Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. MENGOZZI
fremsat den 24. maj 2011 [1]

Sag C-209/10

Post Danmark A/S
mod
Konkurrencerådet

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Højesteret (Danmark))

»Artikel 102 TEUF — det danske marked for distribution af adresseløse forsendelser — misbrug af dominerende stilling — selektive prisnedsættelser for distribution af adresseløse forsendelser — pris lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger — pris højere end de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger — fortrængning af en konkurrent — hensigt — virkning — prisdiskrimination — predatory pricing«

I – Indledning

1. Anmodningen om præjudiciel afgørelse, som er indgivet af Højesteret (Danmark), vedrører fortolkningen af artikel 82 EF (nu artikel 102 TEUF).

2. Den forelæggende ret ønsker særligt oplyst, om en postvirksomhed, i det foreliggende tilfælde Post Danmark, har misbrugt sin dominerende stilling på det danske marked for distribution af adresseløse forsendelser [2], idet selskabet har anvendt selektivt lave priser i forbindelse med indgåelsen af kundeaftaler med tre kunder hos selskabets primære konkurrent, Forbruger-Kontakt (herefter »FK«), skønt det er godtgjort, at disse priser ikke er blevet fastsat med henblik på at eliminere FK.

3. I tilfælde af at denne ene grund ikke er tilstrækkelig, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvilke yderligere forhold der er relevante ved den nationale rets fastlæggelse af et fortrængende misbrug i form af urimelige priser.

4. Før undersøgelsen af disse spørgsmål, hvis løsning ikke er let, skal jeg redegøre for de væsentligste omstændigheder i hovedsagen, som ligger til grund for denne anmodning om præjudiciel afgørelse.

5. Post Danmark og FK er de to vigtigste virksomheder på det danske marked for distribution af adresseløse forsendelser. Dette marked er fuldt ud liberaliseret i Danmark og er ikke omfattet af den danske postsektorretlige lovgivning til gennemførelse af direktiv 97/67/EF med henblik på fuld realisering af det indre marked for posttjenester i Fællesskabet [3].

1 — Originalsprog: fransk.

2 — I henhold til forelæggelsesafgørelsen forstås ved distribution af adresseløse forsendelser distribution af bl.a. reklamer, telefonbøger, vejvisere, lokal- og regionalaviser.

3 — EFT 1998 L 15, s. 14. Det bemærkes, at efter de faktiske omstændigheder i hovedsagen er dette direktiv blevet ændret væsentligt ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/6/EF af 20.2.2008 om ændring af direktiv 97/67/EF med henblik på fuld realisering af det indre marked for posttjenester i Fællesskabet, EUT L 52, s. 3. Hvad angår Danmark er fristen for gennemførelse i national ret af disse ændringer fastsat til den 31.12.2010 i overensstemmelse med artikel 2 i direktiv 2008/6/EF.

6. På tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, dvs. mellem 2003 og 2004, havde Post Danmark i henhold til forelæggelsesafgørelsen imidlertid eneret på omdeling af adresserede breve og pakker inden for nærmere fastlagte vægtgrænser, og hertil var knyttet en befordringspligt med hensyn til distribution af adresserede forsendelser under en vis vægtgrænse [4]. Selskabet havde følgelig et landsdækkende distributionsapparat, der tillige benyttedes til distribution af adresseløse forsendelser.

7. FK, der er et datterselskab i en dansk pressekoncern, beskæftiger sig hovedsageligt med distribution af adresseløse forsendelser. Selskabet havde i den for sagen relevante periode oparbejdet et tilnærmelsesvist landsdækkende distributionsnet gennem opkøb af mindre operatører på det danske marked for distribution af adresseløse forsendelser.

8. Indtil 2004 havde FK som vigtige kunder de tre supermarkedskæder SuperBest, Spar og Coop.

9. Ved udgangen af 2003 indgik Post Danmark aftaler med disse tre supermarkedskæder, hvorved selskabet med virkning fra primo 2004 fik overdraget distributionen af deres adresseløse forsendelser.

10. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at den aftale, som blev indgået med Coop efter forhandlinger ført med såvel Post Danmark som FK, repræsenterede en årlig mængde på mere end tre gange den mængde adresseløse forsendelser, som Post Danmarks største kunde havde. Coop skulle have omdelt fem forsendelser til hver husstand, mens ingen af Post Danmarks hidtidige kunder skulle have omdelt mere end en forsendelse pr. husstand, og det drejede sig om Post Danmarks første aftale om distribution af adresseløse forsendelser på fredage og lørdage. Post Danmarks tilbud til Coop var lavere end den pris, der blev tilbudt Post Danmarks øvrige kunder. Coop fik ligeledes en større rabat i forhold til listeprisen end de øvrige kunder.

11. Den forelæggende ret har endvidere anført, at Post Danmarks omkostninger ved distribution af adresseløse forsendelser faldt med 0,13 DKK pr. forsendelse fra 2003 til 2004, og at prisen til Coop ikke gav dækning for selskabets gennemsnitlige samlede omkostninger, men alene de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger.

12. Efter en klage fra FK, som foreholdt Post Danmark at have anvendt urimeligt lave priser (»predatory pricing«), diskriminerende og loyalitetsskabende priser og rabatter og at have foretaget krydssubsidiering, har Konkurrencerådet ved afgørelse af 29. september 2004 fastslået, at Post Danmark bl.a. har tilsidesat artikel 82 EF ved mellem 2003 og 2004 at anvende »primary-line«-prisdiskrimination i form af forskellige priser over for konkurrentens kunder og selskabets egne kunder.

13. Myndigheden fastslog ligeledes, at Post Danmark har misbrugt sin dominerende stilling ved at anvende »primary-line«-diskrimination i form af målrabatter til FK's kunder. Konkurrencerådet fandt endvidere, at Post Danmark havde anvendt »secondary-line« prisdiskrimination ved at behandle handelspartnere i samme situation forskelligt.

14. Hvad derimod angår den foreholdte anvendelse af predatory pricing har Konkurrencerådet fastslået, at spørgsmålet var komplekst og krævede en tilbundsgående undersøgelse, hvorfor det ville blive gjort til genstand for en efterfølgende afgørelse fra myndigheden. Hvad endelig angår den påståede krydssubsidiering har Konkurrencerådet bemærket, at sagens akter ikke gør det muligt at fastslå, at der er overført midler fra andre af Post Danmarks aktivitetsområder.

15. Ved afgørelse af 24. november 2004 konkluderede Konkurrencerådet, at der ikke kunne påvises elimineringshensigt fra Post Danmarks side. Følgelig havde selskabet ikke misbrugt sin dominerende stilling på det danske marked for adresseløse forsendelser ved at anvende predatory pricing.

4 — Det bemærkes, at artikel 7 i direktiv 2008/6/EF bestemmer, at medlemsstaterne undlader at udstede eller opretholde ene- eller særrettigheder for etablering og udførelsen af posttjenesterne. Medlemsstaterne kan finansiere varetagelsen af tjenester, der er omfattet af befordringspligten, med et eller flere af de midler, der er anført i den pågældende bestemmelse, eller med andre midler, der er i overensstemmelse med traktaten.

16. Konkurrenceankenævnet stadfæstede ved kendelse af 1. juli 2005 Konkurrencerådets afgørelser af 29. september 2004 og 24. november 2004.

17. Denne beslutning er blevet endelig for så vidt angår konstateringen af en »secondary-line«-prisdiskrimination i strid med artikel 82 EF og den manglende godtgørelse af, at Post Danmark har anvendt predatory pricing.

18. Post Danmark har derimod indbragt afgørelsen af 1. juli 2005 for Østre Landsret, for så vidt som den stadfæster afgørelsen af 29. september 2004 om misbrug af dominerende stilling i form af selektivt lave priser i forhold til supermarkedskæderne SuperBest, Spar og Coop (»primary-line«-diskrimination).

19. Ved dom af 21. december 2007 tiltrådte Østre Landsret de danske konkurrencemyndigheders afgørelse, hvorefter Post Danmark misbrugte sin dominerende stilling på det danske marked for distribution af adresseløse forsendelser ved i 2003 og 2004 at anvende forskellige priser over for FK's tidligere kunder og selskabets egne kunder uden at kunne omkostningsbegrunde disse forskelle. Landsretten fastslog bl.a., 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, FK, var sårbar over for tab af store kunder.

20. Post Danmark ankede denne dom til Højesteret og fremførte bl.a. argumenter om, at selektivt lave priser, der ikke dækker de gennemsnitlige samlede omkostninger, kun kan anses for en tilsidesættelse af artikel 82 EF, hvis der er tegn på, at hensigten er at eliminere konkurrencen.

21. Under disse omstændigheder har Højesteret besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende to præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal [artikel 82 EF] 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?

2) Såfremt spørgsmål 1 besvares med, at en selektiv prisnedsættelse under de i spørgsmål 1 givne forudsætninger under visse omstændigheder kan udgøre et ekskluderende misbrug, hvilke omstændigheder skal den nationale domstol da tage i betragtning?«

22. I henhold til artikel 23 i statutten for Domstolen har Post Danmark, FK, den danske, den italienske og den tjekkiske regering samt Europa-Kommissionen indgivet skriftlige indlæg. Disse parter samt EFTA-Tilsynsmyndigheden har ligeledes afgivet mundtlige indlæg under retsmødet den 1. marts 2011.

II – Analyse

A – *Indledende bemærkninger*

23. Henset til Post Danmarks forsøg – bla. under retsmødet – på for Domstolen at rejse tvivl om visse af den forelæggende rets vurderinger, forekommer det mig væsentligt at bemærke, at inden for rammerne af proceduren i henhold til artikel 234 EF, som er baseret på en klar adskillelse mellem de nationale retters og Domstolens funktioner, henhører bedømmelsen af de faktiske omstændigheder under den nationale rets kompetence [5].

5 — Jf. bl.a. dom af 14.2.2008, sag C-450/06, Varec, Sml. I, s. 581, præmis 23, og af 1.7.2008, sag C-49/07, MOTOE, Sml. I, s. 4863, præmis 30.

24. I hovedsagen er det for det første ubestridt, at det relevante marked er det danske marked for distribution af adresseløse forsendelser. I modsætning til, hvad Post Danmark har gjort gældende i sine skriftlige indlæg for Domstolen, fremgår det ikke af hovedsagens akter, at de danske konkurrencemyndigheder i første omgang eller de nationale domstole, herunder den forelæggende ret, i anden omgang har fastslået, at markedet er underopdelt i to segmenter, nemlig på den ene side distribution i løbet af ugen og på den anden side distribution i weekenderne.

25. Jeg skal således ikke gå nærmere ind på Post Danmarks betragtninger om, at den omstridte prispolitik blev ført med det (ene eller primære) formål, at udvide udbuddet af distribution af adresseløse forsendelser på weekend-segmentet, som hidtil havde været domineret af FK.

26. For det andet er det ubestridt, at på markedet, således som dette er blevet afgrænset af de nationale myndigheder og domstole, har Post Danmark en dominerende stilling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 82 EF. Under alle omstændigheder bygger forelæggelsesafgørelsen udtrykkeligt på denne forudsætning.

27. I henhold til forelæggelsesafgørelsen er Post Danmarks dominans fastslået ved en helhedsvurdering af dette selskabs position på markedet. Vurderingen bygger imidlertid hovedsageligt på markedsandelen opgjort efter værdi i størrelsesordenen 50%[6], som selskabet havde, og på dets særstilling på markedet med et landsdækkende distributionsnet, som i kraft af befordringspligten vedrørende breve mv. kunne opretholdes uafhængigt af omdelingen af adresseløse forsendelser.

28. Skønt hovedsagens akter ikke viser, at disse markedsandeles relative betydning i forhold til FK's markedsandele[7] og i forhold til visse kunders eventuelle købekraft er blevet undersøgt, forholder det sig ikke desto mindre således, at i forbindelse med kompetencefordelingen mellem de nationale retter og Domstolen tilkommer det ikke Domstolen – på trods af Post Danmarks opfordring hertil i dets skriftlige indlæg – at genoptage vurderingen af et eller flere forhold i den undersøgelse, der førte de danske myndigheder og domstole til at fastslå, at selskabet havde en sådan dominerende stilling på det nationale marked for distribution af adresseløse forsendelser.

29. Endelig skal genstanden for de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt Domstolen, afgrænses.

30. I denne forbindelse skal det præciseres, at Domstolen ikke er blevet anmodet om at tage stilling til et misbrug af dominerende stilling efter artikel 82 EF i form af predatory pricing.

31. Som det fremgår af hovedsagens akter, har de danske konkurrencemyndigheder ikke kunnet identificere, at der foreligger en plan om at eliminere en konkurrent i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i præmis 72 i dommen i sagen Akzo mod Kommissionen[8], hvilken vurdering ikke er blevet anfægtet af FK for de nationale domstole.

32. For at kunne fastslå, at der forelå predatory pricing i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i præmis 70-72 i dommen i sagen Akzo mod Kommissionen, ville det således have været nødvendigt at godtgøre, at Post Danmark havde haft en sådan strategi, idet, som den forelæggende ret har anført, i det mindste hvad angår de priser, som Post Danmark anvendte over for Coop – en af FK's tre kunder

6 — Det fremgår mere præcist af den tabel, som de danske konkurrencemyndigheder har anvendt, og som er gengivet i forelæggelsesafgørelsen, at Post Danmarks markedsandele opgjort efter værdi steg fra 47% i 2001 og 2002 til 44% i 2003 for derefter at stige til 55% i 2004.

7 — I henhold til forelæggelsesafgørelsen var FK's markedsandele på 15-25% i 2001, 23-35% i 2002, 35-45% i 2003 og 25-35% i 2004.

8 — Dom af 3.7.1991, sag C-62/86, AKZO mod Kommissionen, Sml. I, s. 3359. I henhold til denne præmis i dommen må priser, der er lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, dvs. de faste plus de variable omkostninger, men højere end de gennemsnitlige variable omkostninger (som varierer i forhold til den producerede mængde), anses for misbrug, når de fastsættes som led i en plan om at eliminere en konkurrent. Dette synspunkt er særligt blevet bekræftet i dom af 14.11.1996, sag C-333/94 P, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. I, s. 5951, præmis 41, og af 2.4.2009, sag C-202/07 P, France Télécom mod Kommissionen, Sml. I, s. 2369, præmis 109.

– disse priser var højere end den dominerende virksomheds gennemsnitlige inkrementelle omkostninger, men lavere end dennes gennemsnitlige samlede omkostninger [9].

33. Henvisningen i forelæggelsesafgørelsen til Post Danmarks inkrementelle omkostninger som værende de relevante omkostninger, der skal tages i betragtning i hovedsagen, og ikke de variable omkostninger som i dommen i sagen Akzo mod Kommissionen, synes ifølge sagens akter at skyldes den omstændighed, at der inden for samme virksomhed på den ene side findes befordringspligtige aktiviteter og aktiviteter, der ikke er omfattet af befordringspligten, men hvor begge typer aktiviteter er led i udførelsen af forsyningspligtydelser, og på den anden side rent kommercielle aktiviteter, som udføres på det liberaliserede marked for distribution af adresseløse forsendelser.

34. En sammenligning af priserne med de variable omkostninger, som er afholdt af en dominerende virksomhed, der har fået overdraget at udføre en opgave af almindelig økonomisk interesse (offentlige tjenesteydelser eller alment tjenesteudbud), ville således være utilstrækkelig. På den ene side kunne den medføre en overvurdering af tabene, idet den opgave af almindelig økonomisk interesse, som virksomheden har fået overdraget at udføre, medfører omkostninger, som er højere end konkurrenternes, for den del af virksomhedens aktiviteter, der finder sted på det marked, der er åbent for konkurrence. På den anden side ville den omstændighed, at man alene anvender den dominerende virksomheds variable omkostninger som kriterium, ligeledes kunne føre til en undervurdering af virksomhedens omkostninger, hvis den opererer med høje faste omkostninger (f.eks. omkostninger forbundet med anvendelsen af dens net) og lave variable omkostninger [10].

35. Under disse omstændigheder forekommer det hensigtsmæssigt at tage et andet omkostningskriterium i betragtning, nemlig de inkrementelle omkostninger, som tager hensyn til de faste omkostninger og de variable omkostninger ved den specifikke aktivitet, som udføres på det marked, der er åbent for konkurrence.

36. Som den forelæggende ret har anført i denne forbindelse, er anvendelsen i hovedsagen af kriteriet om de inkrementelle omkostninger inspireret af Kommissionens beslutning af 20. marts 2001 om en procedure i henhold til artikel 82 EF vedrørende Deutsche Posts prispolitik på markedet for befordring af pakkepost til postordresalg i Tyskland [11] i en relativt sammenlignelig situation [12].

37. I denne beslutning, hvori Kommissionen særligt fastslog, at Deutsche Post havde misbrugt sin dominerende stilling ved at tilbyde de omhandlede tjenesteydelser til priser, der var lavere end virksomhedens inkrementelle omkostninger, hvorfor virksomheden havde anvendt predatory pricing, har Kommissionen defineret disse omkostninger som omkostninger, der alene opstår på grundlag af en særlig tjeneste, som er afhængige af mængden, og som bortfalder i tilfælde af en afvikling af denne tjenesteydelse, hvilket indebærer, at de faste fællesomkostninger, som ikke afhænger af levering af en enkelt tjeneste, ikke er omfattet af de inkrementelle omkostninger [13]. Det fremgår ligeledes af denne

9 — Hvis Domstolens argumentation i præmis 70-72 i dommen i sagen Akzo mod Kommissionen skulle følges i et tilfælde, hvor de anvendte priser lå under de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger, skulle der ikke føres bevis for en elimineringsstrategi, idet disse priser ville blive betragtet som værende urimelige i sig selv.

10 — Jf. i denne retning bl.a. N. Mouy, »Coûts incrémentaux: Retour sur les avantages concurrentiels du secteur public. Les spécificités des approches communautaire et française: un point de vue d'un régulateur«, *Concurrences*, 2-2005, nr. 1476, s. 13.

11 — EFT L 125, s. 27.

12 — Jf. ligeledes i denne retning Rettens vurdering af denne beslutning i præmis 249 i dom af 30.1.2007, sag T-340/03, France Télécom mod Kommissionen, Sml. II, s. 107. Appellen af denne dom (sag C-207/07 P, France Télécom mod Kommissionen) vedrører ikke denne præmis.

13 — Beslutning nævnt ovenfor (punkt 6 og 9 samt fodnote 7). Det bemærkes ligeledes, at i den sag, der gav anledning til Rettens dom af 12.9.2007, sag T-60/05, Ufex m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3397, præmis 161, anførte Kommissionen ligeledes, at den for at kunne fastslå, at der forelå et misbrug af dominerende stilling fra det franske selskab La Postes side på markedet for ekspresforsendelser, var forpligtet til at undersøge, om selskabets fakturerede takster for de infrastrukturtjenester, der blev leveret til dets datterselskab, som opererede på samme marked, var lavere end eller svarede til de inkrementelle omkostninger for leveringen af disse tjenester, dvs. de omkostninger, som udelukkende er forbundet med leveringen af en bestemt tjenesteydelse, og som ophører, når leveringen af den pågældende tjenesteydelse ophører. Uden at anvende udtrykket »inkrementelle« er det ligeledes det, som artikel 14 i direktiv 67/97 tilsigter i det væsentlige at sikre, når det kræves, at medlemsstaterne skal forpligte de befordringspligtige postvirksomheder til at vedtage analytiske regnskaber, hvori de omkostninger, der direkte vedrører en særlig ydelse eller produkt, samt fællesomkostningerne, henføres i henhold til bestemmelserne i denne artikel.

beslutning, som klart har vejledt de danske konkurrencemyndigheder i hovedsagen på dette punkt, at de omkostninger, der er forbundet med en særlig tjeneste, ikke må belastes med de faste fællesomkostninger til reservekapaciteten i netværket, der følger af forsyningspligten. Gennemsnittet af de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger omfatter således alene gennemsnittet af de faste og variable omkostninger ved udførelsen af den tjeneste, der er udsat for konkurrence [14].

38. I hovedsagen repræsenterer gennemsnittet af de inkrementelle omkostninger, ligesom i beslutningen i Deutsche Post-sagen, i lighed med gennemsnittet af de variable omkostninger som omhandlet i præmis 71 og 72 i dommen i sagen Akzo mod Kommissionen, således »bund-kriteriet« eller det minimum, under hvilket den pris, som den dominerende virksomhed anvender, er urimelig.

39. Ifølge tankegangen i disse præmisser i dommen i sagen Akzo mod Kommissionen, sammenholdt med beslutningen i Deutsche Post-sagen, er en pris over gennemsnittet af de inkrementelle omkostninger, men under gennemsnittet af de samlede omkostninger, ligeledes urimelig, hvis den er fastsat inden for rammerne af en plan, der har til formål at eliminere en konkurrent.

40. Som jeg imidlertid allerede har nævnt, har den forelæggende ret præciseret, at en sådan plan ikke har kunnet påvises af de danske konkurrencemyndigheder. Genstanden for nærværende anmodning om præjudiciel afgørelse omfatter således ikke en eventuel adfærd med predatory pricing fra Post Danmarks side.

41. De foregående betragtninger giver imidlertid en bedre forståelse af den forelæggende rets spørgsmål. Den ønsker i sidste ende oplyst, om et misbrug med fortrængning eller eksklusion af en konkurrent til en dominerende virksomhed, såsom Post Danmark, kan fastslås på grundlag af en selektiv prisnedsættelse, som dog ikke er udtryk for predatory pricing, og i givet fald under hvilke betingelser.

42. Denne præcisering fører mig til to yderligere bemærkninger.

43. For det første vedrører den forelæggende rets spørgsmål ikke misbrug af dominerende stilling i form af prisdiskrimination mellem Post Danmarks kunder, som ville have en sådan virkning på de pågældende kunders marked eller markeder (»secondary-line«-diskrimination).

44. Det følger således af forelæggelsesafgørelsen og hovedsagens akter, at de danske konkurrencemyndigheders konklusion om, at Post Danmark har anvendt en forskellig prispolitik over for handelspartnere, som befandt sig i en sammenlignelig situation, i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 82, stk. 1, litra c), EF, ikke er blevet anfægtet af denne virksomhed ved de nationale retter.

45. Den forelæggende ret fokuserer alene på Post Danmarks selektive prisnedsættelse, som fører til – eller, hvis de danske konkurrencemyndigheder ikke havde grebet ind, kunne have ført til – at FK fortrænges eller ekskluderes fra markedet for distribution af adresseløse forsendelse i Danmark (»primary-line«-diskrimination).

46. Den sondring, som de danske myndigheder og retter har foretaget mellem »primary-line«-diskrimination og »secondary-line«-diskrimination, forekommer mig relevant, og der er i øvrigt tilskyndet hertil i den juridiske litteratur [15]. Selv om den opregning af former for misbrug, der findes i artikel 82 EF, ikke udtømmende opregner de former for misbrug af dominerende stilling,

14 — Den nævnte beslutning (punkt 9 og 10)

15 — Jf. bl.a. J. Temple Lang og R. O'Donoghue »Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC«, *Fordham International Law Journal*, nr. 83, 2002, s. 86; D. Geradin og N. Petit, »Price Discrimination under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles?«, *Journal of Competition Law and Economics*, nr. 3, 2006, s. 487 ff.

der er forbudt ved den pågældende artikel[16], gør denne sondring det efter min opfattelse imidlertid muligt at klarlægge forholdet mellem de former for prisdiskrimination, der henhører under artikel 82, stk. 2, litra c), EF, dvs. dem, hvis konkurrencebegrænsende virkninger indtræder på »handelspartnernes« marked eller markeder, som »derved stilles ringere i konkurrencen« – hvilket svarer til det, der kaldes »secondary-line«-diskrimination – idet disse handelspartnere pr. definition ikke kan være konkurrenter til den virksomhed, der misbruger sin dominerende stilling, og dem, der indtræder på det marked, hvorpå den dominerende virksomhed og dennes konkurrenter opererer, og som henhører under andre tilfælde, herunder det, som består i at begrænse produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne som omhandlet i artikel 82, stk. 2, litra b), EF, og som har til følge at fortrænge eller ekskludere de pågældende konkurrenter.

47. På den anden side synes den forelæggende ret ved i det første præjudicielle spørgsmål at nævne en situation med selektiv prisnedsættelse til et niveau mellem gennemsnittet af de inkrementelle omkostninger og gennemsnittet af de samlede omkostninger, som afholdes af den dominerende virksomhed, at have begrænset dette spørgsmål til Post Danmarks prispolitik i forhold til Coop, uden at tage hensyn til den prispolitik, der er anvendt i forhold til FK's to andre kunder, nemlig Spar og SuperBest, som ligeledes nævnes i forelæggelsesafgørelsen, og i forhold til hvem det er ubestridt, at Post Danmark har tilbudt priser, der var *højere* end gennemsnittet af virksomhedens samlede omkostninger.

48. Fortolkningen af denne udeladelse er usikker. På den ene side kunne den betyde, at den forelæggende ret allerede har behandlet og afvist det synspunkt, at de priser, som Post Danmark har anvendt i forhold til Spar og SuperBest, kunne føre til, at FK fortrænges fra markedet. På den anden side kan den blot betyde, at den forelæggende ret har fundet, at den – når der er bragt klarhed om fortolkningen af artikel 82 EF i forhold til de priser, som Post Danmark har tilbudt Coop – selv skal og kan drage konsekvenserne af Domstolens svar for så vidt angår lovligheden af Post Danmarks prispolitik i forhold til Spar og SuperBest.

49. Under alle omstændigheder forekommer det mig, at med henblik på at give den forelæggende ret et brugbart svar, kan Post Danmarks prispolitik i forhold til Spar og SuperBest ikke negligeres ved undersøgelsen af spørgsmålet om, hvorvidt der i tilfælde af en selektiv prisnedsættelse, som dog ikke er udtryk for predatory pricing, kan konstateres et misbrug med fortrængning eller ekskludering af den dominerende virksomheds konkurrent, og i givet fald under hvilke betingelser.

B – *Om den selektive prisnedsættelse og den fortrængende virkning*

50. Det i det foregående punkt nævnte spørgsmål deler de procesdeltagere, der har indgivet skriftlige indlæg for Domstolen.

51. Post Danmark og den tjekkiske regering har i det væsentlige anført, at en fortrængende prispolitik alene kan fastslås, hvis prisen er fastsat under den tilsvarende omkostningskategori. I det foreliggende tilfælde kan en pris fastsat over de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger alene medføre fortrængning af en konkurrent, hvis den er fastsat som led i en strategi med henblik på at fortrænge denne konkurrent – en strategi, som ifølge den tjekkiske regering kan følge af en økonomisk analyse, men som efter Post Danmarks opfattelse alene eller fortrinsvis kan fremgå af forhold, der godtgør en subjektiv vilje til at udelukke konkurrencen. For så vidt som sagens akter i hovedsagen ikke godtgør, at Post Danmark førte en sådan strategi, foreligger der ikke misbrug af en dominerende stilling i artikel 82 EF's forstand.

16 — Jf. bl.a. i denne retning dom af 21.2.1973, sag 6/72, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, Sml. s. 215, præmis 26, af 16.3.2000, forenede sager C-395/96 P og C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1365, præmis 112, af 15.3.2007, sag C-95/04 P, British Airways mod Kommissionen, Sml. I, s. 2331, præmis 57, af 14.10.2010, sag C-280/08 P, Deutsche Telekom mod Kommissionen, Sml. I, s. 9555, præmis 173, og af 17.2.2011, sag C-52/09, TeliaSonera, Sml. I, s. 527, præmis 26.

52. FK, den danske og den italienske regering, EFTA-Tilsynsmyndigheden samt i en vis udstrækning Kommissionen – nærmere bestemt som følge af visse afklarende bemærkninger vedrørende dens standpunkt, som den er fremkommet med under retsmødet – er derimod af den modsatte opfattelse. I store træk har disse procesdeltagere anført, at en dominerende virksomheds selektive prispolitik i forhold til dens eneste egentlige konkurrents kunder *uafhængigt af omkostningerne* fører til eller risikerer sandsynligvis at føre til, at sidstnævnte konkurrent fortrænges, når en sådan politik ikke berettiges af økonomiske grunde, særligt stordriftsfordele. Dette skulle i øvrigt være tilfældet i hovedsagen.

53. En stor del af drøftelserne mellem de berørte procesdeltagere vedrører fortolkningen af rækkevidden af en række domme fra Domstolen eller Retten, hvori disse retsinstanser har undersøgt dominerende virksomheders selektive prispolitik. Disse domme bekræfter det synspunkt, som er fremført i de indlæg, der er afgivet for Domstolen.

54. Før disse domme undersøges, bemærkes, at i henhold til retspraksis er artikel 82 EF ved at forbyde misbrug af en dominerende stilling på markedet, i det omfang samhandelen mellem medlemsstaterne kan påvirkes derved, rettet mod adfærd, som kan påvirke strukturen af et marked, hvor konkurrencegraden allerede er svækket netop som følge af tilstedeværelsen af den virksomhed, der har økonomisk magt som følge af dens dominerende stilling, og som, idet der anvendes metoder, der adskiller sig fra dem, der regulerer en normal konkurrence med hensyn til varer eller tjenesteydelser på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser, har til virkning at skabe hindringer for opretholdelsen af den grad af konkurrence, der stadig findes på markedet, eller for udviklingen af denne konkurrence [17].

55. Artikel 82 EF omfatter således ikke blot praksis, der kan påføre forbrugerne direkte skade, men ligeledes praksis, som forvolder dem skade ved at skade en effektiv konkurrencestruktur. En virksomhed, som har en dominerende stilling, er særligt forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på det fælles marked [18].

56. I denne sammenhæng bemærkes, at selv om forbuddet mod misbrug af dominerende stilling naturligvis kan være begrundet i et ønske om at sikre forbrugernes umiddelbare velfærd, er det ligeledes berettiget på grund af nødvendigheden af at beskytte eller opretholde markedets konkurrencestruktur, idet formålet hermed på sin vis formodes at være til gavn for forbrugerne.

57. For så vidt angår prispolitikken gælder, at selv om det særlige ansvar, som tilfalder den dominerende virksomhed, har fået Domstolen til at fastslå, at enhver form for priskonkurrence ikke kan anses for lovlig [19], medfører denne bemærkning imidlertid, at en sådan konkurrence generelt er lovlig, endog anbefalet, bortset fra undtagelsestilfælde. Da priskonkurrence således generelt er gavnlig, kan den i princippet ikke forbydes for virksomheder, der har en dominerende stilling på et givent marked.

58. Det forholder sig ikke desto mindre således, at ved undersøgelsen af spørgsmålet, om en dominerende virksomhed ved sin prispolitik har misbrugt denne stilling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 82 EF, skal samtlige omstændigheder vurderes, og det må bl.a. undersøges, om denne prispolitik har skullet spærre konkurrenterne adgangen til markedet, eller om den dominerende stilling søges forstærket gennem en fordrejning af konkurrencen [20].

17 — Jf. i denne retning dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffman-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 91, og af 9.11.1983, sag 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 70, samt dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, præmis 69, i sagen British Airways mod Kommissionen, præmis 66, i sagen France Télécom mod Kommissionen, præmis 104, i sagen Deutsche Telekom mod Kommissionen, præmis 174, og i TeliaSonera-sagen, præmis 27.

18 — Jf. bl.a. dommen i sagen France Télécom mod Kommissionen, præmis 105, i sagen Deutsche Telekom mod Kommissionen, præmis 176, og, i denne retning, TeliaSonera-dommen, præmis 24.

19 — Jf. bl.a. dommen i sagen Akzo mod Kommissionen, præmis 70.

20 — Jf. i denne retning dommen i sagen Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen, præmis 73, i sagen Deutsche Telekom, præmis 175, og i TeliaSonera-sagen, præmis 28.

59. Som visse af de berørte procesdeltagere har anført, henvises der i retspraksis til flere domme, hvori Unionens retsinstanser har fastslået, at en selektiv prisnedsættelse fra en eller flere dominerende virksomheder var i strid med forbuddet i artikel 82 EF.

60. Den første af disse sager gav anledning til den ovennævnte dom i sagen Akzo mod Kommissionen.

61. Blandt de prispolitikker, som Kommissionen kritiserede Akzo for på Fællesskabets marked for organiske peroxider [21], var ikke alene, som allerede nævnt, urimeligt lave pristilbud (predatory pricing) til kunderne hos en af konkurrenterne (ECS), som er undersøgt i præmis 98-109 i Domstolens dom, men ligeledes en adfærd med selektive pristilbud til samme konkurrents kunder på et niveau, der var betydeligt lavere end niveauet for de priser, som Akzo tilbød sine egne kunder [22] – en praksis, som Domstolen har taget stilling til i dommens præmis 110-121.

62. Efter at have bekræftet Kommissionens konklusion om, at Akzo havde en dominerende stilling på det omhandlede marked, såvel i forhold til sine markedsandele på ca. 50% som i forhold til andre faktorer [23], foretog Domstolen en undersøgelse af den selektive karakter af pristilbuddene til de af ECS' kunder, der kaldes »store uafhængige«, og fastslog først, at Akzo ikke havde bestridt at have benyttet forskellige priser over for kunder af sammenlignelig størrelse, uden i øvrigt at fremkomme med argumenter til godtgørelse af, at disse forskelle skyldtes varernes kvalitet eller specielle produktionsomkostninger [24]. Domstolen bemærkede derefter, at Akzos priser over for selskabets egne kunder lå over gennemsnittet af selskabets samlede omkostninger, hvorimod de priser, selskabet tilbød ECS' kunder, lå under gennemsnittet [25]. Domstolen udledte heraf i dommens præmis 115, at Akzo, i hvert fald delvis, kunne opveje de tab, der opstod som følge af salget til ECS' kunder, ved hjælp af overskuddet fra salget til de store uafhængige, der hørte til Akzo's egen kundekreds, hvilket viste, at det ikke var Akzo's hensigt at føre en generel lavprispolitik, men at lægge en strategi med det formål at skade sin konkurrent. Domstolen bekræftede således Kommissionens beslutning på dette punkt og fastslog, at Akzo havde misbrugt sin dominerende stilling.

63. På dette trin af analysen vil jeg begrænse mine kommentarer til disse præmisser i dommen i sagen Akzo mod Kommissionen til følgende to bemærkninger.

64. For det første har Domstolen bekræftet, at Akzos selektive pristilbud havde karakter af misbrug, ud fra en referencestandard for den dominerende virksomheds omkostninger, nemlig gennemsnittet af dens samlede omkostninger.

65. Dette kriterium forekommer at være relativt strengt i forhold til den dominerende virksomhed. Ved at anvende gennemsnittet af virksomhedens samlede omkostninger, dvs. som omfatter de faste og de variable omkostninger, som reference, har Domstolen således sanktioneret selektiviteten, skønt salget af en yderligere enhed til den dominerende virksomheds egne kunder dækker de variable omkostninger ved den producerede enhed og i det mindste en del af de faste omkostninger forbundet med denne enhed. I denne forbindelse finder jeg, at selv om det er forståeligt, at den prismæssige forskelsbehandling mellem den dominerende virksomheds kunder og konkurrentens kunder, til hvem der er givet fordelagtige tilbud, faktisk kan udgøre en diskrimination, som indebærer en ulempe for konkurrencen mellem disse kunder i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 82, stk. 1, litra c), EF (»secondary-line«-diskrimination), er det mere usikkert, om denne politik isoleret set kan

21 — Kommissionens beslutning 85/609/EØF af 14.12.1985 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/30.698 – ECS/Akzo), EFT L 374, s. 1.

22 — Dommen i sagen Akzo mod Kommissionen, præmis 9 og 111.

23 — Ibidem, præmis 59-61. Det bemærkes, at generaladvokat Lenz i forbindelse med en detaljeret undersøgelse af grundlaget for Kommissionens beslutning derimod har konkluderet, at Kommissionen ikke havde godtgjort, at Akzo havde en dominerende stilling på det pågældende marked (jf. punkt 62-124 i forslag til afgørelse fremsat den 19.4.1989 forud for dommen i sagen Akzo mod Kommissionen).

24 — Ibidem, præmis 113.

25 — Ovennævnte dom, præmis 114.

medføre fortrængning af en konkurrent, der mindst er lige så effektiv, idet sidstnævnte blot helt eller delvist kunne tilegne sig den dominerende virksomheds faste kunder, som var udsat for forskelsbehandling, medmindre disse kunder er underlagt særlige begrænsninger fra den dominerende virksomheds side, som binder dem for stærkt til denne virksomhed.

66. Selv om Domstolen ikke har fremført sådanne betragtninger i de relevante passager af dommen i sagen Akzo mod Kommissionen, skal det imidlertid for det første bemærkes, at Akzos selektive pristilbud var forbundet med en række handlinger, som var udtryk for misbrug, fra denne virksomheds side, herunder særligt predatory pricing, og for det andet, at Domstolen af Akzos selektive prispolitik ikke har udledt en effekt med fortrængning af en konkurrent, men blot en hensigt om at fortrænge denne. Placeret i den generelle sammenhæng i dommen i sagen Akzo mod Kommissionen giver præmis 113-115 i denne dom indtryk af, at undersøgelsen af den selektive karakter af Akzos prisnedsættelser var led i godtgørelsen af, at der forelå en fortrængningsplan eller -strategi hos denne virksomhed.

67. For det andet bemærkes, at den strenghed, hvormed Domstolen i dommen i sagen Akzo mod Kommissionen behandler en dominerende virksomheds selektive prisnedsættelser, synes at skyldes den omstændighed, at en sådan prispolitik i modsætning til en prispolitik med generelt lave priser sker på bekostning af virksomhedens egne kunder uden økonomisk begrundelse. Med andre ord synes Domstolen at være af den opfattelse, at en sådan selektiv prispolitik ikke har til formål at sikre, at kunderne og i det mindste indirekte forbrugerne får fordel af de lave priser (hvilket derimod generelt er tilfældet i hvert fald på kort sigt ved en politik med priser, der ikke er selektive, men lave, eller endog urimeligt lave), men alene at overtage visse af den dominerende virksomheds konkurrents kunder, uden nogen gevinst for hverken forbrugerne eller for markedets konkurrencestruktur.

68. Skønt Domstolens tilgang i dommen i sagen Akzo mod Kommissionen for så vidt angår en dominerende virksomheds selektivt lave pristilbud, som jeg lige har understreget bygger på kriteriet om den pågældende virksomheds omkostninger, har Unionens retsinstanser imidlertid ikke fulgt dette kriterium i andre senere sager.

69. Dette er således tilfældet i dommene i sagerne Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen [26] og Irish Sugar mod Kommissionen [27] [28].

70. I den første af disse sager kritiserede Kommissionen linjekonferencen Cewal – som særligt Compagnie maritime belge transports var medlem af, og som ejede mere end 90% af de relevante markedsandele – for bl.a. at have ændret sine fragtrater til at afvige fra de gældende takster, med henblik på at tilbyde takster, der var identiske med eller lavere end taksterne hos den primære

26 — Rettens dom af 8.10.1996, forenede sager T-24/93 - T 26/93 og T-28/93, Sml. II, s. 1201, og ovennævnte dom fra Domstolen.

27 — Rettens dom af 7.10.1999, sag T-228/97, Sml. II, s. 2969, og Domstolens dom af 10.7.2001, sag C-497/99 P, Sml. I, s. 5333.

28 — Jeg skal ligeledes bemærke, at Kommissionen har fulgt en tilgang, som ikke er baseret på omkostningerne, i sin beslutning 88/138/EØF af 22.12.1987 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86 (IV/30.787 og 31.488 – Eurofix-Bauco mod Hilti), EFT 1988 L 65, s. 19. Denne sag omhandlede en række diskriminerende og selektive politikker fra Hiltis side, som tilsigtede at hindre kunderne i hos virksomhedens konkurrenter at købe bolte bestemt til anvendelse i Hiltis boltpistoler, et marked, hvorpå virksomheden havde en anslået markedsandel på mellem 70% og 80%. Blandt de politikker, som Kommissionen har anset for misbrug, er rabatter til visse af de væsentligste kunder hos Hiltis konkurrenter, som fremstiller Hilti-kompatible bolte, hvilke tilbud virksomheden på ingen måde har givet sine egne kunder, der indkøbte lignende eller tilsvarende mængder. Kommissionen anførte i beslutningen, at dette særtilbud ikke var en direkte defensiv reaktion over for konkurrenter, men afspejlede Hiltis faste praksis med at søge at begrænse deres adgang til markedet for Hilti-kompatible bolte (beslutningens punkt 80). Kommissionen tilføjede, at »misbruget i dette tilfælde ikke [er] afhængigt af, om priserne er lavere end omkostningerne (uanset hvordan de defineres […]). 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 forrretning, samtidig med at Hilti opretholdt højere priser til sine egne lignende kunder« (beslutningens punkt 81). I annullationssøgsmålet anlagt til prøvelse af denne beslutning (Rettens dom af 12.12.1991, sag T-30/89, Hilti mod Kommissionen, Sml. II, s. 1439) fremførte Hilti dels en meget generel argumentation, som ikke var specielt centreret om de selektive pristilbud, som blev afvist af Retten i præmis 100 i Rettens dom, og anerkendte dels at have gennemført dele af den kritiserede adfærd, hvilket Retten blot noterede sig (jf. præmis 101 i samme dom). Appelsagen ved Domstolen (dom af 2.3.1994, sag C-53/92, Hilti mod Kommissionen, Sml. I, s. 667) vedrørte ikke vurderingen af disse punkter i Rettens dom.

udenforstående konkurrent (G&C) på samme afgangsdag eller tilstødende dage (en praksis benævnt »fighting ships« (aktionsskibe)) i strid med EØF-traktatens artikel 86 [29].

71. Retten har bekræftet Kommissionens vurdering.

72. Det bemærkes først, at de sagsøgende virksomheder ikke anfægtede de tre kriterier, som udgjorde fremgangsmåden med såkaldte aktionsskibe – som er forskellig fra predatory pricing – nemlig a) man udpegede de linjekonference-skibe, hvis afgangstider lå tættest op ad G&C-skibenes, til at fungere som aktionsskibe uden ændring af afgangstidspunkterne; b) der fastsattes fælles »aktionspriser«, som afveg fra Cewals normaltarif, og som svarede til eller var lavere end G&C's priser, og c) det heraf følgende indtægtstab blev båret af Cewals medlemmer [30].

73. Efter at have foretaget en vurdering af sagsøgernes argumenter, der anfægtede misbruget af den dominerende stilling, fastslog Retten dernæst, at henset til sagens akter havde Kommissionen ført tilstrækkeligt bevis for, at den pågældende praksis havde til formål at fortrænge Cewals eneste konkurrent på det relevante marked [31]. Under disse omstændigheder har Retten fastslået, at da den omhandlede praksis havde til formål at fortrænge den eneste konkurrent, kunne sagsøgerne ikke gøre gældende, at de fulgte en priskrig, som var indledt af konkurrenten, eller imødegik et angreb på deres kundekreds. Selv om det måtte have været godtgjort, at det forholdt sig således, var det ifølge Retten ikke tilstrækkeligt til, at Cewals medlemmers modtræk kunne anses for rimeligt og afpasset efter omstændighederne [32].

74. Endelig har Retten forkastet sagsøgernes synspunkt om, at stigningen i G&C's markedsandel førte til, at den pågældende praksis ikke havde nogen virkning, og at der derfor ikke var et misbrug af en dominerende stilling. Retten har i denne forbindelse fastslået, at når en eller flere virksomheder, der har en dominerende stilling, faktisk gennemfører en praksis med henblik på at fortrænge en konkurrent, er det ikke tilstrækkeligt til at udelukke et misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i traktatens artikel 86, at det ønskede resultat ikke blev opnået, og har tilføjet, at »[h]ertil kommer, at i modsætning til, hvad sagsøgerne har anført, viser den omstændighed, at [C&G] øgede deres markedsandel, ikke, at den pågældende praksis ikke havde nogen virkning, idet [C&G's] markedsandel uden denne praksis måske ville være steget yderligere« [33].

75. Under appelsagen til prøvelse af Rettens dom ophævede Domstolen dommen, for så vidt den angik de bøder, som sagsøgerne var blevet pålagt [34].

76. Hvad derimod angik misbruget af dominerende stilling stadfæstede Domstolen Rettens vurderinger, idet den imidlertid udviste forsigtighed.

77. Efter først at have bemærket, at det materielle anvendelsesområde for de særlige forpligtelser, der påhviler en virksomhed i en dominerende stilling, skal vurderes under hensyn til de særlige omstændigheder i den enkelte sag, der kunne vise en svækkelse af konkurrencen, og at søtransportmarkedet er en meget specialiseret og speciel branche, som bl.a. i henhold til fællesskabsretten er karakteriseret ved muligheden for linjekonferencerne til at fastsætte priserne [35], har Domstolen fastslået, at »når en linjekonference, der har en dominerende stilling, foretager en selektiv

29 — Kommissionens beslutning 93/82/EØF af 23.12.1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/32.448 og IV/32.450: Cewal, Cowac, Ukwal) og EØF-traktatens artikel 86 (IV/32.448 og IV/32.450: Cewal), EFT 1993 L 34, s. 20.

30 — Ovennævnte dom fra Retten, præmis 139 og 141.

31 — Ovennævnte dom, præmis 147.

32 — Ibidem, præmis 148.

33 — Ibidem, præmis 149.

34 — Jf. ovennævnte dom fra Domstolen, præmis 146 og 147, samt domskonklusionens punkt 1.

35 — Ovennævnte dom fra Domstolen, præmis 114-116.

prisnedsættelse med henblik på målrettet at tilpasse priserne til en konkurrents, opnår den en dobbelt fordel. For det første fjerner linjekonferencen den væsentligste eller eneste konkurrencemulighed, den konkurrerende virksomhed har. For det andet kan linjekonferencen fortsat af brugerne kræve højere priser for de tjenesteydelser, der ikke er truet af konkurrence« [36].

78. Domstolen udtalte følgende i dommens præmis 118- 120:

»118 Det er ikke nødvendigt i dette tilfælde generelt at tage stilling til de omstændigheder, hvorunder en linjekonference lovligt i det enkelte tilfælde kan anvende priser, der er lavere end den af konferencen angivne tarif, med henblik på at imødegå en konkurrent, som tilbyder mere fordelagtige priser [...].

119 Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at bemærke, at der i det foreliggende tilfælde er tale om en adfærd udvist af en linjekonference, der har en andel af det relevante marked på mere end 90% og kun har én konkurrent. 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.

120 Det må derfor fastslås, at Retten ikke begik nogen retlig fejl, da den fastslog, at Kommissionens klagepunkter – hvorefter fremgangsmåden med såkaldte »aktionsskibe«, således som den blev anvendt over for G&C, udgjorde misbrug af dominerende stilling – var begrundede. Endvidere bemærkes, at der i det foreliggende tilfælde på ingen måde er tale om en ny definition af misbrug.«

79. I sagen Irish Sugar mod Kommissionen drejede det sig om en række handlinger fra denne virksomheds side på det irske detailsukkermarked, hvorpå virksomheden havde en markedsandel på mere end 88%, som af Kommissionen var blevet betragtet som udtryk for misbrug [37]. Kommissionen havde særligt kritiseret Irish Sugar for uden objektive begrundelser at have ydet en særlig rabat til bestemte detailhandlende beliggende i grænseområdet mellem Irland og Nordirland, for at imødegå konkurrencen fra importeret sukker fra Nordirland eller sit eget sukker, som blev reimporteret til Irland. Med henvisning til sin beslutning i sagen ECS mod Akzo Chemie fandt Kommissionen, at de selektive grænserabatter udgjorde misbrug af dominerende stilling [38].

80. Da den skulle vurdere disse grænserabatters karakter af misbrug fastslog Retten først, at de af Irish Sugar praktiserede priser ikke udgjorde predatory pricing i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i Domstolens praksis [39]. Retten bemærkede videre, at det fremgik af sagens akter, at Irish Sugar ikke alene bevidst valgte at tilbyde bestemte detailhandlende en særlig selektiv rabat, men også havde en mistanke om, at denne praksis var ulovlig [40].

81. Dette førte Retten til at fastslå, at en sådan praksis udgør misbrug af en dominerende stilling i traktatens artikel 86, stk. 2, litra c)'s forstand [41], idet den samtidig forkastede alle Irish Sugars argumenter til godtgørelse af det lovlige i virksomhedens adfærd [42]. Retten afviste særligt Irish Sugars argument om, at virksomheden havde forsøgt at modstå konkurrence fra indførsler af billigere sukker (men ikke under kostpris) hidrørende fra det britiske marked og Nordirland, idet den bemærkede, at

36 — Ibidem, præmis 117.

37 — Kommissionens beslutning 97/624/EF af 14.5.1997 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 86 (IV/34.621, 35.059/F-3 – Irish Sugar plc), EFT L 258, s. 1.

38 — Ovennævnte beslutning, punkt 133-135.

39 — Ovennævnte dom, præmis 182.

40 — Ibidem, præmis 183.

41 — Ibidem.

42 — Ovennævnte dom, præmis 184-192.

som erkendt af Irish Sugar, afhang virksomhedens mulighed for at tilbyde rabatter i området langs grænsen til Nordirland af, hvor stabilt virksomhedens priser holdt sig i andre områder, hvilket er ensbetydende med en anerkendelse af, at virksomheden finansierede disse rabatter gennem de salg, der blev opnået i resten af Irland.

82. Retten konkluderede, at ved denne adfærd forhindrede Irish Sugar udviklingen af en fri konkurrence på det relevante marked og fordrejede konkurrencestrukturerne i relation til såvel indkøberne som forbrugere, idet sidstnævnte uden for det område, der grænser op til Nordirland, ikke havde kunnet drage fordel af de prisnedsættelser, der var forårsaget af importen af sukker fra Nordirland [43]. Retten fandt således, at beskyttelsen af den konkurrencemæssige stilling, der indtages af en markedsdominerende virksomhed med de karakteristika, som Irish Sugar havde på det pågældende tidspunkt, for at være lovlig i det mindste må kunne begrundes i hensynet til økonomisk effektivitet og samtidig være forenelig med forbrugernes interesser, hvilket ikke var tilfældet i den pågældende sag [44].

83. Jeg vil ligeledes fremhæve, at Retten har forkastet Irish Sugars synspunkt om, at Kommissionen betragtede en konkurrents fortrængning fra markedet som i sig selv værende bevis for, at grænserabatterne udgjorde misbrug. Efter at have fastslået, at dette ikke var Kommissionens standpunkt, tilføjede Retten særligt, at »for så vidt som grænserabatterne havde til formål at sikre loyaliteten hos indkøbere, der også modtog tilbud fra konkurrenter, uden at sætte alle sagsøgerens kunder i stand til at drage fordel af konkurrencens virkninger på sagsøgerens salgspriser, viser fortrængningen af en konkurrent, der følger en sådan praksis, tydeligt, at der var tale om et misbrug i traktatens artikel 86's forstand« [45].

84. I forbindelse med appelsagen til prøvelse af denne dom har Irish Sugar blot anfægtet Rettens vurdering vedrørende spørgsmålet, om der forelå en dominerende stilling. Domstolen har således ikke haft lejlighed til at tage stilling til Rettens konstateringer vedrørende virksomhedens adfærds karakter af misbrug.

85. Hvilke erfaringer kan drages af disse to sager?

86. Som jeg allerede har nævnt, indgår disse to sager for det første i en strømning i retspraksis, hvorved en selektiv prisnedsættelse fra en dominerende virksomhed er blevet betragtet som stridende mod artikel 82 EF, uden at priserne er blevet betragtet i forhold til virksomhedens omkostninger, og hvor det fremgår, at priserne ikke var blevet fastsat på et niveau under gennemsnittet af de samlede omkostninger.

87. For det andet bemærkes, at mens Domstolen i sagen Akzo mod Kommissionen udledte af selektive rabatter til Akzos primære konkurrent, at sidstnævnte havde fortrængningshensigt, anvendte Unionens retsinstanser i sagen Compagnie maritime belge transport m.fl. mod Kommissionen og i sagen Irish Sugar mod Kommissionen en anden fremgangsmåde. Den har således fastslået, at de anfægtede prispolitikker udgjorde en gennemførelse af en hensigt til at fortrænge en konkurrent, hvis eksistens ikke var blevet udledt af den selektive prispolitik, men af den pågældende dominerende virksomheds interne dokumenter eller andre af sagens akter.

43 — Ovennævnte dom, præmis 188.

44 — Ibidem, præmis 189.

45 — Ovennævnte dom, præmis 191.

88. Det skal i denne forbindelse nævnes, at den omstændighed, at den omhandlede politik i de to sidstnævnte sager ikke havde den ønskede effekt, dvs. at den ikke førte til fortrængning af konkurrenten, ikke er blevet betragtet som afgørende for at udelukke, at der forelå misbrug af dominerende stilling. Dette synspunkt havde i øvrigt en særlig betydning i Rettens dom i sagen Compagnie maritime belge transport m.fl., idet det fremgår af denne dom, at den dominerende virksomheds primære eller eneste konkurrents markedsandele var steget i den periode, hvor den anfægtede prispolitik fandt sted [46].

89. Denne vurdering synes at betyde, at den omhandlede prispolitik er konkurrencebegrænsende på grund af sit formål og ikke sin virkning. Taget ud af sin sammenhæng kan den endvidere være i strid med den betragtning, at dominerende virksomheder i princippet ikke er frataget retten til at anvende priskonkurrence [47].

90. Forklaringen på Unionens retsinstansers tilgang i sagerne Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen og Irish Sugar mod Kommissionen kan efter min opfattelse findes i tre forhold i relativ vilkårlig rækkefølge, som er fælles for de situationer, der ligger til grund for Rettens og Domstolens domme.

91. For det første, som jeg allerede har bemærket, blev fortrængningshensigten fra den dominerende virksomheds side i disse to sager ikke udledt af den selektive prispolitik, men af andre omstændigheder. Den selektive prispolitik blev således alene betragtet som en materialisering af denne hensigt.

92. For det andet bemærkes, at de pågældende dominerende virksomheder befandt sig i en situation med en økonomisk styrke, der ligger tæt på et monopol, idet deres respektive markedsandele nærmede sig 90%. Der var således store hindringer for markedsadgang på grund af en »superdominerende stilling«, som generaladvokat Fennelly i øvrigt har været inde på i sit forslag til afgørelse i den sag, der gav anledning til Domstolens dom i sagen Compagnie maritime belge transport m.fl. [48].

93. Disse selektive prispolitikker indgik endelig i en række handlinger, der havde karakter af misbrug vedrørende pris og/eller andet, hvis samlede virkning ligeledes har kunnet spille en vis rolle.

94. Disse bemærkninger får mig til at tænke, at sagerne Irish Sugar mod Kommissionen og Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen alene har en marginal betydning for det svar, som Domstolen skal give den forelæggende ret, allerede af den grund, at det i hovedsagen er ubestridt, at der ikke har kunnet påvises nogen fortrængningshensigt hverken af konkurrencemyndighederne eller de danske retter, og at det ikke fremgår af nogen af sagens akter, at Post Danmark havde en »superdominerende stilling«. Hvad nærmere bestemt angår sagen Irish Sugar mod Kommissionen, hvorpå Kommissionen har baseret en del af sin argumentation under retsmødet, skal jeg nævne, at det for det første drejede sig om en situation, hvor den dominerende virksomhed forsøgte at bevare sine kunder ved selektive rabattilbud til sine distributører, som var udsat for konkurrence fra andre sukkerproducenter og ikke, som i hovedsagen, at tiltrække kunder fra sin primære eller eneste konkurrent, og for det andet, at de omhandlede rabatter tilsigtede at begrænse indflydelsen af den prispolitik, der føres af virksomheder, som især opererer på et nationalt tilgrænsende marked, på virksomheder, der opererer på et andet nationalt marked, en praksis, der kunne betragtes, og som faktisk blev betragtet som en hindring for virkeliggørelsen af det fælles marked [49].

46 — I præmis 126 til Rettens dom henviste Retten til sagsøgernes argument, hvorefter C&G's markedsandel steg fra 2 til 25% i den pågældende periode. Dette synspunkt blev ikke modsagt i resten af dommens præmisser (jf. i denne forbindelse særligt dommens præmis 149).

47 — Jf. i denne retning punkt 57 i dette forslag til afgørelse.

48 — Forslag til afgørelse fremsat den 29.10.1998, punkt 135-137. Efterfølgende har Domstolen ligeledes fremhævet en sådan karakterisering af Cewals markedsstyrke i den sag, der lå til grund for dommen Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen (jf. TeliaSonera-dommen, præmis 81).

49 — Jf. Rettens dom i sagen Irish Sugar mod Kommissionen, præmis 185.

95. Jeg er af den opfattelse, at Domstolens retspraksis skal fortolkes således, at når de relativt særlige omstændigheder i sagerne Irish Sugar mod Kommissionen og Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen ikke er opfyldt, især når der ikke kan udledes en hensigt til at fortrænge en eller flere konkurrenter fra den dominerende virksomheds side af andre omstændigheder end de selektive pristilbud, skal den selektive prisnedsættelse undersøges i forhold til den dominerende virksomheds omkostninger i lighed med kriteriet anvendt i præmis 114 og 115 i dommen i sagen Akzo mod Kommissionen.

96. Denne fortolkning gør det muligt at sikre en sammenhængende forståelse af retspraksis. Den kan ligeledes give en større retssikkerhed til virksomheder med en dominerende stilling, når de foretager selektive prisnedsættelser. For så vidt som den dominerende virksomhed i øvrigt kender sine egne omkostninger og priser og ikke sin konkurrents omkostninger og priser, ville konkurrencemyndighedernes og retternes hensyntagen til konkurrentens omkostningsstruktur kunne være i strid med retssikkerhedsprincippet, idet det ikke ville være muligt for den dominerende virksomhed at vurdere lovligheden af sin egen adfærd bortset fra under ganske særlige omstændigheder [50].

97. I denne forbindelse finder jeg, at uafhængigt af den branche, som den dominerende virksomhed opererer i, gælder det, at en sådan virksomhed, som anvender forskellige priser, som dog ligger over gennemsnittet af dens samlede omkostninger, alt efter om den henvender sig til sine faste kunder eller til sin konkurrents kunder, i princippet på trods af den selektive og diskriminerende karakter af dens prispolitik ikke kan foretage effektiv fortrængning af den pågældende konkurrent.

98. Sidstnævnte vil således i princippet altid være i stand til at modstå en sådan priskonkurrence, idet de salg, der gennemføres til sådanne priser, dækker gennemsnittet af de variable omkostninger og de faste omkostninger. Disse salg ville således give overskud, og man kan i princippet ikke forestille sig, at konkurrenten ville kunne fortrænges fra markedet. Det ville kunne forholde sig anderledes, hvis konkurrentens priser trods alt var højere end gennemsnittet af den dominerende virksomheds samlede omkostninger. I dette tilfælde ville det imidlertid sandsynligvis dreje sig om en konkurrent, hvis effektivitet var lavere end den dominerende virksomheds. Dens fortrængning ville således alene være det almindelige resultat af den konkurrence ved fortjenester, som de dominerende virksomheder på trods af det særlige ansvar, der påhviler dem, ligeledes må deltage i.

99. Det er klart, at den dominerende virksomheds adfærd altid vil kunne blive betragtet som værende i strid med artikel 82, stk. 2, litra c), EF, for så vidt som den kan medføre en konkurrencemæssig ulempe i forhold til visse af den dominerende virksomheds kunder (»secondary-line«-diskrimination). Den bør ikke desto mindre i princippet ikke medføre, at denne virksomheds konkurrent fortrænges fra markedet.

100. I forbindelse med de faktiske omstændigheder i hovedsagen skal vurderingen i punkt 96-98 ovenfor efter min mening føre den forelæggende ret til at konkludere, at de priser, som Post Danmark har tilbudt Spar og SuperBest – to af FK's tre kunder, hvis situation er nævnt i forelæggelsesafgørelsen og i de berørte procesdeltageres indlæg – i princippet ikke kunne medføre fortrængning af FK, idet det, som jeg allerede har anført, er ubestridt, at disse priser var højere end gennemsnittet af Post Danmarks samlede omkostninger. Den forelæggende ret har i øvrigt ikke oplyst Domstolen om FK's omkostningsstruktur.

50 — Jf. i denne retning TeliaSonera-dommen, præmis 44 og 45.

101. Herefter skal det undersøges, om en dominerende virksomhed, såsom Post Danmark, kan fortrænge sin konkurrent på en måde, der er udtryk for misbrug, hvis den i forhold til en vigtig kunde hos denne konkurrent anvender en selektiv prisnedsættelse, når disse priser er højere end gennemsnittet af den dominerende virksomheds inkrementelle omkostninger, men under gennemsnittet at dens samlede omkostninger.

102. For det første er jeg ikke af den opfattelse, at den omstændighed alene, at de omhandlede pristilbud blev givet til en enkelt af den vigtigste eller eneste konkurrents kunder, kan føre til at udelukke, at der foreligger misbrug af dominerende stilling. En sådan kunde kan sagtens repræsentere en stor handelsmængde og en betydelig markedsandel, hvilket i øvrigt synes at være tilfældet med Coop i hovedsagen.

103. Det ville endvidere være fristende analogt at udvide Domstolens argumentationen i præmis 113-115 i dommen i sagen Akzo mod Kommissionen, således som Kommissionen i øvrigt har foreslået under retsmødet.

104. Det ville ifølge denne fremgangsmåde følge heraf, at den omstændighed, at den dominerende virksomhed tilbød sin konkurrents kunde priser, der var lavere end gennemsnittet af dens samlede omkostninger, samtidig med at den anvendte priser, der var højere end dette gennemsnit, i forhold til sine faste kunder, ville give virksomheden mulighed for i det mindste delvist at kompensere for »de tab«, der ville følge af salget til konkurrentens kunder, med det overskud, den ville have af salget til sine faste kunder, en adfærd, som udgør en fortrængningspraksis, hvis der ikke er økonomisk begrundelse herfor.

105. I hovedsagen ville dette synspunkt sandsynligvis føre den forelæggende ret til at fastslå misbrug af dominerende stilling fra Post Danmarks side på det nationale marked for distribution af adresseløse forsendelser, for så vidt som de danske konkurrencemyndigheder har konstateret – og uden at dette er blevet afkræftet af den forelæggende ret i forelæggelsesafgørelsen – at Post Danmark ikke har godtgjort, at det selektive pristilbud til Coop, en af FK's væsentligste kunder, var begrundet i stordriftsfordele.

106. Uden at dette nødvendigvis berører konstateringen af, at der foreligger misbrug af dominerende stilling fra Post Danmarks side, er jeg imidlertid tilbageholdende med at foreslå, at der følges en argumentation, som ligger snævert op ad den, der fremgår af præmis 113-115 i dommen i sagen Akzo mod Kommissionen, således som særligt Kommissionen har foreslået under retsmødet.

107. Det forekommer mig, at en sådan argumentation i det mindste unødigt forenkler problematikken om selektive pristilbud anvendt af en dominerende virksomhed, som på samme tid opererer på et marked, som delvist er forbeholdt, hvorpå den har fået overdraget at udføre forsyningspligtydelser, og på et marked, som er fuldstændig åbent for konkurrence, hvor ingen operatører har befordringspligt.

108. For det første skal den omstændighed, at de salgspriser, der er tilbudt konkurrentens væsentligste kunde, er højere end gennemsnittet af den dominerende virksomhed inkrementelle omkostninger, efter min opfattelse ikke betragtes som en situation, hvori salgene medfører »tab«, men snarere som værende karakteriseret ved salg, som ikke optimerer den pågældende virksomheds indtjening. Sådanne salg giver i princippet fortsat overskud, idet den indtjening, der opnås herved, dækker de omkostninger, der har været forbundet med den særlige aktivitet på det konkurrenceprægede marked, det vil i nærværende tilfælde sige distribution af adresseløse forsendelser.

109. Den dominerende virksomheds mulighed for at anvende et sådant prisniveau afhænger således efter min mening ikke af en kompensation af den salgspris, der er opnået på det marked, der er åbent for konkurrence, hos de faste kunder, i forhold til hvilke virksomheden optimerer sin indtjening, og den pris for de salg, der er foretaget på samme marked til virksomhedens konkurrents væsentligste kunde, i forhold til hvilken virksomheden ikke optimerer sin indtjening. For at opretholde niveauet på de priser, der tilbydes virksomhedens konkurrents kunde, har den dominerende virksomhed i princippet ikke behov for at foretage en sådan kompensation.

110. På et marked, hvor der ikke påhviler den dominerende virksomheds sædvanlige kunder, der er ofre for den prismæssige forskelsbehandling, andre bindinger, er disse i princippet fuldt ud i stand til at finde en konkurrent, som kan tilbyde dem samme ydelser til en lavere pris end den, som den dominerende virksomhed tilbyder [51].

111. For det andet gælder det derimod, at for så vidt som de inkrementelle omkostninger ikke eller ikke i tilstrækkelig grad tager hensyn til de faste fællesomkostninger for de aktiviteter, der udøves på de to markeder, hvorpå den dominerende virksomhed opererer, særligt de faste omkostninger vedrørende opretholdelse af den dominerende virksomheds distributionsnets kapacitet, der som i hovedsagen blev anvendt såvel til den delvist forbeholdte aktivitet, som virksomheden udførte som led i varetagelsen af sine forsyningspligtydelser, som til virksomhedens aktiviteter med distribution af adresseløse forsendelser, kunne virksomheden selv ved at anvende en pris, der var højere end gennemsnittet af dens inkrementelle omkostninger, i sidste ende lade kunderne til den delvist forbeholdte aktivitet, som blev udført på det marked, hvorpå den var pålagt at udføre forsyningspligtydelser, bære omkostningen til distributionsnettets kapacitet, som blev opretholdt af den dominerende virksomhed til dens aktivitet med distribution af adresseløse forsendelser.

112. Det er med andre ord meget muligt, at ved at anvende gennemsnittet af de inkrementelle omkostninger som kriterium kan den dominerende virksomhed anvende en pris, der ligger en anelse over dette gennemsnit – for derved at undgå, at denne pris automatisk betragtes som værende urimelig – ved at lade den delvist forbeholdte aktivitet på det marked, hvor den er pålagt at udføre forsyningspligtydelser, bære alle eller en del af de faste fællesomkostninger, en aktivitet, som således støtter den pris, der tilbydes på det marked, der er åbent for konkurrence. En sådan politik, uanset om den er selektiv eller ej, kan på længere sigt føre til, at konkurrenterne på det liberaliserede marked elimineres, det vil i hovedsagen sige dem, der opererer på det danske marked for distribution af adresseløse forsendelser, som naturligvis ikke kan drage fordel af samme krydssubsidieringsmekanisme [52].

113. Jeg er derfor af den opfattelse, at den omstændighed, at en dominerende virksomhed, såsom Post Danmark, anvender en selektiv pris, der ligger højere end gennemsnittet af dens inkrementelle omkostninger, i modsætning til hvad Post Danmark og den tjekkiske regering i det væsentlige har anført i deres indlæg for Domstolen, ikke udelukker, at et sådant prisniveau kan indebære en risiko for fortrængning af en af denne virksomheds konkurrenter, idet denne pris kan være støttet af indtjeningen fra den dominerende virksomheds delvist forbeholdte aktivitet på det marked, hvor den opererer for at udføre sine forsyningspligtydelser.

51 — I nærværende sag har Post Danmark særligt fremført under retsmødet, at en af dens kunders ophævelse i utide af en kontrakt om distribution af adresseløse forsendelser ikke medførte nogen sanktion og alene var underlagt et krav om en frist på en måned. Denne situation var således klart forskellig fra den, der forelå i den sag, der gav anledning til dommen i sagen Compagnie maritime belge transports m.fl. (præmis 117), hvori Domstolen særligt understregede den omstændighed, at den dominerende virksomhed tilbød lave priser til dens konkurrents kunder, samtidig med at den kunne fortsætte med at kræve højere priser fra brugerne for ydelser, der ikke var truet af denne konkurrence.

52 — Jf. generelt bl.a. V. Thouvenin »Coûts incrémentaux: retour sur les avantages concurrentiels du secteur public. Éléments de définition des coûts incrémentaux dans le contexte d'une stratégie de prédation: point de vue d'un économiste«, *Concurrences*, s. 11.

114. For at undersøge, om dette er tilfældet, mener jeg, at »stand alone«-omkostningerne [53] for de ydelser, som den dominerende virksomhed har leveret på markedet, hvorpå den er pålagt at udføre forsyningspligtydelser, skal identificeres, og det skal undersøges, om indtjeningen ved disse aktiviteter overstiger disse omkostninger. Hvis dette er tilfældet, skal der sandsynligvis konstateres at have fundet krydssubsidiering sted til fordel for de salg, der er foretaget på det marked, der er åbent for konkurrence, for hvilke den anvendte pris er lavere end gennemsnittet af de samlede omkostninger. Henset til det særlige ansvar, som en dominerende virksomhed har for så vidt angår opretholdelsen af konkurrencestrukturerne på markedet, vil anvendelsen af sådanne krydssubsidieringer på længere sigt indebære en reel risiko for fortrængning af konkurrenten og vil således i mine øjne legitimere konkurrencemyndighedernes indgriben.

115. Afhængigt af, hvor længe denne politik er blevet ført, ville en sådan risiko kunne udledes af konkurrentens tab af markedsandele.

116. Som jeg har nævnt i punkt 14 i dette forslag til afgørelse, synes det imidlertid i hovedsagen, at de danske konkurrencemyndigheder ikke har kunnet konstatere, at der foreligger ulovlig krydssubsidiering til fordel for Post Danmarks aktiviteter med distribution af adresseløse forsendelser. Den forelæggende ret skal imidlertid sikre sig, at dette er tilfældet.

117. På dette trin er det endnu muligt at rejse tvivl ved den forholdsmæssige karakter af et pristilbud som det, Post Danmark har anvendt til fordel for en af dens eneste eller primære konkurrenters væsentligste kunder på markedet for distribution af adresseløse forsendelser. Dette spørgsmål kan behandles under to synsvinkler.

118. På den ene side kan man rejse spørgsmålet, om det, henset til den dominerende virksomheds særlige ansvar på markedet, ikke var pålagt den at afholde sig fra selektivt at anvende en pris, der var højere end dens gennemsnitlige inkrementelle omkostninger ved at anvende en prispolitik, som ikke var diskriminerende i forhold til virksomhedens faste kunder. På den anden side kan man rejse spørgsmål med hensyn til de grunde, som kan føre en dominerende virksomhed, såsom Post Danmark, til at differentiere sine pristilbud mellem sin konkurrents kunder.

119. Hvad angår det første punkt er jeg af den opfattelse, at den omstændighed, at en dominerende virksomhed pålægges en forpligtelse til at anvende samme prispolitik over for dens faste kunder og dens konkurrents kunder, det vil i hovedsagen sige at anvende en ensartet pris, som ligger over de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger, klart ville forhindre, at der iværksættes den såkaldte »secondary-line«-diskrimination, som finder sted mellem den pågældende virksomheds handelspartnere, men ikke ville have positiv indvirkning på den eventuelle fortrængende virkning af denne adfærd i forhold til virksomhedens konkurrent. Selv om det klart er muligt, at den ensartede prispolitik ikke kan opretholdes i en periode, der er lige så lang som i forbindelse med en selektiv prispolitik, ville det prisniveau, der blev anvendt af den dominerende virksomhed over for den pågældende af konkurrentens kunder, derimod forblive uændret, uafhængigt af, om denne pris tilbydes selektivt eller i forbindelse med en enhedspris.

120. Hvad angår det andet punkt og for så vidt som konkurrentens kunder, som får tilbudt forskellige priser, betragtes som værende i sammenlignelige situationer, har jeg vanskeligt ved at finde grunde til, at en dominerende virksomhed, såsom Post Danmark, skulle differentiere sine tilbud præcist på en sådan måde, at to at dem (nemlig de tilbud, der blev givet til Spar og SuperBest) dækker de gennemsnitlige samlede omkostninger, som denne virksomhed har afholdt, mens det andet (dvs. det

53 — Jf. i denne forbindelse bl.a. G.R. Faulhaber, Cross-Subsidization: Pricing in Public Enterprises, *American Economic Review*, 1975, nr. 5, s. 966, og Cross-Subsidy Analysis with more than two services, *Journal of Competition Law and Economics*, 2005, nr. 3, s. 441, som giver følgende definition: »the stand-alone cost of any service or group of services of an enterprise is the cost of providing that service (at the existing or »test« demand level) or group of services by themselves, without any other service that is provided by the enterprise«. Jf. ligeledes V. Thouvenin, op.cit., s. 11.

tilbud, der er givet Coop) ikke dækker dem, skønt tilbuddene i det første tilfælde, der, som jeg allerede har nævnt, ikke indebærer nogen risiko for fortrængning af en konkurrent, stadig er lavere end den pris, som tilbydes af konkurrenten. Selv et pristilbud, som befinder sig på niveau med det, som blev givet til Spar og SuperBest, havde kunnet være tilstrækkelig attraktivt for en kunde som Coop, eftersom – synes det – det forbliver lavere end den pris, der blev tilbudt af FK, uden dog at medføre eventuelle fortrængende virkninger for konkurrenten, som tidligere fremhævet. Eksistensen af disse fortrængende virkninger afhænger imidlertid først og fremmest af den dominerende virksomheds mulighed for at subsidiere den pris, der anvendes til fordel for Coop, med virksomhedens delvist forbeholdte aktiviteter på det marked, hvor den udfører forsyningspligtydelser.

121. Afslutningsvis forekommer den fremgangsmåde, som jeg har gjort mig til talsmand for, som består i at foretrække en undersøgelse af fortrængningsvirkningen, i det mindste den potentielle fortrængningsvirkning frem for fortrængningshensigten som i dommen i sagen Akzo mod Kommissionen, mig også mere egnet, henset til de faktiske omstændigheder i hovedsagen. I modsætning til den situation, der lå til grund for dommen i sagen Akzo mod Kommissionen, står den forelæggende ret ikke over for en række handlinger, der er udtryk for misbrug fra samme virksomheds side, herunder flere handlinger, som klart har til formål at eliminere konkurrenten, hvilket i mine øjne kan forklare, hvorfor Domstolen ved undersøgelsen af Akzos selektive prispolitik kunne nøjes med heraf at udlede, at virksomheden havde til hensigt at skade sin konkurrent.

122. At vedtage en fremgangsmåde, som bygger på en fortrængningshensigt snarere end fortrængningsvirkninger, ville have den konsekvens, at enhver selektiv prispolitik betragtes som udgørende et misbrug med fortrængning, når de priser, som den dominerende virksomhed har anvendt, er lavere end gennemsnittet af virksomhedens samlede omkostninger, medmindre denne praksis er økonomisk begrundet. Som jeg netop har understreget i de ovenstående bemærkninger, forekommer en sådan formodning mig hverken holdbar på det økonomiske eller juridiske plan eller at være hensigtsmæssig. I denne forbindelse kan den ikke automatisk udledes af en prismæssig forskelsbehandling mellem den dominerende virksomheds faste kunder og virksomhedens konkurrents kunde eller kunder.

123. Af alle disse grunde finder jeg, at artikel 82 EF skal fortolkes således, at en dominerende virksomheds adfærd, der består i at tildele en selektiv prisnedsættelse, fastsat til et niveau, som er højere end virksomhedens gennemsnitlige inkrementelle omkostninger, men under dens gennemsnitlige samlede omkostninger, til sin væsentligste eller eneste konkurrents væsentligste kunde på det nationale marked for distribution af adresseløse forsendelser, som er fuldt åbent for konkurrence, udgør misbrug af dominerende stilling, når det selektive pristilbud kan subsidieres af indtjeningen fra delvist forbeholdte aktiviteter, som den dominerende virksomhed har på markedet for posttjenester, på hvilket virksomheden opererer for at udføre forsyningspligtydelser, som følgelig medfører fortrængning af nævnte konkurrent. I denne forbindelse og for at undersøge, om der foreligger ulovlig krydssubsidiering til fordel for den dominerende virksomheds aktiviteter med distribution af adresseløse forsendelser, skal det undersøges, om indtjeningen ved de tjenester, som virksomheden har leveret på markedet for posttjenester, hvorpå den er pålagt at udføre forsyningspligtydelser, overstiger disse tjenesters »stand alone«-omkostninger. Det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, om disse betingelser er opfyldt i hovedsagen.

III – Forslag til afgørelse

124. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af Højesteret forelagte spørgsmål således:

»Artikel 82 EF skal fortolkes således, at en dominerende virksomheds adfærd, der består i at tildele en selektiv prisnedsættelse, fastsat til et niveau, som er højere end virksomhedens gennemsnitlige inkrementelle omkostninger, men under dens gennemsnitlige samlede omkostninger, til sin væsentligste eller eneste konkurrents væsentligste kunde på det nationale marked for distribution af adresseløse forsendelser, som er fuldt åbent for konkurrence, udgør misbrug af dominerende stilling, når det selektive pristilbud kan subsidieres af indtjeningen fra delvist forbeholdte aktiviteter, som den dominerende virksomhed har på markedet for posttjenester, på hvilket virksomheden opererer for at udføre forsyningspligtydelser, som følgelig medfører fortrængning af nævnte konkurrent.

I denne forbindelse og for at undersøge, om der foreligger ulovlig krydssubsidiering til fordel for den dominerende virksomheds aktiviteter med distribution af adresseløse forsendelser, skal det undersøges, om indtjeningen ved de tjenester, som virksomheden har leveret på markedet for posttjenester, hvorpå den er pålagt at udføre forsyningspligtydelser, overstiger disse tjenesters »stand alone«-omkostninger.

Det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, om disse betingelser er opfyldt i hovedsagen.«