KOMMISSIONEN

KOMMISSIONENS BESLUTNING
af 20. marts 2001
om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 82
(Sag COMP/35.141 — Deutsche Post AG)

(meddelt under nummer K(2001) 728)

(Kun den tyske udgave er autentisk)

(EØS-relevant tekst)

(2001/354/EF)

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER HAR —

under henvisning til traktaten om oprettelse af det

under henvisning til Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 — første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 ([1]), senest ændret ved forordning (EF) nr. 1216/1999 ([2]), særlig artikel 3 og artikel 15, stk. 2,

under henvisning til klagen indgivet af United Parcel Service den 7. juli 1994, hvori virksomheden dels påstod, at Deutsche Post AG overtrådte traktatens artikel 82, dels anmodede Kommissionen om at bringe disse overtrædelser til ophør,

under henvisning til Kommissionens beslutning af 7. august 2000 om at indlede procedure,

under henvisning til Kommissionens beslutning af 4. oktober 2000 orm at udvide den procedure, der blev indledt den 7. august 2000,

efter at have givet de deltagende virksomheder lejlighed til at udtale sig om Kommissionens klagepunkter, jf. artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17 og Kommissionens forordning (EF) nr. 2842/98 af 22. december 1998 om høring af parter i visse procedurer efter EF-traktatens artikel 85 og 86 ([3]),

efter høring af Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål, og

ud fra følgende betragtninger:

I. SAGSFREMSTILLING

A. KLAGEREN

(1) Klageren, United Parcel Service (UPS), er en privatejet amerikansk virksomhed med hovedsæde i Atlanta, Georgia, USA. UPS er en af Deutsche Post AG's væsentlige konkurrenter inden for befordring af pakkepost mellem erhvervskunder, såkaldte business-to-business-aktiviteter (B-to-B). Derudover udfører UPS ifølge egne oplysninger også i begrænset udstrækning pakkeposttjenester for postordresektoren, såkaldte business-to-consumer-aktiviteter (B-to-C).

([1]) EFT 13 af 21.2.1962, s. 204/62.
([2]) EFT L 148 af 15.6.1999, s. 5.
([3]) EFT L 354 af 30.12.1998, s. 18.

B. DEN DELTAGENDE VIRKSOMHED

(2) Deutsche Post AG (DPAG) er et aktieselskab, der blev oprettet i 1995 på grundlag af den del af den særlige formue (Sondervermögen), som omfattede Deutsche Bundespost Postdienst (DBP). DBP blev på sin side med Postverfassungsgesetz (PostVerfG), der trådte i kraft den 1. juli 1989, det delområde af det daværende Deutsche Bundespost (BP), der fik overdraget ansvaret for posttjenester. Inden den 1. juli 1989 blev posttjenester udbudt af BP. DPAG, DBP og BP benævnes i det følgende under ét DPAG. DPAG's hovedaktivitet består i befordring af brevforsendelser. DPAG har en lovbestemt eneret (eneretsområdet) [4] til befordring af brevforsendelser, der vejer indtil 200 g. I 1998 udgjorde DPAG's omsætning på eneretsområdet [...] (*) mia. DEM og dermed næsten [...] % af DPAG's samlede omsætning på [...] mia. DEM. Det fremgår af den beregning, som DPAG har forelagt med hensyn til de årlige omkostninger og indtægter (resultatopgørelse), at eneretsområdet har haft overskud i det mindste siden [...] [5]:

Figur 1

Resultatopgørelse for DPAG på eneretsområdet 1990-1999

(mio. DEM)

År	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
Indtægter	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Omkostninger	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Overskud	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

C. KLAGEN

(3) I sin begæring fra juli 1994 i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17 gjorde UPS gældende, at DPAG anvendte indtægter fra det rentable brevmonopol til at finansiere salg inden for erhvervspakketjenesterne, som ikke dækkede omkostningerne. Uden »krydssubsidieringen« fra eneretsområdet havde DPAG ikke været i stand til over en lang periode at finansiere tab i forbindelse med de konkurrenceudsatte erhvervspakketjenester. Klageren kræver derfor et forbud mod salg til under kostprisen og en strukturel adskillelse af eneretsområdet fra de pakketjenester, der ikke er omfattet af eneret. I modsat fald vil det heller ikke være muligt for en effektiv virksomhed at klare prispresset fra DPAG inden for de konkurrenceudsatte pakketjenester.

D. PAKKETJENESTER TIL POSTORDRESEKTOREN

(4) Denne beslutning er baseret på DPAG's ydelse af rabat og prisfastsættelse i forbindelse med pakketjenester til postordresektoren i Tyskland. Pakketjenester, herunder tjenesterne til postordresektoren, er ikke været omfattet af eneret i Tyskland. Siden omkring 1976 har konkurrenter da også udført pakketjenester i Tyskland, hovedsagelig i form af befordring af pakker inden for B-to-B-aktiviteter. Pakketjenester til postordresektoren er for DPAG langt det vigtigste kundesegment inden for pakketjenester [6].

E. DET ØKONOMISKE BEGREB »KRYDSSUBSIDIERING«

(5) Klageren gør hovedsagelig gældende, at DPAG tilbyder sine erhvervspakketjenester til under kostprisen for at udelukke konkurrenter på dette område. Det tab, der opstår herved, dækker DPAG ved hjælp af overskuddet fra eneretsområdet. Derved foretager DPAG en for konkurrencen skadelig krydssubsidiering fra brevtjenesterne, der er omfattet af eneret, til erhvervspakketjenesterne.

[4] Se § 51 i Postgesetz: »Indtil den 31. december 2002 har Deutsche Post AG eneret på erhvervsmæssig postbefordring af brevforsendelser og adresserede kataloger med en vægt på under 200 g og en pris på indtil fem gange den takst, der var gældende pr. 31. december 1997 for tilsvarende postforsendelser på første vægtsats (lovbestemt enekoncession)«.
(*) Forretningshemmelighed.
[5] Se DPAG's brev af 23. december 1999, bilag 1.
[6] Se bilag 2 til DPAG's brev af 6. december 1999.

De relevante omkostningsbegreber

(6) Ud fra et økonomisk synspunkt foreligger der krydssubsidiering, når på den ene side indtægterne fra en tjeneste ikke er tilstrækkelige til at dække de specifikke meromkostninger (incremental costs) ([7]), der opstår i forbindelse med denne tjeneste, og der på den anden side er en tjeneste eller et helt virksomhedsområde, hvor indtjeningen overstiger de såkaldte »stand-alone costs«. Den for store dækning med hensyn til stand-alone costs viser kilden til krydssubsidiering, mens den manglende dækning med hensyn til de ydelsesspecifikke meromkostninger viser krydssubsidieringens mål. I det foreliggende tilfælde kan eneretsområdet komme i betragtning som en permanent finansieringskilde, da det fremgår af de tal i figur 1, som DPAG har forelagt, at indtjeningen på eneretsområdet generelt overstiger dettes stand-alone costs ([8]).

(7) Ved beregningen af, om de ydelsesspecifikke meromkostninger i forbindelse med pakketjenesterne til postordresektoren er dækket, skal der således sondres mellem de ydelsesspecifikke omkostninger, som alene opstår i forbindelse med udførelsen af denne tjeneste, og de fælles faste omkostninger, som ikke alene kan henføres til denne tjeneste.

Indvirkninger af DPAG's forpligtelse til at udføre offentlige tjenester

(8) Ved fastsættelsen af de fælles faste omkostningers andel skal der tages højde for, at DPAG har en lovfæstet forpligtelse til at råde over en reservekapacitet, som til enhver tid er tilstrækkelig til også at dække spidsbelastningsbehov på posthusene inden for lovbestemte kvalitetsstandarder ([9]). Selv hvis DPAG ikke udførte pakketjenester for postordresektoren, ville virksomheden fortsat være forpligtet til over for disse kunder at befordre pakker og kataloger via posthusene inden for visse kvalitetsmål. Dette krav fremkommer på grundlag af den generelle kontraheringsforpligtelse, hvorefter enhver potentiel postkunde over for DPAG har krav på at få udført pakketjenester via posthusene til ensartede takster og inden for den fastsatte servicekvalitet. I modsætning til en privat virksomhed, som f.eks. UPS, har DPAG i tilfælde af en afvikling af en bestemt pakketjeneste ikke mulighed for at reducere personalemæssige og materielle ressourcer i samme forhold som den mængdemæssige nedgang. Også i tilfælde af en afvikling af den pågældende pakketjeneste skal DPAG til posthusekspeditionen inden for de lovbestemte kvalitetsstandarder (80 % af forsendelserne skal overalt være udleveret inden for to hverdage) råde over en tilstrækkelig del af de hidtidige personalemæssige og materielle ressourcer som reserve. Denne forpligtelse til at råde over en reservekapacitet omskrives inden for økonomien med begrebet carrier of last resort ([10]).

(9) Råder DPAG som følge af forpligtelsen til at udføre offentlige tjenester over en infrastruktur, skal der sondres mellem de fælles omkostninger til reservekapaciteten og de ydelsesspecifikke meromkostninger ved de enkelte tjenester på følgende måde:

— Omkostninger til reservekapaciteten opstår uafhængigt af de leverede tjenester og den befordrede mængde pakker alene som følge af reservekapaciteten, som giver enhver mulighed for at få pakker befordret via posthusene. Omkostninger, der opstår som følge af den lovbestemte forpligtelse til at sikre en almen befordringsmulighed til ensartede takster, øger den andel af de

([7]) De ydelsesspecifikke meromkostninger (incremental costs) omfatter kun omkostninger, som alene opstår på grundlag af en enkelt pakketjeneste. I incremental costs indgår ikke de faste omkostninger, som ikke opstår alene på grundlag af en enkelt tjeneste (de fælles faste omkostninger). Fælles faste omkostninger er ikke ydelsesspecifikt forbundet med en bestemt pakketjeneste og bortfalder først, hvis alle virksomhedens tjenester blev afviklet.

([8]) Dette betyder: Indtjeningen på hele eneretsområdet er større end alle de omkostninger, der opstår på området. Indtægterne overstiger dermed ikke kun de produktspecifikke meromkostninger, men også de ikke-henførbare fælles faste omkostninger.

([9]) I henhold til § 1, stk. 1, nr. 2, i Post-Universaldienstleistungsverordnung (PUDLV) er DPAG som følge af den generelle kontraheringsforpligtelse over for enhver kunde forpligtet til at befordre pakker under overholdelse af et bestemt kvalitetsmål (§ 3, stk. 2, i PUDLV: Mindst 80 % skal udleveres inden for to hverdage). Inden PUDLV trådte i kraft med tilbagevirkende kraft til den 1. januar 1998 var den generelle kontraheringsforpligtelse fastsat i § 8 i Gesetz über das Postwesen (PostG) af 28. juni 1969. Ifølge denne havde enhver krav på at kunne benytte postvæsenets faciliteter. Betingelserne for at benytte postvæsenets faciliteter var reguleret i forordninger. Kvalitetsmålet var inden PUDLV's ikrafttræden fastsat i § 20, stk. 3, i Post-Kundenschutzverordnung (BGBl. 1995 I. s. 2016) (80 % den anden hverdag efter indleveringen).

([10]) Se navnlig William J. Baumol og J. Gregory Sidak: Toward Competition in Local Telephony. MIT Press 1994, s. 108-109.

fælles faste omkostninger, som skal afholdes af carrier of last resort i forhold til virksomheder, som ikke er underlagt en forpligtelse til at udføre offentlige tjenester. I modsætning til en virksomhed, som frit kan råde over sit sortiment af tjenester, skal carrier of last resort også afholde omkostninger til reservekapaciteten ved bortfald af de pakketjenester, som ikke afvikles via posthusene. Omkostninger til reservekapaciteten er således ikke ydelsesspecifikke og betragtes som DPAG's fælles faste omkostninger ([11]). Fælles faste omkostninger bortfalder kun, hvis forpligtelsen til at udføre offentlige tjenester generelt bortfalder.

— Ydelsesspecifikke meromkostninger opstår derimod kun ved udførelse af en tjeneste, som ikke afvikles via posthusene. Disse meromkostninger, som er afhængige af mængden, og som alene opstår på grundlag af den specifikke tjeneste, bortfalder i tilfælde af en afvikling af denne tjenesteydelse.

(10) For at undgå en subsidiering af pakketjenesterne til postordresektoren på grundlag af indtægter fra eneretsområdet, skal DPAG opnå en indtjening ved denne pakketjeneste, som mindst dækker de hermed forbundne ydelsesspecifikke meromkostninger. Det forhold, at der tages udgangspunkt i dækningen af de ydelsesspecifikke meromkostninger, gør det også muligt at tage passende hensyn til de meromkostninger, som opstår for DPAG som følge af forpligtelsen til at råde over en reservekapacitet i netværket ([12]). Netop for at tage højde for omkostningerne til reservekapaciteten i netværket som specifikke meromkostninger kræves det i forbindelse med DPAG's aktiviteter inden for pakketjenester til postordresektoren kun, at de ydelsesspecifikke meromkostninger dækkes. Dermed belastes disse aktiviteter ikke med de generelle omkostninger til reservekapaciteten i netværket, som opstår for DPAG som følge af forpligtelsen til at udføre offentlige tjenester ([13]).

Beregning af de ydelsesspecifikke omkostninger i forbindelse med pakkejenester til postordresektoren

(11) DPAG leverer på nuværende tidspunkt pakketjenester til postordresektoren ([14]) via 33 bestemmelses- og indleveringspostcentre og 476 omdelingscentre. Denne infrastruktur betegnes af DPAG som »Sparte Frachtpost«. Infrastrukturen på dette område anvendes ligeledes til DPAG's øvrige erhvervspakketjenester, navnlig til B-to-B-aktiviteterne. Derudover anvendes denne infrastruktur også til pakkeforsendelserne mellem privatkunder (såkaldte »private-to-private«- eller »P-to-P«-aktiviteter og »indleverede pakker«, dvs. pakker der indleveres på posthuset) og returforsendelser for postordresektoren (såkaldte »P-to-B«-aktiviteter) ([15]). Pakketjenester til postordresektoren tegner sig årligt for 71 % af den samlede mængde erhvervspakketjenester ([16]). Brevtjenester, der er omfattet af eneret, udføres derimod i vidt omfang via en adskilt infrastruktur. Den eneste undtagelse er den kombinerede omdeling ([17]). Driftsforløbet for pakketjenester til postordresektoren omfatter følgende »håndteringsområder« ([18]):

([11]) Se navnlig William J. Baumol og J. Gregory Sidak: Toward Competition in Local Telephony. MIT Press 1994, s. 108-109: »These obligations are appropriately treated as sources of common fixed costs for the firm …«.

([12]) DPAG henviser gentagne gange, f.eks. i brev af 15. maj 1997 og af 6. oktober 2000, s. 4 og 5 og s. 8-10, til disse meromkostninger, de såkaldte »befordringspligtbyrder«.

([13]) De såkaldte »befordringspligtbyrder« (landsdækkende filialnet, omdeling overalt i landet til ensartede takster) vil kun i forbindelse med en fuld omkostningsfordeling blive henført forholdsmæssigt til erhvervspakketjenesterne. Se DPAG's brev af 6. oktober 2000, s. 4 og 5 samt s. 8-11. Ved at tage udgangspunkt i dækningen af mindst de ydelsesspecifikke meromkostninger undgås netop en sådan forholdsmæssig fordeling af omkostninger, som opstår som følge af forpligtelsen til at udføre offentlige tjenester, på pakketjenester, der ikke afvikles via posthusene.

([14]) Pakketjenester til postordresektoren består i det væsentlige af postpakker og kataloger.

([15]) DPAG's brev af 7. april 2000, s. 3. DPAG's brev af 6. december 1999, s. 11, samt DPAG's brev af 22. december 1999, s. 2.

([16]) Beregningsgrundlag: Ctcon GmbH, »Segmentserfolgsrechnung 1990-1999 Frachtpost ohne Kataloge von 200 g bis 1 000 g, ohne Postgut klein und Postgut leicht sowie ohne Post Express«, pr. 23. juni 2000.

([17]) Undtagelsesvis omdeler postbudene i landdistrikterne både breve og pakker, se DPAG's brev af 9. marts 2000, s. 10. Dette vedrørte ifølge DPAG i 1999 skønsmæssigt [...] % af den samlede mængde pakkeforsendelser, der udbringes for postordresektoren. I de foregående år var situationen følgende: Mellem 1990 og 1995 var en bestemt andel af postordresektorens pakker omfattet af den kombinerede omdeling, fra 1995 og indtil 1998 fandt der stort set ikke længere kombineret omdeling sted. Fra 1999 blev denne omdelingsform igen indført. Anvendelsen af den kombinerede omdeling er forbundet med stordriftsbetingede effektivitetsfordele, som kun DPAG kan opnå som følge af eneretsområdet. I betragtning af den kombinerede omdelings minimale betydning fra 1995 vil den dækning af de ydelsesspecifikke meromkostninger, der er beregnet for denne periode, som følge heraf heller ikke blive ændret. Efter 1998 er de ydelsesspecifikke meromkostninger i forbindelse med pakketjenester dækket i en sådan udstrækning, at resultatet heller ikke vil blive påvirket afgørende, hvis der særskilt tages højde for den kombinerede omdeling.

([18]) DPAG's brev af 9. marts 2000, s. 9 og 10.

(12) *Indsamling*. I forbindelse med storkunder i postordresektoren modtages pakkerne ikke ved skranken i postfilialerne eller -butikkerne og viderebefordres til indleveringspostcentrene, men afhentes derimod af DPAG hos kundens virksomhed og transporteres direkte til indleveringspostcentrene ([19]). I tilfælde af, at postordresektorens pakker afvikles, kan alle omkostninger i forbindelse med indsamlingen spares som ydelsesspecifikke meromkostninger ([20]).

(13) *Stationær håndtering*. Dette håndteringstrin omfatter frankering og sortering af forsendelser i indleveringspostcentret til den videre transport til bestemmelsespostcentrene. I bestemmelsespostcentret omfatter dette håndteringsområde sortering af indgående forsendelser til den videre transport til omdelingscentrene. Storkunder i postordresektoren udfører selv en række arbejdsgange i forbindelse med den stationære håndtering, f.eks. takstberegning eller påsætning af stregkodeetiketter. Kapitalomkostningerne til oprettelsen af de 3 postcentre og de 476 omdelingscentre kan ikke ydelsesspecifikt henregnes til en bestemt tjeneste. Disse omkostninger bortfalder kun ved bortfald af den lovbestemte forpligtelse med hensyn til, at der til enhver tid skal kunne befordres en vis mængde inden for de fastsatte kvalitetsstandarder. Personale- og materialeomkostningerne i forbindelse med den stationære håndtering er derimod fuldt ud afhængige af den mængde pakker, der rent faktisk skal befordres. Ved bortfald af pakketjenesterne til postordresektoren opstår der heller ikke længere ydelsesspecifikke håndteringsomkostninger i denne forbindelse.

(14) *Fjerntransporten* omfatter transporten mellem de 33 indleverings- og bestemmelsespostcentre. Også i forbindelse med en lille mængde skal fjerntransporten mellem postcentrene opretholdes alene for at opfylde de lovbestemte kvalitetsstandarder ([21]). Omkostningerne (personale-, materiale- og kapitalomkostningerne) i forbindelse med fjerntransporten kan dermed ikke ydelsesspecifikt henføres til en bestemt tjenester og bortfalder kun ved bortfald af forpligtelsen til at udføre offentlige tjenester.

(15) *Regional- og nærtransporten* mellem de 33 postcentre og de 476 regionale omdelingscentre ([22]). I forbindelse med regional- og nærtransporten mellem postcentre og omdelingscentre kan der ske en sammenlægning af omdelingscentre efter en mængdemæssig nedgang. Ved bortfald af pakketjenesterne til postordresektoren bortfalder ifølge DPAG's oplysninger halvdelen af omkostningerne inden for regional- og nærtransporten, da disse ydelsesspecifikt kan henføres til disse pakker.

(16) *Udlevering*. Efter fordeling til DPAG's 476 omdelingscentre udleveres pakkerne fra postordrefirmaerne. Udleveringen består i det væsentlige af kørselsaktiviteter og udlevering af forsendelserne. I den forbindelse tegner kørselsaktiviteterne sig for den ene halvdel og selve udleveringen sig for den anden. Kørselsaktiviteter er i mindre udstrækning ydelsesspecifikke end udleveringen ([23]). Udleveringsomkostningerne er derimod i vid udstrækning ydelsesspecifikt forbundet med udbuddet af en bestemt tjeneste. Bortfalder en tjeneste med et stort volumen, hvor der som regel kun udleveres en enkelt forsendelse, hver gang postbilen standser (som f.eks. postordreforsendelser), kan hele udleveringsaktiviteten spares, hvis dette stop ikke længere er nødvendigt ([24]).

(17) De ydelsesspecifikke meromkostninger pr. enhed (average incremental costs — AIC) i forbindelse med pakketjenester til postordresektoren (AIC-postordresektor) har på grundlag af ovennævnte antagelser vedrørende disse omkostningers andel i forhold til de fælles faste omkostninger været dækket af indtægterne siden 1996.

([19]) Kun en enkelt storkunde leverer ifølge DPAG's oplysninger direkte til bestemmelsespostcentret.
([20]) DPAG's brev af 25. januar 2001.
([21]) Se § 3, nr. 2, i Post-Universaldienstleistungsverordnung (PUDLV), hvorefter i årligt gennemsnit mindst 80 % af de pakker, der indleveres på en hverdag, skal være udleveret inden anden hverdag, der følger efter indleveringsdagen. Alle postcentre har i den forbindelse en dobbeltfunktion som både indleverings- og bestemmelsespostcenter. En landsdækkende befordring kræver dagligt mindst én tur mellem hvert indleverings- og hvert bestemmelsespostcenter (dvs. 32 ture fra hvert indleveringspostcenter til de øvrige bestemmelsespostcentre = 32 × 33 = mindst 1 056 ture).
([22]) Alle 33 postcentre har et identisk bygnings- og udstyrskoncept og en dobbeltfunktion som indleverings- og bestemmelsespostcenter.
([23]) Ved en nedgang i mængden af forsendelser, som skyldes afviklingen af en erhvervstjeneste, kan der også først ske en væsentlig afkortning af udbringningsruterne, hvis der skal standses ved betydeligt færre adressater pr. rute. Først under en betydelig nedsættelse af antallet af adressater på en given rute kan denne generelt afkortes eller lægges sammen med en anden rute (DPAG's brev af 25. januar 2001). Det fremgik af undersøgelserne, at der kun i forbindelse med kurertjenester, hvor der målrettet køres til enkelte adresser, findes en rute, som ydelsesspecifikt kan henregnes til en tjeneste.
([24]) Udleveres der imidlertid flere forsendelser pr. stop, som inden for B-to-B-aktiviteterne, bortfalder dette stop ikke i tilfælde af en nedgang i mængden af pakker.

Figur 3

AIC-postordresektor for DPAG 1990-1999

År	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Indtægter/enhed postordresektor	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
AIC-postordresektor	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

DPAG's foranstaltninger til sikring af finansiel gennemsigtighed mellem eneretsområdet og erhvervspakketjenesterne

(18) Som Kommissionen anførte i klagepunktsmeddelelsen af 7. august 2000, er det kun muligt gennem en fuldstændig gennemsigtighed i de finansielle forbindelser mellem eneretsområdet på den ene side og de konkurrenceudsatte pakketjenester på den anden side at sikre, at de enkelte pakketjenester påviseligt dækker de ydelsesspecifikke meromkostninger. Kun på denne betingelse er der sikkerhed for, at konkurrenter ikke udelukkes som følge af udbud, der ikke er baseret på effektivitet eller overlegen ydeevne, men alene på en manglende dækning af de ydelsesspecifikke meromkostninger ([25]). Gennem en strukturel adskillelse af eneretsområdet fra de områder, som i konkurrencen skal dække deres ydelsesspecifikke meromkostninger, kan det dokumenteres, at de ydelsesspecifikke meromkostninger dækkes, og en manglende dækning kan effektivt forhindres.

(19) Kommissionen har derudover som led i proceduren været af den opfattelse, at gennemsigtighed i de finansielle forbindelser også forudsætter en gennemsigtig »afregningsprisordning« for varer og tjenester, som virksomheden på eneretsområdet leverer til virksomheden på det konkurrenceudsatte område ([26]). Gennemsigtigheden og synliggørelsen af afregningspriserne kan kun effektivt sikres ved hjælp af en ordning med »opsplittede« afregningspriser for de væsentlige håndteringsfaser i værditilvækstkæden, som virksomheden på det konkurrenceudsatte område indkøber hos virksomheden på eneretsområdet. Kun med en ordning med opsplittede afregningspriser for de enkelte håndteringsfaser kan det på en gennemsigtig måde sikres, at afregningsprisen ved brugen af hele værditilvækstkæden også dækker summen af omkostningerne ved de enkelte faser, og at rabatter ved egen gennemførelse af enkelte håndteringsfaser på passende vis afspejler de herved sparede omkostninger.

(20) DPAG har imødekommet disse krav fra Kommissionen gennem et tilsagn om udskillelse og strukturel adskillelse af sine erhvervspakketjenester ([27]). Dette tilsagn skal i første række på en gennemsigtig og synlig måde sikre, at indtægter fra eneretsområdet ikke anvendes til at finansiere aktiviteter inden for pakketjenester til postordresektoren. I henhold hertil forpligter DPAG sig til inden den 31. december 2001 at udskille alle erhvervspakketjenesterne, herunder katalogbefordringen, til et retligt selvstændigt selskab (Newco). Det udskilte område skal omfatte alle B-to-B- og B-to-P-tjenester, som på grundlag af individuelle kontrakter afvikles til specialtakster uden for posthusekspeditionen. Fra det tidspunkt, hvor udskillelsen træder i kraft, udfører DPAG ikke længere selv erhvervspakketjenester.

(21) Newco kan enten selv udføre eller producere de tjenester eller materielle ressourcer, der er nødvendige for dets aktiviteter, eller indkøbe dem hos tredjemand eller DPAG. Såfremt Newco indkøber tjenester eller materielle ressourcer hos DPAG, skal disse tjenester eller materielle ressourcer afregnes til markedspriser. Skulle det i det enkelte tilfælde ikke være muligt at fastsætte markedspriser, vil afregningsprisen være baseret på de ydelsesspecifikke meromkostninger (incremental costs), der opstår for DPAG i forbindelse med de enkelte tjenester eller materielle ressourcer. De ydelsesspecifikke meromkostninger skal dokumenteres på grundlag af en metode til beregning af fremstillingsomkostningerne. I tilfælde af tvist er DPAG forpligtet til over for Kommissionen på dennes begæring at forelægge dokumentation for markedspriserne eller de ydelsesspecifikke meromkostninger.

([25]) Se Sidak/Spulber: Protecting Competition from the Postal Monopoly, s. 109-124.
([26]) I det foreliggende tilfælde forudsætter den strukturelle adskillelse mellem eneretsområdet og de konkurrenceudsatte områder en passende hensyntagen til forpligtelsen til at udføre offentlige tjenester. Den infrastruktur, der er nødvendig til at opylde denne forpligtelse, skal forblive hos den pågældende virksomhed.
([27]) DPAG's brev af 1. februar 2001.

(22) DPAG forpligter sig over for Kommissionen endvidere til senest ved udgangen af Newcos første regnskabsår at opføre afregningspriserne over for Newco særskilt for de fire håndteringsområder »afhentning, stationær håndtering (indleveringspostcenter), stationær håndtering (bestemmelsespostcenter), transport (fjern- og regionaltransport) og udlevering«. Såfremt Newco køber en eller flere af de nævnte ydelser hos DPAG, leverer DPAG disse ydelser til samme priser og på samme vilkår til Newcos konkurrenter inden for rammerne af sin forhåndenværende kapacitet. Med hensyn til Newcos afregningspriser, omkostninger og indtægter forelægger DPAG en omfattende rapport for Kommissionen. Denne rapporteringsforpligtelse omfatter Newcos tre første regnskabsår. DPAG sørger for, at der gennem et adskilt omkostningsregnskab hos Newco sikres en fuldstændig gennemsigtighed i de finansielle forbindelser mellem Newco og DPAG.

G. DPAG'S RABATAFTALER VEDRØRENDE PAKKE- OG KATALOGTJENESTER TIL POSTORDRESEKTOREN

(23) Postordrefirmaer, som ikke indleverer deres pakke- eller katalogforsendelser på posthuset, har opnået rabatter som såkaldte »Selbstbucher« (selvfrankerende postkunder). Det produkt, som DPAG på grundlag af specialtakster tilbød som pakketjeneste til postordresektoren, er den såkaldte selbstgebuchtes Paket (selvfrankeret pakke) (indtil 1995 blev Postgut (postforsendelse) også tilbudt som selvfrankeret pakke) ([28]) og Infopost Schwer (kataloger over 1 kg) ([29]). De såkaldte »samarbejdspartnere« inden for pakkeforsendelse havde ret til specialtakster, som omfattede mere end selvfrankeringsordningen ([30]). Til specialtaksterne til samarbejdspartnere var der i de gældende AGB FrD Inl. dog knyttet den betingelse, at kunden erklærede sig rede til at lade DBP Postdienst befordre samtlige forsendelser, der var egnede til forsendelse som pakke eller småpakke ([31]). Bortset fra de AGB FrD Inl., der i forvejen gælder for samarbejdspartnere, ydes i nedenstående individuelle samarbejdsaftaler specialtaksten kun, hvis den pågældende kunde forpligter sig til at lade DPAG befordre alle eller en væsentlig del af sine pakker eller kataloger:

— I en kontrakt med DPAG af 19. december 1974 om et økonomisk samarbejde inden for pakkeforsendelse forpligter en af de største kunder i postordresektorer, ([...]) sig til at lade DPAG befordre »mindst samtlige ikke-voluminøse ([32]) forsendelser på indtil 10 kg«, som indleveres til forsendelse på kundens hovedproduktionssted og »er egnede til forsendelse som pakke eller småpakke«. Med ændringen af kontrakten den 13. februar 1987 blev denne forpligtelse udvidet til at omfatte »samtlige ikke-voluminøse forsendelser på indtil 20 kg«. Denne ordning var i kraft indtil den 1. juli 1995 ([33]).

([28]) For at få adgang til selv at frankere pakker er det en betingelse, at kunden selv udfører visse postale opgaver (vejning, takstberegning, påsætning af etiketter, udarbejdelse af liste) og indleverer mindst 10 000 selvfrankerede ikke-voluminøse forsendelser pr. år (indtil 1995: 10 000 Postgüter (postforsendelser)). For at påtage sig disse opgaver, som ellers skulle udføres ved indleveringen på posthuset, yder DPAG kunden en rabat. Metoden til beregning af enhedstaksten for selvfrankerede pakkeforsendelser er beskrevet i punkt 3.3.2 i DPAG's almindelige forretningsbetingelser for indenlandsk fragtpost »Allgemeine Geschäftsbedingungen der Deutschen Bundespost Postdienst für den Frachtdienst Inland« (AGB FrD Inl.), pr. 30. marts 1992, i afsnit 3.3 »Besondere Leistungsangebote« (særlige tjenesteudbud). AGB FrD Inl. blev af DPAG forelagt som bilag 4 til brev af 24. november 1994.

([29]) Samarbejdet i forbindelse med »Infopost Schwer« er beskrevet i det nye punkt 3.3.4.2 i AGB FrD Inl., der blev bekendtgjort i august 1995 ved Vfg. P 777/1993: »Afsendere af større mængder lnfopost Schwer kan med hensyn til disse forsendelser gennem aftale overtage visse fordelingsopgaver, der går ud over betingelserne i afsnit 4.2, og/eller lastningen af transportenheder med et bestemt bestemmelsessted som mål. Som modydelse nedsættes grundtaksten for Infopost Schwer. …«.

([30]) Grundlaget for samarbejdet inden for pakkeforsendelse er punkt 3.3.4 i AGB FrD Inl.: 3.3.4 »Samarbejde med afsendere«. Ifølge denne bestemmelse er pakkesamarbejdet afsendernes samarbejde med Deutsche Bundespost Postdienst (DBP Postdienst), som omfatter mere end selvfrankeringsordningen. I den forbindelse overdrager DBP Postdienst ved kontrakt fordelings-, lastnings- og befordringsopgaver i forbindelse med småpakker og pakkeforsendelser til en afsender og aftaler en økonomisk godtgørelse for disse opgaver. Ifølge punkt 3.3.4 i AGB FrD Inl. var der til samarbejdet knyttet to betingelser: Kunden skulle 1) deltage i selvfrankeringsordningen og 2) være rede til at lade DBP Postdienst befordre samtlige forsendelser, der var egnede til forsendelse som pakke eller småpakke. Se AGB FrD Inl., pr. 30. marts 1992, afsnit 3.3 »Besondere Leistungsangebote«, forelagt af DPAG som bilag 4 til brev af 24. november 1994. Ifølge DPAG blev punkt 3.3.4 ophævet den 28. december 1994, se DPAG's brev af 6. oktober 2000. s. 16.

([31]) Se den anden betingelse i punkt 3.3.4 i AGB FrD Inl.

([32]) Begrebet »volumenpakke« er defineret i § 25, stk. 3, i Postordnung, se fodnote 35.

([33]) Denne kunde afviklede efter 1994 ifølge egne oplysninger påviseligt [...] af sine pakkeforsendelser via DPAG, se [...]'s brev af 4. oktober 2000 og DPAG's brev af 14. juli 2000.

— I en anden samarbejdskontrakt af 3. august 1984 forpligter en anden storkunde ([...]) sig til, med undtagelse af volumenpakker i henhold til § 25, stk. 3, i Postordnung ([34]), at lade DPAG befordre mindst samtlige forsendelser på indtil 10 kg, som skal afsendes fra hovedproduktionsstedet og er egnede til forsendelse som pakke eller småpakke ([35]). Med ændringen af kontrakten den 13. februar 1987 udvides denne storkundes forpligtelse til at omfatte samtlige pakker på indtil 20 kg, med undtagelse af volumenpakker i henhold til § 25, stk. 3, i Postordnung. Som kompensation for, at kunden fremover skal lade DPAG befordre ikke blot samtlige ikke-voluminøse pakker på indtil 10 kg, men også indtil 20 kg, modtager kunden med tilbagevirkende kraft til den 1. oktober 1986 en rabat pr. enhed, der er forhøjet med 20 pf ([36]). Denne ordning var i kraft indtil den 1. juli 1995.

— I en samarbejdskontrakt af 16. april 1987 forpligter en tredje storkunde ([...]) sig til at lade DPAG befordre samtlige ikke-voluminøse pakker på indtil 20 kg, som skal afsendes fra denne kundes hovedproduktionssted ([37]). Denne ordning var i kraft indtil den 1. juli 1995.

— I en tillægsaftale af 25. juni 1995 med en samarbejdspartner ([...]) gøres specialtaksten for pakkebefordring betinget af, at der opnås en årlig mængde på ca. [...] mio. forsendelser, idet »forsendelsesmængden hos konkurrenten [...] blev indregnet«. Specialtaksten ydes således kun i det efterfølgende år, hvis kunden lader DPAG befordre den mængde, der i det foregående år blev befordret af en navngiven konkurrent. Kunden afviklede i det efterfølgende år rent faktisk [...] mio. pakker via DPAG ([38]). Denne aftale trådte i kraft den 1. juli 1995 og var gældende, indtil denne kunde blev overtaget af en anden af DPAG's storkunder ([...]) i 1996.

— Efter november 1997 har DPAG med de fire vigtigste storkunder i postordresektoren ([...], 1. november 1997, [...], 4. marts 1998, [...], 22. juli 1998, og [...], 28. september 1998) indgået nye samarbejdskontrakter, som omfatter disse kunders samlede mængde samt deres datterselskabers samlede mængde. Inddragelsen af datterselskaberne er dels baseret på selve aftalen (se kontrakten af 22. juli 1998), dels på særskilte aftaler (se tillægsaftalen af 23. august 1998 til kontrakten af 1. november 1997). På grund af konsolideringen i postordresektoren udgør disse fire storkunder hovedaftagerne af pakketjenester til postordresektoren. Disse standardkontrakter indeholdt bl.a. følgende bestemmelser: 1) I henhold til § 1 er den pågældende kundes »samtlige pakkeforsendelser« omfattet af kontrakten ([39]), 2) i henhold til kontraktens § 2.2 forpligter DPAG sig til at befordre de »af kontrakten omfattede pakkeforsendelser« mod et vederlag med fradrag af de i kontrakten fastsatte rabatter, 3) i henhold til kontraktens § 2.3 forpligtede den enkelte kunde sig til i kontraktens løbetid »som modydelse« »udelukkende at lade DPAG varetage forsendelsen af sine (og sine datterselskabers) pakkeforsendelser til sine kunder«, og 4) i henhold til kontraktens afsnit 6.3 ydede DPAG den enkelte kunde en såkaldt »mængdebonus«. Denne var gradueret efter basismængderne. Som »bonusberettiget« betragtedes den pågældende kundes mængde af »udgående postpakker« ved opnåelse eller overskridelse af et individuelt aftalt årligt mål.

— Den 28. september 1998 indgik DPAG en aftale med en storkunde i postordresektoren ([...]) om forsendelse af »Infopost Schwer« ([40]). Ifølge denne aftale forpligter kunden sig til indtil 2002 hvert år at lade DPAG befordre hele mængden af Infopost Schwer (kataloger) med en årlig mængde på mindst [...] mio. enheder. Som »modydelse« indrømmer DPAG en reduceret takst pr. enbed ([...] DEM netto) for hver Infopost Schwer-forsendelse, der indleveres fra den 1. december 1998.

([34]) I henhold til § 25, stk. 3, i Postordnung af 16. maj 1963 (senest ændret ved den 11. ÄndVPostO af 10. august 1988 (BGBl. I, s. 1573, Amtsbl. s. 1613) betragtes en pakke som voluminøs, når den 1) er længere end 120 cm, bredere end 60 cm eller højere end 60 cm og 2) kræver særlig behandling under håndteringen (dvs. pakken kan ikke stables eller transporteres på transportbånd eller indeholder levende dyr).

([35]) Ca. [...] af [...]'s pakkeforsendelser sendes via hovedproduktionsstedet i [...], se [...]'s brev af 26. september 2000. Alle [...] pakkeforsendelser fra [...] befordres via DPAG, se DPAG's brev af 14. juli 2000.

([36]) Se DPAG's brev (Oberpostdirektion Nürnberg) til firmaet [...] af 17. februar 1987.

([37]) Denne kunde afviklede [...] af sine pakkeforsendelser via DPAG, se firmaet [...]'s brev af 4. oktober 2000 og DPAG's brev af 14. juli 2000.

([38]) Se bilag til DPAG's brev af 7. og 14. juli 2000.

([39]) Kontrakterne vedrørte principielt pakker, som var egnede til maskinel håndtering, og som havde de i Postordnung fastsatte maksimale dimensioner, dvs. en længde på 120 cm, en højde og bredde på 60 cm og en maksimal vægt på indtil 31,5 kg, se § 3.1.2 i de enkelte samarbejdsaftaler.

([40]) Infopost Schwer er DPAG's betegnelse for kataloger over 1 000 g. Infopost Schwer er siden 1993 blevet håndteret via infrastrukturen på fragtpostområdet (Sparte Frachtpost).

— Den 2. november 1998 indgik DPAG en aftale med en anden storkunde i postordresektoren ([...]) om befordring af »Infopost« (reklameforsendelser over 50 g). Ifølge denne aftale forpligtede kunden sig til hvert år at lade DPAG befordre mindst [...] mio. Infopost-forsendelser. Såfremt firmaet opfyldte denne forpligtelse, ydede DPAG en rabat på [...] %. Det fremgår af bilag 4 til aftalen, at den årlige mindstemængde på [...] mio. enheder nøjagtigt svarede til [...] % af kundens og dennes associerede selskabers samlede mængde. Overskred kunden mindstemængden på [...] mio., blev der ydet en gradueret rabat, som steg til [...] % ved opnåelse af en mængde på [...] mio. (= 100 % af behovet). På den anden side modtog kunden i henhold til aftalens afsnit 4.3 rabatten på [...] %, også i tilfælde af et faldende forretningsvolumen, hvis den afsætning, der var opnået med DPAG, fortsat svarede til [...] % af kundens og dennes associerede selskabers samlede mængde. Denne ordning var i kraft indtil juni 1999.

— Den 26. marts 1999 og den 3. januar 2000 indgik DPAG en aftale med to storkunder ([...] og [...]) om samarbejde inden for Infopost Schwer. Ifølge disse aftaler forpligtede DPAG's kunder sig til at lade DPAG befordre mindst [...] % af alle Infopost Schwer-forsendelser. Som dokumentation for mængden gav kunderne DPAG adgang til internt materiale. Som modydelse indrømmede DPAG kunderne en lineær rabat på mellem [...] % (ved overdragelse af [...] % af mængden) og [...] % (ved overdragelse af 100 % af mængden) på alle forsendelser, som DPAG fik overdraget i henhold til aftalen. En storkunde ([...]) fik allerede på forhånd udbetalt [...] mio. af den rabat, der senere ville blive opnået. DPAG bragte kontrakterne af 26. marts 1999 og 3. januar 2000 til ophør i juni 2000 på grundlag af en »ophævelsesaftale«, hvorefter parterne i fællesskab ophævede deres samarbejde inden for Infopost Schwer med øjeblikkelig virkning.

(24) Umiddelbart efter modtagelsen af den supplerende klagepunktsmeddelelse af 4. oktober 2000 bekendtgjorde DPAG i en pressemeddelelse af 19. oktober, at virksomheden for en sikkerheds skyld ville opsige de rabataftaler, som Kommissionen havde gjort indsigelser mod i de supplerende klagepunkter af 4. oktober 2000. DPAG bebudede ligeledes, at virksomheden ved hjælp af et system med forudgående kontrol fremover ville sikre, at kontrakter om pakketjenester inden for postordresektoren ikke ville indeholde rabataftaler, der var i strid med kravene i konkurrenceretten. DPAG bekræftede dette under høringen den 9. november 2000.

II. **RETLIG VURDERING**

A. ANVENDELSE AF EF-TRAKTATENS ARTIKEL 82

(25) DPAG er en virksomhed, som mod vederlag leverer tjenester på forskellige postmarkeder. DPAG er derfor en virksomhed som omhandlet i EF-traktatens artikel 82. Dette gælder uanset, hvordan DPAG er organiseret, eller om virksomheden handler som offentlig eller privat virksomhed ([41]).

B. RELEVANT PRODUKTMARKED OG GEOGRAFISK MARKED

(26) På grund af deres specifikke egenskaber, deres omkostninger og deres anvendelsesområde udgør pakketjenester til postordresektoren et særskilt relevant produktmarked. Som anført ovenfor afvikles pakketjenester til postordresektoren ikke via DPAG's posthuse, derimod afhenter DPAG pakkerne direkte hos kundens virksomhed. Derudover yder DPAG rabatter til kunder, som ikke lader deres pakke- eller katalogforsendelser gå via posthusene. På disse punkter adskiller pakketjenesterne til postordresektoren sig grundlæggende fra indleverede pakker, som afvikles via posthusene til standardtakster.

(27) Der skal sondres mellem indenlandske forsendelser i postordresektoren og udenlandske forsendelser. De indenlandske forsendelser udføres udelukkende ved hjælp af DPAG's egen infrastruktur. Da der ikke finder noget samarbejde sted med udbydere af denne tjeneste fra andre medlemsstater, er der ingen skæringspunkter. Det foreliggende tilfælde vedrører alene DPAG's indenlandske forsendelser.

([41]) Dom afsagt af De Europæiske Fællesskabers Domstol af 23. april 1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. 1991 I, s. 1979, præmis 21 ff.

(28) Postordresektoren stiller krav om udlevering af pakker på indtil 31,5 kg og kataloger på over 1 kg (Infopost Schwer) eller over 50 (Infopost) til et stort antal husstande, der er spredt over hele Tysklands område ([42]). Pakker fra postordresektoren har som regel en gennemsnitsvægt på indtil 2 kg, og den maksimale vægt ligger på 31,5 kg. Pakker fra postordresektoren er så godt som udelukkende såkaldte »ikke-voluminøse« pakker ([43]). Herved forstås pakker, der som følge af deres mål på maksimalt 120 cm × 60 cm × 60 cm og vægt på maksimalt 31,5 kg er egnede til maskinel håndtering, dvs. de kan stables og kan i forbindelse med den »stationære håndtering« transporteres på transportbånd.

(29) Trods en fælles udnyttelse af infrastrukturen i forbindelse med håndteringsområderne »stationær håndtering« og »transport« lægges der i væsentlig højere grad beslag på køretøjer og personale ved »udleveringen« til private husstande end inden for B-to-B-aktiviteterne. Den spredte modtagerstruktur fører for forsendelser fra postordresektoren til en meget lav »stopfaktor« (antal udleverede pakker, hver gang postbilen standser). Ved forsendelser fra postordresektoren udleveres der som regel en pakke pr stop. Ved øvrige forsendelser mellem erhvervskunder, B-to-B-aktiviteterne, ligger stopfaktoren væsentligt højere, da der her sædvanligvis udbringes flere pakker pr. stop ([44]). Hertil kommer i det foreliggende tilfælde, at prisniveauet i forbindelse med forsendelser fra postordresektoren i Tyskland alene er bestemt af DPAG's prispolitik. Prisniveauet på dette marked er dermed ikke resultatet af udbuddet fra flere konkurrenter, men beror alene på DPAG's prispolitik. Dette fremgår tydeligt, når man sammenligner priserne og omkostningerne inden for pakketjenester til postordresektoren, hvor der blev aftalt specialtakster, med omkostningerne og priserne inden for B-to-B-aktiviteterne. I hele perioden 1990-1999 lå omkostningerne pr. enhed for indsamling, transport og udbringning af en forsendelse for postordresektoren væsentligt over omkostningerne pr. enhed for indsamling, transport og udbringning af en pakke i forbindelse med B-to-B-aktiviteterne. Alligevel opnåede DPAG i forbindelse med B-to-B-aktiviteterne indtægter pr. enhed, som i betydelig grad oversteg indtægterne pr. enhed for pakketjenester i postordresektoren, hvor der blev aftalt specialtakster. DPAG's prispolitik isolerer således pakketjenester til postordresektoren i Tyskland i forhold til de øvrige erhvervspakketjenester.

(30) Det relevante geografiske marked for pakketjenester til postordresektoren er Tyskland. Til leveringen af alle DPAG's tjenester på dette marked anvendes den nationale infrastruktur på fragtpostområdet. Fællesskabets retsinstanser har fastslået, at en medlemsstats område kan udgøre en væsentlig del af fællesmarkedet efter EF-traktatens artikel 82 ([45]).

C. DOMINERENDE STILLING

(31) DPAG er i Tyskland den eneste betydelige virksomhed inden for landsdækkende udbringning af pakker og kataloger, som svarer til postordresektorens specifikke behov ([46]). Hverken UPS eller de øvrige konkurrenter inden for B-to-B-aktiviteterne, Deutscher Paket Dienst (DPD) eller German Parcel (GP) leverer i væsentligt omfang pakketjenester til postordresektoren. Hermes Versand Service (Hermes) befordrede til og med 1999 udelukkende pakker for Otto Versand ([47]). Med undtagelse af Hermes findes der inden for pakkeudbringning ingen alternativ landsdækkende infrastruktur ([48]).

([42]) Ifølge undersøgelser som led i »Verbraucher Analyse '92 West & Ost« svarede 29 % af alle personer over 14 år i de gamle delstater, at de i de seneste 12 måneder havde bestilt varer pr. postordre, mens tallet i de nye delstater var over 66 %. Undersøgelsen »Versandhauskäufer« viste fire år senere (1996), at 30,8 % af den samlede befolkning (over 14 år) i de gamle delstater i det seneste år havde bestilt varer pr. postordre, mens andelen i de nye delstater lå på 51,9 %. Se publikationen »Versandhandel in Deutschland« fra Bundesverband des Deutschen Versandhandels e.V., s. 33.

([43]) Andelen af volumenpakker udgjorde for postordresektorens vedkommende i 1999 under 1 %. Beregningsgrundlag: Ctcon, »Segmentserfolgsrechnung Sparte Frachtpost, Übersicht Mengen«, pr. 13 april 2000, forelagt af DPAG med brev af 20. april 2000.

([44]) DPAG skønner, at virksomhedens egen stopfaktor — inklusive pakketjenesterne for postordresektoren — statistisk ligger på ca. [...]. Stopfaktoren hos de konkurrenter, der som led i B-to-B-aktiviteterne hovedsagelig koncentrerer sig om udbringning til firmaer (»bulk«-udbringning udelukkende mellem erhvervskunder), skønnes at udgøre 1,8-2,1. Se rapport fra firmaet Ctcon, »Ergebnisbelastungen Frachtpost 1995«, s. 7, print af 13. maj 1997, forelagt af DPAG med brev af 15. maj 1997.

([45]) Se senest dom afsagt af Retten i Første Instans af 7. oktober 1999. sag T-228/97, Irish Sugar, Sml. 1999 II, s. 2969. præmis 99.

([46]) Se »Sparte Frachtpost der Deutschen Post AG (1996)«, op.cit., bilag 1. s. 10.

([47]) Denne selvservicering (i 1999 ca. 140 mio. forsendelser) indgår ikke i det relevante produktmarked.

([48]) DPAG bestrider ikke, at virksomheden i Tyskland er den eneste virksomhed med en landsdækkende infrastruktur.

(32) DPAG befordrede følgende for postordresektoren i perioden 1995-1999: [...] mio. pakker (1995), [...] mio. pakker (1996), [...] mio. pakker (1997), [...] mio. pakker (1998) og [...] mio. pakker (1999). Med en samlet mængde på omkring [...] mio. forsendelser årligt svarer dette til, at DPAG havde en mængdemæssig markedsandel på over 85 %. DPAG's dominerende stilling fremgår endvidere af følgende faktorer:

— DPAG's mængdemæssige markedsandel inden for pakketjenester til postordresektoren lå i Tyskland i hele den periode, som der er forelagt tal for (1990-1999), stabilt på over 85 % ([49]). (De resterende 10-15 % af mængden tegnede regionale postvirksomheder sig i det væsentlige for, dvs. ved siden af DPAG er der ingen virksomhed, der opererer overalt i Tyskland.)

— Opbygningen af en alternativ infrastruktur til postordresektoren kræver, at der etableres et system med indbyrdes forbundne indleverings- og bestemmelsespostcentre samt de hertil knyttede omdelingscentre. DPAG's ekspert er også af den opfattelse, at dette udgør en betydelig og »mistet« startinvestering (sunk costs) ([50]). Investeringen til etablering af en landsdækkende infrastruktur, som muliggør en daglig udbringning, er kun rentabel ved overskridelse af den »kritiske masse« på ca. 100 mio. pakker på årsbasis ([51]), (se det ovennævnte eksempel i forbindelse med Hermes Versand).

— DPAG har mulighed for krydssubsidiering af konkurrenceudsatte aktiviteter, som konkurrenterne på området ikke har. DPAG's indtægter i forbindelse med brevtjenester, der er omfattet af eneret, har mindst siden [...] ligget stabilt over de såkaldte stand-alone costs i forbindelse med alle tjenester, der er omfattet af eneret (se figur 1 ovenfor) ([52]). Dermed kan eneretsområdet være en kilde til krydssubsidiering ([53]). Denne situation er permanent som følge af den ved lov indrømmede eneret, da det lovbestemte monopol mindst indtil udgangen af 2002 medfører en vidtgående udelukkelse af konkurrenter i forbindelse med befordring af brevforsendelser på indtil 200 g.

D. MISBRUG AF EN DOMINERENDE STILLING

Loyalitetsbonusser

(33) Som det fremgår af Hoffmann-La Roche-sagen ([54]), må en virksomhed, som indtager en dominerende stilling på et marked, ikke indgå en aftale med en kunde, hvorefter kunden giver tilsagn om at dække hele sit behov for et produkt eller en betydelig del heraf udelukkende hos den dominerende virksomhed ([55]). I Hoffmann-l.a Roche-sagen sondrede Domstolen mellem »loyalitetsbonusser« og »kvantumsrabatter« på følgende måde:

— Kvantumsrabatten er udelukkende knyttet til de indkøbte mængder hos producenten. Den beregnes på grundlag af objektivt fastsatte mængder, som gælder for samtlige mulige købere.

— Loyalitetsbonussen er ikke knyttet til en bestemt mængde, men derimod til kundens behov eller en betydelig del heraf. Bonusbeløbet ydes således »til gengæld« for eksklusiviteten i forbindelse med imødekommelsen af behovet ([56]).

([49]) Se »Sparte Frachtpost der Deutschen Post AG (1996), Darstellung und Bewertung der Entscheidungssituation der Sparte Frachtpost zur Fortführung oder Einstellung des Spartengeschäfts 1996«, bilag 1, s. 10. Se også publikationen fra Bundesverband des Deutschen Versandhandels e.V., hvorefter DPAG befordrer 92 % af postordresektorens pakker i Tyskland: »Versandhandel Deutschland«, s. 17.

([50]) Se rapporten »Eigenzustellung im Versandhandel als Alternative zur Zusammenarbeit mit der Post«, 15. september 2000, forelagt som bilag 8 til DPAG's brev af 6. oktober 2000, s. 7.

([51]) Se rapporten »Eigenzustellung im Versandhandel als Alternative zur Zusammenarbeit mit der Post«, 15. september 2000, forelagt som bilag 8 til DPAG's brev af 6. oktober 2000, på side 5 er anført: »En landsdækkende, daglig udbringning vil næppe kunne realiseres i Tyskland under en mængde på ca. 100 mio. forsendelser på årsbasis«.

([52]) Stand-alone-metoden anvendes inden for økonomien til påvisning af kilden til krydssubsidiering. I det foreliggende tilfælde er eneretsområdet en garanti for de permanente indtægter via stand-alone costs.

([53]) Krydssubsidiering forudsætter, at der i forbindelse med mindst et af virksomhedens produkter opnås indtægter, som ligger over dets stand-alone costs. Krydssubsidiering på mellemlang og lang sigt forudsætter en permanent adgang til midler, som skal indtjenes på andre virksomhedsområder. For at finansieringskilden permanent kan opretholdes, er der behov for et marked, som er beskyttet mod konkurrence gennem økonomiske eller institutionelle adgangsbarrierer. DPAG's eneretsområde er en institutionel adgangsbarriere.

([54]) Dom af 13. februar 1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche, Sml. 1979, s. 461.

([55]) Hoffmann-La Roche, præmis 89.

([56]) Hoffmann-La Roche, præmis 95 og 96.

— Selv om loyalitetsbonussen er knyttet til en bestemt mængde, ydes bonusbeløbet ikke på grundlag af mængden, men derimod på grundlag af den beregning, at mængden udgør et skøn over den pågældende kundes formodede evne til at aftale leverancer, idet bonusbeløbet ikke er knyttet til den størst mulige mængde, men den størst mulige procentdel af behovet ([57]).

(34) De ordninger, som DPAG har aftalt i perioden siden 1974 inden for pakkebefordring, og som er indeholdt i de ovenfor beskrevne standardaftaler, var loyalitetsbonusser efter afgørelsen i Hoffmann-La Roche-sagen:

— Samarbejdskontrakterne af 19. december 1974, 3. august 1984, 13. februar 1987 og 16. april 1987 indeholdt en ordning, hvorefter firmaet var forpligtet til at indlevere samtlige ikke-voluminøse pakker på indtil henholdsvis 10 og 20 kg til DPAG. Som anført ovenfor er udtrykket »ikke-voluminøse« pakker i det væsentlige synonymt med postordresektorens pakker ([58]). Kontrakterne indeholdt dermed en ordning, som forpligtede aftagerne til udelukkende at købe alle posttjenester for pakker på indtil henholdsvis 10 kg og 20 kg hos DPAG. Denne beregningsmetode, som udelukkende var knyttet til kundens behov, svarede til den beregningsmetode, som Domstolen har beskrevet i præmis 94, 95 og 96 i Hoffmann-La Roche-sagen.

— Samarbejdskontrakten af 25. juni 1995 indeholdt en ordning, hvorefter specialtaksten var betinget af, at kunden foruden den forsendelsesmængde, som allerede blev afviklet via DPAG, i det efterfølgende år ligeledes lod DPAG befordre den mængde, der i det foregående år blev befordret af en konkurrent. Teksten i kontrakten sigtede dermed ikke til den indleverede mængde — hvor [...] mio. også kun er et groft skøn — men til en forhøjelse af den procentdel af behovet, som fremover skulle afvikles via DPAG. Denne beregningsmetode, som udelukkende var knyttet til kundens behov, svarede til den beregningsmetode, som Domstolen har beskrevet i præmis 94-97 i Hoffmann-La Roche-sagen.

— De fire nye samarbejdsaftaler, der er indgået fra november 1997, indeholdt en ordning, som ikke var knyttet til en bestemt mængde, men udelukkende til den pågældende kundes behov, og hvor rabatten blev ydet »som modydelse« for, at virksomheden udelukkende foretog sine indkøb hos DPAG. Denne beregningsmetode, som udelukkende var knyttet til det samlede behov, svarede til de kontrakter med en »fast procentsats«, som Domstolen har beskrevet i præmis 94, 95 og 96 i Hoffmann-La Roche-sagen ([59]).

— Kontrakten af 28. september 1998 gjorde den reducerede pris pr. enhed betinget af, at hele kundens mængde af Infopost Schwer blev overdraget. Rabatten var dermed baseret på en beregningsmetode, som var knyttet til kundens behov som omhandlet i Hoffmann-La Roche-dommen.

— Kontrakten af 2. november 1998 gjorde rabatten på [...] % betinget af, at kunden lod mindst [...] % af sine Infopost-forsendelser befordre via DPAG. Selv om teksten i kontrakten først og fremmest sigtede mod en mængde på [...] mio. enheder på årsbasis, fremgik det klart af bilag 4 til kontrakten, at dette tal nøjagigt svarede til [...] % af kundens behov i referenceåret 1997. At rabatten ikke var knyttet til mængden, men alene til behovet, fremgår endvidere af, at kunden også i forbindelse med en årlig mængde på mindre end [...] % opnåede rabatten på [...] %, så længe det behov, der blev afviklet via DPAG, nåede op på [...] % af det samlede behov. Desuden steg rabatten alt efter forhøjelsen af den procentdel, som kunden i det efterfølgende år afviklede via DPAG. Dette svarede til den metode, som Domstolen i Hoffmann-La Roche-sagen i præmis 97-100 betegnede som kontrakter med stigende procentsats, hvor rabatten stiger i forhold til den procentdel af køberens skønnede behov, der dækkes i løbet af et år.

([57]) Hoffmann-La Roche, præmis 98: Domstolen betegner det forhold, at der tages udgangspunkt i en skønsmæssig ansættelse af behovet på årsbasis og ydelsen af en bonus, som stiger i forhold til den del af behovet, der dækkes, som en »særlig udviklet form for loyalitetsbonus«.

([58]) Volumenpakker (se ovenfor forklaringen i forbindelse med § 25, stk. 3, i Postordnung) anvendes i forbindelse med forsendelse af beklædning eller forsendelse af hele inventarer og anlæg (møbler, køkkeninventar). De vejer som regel mere end 20 kg og spiller mængdemæssigt en ubetydelig rolle. (I 1999 udgjorde volumenpakkerne 0,06 % af mængden af pakker i postordresektoren). Beregningsgrundlag: Ctcon, »Segmentserfolgsrechnung Sparte Frachtpost, Übersicht Mengen«, pr. 13. april 2000, forelagt af DPAG med brev af 20. april 2000.

([59]) Den »mængdebonus«, der er aftalt foruden loyalitetspligten, medfører ingen binding, der rækker videre end den i forvejen eksisterende pligt til at afvikle det samlede behov via DPAG.

— Samarbejdskontrakterne af 26. marts 1999 og 3. januar 2000 gjorde rabatten betinget af, at kunden lod DPAG befordre mindst [...] % af alle Infopost Schwer-forsendelser. Denne rabat steg i forhold til forhøjelsen af den procentdel, som kunden afviklede via DPAG. Dette svarede til den metode, som Domstolen i Hoffmann-La Roche-sagen i præmis 97-100 betegnede som kontrakter med stigende procentsats. At der er tale om en belønning for loyalitet fremgår endvidere af, at samarbejdskontrakten af 26. marts 1999 indeholder en ordning med forudbetaling af en rabat på [...] mio. DEM, som først ville blive opnået senere: Denne forudbetaling skulle allerede ydes tre dage efter kontraktens indgåelse — og inden den resterende del af kontrakten trådte i kraft den 1. juni 1999 — den 30. marts 1999, uden at DPAG havde udført nogen ydelse, eller at den pågældende virksomhed skulle yde en eller anden modydelse, der var af økonomisk værdi for DPAG.

Underbuspriser

(35) Der er tale om underbudspriser, når en dominerende virksomhed sælger en tjeneste under kostprisen med henblik på at udelukke konkurrenter fra markedet eller afholde dem fra at træde ind på markedet, således at den dominerende virksomhed får mulighed for at styrke sin markedsstilling. Sådanne urimeligt lave priser er i strid med EF-traktatens artikel 82. Ifølge retspraksis ved Fællesskabets retsinstanser er der tale om et prismisbrug, når prisen ligger under den dominerende virksomheds gennemsnitlige variable omkostninger ([60]). Denne regel blev fastlagt i AKZO-sagen, hvor Domstolen definerede gennemsnitlige variable omkostninger som »omkostninger, der ændres i forhold til den producerede mængde« ([61]). Ved opgørelsen af de omkostninger, der ændres i forhold til den producerede mængde, skal der til fordel for DPAG tages hensyn til den ovenfor foretagne opdeling mellem fælles faste omkostninger på den ene side og ydelsesspecifikke meromkostninger på den anden side. Som følge af forpligtelsen til at udføre offentlige tjenester er det udelukkende de ydelsesspecifikke meromkostninger, der ændres i forhold til mængden.

(36) På grundlag af de ovenstående konstateringer med hensyn til forholdet mellem omkostningerne til reservekapaciteten og meromkostningerne kan der i forbindelse med DPAG's aktiviteter uden for posthusekspeditionen konkluderes følgende: I perioden 1990-1995 opnåede DPAG inden for pakketjenester til postordresektoren indtægter under de ydelsesspecifikke meromkostninger i forbindelse med denne tjeneste (se figur 3). Dermed gav ethvert salg i perioden 1990-1995 inden for pakketjenester til postordresektoren DPAG et tab, som omfattede de samlede omkostninger til reservekapaciteten og mindst en del af de ydelsesspecifikke meromkostninger. Dette betyder, at ethvert yderligere salg, foruden tabet i forbindelse med mindst en del af disse meromkostninger, under disse omstændigheder overhovedet ikke bidrog til at dække virksomhedens omkostninger til reservekapaciteten. På lidt længere sigt er en sådan prispolitik i strid med virksomhedens egen økonomiske interesse. DPAG har under disse omstændigheder på mellemlang sigt ikke selv en økonomisk interesse i at tilbyde en sådan tjeneste. Virksomheden kunne nemlig forbedre sin fortjeneste ved enten at hæve prisen til over de ydelsesspecifikke meromkostninger eller — såfremt en sådan pris ikke er gennemførlig på markedet — fuldstændig at give afkald på at udføre denne tjeneste, fordi indtægterne med den nuværende pris ligger under de meromkostninger, der opstår ved leveringen heraf. En fortsat tilstedeværelse på dette marked uden en forudseelig forbedring af indtjeningssituationen udelukker på den anden side konkurrenter, som selv er i stand til at tilbyde denne tjeneste, så omkostningerne er dækket ind.

Påvirkning af konkurrenceforholdene

(37) Alle de omhandlede loyalitetsbonusser kan i modsætning til DPAG's opfattelse påvirke de muligheder, som andre udbydere af pakketjenester til postordresektoren har for at konkurrere. En vellykket markedsadgang i forbindelse med pakketjenester til postordresektoren er betinget af en bestemt

([60]) Domstolens dom af 3. juli 1991, sag C-62/86, AKZO mod Kommissionen, Sml. 1991 I, s. 3359, og dom afsagt af Retten i Første Instans af 1. april 1993, sag T-65/89, BPB Industries og British Gypsum, Sml. 1993 II, s. 389.
([61]) Se fodnote 60, AKZO. loc.cit., præmis 71.

størrelsesorden (ca. 100 mio. pakker eller kataloger) og dermed forsendelsesmængden fra mindst to samarbejdspartnere på dette område. Gennem loyalitetsbonusser til de vigtigste samarbejdspartnere forhindrede DPAG bevidst, at konkurrenter nåede den »kritiske masse« på ca. 100 mio. i årsomsætning. Politikken med loyalitetsbonusser var desuden til skade for konkurrencen, da den »afsmittende virkning«, som loyalitetsbonusserne havde, i forbindelse med pakketjenester til postordresektoren opretholdt en urentabel udbudsstruktur med følgende karakteristika:

— der blev spildt ressourcer, idet den dominerende virksomhed ikke dækkede sine ydelsesspecifikke meromkostninger, hvorved en permanent krydssubsidiering fra eneretsområdet blev nødvendig

— økonomisk mere effektive alternativer, som dækker omkostningerne uden en sådan krydssubsidiering, blev hindret

— der anvendtes derfor flere knappe ressourcer end absolut nødvendigt til leveringen af pakketjenester til postordresektoren ([62]), og

— forbrugere på eneretsområdet måtte nødvendigvis finansiere et undgåeligt spild af knappe ressourcer.

(38) De loyalitetsbonusser, som DPAG i perioden fra november 1997 havde aftalt med fire samarbejdspartnere, havde påviseligt samme virkning som en eksklusiv købsforpligtelse. De pakkeforsendelser, der som led i samarbejdet rent faktisk blev afviklet via DPAG, udgjorde i alle år, som Kommissionen har fået forelagt tal for, næsten [...] % af den enkelte kundes behov ([63]). Desuden har politikken med loyalitetsbonusser også hindret den konkurrence, som udgår fra postordresektoren selv. Alternative udbringningstjenester kan, også selv om de i første omgang har til formål at dække deres eget behov for forsendelse af pakker og kataloger, videreudvikles til at blive en konkurrents senere infrastruktur ([64]). Så snart en infrastruktur når den kritiske masse, kan den udvikle sig til at blive et omfattende og fuldstændigt alternativ til DPAG ([65]). Aftalerne om loyalitetsbonusser medførte, at postordresektoren undlod at etablere alternative udbringningsstrukturer, så længe dette bragte loyalitetspligten og dermed specialtaksten i fare. Dette hindrede, at der opstår en potentiel konkurrence, som kommer fra alternative infrastrukturer.

(39) På grundlag af den systematiske indgåelse af aftaler om loyalitetsbonusser med samarbejdspartnere kan det ifølge retspraksis ved Fællesskabets retsinstanser kun konkluderes, at DPAG ønsker at binde kunderne til sig og dermed hindrer eller udelukker konkurrence ([66]). Det fremgår af Domstolens faste retspraksis, at rabatordninger, som er knyttet til opfyldelsen af en procentdel af kundens behov, alene

([62]) Se William J. Baumol og J. Gregorv Sidak: Toward Competition in Local Telephony, s. 66: »… the result will be that more resources than the minimum necessary will be expended in bringing [product] X to consumers, which clearly violates economic efficiency«.

([63]) Se den oversigt, som DPAG forelagde den 14. juli 2000 over omsætning, salg og nettoindtægt pr. enhed i relation til de otte storkunder i postordresektoren 1996-1999.

([64]) Denne udvikling fremgår netop af det eksempel, som DPAG har anført i forbindelse med postordrefirmaet Otto Versand: Det tyske firma Hermes Versand Service, Otto Versands datterselskab, der opererer inden for pakkeudbringning, er ifølge egne oplysninger med en forsendelsesmængde i 2000 på 141,6 mio. pakker i mellemtiden den sjette største udbyder af kurer-, ekspres- og pakketjenester i Tyskland (omsætning i 1999: 337 mio. EUR). Dette eksempel viser, at en alternativ infrastruktur, som i første omgang er etableret i postordresektorens eget regi, ved opnåelse af er bestemt forsendelsesmængde kan udvikles til at blive en konkurrent til DPAG, da denne også vil befordre pakker for tredjemand med henblik på en bedre kapacitetsudnyttelse.

([65]) Hermes Versand Service åbnede ifølge egne oplysninger i 2000 sin »PaketShop« nr. 3 000. Disse pakkeindleveringssteder er etableret efter »shop-in-shop«-konceptet og findes i andre forretninger, såsom bladkiosker, tobaksforretninger, kopicentre, udsalgssteder for drikkevarer og renserier. Hermes Versand tilbyder dermed postordresektoren en omfattende service, herunder returforsendelser fra kunderne.

([66]) Se dom afsagt af Retten i Første Instans af 7. oktober 1999, sag T-228/97, Irish, Sugar, (endnu ikke offentliggjort), præmis 213. Hoffmann-La Roche, loc.cit., præmis 90, og Domstolens dom af 9. november 1983, sag 322/81, Michelin, Sml. 1983, s. 3461, præmis 85.

på grund af deres beregningslogik har en »afsmittende virkning«, som er til skade for konkurrencen. Kunder, som har indgået en sådan rabataftale, vil normalt være tilbøjelige til udelukkende at lade deres forsendelser befordre via den virksomhed, der yder denne rabat. En rabatordning, der er knyttet til en procentdel af kundens behov uden sammenhæng med ydelsen, hindrer derudover konkurrencen på grund af sin beregningslogik. Dette er en følge af, at konkurrenter tvinges til at tilbyde rabatter for at udligne det tab, som købere lider når de lader DPAG befordre er lavere procentdel med en lavere rabat.

(40) I retspraksis ved Fællesskabets retsinstanser er det ligeledes fastslået, at misbrugsbegrebet er et »objektivt begreb«, og at en adfærd udvist af en virksomhed, der har en dominerende stilling, kan betragtes som begrundende misbrug i medfør af EF-traktatens artikel 82 ([67]). DPAG kan derfor ikke hævde, at DPAG's tjenestemænd i overgangsfasen fra en statslig forvaltningsmyndighed til en privat ledet virksomhed i undskyldelig uvidenhed ikke havde været opmærksom på det særlige ansvar, som en dominerende virksomhed har.

(41) DPAG kan i den foreliggende sag heller ikke hævde, at storkunderne på grundlag at deres indkøbsstyrke selv havde gennemtvunget aftalerne om loyalitetsbonusser. Det er fastslået i Hoffmann-La Roche-dommen, at en virksomhed, som indtager en dominerende stilling på et marked, heller ikke efter udtrykkelig anmodning fra køberne må binde disse til sig ved hjælp af en forpligtelse til at dække hele eller en betydelig del af deres behov udelukkende hos virksomheden ([68]). Endelig kan DPAC heller ikke hævde, at hverken kunderne eller DPAG anså de omhandlede aftaler om loyalitetsbonusser for at have bindende virkning. Den foreliggende sag viser netop, at storkunderne i postordresektoren i overensstemmelse med deres kontraktlige forpligtelse afviklede hele behovet for pakketjenester eller en stor procentdel heraf via DPAG.

E. PÅVIRKNING AF SAMHANDELEN MELLEM MEDLEMSSTATER

(42) Politikken med loyalitetsbonusser, i perioden 1990-1995 forstærket af priser under de ydelsesspecifikke meromkostninger i forbindelse med pakketjenester tii postordresektoren, påvirkede samhandelen mellem medlemsstater på grund af den »afsmittende virkning«, som en ordning med loyalitetsbonusser har. Den koncentration af indkøbene hos DPAG, som opstod som følge af loyalitetsbonussen, forhindrede, at den tyske postordresektor benyttede udbydere fra andre medlemsstater. I det foreliggende tilfælde er det ikke lykkedes nogen udbyder af pakketjenester fra andre medlemsstater at trænge ind på det tyske marked for pakketjenester til postordresektoren i nævneværdigt omfang. Dermed blev det tyske marked isoleret for disse pakketjenester i forhold til konkurrenter fra de andre medlemsstater. DPAG's rabat og prisfastsættelse har således påvirket samhandelen mellem medlemsstaterne i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse i et velfungerende indre marked.

F. EF-TRATATENS ARTIKEL 86, STK. 2

(43) DPAG gør ikke begrænsningen i artikel 86, stk. 2, gældende for at forsvare loyalitetsbonusser over for udvalgte storkunder inden for pakketjenester til postordresektoren. I øvrigt har DPAG imidlertid heller ikke været i stand til af forklare, hvor vidt aftalerne om disse loyalitetsbonusser ville bidrage til opfyldelsen af en tjeneste, som virksomheden skal udføre i den almindelige økonomiske interesse. DPAG kan heller ikke hævde, at en forhøjelse af priserne til mindst de ydelsesspecifikke omkostninger i forbindelse med pakketjenesterne til postordresektoren ville hindre virksomheden i at opfylde en tjeneste af almindelig økonomisk interesse, som den skal udføre. Tværtimod er indtægter over de ydelsesspecifikke meromkostninger netop ifølge DPAG's egne udsagn den bedste måde, hvorpå der kan opnås dækningsbidrag til den infrastruktur, som virksomheden skal råde over som reservekapacitet på grund af forpligtelsen til at udføre offentlige tjenester ([69]). Salg til priser under denne tærskel yder imidlertid netop intet dækningsbidrag og er derfor endog til skade for opfyldelsen af denne offentlige forpligtelse.

([67]) Dom afsagt af Retten i Første Instans af 1. april 1993 i sag T-65/89, BPB Industries og British Gypsum, Sml. 1993, s. 389, præmis 70.
([68]) Hoffman-La Roche, loc.cit., præmis 89.
([69]) DPAG's brev af 9. marts 2000, s. 5-7.

(44) I øvrigt er der ikke tale om en nogen statslig foranstaltning, som forpligtede DPAG til at tilbyde kontrakter om pakketjenester, som virksomheden indgik og afviklede uden for posthusene på grundlag af specialtakster, som ikke engang dækkede de meromkostninger, der opstår i forbindelse med denne tjeneste. DPAG's bemærkninger og Kommissionens undersøgelser viste ikke en eneste statslig foranstaltning, som tvinger DPAG til at gennemføre et sådant prisniveau, når virksomheden aftaler specialtakster. De bestemmelser, som DPAG har anført, f eks. Gesetz zur Regulierung der Telekommunikation und des Postwesens PTRegG), indeholdt udelukkende generelle bestemmelser, men ikke bestemmelser om det prisniveau, der skulle anvendes i det konkrete tilfælde ([70]). Indirekte priskrav fandtes i givet fald kun i § 37 i Postverfassungsgesetz, der havde været i kraft siden 1989. Ifølge denne bestemmelse skal DPAG i forbindelse med de enkelte tjenester sædvanligvis dække de fulde omkostninger og sørge for et passende overskud ([71]). Denne bestemmelse gik endog videre end den her krævede dækning af de ydelsesspecifikke omkostninger ([72]).

(45) Kommissionen finder under alle omstændigheder, at loyalitetsbonusser, til dels forbundet med priser under de ydelsesspecifikke meromkostninger, påvirker udviklingen af samhandelen i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse. Denne adfærd medførte som nævnt en isolering af det tyske marked for pakketjenester til postordresektoren. Denne isolering af et nationalt marked påvirker udviklingen af samhandelen i et omfang, som i vid udstrækning strider mod Fællesskabets interesse.

G. ARTIKEL 3 I FORORDNING Nr. 17

(46) Selv om intet tyder på, at der for øjeblikket fortsat er aftaler om loyalitetsbonusser i kraft inden for pakketjenesterne til postordresektoren, må Kommissionen alligevel sikre, at DPAG's politik med loyalitetsbonusser også virkelig permanent bringes til ophør, og at DPAG også fremover vil afstå fra at aftale sådanne rabatter ([73]).

(47) Med hensyn til den manglende dækning af de ydelsesspecifikke meromkostninger i perioden 1990-1995 pålægges ingen bøde, da der endnu ikke foreligger klarhed med hensyn til, hvilken omkostningsdækningsstandard der skal anvendes i forbindelse med konkurrenceudsatte tjenester udført af en virksomhed, der udbyder en række produkter eller tjenester, og som råder over et eneretsområde. Imod en bøde taler ligeledes det forhold, at så snart DPAG fik forelagt klagepunkterne af 7. august 2000 og i den efterfølgende procedure fik kendskab til de økonomiske principper, der er anført her med hensyn til den relevante omkostningsdækningsstandard, afgav virksomheden et tilsagn med henblik på at sikre en fuldstændig gennemsigtighed i de finansielle forbindelser mellem eneretsområdet og de konkurrenceudsatte pakketjenester.

(48) Selv om intet tyder på, at DPAG's pakketjenester til postordresektoren på nuværende tidspunkt ikke dækker de ydelsesspecifikke meromkostninger, anser Kommissionen det alligevel for nødvendigt — under hensyntagen til nedenstående grunde — at træffe en beslutning i dette tilfælde ([74]):

— Kommissionen fastslår med denne beslutning, at priser under de ydelsesspecifikke meromkostninger uden for den lovbestemte posthusekspedition udgør en overtrædelse af bestemmelserne i EF-traktatens artikel 82. DPAG har — i modsætning til virksomhedens holdning i forbindelse med loyalitetsbonusserne — ikke erkendt, at priser under de ydelsesspecifikke meromkostninger udgør en overtrædelse af bestemmelserne i EF-traktatens artikel 82.

([70]) § 2 i PTRegG indeholder følgende mål: »sikring af lige vilkår for landdistrikter og byområder på postområdet under overholdelse af ensartede takster inden for monopol- og pligtydelser«.

([71]) I den officielle begrundelse forklarer den tyske regering formålet med denne bestemmelse på følgende måde: »Stk. 2 indeholder det princip, der også er vigtigt for taksternes størrelse, at de enkelte tjenester sædvanligvis skal dække de fulde omkostninger og indtjene et passende overskud. Dette er ikke altid muligt. F.eks. kan markedsforholdene i forbindelse med befordringspligtige ydelser på grund af infrastrukturen således undtagelsesvis tillade en kun delvis dækning af omkostningerne, som i så fald mindst bør dække de variable omkostninger.« (Deutscher Bundestag — 11. Wahlperiode, Drucksache 11/2854).

([72]) § 6, stk. 4, i Post-Kundenschutzverordnung (PKV), som DPAG anførte i brev af 6. juni 2000 (s. 4-6) og af 6. oktober 2000 (s. 7 og 16), vedrører udelukkende vederlag for monopolydelser og kan ikke finde anvendelse på pakketjenester, der ikke er omfattet af eneret. I øvrigt forudsætter denne bestemmelse også, at prisernes »størrelse og struktur skal afstemmes efter omkostningerne«.

([73]) Se dom afsagt af Retten i Første Instans af 6. juli 2000, sag T-62/98, Volkswagen AG, (endnu ikke offentliggjort), præmis 199.

([74]) Se Domstolens dom af 2. marts 1983, sag 7/82, Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL), Sml. 1983, s. 483.

— Kommissionen er af den opfattelse, at en formel beslutning vedrørende dette spørgsmål kan afklare dens holdning. Ikke blot DPAG kan således afholdes fra at udvise denne adfærd, men også andre virksomheder, som kunne udvise eller påtænke at udvise en lignende adfærd. Andre mulige konkurrenter har ligeledes en interesse i den retssikkerhed, som er forbundet med en sådan kommissionsbeslutning.

H. ARTIKEL 15 I FORORDNING Nr. 17

(49) I henhold til artikel 15 i forordning nr. 17 kan Kommissionen pålægge bøder for overtrædelser af EF-traktatens artikel 82 på op til 1 mio. EUR, som dog kan forhøjes til 10 % af virksomhedens omsætning i det sidste regnskabsår, alt efter, hvilket beløb der er højest. På grundlag af varigheden, den vedvarende karakter og det betydelig omfang af de loyalitetsbonusser, som DPAG har aftalt i forbindelse med pakketjenester til postordresektoren, kan det konkluderes, at de foreliggende overtrædelser blev begået forsætligt. Ved fastsættelsen af bødens størrelse skal der desuden tages hensyn til overtrædelsens grovhed og dens varighed.

Overtrædelsens grovhed

(50) En dominerende virksomheds politik med loyalitetsbonusser betragtes netop på det dominerede marked som en alvorlig overtrædelse ([75]). Domstolen har flere gange taget afstand fra loyalitetsbonusser ydet af en dominerende virksomhed. I den foreliggende sag var formålet med og virkningen af misbruget på den ene side at eliminere DPAG's private konkurrenter på markedet for pakketjenester i Tyskland og på den anden side at hindre etableringen af alternative udbringningsinfrastrukturer i postordresektoren (eget regi) ([76]). DPAG's rabat- og prispolitik havde betydelige negative virkninger for konkurrencen inden for pakketjenester til postordresektoren. Trods den samfundsøkonomiske nytte, der havde været forbundet med driften af effektive og rentable alternative udbringningsinfrastrukturer, er det lykkedes DPAG på det tyske marked for pakketjenester til postordresektoren at bibeholde en markedsandel, som stabilt har ligget på over 85 %, og hindre opbygningen af enhver alternativ infrastruktur. Under hensyntagen til disse omstændigheder fastsættes beløbet for overtrædelsens grovhed til 12 mio. EUR, som afspejler overtrædelsens grovhed, omfang og virkninger.

Overtrædelsens varighed

(51) Overtrædelsen blev begået gentagne gange og systematisk. Overtrædelserne stod på fra 1974 og indtil 2000 og blev (som anført i betragtning 23) navnlig skærpet i den umiddelbart forløbne periode fra november 1997 og indtil oktober 2000. Der er således tale om en overtrædelse af lang varighed. Ifølge retningslinjerne kan det beløb, der fastlægges for overtrædelsens grovhed i forbindelse med overtrædelser af lang varighed, for hvert år forhøjes med indtil 10 %. For perioden fra november 1997 og indtil oktober 2000 anser Kommissionen en forhøjelse med 30 % pr. år for passende. For perioden fra 1974 og indtil 1997 anser Kommissionen en forhøjelse med 70 % pr. år for passende. Det resulterer i et grundbeløb på 24 mio. EUR.

Skærpende og formildende omstændigheder

(52) Der foreligger ingen skærpende eller formildende omstændigheder. I princippet er der ganske vist mulighed for som en formildende omstændighed til fordel for en virksomhed at tage hensyn til, at virksomheden efter at have modtaget Kommissionens klagepunktsmeddelelse meddeler Kommissionen, at den ikke bestrider de faktiske omstændigheder, som Kommissionen støtter sine klagepunkter på. I denne sag er de faktiske omstændigheder, som Kommissionen støtter sine klagepunkter på, imidlertid alene selve aftaleteksterne, der indeholder aftaler om loyalitetsrabatter. Kommissionen kan derfor ikke anse det for at være en formildende omstændighed, at DPAG under høringen den 9. november 2000 meddelte, at virksomheden ikke bestred disse aftalers eksistens —

([75]) Se retningslinjer for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 (retningslinjer), (EFT C 9 af 14.1.1998. s. 3), under afsnit A.

([76]) Med hensyn til de alternative udbringningsstrukturers rolle som kilde til en samfundsøkonomisk ønskværdig konkurrence se ovenfor, betragtning 37 og 38.

VEDTAGET FØLGENDE BESLUTNING:

Artikel 1

1. Deutsche Post AG (DPAG) har i perioden 1974-2000 overtrådt EF-traktatens artikel 82, idet virksomheden inden for pakketjenester til postordresektoren har indrømmet kunder en specialtakst på den betingelse, at kunden forpligter sig til at lade DPAG befordre hele sit behov i forbindelse med ikke-voluminøse pakker med en vægt på indtil henholdsvis 20 kg og 31,5 kg eller kataloger over 1 kg (Infopost Schwer) eller en så stor procentdel af dette behov som muligt.

2. DPAG har i perioden 1990-1995 overtrådt EF-traktatens artikel 82 ved at tilbyde pakketjenester tit postordresektoren til priser under de ydelsesspecifikke meromkostninger.

Artikel 2

1. DPAG bringer omgående den i artikel l, stk. l, omhandlede overtrædelse til ophør og afstår fra fremover at gentage enhver handling eller adfærd af den i artikel 1, stk. 1, omhandlede art.

2. DPAG fremsender efter udløbet af hvert regnskabsår i det nye datterselskab (Newco) resultatopgørelsen for Newco inden for erhvervspakketjenester til Kommissionen. DPAG fremsender ligeledes årligt en opgørelse over de afregningspriser, som Newco har betalt for de enkelte tjenester og materielle ressourcer, der er indkøbt hos DPAG.

DPAG forelægger Kommissionen alle aftaler om rabatter, som Newco indgår med de seks største kunder i postordresektoren. Denne forpligtelse løber fra Newcos første regnskabsår og udløber efter dette selskabs tredje regnskabsår.

Artikel 3

1. For den i artikel l, stk. l, omhandlede overtrædelse pålægges DPAG en bøde på 24 mio. EUR.

2. Bøden indbetales på Europa-Kommissionens konto nr. 642-0029000-95, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria BBVA, (IBAN BE 76 6420 0290 0095 SWIFT-kode BBVABEBB), Avenue des Arts 4, B-1040 Bruxelles, senest tre måneder efter meddelelsen af denne beslutning.

Herefter pålægges der automatisk en rente svarende til den sats, som Den Europæiske Centralbank anvendte på sine primære refinansieringsoperationer på den første arbejdsdag i den måned, hvor denne beslutning blev vedtaget, plus 3,5 procentpoint, dvs. i alt 8,28 %.

Artikel 4

Denne beslutning er rettet til:

Deutsche Post AG
Heinrich-von-Stephan-Straße 1
D-53175 Bonn

Artikel 5

Denne beslutning kan tvangsfuldbyrdes i henhold til EF-traktatens artikel 256.

Udfærdiget i Bruxelles, den 20. marts 2001.

På Kommissionens vegne
Mario MONTI
Medlem af Kommissionen