



EUROPA-KOMMISSIONEN

ORIGINAL

Bruxelles, 20. august 2010
JURM(2010)4136 BG/KM/UN/sb

**TIL FORMANDEN OG MEDLEMMERNE
AF DEN EUROPÆISKE UNIONS DOMSTOL**

SKRIFTLIGE BEMÆRKNINGER

Fremsendt i henhold til artikel 23 i protokollen vedrørende statuten for den Europæiske Unions Domstol af Europa-Kommissionen, repræsenteret ved Hr. Bruno GENCARELLI, Frk. Karolina MOJZESOWICZ og Hr. Uffe NIELSEN, medlemmer af dens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede, og med tjenesteadresse hos Hr. Antonio ARESU, ligeledes medlem af dens Juridiske Tjeneste, på adressen Batiment BECH, 5 Rue A. Weicker, L-2721 Luxembourg,
i

Sag C-209/10

Post Danmark A/S c/ Konkurrencerådet

I hvilken Højesteret har anmodet om præjudiciel afgørelse, i henhold til artikel 267 TEUF.

INDHOLDSFORTEGNELSE

1. Indledning.....	3
2. Retsforskrifter.....	3
3. Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger	4
4. Spørgsmålene	7
5. Juridisk Analyse	7
A. Spørgsmål 1	7
B. Spørgsmål 2	18
6. Konklusioner	18

1. Kommissionen har den ære at forelægge følgende skriftlige bemærkninger:

1. Indledning

2. Anmodningen om den præjudicielle afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 82 EF, nu artikel 102 I TEUF. Højesteret ønsker vejledning om fortolkningen af retspraksis vedrørende selektiv prisdiskrimination.

2. Retsforskrifter

3. Artikel 102 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (tidl. artikel 82 i TEF) bestemmer at:

"En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på det indre marked eller en væsentlig del heraf er uforenelig med det indre marked og forbudt, i den udstrækning samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes.

Misbrug kan især bestå i:

- a) direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser
- b) begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne
- c) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen
- d) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand."

4. Den danske konkurrencelovs § 11 bestemmer at:

"Det er forbudt for en eller flere virksomheder m.v. at misbruge en dominerende stilling.

Stk. 2. Konkurrencerådet skal efter forespørgsel erklære, hvorvidt en eller flere virksomheder indtager en dominerende stilling, jf. dog stk. 7. Meddeler Konkurrencerådet, at en virksomhed ikke indtager en dominerende stilling, er meddelelsen bindende, indtil Konkurrencerådet tilbagekalder den.

Stk. 3. Misbrug efter stk. 1 kan f.eks. foreligge ved

- 1) direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser,
- 2) begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne,
- 3) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen, eller
- 4) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.

Stk. 4. Med henblik på at bringe overtrædelser af stk. 1 til ophør kan Konkurrencerådet udstede påbud, jf. § 16. For at imødekomme de betænkeligheder, som Konkurrencerådet har i relation til stk. 1, kan rådet endvidere gøre tilsagn, som virksomheden har afgivet, bindende, jf. § 16 a, stk. 1.

Stk. 5. Konkurrencerådet kan efter anmeldelse fra en eller flere virksomheder erklære, at en given adfærd ikke efter de forhold, som Konkurrencerådet har kendskab til, er omfattet af stk. 1, og at der derfor ikke er grundlag for at udstede påbud i medfør af stk. 4.

Stk. 6. Konkurrencerådet kan fastsætte nærmere regler om det materiale, som skal foreligge til brug for en afgørelse efter stk. 2 eller 5.

Stk. 7. Konkurrencerådet kan undlade at træffe afgørelse efter stk. 2 eller stk. 5, hvis afgørelsen kan have betydning for, om en eller flere virksomheder misbruger en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, og samhandelen mellem medlemsstaterne i Den Europæiske Union mærkbart kan påvirkes heraf."

3. Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

5. Post Danmark og Forbruger-Kontakt er de to vigtigste virksomheder på det danske marked for distribution af adresseløse forsendelser. Markedet for distribution af

adresseløse forsendelser er fuldt ud liberaliseret i Danmark og er ikke omfattet af den postsektorretlige lovgivning (punkt 3 i forkyndelsen).

6. Post Danmark har eneret og befordringspligt vedrørende omdeling af adresserede breve og pakker inden for nærmere fastlagte vægtgrænser. Selskabet har som følge af befordringspligten et landsdækkende distributionsapparat, der tillige benyttes til distribution af adresseløse forsendelser (punkt 4 i forkyndelsen).
7. Med hensyn til den forventede markedsudvikling fandt Landsretten i sin dom 21. december 2007 (punkt 95 i dommen), at der i de seneste år ikke er kommet nye konkurrenter på markedet, og antallet af konkurrenter er faldet støt. Der er heller ikke noget, som taler for, at der indtræder nye aktører på markedet i den nærmeste fremtid. Domstolen fastslog tillige, at de mindre aktører på markedet får mindre og mindre betydning.
8. Forbruger-Kontakt havde som vigtige kunder på det relevante marked indtil 2004 supermarkeds-kædemerkerne SuperBest, Spar og Coop. Ved aftaler indgået i efteråret 2003 overtog Post Danmark med virkning fra primo 2004 distributionen af de tre supermarkeds-kæders adresseløse forsendelser (punkt 8 og 9 i forkyndelsen).
9. Post Danmarks pris til Coop gav ikke dækning for postvirksomhedens gennemsnitlige samlede omkostninger, men gav dækning for virksomhedens gennemsnitlige inkrementelle omkostninger (punkt 17 i forkyndelsen).
10. Konkurrenceankenævnet stadfæstede ved kendelse af 1. juli 2005 Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004, hvorved rådet fastslog, at Post Danmark har misbrugt en dommerende stilling på markedet for adresseløse forsendelser ved at anvende loyalitetsskabende målrabatter og selektiv prissætning dvs. stille kunder i samme situation forskelligt for så vidt angår priser og rabatter ("secondary-line diskrimination") samt ved at anvende forskellige priser over for selskabets egne kunder og Forbruger-Kontakts tidligere kunder uden at kunne omkostningsbegrunde de betydelige pris- og rabatforskelle ("primary-line diskrimination") (punkt 18 i forkyndelsen).
11. Konkurrenceankenævnet stadfæstede ved samme kendelse endvidere Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2004, hvorved rådet konkluderede, at der ikke kan påvises elimineringshensigt fra Post Danmarks side og derefter fastslog, at Post Danmark ikke

har misbrugt sin dominerende stilling på markedets for adresseløse forsendelser ved at anvende urimeligt lave priser ("predatory pricing"). Konkurrencerådets og Konkurrenceankenævnets afgørelser er endelige på dette punkt (punkt 18 og 19 i forkyndelsen).

12. Konkurrencerådet gav under sagsbehandlingen udtryk for den holdning at elimineringshensigt kan være en af de omstændigheder, der kan indgå i den samlede konkrete vurdering, men er ikke et krav, der ubetinget skal være opfyldt for, at selektive priser, der ligger under de gennemsnitlige samlede omkostninger, men over de inkrementelle omkostninger; kan udgøre et misbrug (punkt 35 i forkyndelsen).
13. Landsretten, der afsagde dom i sagen den 21. december 2007, fandt at Post Danmark i kraft af eneretten og befordringspligten vedrørende breve m.v. kunne opretholde et landsdækkende distributionsnet uafhængig af omdelingen af adresseløse forsendelser, hvorimod Post Danmarks eneste væsentlige konkurrent, Forbruger-Kontakt, var afhængig af omdeling af adresseløse forsendelser for at kunne opretholde sit distributionsnet. Landsretten fandt endvidere, at der var anvendt selektivt lave priser over for supermarkedskæderne SuperBest, Spar og Coop i forhold til priserne for Post Danmarks øvrige kunder og at Post Danmark ikke havde godtgjort, at prisforskellen i forhold til de øvrige kunder var begrundet i omkostningsmæssige forhold (punkt 23 og 24 i forkyndelsen).
14. Landsretten konkluderede at denne adfærd fandt sted på et marked, hvor Post Danmark indtog en helt særlig position i kraft af sin markedsandel og enestående strukturelle fordel, og hvor den eneste væsentligste konkurrent, Forbruger-Kontakt, var sårbar over for tab af store kunder (punkt 25 i forkyndelsen).
15. Den 8. februar 2008 ankede Post Danmark landsrettens dom til Højesteret og fremførte bl.a. argumenter om, at selektivt lave priser, der ikke dækker omkostningerne, kan anses for misbrug, hvis der er tegn på at hensigten er at eliminere konkurrencen.
16. Under disse omstændigheder besluttede Højesteret at udsætte sagen og forelægge følgende to spørgsmål til præjudiciel afgørelse ved Domstolen.

4. Spørgsmålene

17. På denne faktiske og retlige baggrund har den nationale ret besluttet at forelægge følgende spørgsmål til EU-domstolen til præjudiciel afgørelse.

I. Skal EF-traktatens artikel 82 fortolkes således, at en dominerende befordringspligtig postvirksomheds selektive prisnedsættelse til et niveau lavere end postvirksomhedens gennemsnitlige samlede omkostninger, men over virksomhedens gennemsnitlige inkrementelle omkostninger, kan udgøre et ekskluderende misbrug, såfremt det lægges til grund, at priserne ikke er sat på dette niveau med det formål at eliminere en konkurrent?

II. Såfremt spørgsmål I besvares med, at en selektiv prisnedsættelse under de i spørgsmål I givne forudsætninger under visse omstændigheder kan udgøre et ekskluderende misbrug, hvilke omstændigheder skal den nationale domstol da tage i betragtning?

5. Juridisk Analyse

A. Spørgsmål 1

18. Foreløbigt bemærker Kommissionen, at ved forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling på markedet, i det omfang samhandelen mellem medlemsstater kan blive påvirket, refererer artikel 102 TEUF til adfærd, der er egnet til at påvirke strukturen på et marked, hvor graden af konkurrencen allerede er svækket, og som ved anvendelse af metoder der afviger fra dem, der normalt gælder for konkurrencen mellem erhvervsdrivendes produkter og tjenesteydelser, har den virkning at hindre opretholdelsen af den eksisterende konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence¹. Derfor har en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, et særligt

¹ Sag 85/76, *Hoffmann-La Roche mod Kommissionen*, Sml. 1979, s. 461, præmis 91, sag 322/81 *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen*, Sml. 1983, s. 3461, præmis 70, sag C-62/86, *AKZO mod Kommissionen*, Sml. 1991 I, s. 3359, præmis 69, og sag C-95/04 P, *British Airways mod Kommissionen*, Sml. 2007 I, s. 2331, præmis 66.

ansvar for ikke at lade sin adfærd skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på det fælles marked².

19. Ifølge fast retspraksis forbyder artikel 102 TEUF en dominerende virksomhed, at eliminere en konkurrent for herigennem at styrke sin position ved hjælp af andre metoder end dem, der falder ind under anvendelsesområdet for konkurrence på grundlag af kvalitet³. De specifikke forpligtelser, der påhviler virksomheder med en dominerende stilling, er blevet bekræftet af retspraksis ved flere lejligheder. Retten udtalte⁴, at det følger af arten af de forpligtelser, der følger af artikel 102 TEUF, at under særlige omstændigheder kan virksomheder med en dominerende stilling blive frataget retten til at foretage bestemte handlinger eller træffe foranstaltninger, som ikke i sig selv udgør et misbrug og som ikke ville være kritisable, hvis de foretages eller træffes af ikke-dominerende virksomheder. Retten understregede også, at det fra dette perspektiv ikke er al priskonkurrence der kan betragtes som legitim⁵.

20. Den nationale konkurrencemyndighed fastslog, at Post Danmark havde misbrugt en dominerende stilling på markedet for adresseløse forsendelser på flere måder, bl.a. ved at behandle kunder i samme situation forskelligt for så vidt angår priser og rabatter, og ved at anvende forskellige priser til selskabets egne kunder og Forburger-Kontakt's tidligere kunder uden at kunne begrunde de betydelige forskelle i priser og rabatter med henvisning til omkostninger. Omvendt har den nationale konkurrencemyndighed ikke fundet, at Post Danmark misbrugte sin dominerende stilling på markedet ved at benytte underbudspriser, især urimeligt lave priser under de gennemsnitlige samlede omkostninger, fordi den ikke kunne bevise at Post Danmark havde til hensigt at eliminere konkurrencen.

21. På nationalt plan, appellerede Forbruger-Kontakt afgørelsen om, at der ikke var misbrug i form af underbudspriser (urimeligt lave priser), men trak efterfølgende appellen tilbage. Denne afgørelse er derfor endelig (se punkt 19 i forkyndelsen). Beslutningen er også

² Sag 322/81 *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen*, Sml. 1983, s. 3461, præmis 57.

³ Sag C-62/86, *AKZO mod Kommissionen*, Sml. 1991 I, s. 3359, præmis 70.

⁴ Sag T-111/96 *ITT Promedia mod Kommissionen*, Sml. 1998 II, s. 2937, præmis 139.

⁵ Sag C-62/86, *AKZO mod Kommissionen*, Sml. 1991 I, s. 3359, præmis 70 og sag C-202/07 *P France Télécom SA*, Sml. 2009 I, s. 2369, præmis 106.

endelig for så vidt som den fastslår, at Post Danmark misbrugte sin dominerende stilling ved at anvende diskriminerende priser (punkt 20 i forkyndelsen). Kommissionen forstår, at kun beslutningen vedrørende misbrug i form af diskrimination mellem kunderne i Post Danmark er endelig (den såkaldte "secondary-line" forskelsbehandling). Men beslutningen om, at Post Danmark misbrugte sin dominerende stilling ved at anvende selektivt lave priser (selektiv prisdiskriminering, d.v.s. selektiv forskelsbehandling mellem sine egne kunder og Forbuerger-Kontakt's tidligere kunder, eller såkaldte "primary-line" forskelsbehandling) verserer stadig ved den nationale domstol.

22. Spørgsmålet fra den forelæggende ret vedrører anvendelsen af priser der ligger under de gennemsnitlige samlede omkostninger, men over de gennemsnitlige variable omkostninger, på en selektiv måde (kun til visse kunder). Den forelæggende ret refererer i sit spørgsmål til aspekter vedrørende test for underbudspriser ved at henvise til (i) den omstændighed, at priserne på den dominerende virksomhed, er højere end de gennemsnitlige variable omkostninger, men lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, og (ii) behovet for, at påvise hensigt om at eliminere konkurrenten. Men på baggrund af teksten i forkyndelsen, er det ikke klart, i hvilket omfang den forelæggende ret bygger på disse elementer hentet fra testen for underbudspriser med henblik på at vurdere selektive prisnedsættelser og faktisk, om det betyder noget, når selektive prisnedsættelser bedømmes, at priserne lå over de gennemsnitlige variable omkostninger, men lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, og at priserne ikke bevidst var sat på dette niveau, med henblik på at eliminere en konkurrent.
23. Domstolen har behandlet same prissætningspolitik i to typer af sager.
24. Først i sag C-62/86 AKZO⁶ vurderede Domstolen en situation, hvor den dominerende virksomhed, AKZO, der havde afkrævet sine egne kunder priser, der lå over gennemsnittet af selskabets samlede omkostninger, hvorimod de priser der blev afkrævet konkurrenternes kunder lå under de gennemsnitlige samlede omkostninger (jf. præmis 114 i dommen).

⁶ Sag C-62/86, *AKZO mod Kommissionen*, Sml. 1991 I, s. 3359.

25. Retten etablerede først testen som grundlag for hvordan lovligheden af AKZO's adfærd i forhold til priserne skulle evalueres.
26. I denne forbindelse fastslog Domstolen, at "*(...) priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger (...). En dominerende virksomhed har nemlig ingen anden interesse i at anvende sådanne priser end den at eliminere sine konkurrenter for efterfølgende at drage fordel af sin monopolstilling til at forhøje sine priser, eftersom den ved ethvert salg påføres et tab, nemlig samtlige faste omkostninger (dvs. omkostninger, der er konstante uanset den producerede mængde) og i det mindste en del af de variable omkostninger pr. produceret enhed. Herudover anses priser, der er lavere end gennemsnitlige samlede omkostninger (...), men over de gennemsnitlige variable omkostninger må anses for misbrug, når de fastsættes som led i en plan om at eliminere en konkurrent. Sådanne priser kan nemlig udelukke virksomheder fra markedet, der måske er lige så effektive som den dominerende virksomhed, men som ikke er i stand til at modstå den konkurrence, de udsættes for, som følge af deres mindre økonomiske styrke*"⁷. Domstolen konkluderede at "*det er disse kriterier, der skal anvendes i denne sag*"⁸.
27. I de følgende trin, undersøgte Domstolen "de enkelte former for misbrug" (se overskriften før præmis 75 i dommen), og "*(b) AKZO' s prismæssige adfærd*", der omfattede "*(iii) selektive priser*". AKZO's adfærd på sidstnævnte område bestod i "*den selektive karakter af tilbuddene til de 'store uafhængige'*" og "*den selektive karakter af tilbuddene til de enkelte melproducenter i Allied Mills-koncernen*".
28. Hvad angår den første af de påståede misbrug fandt Domstolen, at "*AKZO' s priser over for selskabets egne kunder lå over gennemsnittet af selskabets samlede omkostninger, hvorimod de priser, selskabet tilbød ECS kunder, lå under gennemsnittet*"⁹. Domstolen kontrollerede og bekræftede derefter, at de to kundegrupper ("*store uafhængige*", der var

⁷ Sag C-62/86, *AKZO mod Kommissionen*, Sml. 1991 I, s. 3359, præmis 71 og 72 bekræftet i sag C-202/07 *P France Télécom SA*, Sml. 2009 I, s. 2369, præmis 109, sag T-340 / 03, *France Télécom SA mod Kommissionen*, Sml. 2007 II s. 573, præmis 130, sag T-83/91 *Tetra Pak mod Kommissionen*, Sml. 1994 II, s. 755, præmis 148 og 149, stadfæstet ved EF-Domstolen i Sag C-333/94 *P, Tetra Pak mod Kommissionen*, Sml. 1996 I, s. 5951, præmis 41.

⁸ Sag C-62/86, *AKZO mod Kommissionen*, Sml. 1991 I, s. 3359, præmis 74.

⁹ Sag C-62/86, *AKZO mod Kommissionen*, Sml. 1991 I, s. 3359, præmis 114.

kunder hos en af AKZO's konkurrenter og de "store uafhængige", der hørte til AKZO's egen kundekreds) var sammenlignelige, og at forskellen i prisen ikke var berettiget på grundlag af kvaliteten af de solgte produkter eller omkostningerne ved produktionen¹⁰. I den sidste fase af nævnte dom fastslog Domstolen i præmis 115 eksistensen af vilje til at "lægge en strategi, der kan skade" konkurrenten. Domstolen udleder en sådan hensigt fra den kendsgerning, at AKZO ved kun at tilbyde priser under gennemsnittet af selskabets samlede omkostninger, til kunderne hos sin største konkurrent, kunne AKZO, i det mindste delvist, modregne tab som følge af salget til disse kunder i overskuddet fra salget til egne kunder (til priser over de gennemsnitlige samlede omkostninger)¹¹. Domstolen konkluderede derfor, at klagen over tilbuddenes selektive karakter til de "store uafhængige" var begrundet. For så vidt angår klagen over den selektive karakter af tilbuddet til de enkelte melproducenter i Allied Mills-koncernen, afviste Retten klagen med henvisning til, at kundekategorierne ikke var sammenlignelige¹².

29. Domstolen har analyseret sagen med udgangspunkt i underbudspriser og har benyttet forskelsbehandlingen (dvs. AKZO's selektive priser) med henblik på at fastlægge det subjektive misbrugselement ved underbudspriser, nemlig at der foreligger en plan om at eliminere en konkurrent.
30. Ovenstående test vedrørende underbudspriser, der anvendes af den dominerende virksomhed blev bekræftet af Retten i T-340/03 *Wanadoo*¹³ og af denne Domstol i sagen C-202/07 P *France Télécom SA mod Kommissionen*¹⁴. Retten udtalte, at i tilfælde af manglende inddrivelse af de variable omkostninger, er der en formodning for eksistensen af hensigt, mens der i forhold til priser under gennemsnittet af de samlede omkostninger, kræves bevis for at der foreligger en plan om at eliminere konkurrencen. Retten gjorde tillige opmærksom på, at i overensstemmelse med sag T-83/91 *Tetra Pak mod Kommissionen*, skal hensigt til at eliminere konkurrencen, dokumenteres på grundlag af solide og samstemmende beviser¹⁵.

¹⁰ Sag C-62/86, *AKZO mod Kommissionen*, Sml. 1991 I, s. 3359, præmis 113.

¹¹ Sag C-62/86, *AKZO mod Kommissionen*, Sml. 1991 I, s. 3359, præmis 115.

¹² Sag C-62/86, *AKZO mod Kommissionen*, Sml. 1991 I, s. 3359, præmis 120.

¹³ Sag T-340 / 03, *France Télécom SA mod Kommissionen*, Sml. 2007 II s. 573, præmis 195 og 197.

¹⁴ Sag C-202/07 P *France Télécom SA*, Sml. 2009 I, s. 2369, præmis 109.

¹⁵ Sag T-83/91 *Tetra Pak mod Kommissionen*, Sml. 1994 II, s. 755, præmis 151, sag T-340 / 03, *France Télécom SA mod Kommissionen*, Sml. 2007 II s. 573, præmis 197.

31. Det fremgår derfor, at i de tilfælde, hvor EU-domstolene har anvendt testen vedrørende underbudspriser, har de altid krævet dokumentation for den dominerende virksomheds hensigt/plan om at eliminere konkurrenten, når de priser, som den dominerende virksomhed lå under de gennemsnitlige samlede omkostninger, men over de gennemsnitlige variable omkostninger. I det omfang, at et misbrug i form af selektive prisnedsættelser i denne størrelsesorden vurderes i henhold til testen om underbudspriser, vil det være nødvendigt at dokumentere at den dominerende virksomhed havde til hensigt, at eliminere en konkurrent.
32. I vurderingen af, om den dominerende virksomheds adfærd tager sigte på at eliminere en konkurrent har EU-domstolene inddraget en række forskellige faktorer:
- Varighed, kontinuitet og omfanget af tabsgivende salg¹⁶;
 - Uberettiget forskel i priserne opkrævet fra sammenlignelige kunder¹⁷ eller mellem forskellige medlemsstater¹⁸
 - Dokumentation for en strategi om »at blive den førende« på markedet¹⁹;
 - Virksomhedens erkendelse af, at formålet med den adfærd, var at eliminere konkurrenten fra markedet²⁰;
 - Markedsandel for den dominerende virksomhed og den konkurrencemæssige struktur på markedet (f.eks. antallet og størrelsen af konkurrenterne, vertikal integration af den dominerende virksomhed, virksomhedens styrke på det tilstødende marked)²¹.
33. I det foreliggende tilfælde har den nationale domstol fastslået, at de pågældende priser var højere end de gennemsnitlige variable omkostninger og under de gennemsnitlige

¹⁶ Sag T-83/91 *Tetra Pak mod Kommissionen*, Sml. 1994 II, s. 755, præmis 151.

¹⁷ Sag C-62/86, *AKZO mod Kommissionen*, Sml. 1991 I, s. 3359, præmis 115.

¹⁸ Sag T-83/91 *Tetra Pak mod Kommissionen*, Sml. 1994 II, s. 755, præmis 151.

¹⁹ Sag T-340 / 03, *France Télécom SA mod Kommissionen*, Sml. 2007 II s. 573, præmis 198 ff., sag T-83/91 *Tetra Pak mod Kommissionen*, Sml. 1994 II, s. 755, præmis 151.

²⁰ Forenede sager C-395/96P og C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports SA mod Kommissionen*, Sml. 2000 I, s. 1442, præmis 119.

²¹ Forenede sager C-395/96P og C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports SA mod Kommissionen*, Sml. 2000 I, s. 1442, præmis 119, se også meddelelse fra Kommissionen — Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på

samlede omkostninger, at disse priser var anvendt selektivt (se punkt 25 og 36 i bekendtgørelse), og at forskellen i priserne ikke var begrundet i den såkaldte "drop-økonomi" (se punkt 24 i forkyndelsen). Kommissionen forstår også, at den nationale konkurrencemyndighed og den nationale domstol har fastslået, at der ikke var nogen direkte beviser for, at priserne blev fastsat med henblik på at eliminere en konkurrent (dvs. se punkt 18 i forkyndelsen).

34. I lyset af ovennævnte retspraksis og på grundlag af de faktiske omstændigheder i sagen præsenteret i forkyndelsen, ønsker Kommissionen at fremsætte følgende bemærkninger, som bør tages i betragtning under behandlingen af elimineringshensigten hos den dominerende virksomhed.

- **placeringen af den dominerende virksomhed:** de nationale konkurrencemyndigheder fastslog, at Post Danmark har en dominerende stilling på det relevante marked i betragtning af markedsandel på grundlag af omsætningen (på tidspunktet for overtrædelsen, havde Post Danmark en markedsandel på lidt under 50% opgjort efter værdi - se punkt 6 i forkyndelsen) og dets "helt særlige strukturelle fordel" (punkt 25 i forkyndelsen) på markedet med en landsdækkende distributionsnet, som også kunne anvendes til distribution af adresseløse forsendelser (punkt 6, 7 og 25 i forkyndelsen)

- **placeringen af konkurrenterne:** Forbruger-Kontakt var langt den største konkurrent (punkt 3 og 25 i forkyndelsen, punkt 25 taler om "*den eneste væsentlige konkurrent*") til Post Danmark med markedsandele, der er steget væsentligt fra 15-25% i 2001 til 35-45% i 2003 (se punkt 6 i forkyndelsen). Punkt 25 i forkyndelsen viser, at Forbruger-Kontakt var sårbar over for tab af store kunder. Kommissionen bemærker dog, at den største konkurrent, Forbruger-Kontakt, havde oparbejdet "(...) *et tilnærmelsesvist landsdækkende distributionsnet* (...)" punkt 5 i forkyndelsen, forkyndelsen indeholder ikke nogen angivelser med hensyn til størrelsen af de resterende konkurrenter og størrelsen af deres distributionsnet (forudsat de har et)

virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd, EUT C 45, 2009/02/24, s. 7-20, punkt 72.

- **omfanget af det påståede misbrug** (f.eks procenten af det samlede salg på det relevante marked der påvirkes af adfærden, varigheden, forekomsten): i den foreliggende sag, er der blevet anvendt selektivt lave priser i relation til Forbruger-Kontakt's tre førende kunder (supermarkedskæder SuperBest, Spar og Coop); Forbruger-Kontakt's markedsandel synes at være gået ned fra 35% -45% i 2003 til 25% -35% i 2004, det år, hvor Post Danmark indgik kontrakt med Coop (se punkt 6 af forkyndelsen, som imidlertid ikke præciserer, om faldet i markedsandelen, helt eller delvist skyldes indgåelsen af kontrakten). Det indikeres i forkyndelsen, at Coop var langt større end Post Danmarks største kunde forud for kontrakten (se punkt 10 i forkyndelsen), men der er ingen indikationer omkring den nøjagtige størrelse af Forbruger-Kontakt's andre kunder eller i relation til de andre elementer, der er omtalt ovenfor

 - **selektiviteten i prisnedsættelserne**: Post Danmarks lave priser blev (i) tilbudt selektivt til de tre vigtigste kunder hos den største konkurrent (og ikke til egne kunder), og (ii) ikke begrundet i omkostningsmæssige forhold (punkt 24 i forkyndelsen). Kommissionen bemærker dog, at kontrakten med Coop var af væsentlig kommerciel betydning for begge leverandører (det lader til, at Coop var den største kunde på markedet, se punkt 10 i forkyndelsen), og at den endelige pris var et resultat af en forhandling ledet af Coop med de to potentielle leverandører (se punkt 16 i forkyndelsen)
35. I andre sager²² har Kommissionen og EU-domstolene fastslået, at selektive prisnedsættelser kan udgøre et misbrug uafhængigt af, om de er over eller under omkostningerne, men dette gælder alene under særlige omstændigheder.
36. Som et eksempel på sådanne omstændigheder, kan man henvise til de forenede sager C-395/96 P og C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*²³, hvor Domstolen vurderede en situation, hvor virksomheder der var kollektiv dominerende (linjekonferencesystemet) reagerede på etableringen af et konkurrerende rederi ved selektivt at skære deres priser

²² Se bl.a. sag T-30/89 *Hilti AG mod Kommissionen*, Sml. 1991 II, s. 1439. Sag T-228/97, *Irish Sugar PLC mod Kommissionen*, Sml. 1999 II, s. 2969, forenede sager C-395/96P og C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports SA mod Kommissionen*, Sml. 2000 I, s. 1442.

²³ Forenede sager C-395/96P og C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports SA mod Kommissionen*, Sml. 2000 I, s. 1442.

for derved bevidst at matche priserne fra denne konkurrent eller tilbyde lavere priser (såkaldt "fighting ships"-strategi). Hverken Kommissionen, i CEWAL afgørelsen²⁴, eller Domstolen, i sin dom, har anvendt testen for underbudspriser eller mere generelt, forholdt sig til niveauet for de nedsatte priser. De fokuserede på det faktum, at 1) markedsandelen for linjekonferencen var over 90 %, 2) at linjekonference kun havde én konkurrent på markedet, og 3) at linjekonference aldrig har bestridt, og endda selv indrømmet, at formålet med denne adfærd var at fjerne konkurrenten fra markedet²⁵.

37. I sin beslutning *Eurofix-Bauco mod Hilti*, vurderede Kommissionen Hilti's (en virksomhed med en dominerende stilling, med en markedsandel på mellem 70 og 80%) selektive og diskriminerende politik, der bestod i at udskille nogle store kunder fra konkurrenterne og tilbyde dem særlige gunstige vilkår i form af selektive prisnedsættelser eller andre fordelagtige vilkår. Hilti's egne kunder modtog ikke sådanne tilbud. Hilti udarbejdede tillige en strategi til for at skade eller helt fjerne nogle af konkurrenternes vigtigste kunder f.eks. ved at vanskeliggøre leverancerne og reducere rabatterne.
38. Kommissionen fastslog, at "*særtilbuddet var ikke en direkte defensiv reaktion over for konkurrenter, men afspejlede Hilti's faste praksis med at søge at begrænse deres adgang til markedet*" og at "*kun en dominerende virksomhed som Hilti kunne føre en sådan*

²⁴ Se punkt 80 i CEWAL beslutningen EUT 1992, L 34, side 20.: "*Der må i den forbindelse sondres mellem de tilfælde, hvor der er tale om en samordnet beslutning truffet af flere virksomheder forsamlet i en linjekonference om som led i en plan at fastsætte en særlig pris for derved at trække en konkurrent ud af markedet, og de tilfælde, som Kommissionen og EF-Domstolen allerede har haft lejlighed til at behandle, hvor en enkelt virksomhed ensidigt har fastsat urimeligt lave priser, og hvor der må sondres mellem en tilladeligt aggressiv konkurrence og en konkurrence baseret på underbudspriser (Kommissionens beslutning 85/609/EØF, EUT nr. L 374 af 31. 12. 1985, s. 1, og dom af 3. juli 1991 i sag C-62/86).*

I det sidstnævnte tilfælde har EF-Domstolen opstillet en række kriterier baseret på den pågældende virksomheds produktionsomkostninger, i det førstnævnte tilfælde, som der her er tale om, er det den multilaterale og forsætlige karakter af en handlemåde gående ud på at fastsætte en usædvanlig, samordnet pris med det formål at eliminere en konkurrent, der viser, at der er tale om misbrug". Se også de forenede sager T-24/93, T-25/93, T-26/93 og T-28/93, *Compagnie Maritime Belge SA mod Kommissionen*, Sml. 1996 II, s. 1201, præmis 129 og 139.

²⁵ Forenede sager C-395/96P og C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports SA mod Kommissionen*, Sml. 2000 I, s. 1442, præmis 119, "(...) *Appellanterne har i øvrigt aldrig reelt bestridt, men derimod erkendt i retsmødet, at formålet med den anfægtede adfærd var at fortrænge G & C fra markedet*", se også de forenede sager T-24/93, T-25/93, T-26/93 og T-28/93, *Compagnie Maritime Belge SA mod Kommissionen*, Sml. 1996 II, s. 1201, præmis 148.

*strategi, fordi den på grund af sin markedsmagtstilling var i stand til at opretholde priserne til alle dets andre kunder uanset dens selektive diskriminerende rabatter*²⁶.

39. I samme beslutning præciserede Kommissionen, at *"En aggressiv prisrivalisering er et væsentligt konkurrencemiddel. Men en selektiv diskriminerende prispolitik fra en dominerende virksomheds side, der udelukkende sigter på at skade dens konkurrenters forretning eller hindre dem i adgang til markedet, samtidig med at den dominerende virksomhed opretholder højere priser for størstedelen af sine andre kunder, betyder en udnyttelse af disse andre kunder og virker ødelæggende på konkurrencen. Den udgør som sådan et misbrug, på grundlag af hvilket en dominerende virksomhed kan styrke sin allerede fremherskende markedsstilling. Misbruget i dette tilfælde er ikke afhængigt af, om priserne er lavere end omkostningerne (uanset hvordan de defineres, - og under alle omstændigheder blev visse varer givet bort uden beregning). Misbruget ligger snarere i, at Hilti på grund af sin dominerende stilling var i stand til at tilbyde sine konkurrenters kunder diskriminerende særpriser med henblik på at skade disse konkurrenters forretning, samtidig med at Hilti opretholdt højere priser til sine egne lignende kunder"*²⁷.

40. I sag T-30/89, *Hilti*, stadfæstede Retten på dette punkt Kommissionens betragtninger, nemlig at Hilti's *"selektive og diskriminerende politik"* var en del af en *"strategi"* mod Hilti's konkurrenter og deres kunder, og at en sådan strategi var *"ikke et lovligt middel i konkurrencen for en virksomhed, der indtager en dominerende stilling"*²⁸.

41. I *Irish Sugar*, forholdt Kommissionen og Domstolen sig til selektive rabatter, som kun blev givet til bestemte kunder i grænseområdet med Nordirland Irland, af en virksomhed med mere end 90% af det relevante marked. Disse *"grænseoverskridende rabatter"* var ikke begrundet i objektive økonomiske faktorer som f.eks. mængden af salg til kunderne. De blev anvendt og moduleret, så snart der var en formodning om, at prisforskellen mellem Nordirland og Republikken Irland kunne have foranlediget grænseoverskridende

²⁶ Kommissionens beslutning af 22. december 1987 om en procedure i henhold til artikel 86 i EØF-traktaten (IV/30.787 og 31.488 - *Eurofix-Bauco mod Hilti*) EUT L 065, 1988/11/03, s. 19, punkt 80.

²⁷ Kommissionens beslutning af 22. december 1987 om en procedure i henhold til artikel 86 i EØF-traktaten (IV/30.787 og 31.488 - *Eurofix-Bauco mod Hilti*) EUT L 065, 1988/11/03, s. 19, punkt 81.

²⁸ Sag T-30/89 *Hilti AG mod Kommissionen*, Sml. 1991 II, s. 1439, præmis 100.

salg. Kommissionen fandt - og Retten bekræftede - at "grænse-rabatter" var en del af en "politik", der havde til hensigt at udelukke konkurrenter²⁹.

42. Denne serie af sager viser, at selektive prisnedsættelser kan betragtes som værende misbrug, hvor en virksomhed, som har en dominerende stilling af særlig styrke, gennemfører en sådan målrettet prispolitik med det påviselige og utvetydige formål at eliminere en konkurrent. I denne forbindelse er det bl.a. relevant, at prisnedsættelserne kun tilbydes til en konkurrents vigtigste kunder eller til kunder, der måtte skifte til en konkurrent, og at der ikke er nogen objektiv økonomisk begrundelse (f.eks. stordriftsfordele) for differentieringen. Hvor der ikke foreligger en objektiv økonomisk begrundelse, kan også prisnedsættelsernes niveau (dvs. under de samlede omkostninger som i den foreliggende sag) tages i betragtning.
43. På baggrund af ovenstående foreslår Kommissionen at besvare spørgsmål 1 på følgende måde:

Artikel 102 i TEUF skal fortolkes således, at selektive prisnedsættelser foretaget af en dominerende post-virksomhed med en universel service-forpligtelse, til et lavere niveau end post-virksomhedens gennemsnitlige samlede omkostninger, men højere end dens gennemsnitlige inkrementelle omkostninger, ikke udgør et ekskluderende misbrug i form af underbudspriser, hvis det konstateres, at priserne ikke er fastsat på dette niveau med henblik på at eliminere en konkurrent. Eksistensen af en sådan plan til en underbudsstrategi, kan udledes af direkte beviser fra samme periode, eller fra andre elementer, der skal vurderes fra sag-til-sag, såsom placeringen af den dominerende virksomhed og dens konkurrenter eller prisnedsættelsernes selektive karakter.

44. Kravet om en sådan plan gælder for alle former for underbudspriser, herunder selektive prisnedsættelser, som det eventuelt kan være tilfældet.

²⁹ Sag T-228/97, *Irish Sugar PLC mod Kommissionen*, Sml. 1999 II, s. 2969, præmis 114 og 188 til 191, se også Kommissionens beslutning af 14. maj 1997 om en procedure i henhold til artikel 86 i EF-traktaten (IV/34.621, 35.059/F-3 - *Irish Sugar plc*) EUT L 258 af 22/09/1997, s. 1, nr. 128 og 129.

B. Spørgsmål 2

45. I betragtning af forslaget til besvarelse af spørgsmål 1, kan Kommissionen ikke se behovet for at besvare dette spørgsmål.

6. Konklusioner

46. Af de grunde, der er anført ovenfor, vil Kommissionen foreslå at besvare spørgsmålene fra de forelæggende retter på følgende måde:

Spørgsmål 1

Artikel 102 i TEUF skal fortolkes således, at selektive prisnedsættelser foretaget af en dominerende post-virksomhed med en universel service-forpligtelse, til et lavere niveau end post-virksomhedens gennemsnitlige samlede omkostninger, men højere end dens gennemsnitlige inkrementelle omkostninger, ikke udgør et ekskluderende misbrug i form af underbudspriser, hvis det konstateres, at priserne ikke er fastsat på dette niveau med henblik på at eliminere en konkurrent. Eksistensen af en sådan plan til en underbudsstrategi, kan udledes af direkte beviser fra samme periode, eller fra andre elementer, der skal vurderes fra sag-til-sag, såsom placeringen af den dominerende virksomhed og dens konkurrenter eller prisnedsættelsernes selektive karakter.

Spørgsmål 2

I betragtning af forslaget til besvarelse af spørgsmål 1, kan Kommissionen ikke se behovet for at besvare dette spørgsmål.

Bruno GENCARELLI

Dr Karolina MØJZESOWICZ

Uffe NIELSEN

Kommissionens befuldmægtigede