COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE
van 20 maart 2001
in een procedure op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag
(zaak COMP/35.141 — Deutsche Post AG)

(kennisgeving geschied onder nummer C(2001) 728)

(Slechts de tekst in de Duitse taal is authentiek)

(Voor de EER relevante tekst)

(2001/354/EG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap,

Gelet op Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 — Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag [1], laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1216/1999 [2], en met name op artikel 3 en artikel 15, lid 2,

Gezien de klacht van United Parcel Service van 7 juli 1994, waarbij werd aangevoerd dat Deutsche Post AG inbreuk had gemaakt op artikel 82 van het EG-Verdrag en waarbij de Commissie werd verzocht om de beëindiging van die inbreuken te gelasten,

Gezien het besluit van de Commissie van 7 augustus 2000 om in deze zaak een procedure in te leiden,

Gezien het besluit van de Commissie van 4 oktober 2000 om de procedure die op 7 augustus 2000 in deze zaak werd ingeleid, uit te breiden,

Na de betrokken ondernemingen in de gelegenheid te hebben gesteld hun opmerkingen over de punten van bezwaar van de Commissie kenbaar te maken overeenkomstig artikel 19, lid 1, van Verordening nr. 17 en Verordening (EG) nr. 2842/98 van de Commissie van 22 december 1998 betreffende het horen van belanghebbenden en derden in bepaalde procedures op grond van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag [3],

Na raadpleging van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities,

Overwegende hetgeen volgt:

I. DE FEITEN

A. DE KLAGER

(1) De klager United Parcel Service („UPS") is een particuliere Amerikaanse onderneming met hoofdzetel te Atlanta, Georgia, Verenigde Staten van Amerika. UPS is een van de belangrijke concurrenten van Deutsche Post AG op het gebied van het vervoer van pakketten tussen zakelijke klanten, de zogenaamde business-to-business-diensten („b-to-b-diensten"). Daarnaast verricht UPS naar eigen zeggen in geringere mate ook pakketdiensten voor postorderbedrijven, de zogenaamde business-to-consumer-diensten („b-to-c-diensten").

[1] PB 13 van 21.2.1962, blz. 204/62.
[2] PB L 148 van 15.6.1999, blz. 5.
[3] PB L 354 van 30.12.1998, blz. 18.

B. DE BETROKKEN ONDERNEMING

(2) Deutsche Post AG („DPAG") is een naamloze vennootschap die in 1995 is ontstaan uit Deutsche Bundespost Postdienst („DBP"). DBP werd krachtens de Postverfassungsgesetz („PostVerfG"), die op 1 juli 1989 in werking trad, het voor postdiensten verantwoordelijke onderdeel van de voormalige Deutsche Bundespost („BP"). Vóór 1 juli 1989 werden postdiensten door de BP verricht. DPAG, DBP en de BP worden hierna DPAG genoemd. De hoofdactiviteit van DPAG bestaat in de verzending van brieven. Voor de verzending van brieven tot een gewicht van 200 g beschikt DPAG over een bij wet toegekend exclusief recht (de „voorbehouden sector") ([4]). In 1998 beliep de omzet van DPAG in de voorbehouden sector [...] (*) miljard DEM, d.w.z. bijna [...] % van de totale omzet van DPAG van 28,6 miljard DEM. Uit de door DPAG verstrekte berekening van de jaarlijkse kosten en inkomsten blijkt dat in de voorbehouden sector sinds ten minste [...] winst wordt gemaakt ([5]):

Tabel 1

Kosten en inkomsten van DPAG in de voorbehouden sector 1990-1999

(in miljoen DEM)

Jaar	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
Inkomsten	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kosten	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Winst	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

C. DE KLACHT

(3) In zijn in juli 1994 ingediend verzoek overeenkomstig artikel 3 van Verordening nr. 7 voerde de klager UPS aan dat DPAG inkomsten uit het winstgevende briefmonopolie gebruikt om niet-kostendekkende verkopen op het gebied van de commerciële pakketdiensten te financieren. Zonder deze „kruissubsidiëring" uit de voorbehouden sector zou DPAG de langdurige verliezen bij de in een concurrentiesituatie verrichte pakketdiensten niet hebben kunnen financieren. De klager eist derhalve dat de verkopen onder de kostprijs worden verboden en dat de voorbehouden sector structureel wordt gescheiden van de niet-voorbehouden pakketdiensten. Anders zou het ook voor een efficiënte onderneming niet mogelijk zijn stand te houden tegen de prijsdruk van DPAG in de sector commerciële pakketdiensten.

D. PAKKETDIENSTEN VOOR POSTORDERBEDRIJVEN

(4) Deze beschikking heeft betrekking op het kortingen- en prijsbeleid van DPAG op het gebied van pakketdiensten voor postorderbedrijven in Duitsland. Pakketdiensten, inclusief diensten voor postorderbedrijven, behoren in Duitsland niet tot de voorbehouden sector. Sinds ongeveer 1976 worden in Duitsland commerciële pakketdiensten aangeboden door concurrenten, voornamelijk b-to-b-diensten op het gebied van de verzending van pakketten. Postorderbedrijven vormen voor DPAG verreweg de belangrijkste groep afnemers van pakketdiensten ([6]).

E. HET ECONOMISCHE BEGRIP „KRUISSUBSIDIËRING"

(5) Het belangrijkste verwijt van de klager luidt dat DPAG haar commerciële pakketdiensten onder de kostprijs aanbiedt om de concurrenten op dit gebied van de markt te drukken. De verliezen die hierdoor ontstaan zou DPAG dekken met behulp van de in de voorbehouden sector gemaakte winst. Hiermee zou DPAG zich schuldig maken aan een vorm van kruissubsidiëring van de commerciële pakketdiensten door de voorbehouden brievenpost die de concurrentie schaadt.

([4]) Zie artikel 51 Postgesetz: „Bis zum 31. Dezember 2002 steht der Deutschen Post AG das ausschließliche Recht zu, Briefsendungen und adressierte Kataloge, deren Einzelgewicht weniger als 200 g und deren Einzelpreis bis zum Fünffachen des am 31. Dezember 1997 geltenden Preises für entsprechende Postsendungen der untersten Gewichtsklasse beträgt, gewerbsmäßig zu befördern (gesetzliche Exklusivlizenz)." (Tot 31 december 2002 beschikt de Deutsche Post AG over het exclusieve recht om tegen betaling brieven en geadresseerde catalogi met een gewicht van minder dan 200 g en een prijs van ten hoogste het vijfvoudige van de op 31 december 1997 geldende prijs voor postzendingen van de laagste gewichtsklasse te vervoeren (bij wet toegekende exclusieve vergunning)).

(*) Zakengeheim.

([5]) Zie de brief van DPAG van 23 december 1999, bijlage 1.

([6]) Zie bijlage 2 van de brief van DPAG van 6 december 1999.

De relevante begrippen op het gebied van de kosten

(6) Economisch gezien is sprake van kruissubsidiëring wanneer enerzijds de inkomsten van een dienst niet toereikend zijn om de incrementele kosten (incremental costs) ([7]) van deze dienst te dekken en anderzijds een dienst of een heel bedrijfsonderdeel voorhanden is waarvan de inkomsten hoger zijn dan de „stand-alone"-kosten. Dit laatste geeft de bron van de kruissubsidiëring aan, terwijl onvoldoende dekking van de incrementele kosten duidt op de bestemming ervan. In het onderhavige geval is de voorbehouden sector een duurzame financieringsbron, want de door DPAG in tabel 1 verstrekte gegevens tonen aan dat de totale inkomsten van de voorbehouden sector hoger zijn dan de stand-alone-kosten ervan ([8]).

(7) Wanneer wordt nagegaan of de incrementele kosten van de pakketdiensten voor postorderbedrijven gedekt zijn, moet een onderscheid worden gemaakt tussen de incrementele kosten die alleen voor het verrichten van deze dienst moeten worden gemaakt en de gemeenschappelijke vaste kosten, die niet alleen aan deze dienst kunnen worden toegerekend.

Invloed van de openbare dienstverleningstaak van DPAG

(8) Bij de bepaling van het aandeel van de gemeenschappelijke vaste kosten moet rekening worden gehouden met het feit dat DPAG wettelijk verplicht is over een zodanige reservecapaciteit te beschikken dat te allen tijde een piekaanbod van pakketten aan het postloket overeenkomstig de wettelijk voorgeschreven kwaliteitseisen kan worden afgehandeld ([9]). Zelfs wanneer DPAG geen pakketdiensten voor postorderbedrijven zou aanbieden, zou zij jegens deze klanten verplicht zijn pakketten en catalogi binnen de voorgeschreven termijn via het postloket af te wikkelen. Dit is het gevolg van de algemene verplichting volgens welke elke potentiële gebruiker van postdiensten er recht op heeft tegen uniforme prijzen gebruik te maken van de via het loket aangeboden pakketdiensten van DPAG, waarbij deze diensten aan de voorgeschreven kwaliteitseisen moeten voldoen. In tegenstelling tot een particuliere onderneming zoals UPS heeft DPAG bij afstoting van een bepaalde pakketdienst niet de mogelijkheid om personele en materiële middelen volledig in verhouding met de vermindering van de verzonden hoeveelheid te reduceren. Ook wanneer de betrokken pakketdienst wordt beëindigd, moet een toereikend deel van de bestaande personele en materiële middelen als reserve voorradig zijn voor de afhandeling van de loketdiensten overeenkomstig de wettelijk voorgeschreven kwaliteitseisen (in het gehele leveringsgebied D + 2 voor 80 % van de zendingen). Deze verplichting om reservecapaciteit voorradig te houden wordt in de economie met het begrip carrier of last resort omschreven ([10]).

(9) Wanneer DPAG in het kader van haar openbare dienstverleningstaak infrastructuur voorradig houdt, dan moet als volgt worden onderscheiden tussen de gemeenschappelijke capaciteitsreserveringskosten en de incrementele kosten van afzonderlijke diensten:

— Capaciteitsreserveringskosten ontstaan onafhankelijk van de aangeboden diensten en de afgehandelde hoeveelheid pakketten alleen door het voorradig houden van capaciteit, waardoor iedereen de mogelijkheid heeft om pakketten via de standaarddienstverlening aan het postloket te verzenden. Kosten die voortvloeien uit de wettelijke verplichting om een algemeen toegankelijke

([7]) De incrementele kosten (incremental costs) omvatten uitsluitend kosten die alleen voor één afzonderlijke pakketdienst moeten worden gemaakt. De incrementele kosten omvatten niet de vaste kosten die niet slechts voor één dienst moeten worden gemaakt (de gemeenschappelijke vaste kosten). Gemeenschappelijke vaste kosten houden geen verband met het verrichten van een bepaalde pakketdienst en komen pas te vevallen wanneer alle diensten van de onderneming worden beëindigd.

([8]) Dit betekent: De totale inkomsten van de voorbehouden sector zijn hoger dan de totale kosten die in die sector ontstaan. De inkomsten zijn dus niet alleen hoger dan de productspecifieke extra kosten, maar ook hoger dan de gemeenschappelijke vaste kosten, die niet aan een bepaald product kunnen worden toegerekend.

([9]) Overeenkomstig artikel 1, lid 1, onder 2, van de Post-Universaldienstleistungsverordnung („PUDLV") is DPAG verplicht een pakket te verzenden met inachtneming van een bepaalde termijn (artikel 3, lid 2, PUDLV: ten minste 80 % moet binnen twee werkdagen worden bezorgd). Voordat de PUDLV met terugwerkende kracht tot 1 januari 1998 in werking trad, bestond deze algemene verplichting op grond van artikel 8 van de wet betreffende het postwezen (Gesetz über das Postwesen „PostG")) van 28 juni 1969. Volgens deze wet had iedereen er recht op van de voorzieningen van het postwezen gebruik te maken. De voorwaarden voor het gebruik van de voorzieningen van het postwezen waren in verordeningen geregeld. De voorschriften met betrekking tot de termijn waren voor de inwerkingtreding van de PUDLV vervat in artikel 20, lid 3, van de Post-Kundenschutzverordnung (BGBl. 1995 I, blz. 2016). (80 % op de tweede werkdag na afgifte.)

([10]) Zie met name William J. Baumol en J. Gregory Sidak, Toward Competition in Local Telephony, (MIT Press 1994), blz. 108-109.

verzendingsoptie tegen uniforme prijzen te bieden, verhogen, het aandeel van de gemeenschappelijke vaste kosten van de carrrier of last resort in vergelijking met ondernemingen die geen openbare dienstverleningstaak hebben. In tegenstelling tot een onderneming die vrij over haar dienstenpakket kan beschikken, ontstaan voor de carrier of last resort ook capaciteitsreserveringskosten indien de niet via het postloket afgehandelde pakketdiensten wegvallen. Capaciteitsreserveringskosten zijn dus niet specifiek aan een bepaalde dienst gebonden en worden bij de gemeenschappelijke vaste kosten van DPAG ingedeeld ([11]). De gemeenschappelijke vaste kosten vallen slechts weg wanneer de gehele openbare verzorgingstaak wegvalt.

— Incrementele kosten ontstaan daarentegen uitsluitend bij het verrichten van een dienst die niet onder de loketdiensten valt. Deze van de hoeveelheid afhankelijke extra kosten, die alleen in verband met de specifieke dienst ontstaan, vallen bij beëindiging van deze dienst weg.

(10) Om te voorkomen dat de pakketdiensten voor postorderbedrijven worden gesubsidieerd uit inkomsten uit de voorbehouden sector, moeten de inkomsten van DPAG uit deze pakketdienst ten minste de incrementele kosten van deze dienst dekken. Aldus kan op passende wijze rekening worden gehouden met de meerkosten die op grond van de openbaree dienstverleningstaak voor DPAG ontstaan omdat zij netwerkcapaciteit voorradig moet houden ([12]). Juist om op billijke wijze rekening te houden met de netwerkreserveringskosten als specifieke meerkosten, wordt bij activiteiten van DPAG op het gebied van pakketdiensten voor postorderbedrijven slechts verlangd dat de incrementele kosten worden gedekt. Aldus wordt deze activiteit niet belast met de algemene netwerkreserveringskosten die voor DPAG ontstaan in verband met haar openbare dienstverleningstaak ([13]).

Berekening van de incrementele kosten van de pakketdiensten voor postorderbedrijven

(11) DPAG verricht tegenwoordig pakketdiensten voor postorderbedrijven ([14]) via 33 vrachtcentra van bestemming respectievelijk aanlevering en 476 leveringsdepots. Deze infrastructuur wordt door DPAG de afdeling vrachtpost genoemd. De infrastructuur van de afdeling vrachtpost wordt ook voor de overige commerciële pakketdiensten van DPAG gebruikt, met name voor b-to-b-diensten. Daarnaast wordt deze infrastructuur ook gebruikt voor pakketleveringen tussen particuliere klanten (de zogenaamde „private-to-private" of „p-to-p-diensten", ook wel „loketdiensten" genoemd) en de retourzendingen van postorderbedrijven („p-to-b-diensten") ([15]). Pakketdiensten voor postorderbedrijven maken jaarlijks niettemin 71 % van het verzonden volume van de commerciële pakketdiensten uit ([16]). De onder de voorbehouden sector vallende brievenpost wordt daarentegen grotendeels via een afzonderlijke infrastructuur vervoerd. De enige uitzondering is de gecombineerde bestelling ([17]). Het verwerkingsproces voor pakketdiensten voor postorderbedrijven omvat de volgende onderdelen ([18]):

([11]) Zie met name William J. Baumol en J. Gregory Sidak, Toward Competition in Local Telephony (MIT Press 1994), blz. 108-109: „These obligations are appropriately treated as sources of common fixed costs for the firm…".

([12]) DPAG wijst herhaaldelijk op deze meerkosten, de kosten van universele dienstverlening, bijvoorbeeld in de brieven van 15 mei 1997 en 6 oktober 2000, blz, 4-5 en 8-10.

([13]) De zogenaamde „lasten van universele dienstverlening" (net van filialen in heel Duitsland, bezorging in heel Duitsland tegen een uniform tarief) zouden alleen in geval van een volledige kostenberekening naar rato aan de commerciële pakketdiensten worden toegerekend. Vgl. brief van DPAG van 6 oktober 2000, blz. 4-5 en 8-11. Door alleen te verlangen dat de incrementele kosten worden gedekt, wordt echter juist voorkomen dat de kosten die uit de openbare dienstverleningstaak voortvloeien, naar rato worden toegerekend aan de niet via het postloket afgehandelde pakketdiensten.

([14]) Pakketdiensten voor postorderbedrijven bestaan hoofdzakelijk uit postpakketten en catalogi.

([15]) Brief van DPAG van 7 april 2000, blz. 3, brief van DPAG van 6 december 1999, blz. 11 en brief van DPAG van 22 december 1999, blz. 2.

([16]) Ontleend aan: 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, stand van 23 juni 2000.

([17]) Bij uitzondering dragen de bezorgers van de brievenpost in landelijke gebieden tevens zorg voor de bestelling van pakketten, zie de brief van DPAG van 9 maart 2000, blz. 10. Volgens DPAG ging het hierbij in 1999 naar raming om [...] % van het verzonden volume van de pakketten die voor postorderbedrijven worden bezorgd. In de voorafgaande jaren was de situatie als volgt: in de periode 1990-1995 werd een deel van de pakketten voor postorderbedrijven via gecombineerde bestelling bezorgd, terwijl in de periode 1995-1998 vrijwel geen gecombineerde bestelling meer plaatsvond. Vanaf 1999 werd deze vorm van bestelling weer ingevoerd. Gecombineerde bestelling levert schaalvoordelen op die gezien de voorbehouden sector alleen voor DPAG mogelijk zijn. Gezien de geringe betekenis van de gecombineerde bestelling vanaf 1995 zou al met al niets veranderen aan de voor deze periode vastgestelde dekking van de incrementele kosten. Sinds 1998 zijn de incrementele kosten bij pakketdiensten zodanig gedekt, dat ook wanneer met de gecombineerde bestelling rekening wordt gehouden, het resultaat niet beslissend zou zijn beïnvloed.

([18]) Brief van DPAG van 9 maart 2000, blz. 9-10.

(12) De *afhaling*. Bij grote klanten in de postordersector worden de pakketten niet aan de loketten van de postkantoren of -agentschappen in ontvangst genomen en aan de vrachtcentra van aanlevering doorgezonden, maar door DPAG bij de klant afgehaald en rechtstreeks naar de vrachtcentra van aanlevering vervoerd ([19]). Wanneer de pakketen van postorderbedrijven wegvallen, kunnen de kosten van afhaling als incrementele kosten volledig worden bespaard ([20]).

(13) De *stationaire verwerking*. Dit onderdeel van het verwerkingsproces omvat het coderen en sorteren van zendingen in het vrachtcentrum van aanlevering voor het verdere vervoer naar de vrachtcentra van bestemming. In het vrachtcentrum van bestemming omvat dit onderdeel het sorteren van binnenkomende zendingen voor het verdere vervoer naar de leveringsdepots. Grote klanten uit de postordersector voeren enkele stappen van de stationaire verwerking zelf uit, zoals het nagaan van de hoogte van de vergoeding of het aanbrengen van het codelabel. De kapitaalkosten voor de bouw van de 33 vrachtcentra en de 476 leveringsdepots kunnen niet specifiek aan een bepaalde dienst worden toegerekend. Deze kosten vallen pas weg wanneer de wettelijke verplichting om te allen tijde een piekaanbod overeenkomstig de voorgeschreven kwaliteitseisen af te wikkelen, eveneens wegvalt. De personeels- en materiaalkosten op het gebied van de stationaire verwerking zijn daarentegen volledig van de werkelijk aangeleverde hoeveelheid pakketten afhankelijk. Wanneer de pakketdiensten voor postorderbedrijven wegvallen, zijn hiervoor dus ook geen specifieke verwerkingskosten meer nodig.

(14) Het *langeafstandsvervoer* omvat het vervoer tussen de 33 vrachtcentra van aanlevering en bestemming. Ook bij een gering volume moet het langeafstandsvervoer tussen de vrachtcentra alleen al worden instandgehouden om aan de wettelijk voorgeschreven kwaliteitseisen te voldoen ([21]). De kosten van het langeafstandsvervoer (personeels-, materiaal- en kapitaalkosten) kunnen dus niet specifiek aan een bepaalde dienst worden toegerekend en vallen pas weg wanneer de openbare dienstverleningstaak wegvalt.

(15) Het *regionale en plaatselijke vervoer* tussen de 33 vrachtcentra en de 476 regionale leveringsdepots ([22]). Wat het regionae en plaatselijke vervoer tussen vrachtcentra en leveringsdepots betreft, kunnen na een afname van de hoeveelheid pakketten leveringsdepots worden samengevoegd. Wanneer de pakketdiensten voor postorderbedrijven wegvallen, valt volgens DPAG de helft van de kosten voor regionaal en plaatselijk vervoer weg, omdat deze specifiek aan deze pakketdiensten kan worden toegerekend.

(16) De *levering*. Na de verdeling over de 476 leveringsdepots van DPAG worden de pakketten van de postorderbedrijven afgeleverd. De levering bestaat hoofdzakelijk uit ritten en de overhandiging van de zendingen. Daarbij betreft de helft van de activiteiten de ritten en de helft de overhandiging zelf. De ritten zijn in mindere mate aan een specifieke dienstverrichting gebonden dan de overhandiging ([23]). De kosten van de overhandiging hangen daarentegen grotendeels samen met een specifieke dienstverrichting. Indien een dienstverrichting met een groot volume waarbij in de regel per stop van de bestelwagen slechts één zending wordt overhandigd (zoals in de postordersector), wegvalt, dan kan de overhandiging volledig worden bespaard wanneer deze stop niet meer nodig is ([24]).

(17) De incrementele kosten per stuk (average incremental costs — „AIC") bij pakketdiensten voor postorderbedrijven („AIC-PO") worden — uitgaande van de hierboven genoemde veronderstellingen over het aandeel van deze kosten in verhouding tot de gemeenschappelijke vaste kosten — vanaf 1996 door de inkomsten gedekt.

([19]) Volgens DPAG levert slechts één grote klant rechtstreeks aan het vrachtcentrum van bestemming.
([20]) Brief van DPAG van 25 januari 2001.
([21]) Zie artikel 3, onder 2, van de PUDLV, dat bepaalt dat jaarlijks gemiddeld ten minste 80 % van de op een werkdag aangeleverde pakketten uiterlijk op de tweede werkdag volgende op de dag van aanlevering moeten worden bezorgd. Elk vrachtcentrum heeft een dubbele functie als vrachtcentrum van aanlevering en vrachtcentrum van bestemming. De universele dienstverlening vergt ten minste een rit per dag tussen elk vrachtcentrum van aanlevering en vrachtcentrum van bestemming (d.w.z. 32 ritten van elk vrachtcentrum van aanlevering naar de overige vrachtcentra van bestemming = 32×33 = ten minste 1 056 ritten).
([22]) Alle 33 vrachtcentra hebben een identiek bouw- en uitrustingsconcept en een dubbele functie als vrachtcentrum van aanlevering en vrachtcentrum van bestemming.
([23]) Ook wanneer de verzonden hoeveelheid als gevolg van de beëindiging van een commerciële dienst afneemt kunnen de leveringsroutes pas noemenswaardig worden verkort indien per route significant minder geadresseerden moeten worden aangedaan. Pas wanneer ten minste sprake is van een significante vermindering van het aantal geadresseerden op een bepaalde route, kan deze worden verkort of met een andere route worden samengevoegd (brief van DPAG van 25 januari 2001). Uit onderzoek bleek dat van een aan een specifieke dienst gebonden route slechts sprake is bij koerierdiensten, waarbij afzonderlijke adressen gericht worden aangedaan.
([24]) Indien echter per stop verschillende zendingen worden overhandigd, zoals bij b-to-b-diensten het geval is, dan valt deze stop ook bij een afname van de hoeveelheid pakketten niet weg.

Tabel 3

AIC-PO van DPAG 1990-1999

Jaar	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Inkomsten/stuk PO	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
AIC-PO	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

De maatregelen van DPAG om te zorgen voor doorzichtigheid van de financiële betrekkingen tussen de voorbehouden sector en de commerciële pakketdiensten

(18) Zoals de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar van 7 augustus 2000 heeft aangevoerd, kan alleen door volledige doorzichtigheid van de financiële betrekkingen tussen de voorbehouden sector enerzijds en de in vrije concurrentie verrichte pakketdiensten anderzijds worden gegarandeerd dat afzonderlijke pakketdiensten aantoonbaar hun incrementele kosten dekken. Alleen dan is het zeker dat concurrenten niet worden uitgeschakeld door aanbiedingen die niet op efficiëntie of superieure dienstverlening berusten, maar uitsluitend op het feit dat de incrementele kosten niet worden gedekt ([25]). Door de voorbehouden sector structureel te scheiden van de bedrijfsonderdelen die in een concurrentiesituatie hun incrementele kosten moeten dekken, kan de dekking van incrementele kosten inzichtelijk worden gemaakt en onvoldoende dekking op doeltreffende wijze worden voorkomen.

(19) Voorts heeft de Commissie in het kader van de procedure de mening geuit dat doorzichtigheid van de financiële betrekkingen ook een doorzichtig systeem vergt van de „verrekeningsprijzen" voor de goederen en diensten die door de in de voorbehouden sector actieve onderneming worden geleverd aan de onderneming die in een concurrentiesituatie actief is ([26]). De doorzichtigheid en duidelijkheid van de verrekeningsprijzen kan alleen effectief worden gewaarborgd door een systeem van losgekoppelde verrekeningsprijzen voor de wezenlijke onderdelen van het verwerkingsproces die door de in een concurrentiesituatie actieve onderneming worden betrokken van de onderneming die in de voorbehouden sector actief is. Alleen door een systeem van ontkoppelde verrekeningsprijzen voor de afzonderlijke onderdelen van het verwerkingsproces kan worden gewaarborgd dat de verrekeningsprijs bij gebruikmaking van de gehele verwerkingsketen ook de som van de kosten van de afzonderlijke onderdelen dekt en dat prijsverminderingen die worden toegekend wanneer afzonderlijke onderdelen zelf worden verricht, de bespaarde kosten op passende wijze weerspiegelen.

(20) DPAG komt aan deze eisen van de Commissie tegemoet door de toezegging dat haar commerciële pakketdiensten in een afzonderlijke structuur worden ondergebracht ([27]). Deze toezegging moet in de eerste plaats duidelijk en inzichtelijk maken dat geen inkomsten uit de voorbehouden sector worden gebruikt voor de financiering van activiteiten op het gebied van pakketdiensten voor postorderbedrijven. In dit verband verplicht DPAG zich ertoe het onderdeel commerciële pakketdiensten, inclusief de bezorging van catalogi, vóór 31 december 2001 onder te brengen in een juridisch zelfstandige onderneming („Newco"). Het afgestoten onderdeel moet alle b-to-b- en b-to-p-diensten omvatten die niet via het loket, maar op grond van individuele overeenkomsten tegen speciale prijzen worden afgehandeld. Zodra de afstoting een feit is, zal DPAG zelf geen commerciële pakketdiensten meer aanbieden.

(21) Newco kan de voor haar bedrijfsactiviteiten benodigde diensten of goederen zelf verrichen respectievelijk vervaardigen, dan wel van derden of van DPAG betrekken. Indien Newco diensten of goederen van DPAG betrekt, moeten deze diensten of goederen tegen marktprijzen worden verrekend. Indien in een bepaald geval de marktprijzen niet kunnen worden vastgesteld, moet de verrekeningsprijs zich richten naar de incrementele kosten (incremental costs) van DPAG voor de betrokken diensten of goederen. De incrementele kosten moeten via een procedure voor de berekening van de kosten van het proces worden vastgesteld. Bij geschillen is DPAG verplicht om op verzoek van de Commissie de marktprijzen of de incrementele kosten te staven.

([25]) Vgl. Sidak/Spulber „Protecting Competition from the Postal Monopoly", blz. 109-124.
([26]) In het onderhavige geval is het om de voorbehouden sector structureel te scheiden van de bedrijfsonderdelen in een concurrentiesituatie nodig dat op passende wijze rekening wordt gehouden met de openbare dienstverleningstaak. De infrastructuur die voor deze dienstverleningstaak nodig is, moet eigendom blijven van de onderneming die deze taak vervult.
([27]) Brief van DPAG van 1 februari 2001.

(22) Voorts gaat DPAG tegenover de Commissie de verplichting aan om voor het einde van het eerste boekjaar van Newco de verrekeningsprijzen jegens Newco voor de onderdelen van het verwerkingsproces „afhaling, stationaire verwerking (vrachtcentrum van aanlevering), stationaire verwerking (vrachtcentrum van bestemming), vervoer (langeafstandsvervoer en regionaal vervoer) en levering" apart te vermelden. Indien Newco een of meer van de genoemde diensten van DPAG betrekt, moet DPAG deze diensten, voorzover de capaciteit dat toelaat, tegen dezelfde prijzen en voorwaarden voor concurrenten van Newco verrichten. Met betrekking tot de verrekeningsprijzen, kosten en inkomsten van Newco brengt DPAG uitvoerig verslag uit aan de Commissie. Deze verslagleggingsplicht geldt voor de eerste drie boekjaren van Newco. DPAG garandeert dat door een afzonderlijke kostenberekening van Newco wordt gezorgd voor volledige doorzichtigheid over de financiële relaties tussen Newco en DPAG.

G. DE KORTINGSREGELINGEN VAN DPAG VOOR PAKKET- EN CATALOGUSDIENSTEN VOOR POSTORDERBEDRIJVEN

(23) Postorderbedrijven die hun pakketten of catalogi niet via het postloket verzenden, genoten prijskortingen omdat zij zelf bepaalde voorafgaande handelingen verrichtten. De producten die door DPAG tegen speciale vergoedingen als pakketdienst aan de postorderbedrijven werden aangeboden, zijn het voorbewerkte pakket (tot 1995 werden ook pakjes (Postgut) als voorbewerkt pakket aangeboden) ([28]) en de infopost zwaar (catalogi van meer dan 1 kg) ([29]). Voor contractpartners op het gebied van de verzending van pakketten golden speciale prijzen die verder gingen dan de speciale prijzen voor het zelf voorbewerken van pakketten ([30]). Aan de speciale prijzen voor contractpartners was in de desbetreffende AGB FrD Inl echter de voorwaarde verbonden dat de klant zich bereid verklaart om al zijn poststukken die zich ertoe lenen als pakket of pakje te worden verzonden, aan de DBP Postdienst af te geven ([31]). Afgezien van de AGB FrD Inl, die voor de contractpartners toch al gelden, kenden de volgende individuele samenwerkingsovereenkomsten de speciale prijs uitsluitend toe wanneer de betrokken klant zich ertoe verplichtte alle of een aanzienlijk deel van zijn pakketten of catalogi via DPAG te verzenden:

— In een overeenkomst van DPAG van 19 december 1974 inzake economische samenwerking op het gebied van de verzending van pakketten verplichtte een van de grootste klanten uit de postordersector ([...]) zich ertoe ten minste alle zendingen tot 10 kg die geen bijzondere behandeling vergen ([32]) (nicht-sperrige Sendungen), die in de bedrijven in de hoofdvestigingsplaats van de klant werden afgegeven en die zich ertoe leenden om als pakket of pakje te worden verzonden, bij DPAG aan te leveren. Bij wijzigingsovereenkomst van 13 februari 1987 werd deze verplichting uitgebreid tot alle zendingen tot 20 kg die geen bijzondere behandeling vergen. Deze regeling bleef tot 1 juli 1995 van kracht ([33]).

([28]) Hierbij verricht de klant zelf bepaalde voorafgaande handelingen (wegen, tariferen, etiketteren, opstellen van de lijst) en levert per jaar ten minste 10 000 voorbewerkte zendingen die geen bijzondere behandeling vergen (tot 1995: 10 000 pakjes) aan. Voor deze door de klant verrichte handelingen, die anders bij de afgifte aan het loket hadden moeten worden verricht, verleent DPAG de klant een korting. De procedure voor de berekening van de forfaitaire vergoeding voor voorbewerkte pakketzendingen is beschreven in punt 3.3.2 van de Allgemeine Geschäftsbedingungen der Deutschen Bundespost Postdienst für den Frachtdienst Inland („AGB FrD Inl."), stand van 30 maart 1992, onder paragraaf 3.3 „Besondere Leistungsangebote". De AGB FrD Inl werden door DPAG als bijlage 4 bij de brief van 24 november 1994 verstrekt.

([29]) De samenwerkingsprocedure voor „infopost zwaar" is beschreven in het in augustus 1995 bekendgemaakte besluit P 777/1993 onder het nieuwe punt 3.3.4.2 van de AGB FrD Inl.: „Versender größerer Mengen von Infopost Schwer können für diese Sendungen durch vertragliche Vereinbarung bestimmte über die Bedingungen des Abschnitts 4.2 hinausgehende Verteilleistungen und/oder das Beladen zielreiner Transporteinheiten vom Postdienst übernehmen. Als Gegenleistung ermäßigt der Postdienst das Grundentgelt für Infopost Schwer…." (Verzenders van grotere hoeveelheden infopost zwaar kunnen voor deze zendingen door middel van contractuele regelingen bepaalde distributiewerkzaamheden die verder gaan dan de voorwaarden van paragraaf 4.2 en/of het beladen van vervoerseenheden per bestemming van de postdienst overnemen. Als tegenprestatie verlaagt de postdienst de basisvergoeding voor infopost zwaar).

([30]) De grondslag voor de samenwerking op het gebied van de verzending van pakketten is punt 3.3.4 van de AGB FrD Inl.: „3.3.4 Zusammenarbeit mit Versendern (Kooperation). Danach ist die Paketkooperation die Zusammenarbeit der Versender mit der Deutschen Bundespost Postdienst (DBP Postdienst) über das Selbstbucherverfahren hinaus. Hierbei überträgt die DBP Postdienst einem Absender durch Vertrag Verteil-, Belade-, and Beförderungsleistungen bei Päckchen und Paketsendungen und vereinbart für diese Leistungen einen finanziellen Ausgleich. Nach Ziffer 3.3.4 AGB FrD Inl. war die Kooperation an zwei Voraussetzungen geknüpft: (1) Teilnahme am Selbstbucherverfahren und (2) Bereitschaft des Kunden, sein gesamtes für den Paket- and Päckchenversand geeignetes Versandgut der DBP Postdienst zu übergeben." (3.3.4 Samenwerking met verzenders. De samenwerking op het gebied van pakketten tussen de verzenders en de Deutsche Bundespost Postdienst (DBP Postdienst) gaat verder dan de voorbewerkingsprocedure. Deze samenwerking houdt in dat de DBP Postdienst bij overeenkomst distributie- beladings- en vervoerswerkzaamheden voor pakjes en pakketzendingen aan een afzender overdraagt tegen een financiële tegenprestatie. Volgens punt 3.3.4 van de AGB FrD Inl. zijn aan deze samenwerking twee voorwaarden verbonden: 1. Deelname aan de voorbewerkingsprocedure en 2. Bereidheid van de klant om al zijn zendingen die zich ertoe lenen als pakket of pakje te worden verzonden, aan DBP Postdienst af te geven.) Zie AGB FrD Inl, stand van 30 maart 1992, paragraaf 3.3 Besondere Leistungsangebote, verstrekt door DPAG als bijlage 4 bij de brief van 24 november 1994. Volgens DPAG werd punt 3.3.4 op 28 december 1994 opgeheven, zie de brief van DPAG van 6 oktober 2000. blz. 16.

([31]) Vgl. de tweede voorwaarde in punt 3.3.4 van de AGB FrD Inl.

([32]) Het begrip „sperriges Paket" is gedefinieerd in artikel 25, lid 3, van de Postordnung. zie de volgende voetnoot.

([33]) Deze klant handelde volgens zijn eigen gegevens sinds 1994 aantoonbaar [...] van zijn pakketzendingen via DPAG af, zie brief van [...] van oktober 2000 en brief van DPAG van 14 juli 2000.

— In een samenwerkingsovereenkomst van 3 augustus 1984 verplichtte een tweede grote klant ([...]) zich ertoe om, met uitzondering van de pakketten die een bijzondere behandeling vergen in de zin van artikel 25, lid 3, van de Postordnung ([34]), ten minste alle zendingen tot 10 kg die vanuit zijn hoofdvestigingsplaats moeten worden verzonden en die zich ertoe lenen om als pakket of pakje te worden verzonden, bij DPAG af te geven ([35]). Bij wijzigingsovereenkomst van 13 februari 1987 werd de verplichting voor deze grote klant uitgebreid tot alle pakketten tot 20 kg, met uitzondering van de pakketten die een bijzondere behandeling vergen in de zin van artikel 25, lid 3, van de Postordnung. Als tegenprestatie voor het feit dat de klant voortaan niet alleen alle pakketten tot 10 kg die geen bijzondere behandeling vergen bij DPAG zal afgeven, maar ook die tot 20 kg, ontving hij met terugwerkende kracht tot 1 oktober 1986 een extra korting van 0,20 DEM per stuk ([36]). Deze regeling bleef tot 1 juli 1995 van kracht.

— In een samenwerkingsovereenkomst van 16 april 1987 ging een derde grote klant ([...]) de verplichting aan alle pakketten tot 20 kg die geen bijzondere behandeling vergen en die vanuit de hoofdvestiging van deze klant moeten worden verzonden, bij DPAG af te geven ([37]). Deze regeling bleef tot 1 juli 1995 van kracht.

— In een aanvullende overeenkomst van 25 juni 1995 werd de speciale prijs voor de verzending van pakketten voor een contractpartner ([...]) afhankelijk gemaakt van het bereiken van een jaarlijkse hoeveelheid van ongeveer [...] miljoen zendingen, waarbij de via de concurrent [...] verzonden hoeveelheid werd meegerekend. De speciale prijs werd in het volgende jaar derhalve slechts toegekend, wanneer de klant de hoeveelheid die in het vorige jaar via een met name genoemde concurrent werd afgehandeld, naar DPAG overhevelde. De klant heeft in het volgende jaar inderdaad [...] miljoen pakketten via DPAG verzonden ([38]). Deze regeling trad op 1 juli 1995 in werking en gold totdat deze klant in 1996 werd overgenomen door een andere grote klant van DPAG ([...]).

— Sinds november 1997 heeft DPAG met de vier belangrijkste grote klanten uit de postordersector ([...], 1 november 1997, [...], 4 maart 1998, [...] 22 juli 1998 en [...], 28 september 1998) nieuwe samenwerkingsovereenkomsten gesloten die het totale volume van deze klanten omvatten, alsmede het totale volume van hun dochterondernemingen. Deze bepaling ten aanzien van de dochterondernemingen is soms in de overeenkomst zelf opgenomen (zie de overeenkomst van 22 juli 1998), soms in afzonderlijke overeenkomsten (zie de aanvullende overeenkomst van 23 augustus 1998 bij de overeenkomst van 1 november 1997). Gezien de consolidatie in de postordersector vormen deze vier grote klanten de hoofdafnemers van pakketdiensten voor postorderbedrijven. Al deze standaardovereenkomsten omvatten o.a. de volgende clausules: 1. Overeenkomstig artikel 1 heeft de overeenkomst betrekking op alle pakketvrachtzendingen van de betrokken klant ([39]); 2. overeenkomstig artikel 2, lid 2, van de overeenkomst verplichtte DPAG zich ertoe de verzending van deze pakketvrachtzendingen op zich te nemen tegen een vergoeding, verminderd met de kortingen waarin dit samenstel van overeenkomsten voorziet; 3. overeenkomstig artikel 2, lid 3, van de overeenkomst verplichtte de betrokken klant zich ertoe ons als tegenprestatie gedurende de looptijd van de overeenkomst de verzending van zijn pakketvrachtzendingen (en die van zijn dochterondernemingen) aan zijn afnemers uitsluitend door DPAG te laten uitvoeren; en 4. overeenkomstig artikel 6, lid 3, van de overeenkomst kende DPAG aan de betrokken klant een zogenaamde hoeveelheidskorting (Mengenbonus) toe. Deze was getrapt naar uitgaande hoeveelheid. Hiervoor kwam de verzonden hoeveelheid uitgaande postpakketten in aanmerking, wanneer een indvidueel overeengekomen jaarlijkse hoeveelheid werd bereikt of overschreden.

— Op 28 september 1998 heeft DPAG met een grote klant uit de postordersector ([...]) een overeenkomst gesloten over de verzending van „infopost zwaar" ([40]). Volgens deze overeenkomst gaat de klant de verplichting aan om tot 2002 elk jaar de totale hoeveelheid infopost zwaar (catalogi), een jaarlijkse hoeveelheid van ten minste [...] miljoen stuks, door DPAG te laten verzenden. Als tegenprestatie berekent DPAG voor elk vanaf 1 december 1998 aangeleverd stuk infopost zwaar een gereduceerd tarief ([...] DEM netto).

([34]) Overeenkomstig artikel 25, lid 3, van de Postordnung van 16 mei 1963 (laatstelijk gewijzigd bij de 11e ÄndVPostO van 10 augustus 1988 (BGBl. I S. 1573, Amtsbl. blz. 1613) geldt een pakket als „sperrig", indien het 1. langer dan 120 cm, breder dan 60 cm of hoger dan 60 cm is en 2. een bijzondere behandeling vergt (d.w.z. het pakket is niet stapelbaar, kan niet op de lopende band of bevat levende dieren).

([35]) Ongeveer [...] van de pakketzendingen van de firma [...] worden via de hoofdvestigingsplaats [...] verzonden, zie brief van de firma [...] van 26 september 2000. Alle pakketzendingen van de firma [...] vanuit [...] worden via DPAG verzonden, zie brief van DPAG van 1 juli 2000.

([36]) Zie brief van DPAG (Oberpostdirektion Nürnberg) aan de firma [...] van 17 februari 1987.

([37]) Deze klant handelde [...] van zijn pakketzendingen via DPAG af, zie brief van de firma [...] van 4 oktober 2000 en brief van DPAG van 14 juli 2000.

([38]) Zie bijlage bij de brief van DPAG van 7 en 14 juli 2000.

([39]) Alle overeenkomsten hadden betrekking op pakketten die machinaal konden worden verwerkt, met de maximale door de Postordnung voorgeschreven afmetingen, namelijk een lengte van 120 cm, een hoogte en breedte van 60 cm en een maximaal gewicht van 31,5 kg, zie artikel 3, lid 1, onder 2, van de betrokken samenwerkingsovereenkomsten.

([40]) Infopost zwaar is de benaming van DPAG voor catalogi van meer dan 1 000 g. Infopost zwaar wordt sinds 1993 via infrastructuur van de afdeling vrachtpost afgehandeld.

— Op 2 november 1998 heeft DPAG met een tweede grote klant uit de postordersector ([...]). een overeenkomst gesloten over de verzending van infopost (reclamezendingen van meer dan 50 g). Volgens deze overeenkomst gaat de klant de verplichting aan om jaarlijks ten minste [...] miljoen infopostzendingen door DPAG te laten verzenden. Indien de betrokken onderneming aan deze verplichting voldoet, verleent DPAG een korting ten belope van [...] %. Uit bijlage 4 bij de overeenkomst bleek dat de jaarlijke minimumhoeveelheid van [...] miljoen stuks precies [...] % bedroeg van de totale hoeveelheid die door de klant en de met hem verbonden ondernemingen werd verzonden. Indien de klant de minimumhoeveelheid van [...] miljoen stuks overschreed, werd een getrapte korting verleend die bij het bereiken van [...] miljoen stuks (= 100 % van de verzonden hoeveelheid) opliep tot [...] %. Anderzijds ontving de klant overeenkomstig artikel 4, lid 3, van de overeenkomst de korting van [...] % ook wanneer het aantal verzonden exemplaren weliswaar afnam, maar de door DPAG verzonden hoeveelheid [...] % van de totale hoeveelheid van de klant en de met hem verbonden ondernemingen bleef bedragen. Deze regeling was tot juni 1999 van kracht.

— Op 26 maart 1999 en op 3 januari 2000 sloot DPAG met twee grote klanten ([...] en [...]) een overeenkomst over samenwerking op het gebied van infopost zwaar. Volgens deze overeenkomsten gingen de klanten de verplichting aan ten minste [...] % van alle zendingen infopost zwaar door DPAG te laten vervoeren. Ten bewijze van de hoeveelheid gaven de klanten DPAG inzage in hun interne gegevens. Als tegenprestatie verleende DPAG de klanten een lineaire korting van tussen [...] % (bij aanlevering van [...] % van de totale hoeveelheid) en [...] % (bij aanlevering van 100 % van de totale hoeveelheid) op alle overeenkomstig het contract aangeleverde zendingen. Aan een van deze klanten ([...]) werd van tevoren reeds [...] miljoen van de later toegekende korting uitbetaald. DPAG beëindigde de overeenkomsten van 26 maart 1999 en 3 januari 2000 in juni 2000 door middel van een beëindigingsovereenkomst, volgens welke de partijen hun samenwerking op het gebied van infopost zwaar in onderling overleg met onmiddellijke ingang beëindigden.

(24) Onmiddellijk na de ontvangst van de aanvullende mededeling van punten van bezwaar van 4 oktober 2000 kondigde DPAG in een persmededeling van 19 oktober aan uit voorzorg een einde te maken aan de kortingsregelingen die de Commissie in deze aanvullende mededeling van punten van bezwaar had bekritiseerd. Voorts kondigde DPAG aan zich er in de toekomst door middel van een systeem van voorafgaande controle van te vergewissen dat overeenkomsten betreffende pakketdiensten voor postorderbedrijven geen afspraken over kortingen zouden bevatten die in strijd zijn met het mededingingsrecht. DPAG bevestigde dit tijdens de hoorzitting van 9 november 2000.

II. **JURIDISCHE BEOORDELING**

A. TOEPASSELIJKHEID VAN ARTIKEL 83 VAN HET EG-VERDRAG

(25) DPAG is een onderneming die op verschillende postmarkten diensten tegen vergoeding aanbiedt. DPAG is derhalve een onderneming in de zin van artikel 82 van het EG-Verdrag. Dit geldt ongeacht de vraag hoe DPAG is georganiseerd en of de onderneming een publiekrechtelijk dan wel een privaatrechtelijk statuut heeft ([41]).

B. RELEVANTE PRODUCTMARKT EN GEOGRAFISCH RELEVANTE MARKT

(26) Op grond van hun specifieke eigenschappen, kosten en toepassingsgebied vormen pakketdiensten voor postorderbedrijven een aparte relevante productmarkt. Zoals hierboven reeds werd vermeld, worden pakketdiensten voor postorderbedrijven niet via de postloketten van DPAG afgehandeld, maar haalt DPAG de pakketten rechtstreeks bij de bedrijfsgebouwen van de klant op. Voorts geeft DPAG kortingen aan klanten die hun pakket- of cataloguszendingen niet via het postloket afhandelen. Door deze kenmerken verschillen de pakketdiensten fundamenteel van het loketpakket, dat tegen standaardtarieven bij het postloket wordt afgehandeld.

(27) Binnenlandse zendingen voor postorderbedrijven moeten worden onderscheiden van grensoverschrijdende zendingen. Binnenlandse zendingen worden uitsluitend via de eigen infrastructuur van DPAG bezorgd. Aangezien geen samenwerking plaatsvindt met aanbieders van deze dienst uit andere lidstaten, zijn er geen onderbrekingen. Het onderhavige geval heeft alleen betrekking op binnenlandse zendingen van DPAG.

([41]) Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 23 april 1991, zaak C-41/90, Höfner en Elser, Jurisprudentie 1991, blz. I-1979, rechtsoverweging 21 e.v.

(28) De postordersector heeft behoefte aan bezorging in het hele land van pakketten tot 31,5 kg en catalogi van meer dan 1 kg („infopost zwaar") of van meer dan 50 kg („infopost") aan grote aantallen particuliere huishoudens overal in de Bondsrepubliek [42]. Bij pakketten voor postorderbedrijven gaat het vrijwel uitsluitend om pakketten die geen bijzondere behandeling vergen [43]. Dit zijn pakketten die gezien hun maximale afmetingen van 120 cm × 60 cm × 60 cm en maximale gewicht van 31,5 kg machinaal kunnen worden verwerkt, d.w.z. dat ze stapelbaar zijn en bij „stationaire verwerking" op de lopende band kunnen worden geplaatst.

(29) Hoewel zowel voor b-to-b-diensten als voor b-to-p-diensten gebruikt wordt gemaakt van de infrastructuur bij de belangrijkste onderdelen van het verwerkingsproces, te weten „stationaire verwerking" en „vervoer", wordt bij de individuele levering aan particuliere huishoudens een aanzienlijk groter beslag gelegd op de voertuigen en het bezorgpersoneel dan bij b-to-b-leveringen. Het feit dat de ontvangers over heel Duitsland verspreid zijn leidt ertoe dat bij zendingen van postorderbedrijven de „stopfactor" (aantal afgeleverde pakketten per stop van de bestelwagen) zeer laag is. Bij zendingen van postorderbedrijven wordt in de regel één pakket per stop van de bestelwagen bezorgd. Bij zendingen tussen zakelijke klanten (b-to-b-leveringen) is de stopfactor aanzienlijk hoger, aangezien in dit geval per stop van de bestelwagen doorgaans verschillende pakketten worden bezorgd [44]. Daar komt in dit geval nog bij dat het prijsniveau voor zendingen van postorderbedrijven in Duitsland uitsluitend door het prijsbeleid van DPAG wordt bepaald en dus niet voortvloeit uit het aanbod van verschillende concurrenten. Dit wordt duidelijk wanneer men de prijzen en kosten van de pakketdiensten voor postorderbedrijven waarvoor speciale vergoedingen waren overeengekomen, vergelijkt met die voor b-to-b-diensten. In de totale periode 1990-1999 lagen de kosten per stuk voor inzameling, vervoer en bezorging van een zending voor postorderbedrijven duidelijk hoger dan de kosten per stuk voor inzameling, vervoer en bezorging van de b-to-b-levering van een pakket. Niettemin heeft DPAG bij b-to-b-diensten inkomsten per stuk behaald die aanmerkelijk hoger lagen dan die bij pakketdiensten voor postorderbedrijven waarvoor speciale vergoedingen waren overeengekomen. Dit prijsbeleid van DPAG schermt pakketdiensten voor postorderbedrijven in Duitsland af van de overige commerciële pakketdiensten.

(30) De relevante geografische markt voor pakketdiensten voor postorderbedrijven is Duitsland. Alle diensten van DPAG op deze markt vinden in Duitsland plaats met gebruikmaking van de nationale vrachtpostinfrastructuur. De Gemeenschapsrechter heeft in de vaste jurisprudentie geoordeeld dat het grondgebied van een lidstaat een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt in de zin van artikel 82 van het EG-Verdrag kan vormen [45].

C. MACHTSPOSITIE

(31) DPAG is in Duitsland de enige noemenswaardige aanbieder van bezorging van pakketten en catalogi in het hele land die aan de specifieke behoeften van de postorderbedrijven voldoet [46]. Noch UPS, noch de andere concurrenten op het gebied van b-to-b-diensten, Deutscher Paket Dienst („DPD") of German Parcel („GP"), verrichten in noemenswaardige omvang pakketdiensten voor postorderbedrijven. Hermes Versand Service („Hermes") bezorgde tot en met 1999 uitsluitend pakketten voor het postorderbedrijf OTTO [47]. Met uitzondering van Hermes is er voor de postordersector geen alternatieve infrastructuur voor geheel Duitsland [48].

[42] Volgens enquêtes van de „Verbraucher Analyse '92 West & Ost" verklaarden in de deelstaten van de vroegere Bondsrepubliek 29 % van alle personen boven de 14 dat zij in de voorbije twaalf maanden bij een postorderbedrijf een bestelling hadden gedaan, en in de nieuwe deelstaten was dit percentage meer dan 66 %. In de studie „Versandhauskäufer" (kopers bij postorderbedrijven) is vier jaar later (1996) gebleken dat in de deelstaten van de vroegere Bondsrepubliek 30,8 % van de totale bevolking (ouder dan 14 jaar) in het voorbije jaar een bestelling bij een postorderbedrijf had geplaatst, waar dit percentage in de nieuwe deelstaten op 51,9 % lag. Zie de publicatie „Versandhandel in Deutschland" van het Bundesverband des Deutschen Versandhandels e.V (Vereniging van Duitse postorderbedrijven), blz. 33.

[43] Het aandeel van de pakketten die een bijzondere behandeling vergen was in 1999 minder dan 1 %. Ontleend aan: Ctcon, Segmentserfolgsrechnung Sparte Frachtpost. Übersicht Mengen, stand op 13 april 2000, door DP verstrekt bij brief van 20 april 2000.

[44] DPAG raamt haar eigen stopfactor, inclusief de pakketdiensten voor postorderbedrijven, op ongeveer [...], terwijl die van de concurrenten die zich in het kader van b-to-b-leveringen hoofdzakelijk op bezorging aan bedrijven („Bulk"-leveringen uitsluitend tussen zakelijke klanten) toeleggen, worden geraamd op 1,8 tot 2,1. Zie rapport van de firma Ctcon, Ergebnisbelastungen Frachtpost 1995, blz. 7, uitdraai van 13 mei 1997, door DPAG verstrekt bij brief van 15 mei 1997.

[45] Zie het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 7 oktober 1999, zaak T-228/97, Irish Sugar, Jurisprudentie 1999, blz. II-2969, rechtsoverweging 99.

[46] Zie Sparte Frachtpost der Deutschen Post AG (1996), t.a.p., bijlage 1, blz. 10.

[47] Deze zelfbezorging (in 1999: ongeveer 140 miljoen leveringen) maakt geen deel uit van de relevante markt.

[48] DPAG betwist niet dat zij in Duitsland de enige exploitant is van een infrastructuur die geheel Duitsland bestrijkt.

(32) DPAG vervoerde in de jaren 1995 tot en met 1999 voor postorderbedrijven: [...] miljoen pakketten (1995); [...] miljoen pakketten (1996); [...] miljoen pakketten (1997); [...] pakketten (1998) en [...] miljoen pakketten (1999). Bij een totaal volume van iets meer dan [...] miljoen zendingen per jaar komt dit overeen met een marktaandeel qua volume van DPAG van meer dan 85 %. De machtspositie van DPAG blijkt voorts uit de volgende elementen:

— Qua volume was het marktaandeel van DPAG op het gebied van pakketdiensten voor postorderbedrijven in Duitsland in de gehele periode waarvoor gegevens beschikbaar zijn (1990-1999) stabiel rond 85 % ([49]). (De resterende 10-15 % van het volume komen voornamelijk voor rekening van regionale ondernemingen, d.w.z. naast DPAG is geen enkele onderneming in geheel Duitsland actief.)

— Voor het opbouwen van een alternatieve infrastructuur voor postorderbedrijven moet een systeem van onderling met elkaar verbonden vrachtcentra van aanlevering en bestemming alsmede daarop aangesloten leveringsdepots worden opgezet. Dit vergt een aanzienlijke „verloren" investering (sunk costs) ([50]). De investering voor het opzetten van een infrastructuur in geheel Duitsland, die een dagelijkse bezorging mogelijk maakt, is slechts rendabel wanneer de „kritieke massa" van ongeveer 100 miljoen pakketten per jaar wordt overschreden ([51]). (Zie het hierboven genoemde voorbeeld van het bedrijf Hermes Versand.)

— DPAG heeft de mogelijkheid tot kruissubsidiëring van activiteiten die voor concurrentie openstaan, waarover de concurrenten niet beschikken. De inkomsten van DPAG zijn sedert ten minste [...] stabiel hoger dan de stand-alone-kosten van de voorbehouden diensten in hun totaliteit (zie tabel 1) ([52]). De voorbehouden sector komt derhalve als bron van kruissubsidiëring in aanmerking ([53]). Deze situatie is gezien de bij wet toegekende exclusiviteit duurzaam, omdat het wettelijke monopolie concurrenten ten minste tot eind 2002 grotendeels uitsluit voor het vervoer van brievenpost tot 200 g.

D. MISBRUIK VAN EEN MACHTSPOSITIE

Getrouwheidskortingen

(33) Zoals uit de zaak Hoffmann-La Roche ([54]) blijkt, mag een onderneming die op een markt een machtspositie inneemt geen afspraak met een afnemer maken waarbij de afnemer zich ertoe verbindt een product goeddeels of uitsluitend te betrekken bij de onderneming die de machtspositie inneemt ([55]). In de zaak Hoffmann-La Roche maakte het Hof van Justitie het volgende onderscheid tussen „getrouwheidskortingen" en „hoeveelheidskortingen":

— De hoeveelheidskorting is alleen van de omvang van de aankopen bij de betrokken fabrikant afhankelijk. De korting wordt berekend aan de hand van objectief en voor de gezamenlijke potentiële kopers vastgestelde hoeveelheden.

— De getrouwheidskorting is niet gebonden aan een bepaalde hoeveelheid, maar aan de behoefte van de afnemer of een aanzienlijk deel daarvan. Daarbij wordt de kortin als „tegenprestatie" voor de aanvaarding van de exclusiviteit bij de voorziening in de behoeften toegekend ([56]).

([49]) Zie Sparte Frachtpost der Deutschen Post AG (1996), Darstellung und Bewertung der Entscheidungssituation der Sparte Frachtpost zur Fortführung oder Einstellung des Spartengeschäfts 1996, bijlage 1, blz. 10. Zie ook het informatiedocument van „Bundesverbandes des Deutschen Versandhandels" e. V., waarin wordt aangegeven dat DPAG 92 % van de pakketten van de postordersector in Duitsland vervoert: Versandhandel in Deutschland, blz. 17.

([50]) Zie het rapport „Eigenzustellung im Versandhandel als Alternative zur Zusammenarbeit mit der Post" van 15 september 2000, blz. 7, dat als bijlage 8 bij de brief van DPAG van 6 oktober 2000 was gevoegd.

([51]) Zie het rapport „Eigenzustellung im Versandhandel als Alternative zur Zusammenarbeit mit der Post" van 15 september 2000, blz. 5, dat als bijlage 8 bij brief van DPAG van 6 oktober 2000 was gevoegd: „Een geheel Duitsland bestrijkende, dagelijkse bezorging is bij hoeveelheden van minder dan ongeveer 100 miljoen zendingen per jaar nauwelijks te verwezenlijken".

([52]) De stand-alone-test wordt in de economie gehanteerd om de bron van kruissubsidiëring te achterhalen. In onderhavige geval biedt de voorbehouden sector de garantie van inkomsten die duurzaam hoger zij dan de stand-alone-kosten.

([53]) Een voorwaarde voor kruissubsidiëring is dat de inkomsten van ten minste één product van de onderneming hoger zijn dan de stand-alone-kosten van dat product. Voor kruissubsidiëring op middellange tot lange termijn is langdurige toegang nodig tot middelen die in andere bedrijfsonderdelen worden verdiend. Om ervoor te zorgen dat de financieringsbron langdurig kan blijven bestaan, is een markt nodig die door economische of institutionele belemmeringen tegen concurrentie beschermd is. De voorbehouden sector van DPAG is een institutionele toegangsbarrière.

([54]) Arrest van 13 februari 1979, zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurisprudentie 1979, blz. 461.

([55]) Hoffmann-La Roche, rechtsoverweging 89.

([56]) Hoffmann-La Roche, rechtsovewegingen 95 en 96.

— Zelfs wanneer de getrouwheidskorting aan een bepaalde hoeveelheid is gebonden wordt de korting niet toegekend op grond van de hoeveelheid maar op grond van de berekening dat de hoeveelheid een raming van de vermoede afnamecapaciteit van iedere afnemer afzonderlijk vormt, waarbij de korting niet aan een zo groot mogelijke hoeveelheid, maar op aan een zo hoog mogelijk percentage van de behoefte is gebonden ([57]).

(34) De door DPAG in de periode sedert 1974 overeengekomen regelingen op het gebied van het vervoer van pakketten, die van de hierboven beschreven standaardovereenkomsten deel uitmaken, waren getrouwheidskortingen in de zin van de jurisprudentie in de zaak Hoffman-La Roche:

— De samenwerkingsovereenkomsten van 19 december 1974, van 3 augustus 1984, 13 februari 1987 en 16 april 1987 behelsden een regeling volgens welke de firma verplicht was alle pakketten die geen bijzondere behandeling vergen tot 10 respectievelijk tot 20 kg bij DPAG aan te leveren. Zoals hierboven reeds werd uiteengezet, dekt de uitdrukking „pakketten die geen bijzondere behandeling vergen" in wezen de pakketten van de postordersector volledig ([58]). De overeenkomsten bevatten zodoende een regeling die de afnemers verplichtte alle pakketdiensten tot 10 kg respectievelijk 20 kg uitsluitend bij DPAG te betrekken. Deze alleen aan de behoefte van de afnemer gebonden berekeningsmethode komt overeen met de berekeningsmethode die door het Hof van Justitie in de zaak Hoffmann-La Roche in de rechtsoverwegingen 94, 95 en 96 wordt beschreven.

— In de samenwerkingsovereenkomst van 25 juni 1996 was een regeling vervat, waarin was vastgelegd dat de speciale prijs ervan afhankelijk was of de klant de te verzenden hoeveelheid pakketten, die hij in de vorige jaren door een concurrent liet vervoeren, naast de hoeveelheid zendingen die reeds door DPAG werden afgehandeld, in het daaropvolgende jaar eveneens aan DPAG overdroeg. De tekst van de overeenkomst doelde daarbij niet op de hoeveelheid afgegeven pakketten — die met [...] miljoen ook slechts ruw geschat is — maar op de verhoging van het percentage van de hoeveelheid, die in de toekomst via DPAG moest worden afgehandeld. Deze berekeningsmethode die alleen aan de behoefte van de afnemer is gebonden, stemt overeen met de door het Hof van Justitie in de zaak Hoffmann-La Roche in de rechtsoverwegingen 94 t/m 97 beschreven berekeningsmethode.

— De vier sinds november 1997 gesloten nieuwe samenwerkingsovereenkomsten bevatten een regeling, die niet aan een bepaalde hoeveelheid, doch uitsluitend aan de behoefte van de individuele klant was gebonden en de korting als „tegenprestatie" voor het uitslutend bij DPAG betrekken van de benodigde diensten waarborgde. Deze uitsluitend aan de totale behoeften gebonden berekeningsmethode komt overeen met de door het Hof van Justitie in de zaak Hoffmann-La Roche in de rechtsoverwegingen 94, 95 en 96 beschreven overeenkomsten met kortingen volgens een „uniform percentage" ([59]).

— In de overeenkomst van 28 september 1998 werd de gereduceerde stukprijs ervan afhankelijk gemaakt of de totale hoeveelheid te verzenden pakketten aan „infopost zwaar" werd overhandigd. De korting berustte aldus op een berekeningsmethode, die in de zin van het arrest in de zaak Hoffmann-La Roche aan de behoefte van de klant is gebonden.

— Krachtens de overeenkomst van 2 november 1998 was de prijskorting ten belope van [...] % gebonden aan de voorwaarde dat de klant ten minste [...] % van zijn infopostzendingen door DPAG liet vervoeren. Hoewel in de tekst van de overeenkomst vooralsnog met een leveringsvolume van [...] miljoen stuks per jaar rekening werd gehouden, bleek uit bijlage 4 bij de overeenkomst duidelijk dat dit aantal precies met [...] % van de behoefte van de klant in het referentiejaar 1997 overeenkomt. Dat de korting hierbij niet aan de hoeveelheid, maar alleen aan de behoefte is gebonden, blijkt voorts uit het feit dat de klant ook bij een jaarlijkse hoeveelheid van minder dan [...] miljoen stuks de prijskorting ten belope van [...] % kreeg, zolang de via het DPAG afgehandelde hoeveelheid pakketten [...] % van de totale behoefte bedroeg. Voorts nam de prijskorting toe naar gelang van de stijging van het percentage, dat de klant in het daaropvolgende jaar via DPAG afhandelde. Dit stemt overeen met de methode, die het Hof van Justitie in de zaak Hoffmann-La Roche in de rechtsoverwegingen 97 t/m 100 als overeenkomsten met progressieve kortingen heeft aangemerkt. Volgens die methode stijgt de korting naar gelang van het percentage van de geschatte behoefte van de afnemer, die in de loop van één jaar wordt gedekt.

([57]) Hoffmann-La Roche, rechtsoverweging 98: het Hof van Justitie duidt het aan een geraamde jaarlijkse behoefte verbinden van de verlening van korting, die met het percentage van de voorziening in deze behoefte stijgt, aan als een „bijzondere vorm van getrouwheidskortingen".

([58]) Pakketten die een bijzondere behandeling vereisen (zie hierboven de toelichting bij artikel 25, lid 3, van de „Postordnung") worden bij de verzending van kleding of bij de verzending van volledige installaties en toestellen (meubelen, keukeninrichtingen, enz.) gebruikt. Zij wegens doorgaans meer dan 20 kg en spelen qua hoeveelheid een te verwaarlozen rol. (In 1999 maakten de pakketten die een bijzondere behandeling vergen 0,06 % van het totale volume aan pakketten in de postordersector uit. Ontleend aan: Ctcon, Segmentserfolgsrechnung afdeling vrachtpost, overzicht hoeveelheden, stand op 13 april 2000, door DPAG verstrekt als bijlage bij de brief van 20 april 2000.)

([59]) De naast de getrouwheidsverplichting overeengekomen „hoeveelheidsbonus" heeft geen bindend effect dat uitgaat boven de in ieder geval bestaande verplichting de totale hoeveelheid bij DPAG aan te leveren.

— In de samenwerkingsovereenkomsten van 26 maart 1999 en 3 januari 2000 werd als voorwaarde voor de korting gesteld, dat de klant ten minste [...] % van alle „infopost zwaar"-zendingen via DPAG afhandelde. Deze prijskorting nam toe naar gelang van de stijging van het percentage dat de klant via DPAG afhandelde. Dit stemt overeen met de methode, die het Hof van Justitie in de zaak Hoffmann-La Roche in de rechtsoverwegingen 97 t/m 100 als overeenkomsten met progressieve kortingen heeft aangemerkt. Voorts blijkt het feit dat van beloning van trouw sprake is hieruit, dat de samenwerkingsovereenkomst van 26 maart 1999 een regeling bevatte inzake de voorafbetaling van de korting ten belope van [...] miljoen DEM, die pas later opeisbaar werd: deze vooruitbetaling werd al drie dagen nadat de overeenkomst was gesloten — en vóór de inwerkingtreding van de resterende overeenkomst op 1 juni 1999 — op 30 maart 1999 opeisbaar zonder dat DPAG ook maar enige dienst heeft verricht en zonder dat de begunstigde ook maar enige tegenprestatie heeft moeten verrichten die voor DPAG economische waarde had.

Een op uitsluiting van concurrenten gericht beleid

(35) Van op uitsluiting van concurrenten gerichte prijzen is sprake, wanneer een onderneming in een machtspositie een dienst onder de kostprijs aanbiedt om concurrenten uit de markt te drukken of te verhinderen dat zij de markt betreden, zodat de onderneming die zich in een machtspositie bevindt zijn totale marktmacht verder kan vergroten. Dit soort ongerechtvaardigd lage prijzen vormen een inbreuk op artikel 82 van het EG-Verdrag. Volgens de jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter is er sprake van prijsmisbruik, wanneer de prijs lager is dan de gemiddelde variabele kosten van de onderneming met een machtspositie ([60]). Dit principe werd in het arrest-AKZO opgenomen, waarin het Hof van Justitie gemiddelde variabele kosten als „kosten die variëren naar gelang van de geproduceerde hoeveelheden" definieerde ([61]). Bij de vaststelling van die kosten, zie naar gelang van de geproduceerde hoeveelheden variëren, moet ten behoeve van DPAG met de hierboven uiteengezette splitsing tussen enerzijds de gemeenschappelijke vaste kosten en anderzijds de incrementele kosten rekening worden gehouden. Wegens de openbare dienstverleningstaak variëren met de hoeveelheid uitsluitend de incrementele kosten.

(36) Uitgaande van de hierboven getrokken conclusies over de verhouding tussen de kosten voor de instandhouding van voldoende capaciteit en de exploitatiekosten kunnen ten aanzien van de andere activiteiten van DPAG dan de loketdiensten de volgende punten worden vastgesteld: voor de periode 1990-1995 verwierf DPAG op het gebied van de pakketdiensten voor de postordersector inkomsten die onder de incrementele kosten lagen (zie tabel 3). Iedere verkoop van DPAG op het gebied van pakketdiensten voor de postordersector betekende in de periode van 1990 tot 1995 zodoende een verlies, dat de totale kosten voor de instandhouding van voldoende capaciteit en ten minste een deel van de incrementele kosten omvatte. Dit betekent dat, gezien het voorgaande, iedere bijkomende verkoop, naast het verlies van ten minste een deel van deze bijkomende kosten, in ieder geval niet bijdroeg tot de dekking van de kosten van de onderneming voor de instandhouding van voldoende capaciteit. Op middellange termijn druist een dergelijk prijsbeleid in tegen het economische eigenbelang van de onderneming. DPAG heeft er onder deze omstandigheden op middellange termijn geen economisch belang bij om een dergelijke dienst aan te bieden. De onderneming zou namelijk haar winstsituatie kunnen verbeteren door hetzij de prijs te verhogen tot boven de incrementele kosten hetzij — indien een dergelijke prijs in de markt niet realiseerbaar zou zijn — geheel van het verlenen van deze dienst af te zien, aangezien de inkomsten bij de huidige prijs minder dan de uit dit aanbod voortvloeiende extra kosten bedragen. Op deze markt blijven zonder een verbetering van de inkomstensituatie binnen afzienbare tijd vormt anderzijds een belemmering voor concurrenten, die wel in staat zijn deze dienst kostendekkend aan te bieden.

Gevolgen voor de concurrentie

(37) Alle getrouwheidskortingen waartegen bezwaar wordt gemaakt kunnen, in tegenstelling tot de mening van DPAG, gevolgen voor de concurrentiemogelijkheden van andere aanbieders van pakketdiensten voor postorderbedrijven hebben. Om met succes toe te treden tot de markt voor pakketdiensten voor postorderbedrijven is een bepaalde orde van grootte (circa 100 miljoen pakketten of

([60]) Arrest van het Hof van Justitie van 3 juli 1991, zaak C-62/86 AKZO/Commissie, Jurisprudentie 1991, blz. I-3359 en arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 1 april 1993, zaak T-65/89. BPB Industries en British Gypsum, Jurisprudentie 1993, blz. II-389.

([61]) Zie voetnoot 60, AKZO, t.a.p., rechtsoverweging 71.

catalogi) en derhalve het volume van zendingen van ten minste twee samenwerkende partners op dit gebied vereist. Door getrouwheidskortingen voor de belangrijkste contractpartners verhinderde DPAG welbewust, dat concurrenten de „kritische massa" van circa 100 miljoen jaaromzet behaalden. Het beleid van getrouwheidskortingen was voorts ook schadelijk voor de concurrentie, omdat de „zuigkracht" die bij de pakketdiensten voor de postordersector van getrouwheidskortingen uitgaat een oneconomische aanbodstructuur met de volgende kenmerken in stand hield:

— hulpbronnen werden verspild door het feit dat de aanbieder met de machtspositie zijn incrementele kosten niet dekt en zodoende een blijvende „kruissubsidiëring" uit de voorbehouden sector noodzakelijk maakte;

— economisch efficiëntere alternatieven, die zonder een dergelijke „subsidiëring" kostendekkend functioneren, werden geblokkeerd;

— bijgevolg werden meer dan absoluut noodzakelijke schaarse goederen voor het verrichten van pakketdiensten voor postorderbedrijven gebruikt ([62]); en

— de consument in de voorbehouden sector was gehouden een verspilling van schaarse middelen te financieren, die had kunnen worden voorkomen.

(38) De getrouwheidskortingen die door DPAG in de periode sinds november 1997 met vier partners zijn afgesproken hebben bewijsbaar een gelijke werking als een exclusiviteitseis in een afnamecontract. De pakketzendingen die werkelijk in het kader van de samenwerking via DPAG zijn afgehandeld maakten in alle jaren waarvoor de Commissie over cijfers beschikt vrijwel [...] % van de behoefte van de individuele klanten uit ([63]). Daarnaast heeft het beleid van getrouwheidskortingen ook de concurrentie, die van de postorderbedrijven zelf uitgaat, verhinderd. Alternatieve leveringsdiensten kunnen, zelfs indien zij in eerste instantie de dekking van hun eigen behoefte op het gebied van de verzending van pakketten of catalogi dekken, zich verder ontwikkelen tot de latere infrastructuur van een concurrent ([64]). Zodra een infrastructuur de kritieke massa bereikt, kan deze zich tot een volledig en volwaardig alternatief voor DPAG ontwikkelen ([65]). De afspraken over getrouwheidskortingen hadden tot gevolg dat postorderbedrijven afzagen van het tot stand brengen van alternatieve leveringsstructuren, zolang hierdoor de getrouwheidsverplichting en aldus de speciale prijs in gevaar werd gebracht. Dit stond de totstandkoming van potentiële concurrentie, die op alternatieve infrastructuren is gebaseerd, in de weg.

(39) Het stelselmatig afspreken van getrouwheidskortingen met contractpartners kan alleen tot de conclusie leiden, dat DPAG klanten aan zich wil binden en daardoor de concurrentie belemmert of uitschakelt ([66]). Uit de vaste jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter vloeit voort dat van kortingsregelingen, die de werkelijke verlening van die korting aan een percentage van de behoefte van de

([62]) Zie hierover : William J. Baumol und J. Gregory Sidak, Toward Competition in Local Telephony, blz. 66: „… the result will be that more resources than the minimum necessary will be expended in bringing [product] X to consumers, which clearly violates economie efficiency.".

([63]) Zie het door de DPAG op 14 juli 2000 ingediende overzicht over omzet, afzet en netto-inkomsten per stuk met de acht grote klanten van de postordersector 1996-1999.

([64]) Deze ontwikkeling wordt juist door het door DPAG genoemde voorbeeld van het postorderbedrijf Otto aangetoond: de Duitse Hermes Versand Service, de dochteronderneming van Otto-Versand die activiteiten heeft op het gebied van pakketbezorging, is, naar dit bedrijf zelf aangeeft, met een volume aan zendingen ten belope van 141,6 miljoen pakketten in 2000 intussen de zesde grootste koerier. express en pakket („KEP")-aanbieder in Duitsland (omzet in 1999: 337 miljoen EUR). Dit voorbeeld toont aan, dat een in eerste instantie voor het eigen beheer van de postordersector opgezette alternatieve infrastructuur zich, wanneer een bepaald volume aan zendingen is bereikt, als concurrent van DPAG kan ontwikkelen, die tot verbetering van de capaciteitsbezetting ook voor derden pakketten zal vervoeren.

([65]) Hermes Versand Service heeft in 2000 volgens eigen gegevens zijn 3 000e „pakketshop" geopend. Deze plaatsen, waar pakketten in ontvangst worden genomen, zijn als „shop-in-shop"-concept ondergebracht in andere winkels, zoals tijdschriften- en tabakswinkels, kopieerwinkels, drankzaken en reinigingsbedrijven. Hiermee biedt Hermes Versand Service een totale service voor de postordersector, waarbij ook de terugzendingen door klanten („retouren"), zijn inbegrepen.

([66]) Zie het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 7 oktober 1999, zaak T-228/97, Irish Sugar, (nog niet gepubliceerd), rechtsoverweging 213, Hoffmann-La Roche, t.a.p., rechtsoverweging 90 en arrest van het Hof van Justitie van 9 november 1983, zaak 322/81, Michelin, Jurisprudentie 1983, blz. 3461, rechtsoverweging 85.

klant verbinden, alleen al wegens hun berekeningslogica een „zuigkracht" uitgaat die de concurrentie schade toebrengt. Vragers, die een dergelijke kortingsovereenkomst zijn aangegaan, zullen regelmatig geneigd zijn hun zendingen uitsluitend te vervoeren via de onderneming die deze korting verleent. Daarenboven gaat van een kortingsregeling waarbij de korting aan het percentage van de behoefte van de klant is gekoppeld, gelet op de berekeningslogica ervan, een niet-prestatiegerichte belemmerende werking uit. Dit resulteert daarin, dat concurrenten worden gedwongen prijskortingen aan te bieden om het verlies te compenseren dat vragers lijden, wanneer deze een geringer percentage van hun zendingen met een lagere korting via DPAG afhandelen.

(40) Overeenkomstig de jurisprudentie van de Gemeenschapsrechter staat eveneens vast dat het begrip van misbruik een „objectief begrip" is, zodat het gedrag van een onderneming met een machtspositie ook zonder dat deze zich daadwerkelijk schuldig maakt als misbruik in de zin van artikel 82 van het EG-Verdrag kan worden beschouwd ([67]). DPAG kan zich er daarom niet op beroepen dat de ambtenaren van de onderneming in de fase van de overgang van een overheidsonderneming naar een onderneming van de particuliere sector niet op de hoogte waren van de speciale verantwoordelijkheid van een onderneming met een machtspositie.

(41) Evenmin kan DPAG zich er in het onderhavige geval op beroepen, dat de afspraken over getrouwheidskortingen door de grote klanten zelf op grond van hun vraag afgedwongen zijn. Overeenkomstig de jurisprudentie in de zaak Hoffmann-La Roche staat vast dat, als een onderneming op een markt een machtspositie inneemt, zij de kopers niet aan zich kan binden door hen, zij het op hun eigen wens, ertoe te verplichten zich voor al hun behoeften dan wel voor een groot gedeelte van hun behoeften uitsluitend bij die onderneming te bevoorraden ([68]). Ten slotte kan DPAG zich er evenmin op beroepen, dat aan de gewraakte overeenkomsten over getrouwheidskortingen noch door de klanten noch door de DPAG een bindende werking is toegeschreven. Het onderhavige geval toont juist aan dat de grote klanten in de postordersector, overeenkomstig de verplichting die zij uit hoofde van de overeenkomst hadden, hun volledige behoefte op het gebied van pakketdiensten of een groot percentage daarvan, via DPAG afhandelden.

E. GEVOLGEN VOOR DE HANDEL TUSSEN LIDSTATEN

(42) Het beleid van getrouwheidskortingen, dat in de periode 1990-1995 nog werd versterkt door prijzen die lager waren dan de incrementele kosten bij pakketdiensten voor postorderbedrijven, hadden op grond van de „zuigkracht" die van een systeem van getrouwheidskortingen uitgaat, gevolgen voor de handel tussen de lidstaten. Als gevolg van de getrouwheidskortingen concentreerden de afnemers zich op DPAG, zodat werd voorkomen dat de Duitse postorderbedrijven zich wendden tot aanbieders uit andere lidstaten. Het is geen enkele aanbieder van pakketdiensten uit andere lidstaten gelukt om in Duitsland op het gebied van pakketdiensten voor postorderbedrijven in noemenswaardige omvang toegang tot de markt te krijgen. Zodoende werd de Duitse markt voor deze pakketdiensten tegen concurrenten uit de overige lidstaten afgeschermd. Het kortingen- en prijsbeleid van DPAG heeft derhalve in een aanzienlijke en voor het gemeenschappelijk belang in een functionerende interne markt schadelijke mate het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloed.

F. ARTIKEL 86, LID 2, VAN HET EG-VERDRAG

(43) DPAG beroept zich niet op de beperking van artikel 86, lid 2, om getrouwheidskortingen met het oog op uitgekozen grote klanten op het gebied van de pakketdiensten voor de postordersector te rechtvaardigen. Overigens heeft de onderneming echter ook niet kunnen toelichten, in hoeverre de afspraak over deze getrouwheidskortingen zou bijdragen tot de vervulling van een door haar in het algemeen economische belang te verrichten dienst. DPAG kan zich er evenmin op beroepen dat een verhoging van de prijzen tot minstens het niveau van de incrementele kosten van de pakketdiensten voor postorderbedrijven de vervulling van een door de onderneming uit te voeren dienstverleningstaak van algemeen economisch belang in de weg zou staan. Integendeel: inkomsten die hoger liggen dan de incrementele kosten zijn juist naar eigen zeggen van DPAG het beste middel om te zorgen voor bijdragen aan de dekkingsinfrastructuur, die gelet op de openbare dienstverleningstaak als reservecapaciteit voorradig moet worden gehouden ([69]). Verkopen onder deze drempel leveren echter juist geen dekkingsbijdrage op en zijn derhalve nadelig voor de vervulling van de openbare dienstverleningstaak.

([67]) Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 1 april 1993 in de zaak T-65/89, BPB Industries en British Gypsum, Jurisprudentie 1993, blz. 389, rechtsoverweging 70.
([68]) Hoffman-La Roche, t.a.p., rechtsoverweging 89.
([69]) Brief van DPAG van 9 maart 2000, blz. 5 t/m 7.

(44) Overigens bestaat er geen overheidsmaatregel die DPAG ertoe verplichtte overeenkomsten over pakketdiensten aan te bieden, die de onderneming elders dan aan het postloket afsloot en afhandelde en waarbij afspraken over speciale prijzen worden gemaakt, die de incrementele kosten welke met deze dienstverrichting gepaard gaan niet eens dekken. Uit de door DPAG aangedragen feiten en het door de Commissie verrichte onderzoek komt geen enkele overheidsmaatregel naar voren die DPAG bij afspraken over speciale prijzen voor de postordersector verplicht een dergelijk prijsniveau vast te stellen. De door DPAG genoemde regelgeving, zoals bijvoorbeeld de „Gesetz zur Regulierung der Telekommunikation und des Postwesens (PTRegG)", bevatte uitsluitend algemene bepalingen, maar geen bepalingen over het in individuele gevallen toe te passen prijsniveau ([70]). Indirecte prijsvoorschriften waren in ieder geval wel vervat in artikel 37 van de „Postverfassungsgesetz", die sedert 1989 van kracht is. Volgens die bepaling moest DPAG voor zijn individuele diensten in de regel steeds de volledige kosten en een adequate winst behalen ([71]). Deze bepaling inzake de prijs ging zelfs nog verder dan de hier verlangde dekking van de incrementele kosten ([72]).

(45) In ieder geval concludeert de Commissie dat getrouwheidskortingen, ten dele in combinatie met prijzen onder de incrementele kosten, de ontwikkeling van het handelsverkeer in een mate beïnvloedt die strijdig is met het belang van de Gemeenschap. Zoals reeds werd gesteld, had dit gedrag de afscherming van de Duitse markt voor pakketdiensten voor de postordersector tot gevolg. Deze afscherming van een nationale markt beïnvloedt de ontwikkeling van het handelsverkeer in een mate die strijdig is met het belang van cie Gemeenschap.

G. ARTIKEL 3 VAN VERORDENING Nr. 17

(46) Ook wanneer er geen aanwijzingen voor bestaan dat op dit ogenblik op het gebied van pakketdiensten voor postorderbedrijven verdere afspraken over getrouwheidskortingen van kracht zijn, moet de Commissie erop toezien dat het beleid van getrouwheidskortingen door DPAG ook werkelijk blijvend is beëindigd en dat DPAG ook in de toekomst van afspraken over dergelijke kortingen zal afzien ([73]).

(47) Ten aanzien van de te geringe dekking van de incrementele kosten in de periode 1990-1995 wordt geen geldboete opgelegd, omdat tot nog toe niet duidelijk is geworden welke kostendekkingsnorm moet worden gehanteerd voor de diensten die door een „multiproduct"- of „miltidienst"-onderneming, welke over een voorbehouden sector beschikt, in een concurrentiesituatie worden verricht. Ook het feit dat DPAG, zodra het in de punten van bezwaar van 7 augustus 2000 en in de daaropvolgende procedure met de hier ontwikkelde economische beginselen ten aanzien van de relevante kostendekkingsnorm werd geconfronteerd, een toezegging over de totstandbrenging van volledige transparantie van de financiële betrekkingen tussen de voorbehouden sector en de in een concurrentiesituatie verrichte pakketdiensten deed, is een argument dat tegen een geldboete pleit.

(48) Ook al zijn er geen aanwijzingen dat de pakketdiensten van DPAG voor postorderbedrijven tegenwoordig hun incrementele kosten niet dekken, acht de Commissie het noodzakelijk — met inachtneming van de volgende redenen — om in dit geval een beschikking te geven ([74]):

— De Commissie stelt met deze beschikking vast, dat prijzen die lager zijn dan de incrementele kosten buiten de wettelijk voorgeschreven loketdiensten, een inbreuk op artikel 82 van het EG-Verdrag vormen. DPAG heeft — in tegenstelling tot de houding van de onderneming ten aanzien van de getrouwheidskortingen — niet toegegeven dat prijzen die onder de incrementele kosten liggen een inbreuk op artikel 82 van het EG-Verdrag zijn.

([70]) Artikel 2 van de PTRegG bevat de volgende streefmaat: „Die Sicherung der Chancengleichheit ländlicher Räume im Verhältnis zu Verdichtungsräumen, im Postwesen unter Beachtung der Tarifeinheit im Raum für Monopol- und Pflichtleistungen" (Het waarborgen van gelijke kansen van landelijke gebieden in verhouding tot dichtbevolkte gebieden, in de posterijen, met inachtneming van de tariefeenheid op het gebied van dienstverlening uit hoofde van het monopolie en verplichte diensten).

([71]) In de officiële motivering verklaart de regering van de Bondsrepubliek het doel van dit voorschrift als volgt: „Absatz 2 enthält den auch für die Höhe der Leistungsentgelte wichtigen Grundsatz, dass die einzelnen Dienste der Regel die vollen Kosten und einen angemessenen Gewinn erwirtschaften sollen. Dies ist nicht immer möglich. So können zum Beispiel die Marktverhältnisse bei Pflichtdiensten aufgrund von Infrastrukturvorgaben ausnahmsweise nur eine Teilkostendeckung zulassen, die dann mindestens die variablen Kosten ausgleichen sollte." (Lid 2 bevat het ook voor de hoogte van de vergoeding van de diensverrichting belangrijke beginsel, dat de aparte diensten doorgaans de volledige kosten en een adequate winst moeten opbrengen. Dit is niet altijd mogelijk. Zo kunnen bijvoorbeeld de marktvoorwaarde bij verplichte diensten om redenen van infrastructuur bij uitzondering slechts een gedeeltelijke dekking van de kosten mogelijk maken, die dan ten minste de variabele gedeelde kosten zou moeten compenseren.) (Deutscher Bundestag — 11e Wahlperiode, Drucksache 11/2854).

([72]) Het in de brief van 6 juni 2000 (blz. 4 t/m 6) en van 6 oktober 2000 (blz. 7 en 16) van DPAG aangevoerde artikel 6, lid 4, van de verordening inzake consumentenbescherming (Post-Kundenschutzverordnung — „PKV") heeft uitsluitend betrekking op vergoedingen voor monopolies en is niet op de niet-voorbehouden pakketdiensten toepasselijk. Overigens wordt ook in dit voorschrift bepaald dat de prijzen „qua hoogte en opbouw in verhouding tot de kosten" moeten staan.

([73]) Zie arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 6 juli 2000, zaak T-62/98, Volkswagen AG (nog niet gepubliceerd), rechtsoverweging 199.

([74]) Zie arrest van het Hof van Justitie van 2 maart 1983, zaak 7/82, Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL), Jurisprudentie 1983, blz. 483.

— De Commissie is van oordeel dat een formele beschikking in dezen haar positie duidelijk kan maken. Op deze wijze kan niet alleen DPAG worden ontmoedigd deze gedragslijn te volgen, maar ook andere ondernemingen die soortgelijke handelwijzen zouden kunnen toepassen of voornemens zouden kunnen zijn dit te doen. Ook hebben verdere potentiële concurrenten belang bij de rechtszekerheid, die van een dergelijke beschikking van de Commissie uitgaat.

H. ARTIKEL 15 VAN VERORDENING Nr. 17

(49) Krachtens artikel 15 van Verordening nr. 17 kunnen inbreuken op artikel 82 worden bestraft door geldboeten tot 1 miljoen EUR of 10 % van de omzet van de onderneming in het voorgaande boekjaar, indien dat bedrag hoger is dan 1 miljoen EUR. Gelet op de duur, de duurzaamheid en de aanzienlijke omvang van de door DPAG overeengekomen getrouwheidskortingen bij pakketdiensten voor postorderbedrijven kan de conclusie worden getrokken dat de inbreuken waar het hier om gaat opzettelijk zijn gemaakt. Bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete wordt rekening gehouden met de zwaarte en de duur van de inbreuk.

Zwaarte van de inbreuk

(50) Een beleid van getrouwheidskortingen van een onderneming met een machtspositie die dit beleid juist voert op de markt waar zij de machtspositie heeft, moet als een zware inbreuk worden aangemerkt ([75]). Getrouwheidskortingen van een onderneming met een machtspositie zijn door het Hof van Justitie al meerdere keren afgekeurd. In het onderhavige geval vonden deze misbruiken plaats met als doel en als effect enerzijds de particuliere concurrenten van DPAG op de markt voor pakketdiensten in Duitsland uit te schakelen en anderzijds te verhinderen dat alternatieve leveringsinfrastructuren van de postordersector („eigen beheer") tot stand zouden komen ([76]). Het kortingen- en prijsbeleid van DPAG heeft aanzienlijke negatieve gevolgen voor de concurrentie bij pakketdiensten voor de postordersector gehad. Ondanks de voordelen voor de gehele economie, die doelmatige alternatieve leveringsinfrastructuren met een kostendekkende werking zouden hebben opgeleverd, is het DPAG gelukt, op de Duitse markt voor pakketdiensten voor postorderbedrijven een marktaandeel te behouden dat stabiel bleef op meer dan 25 % en de totstandkoming van iedere andere infrastructuur te verhinderen. Rekening houdend met deze feiten wordt het bedrag voor de zwaarte van de inbreuk op 12 miljoen EUR vastgesteld, waarin het zwaarwegende karakter, de omvang en de nadelige gevolgen van de inbreuk tot uitdrukking komen.

Duur van de inbreuk

(51) De inbreuk is herhaaldelijk en stelselmatig gemaakt. De inbreuken duurden in totaal van 1974 tot 2000 en werden ernstiger (zoals in overweging 23 wordt uiteengezet), met name in de zeer recente periode vanaf november 1997 tot oktober 2000. Het betreft hier dus een inbreuk van lange duur. Volgens de richtsnoeren kan bij inbreuken van lange duur het bedrag dat op basis van de zwaarte van de inbreuk wordt opgelegd voor elk jaar met 10 % worden verhoogd. Voor de periode van november 1997 tot oktober 2000 vindt de Commissie een verhoging van 30 % een passende verhoging. Voor de periode van 1974 tot 1997 acht de Commissie een verhoging van 70 % een passende verhoging. Dit levert een basisbedrag van 24 miljoen EUR op.

Verzwarende en verzachtende omstandigheden

(52) Er zijn geen verzwarende of verzachtende omstandigheden. Het is weliswaar principieel mogelijk om als verzachtende omstandigheid voor een onderneming rekening te houden met het feit dat deze onderneming de Commissie na ontvangst van de mededeling van punten van bezwaar mededeelt dat zij de feiten waarop de Commissie haar bezwaren baseert, niet bestrijdt. In dit geval gaat het bij de feiten waarop de bezwaren van de Commissie zijn gebaseerd, echter uitsluitend om de teksten van de overeenkomsten zelf, die afspraken over getrouwheidskortingen bevatten. De Commissie kan het feit dat DPAG tijdens de hoorzitting van 9 november 2000 mededeelde dat zij het bestaan van deze overeenkomsten niet ontkende, dan ook niet als verzachtende omstandigheid aanmerken,

([75]) Zie de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van Verordening nr. 17 worden opgelegd („richtsnoeren"), PB C 9 van 14.1.1998, blz. 3, onder punt A.

([76]) T.a.v. de rol van alternatieve leveringsstructuren als bron van de uit het oogpunt van de nationale economie wenselijke concurrentie, zie de overwegingen 37 en 38 hierboven.

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

1. Deutsche Post AG („DPAG") heeft van 1974 tot 2000 inbreuk gemaakt op artikel 82 van het EG-Verdrag, omdat de onderneming klanten in de sector pakketdiensten voor postorderbedrijven slechts een speciale prijs aanrekende wanneer de klant als tegenprestatie zich ertoe verplichtte zijn volledige behoefte op het gebied van de verzending van pakketten met een gewicht tot 20 kg respectievelijk 31,5 kg die geen bijzondere behandeling vergden of catalogi van meer dan 1 kg („Infopost Schwer") of een zo hoog mogelijk percentage van deze behoeften via DPAG af te handelen.

2. DPAG heeft van 1990 tot 1995 inbreuk gemaakt op artikel 82 van het EG-Verdrag, omdat de onderneming pakketdiensten voor de postordersector heeft aangeboden tegen prijzen die onder de incrementele kosten lagen.

Artikel 2

1. DPAG dient de in artikel 1, lid 1, genoemde inbreuk onmiddellijk te beëindigen en herhaling van de in artikel 1, lid 1, genoemde handelwijzen of gedragingen in de toekomst achterwege te laten.

2. DPAG dient aan het einde van ieder boekjaar van de nieuwe dochteronderneming („Newco") het kosten- en inkomstenoverzicht van Newco op het gebied van de commerciële pakketdiensten bij de Commissie in. Ook dient DPAG jaarlijks een lijst in van de door Newco betaalde verrekeningsprijzen voor alle diensten en goederen die het van DPAG heeft betrokken.

DPAG verstrekt aan de Commissie alle afspraken over kortingen die Newco met de zes grootste klanten in de postordersector afsluit. Deze verplichting begint met het eerste boekjaar van Newco en eindigt met het derde boekjaar van deze onderneming.

Artikel 3

1. Gelet op de in artikel 1, lid 1, genoemde inbreuk wordt hierbij aan DPAG een boete opgelegd van 24 miljoen EUR.

2. De boete dient binnen drie maanden na de datum van bekendmaking van deze beschikking te worden betaald op rekening nr. 642-0029000-95 van de Commissie van de Europese Gemeenschappen bij de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria BBVA (IBAN BE 76 6420 0290 0095, SWIFT-code BBVABEBB), Kunstlaan 43, B-1040 Brussel.

Na het verstrijken van die termijn is van rechtswege rente wegens te late betaling verschuldigd tegen de rentevoet die de Europese Centrale Bank toepast voor de basisherfinancieringstransacties op de eerste werkdag van de maand waarin deze beschikking is gegeven, vermeerderd met 3,5 procentpunt, d.w.z. een rentevoet van in totaal 8,28 %.

Artikel 4

Deze beschikking is gericht tot:

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

Artikel 5

Deze beschikking vormt executoriale titel overeenkomstig artikel 256 van het EG-Verdrag.

Gedaan te Brussel, 20 maart 2001.

Voor de Commissie
Mario MONTI
Lid van de Commissie