

BECH-BRUUN

Transportudvalget

København · 14. januar 2014

psj@bechbruun.com

Dok.nr. 11419131.1

L 64 – Højesterets dom af 15. februar 2013

Som advokat for FK Distribution A/S har vi gennemgået Transportministeriets "Redegørelse for regnskabsreglementet for Post Danmark A/S" af 10. januar 2014 og ministerens besvarelse af såvel samråds- som udvalgsspørgsmål til og med 13. januar 2014.

Fakta om højesteretssagen

Højesteretssagen angik prøvelse af Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004 (pkt. 13), hvor det bl.a. var fastslået, at Post Danmark havde misbrugt sin dominerende stilling i strid med konkurrencereglerne ved at anvende forskellige (selektivt lave) priser Forbruger-Kontakts tidligere kunde COOP (og SuperBest og Spar) i forhold til priserne til Post Danmarks egne kunder. Afgørelsen var blevet stadfæstet af Konkurrenceankenævnet ved kendelse af 1. juli 2005, og Østre Landsret havde ved dom af 21. december 2007 fri-fundet Konkurrencerådet for Post Danmarks påstand om ophævelse af konkurrencemyndighedernes afgørelse.

Post Danmarks påstande under højesteretssagen var i) ophævelse af Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004 (pkt. 13) og ii) at Konkurrencerådet skulle anerkende, at Post Danmark ikke havde misbrugt sin dominerende stilling ved at anvende forskellige priser over for Post Danmarks kunder og Forbruger-Kontakts tidligere kunder med en ekskluderende effekt på markedet.

Post Danmark fik af Højesteret medhold i påstanden (i) om ophævelse af Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004 (pkt. 13). Under sagens forberedelse i Højesteret blev det valgt at stille spørgsmål til EU-Domstolen om fortolkning af EU-konkurrencereglerne om misbrug af dominerende stilling. EU-Domstolen afsagde dom herom den 27. marts 2012 og fastlagde heri nye nærmere retningslinjer for, hvornår en dominerende virksomheds selektivt lave priser kan være et misbrug af dominerende stilling efter konkurrencereglerne. Højesteret kunne efterfølgende konstatere, at Konkurrencerådet i afgørelsen fra 29. september 2004 (og Konkurrenceankenævnet i kendelse af 1. juli 2005) ikke havde fulgt disse retningslinjer og dermed at der forelå en "retlig mangel" ved disse afgørelser, som måtte medføre ophævelse. Højesteret fandt ej heller, at Konkurrencerådet under højesteretssagen ud fra de af EU-Domstolen udstukne retningslinjer havde bevist, at Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004 burde opretholdes.

Derimod fik Post Danmark ikke medhold i påstanden (ii) om, at Konkurrencerådet skulle anerkende, at Post Danmark ikke havde misbrugt sin dominerende stilling ved at anvende

København

Langelinie Allé 35
2100 København Ø
Danmark

Aarhus

Frue Kirkeplads 4
8000 Aarhus C
Danmark

Shanghai, rep. kontor

83 Loushanguan Road
Suite 2635, 26/F
Shanghai, Kina

T +45 72 27 00 00
F +45 72 27 00 27
E info@bechbruun.com

Advokatfirma
CVR-nr. 25089944
www.bechbruun.com

forskellige (selektivt lave) priser over for Forbruger-Kontakts tidligere kunder i forhold til priserne over for Post Danmarks egne kunder med en ekskluderende effekt på markedet.

Lidt populistisk kan man derfor sige om højesteretsdommen, at nok fik Post Danmark medhold i, at Konkurrencerådets afgørelse skulle ophæves på grund af en retlig mangel og mangel på tilstrækkeligt bevis, men Post Danmark blev ikke med dommen frifundet for misbrug. Hvis Konkurrencerådet havde ønsket det, kunne Konkurrencerådet efter højesteretsdommen have foretaget en fornyet vurdering af, om Post Danmarks priser (i 2003 og 2004, som sagen drejede sig om) ud fra de af EU-Domstolen fastlagte retningslinjer udgjorde et misbrug af Post Danmarks dominerende stilling. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har dog ikke valgt at tage sagen op på ny - formentligt ud fra ressourcemæssige overvejelser og det forhold, at sagen drejer sig om nu ti år gamle forhold.

Har Post Danmark med højesteretsdommen fået godkendt sine priser?

Nej.

Højesteret har med dommen af 15. februar 2013 alene ophævet Konkurrencerådets afgørelse, men afvist påstanden fra Post Danmark om, at priserne ikke skulle være udtryk for misbrug, jf. ovf.

Det siger derudover sig selv, at spørgsmålet om lovligheden af Post Danmarks priser i 2013/2014 ikke har været genstand for nogen vurdering af Højesteret i dommen fra 15. februar 2013, som angik prøvelse af Post Danmarks priser i 2003/2004.

Har højesteretsdommen underkendt den danske regerings/Konkurrencerådets synspunkt om, at anvendelsen af et "falde-bort"-princip får Post Danmark til at fremstå kunstigt effektiv udenfor det befordringspligtige område?

Nej.

Konkurrencerådet havde i en separat afgørelse af 24. november 2004 truffet afgørelse om, at Post Danmark ikke havde misbrugt sin dominerende stilling ved anvendelse af såkaldt predatory pricing. I afgørelsen havde Konkurrencerådet opgjort de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger (AIC) for Post Danmarks distribution af adresseløse tryksager og fundet, at Post Danmarks priser til Forbruger-Kontakts kunder ikke var mindre end disse. Afgørelsen blev stadfæstet af Konkurrenceankenævnet og ikke prøvet ved domstolene. Afgørelsen blev dermed endelig og blev dermed ej heller prøvet af Højesteret.

Endvidere traf Konkurrencerådet i februar 2005 en såkaldt tilsagnsafgørelse over for Post Danmark. Tilsagnsafgørelsen angik, hvordan Post Danmark skulle efterleve de påbud, som

Konkurrencerådet ved afgørelsen af 29. september 2004 havde pålagt Post Danmark. Det fremgår af tilsagnsafgørelsen, at Post Danmark kunne fastsætte priser ud fra en række forhold – kaldet omkostningsdeterminanter – og at prisen ikke måtte være mindre end AIC.

Uanset afgørelsen af 24. november 2004 og tilsagnsafgørelsen fra februar 2005, argumenterede den danske regering/Konkurrencerådet efterfølgende i højesteretssagen for, at netop anvendelsen af et "falde-bort"-princip (AIC), får Post Danmark til at fremstå kunstigt effektiv (altså med reelt for få omkostninger) udenfor det befordringspligtige område (gengivet i højesteretsdommen side 30).

Højesteret anførte i præmisserne til dommen, at EU-Domstolen ikke havde taget "forbehold for beregningernes betydning for bedømmelsen af spørgsmålet om ekskluderende misbrug" og at "Konkurrencerådet har ikke til brug for Højesteret foretaget nye beregninger af de omkostninger, der angår Post Danmarks virksomhed med distribution af adresse-løse forsendelser", hvorfor Højesteret fandt "under disse omstændigheder", at de foreliggende beregninger (fra Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2004 og Konkurrencerådets tilsagnsafgørelse fra februar 2005) af Post Danmarks omkostninger måtte lægges til grund og anvendes i bedømmelse af, om Post Danmarks pris til COOP var udtryk for et misbrug.

Højesteret underkendte dermed ikke den danske regerings/Konkurrencerådets synspunkt om, at anvendelsen af et "falde-bort"-princip (AIC), får Post Danmark til at fremstå kunstigt effektiv (altså med reelt for få omkostninger) udenfor det befordringspligtige område.

Har højesteretsdommen "fastslået, at Post Danmarks omkostninger skal fordeles efter IC-principperne, når det skal afgøres, om selskabets priser giver omkostningsdækning"?

Nej.

Højesteretssagen angik prøvelse af Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004, hvori ikke indgik opgørelse af Post Danmarks omkostninger eller principperne herfor.

Det fremgår intet sted i Højesterets præmisser, at Højesteret skulle have fastslået, at Post Danmarks omkostninger skal fordeles efter nogen bestemte principper endsige hvad disse principper skulle gå ud på, jf. det evenfor citerede.

Med venlig hilsen

Peter Stig Jakobsen