

Case E-15/10 – Posten mot ESA

Post i butikk og eksklusivitet

Ronny Gjendemsjø



Innroduksjon

- Dom fra EFTA-domstolen 18. april i sak E-15/10 – Posten mot ESA.
- Sakens faktum
- Kort om noen prosessuelle spørsmål
- Misbruk
- Dommens bidrag til rettsavklaring/rettsutvikling

Kort om sakens fakta og bakgrunn

- Posten iverksetter sitt Post i butikk konsept rundt år 2000
 - Konseptet inkluderer «B to C» pakkeleveranser
 - Levering av pakker fra bedrifter til privatpersoner
 - Saken gjelder kun levering over disk
 - Inngår avtaler med NorgesGruppen/Shell, Coop og ICA
 - NorgesGruppen/Shell som prioritert partner/hovedpartner
 - Minimum varighet til 2005
 - Avtalene inneholder klausuler om eksklusivitet.
 - Kjedeeksklusivitet med NorgesGruppen/Shell
 - Butikkeksklusivitet med Coop og Ica

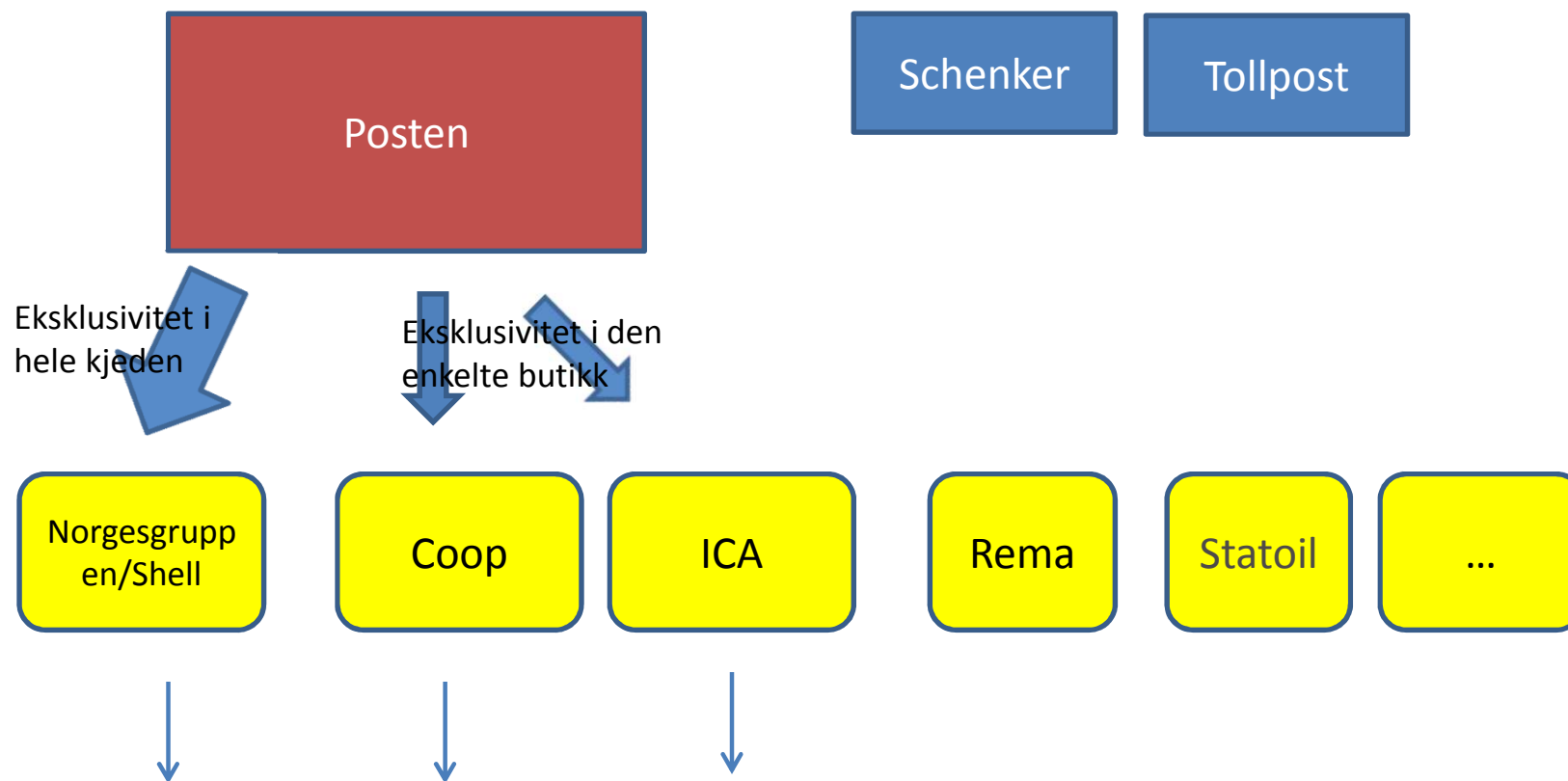
Fakta og bakgrunn forts.

- Reforhandling av partnerstatus fra 2004 og frem mot 2006
 - Holdt spørsmålet om prioritert partner åpent.
- Postens markedsandel var 98%

DB Schenkers markedsinntreden

- Etablert i Sverige fra 1992
- Forsøkte å etablere seg i Norge i 2001
- Estimerte et behov for mellom 325 og 400 utsalgssteder på kort sikt og ca. 1000 på lang sikt
 - Oppnådde 142 utsalgssteder
- Etter opphevelsen av eksklusivitetsavtalene inngikk Schenker et samarbeid med NorgesGruppen/Shell.
 - Oppnådde 295 utsalgssteder innen 2008, 206 av disse i NorgesGruppen/Shell sine butikker.

Ekklusivitetsavtalene



Prosesen

- Schenker-Privpak klagde Posten inn for ESA i 2002
- ESA foretok bevissikring hos Posten i 2004
- ESA oversendte Posten en SO desember 2008
- ESA avgjørelse om overtredelse av EØS-avtalens artikkel 54 kom i juli 2010
- Posten klagde saken inn for EFTA-domstolen
- EFTA domstolen avsa dom 18. april 2012
 - Ga ESA fullt medhold i spørsmålet om overtredelse
 - Reduserte boten som følge av lang saksbehandlingstid

Prosessuelle spørsmål

- Beviskrav
 - Posten anførte at overtredelsen må bevises utover enhver rimelig tvil (strafferettslig beviskrav), avsnitt 81.
 - Avvises indirekte av EFTA-domstolen
- Bevisavskjæring
- Andre?

Generelt om misbruk

- Standarddefinisjon i avsnitt 130:
 - “The concept of abuse of a dominant position prohibited by Article 54 EEA is an objective concept relating to the conduct of a dominant undertaking which, on a market where the degree of competition is already weakened precisely because of the presence of the undertaking concerned, through recourse to methods different from those governing normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.”
- Ikke krav om faktisk/aktuell virkning, jfr. Avsnitt 131:
 - «[t]he argument of the applicant that ESA was required to demonstrate actual anti-competitive effects must be rejected».
 - Kravet til virkning formuleres på ulike måter.

Misbruksvurderingen

- Den dominerende stillingen var ikke problematisert
- Markedsavgrensningen var ikke omstridt (avsnitt 79)
 - Det relevante marked var «B to C» pakkelevering over disk.
- Ikke et tvistetema om det var inngått avtaler om eksklusivitet
- Spørsmålet var om eksklusivitetsavtalene var et misbruk
 - Vurderingstemaet synes å ha vært om eksklusivitetsavtalene hindret etablering for konkurrenter, eller om konkurrentene hadde tilstrekkelig tilgang på butikker (avsnitt 135).

Betydningen av en avtale med en ledende dagligvare-, kiosk- eller bensinstasjon-kjede

- Krav til infrastruktur og nettverk
- Samarbeid med en ledende dagligvare- bensinstasjon- eller kioskkjede var ifølge ESA viktig for etablering i markedet.
 - Effektivitet og konkurransedyktighet
- EFTA-domstolen aksepterte ESAs vektlegging av viktigheten av en avtale med en ledende kjede.
 - Ikke av betydning at Postens egne preferanser ikke nødvendigvis var overførbare.
 - De generelle argumentene for en slik avtales viktighet synes å ha vært utslagsgivende.

Den utestengende virkningen

- EFTA-domstolen stiller her krav om at en «substantial share» av de relevante utsalgsstedene var utilgjengelige for konkurrenter.
 - En slags utdypning av kravet til «capable of restricting competition».
- Ca 50% av markedet var bundet til posten.
 - 50% av utsalgsstedene til ledende kjeder.
 - ESA hadde også vektlagt at i etableringsfasen (2001-2003) var en enda større del av markedet utilgjengelig for konkurrenter.
 - ESA hadde funnet den samme virkningen i reforhandlingene frem mot 2006.

Den utestengende virkningen forts.

- Dette var tilstrekkelig til å ha en utestengende virkning ifølge ESA og EFTA-domstolen.
 - Hvorfor er 50% en betydelig del og dermed tilstrekkelig?
 - Sml. Sak C-549/10 – Tomra.
- Fravær av faktiske virkninger
 - Her viser Domstolen først til at det ikke er et krav om faktiske virkninger (186-189).
 - Avviser at fraværet av faktiske virkninger er bevis for at atferden ikke var egnet til å ha virkning (191 flg.).

Objektiv begrunnelse

- Nødvendigheten av kjedeeksklusivitet (211 flg).
 - Posten greide ikke å bevise denne nødvendigheten
 - Postens konsept var uansett mer attraktivt enn konkurrentenes konsept.
- Nødvendigheten av butikkeksklusivitet (211 flg)
 - Tilstrekkelig med krav om fysisk atskilling av ulike pakkeleverandører.
 - Free riding.
 - Avvist på grunn av prosessuelle grunner.

Forhandlingene frem mot 2006 som misbruk

- ESA hadde lagt til grunn at Postens reforhandlingsstrategi fra 2004-2006 reduserte insentivene for ICA og COOP til å samarbeide med Postens konkurrenter.
 - Posten holdt spørsmål om hovedpartner åpent under forhandlingene.
- Domstolen godtok ESAs konklusjon om at forhandlingene om partnerstatus frem mot 2006 var en del av misbruket
 - Reforhandlingene – i kombinasjon med eksklusivitetsklausulene – styrket utestengingsvirkningen.

Forhandlingene frem mot 2006 som misbruk forts.

- En spennstig løsning?
 - Spesielt å gripe inn mot en forhandlingsstrategi.
 - Kan kanskje ikke anses som et selvstendig misbruk?
 - Tegn på en mer virkningsbasert tilnærming?
 - Kan synes som at formen ikke er avgjørende, men at det derimot er atferdens virkning som er avgjørende.
 - Høres dette kjent ut?
 - Tine?

Dommens bidrag til rettsavklaring/rettsutvikling

- «Virkningskravet»
 - Ikke krav om faktisk virkning (131)
 - Ett generelt virkningskrav?
 - Kan støtte en slik påstand
 - Men formulerer virkningskravet på fire ulike måter.
 - «tended to (tends to) restrict competition» (128, 187, 189), «intended to» (129, 170), «capable of» «129, 170, 187, 189, «liable to» (131).
 - De uttrykkene som brukes er ikke nødvendigvis samsvarende.
 - Har spørsmålet om et generelt virkningskrav fått en overdreven betydning?
- «Eksklusivitetsavtale-testen»
 - Mindre formbasert?

Sammenligning med Tinesaken

- Begge handler om eksklusivitet/eneleverøndørstatus
- Klare forskjeller
 - De facto eksklusivitetsavtaler kontra «ensidig atferd»
 - Posten binder opp en større del av markedet
- Likevel interessant med EFTA-domstolens vurdering av Postens forhandlingsstrategi.
 - I strid med flertallet i HR sin tilnærming i Tine?
 - Vanskelig å gi et klart svar

Oppsummering

- Noe nytt om eksklusivitetsavtaler
- Helt klart ikke noe strafferettslig beviskrav
- Dominerende aktører vil sjeldent kunne vinne frem med effektivitetsgevinster som forsvar
- Et nytt steg på veien mot et generelt virkningskrav?
 - Betydning for virkningsanalysene?