et misbrug af en dominerende stilling i henhold til konkurrencereglerne specifikt i relation til befordringspligtige virksomheder på postområdet. Notaterne indeholder heller ingen henvisninger til en sådan praksis.

I Højesterets dom af 15. februar 2013 baserer Højesteret sig på en vurdering af omkostningerne opgjort efter de omhandlede principper, og også i EU-Domstolens dom af 27. marts 2012 vedrørende de præjudicielle spørgsmål, som var blevet forelagt af Højesteret i sagen, lægges testen til grund. Dette anerkendes ligeledes i Sune Troels Poulsens notat.

Jeg mener derfor ikke, at der er noget grundlag for at rejse tvivl om, at en omkostningsfordeling baseret på IC-principper udgør et egnet grundlag for at vurdere, om der foreligger et misbrug af en dominerende stilling i form af såkaldt predatory pricing for en befordringspligtig virksomhed på postområdet. Det taler klart for at udforme regnskabsreglementet på en måde, som netop muliggør en sådan test.

Da der i hvert fald på nuværende tidspunkt ikke er støtte i konkurrencemyndighedernes eller domstolenes praksis for, at en anden test kan (eller bør) anvendes, mener jeg derfor, at hensynet til at muliggøre en konkurrenceretlig vurdering taler klart imod at ændre regnskabsreglementet og de grundprincipper, som det bygger på.

2. Postdirektivet og navnlig direktivets artikel 14, stk. 3, litra b (iv)

Postdirektivets artikel 14 fastsætter overordnede og generelle principper for de krav til regnskabsførelse, regnskabsmæssig opdeling og omkostningsfordeling, som medlemsstaterne skal sikre, at de beforderingspligtige virksomheder anvender. Bestemmelsen har som væsentligt formål at sikre, at de beforderingspligtige virksomheder løbende udformer deres regnskaber på en måde, som muliggør en bedømmelse efter konkurrencereglerne, herunder i relation til spørgsmålet om der anvendes underbudspriser, der udgør et misbrug af en dominerende stilling.

Bestemmelsen anvender ikke, og har på intet tidspunkt anvendt, begrebet inkrementelle omkostninger, men da der er tale om en ret overordnet beskrivelse af de principper, som medlemsstaterne skal sikre anvendt af de beforderingspligtige virksomheder, udelukker bestemmelsen efter min opfattelse heller ikke, at medlemsstaterne tager udgangspunkt i en regnskabsmæssig opdeling eller omkostningsfordeling, der følger de IC-principper, som Kommissionen selv anvendte i Deutsche Post-afgørelsen. Som Transportministeriet har oplyst i sin redegørelse af 10. januar 2014, blev dette da også accepteret af Kommissionen, da Transportministeriet rejste spørgsmålet forud for gennemførelsen af 2006-regnskabsreglementet for Post Danmark.

I 2008 blev i postdirektivet indsat følgende bestemmelse i artikel 14, stk. 3, litra b (iv):

"fællesomkostninger, der er nødvendige for at levere både tjenester, der er omfattet af beforderingspligten, og tjenester, der ikke er omfattet af beforderingspligten, fordeles på passende måde; der skal anvendes samme omkostningsfaktorer på henholdsvis tjenester, der er omfattet af beforderingspligten, og tjenester, der ikke er omfattet af beforderingspligten."

Som jeg forstår deres synspunkter, er det både Bech-Bruuns og Sune Troels Poulsens opfattelse, at denne bestemmelse ikke er blevet korrekt implementeret i Post Danmarks regnskabsreglement.

Hertil bemærkes, at regnskabsreglementet faktisk er blevet ændret, således at det nu indeholder en bestemmelse i § 4, stk. 3, litra f, hvorefter fællesomkostninger, der er nødvendige for at levere både tjenester, der er omfattet af beforderingspligten, og tjenester, der ikke er omfattet af beforderingspligten, fordeles helt som foreskrevet i postdirektivets artikel 14, stk. 3, litra f, idet der dog i regnskabsreglementets bestemmelse er tilføjet en parentes, hvoraf det fremgår, at den kun omfatter "*ikke-henførbare fællesomkostninger*".

"*Henførbare fællesomkostninger*" er i regnskabsreglementets § 4, stk. 3, litra b, defineret som de omkostninger, der kan "*fordeles efter en direkte analyse af omkostningernes oprindelse*". Det er efter min opfattelse i fuld overensstemmelse med postdirektivets bestemmel-

ser, der som overordnet og primær regel for fordelingen af fællesomkostninger fastsætter, at *"fællesomkostningerne fordeles så vidt muligt på grundlag af en direkte analyse af omkostningernes oprindelse"*, jf. direktivets artikel 14, stk. 3, litra b (i).

Det "hierarki" for fordelingen af fællesomkostninger, som direktivets artikel 14, stk. 3, er opbygget efter, indebærer derfor efter min opfattelse, at bestemmelsen må forstås således, at det kun er i tilfælde, hvor fællesomkostninger ikke kan fordeles efter en sådan direkte analyse af deres oprindelse (dvs. efter princippet i punkt (i)), at det bliver relevant at foretage en fordeling efter de principper, som opregnes i de følgende punkter (punkterne (ii)-(iv)).

Spørgsmålet er derfor reelt, om direktivets artikel 14, stk. 3, litra b (iv), indebærer, at de IC-principper, der ligger til grund for udformningen af regnskabsreglementets § 4, stk. 3, litra a og c, ikke længere kan opretholdes.

Der er efter min opfattelse imidlertid ingen modstrid mellem direktivet og regnskabsreglementet på dette punkt.

Da postdirektivets artikel 14 som nævnt kun fastsætter overordnede principper for medlemsstaternes krav til de befordringspligtige virksomheders regnskabsførelse, mener jeg ikke, at der er grundlag for at forstå direktivets artikel 14, stk. 3, litra b (iv), og dermed regnskabsreglementets § 4, stk. 3, litra f, således, at det efter bestemmelsens ikrafttræden ikke længere er muligt at fordele omkostningerne med udgangspunkt i de i bl.a. Deutsche Post-sagen anvendte IC-principper.

Jeg lægger herved vægt på, at bestemmelsen i artikel 14, stk. 3, litra b (iv)/regnskabsreglementets § 4, stk. 3, litra f, efter sin ordlyd kun omfatter fællesomkostninger, som er nødvendige for at levere både tjenester, der er omfattet af befordringspligten, og tjenester, der ikke er omfattet af befordringspligten.

Selv om jeg ikke har kendskab til, hvordan Post Danmark præcist fordeler sine fællesomkostninger i praksis, er det efter min vurdering oplagt, at der kun er få fællesomkostninger i de befordringspligtige virksomheder, som kan karakteriseres som "nødvendige" for at sikre varetagelsen af virksomhedens tjenester både inden for og uden for det befordringspligtige område. Ordlyden af direktivets artikel 14, stk. 3, litra b (iv), forudsætter nemlig, at der er tale om fællesomkostninger, der fortsat ville skulle afholdes fuldt ud (være "nødvendige"), uanset om den befordringspligtige virksomhed ikke længere skulle varetage befordringspligten, og/eller uanset om den pågældende virksomhed fremover kun skulle udøve ydelser og tjenester omfattet af befordringspligten.

Bestemmelsen vedrører altså en meget begrænset type af omkostninger, nemlig de omkostninger der fortsat skal afholdes fuldt ud, uanset om befordringspligten opretholdes eller ej. Bech-Bruun og Sune Troels Poulsen synes derimod, i strid med den klare ordlyd, at forud-

sætte, at direktivets artikel 14, stk. 3, litra b (iv), udgør hovedreglen for fordelingen af en befordringspligtig virksomheds fællesomkostninger.

I den forbindelse bemærkes det i øvrigt, at jeg har fået oplyst, at Transportministeriet har forespurgt Kommissionen, om bestemmelsens indførelse indebar, at det ikke længere ville være muligt at operere med et regnskabsreglement, der tog udgangspunkt i de i bl.a. Deutsche Post-sagen anvendte IC-principper, og at Kommissionen, omend uformelt, har bekræftet, at bestemmelsen ikke var til hinder herfor.

Sammenfattende giver de fremsendte notater mig altså ikke grundlag for at ændre den vurdering, som jeg tidligere har givet udtryk for, hvorefter regnskabsreglementet for Post Danmark er udtryk for en korrekt implementering af postdirektivet.

Med venlig hilsen


Karsten Hagel-Sørensen
— Kammeradvokat