

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
SODNÍ DVŮR EVROPSKÉ UNIE
DEN EUROPEISKE UNIONS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN UNION
EUROOPA LIIDU KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION
COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE
CÚIRT BHREITHIÚNAIS AN AONTAIS EORPAIGH
SUD EUROPSKE UNIE
CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA



EIROPAS SAVIENĪBAS TIESA
EUROPOS SĄJUNGOS TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI UNIÓ BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-UNJONI EWROPEA
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA
CURTEA DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE
SÚDNY DVOR EURÓPSKEJ ÚNIE
SODIŠČE EVROPSKE UNIJE
EUROOPAN UNIONIN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA UNIONENS DOMSTOL

DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

6. oktober 2015 *

»Præjudiciel forelæggelse – artikel 82 EF – misbrug af dominerende stilling – markedet for distribution af massebreve – direct mail-forsendelser – system med rabatter med tilbagevirkende kraft – ekskluderende virkning – kriteriet vedrørende lige så effektive konkurrenter – sandsynligheden for, at der opstår en konkurrenceskadelig virkning, og alvoren af denne virkning«

I sag C-23/14,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Sø- og Handelsretten (Danmark) ved afgørelse af 8. januar 2014, indgået til Domstolen den 16. januar 2014, i sagen:

Post Danmark A/S

mod

Konkurrencerådet,

procesdeltagere:

Bring Citymail Danmark A/S,

har

DOMSTOLEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, R. Silva de Lapuerta, og dommerne J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, J.L. da Cruz Vilaça (refererende dommer) og C. Lycourgos,

generaladvokat: J. Kokott

justitssekretær: fuldmægtig C. Strömholm,

* Processprog: dansk.

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 26. marts 2015, efter at der er afgivet indlæg af:

- Post Danmark A/S ved advokat S. Zinck og Rechtsanwalt T. Lübbig
- Bring Citymail Danmark A/S ved advokat P. Jakobsen
- den danske regering ved M. Wolff, som befuldmægtiget, bistået af advokat J. Pinborg
- den tyske regering ved T. Henze og J. Möller, som befuldmægtigede
- Europa-Kommissionen ved É. Gippini Fournier, L. Malferrari og L. Grønfeldt, som befuldmægtigede
- EFTA-Tilsynsmyndigheden ved X. Lewis, M. Schneider og M. Moustakali, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 21. maj 2015,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse angår fortolkningen af artikel 82 EF.
- 2 Anmodningen er indgivet under en sag mellem Post Danmark A/S (herefter »Post Danmark«) og Konkurrencerådet vedrørende en ordning med rabatter med tilbagevirkende kraft gennemført af dette selskab i 2007 og 2008 for adresserede massereklameforsendelser.

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 3 På tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, dvs. i 2007-2008, var Post Danmark kontrolleret af den danske stat og var pålagt en befordringspligt med landsdækkende dag til dag distribution af breve og pakker, herunder massebreve op til 2 kg. Selskabet var endvidere pålagt et enhedstakstsystem, der indebar, at priserne på befordringspligtområdet ikke måtte differentieres afhængigt af bestemmelsesstedet.
- 4 Som kompensation for befordringspligten og enhedstakstsystemet var Post Danmark tildelt en eneret på distribution af breve, herunder massebreve, særligt direct mail-forsendelser, op til og med 50 g.

- 5 Direct mail-forsendelser udgør en del af det bredere marked for massebreve, som omfatter omdeling af ensartede reklameforsendelser med adressat, der er en del af en markedsføringskampagne.
- 6 Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at Post Danmark introducerede et rabatsystem for direct mail-forsendelser i 2003, hvor der ikke fandtes konkurrenter på markedet for distribution af massebreve, og hvor eneretten på distribution af breve omfattede alle breve op til 100 g.
- 7 Disse rabatter omfattede forsendelser, som blev indleveret af kunden i mindst 3 000 stk. ad gangen og mindst 30 000 stk. årligt eller alternativt repræsenterede en bruttoporto på mindst 300 000 DKK (ca. 40 200 EUR) årligt. Rabatsystemet fulgte en skala på mellem 6 og 16%, idet sidstnævnte rabat blev ydet kunder, som afsendte mindst 2 mio. forsendelser om året eller forsendelser for mere end 20 mio. DKK (ca. 2 680 426 EUR). Rabatskalaen var »standardiseret«, dvs. at alle kunder kunne opnå samme rabat i forhold til deres samlede køb i løbet af en referenceperiode, nemlig et år.
- 8 Post Danmark og kunderne indgik aftaler ved årets begyndelse, hvori årets estimerede mængder blev indsat, hvorefter der løbende blev rabatteret og faktureret på baggrund heraf. Ved årets udgang foretog Post Danmark en efterregulering, såfremt de indleverede mængder afveg fra de oprindeligt estimerede. Prisen for den enkelte kundes forsendelser blev efterreguleret ved årets udgang med tilbagevirkende kraft til årets begyndelse. Den endeligt opnåede rabatsats blev således anvendt på alle forsendelser indgivet i den pågældende periode og ikke kun på de forsendelser, der oversteg den oprindeligt estimerede mængde. På samme måde skulle en kunde betale penge tilbage til Post Danmark, når den faktiske mængde var mindre end den estimerede.
- 9 Det i hovedsagen omhandlede rabatsystem omfattede alle adresserede direct mail-forsendelser, uanset om forsendelserne var omfattet af Post Danmarks eneret, og uanset om omdelingen fandt sted i områder, hvor der ikke var alternativer til Post Danmark. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at direct mail-rabattens trin navnlig var til fordel for de mellemstore kunder, idet de helt store kunders mængder væsentligt oversteg øverste rabat-trin.
- 10 Bring Citymail Danmark A/S (herefter »Bring Citymail«), et datterselskab af Posten Norge AS, der har befordringspligt i Norge, begyndte den 1. januar 2007 at omdele erhvervspost, herunder direct mail-forsendelser i Danmark. Bring Citymail tilbød ikke dag til dag distribution, men derimod distribution over tre dage, til ca. 1 mio. husstande i og omkring København, svarende til ca. 40% af det samlede omhandlede antal husstande.
- 11 Bring Citymail var i den relevante periode Post Danmarks eneste konkurrent af betydning på markedet for massebreve.

- 12 Bring Citymail trådte ud af det danske marked igen i 2010 efter at have lidt store tab. Ifølge de oplysninger, selskabet har givet i denne forbindelse, førte etableringsomkostninger og negative årsresultater i 2006-2009 til et samlet tab på 500 mio. DKK (ca. 67 010 654 EUR).
- 13 Efter en klage indgivet af Bring Citymail fandt Konkurrencerådet ved afgørelse af 24. juni 2009, at Post Danmark havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet for distribution af massebreve ved i 2007 og 2008 at anvende loyalitetsskabende og »markedsafskærmende« rabatter for direct mail uden at kunne dokumentere effektivitetsgevinster, der kom forbrugerne til gode, og som kunne opveje de konkurrencebegrænsende virkninger af direct mail-rabatterne.
- 14 Konkurrencerådet fastslog bl.a., at Post Danmark i den undersøgte periode havde været en uomgængelig samhandelspartner for kunderne på markedet for massebreve, idet selskabet havde en markedsandel på over 95% på et marked kendetegnet ved høje adgangsbarrierer, stordriftsfordele og flerproduktionsfordele. Post Danmark havde endvidere væsentlige strukturelle fordele i form af navnlig den lovbestemte eneret – i den relevante periode var over 70% af alle massebreve i Danmark omfattet af eneretten – og et geografisk unikt dækningsområde, der omfattede hele Danmark.
- 15 Ifølge Konkurrencerådet medførte disse forhold, at kunderne var tvunget til at benytte Post Danmark for de 70% af forsendelserne, hvor Post Danmark havde eneret, og for den betydelige andel af massebreve, der skulle udbringes uden for Bring Citymails geografiske dækningsområde, hvorfor Bring Citymail i sit eget dækningsområde kun kunne konkurrere om 30% af forsendelserne.
- 16 Konkurrencerådet fremhævede i øvrigt opbygningen og indholdet af rabatsystemet, særligt dets retroaktive karakter med en periode for erhvervelse af rettigheder på et år og spændet mellem de anvendte rabatsatser. Ifølge Konkurrencerådet kunne ca. to tredjedele af de direct mail-forsendelser, der blev afsendt uden for eneretten, ikke overføres fra Post Danmark til Bring Citymail uden negative konsekvenser for trinnet i rabatskalaen.
- 17 Det konkluderede deraf, at systemet havde en markedsafskærmende virkning. Konkurrencerådet fandt i denne forbindelse i modsætning til Post Danmark, at vurderingen af rabatsystemets markedsafskærmende virkning ikke skulle baseres på den såkaldte »as efficient competitor«-test, som indebærer en sammenstilling af Post Danmarks priser med selskabets omkostninger. Konkurrencerådet var nemlig af den opfattelse, at det, henset til markedets særlige kendetegn, ikke med henblik på denne sammenligning kunne kræves, at en ny konkurrent på kort sigt skulle være ligeså effektiv som Post Danmark.
- 18 Konkurrenceankenævnet stadfæstede ved kendelse af 10. maj 2010 Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2009.

- 19 Post Danmark har indbragt sagen for Sø- og Handelsretten, som har fastslået, at selv om det er ubestridt, at et rabatsystem som det i hovedsagen omhandlede for at være i strid med artikel 82 EF konkret skal være egnet til at have en vis markedsafskærmende virkning, er der imidlertid rimelig tvivl om, efter hvilke kriterier det skal vurderes, om et rabatsystem konkret er egnet til at have en markedsafskærmende virkning i strid med artikel 82 EF.
- 20 Under disse omstændigheder har Sø- og Handelsretten besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Efter hvilke retningslinjer skal det afgøres, om en dominerende virksomheds anvendelse af et rabatsystem med en standardiseret mængdetærskel med de i punkt 10-11 i forelæggelsesafgårelsen nævnte karakteristika udgør et misbrug af en dominerende stilling i strid med EF-traktatens artikel 82?

Som et led i besvarelsen bedes det belyst, hvilken betydning det har for vurderingen, om rabatsystemets tærskler er fastsat på en sådan måde, at rabatsystemet finder anvendelse på den væsentligste del af kunderne på markedet?

Som et led i besvarelsen bedes det endvidere belyst, hvilken betydning, om nogen, den dominerende virksomheds priser og omkostninger har for bedømmelsen efter EF-traktatens artikel 82 af et sådant rabatsystem (betydningen af en *as efficient competitor-test*).

Det bedes samtidig belyst, hvilken betydning markedets karakteristika i den forbindelse har, herunder om markedets karakteristika kan berettige, at der kan påvises markedsafskærmende virkning ved andre undersøgelser og analyser end en *as efficient competitor-test*, jf. herved punkt 24 i Kommissionens [meddelelse »Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af [...] artikel 82 [EF] på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd« (EUT 2009 C 45, s. 7)].

- 2) Hvor sandsynlig og alvorlig skal den konkurrenceskadelige virkning af et rabatsystem, med de i punkt 10-11 i forelæggelsesafgårelsen nævnte karakteristika, være, for at EF traktatens artikel 82 finder anvendelse?
- 3) Under hensyn til besvarelsen af spørgsmål 1-2, hvilke nærmere omstændigheder skal den nationale domstol tage i betragtning ved vurderingen af, om et rabatsystem, under omstændigheder svarende til dem, der er beskrevet i forelæggelsesafgårelsen (markedets og rabatsystemets karakteristika), konkret har eller er egnet til at have en sådan markedsafskærmende virkning, at det udgør et misbrug omfattet af EF-traktatens artikel 82?

Er det i den forbindelse et krav, at den markedsafskærmende virkning er mærkbar?»

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmåls første og andet afsnit og det tredje spørgsmåls første afsnit

- 21 Med det første spørgsmåls første og andet afsnit og det tredje spørgsmåls første afsnit, som skal undersøges samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt, at Domstolen skal præcisere de kriterier, som skal finde anvendelse ved afgørelsen af, om et rabatsystem som det i hovedsagen omhandlede kan have en markedsafskærmende virkning i strid med artikel 82 EF. Den forelæggende ret ønsker ligeledes oplyst, hvilken betydning det har for vurderingen, at rabatsystemet finder anvendelse på den væsentligste del af kunderne på markedet.
- 22 Det fremgår af sagens akter for Domstolen, at det rabatsystem, som Post Danmark gjorde brug af i 2007 og 2008 har tre hovedkendetegn.
- 23 For det første var rabatskalaen, som omfattede satser på mellem 6 og 16%, »standardiseret«, dvs. at alle kunder kunne opnå samme rabat i forhold til deres samlede køb i løbet af en årlig referenceperiode.
- 24 For det andet var rabatterne »betingede«, således at Post Danmark og kunderne indgik aftaler ved årets begyndelse, hvori årets estimerede mængder blev indsat. Ved årets udgang foretog Post Danmark en efterregulering, såfremt de indleverede mængder afveg fra de oprindeligt estimerede.
- 25 For det tredje havde rabatterne »tilbagevirkende kraft« på den måde, at hvis den oprindeligt fastsatte tærskel for forsendelser blev oversteget, fandt den rabatsats, der var opnået ved årets udgang, anvendelse på alle forsendelser indgivet i den pågældende periode og ikke kun på de forsendelser, der oversteg den oprindeligt estimerede mængde.
- 26 Hvad angår anvendelsen af artikel 82 EF på et rabatsystem bemærkes, at denne bestemmelse ved at forbyde misbrug af en dominerende stilling på markedet, i det omfang samhandelen mellem medlemsstaterne kan påvirkes derved, er rettet mod adfærd, som kan påvirke strukturen af et marked, hvor konkurrencegraden allerede er svækket netop som følge af tilstedeværelsen af en virksomhed, som har en sådan position, og som har til virkning at skabe hindringer for opretholdelsen af den grad af konkurrence, der stadig findes på markedet, eller for udviklingen af denne konkurrence (jf. i denne retning domme *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen*, 322/81, EU:C:1983:313, præmis 70, og *British Airways mod Kommissionen*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 66).
- 27 Det fremgår ligeledes af fast retspraksis, at til forskel fra mængderabatter, der udelukkende er knyttet til den gennemførte købsmængde hos den pågældende

producent, og som i princippet ikke efter sin art er i strid med artikel 82 EF, udgør en loyalitetsrabat, hvorved virksomheden i kraft af økonomiske fordele søger at hindre, at kunderne foretager alle eller en betydelig del af indkøbene til dækning af sine behov hos virksomhedens konkurrenter, et misbrug i denne bestemmelses forstand (jf. domme *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen*, 322/81, EU:C:1983:313, præmis 71, og *Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 70).

- 28 Hvad angår det i hovedsagen omhandlede rabatsystem bemærkes, at dette system ikke kan betragtes som blot at være en mængderabat, der udelukkende er knyttet til den gennemførte købsmængde, for så vidt som de omhandlede rabatter ikke tildeles for hver individuel ordre, hvilket ville svare til leverandørens omkostningsbesparelser, men i forhold til den samlede mængde ordrer afgivet i løbet af en given periode. Rabatten var i øvrigt heller ikke knyttet til en forpligtelse eller et løfte fra køberne om udelukkende eller for en vis del af deres behov at handle hos Post Danmark, hvilket adskiller rabatten fra loyalitetsrabatter i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i den i ovenstående præmis nævnte retspraksis.
- 29 Under disse omstændigheder forholder det sig således, at for at afgøre, om en virksomhed med en dominerende stilling har misbrugt denne stilling ved at anvende et rabatsystem som det i hovedsagen omhandlede, har Domstolen gentagne gange fastslået, at samtlige omstændigheder skal tages i betragtning, bl.a. de kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet, og det må undersøges, om rabatten ved at udgøre en fordel, som ikke er begrundet i en økonomisk modydelse, har fjernet eller begrænset køberens mulighed for frit at vælge sine forsyningskilder, har hindret konkurrenternes adgang til markedet, har anvendt ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere eller har styrket sin dominerende stilling gennem en fordrejning af konkurrencen (domme *British Airways mod Kommissionen*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 67, og *Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 71).
- 30 Henset til sagens særlige omstændigheder skal der i forbindelse med undersøgelsen af de relevante omstændigheder tages hensyn til rækkevidden af Post Danmarks dominerende stilling og de særlige konkurrencebetingelser på det omhandlede marked.
- 31 Det skal i denne forbindelse først undersøges, om rabatterne kan skabe en ekskluderende virkning, dvs. om de kan gøre den dominerende virksomheds konkurrenters adgang til markedet mere vanskelig eller endog umulig, og om de kan gøre det mere vanskeligt eller endog umuligt for denne virksomheds medkontrahtenter at vælge mellem flere leverandører eller handelspartnere. Det skal endvidere undersøges, om der er en objektiv økonomisk begrundelse for de indrømmede rabatter (dom *British Airways mod Kommissionen*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 68 og 69).

- 32 Hvad for det første angår de kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet, bemærkes, at de i hovedsagen omhandlede rabatter havde »tilbagevirkende kraft« på den måde, at hvis den oprindelige tærskel, fastsat i starten af året for mængden af forsendelser, blev oversteget, fandt den rabatsats, der var opnået ved årets udgang, anvendelse på alle forsendelser indgivet i referenceperioden og ikke kun på de forsendelser, der oversteg den oprindeligt estimerede mængde. Derimod skulle en kunde betale penge tilbage til Post Danmark, når den faktiske mængde var mindre end den estimerede.
- 33 Det fremgår imidlertid af retspraksis, at de kontraktforpligtelser, der påhviler en dominerende virksomheds medkontrahenter, og det pres, der udøves på dem, kan være særligt stærkt, når en rabat ikke blot vedrører den stigning i køb af denne virksomheds varer, som medkontrahenterne har foretaget i den periode, der tages i betragtning, men ligeledes omfatter den samlede købsmængde. På denne måde medfører forholdsvis beskedne forandringer i salget af den dominerende virksomheds varer uforholdsmæssige virkninger på medkontrahenterne (jf. i denne retning dom *British Airways mod Kommissionen*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 73).
- 34 Det skal endvidere fremhæves, at det i hovedsagen omhandlede rabatsystem byggede på en referenceperiode på et år. Med til alle rabatordninger, ved hvilke rabatterne ydes efter de mængder, der er blevet afsat i en forholdsvis lang referenceperiode, hører imidlertid, at presset på køberen for at opfylde det indkøbstal, der skal til for at få fordelen eller for ikke at lide det for hele perioden fastsatte tab, stiger ved referenceperiodens slutning (dom *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen*, 322/81, EU:C:1983:313, præmis 81).
- 35 Som generaladvokaten har anført i punkt 37 og 38 i forslaget til afgørelse, gør et sådant rabatsystem det følgelig lettere for den dominerende virksomhed såvel at binde sine egne kunder til virksomheden som at tiltrække kunder fra dens konkurrenter og dermed opsluge den andel af efterspørgslen, der er udsat for konkurrence på det relevante marked. Denne afsmittende virkning forstærkes yderligere ved den omstændighed, at rabatterne i hovedsagen gjaldt uden forskel på såvel den andel af efterspørgslen, der var udsat for konkurrence, som for den andel, der ikke var, dvs. i sidstnævnte tilfælde direct mail-forsendelser op til 50 gram, som var omfattet af Post Danmarks monopol.
- 36 I hovedsagen fremgår det af sagens akter for Domstolen, at for 25 af Post Danmarks vigtigste kunder, som udgjorde næsten halvdelen af mængden af operationer på det omhandlede marked i den pågældende periode, kunne omkring to tredjedele af de direct mail-forsendelser, der blev afsendt uden for eneretten, ikke overføres fra Post Danmark til Bring Citymail uden negative konsekvenser for trinnet i rabatskalaen. Hvis en sådan konstatering viser sig at være korrekt, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, var incitamentet til at handle udelukkende eller for størstedelen hos Post Danmark særligt udtalt,

hvorved systemet i væsentligt omfang begrænsede kundernes mulighed for frit at vælge deres forsyningskilder.

- 37 Hvad i øvrigt angår standardiseringen af rabatskalaen, som bestod i, at alle kunder kunne opnå samme rabat i forhold til deres samlede køb i løbet af en referenceperiode, gør et sådant kendetegn det ganske vist muligt at fastslå, at det af Post Danmark gennemførte rabatsystem i princippet ikke medførte, at der blev anvendt ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere i henhold til artikel 82, litra c), EF.
- 38 Den omstændighed, at et rabatsystem ikke er udtryk for forskelsbehandling, er imidlertid ikke i sig selv til hinder for, at det fastslås, at systemet kan have en ekskluderende virkning i strid med artikel 82 EF. I dom *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen* (322/81, EU:C:1983:313, præmis 86 og 91) fastslog Domstolen således efter at have forkastet Kommissionens klagepunkt om, at det af Michelin anvendte rabatsystem var udtryk for forskelsbehandling, ikke desto mindre, at ordningen var i strid med artikel 82 EF, idet den skabte et afhængighedsforhold mellem forhandlerne og denne virksomhed.
- 39 Hvad for det andet angår rækkevidden af Post Danmarks dominerende stilling og de særlige konkurrencebetingelser på markedet for massebreve fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at Post Danmark havde en markedsandel på over 95% på et marked kendetegnet ved høje adgangsbarrierer, stordriftsfordele og flerproduktionsfordele. Post Danmark havde endvidere væsentlige strukturelle fordele navnlig som følge af den lovbestemte eneret på distribution af breve på op til og med 50 g, hvilket vedrørte 70% af alle massebreve. Post Danmark havde endelig et geografisk unikt dækningsområde, der omfattede hele Danmark.
- 40 Den omstændighed, at en virksomhed har en meget stor markedsandel, giver den en magtposition, som gør virksomheden til en uomgængelig forretningsforbindelse, og som giver den sikkerhed for at kunne udvise en uafhængig adfærd (dom *Hoffmann-La Roche mod Kommissionen*, 85/76, EU:C:1979:36, præmis 41). Under disse betingelser er det særligt vanskeligt for den nævnte virksomheds konkurrenter at fremsætte bedre tilbud, når de er stillet over for rabatter støttet på den samlede salgsmængde. Den dominerende virksomhed udgør som følge af sin betydeligt større markedsandel overordnet set en uomgængelig forretningspartner på markedet (jf. dom *British Airways mod Kommissionen*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 75).
- 41 Denne omstændighed, i tilknytning til de forhold, der er nævnt i denne doms præmis 39, der medvirker til at beskrive den konkurrencesituation, der findes på det relevante marked, gør det muligt at fastslå, at konkurrencen allerede var mærkbart begrænset.
- 42 Under disse omstændigheder skal det fastslås, at et rabatsystem, som anvendes af en virksomhed som den i hovedsagen omhandlede, der uden at binde kunderne

ved en formel forpligtelse ikke desto mindre har til formål at hindre, at kunderne foretager indkøb hos konkurrerende producenter, har en konkurrencebegrænsende ekskluderende virkning (jf. i denne retning dom Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen, C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 72).

- 43 Den forelæggende ret ønsker i øvrigt ligeledes oplyst, hvilken betydning det har for vurderingen af det af Post Danmark indførte rabatsystem, at dette system finder anvendelse på den væsentligste del af kunderne på markedet.
- 44 Den omstændighed, at den af Post Danmark anvendte rabat vedrørte en stor del af kunderne på markedet, udgør ikke i sig selv et indicium for, at virksomheden har udøvet en ulovlig adfærd.
- 45 I forbindelse med en sag, der netop tilsigter en vurdering af loyalitetsrabatter anvendt af en virksomhed med en dominerende stilling, har Domstolen således fastslået, at der ikke var grund til at undersøge, hvor stor en del af kontrakterne der indeholdt eller ikke indeholdt denne klausul (dom Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, EU:C:1975:174, præmis 511).
- 46 Den omstændighed, at et rabatsystem som det i hovedsagen omhandlede omfatter størstedelen af kunderne på markedet, kan imidlertid udgøre en nyttig indikation af virkningerne af denne praksis og af dens betydning for markedet, som kan styrke sandsynligheden for en konkurrencebegrænsende ekskluderende virkning.
- 47 I tilfælde af, at den forelæggende ret fastslår, at Post Danmarks adfærd havde en konkurrencebegrænsende virkning, skal det endelig bemærkes, at en dominerende virksomhed ikke desto mindre kan begrunde handlinger, der kan være omfattet af forbuddet i artikel 82 EF.
- 48 Navnlig kan en sådan virksomhed godtgøre, at den afskærmende virkning, som følger af dens adfærd, kan opvejes, endog overvindes, af effektivitetsfordele, som ligeledes er til gavn for forbrugerne (jf. dom British Airways mod Kommissionen, C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 86, og TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 76).
- 49 I sidstnævnte henseende påhviler det den dominerende virksomhed at godtgøre, at de sandsynlige effektivitetsgevinster, som den pågældende adfærd kan medføre, opvejer sandsynlige negative virkninger for konkurrencen og forbrugernes interesser på de berørte markeder, at effektivitetsgevinsterne er opnået eller vil kunne opnås som følge af den pågældende adfærd, at denne adfærd er afgørende for at opnå disse gevinster, og at adfærden ikke udelukker den effektive konkurrence ved at fjerne alle eller de fleste eksisterende faktiske eller potentielle konkurrencekilder (dom Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 42).
- 50 I lyset af ovenstående bemærkninger skal det første spørgsmåls første og andet afsnit og det tredje spørgsmåls første afsnit besvares således, at ved afgørelsen af,

om et rabatsystem såsom det i hovedsagen omhandlede, der er iværksat af en virksomhed med en dominerende stilling, kan have en markedsafskærmende virkning i strid med artikel 82 EF, skal samtlige omstændigheder tages i betragtning, navnlig de kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet, rækkevidden af den omhandlede virksomheds dominerende stilling og de særlige konkurrencebetingelser på det relevante marked. Den omstændighed, at rabatsystemet omfatter størstedelen af kunderne på markedet, kan udgøre en nyttig indikation af virkningerne af denne praksis og dens betydning for markedet, som kan styrke sandsynligheden for en konkurrencebegrænsende ekskluderende virkning.

Det første spørgsmåls tredje og fjerde afsnit

- 51 Med det første spørgsmåls tredje og fjerde afsnit, som skal behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt belyst, hvilken betydning den såkaldte »as efficient competitor«-test har for bedømmelsen af et rabatsystem efter artikel 82 EF.
- 52 Da den forelæggende ret i det første spørgsmåls fjerde afsnit har henvist til Kommissionens meddelelse med titlen »Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af [artikel 82 EF] på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd«, skal det indledningsvis bemærkes, at dette dokument alene definerer Kommissionens holdning vedrørende valget af de sager, den påtænker først og fremmest at forfølge, og Kommissionens forvaltningspraksis ikke er bindende for de nationale konkurrencemyndigheder og retter.
- 53 Det skal bemærkes, at anvendelsen af as efficient competitor-testen består i en undersøgelse af, om en dominerende virksomheds prispolitik risikerer at udelukke en konkurrent, der er lige så effektiv som denne virksomhed, fra markedet.
- 54 Dette kriterium bygger på en sammenligning mellem de priser, som en dominerende virksomhed har anvendt, og visse omkostninger, som denne virksomhed har afholdt, samt på en vurdering af virksomhedens strategi (jf. dom Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 28).
- 55 As efficient competitor-testen er særligt blevet anvendt af Domstolen på politikken med lave priser i form af selektive priser eller predatory pricing (jf. for så vidt angår selektive priser dom Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 28-35, og for så vidt angår predatory pricing domme AKZO mod Kommissionen, C-62/86, EU:C:1991:286, præmis 70-73, og France Télécom mod Kommissionen, C-202/07 P, EU:C:2009:214, præmis 107 og 108), og på avancepres (dom TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 40-46).
- 56 Hvad angår sammenligningen mellem priser og omkostninger i forbindelse med anvendelse af artikel 82 EF på et rabatsystem har Domstolen fastslået, at opkrævningen hos kunderne af »negative priser«, dvs. priser fastsat under

kostprisen, ikke udgør en forudgående betingelse for at fastslå, at en dominerende virksomheds ordning med rabatter med tilbagevirkende kraft har karakter af misbrug (dom Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen, C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 73). I samme sag præciserede Domstolen, at manglende sammenligning af de priser, som er anvendt, og omkostningerne ikke udgør en retlig fejl (dom Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen, C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 80).

- 57 Det følger heraf, således som generaladvokaten har anført i punkt 61 og 63 i forslaget til afgørelse, at der ikke af artikel 82 EF eller af Domstolens praksis kan udledes en retlig forpligtelse til altid at støtte sig på en *as efficient competitor*-test ved konstateringen af, om en dominerende virksomheds rabatsystem udgør misbrug.
- 58 Denne konklusion skal imidlertid ikke føre til, at det af princip udelukkes, at *as efficient competitor*-testen kan anvendes i sager om rabatsystemer med henblik på at undersøge foreneligheden med artikel 82 EF.
- 59 I en situation som den i hovedsagen omhandlede, som er karakteriseret ved, at den dominerende virksomhed har en meget høj markedsandel og ved strukturelle fordele i form af navnlig denne virksomheds lovbestemte eneret, som finder anvendelse på 70% af forsendelserne på det pågældende marked, er en anvendelse af *as efficient competitor*-testen derimod ikke relevant, for så vidt som markedsstrukturen gør det praktisk umuligt at have en konkurrent, der er lige så effektiv.
- 60 På et marked som det i hovedsagen omhandlede, som er kendetegnet ved høje adgangsbarrierer, vil tilstedeværelsen af en mindre effektiv konkurrent desuden kunne medvirke til at intensivere konkurrencepresset på markedet og herved udøve pres på den dominerende virksomhed.
- 61 *As efficient competitor*-testen skal således betragtes som et instrument blandt andre med henblik på at vurdere, om der foreligger et misbrug af dominerende stilling i forbindelse med et rabatsystem.
- 62 Følgelig skal det første spørgsmåls tredje og fjerde afsnit besvares med, at anvendelsen af en *as efficient competitor*-test ikke udgør en ufravigelig betingelse for at fastslå, at et rabatsystem har karakter af misbrug, henset til artikel 82 EF. I en situation som den i hovedsagen omhandlede er anvendelsen af *as efficient competitor*-testen ikke relevant.

Det andet spørgsmål og det tredje spørgsmåls andet afsnit

- 63 Med det andet spørgsmål og det tredje spørgsmåls andet afsnit, som skal behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 82 EF skal fortolkes således, at den konkurrencebegrænsende virkning af et

rabatsystem såsom det i hovedsagen omhandlede skal være såvel sandsynlig som alvorlig eller mærkbar for at henhøre under denne bestemmelse.

- 64 Hvad for det første angår sandsynligheden for en konkurrencebegrænsende virkning fremgår det af den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 29, at med henblik på at afgøre, om en dominerende virksomhed har misbrugt denne stilling ved at anvende et rabatsystem, skal det særligt undersøges, om disse rabatter har fjernet eller begrænset køberens mulighed for frit at vælge sine leverandører, har hindret konkurrenternes adgang til markedet, om rabatgiver herved over for sine handelspartnere har anvendt ulige vilkår for ydelser af samme værdi eller har styrket sin dominerende stilling gennem en fordrejning af konkurrencen.
- 65 I denne forbindelse, og som generaladvokaten har præciseret i punkt 80 i forslaget til afgørelse, må den konkurrencebegrænsende virkning af en bestemt adfærd ikke være af rent hypotetisk karakter.
- 66 Domstolen har ligeledes udtalt, at for at det kan fastslås, at sådanne afgifter har karakter af misbrug, skal deres konkurrencebegrænsende virkning på markedet foreligge, men ikke nødvendigvis være konkret, da en godtgørelse af, at der kan foreligge konkurrencebegrænsende virkninger, som kan fortrænge den dominerende virksomheds mindst lige så effektive konkurrenter, er tilstrækkelig (dom TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 64).
- 67 Det følger heraf, at det alene er dominerende virksomheder, hvis adfærd kan have en konkurrencebegrænsende virkning på markedet, som henhører under anvendelsesområdet for artikel 82 EF.
- 68 Det skal i denne henseende fremhæves, at vurderingen af et rabatsystems evne til at begrænse konkurrencen skal foretages under hensyn til alle de relevante omstændigheder, herunder efter hvilke regler og kriterier rabatterne ydes, antallet af berørte kunder og kendetegnene af det marked, hvorpå den dominerende virksomhed opererer.
- 69 En sådan vurdering tilsigter at afgøre, hvorvidt den dominerende virksomheds adfærd bevirker, at konkurrenterne faktisk eller sandsynligvis udelukkes til skade for konkurrencen og følgelig for forbrugernes interesser (dom Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 44).
- 70 Hvad for det andet angår spørgsmålet, om den konkurrencebegrænsende virkning skal være alvorlig eller mærkbar, bemærkes, at selv om det er korrekt, at konstateringen af, at der foreligger en dominerende stilling, ikke i sig selv er ensbetydende med en kritik af vedkommende virksomhed (dom Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 21), kan en sådan virksomheds adfærd på grund af, at konkurrencestrukturen på det relevante marked allerede er svækket, udgøre et misbrug af den dominerende virksomheds stilling (jf. i denne retning dom

Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, 85/76, EU:C:1979:36, præmis 123, og France Télécom mod Kommissionen, C-202/07 P, EU:C:2009:214, præmis 107).

- 71 Domstolen har således gentagne gange udtalt, at en dominerende virksomhed er særligt forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på det indre marked (jf. dom Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis).
- 72 Da konkurrencestrukturen på markedet endvidere allerede er svækket som følge af tilstedeværelsen af den dominerende virksomhed, kan enhver yderligere begrænsning af denne konkurrencestruktur udgøre et misbrug af den dominerende virksomheds stilling (dom Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, 85/76, EU:C:1979:36, præmis 123).
- 73 Det følger heraf, at fastsættelsen af en (de minimis) mærkbarhedstærskel med henblik på at fastslå et misbrug af dominerende stilling således ikke er begrundet. Denne konkurrencebegrænsende adfærd er således efter sin art i sig selv egnet til at medføre ikke-ubetydelige begrænsninger eller endog udelukkelser af konkurrencen på det marked, hvorpå den dominerende virksomhed opererer.
- 74 Det følger af ovenstående betragtninger, at artikel 82 EF skal fortolkes således, at den konkurrencebegrænsende virkning af et rabatsystem, der anvendes af en dominerende virksomhed, såsom det i hovedsagen omhandlede system, skal være sandsynlig, uden at det er nødvendigt at godtgøre, at den er alvorlig eller mærkbar, for at henhøre under denne bestemmelses anvendelsesområde.

Sagens omkostninger

- 75 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Anden Afdeling) for ret:

- 1) **Ved afgørelsen af, om et rabatsystem såsom det i hovedsagen omhandlede, der er iværksat af en virksomhed med en dominerende stilling, kan have en markedsafskærmende virkning i strid med artikel 82 EF, skal samtlige omstændigheder tages i betragtning, navnlig de kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet, rækkevidden af den omhandlede virksomheds dominerende stilling og de særlige konkurrencebetingelser på det relevante marked. Den omstændighed, at rabatsystemet omfatter størstedelen af kunderne på markedet, kan udgøre en nyttig indikation af virkningerne af denne praksis og dens**

betydning for markedet, som kan styrke sandsynligheden for en konkurrencebegrænsende ekskluderende virkning.

- 2) Anvendelsen af en as efficient competitor-test udgør ikke en ufravigelig betingelse for at fastslå, at et rabatsystem har karakter af misbrug, henset til artikel 82 EF. I en situation som den i hovedsagen omhandlede er anvendelsen af as efficient competitor-testen ikke relevant.
- 3) Artikel 82 EF skal fortolkes således, at den konkurrencebegrænsende virkning af et rabatsystem, der anvendes af en dominerende virksomhed, såsom det i hovedsagen omhandlede system, skal være sandsynlig, uden at det er nødvendigt at godtgøre, at den er alvorlig eller mærkbar, for at henhøre under denne bestemmelses anvendelsesområde.

Underskrifter