

FK Distribution A/S
Bredebjergvej 6
2630 Taastrup

København den 16. januar 2014

Besvarelse af to spørgsmål om forståelse af Højesterets dom om Post Danmark

Ved mail af 13. januar 2013 har De anmodet om, at jeg behandler følgende to spørgsmål:

1. Har Højesteret med dommen godkendt Post Danmark A/S priser?
2. Har Højesteret med dommen underkendt den danske regering/Konkurrencerådets argument om, at anvendelse af et falde-bort-princip for opgørelsen af omkostningerne får Post Danmark til at fremstå kunstigt effektiv udenfor det befordringspligtige område?

I forlængelse af min besvarelse af de to spørgsmål har jeg fundet det hensigtsmæssigt også at besvare følgende spørgsmål:

3. Er det korrekt, når Transportministeriet i notat af 10. januar 2014 anfører, at der gælder et overordnet princip om, at fordelingen af omkostninger mellem de forskellige posttjenester og postprodukter skal ske på en sådan måde, at omkostninger, som skal afholdes for at opretholde befordringspligten, skal henføres til befordringspligtområdet?

Ad spørgsmål 1: Har Højesteret med dommen godkendt Post Danmarks priser?

Svaret på dette spørgsmål er nej.

Højesteret har ved sin dom af 15. februar 2013 taget stilling til, om Post Danmarks priser i 2004 udgjorde en overtrædelse af konkurrencelovens § 11 om misbrug af dominerende stilling, og Højesteret fastslog, at dette ikke var tilfældet.

Højesteret har ved dommen alene taget stilling til den nedlagte påstand 1): "Punkt 13 i Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004, som stadfæstet ved Konkurrenceankenævnets kendelse af 1. juli 2005, ophæves".

Man kan spørge, om der ved Højesterets dom indirekte kan antages at ligge en godkendelse af Post Danmarks priser. Hvis der ved dommen forelå en sådan indirekte godkendelse, så kunne denne godkendelse kun omfatte forholdene i 2004, som var det eneste, som Højesteret tog stilling til. Højesteret tog endvidere ikke ved dommen stilling til det tilsagn om en ny prisstruktur, som Post Danmark i 2005 afgav over for Konkurrencerådet. Der kan endelig ikke ved dommen antages at ligge nogen indikation af, om Post Danmarks priser i 2014 er lovlige.

**Ad spørgsmål 2: Har Højesteret med dommen underkendt den danske regering/
Konkurrencerådets argument om, at anvendelse af et falde-bort-princip for opgørelsen af omkostningerne får Post Danmark til at fremstå kunstigt effektiv udenfor det beforderingspligtige område?**

Svaret på dette spørgsmål er, at Højesteret på den ene side ikke ved dommen har underkendt argumentet om, at anvendelse af et falde-bort-princip for opgørelsen af omkostningerne får Post Danmark til at fremstå kunstigt effektiv udenfor det beforderingspligtige område, men Højesteret har på den anden side heller ikke haft grundlag for at lægge argumentet til grund for sin afgørelse i sagen. Denne vurdering vil blive uddybet nedenfor.

Argumentet om kunstig effektivitet

Et falde-bort-princip knytter sig til AIC-testen (testen om de produktspecifikke meromkostninger/de inkrementelle omkostninger). Ved anvendelsen af denne test skal Post Danmark som grundlag for beregning af sine priser medtage de omkostninger, som ville falde bort ved afvikling af tjenesten. Derimod skal de omkostninger, som ikke ville falde bort ved afvikling af tjenesten, fx fordi de indgår som reservekapacitet til brug for beforderingspligten, ikke medregnes, at idet Post Danmark skulle være afholdt disse omkostninger under alle omstændigheder.

EU-Kommissionen har anvendt AIC-testen i sin afgørelse af 20/3 2001 om Deutsche Post (DPAG), hvor Kommissionen skelnede mellem omkostninger til reservekapacitet på den ene side og de ydelsesspecifikke meromkostninger på den anden side.

Konkurrencerådet har anvendt AIC-testen i sin afgørelse af 24/11 2004 om predatory pricing.

Både for EU-domstolen og for Højesteret fremførte Danmark/Konkurrencerådet, at anvendelsen af et falde-bort-princip får Post Danmark til at fremstå kunstigt effektiv udenfor det beforderingspligtige område:

" Post Danmarks gennemsnitlige inkrementelle omkostninger, som Konkurrencerådet har beregnet i forbindelse med afgørelsen af 24. november 2004, er ikke udtryk for de væsentligste omkostninger ved den relevante aktivitet i denne sag. Den metode, der blev anvendt, får Post Danmark til at fremstå kunstigt effektiv på markedet for adresseløse forsendelser set i forhold til Forbruger-Kontakt." (argumentet er citeret fra Højesterets dom, side 39)

Argumentet om "kunstig effektivitet" kan gengives som følger: Ved at anvende AIC-testen/ de produktspecifikke meromkostninger kommer Post Danmark til at fremstå som "kunstigt effektiv", idet AIC-testen tillader, at en række af Post Danmarks omkostninger til befordringspligt henføres til det befordringspligtige område, selv om infrastruktur, personale mv. også kan anvendes til brug for de konkurrenceudsatte aktiviteter.

Den "kunstige effektivitet" ligger i, at Post Danmark allerede gennem porto og betalinger på det befordringspligtige område får dækket omkostninger til væsentlige dele af sin infrastruktur, og denne infrastruktur kan dermed uden synderlige meromkostninger anvendes til gennemførelse af konkurrenceudsatte aktiviteter. Post Danmark får derved gennem rådighed over sin infrastruktur en omkostningsmæssig fordel på det konkurrenceudsatte område i sammenligning med sine konkurrenter, fx vedrørende adresseløse forsendelser.

EU-domstolens dom af 27. marts 2012 i sag C-209/10 om Post Danmark

EU-domstolen lagde AIC-testen til grund for sin dom i denne sag. Dette har i første række sit grundlag i ordlyden af det af Højesteret stillede spørgsmål nr. 1, som netop henviste til de produktspecifikke meromkostninger. I anden række har dette sit grundlag i, at EU-domstolen i præmis 28 anførte, at der ved vurdering af priser som misbrug og en overtrædelse af artikel 82 (EUF-traktatens artikel 102) måtte ses på forholdet mellem priser og omkostninger.

EU-domstolen inddrog herefter Konkurrencerådets afgørelse af 24/11 2004 om predatory pricing i sin vurdering, og som anført ovenfor havde Konkurrencerådet i denne afgørelse anvendt AIC-testen. Domstolen fastslog herefter i præmis 34:

"Det bemærkes, at under de særlige omstændigheder i hovedsagen synes en sådan fordelingsmetode at tilsigte at identificere de væsentligste omkostninger, der kan henføres til aktiviteten med distribution af adresseløse forsendelser."

EU-domstolen har med denne formulering ikke har taget forbehold over for, om AIC-testen kan anvendes i hovedsagen (sagen for Højesteret) til at vurdere spørgsmålet om, hvorvidt Post Danmarks priser udgjorde et misbrug i strid med artikel 82/konkurrencelovens § 11.

EU-domstolen går imidlertid heller ikke i sin dom ind og foretager en nærmere analyse af AIC-testens større eller mindre grad af anvendelighed i forhold til andre mulige metoder. EU-domstolen udøver således en høj grad af sproglig forsigtighed og tager i præmis 34 en række

sproglige forbehold: "under de særlige omstændigheder i hovedsagen" og "synes en sådan fordelingsmetode at tilsige at identificere".¹

EU-domstolen har således lagt AIC-testen til grund for sin dom, men EU-domstolen åbner i præmis 34 for, at andre tests kan anvendes ved vurderingen af, om en befordringspligtig virksomheds priser udgør et misbrug i strid med artikel 82/konkurrencelovens § 11.

Højesterets dom af 15. februar 2013 om Post Danmark

Højesteret fastslog i sine præmisser i første række, at Konkurrencerådet havde anvendt en forkert test. Højesteret henviste til, at Konkurrencerådet burde have vurderet, om Post Danmark fik dækket "de væsentligste omkostninger", der kan henføres til afsætningen af den pågældende vare eller levering af den pågældende tjenesteydelse". Højesteret lagde dermed AIC-testen og EU-domstolens dom i sag C-209/10 til grund for sine præmisser.

Højesteret anførte herefter, at når man skulle vurdere, om Post Danmark fik dækket "de væsentligste omkostninger", så var det nærliggende at inddrage Konkurrencerådets afgørelse af 24/11 2004 om predatory pricing, som netop vedrørte forholdet mellem Post Danmarks priser og omkostninger. Højesteret henviste som begrundelse for at anvende Konkurrencerådets afgørelse til, at EU-domstolen havde lagt afgørelsen til grund for sin dom, og at EU-domstolen ikke havde taget forbehold heroverfor, uanset Danmark og Konkurrencerådet m.fl. havde fremsat indvendinger mod afgørelsens anvendelighed med henvisning til, "at den metode til fordeling af omkostninger ... indebærer, at Post Danmark fremstod kunstigt effektiv uden for det befordringspligtige område." (citeret fra Højesterets præmisser, jf. dommen side 43).

Det er imidlertid værd at bemærke, at Højesteret umiddelbart efter det netop citerede anførte, at Konkurrencerådet ikke havde foretaget nye beregninger af Post Danmarks omkostninger ved distribution af adresseløse forsendelser.

Højesteret konkluderede herefter, at AIC-testen og de foretagne beregninger af Post Danmarks inkrementelle omkostninger kunne lægges til grund for Højesterets afgørelse af, om Post Danmark havde handlet i strid med konkurrencelovens § 11.

Min vurdering af Højesterets dom er, at Højesteret ikke havde tilstrækkeligt grundlag for at anvende en anden test end AIC-testen, idet dette var, hvad EU-domstolen havde gjort, og da Konkurrencerådet ikke i sagen ved økonomiske beregninger havde tilvejebragt et grundlag for, at Højesteret kunne anvende en anden test end AIC-testen og derved substantieret sit argument om, at anvendelse af AIC-testen fik Post Danmark til at fremstå kunstigt effektiv.

¹ På fransk gengives ordet "synes" således: "semble viser á identifier"; på engelsk således "would seem to seek to identify".

Med den valgte formulering udelukker Højesteret efter min vurdering ikke, at en anden omkostningsfordelingsmetode end AIC-testen kan være mere retvisende med hensyn til at fastslå, hvilke omkostninger der skal medtages i en misbrugssag ved vurderingen af en befordringspligtig virksomheds priser. I den aktuelle sag, som vedrørte Post Danmarks priser tilbage i 2004, og som skulle vurderes på grundlag af den dagældende retlige sammenhæng, havde Højesteret imidlertid ikke grundlaget for at anvende en anden test end AIC-testen.

Siden 2004 er der ved direktiv 2008/6 foretaget en ændring af postdirektivet, og Højesterets anvendelse af AIC-testen som grundlag for dommen af 15. februar 2013 kan derfor kun indgå som et af flere retlige elementer ved vurderingen af, hvordan Post Danmarks priser og omkostninger skal beregnes i 2014 med henblik på en vurdering af, om konkurrencelovens § 11 er overtrådt.

Ad spørgsmål 3: Er det korrekt, når Transportministeriet i notat af 10. januar 2014 anfører, at der gælder et overordnet princip om, at fordelingen af omkostninger mellem de forskellige posttjenester og postprodukter skal ske på en sådan måde, at omkostninger, som skal afholdes for at opretholde befordringspligten, skal henføres til befordringspligtområdet?

Transportministeriet har den 10. januar 2014 udsendt en "Redegørelse for regnskabsreglement for Post Danmark A/S". Min anledning til at tage dette yderligere spørgsmål op er, at Transportministeriet i notatet anfører, at:

"Som et overordnet princip gælder, at fordelingen af omkostninger mellem de forskellige posttjenester og postprodukter skal ske på en sådan måde, at omkostninger, som skal afholdes for at opretholde befordringspligten, skal henføres til befordringspligtområdet."

Efter min vurdering har Transportministeriet ikke det fornødne grundlag for at fastslå, at der skulle gælde et sådant overordnet princip.

Transportministeriet bygger sit notat på blandt andet EU-domstolens og Højesterets domme. Endvidere anfører Transportministeriet i notatet, at Post Danmarks regnskabsreglement er i overensstemmelse med postdirektivet. Dette vil blive analyseret i det følgende.

Afgørelserne og dommene som retskilde

Transportministeriet henviser i sit notat til en række afgørelser og domme, som alle vedrører forhold fra 2004 eller tidligere. Selv om Højesterets dom er afsagt i 2013, så har Højesteret alene taget stilling til, om Post Danmarks priser og omkostninger i 2004 udgjorde en overtrædelse af konkurrencelovens § 11.

Efter min vurdering har Transportministeriet dermed ikke i de anførte afgørelser og domme det fornødne grundlag for at fastslå, at der skulle gælde et "overordnet princip" med det anførte

indhold, idet postdirektivet er ændret senest i 2008, hvorved der er sket en fuldstændig markedsåbning, Post Danmarks eneret er i forlængelse heraf ophævet med virkning fra 1. januar 2011, og de grundlæggende spilleregler på markedet er dermed ændret.

Postdirektivet

Det er bemærkelsesværdigt, at Transportministeriet i sit notat ikke på nogen måde anvender postdirektivets enkelte bestemmelser eller direktivets præambel som grundlag for sin argumentation om, at det anførte "overordnede princip" er i overensstemmelse med postdirektivet, som dette er ændret i 2008.

Ved læsning af de ændringer af postdirektivet, som blev foretaget ved direktiv 2008/6, springer det i øjnene, at der er indsat en revideret udgave af artikel 14, som opstiller en række principper for fordelingen af omkostninger mellem det befordringspligtige og det konkurrenceudsatte område. Artikel 14 indeholder derimod ikke en bestemmelse, som modsvarer det anførte "overordnede princip".

I artikel 14, er der som nyt stk. 2, litra iv) indsat følgende bestemmelse, som netop vedrører fordelingen af fællesomkostninger:

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

I direktivets præambel, punkt 29, 2. punktum, er det endvidere anført, at:

"Nettoomkostningerne ved at opfylde befordringspligten bør således, under den nationale forvaltningsmyndigheds tilsyn, beregnes som forskellen mellem nettoomkostningerne for en udpeget befordringspligtig virksomhed ved drift med og uden denne befordringspligt. Ved beregningen bør der tages hensyn til alle andre relevante elementer, herunder markedsmæssige fordele, som en postbefordrende virksomhed får ved at være udpeget til at varetage den tjeneste, der er omfattet af befordringspligten, retten til en rimelig fortjeneste og incitamentet til omkostningseffektivitet."

Postdirektivets princip om nettoomkostningerne er et helt centralt princip, som også genfindes i EU-Kommissionens retningslinjer for statsstøtte til udførelse af tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, hvorefter kun nettoomkostningerne ved udførelse af befordringspligt kan danne grundlag for tildeling af statsstøtte.

Der er efter min vurdering en grundlæggende forskel på, om Post Danmark forlods kan henføre omkostningerne ved opretholdelse af nødvendig infrastruktur til det befordringspligtige område, eller om Post Danmark kan få dækket sine nettoomkostninger ved udførelse af de befordringspligtige ydelser. Dette forhold er ikke adresseret i Transportministeriets notat. Der er

derfor efter min vurdering ikke det fornødne holdepunkt i Transportministeriets notat for at fastslå, at der skulle gælde et princip med det anførte indhold.

Jeg er herved opmærksom på Transportministeriets svar af 10. januar 2014 på spørgsmål nr. 66 fra Transportudvalget, men i dette svar henviser Transportministeriet blot til en retspraksis, der som anført ovenfor vedrører forhold, som er 10 år gamle eller ældre, og som i sagens natur ikke kan inddrage forhold som en efterfølgende ændring af postdirektivet.

Det er også bemærkelsesværdigt, at der for DSB i henhold til Regnskabsreglementet for DSB gælder et princip om, at salg af ydelser til eksterne parter "skal ske til en pris, der mindst dækker de fulde omkostninger og en rimelig fortjeneste". Dette princip modsvarer den tilgangsvinkel, som anvendes af EU-Kommissionen inden for rammerne af statsstøtteregeleer ved vurderingen af, om vederlaget for udførelse af en tjenesteydelse af almen økonomisk interesse indeholder en finansiell fordel. Jeg har vanskeligt ved at se, at der ud fra en konkurrenceretlig vurdering skulle gælde et fundamentalt anderledes princip for Post Danmark end for DSB.

Jeg er herved opmærksom på Transportministeriets svar af 10. januar 2014 på spørgsmål nr. 56 fra Transportudvalget, men jeg er ikke overbevist om, at argumentationen i dette svar er holdbar i forhold til en nærmere statsstøtteretlig analyse af spørgsmålet.

København den 16. januar 2014



Sune Troels Poulsen

Docent, ph.d.

Det Juridiske Fakultet

Københavns Universitet.