

COMMISSION

DÉCISION DE LA COMMISSION

du 20 mars 2001

relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE

(Affaire COMP/35.141 — Deutsche Post AG)

[notifiée sous le numéro C(2001) 728]

(Le texte en langue allemande est le seul faisant foi.)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

(2001/354/CE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne,

vu le règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité ⁽¹⁾, modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1216/1999 ⁽²⁾, et notamment son article 3 et son article 15, paragraphe 2,

vu la plainte introduite par United Parcel Service, le 7 juillet 1994, dans laquelle elle fait valoir que Deutsche Post AG commet des infractions à l'article 82 du traité CE et demande à la Commission de les faire cesser,

vu la décision de la Commission du 7 août 2000 d'ouvrir une procédure dans cette affaire,

vu la décision de la Commission du 4 octobre 2000 d'étendre ladite procédure,

après avoir donné aux entreprises concernées l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus par la Commission, conformément à l'article 19, paragraphe 1, du règlement n° 17 et au règlement (CE) n° 2842/98 de la Commission du 22 décembre 1998 relatif à l'audition dans certaines procédures fondées sur les articles 85 et 86 du traité CE ⁽³⁾,

après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes,

considérant ce qui suit:

I. LES FAITS

A. PLAIGNANT

- (1) Le plaignant, United Parcel Service (ci-après dénommée «UPS»), est une société privée de droit américain dont le siège social se trouve à Atlanta, dans l'État de Géorgie, aux États-Unis d'Amérique. Il est l'un des principaux concurrents de Deutsche Post AG dans le secteur du transport de colis entre entreprises, c'est-à-dire le secteur «entreprise vers entreprise». En outre, il déclare offrir aussi dans une moindre mesure des services de transport de colis pour la vente par correspondance, réunis sous le vocable d'activité «entreprise vers consommateur» («B-to-C»).

⁽¹⁾ JO L 13 du 21.2.1962, p. 204/62.

⁽²⁾ JO L 148 du 15.6.1999, p. 5.

⁽³⁾ JO L 354 du 30.12.1998, p. 18.

B. ENTREPRISE CONCERNÉE

- (2) Deutsche Post AG («DPAG») est une société anonyme qui a été créée en 1995 à partir d'une partie des actifs de Deutsche Bundespost Postdienst («DBP»). Depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1989 de la Postverfassungsgesetz (loi constitutionnelle sur la poste allemande), DBP est devenue, quant à elle, la division responsable des services postaux de l'ancienne Deutsche Bundespost («BP»). Avant le 1^{er} juillet 1989, les services postaux étaient assurés par BP. «DPAG» désignera ci-après indifféremment DPAG, DBP et BP. La principale activité de DPAG consiste dans le transport du courrier. Elle jouit d'un monopole légal pour le transport des envois dont le poids n'excède pas 200 g («domaine réservé») ⁽⁴⁾. En 1998, le chiffre d'affaires réalisé par DPAG dans son domaine réservé s'est élevé à [...] ^(*) milliards de marks allemands (DEM) et a ainsi représenté près de [...] % de son chiffre d'affaires total (28,6 milliards de DEM). Il ressort du compte d'exploitation annuel qu'elle a présenté que son domaine réservé est bénéficiaire depuis au moins [...] ⁽⁵⁾.

Graphique 1

Compte d'exploitation de DPAG dans son domaine réservé de 1990 à 1999

(en millions de DEM)

Année	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
Produits	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Charges	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Bénéfice	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

C. PLAINTE

- (3) Dans sa demande de juillet 1994, présentée en vertu de l'article 3 du règlement n° 17, la demanderesse, UPS, a fait valoir que DPAG utilisait les recettes tirées de ses activités rentables d'envoi du courrier constituant son domaine réservé pour financer des ventes à perte dans le secteur des services de transport de colis commerciaux. Elle estime que sans ces «subventions croisées», DPAG n'aurait pas pu financer durablement des ventes à perte pour ses services de colis offerts dans un contexte de concurrence. C'est pourquoi la plaignante exige l'interdiction des ventes en-deçà des coûts de revient ainsi que la séparation structurelle du domaine réservé et du secteur des services de transport de colis commerciaux, qui ne sont pas réservés. Elle considère qu'il serait impossible autrement, même pour une entreprise efficiente, de résister à la pression sur les prix exercée par DPAG dans ce secteur des colis ouvert à la concurrence.

D. SERVICES DE TRANSPORT DE COLIS POUR LA VENTE PAR CORRESPONDANCE

- (4) La présente décision porte sur l'octroi de rabais et les prix qu'applique DPAG à ses services de transport de colis pour la VPC en Allemagne. Dans ce pays, les services de transport de colis, y compris les services destinés à la VPC, ne sont pas réservés. Effectivement, depuis environ 1976, des concurrents offrent des services de transport de colis en Allemagne, principalement dans le secteur du transport de colis «B-to-B». Les services de transport de colis pour la VPC constituent de loin le segment de clientèle le plus important de DPAG sur le marché des services de transport de colis ⁽⁶⁾.

E. NOTION ÉCONOMIQUE DE «SUBVENTIONS CROISÉES»

- (5) Le plaignant reproche essentiellement à DPAG d'offrir ses services de transport de colis commerciaux à perte en vue d'évincer ses concurrents dans ce secteur. Il avance que DPAG utilise les bénéfices qu'elle réalise dans son domaine réservé pour couvrir ses pertes dans ce secteur. Il considère que DPAG procède ainsi à un «financement croisé» de ses services de transport de colis commerciaux par son service réservé d'envoi du courrier, qui entrave la concurrence.

⁽⁴⁾ Voir l'article 51 de la loi constitutionnelle sur la poste: «Jusqu'au 31 décembre 2002, Deutsche Post AG jouit du droit exclusif de transporter, dans le cadre de son activité, les envois et les catalogues adressés jusqu'à 200 g et dont le prix unitaire ne peut être plus de cinq fois supérieur à celui qui était applicable au 31 décembre 1997 pour les envois correspondants de la catégorie de poids la plus basse (licence exclusive légale)».

^(*) Les secrets d'affaires [...] sont biffés dans le texte.

⁽⁵⁾ Voir la lettre de DPAG du 23 décembre 1999, annexe 1.

⁽⁶⁾ Voir la lettre de DPAG du 6 décembre 1999, annexe 2.

Concepts de coûts pertinents

- (6) Du point de vue économique, les «subventions croisées» supposent, d'une part, que les produits d'un service donné ne permettent pas de couvrir les coûts incrémentaux (*incremental costs*) (7) propres à ce service et, d'autre part, qu'il existe un service ou tout un domaine d'activité de l'entreprise dont les produits dépassent les «coûts de fourniture isolée». L'excédent de couverture des «coûts de fourniture isolée» indique la source des subventions croisées et le déficit de couverture des coûts incrémentaux la destination. En l'espèce, le domaine réservé constitue une source durable de financement, car les chiffres indiqués par DPAG dans le tableau 1 montrent que la totalité des produits de ce secteur dépassent ses «coûts de fourniture isolée» (8).
- (7) Dès lors, pour déterminer si les coûts incrémentaux des services de transport de colis pour la VPC propres aux prestations sont couverts, il convient d'établir une distinction entre les coûts additionnels propres aux prestations, qui découlent uniquement de la fourniture de ce service, et les coûts fixes communs, qui ne sont pas imputables à ce service seulement.

Influence de la mission de service public de DPAG

- (8) Lors de la détermination de la part des coûts fixes communs, il faudra tenir compte du fait que DPAG est tenue, de par sa mission de service public, de conserver une capacité de réserve suffisante pour couvrir à tout moment des pointes d'activité aux guichets, en respectant les critères de qualité fixés par la loi (9). Même si DPAG n'offrait aucun service de transport de colis pour la VPC, elle resterait tenue vis-à-vis de ces clients de traiter leurs colis et leurs catalogues au guichet dans les délais requis. Cet état de fait résulte de l'obligation générale de contracter de DPAG, conformément à laquelle chaque usager potentiel de la poste peut exiger de DPAG qu'elle assure les services de transport de colis au guichet, à des prix uniformes et en respectant les critères de qualité qui lui sont imposés. Contrairement à une entreprise privée telle qu'UPS, dans le cas de l'abandon d'un service de transport de colis particulier, DPAG n'aurait pas la possibilité de réduire ses ressources en personnel et en matériel proportionnellement au recul de la quantité traitée. Même si elle abandonnait ce service, toutes ses ressources en personnel et en matériel ne pourraient pas être entièrement cédées, car une partie d'entre elles sont utilisées pour les services-guichets qui doivent respecter les normes de qualités imposées par la loi (J + 1 pour 80 % des envois). En économie, la notion de *carrier of last resort* (opérateur de dernier recours) désigne cette obligation de maintien d'une capacité de réserve (10).
- (9) Si DPAG maintient une infrastructure dans le cadre de sa mission de service public, il convient alors d'établir la distinction suivante entre les coûts communs de maintien des capacités et les coûts incrémentaux propres aux prestations:

— Les coûts de maintien des capacités résultent uniquement du maintien d'une capacité permettant à chacun d'envoyer des colis via le guichet de la poste, indépendamment des services offerts et de la quantité de colis traitée. Les coûts découlant de l'obligation légale de maintenir une possibilité de transport à des prix uniformes augmentent la part des coûts fixes communs du *carrier of last resort* en comparaison avec des entreprises qui ne garantissent pas d'obligation de fourniture du

(7) Les coûts incrémentaux propres à une prestation (*incremental costs*) consistent uniquement dans les coûts qui ne sont liés qu'à un seul service de transport de colis. Les coûts fixes qui ne sont pas liés qu'à un seul service (les coûts fixes communs) ne font pas partie des coûts incrémentaux. Les coûts fixes communs ne dépendent pas d'un service de transport de colis précis et ne disparaîtraient que si l'entreprise cessait de fournir tous ses services.

(8) Cela signifie que les produits totaux du domaine réservé dépassent les charges totales de ce secteur. Ces produits dépassent donc non seulement les coûts incrémentaux, mais aussi les coûts fixes communs qui ne sont pas imputables.

(9) Conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point 2 du décret sur le service postal universel, DPAG est tenue, du fait de son obligation générale de contracter, d'assurer le transport de colis en respectant certains délais (aux termes de l'article 3, paragraphe 2, du décret, au moins 80 % des colis doivent être distribués dans un délai de deux jours ouvrables). Pendant la période qui s'étend du 1^{er} janvier 1998 à la date d'entrée en vigueur du décret sur le service postal universel, c'est l'article 8 de la loi sur la poste du 28 juin 1969 qui régissait l'obligation générale de contracter. D'après cette loi, chacun avait le droit d'utiliser les installations de la poste. Les conditions d'utilisation des installations de la poste étaient régies par des décrets. Avant l'entrée en vigueur du décret sur le service postal universel, c'est l'article 11 du décret sur la protection des usagers de la poste (Journal officiel allemand 1995 I, p. 2016) qui régissait les délais (80 % le deuxième jour ouvrable après la remise).

(10) Voir notamment William J. Baumol et J. Gregory Sidak, *Toward Competition in Local Telephony*, (MIT Press 1994), p. 108 à 109.

service. À la différence d'une entreprise qui peut disposer librement de toute la palette de ses services, un opérateur de dernier recours supporte en toute hypothèse des coûts de réserve de capacité, même s'il se retire de toute activité colis hormis celle liée aux services offerts aux guichets postaux. Ces coûts ne sont donc pas propres aux prestations et sont considérés comme les coûts fixes communs de l'entreprise⁽¹¹⁾ Les coûts fixes communs ne disparaîtraient que si DPAG ne devait plus remplir sa mission de service public.

— Les coûts incrémentaux propres aux prestations résultent, en revanche, uniquement de la fourniture d'un service allant au-delà du simple service-guichet. Ces coûts, qui dépendent de la quantité traitée et ne résultent que de ce service spécifique, disparaîtraient si ce dernier était supprimé.

- (10) Pour éviter de financer ses services de transport de colis pour la VPC à partir des recettes de son domaine réservé, DPAG doit tirer de ces services des recettes couvrant au moins leurs coûts incrémentaux. La prise en compte de la couverture des coûts incrémentaux permet également de tenir compte des coûts supplémentaires que DPAG doit supporter, du fait de sa mission de service public, pour maintenir la capacité du réseau⁽¹²⁾. Afin que les coûts de maintien du réseau soient justement pris en compte en tant que coûts supplémentaires spécifiques, seule la couverture des coûts incrémentaux est exigée pour les activités de DPAG dans le secteur des services de transport de colis pour la VPC. Ces activités ne sont donc pas grevées des coûts généraux de maintien du réseau qui sont imposés à DPAG par sa mission de service public⁽¹³⁾.

Calcul des coûts incrémentaux des services de transport de colis pour la VPC

- (11) L'offre de services de transport de colis pour la VPC⁽¹⁴⁾ de DPAG repose actuellement sur ses 33 centres de tri et de dépôt et ses 476 centres de distribution. Cette infrastructure est nommée par DPAG le «département colis». Cette infrastructure est également utilisée pour ses autres services de transport de colis commerciaux, en particulier ses services «entreprise vers entreprise». En outre, elle est utilisée pour les envois de colis entre particuliers (les services «particulier vers particulier» ou les «colis-guichets») et les retours de la VPC (les services «particulier vers entreprise»)⁽¹⁵⁾. Ses services de transport de colis pour la VPC représentent néanmoins 71 % (en volume annuel) de ses services de transport de colis commerciaux⁽¹⁶⁾. En revanche, l'offre de services d'envoi du courrier (domaine réservé) de DPAG repose en grande partie sur une infrastructure distincte. Une exception: la distribution commune⁽¹⁷⁾. Ses services de transport de colis pour la VPC se déroulent selon les «phases de traitement» suivantes⁽¹⁸⁾:

⁽¹¹⁾ Voir notamment William J. Baumol et J. Gregory Sidak, *Toward Competition in Local Telephony*, (MIT Press 1994, p. 108 à 109: «These obligations are appropriately treated as sources of common fixed costs for the firm ...».

⁽¹²⁾ DPAG appelle une nouvelle fois l'attention sur les surcoûts liés aux «charges de service universel» dans ses courriers des 15 mai 1997 et 6 octobre 1997, p. 4 à 5 et p. 8 à 10 respectivement.

⁽¹³⁾ Les «charges liées au service universel» (un réseau national de bureaux de poste, une distribution sur l'ensemble du territoire fédéral à un prix unique) ne seraient imputées proportionnellement aux services de transport de colis commerciaux que dans le cas d'un calcul global du prix de revient (*fully distributed costs*). Voir la lettre de DPAG du 6 octobre 2000, p. 4 et 5 ainsi que p. 8 à 11. Cependant, la prise en compte de la couverture au moins des coûts incrémentaux permet justement d'éviter cette imputation proportionnelle des coûts liés à la mission de service public aux services de transport de colis qui ne sont pas offerts aux guichets de la poste.

⁽¹⁴⁾ Les services de transport de colis pour la VPC concernent essentiellement les colis postaux et les catalogues.

⁽¹⁵⁾ Lettres de DPAG du 7 avril 2000, p. 3, du 6 décembre 1999, p. 11, et du 22 décembre 1999, p. 2.

⁽¹⁶⁾ Base de calcul: Ctcon GmbH, compte de résultats par segment de 1990 à 1999 pour les colis, à l'exception des catalogues de 200 g à 1 000 g, des *Postgut Klein und Postgut-leicht* et des *Post Express*, situation au 23 juin 2000.

⁽¹⁷⁾ À titre exceptionnel, les distributeurs du courrier peuvent également assurer la distribution des colis dans les zones rurales, voir la lettre de DPAG du 9 mars 2000, p. 10. Cette remarque s'applique, d'après les indications de DPAG à environ [...] % du volume des livraisons pour le compte de la VPC dans le domaine des colis. Pour les années antérieures, on observe la situation suivante: entre 1990 et 1995 une certaine partie des paquets de VPC étaient livrés conjointement avec du courrier, de 1995 à 1998, il n'y eut presque plus de livraison de cette nature. À partir de 1999, cette forme de livraison conjointe fut réintroduite. Le recours à la livraison conjointe procure des économies d'échelle liées à l'existence du domaine réservé. Compte tenu de la faible signification des livraisons conjointes à partir de 1995, le constat d'une couverture des coûts incrémentaux spécifiques pour cette période ne changerait rien au résultat. Depuis 1998 les coûts incrémentaux spécifiques sont couverts dans une proportion telle que le résultat ne serait guère influencé par la prise en compte des effets de la livraison conjointe.

⁽¹⁸⁾ Lettre de DPAG du 9 mars 2000, p. 9 et 10.

- (12) *La collecte*: les colis de ses gros clients du secteur de la VPC ne sont pas remis aux guichets des bureaux de poste ou à des agents agréés pour être ensuite envoyés dans les centres de dépôt, mais sont collectés chez les clients et directement acheminés par DPAG vers les centres de dépôt ⁽¹⁹⁾. En cas de suppression des colis destinés à la VPC, les coûts de collecte — en tant que coûts incrémentaux — pourraient disparaître entièrement ⁽²⁰⁾.
- (13) *Le traitement*: il s'agit de l'encodage et du tri des envois dans le centre de dépôt, avant qu'ils ne soient acheminés vers les centres de tri. Dans le centre de tri, les colis entrants sont triés, avant d'être acheminés vers les centres de distribution. Les gros clients du secteur de la VPC accomplissent eux-mêmes certaines tâches du traitement, telles que le calcul du prix ou l'affichage des codes-barres sur les colis. Les dépenses d'investissement liées à la construction des 33 centres de tri et des 476 centres de distribution ne sont pas imputables à un service donné. Ces coûts ne disparaîtraient que si DPAG n'était plus tenue légalement de traiter chaque demande selon les normes de qualité imposées. Les frais de personnel et de matériel liés au traitement dépendent en revanche entièrement de la quantité de colis effectivement remis. En cas de retrait de l'activité de colis pour la VPC, les coûts de traitement correspondants «spécifiques» ou imputables aux services de transport pour la VPC disparaîtraient.
- (14) *Le transport sur de longues distances*: il s'agit du transport entre les 33 centres de dépôt et de tri. Même si le volume traité était moindre, le transport sur de longues distances entre ces centres devrait se poursuivre ne serait-ce que pour respecter les normes de qualité fixées par la loi ⁽²¹⁾. Les coûts du transport sur de longues distances (les frais de personnel et de matériel et les dépenses d'investissement) ne sont donc pas imputables à un service donné et ne disparaîtraient qu'en cas de suppression de la mission de service public de DPAG.
- (15) *Le transport régional et local* entre les 33 centres de tri et les 476 centres de distribution ⁽²²⁾. En ce qui concerne le transport régional et local entre les centres de tri et les centres de distribution, des centres de distribution pourraient fusionner si la quantité traitée diminuait. DPAG estime que si elle supprimait ses services de transport de colis pour la VPC, environ la moitié de ses coûts de transport régional et local disparaîtraient parce qu'ils sont «spécifiquement» imputables à ces colis.
- (16) *La livraison*: les colis destinés à la VPC sont livrés après avoir été répartis entre 476 centres de distribution de DPAG. La livraison consiste essentiellement dans l'acheminement et la remise des envois, qui représentent respectivement la moitié des activités de livraison. Les prestations d'acheminement sont dans une moindre mesure identifiables comme «spécifiques» que le service de remise des colis aux destinataires ⁽²³⁾. La majeure partie des coûts de remise sont en revanche «spécifiquement» liés à l'offre d'un service précis. Si un service caractérisé par un gros volume et par la remise en règle générale d'un seul envoi par arrêt du véhicule de distribution (comme par exemple la VPC) était supprimé, l'ensemble des activités de remise disparaîtraient, si cet arrêt n'était plus nécessaire ⁽²⁴⁾.
- (17) Les coûts incrémentaux unitaires (*Average incremental costs*, ci-après dénommés «AIC») dans le secteur des services de transport de colis pour la VPC («AIC-VPC») sont — sur la base des hypothèses précitées relatives à la répartition entre coûts fixes communs et coûts imputables à un service donné — couverts par les produits dans ce secteur depuis 1996.

⁽¹⁹⁾ D'après la DPAG, un seul de ses gros clients dépose directement auprès de ses centres de frêt.

⁽²⁰⁾ Lettre de DPAG du 25 janvier 2001.

⁽²¹⁾ Conformément à l'article 3, point 2, du décret sur le service postal universel, au moins 80 % (en moyenne annuelle) des colis remis à la poste un jour ouvrable doivent être livrés dans les deux jours ouvrables suivants. Chaque centre remplit une double fonction, car il est à la fois un centre de dépôt et un centre de tri. La couverture de l'ensemble du territoire national exige au moins un trajet par jour entre chaque centre de dépôt et chaque centre de tri (soit 32 trajets de chaque centre de dépôt vers les centres de tri restants = $32 \times 33 =$ au moins 1 056 trajets). En réalité, selon DPAG, plus de 2 000 trajets seraient effectués par jour, voir sa lettre du 25 janvier 2001.

⁽²²⁾ Ces 33 centres sont tous construits et équipés selon le même concept et remplissent une double fonction, car ils sont à la fois des centres de dépôt et des centres de tri.

⁽²³⁾ Même si la quantité d'envois reculait en raison de l'abandon d'un service commercial, les itinéraires de distribution ne pourraient être notablement raccourcis que si le nombre de destinataires par itinéraire diminuait sensiblement. Ce n'est que dans le cas d'un net recul du nombre de destinataires sur un itinéraire donné que ce dernier pourrait être raccourci ou pourrait fusionner avec un autre itinéraire (lettre de DPAG du 25 janvier 2001). Il est ressorti des enquêtes que les itinéraires propres à un service ne concernaient que les services de messageries, pour lesquels une livraison individuelle s'impose.

⁽²⁴⁾ Si toutefois plusieurs envois étaient remis par arrêt, cet arrêt serait maintenu même dans le cas d'un recul du nombre d'envois.

Graphique 3

AIC-VPC de DPAG 1990-1999

Année	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Produits unitaires	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
AIC-VPC	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Engagements pris par DPAG pour parvenir à une transparence financière entre son domaine réservé et ses services de transport de colis commerciaux

- (18) Comme la Commission l'a expliqué dans la communication des griefs du 7 août 2000, ce n'est que lorsqu'il y aura une transparence totale des relations financières existant entre le domaine réservé, d'une part, et le secteur des services de transport de colis ouvert à la concurrence, d'autre part, qu'il pourra être prouvé que certains services de transport de colis couvrent leurs coûts incrémentaux spécifiques aux services ⁽²⁵⁾. C'est à cette unique condition que l'on peut garantir que les concurrents ne sont pas éliminés par une offre qui ne repose pas sur l'efficacité et sur une meilleure productivité, mais uniquement sur la non-couverture des coûts incrémentaux spécifiques aux services. Grâce à une séparation structurelle du domaine réservé et des secteurs qui, dans un contexte de concurrence, doivent couvrir leurs coûts incrémentaux spécifiques, la couverture des coûts incrémentaux spécifiques peut être vérifiée et une sous-couverture empêchée de manière efficace.
- (19) La Commission a en outre soutenu la thèse, dans le cadre de la procédure, que la transparence des relations financières supposait également l'existence d'un système transparent de «prix de transfert» pour les biens et services qui sont fournis par la société active dans le domaine réservé à la société active dans le secteur concurrentiel ⁽²⁶⁾. La transparence et la compréhension des prix de transfert exigent un système de prix de transfert «dégrouvés» selon les principales phases de traitement de la chaîne de création de valeur qui sont achetées par la société active dans le secteur concurrentiel à la société active dans le domaine réservé. Ce n'est qu'au moyen d'un système de prix de transfert «dégrouvés» selon les phases de traitement que l'on peut garantir d'une manière évidente que le prix de transfert couvre, dans le cas de l'utilisation de toute la chaîne de création de valeur, la somme des coûts liés aux différentes phases et que les réductions de prix consenties lorsque le client réalise lui-même certaines phases de traitement reflètent bien les coûts ainsi épargnés.
- (20) DPAG tient compte des exigences de la Commission en s'engageant à céder ses services de transport de colis commerciaux et à procéder à une séparation structurelle ⁽²⁷⁾. Cet engagement devrait d'abord consister à expliquer d'une manière transparente et claire que les recettes tirées de son domaine réservé ne sont pas utilisées pour financer des activités dans le secteur des services de transport de colis pour la VPC. Dans ce contexte, DPAG s'engage à céder, pour le 31 décembre 2001, l'ensemble de ses services de transport de colis commerciaux, y compris la distribution des catalogues, à une société indépendante juridiquement (ci-après dénommée «nouvelle société»). La cession devrait concerner la totalité de ses services «entreprise vers entreprise» et de ses services «entreprise vers particulier» qui — à l'exception des «services-guichets» — sont offerts à des prix spéciaux sur la base de contrats individuels. Lorsque la séparation structurelle aura pris effet, DPAG n'offrira plus elle-même de services de transport de colis commerciaux.
- (21) La nouvelle société peut produire les biens ou services nécessaires à son activité ou les acheter à des tiers ou à DPAG. Si elle devait les acheter à DPAG, celle-ci devrait les lui facturer aux prix du marché. Au cas où il serait impossible de déterminer les prix du marché, le prix facturé devrait être basé sur les coûts incrémentaux supportés par DPAG pour fournir ces seuls biens ou services. Ces coûts doivent être calculés selon une méthode de calcul des coûts de revient. En cas de litige, DPAG s'engage à apporter la preuve, à la demande de la Commission, des prix du marché ou des coûts incrémentaux.

⁽²⁵⁾ Voir Sidak/Spulber *Protecting Competition from the Postal Monopoly*, p. 109 à 124.

⁽²⁶⁾ En l'espèce, la séparation structurelle du domaine réservé et des secteurs ouverts à la concurrence suppose la prise en compte appropriée de la mission de service public. DPAG doit rester en possession de l'infrastructure nécessaire pour remplir cette mission.

⁽²⁷⁾ Lettre de DPAG du 1^{er} février 2001.

- (22) DPAG s'engage également à communiquer à la Commission, au plus tard à la fin du premier exercice de la nouvelle société, les prix de transfert qu'elle lui aura appliqués selon les phases de traitement: la collecte, le traitement (tri dans le centre de dépôt et tri dans le centre de tri), le transport (transport sur de longues distances et transport régional et local) et la livraison finale. Tant que la nouvelle société fera appel à DPAG pour l'une ou plusieurs des prestations précitées, celle-ci devra lui fournir ces prestations, dans les limites de sa capacité existante, aux mêmes prix et aux mêmes conditions que ceux offerts à ses concurrents. DPAG fera rapport de l'ensemble des prix de transfert, des charges et des produits de la nouvelle société à la Commission. Elle sera soumise à cette obligation d'information totale pendant les trois premiers exercices de la nouvelle société. DPAG garantit enfin une transparence totale des transferts financiers effectués entre la nouvelle société et elle-même par une séparation des comptes.

G. ACCORDS D'OCTROI DE RABAIS CONCLUS PAR DPAG DANS LE SECTEUR DES SERVICES DE TRANSPORT DE COLIS ET DE CATALOGUES POUR LA VPC

- (23) Les entreprises de la VPC qui ne remettent pas leurs colis ni leurs catalogues aux guichets de la poste bénéficiaient de réductions de prix du fait qu'elles effectuaient elles-mêmes le prétraitement de leurs envois (*Selbstbücher*). Les produits qui étaient offerts par DPAG aux entreprises de la VPC comme services de transport de colis, moyennant une rémunération particulière, sont le *selbstgebuchtes Paket* («colis prétraité»; jusqu'en 1995, le *Postgut* était également offert comme colis prétraité)⁽²⁸⁾ et l'*Infopost Schwer* (les catalogues de plus d'1 kg)⁽²⁹⁾. Les «parties à la coopération» dans le secteur du transport de colis avaient droit à des prix spéciaux allant au-delà de ceux prévus dans le cas de la procédure de prétraitement⁽³⁰⁾. Toutefois, l'octroi de ces prix spéciaux contenus dans les conditions générales de vente («AGB FrD Inl») était subordonné à la condition que le client se déclare prêt «à confier à DBP Postdienst la totalité de ses envois convenant au service de transport de colis et de petits colis»⁽³¹⁾. À côté des règles exposées dans les conditions générales de vente précitées, qui en tout état de cause s'appliquaient aux «parties à la coopération», les accords de coopération suivants, établis sur une base individuelle, subordonnaient l'octroi de ce prix spécial à l'engagement de la totalité ou d'une partie substantielle de ses colis ou catalogues:

— Dans un contrat de coopération économique dans le secteur du transport de colis («coopération») conclu par DPAG le 19 décembre 1974, l'un de ses principaux clients de la VPC [...] s'engageait à lui confier «au moins la totalité de ses envois non volumineux⁽³²⁾ jusqu'à 10 kg» qui étaient remis sur son site principal et «convenaient au service de transport de colis et de petits colis». Le contrat du 13 février 1987, portant modification du contrat précité, a étendu cet engagement à «la totalité de ces envois non volumineux jusqu'à 20 kg». Cette disposition est restée applicable jusqu'au 1^{er} juillet 1995⁽³³⁾.

⁽²⁸⁾ Pour pouvoir prétraiter ses colis, le client doit effectuer lui-même à l'avance certaines prestations postales (la pesée, le calcul du prix, l'affichage du code-barre et l'établissement de la liste) et confier à DPAG au moins 10 000 envois non volumineux prétraités par an (jusqu'en 1995: 10 000 envois «Postgut»). Pour ces prestations effectuées à l'avance par le client, qui seraient autrement réalisées lors de la remise au guichet, DPAG octroie une réduction de prix au client. La méthode de calcul du prix forfaitaire appliqué aux colis prétraités est décrite au point 3.3.2 des conditions de vente générales de DBP pour le service de transport de colis intérieur (*Allgemeine Geschäftsbedingungen der Deutschen Bundespost Postdienst für den Frachtdienst Inland*, ci-après dénommées «les AGB FRD Inl.», situation au 30 mars 1992, section 3.3 *Besondere Leistungsangebote*). DPAG a joint les AGB FrD Inl. en annexe à sa lettre du 24 novembre 1994 (annexe 4).

⁽²⁹⁾ La procédure de coopération relative aux envois *Infopost Schwer* est décrite au nouveau point 3.3.4.2 des AGB FrD Inl., qui a été notifié en août 1995 par décret P 777/1993: «les expéditeurs de grandes quantités d'envois *Infopost Schwer* peuvent effectuer — pour ces envois — dans le cadre d'un accord contractuel, certaines prestations en matière de tri allant au-delà des conditions visées à la section 4.2 et/ou le chargement des unités de transport direct du service postal. En contrepartie, le service postal réduit le prix de base pour les envois *Infopost Schwer*. ...»

⁽³⁰⁾ Le point 3.3.4 des AGB FrD Inl. [3.3.4. *Zusammenarbeit mit Versender*] constitue la base de cette coopération dans le secteur du transport de colis. Au sens du point 3.3.4, la coopération en matière de transport de colis consiste dans la coopération entre les expéditeurs et Deutsche Bundespost Postdienst (DBP Postdienst) au-delà de la procédure de prétraitement. DBP Postdienst confie à un expéditeur — dans le cadre d'un contrat — le tri, le chargement et le transport de colis et de petits colis et convient d'une contrepartie financière pour ces prestations. Aux termes du point 3.3.4, cette coopération était subordonnée à deux conditions: 1) la participation à la procédure de prétraitement et 2) la disposition du client à confier à DBP Postdienst la totalité de ses envois convenant au service de transport de colis et de petits colis. Voir les AGB FrD Inl., situation au 30 mars 1992, section 3.3. *Besondere Leistungsangebote*, figurant à l'annexe 4 à la lettre de DPAG du 24 novembre 1994. D'après les informations de DPAG, le point 3.3.4 resta en vigueur jusqu'au 28 décembre 1994 (voir courrier de DPAG en date du 6 octobre 2000, p. 16).

⁽³¹⁾ Voir la deuxième condition visée au point 3.3.4 des AGB FrD Inl.

⁽³²⁾ La notion de colis «volumineux» est définie à l'article 25, paragraphe 3, du décret sur la poste, voir la note 35 de bas de page.

⁽³³⁾ Ce client confie, selon ses propres dires, près de [...] de ses colis à DPAG depuis 1994, voir la lettre de [...] du 4 octobre 2000 et la lettre de DPAG du 14 juillet 2000.

- Dans un autre contrat, du 3 août 1984, un deuxième gros client [...] de DPAG s'engageait à lui confier au moins la totalité de ses envois jusqu'à 10 kg qui étaient remis sur son site principal et convenaient au service de transport de colis et de petits colis ⁽³⁴⁾, à l'exception des colis volumineux au sens de l'article 25, paragraphe 3, du décret sur la poste ⁽³⁵⁾. Le contrat du 13 février 1987, portant modification du contrat du 3 août 1984, a étendu l'engagement de ce client à la totalité de ses colis jusqu'à 20 kg, à l'exception des colis volumineux au sens de l'article 25, paragraphe 3, du décret sur la poste. Du fait que le client allait dès lors confier à DPAG la totalité de ses colis non volumineux jusqu'à 20 kg (contre 10 kg auparavant), il a obtenu, avec effet rétroactif au 1^{er} octobre 1986, un rabais unitaire majoré de 20 pfennig ⁽³⁶⁾. Cette disposition est restée applicable jusqu'au 1^{er} juillet 1995.
- Dans un contrat du 16 avril 1987, un troisième gros client du secteur de la [...] s'engageait à confier à DPAG la totalité de ses colis non volumineux jusqu'à 20 kg qui étaient remis sur son site principal ⁽³⁷⁾. Cette disposition est restée applicable jusqu'au 1^{er} juillet 1995.
- Un accord complémentaire du 25 juin 1995 subordonnait le prix spécial consenti à un cocontractant [...] pour le transport de colis à une quantité annuelle d'envois (environ [...] millions d'envois), dans laquelle était incluse «la quantité d'envois confiés au concurrent [...]». Ce prix spécial n'était accordé au client l'année suivante que s'il confiait à DPAG la quantité d'envois qu'il avait confiée l'année précédente à un concurrent désigné nommément. Ce client confia effectivement, l'année suivante, [...] millions de colis à DPAG ⁽³⁸⁾. Cet accord, qui était entré en vigueur le 1^{er} juillet 1996, est resté applicable jusqu'à la prise de contrôle de ce client par un autre gros client de DPAG [...] en 1996.
- Depuis novembre 1997, DPAG a conclu de nouveaux contrats de coopération avec ses quatre principaux clients du secteur de la VPC [...]: 1^{er} novembre 1997 [...], 4 mars 1998, [...], 22 juillet 1998 et [...] 28 septembre 1998 qui portaient sur le volume total des envois de ces clients et de leurs filiales. Cette prise en compte était prévue en partie dans l'accord lui-même (voir le contrat du 22 juillet 1998) et en partie dans des accords distincts (voir l'accord du 23 août 1998 complétant le contrat du 1^{er} novembre 1997). En raison de la forte concentration du secteur de la VPC, ces quatre gros clients constituaient les principaux acheteurs de services de transport de colis pour la VPC. Ces contrats-types contenaient tous, entre autres, les clauses suivantes: 1) aux termes de l'article 1^{er}, le contrat portait sur «la totalité des colis» du client ⁽³⁹⁾; 2) aux termes de l'article 2, paragraphe 2, du contrat, DPAG s'engageait à assurer le transport des «colis faisant l'objet du contrat» contre rémunération, déduction faite des rabais prévus dans le contrat; 3) aux termes de l'article 2.3 du contrat, le client s'engageait «en contrepartie», pendant la durée du contrat, à confier «l'expédition de ses colis (et de ceux de ses filiales) à ses clients exclusivement à DPAG» et 4) aux termes de l'article 6.3 du contrat, DPAG accordait au client un «rabais de quantité». Ce dernier était majoré en fonction du volume des envois. Le volume «de colis postaux sortants» du client «lui donnait droit à un rabais» s'il atteignait ou dépassait la quantité annuelle convenue sur une base individuelle).
- Le 28 septembre 1998, DPAG a conclu avec l'un de ses gros client du secteur de [...] un accord relatif au transport des envois *Infopost Schwer* ⁽⁴⁰⁾, par lequel le client s'engageait à lui confier, jusqu'en 2002, l'envoi de la totalité de ses envois *Infopost Schwer* (catalogues), soit au moins [...] d'unités par an. En contrepartie, DPAG lui accordait un rabais pour chaque envoi *Infopost Schwer* remis à partir du 1^{er} décembre 1998 ([...] DEM net).

⁽³⁴⁾ Aux termes de l'article 25, paragraphe 3, du décret sur la poste du 16 mai 1963 (modifié en dernier lieu par le 11^e ÂndVPostO du 10 août 1988 (BGBl. I p. 1573, Amtsbl. p. 1613), est considéré comme volumineux, tout colis: 1) dont la longueur est supérieure à 120 cm ou dont la largeur ou la hauteur est supérieure à 60 cm et 2) qui nécessite un traitement particulier (c'est-à-dire que le colis n'est pas empilable, ne peut pas être transporté sur un tapis roulant ou contient des animaux vivants).

⁽³⁵⁾ Environ [...] des colis de l'entreprise sont [...] envoyés via son site principal [...], voir la lettre de [...] du 26 septembre 2000. L'ensemble des colis de [...] qui sont remis à [...] sont confiés à DPAG, voir la lettre de DPAG du 14 juillet 2000.

⁽³⁶⁾ Voir la lettre de DPAG (*Oberpostdirektion Nürnberg*) du 17 février 1987 adressée à l'entreprise [...].

⁽³⁷⁾ Ce client confiait [...] de ses colis à DPAG, voir la lettre de [...] du 4 octobre 2000 et la lettre de DPAG du 14 juillet 2000.

⁽³⁸⁾ Voir l'annexe à la lettre de DPAG du 7 juillet 2000 et à celle du 14 juillet 2000.

⁽³⁹⁾ Ces contrats portaient en principe sur les colis pouvant être traités par machine et ayant les dimensions prévues par le décret sur la poste (longueur: 120 cm, hauteur et largeur: 60 cm) et un poids maximal de 31,5 kg, voir l'article 3.1.2 des contrats de coopération.

⁽⁴⁰⁾ *Infopost Schwer* désigne les catalogues de plus de 1 000 g. Les envois *Infopost Schwer* sont traités par le «département colis» depuis 1993.

- Le 2 novembre 1998, DPAG a conclu avec un deuxième gros client de la [...] un accord relatif au transport des envois *Infopost* (envois publicitaires de plus de 50 g), par lequel le client s'engageait à la charger chaque année du transport d'au moins [...] millions d'envois *Infopost*. Si le client honorait son engagement, DPAG lui accordait un rabais de [...] %. Il ressort de l'annexe 4 de cet accord que le volume annuel minimal de [...] millions d'unités représentait exactement [...] % du volume total d'envois du client et des entreprises auxquelles il était lié. Si le client dépassait cette quantité minimale de [...] millions d'unités, il obtenait alors un rabais progressif qui pouvait atteindre [...] % dans le cas d'un volume de [...] millions d'unités (soit 100 % de ses besoins). Conformément au point 4.3 de l'accord, le client obtenait également le rabais de [...] % lorsque son volume d'envois diminuait, si le nombre de catalogues confiés à DPAG représentait toujours [...] % du volume total de son entreprise et des entreprises liées. Cette disposition a cessé d'être applicable en juin 1999.
- Le 26 mars 1999 et le 3 janvier 2000 respectivement, DPAG a conclu avec deux gros clients ([...]) un accord de coopération dans le secteur des envois *Infopost Schwer*, par lequel ceux-ci s'engageaient à lui confier au moins [...] % de l'ensemble de leurs envois *Infopost Schwer*. Afin que DPAG puisse contrôler ce volume, les clients l'autorisaient à consulter leurs documents internes. En contrepartie, DPAG leur accordait un rabais linéaire, compris entre [...] % (pour [...] % du volume) et [...] % (pour le volume total), sur tous les envois qui lui étaient confiés conformément au contrat. Un client [...] obtenait une avance de [...] millions de DEM sur le rabais dû ultérieurement. En juin 2000, DPAG a mis fin aux contrats du 26 mars 1999 et du 3 janvier 2000 en concluant un «accord d'annulation», par lequel les parties ont annulé à l'amiable leur coopération dans le secteur des *Infopost Schwer* avec prise d'effet immédiate.
- (24) Immédiatement après avoir reçu la communication des griefs complémentaires du 4 octobre 2000, DPAG a annoncé, dans un communiqué de presse de 19 octobre 2000, la résiliation à titre préventif des accords d'octroi de rabais attaqués par la Commission dans ces griefs. Elle a également annoncé qu'elle veillerait à l'avenir, par le biais d'un système de contrôles préalables, à ce que les contrats relatifs aux services de transport de colis pour la VPC ne contiennent aucun accord contraire aux règles de concurrence. Ce point a été confirmé par DPAG lors de l'audition du 9 novembre 2000.

II. APPRÉCIATION JURIDIQUE

A. APPLICABILITÉ DE L'ARTICLE 82 DU TRAITÉ CE

- (25) DPAG est une entreprise qui fournit des services moyennant rémunération sur différents marchés postaux. Il s'agit donc d'une entreprise au sens de l'article 82 du traité CE, et ce indépendamment de la façon dont DPAG est organisée et du fait qu'elle opère en tant qu'entreprise publique ou entreprise privée ⁽⁴¹⁾.

B. MARCHÉ DE PRODUITS ET MARCHÉ GÉOGRAPHIQUE EN CAUSE

- (26) Compte tenu de leurs caractéristiques, de leurs coûts et de leur utilisation, les services de transport de colis pour le secteur de la VPC constituent un marché de produits en cause distinct. Ainsi qu'il a été exposé précédemment, les colis pour le compte de la VPC ne sont pas déposés aux guichets postaux, la DPAG effectuant la collecte directement auprès du client. En outre, la DPAG accorde des rabais de prix aux clients qui ne déposent pas leurs envois de colis ou de catalogues auprès de ses guichets. Ces caractéristiques distinguent radicalement les services de colis pour le compte de la VPC des activités de colis «au guichet», qui sont traités aux guichets postaux aux tarifs standard applicables.
- (27) Il convient de distinguer les envois intérieurs pour les entreprises de VPC des envois internationaux. Les premiers sont effectués exclusivement à l'aide de l'infrastructure propre de DPAG. Comme il n'y a pas de coopération avec les prestataires de ce type de services dans d'autres États membres, il n'existe aucune interface dans ce domaine. La présente affaire ne concerne que les envois intérieurs.

⁽⁴¹⁾ Arrêt du 23 avril 1991 de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire C-41/90 (Höfner et Elser), Rec. I-1979, points 21 et suivants.

- (28) Le transport de colis pour la VPC nécessite la livraison de paquets jusqu'à 31,5 kg et de catalogues de plus de 1 kg (service *Infopost Schwer*) ou de plus de 50 g (*Infopost*) à un grand nombre de particuliers, dans l'ensemble de l'Allemagne⁽⁴²⁾. Les colis ont en général un poids moyen de 2 kg, leur poids maximal étant de l'ordre de 31,5 kg. Ce sont presque exclusivement des colis «non volumineux»⁽⁴³⁾. Il s'agit de paquets qui, compte tenu de leurs dimensions maximales de 120 cm × 60 cm × 60 cm et de leur poids maximal de 31,5 kg peuvent être manipulés «mécaniquement», c'est-à-dire qu'ils sont empilables et peuvent être traités sur des bandes convoyeuses dans les centres de tri.
- (29) Bien qu'il y ait utilisation commune de certaines parties des infrastructures lors du traitement et du transport, les véhicules et le personnel nécessaires sont beaucoup plus importants en cas de distribution individuelle à des particuliers que pour les opérations «entreprise vers entreprise». Le fait que les destinataires soient disséminés a pour conséquence que, dans le cas des envois du secteur de la VPC, le nombre de paquets distribués à chaque arrêt du véhicule de distribution est très faible. En effet, il n'y a en général qu'un seul colis livré à chaque arrêt du véhicule, alors que pour les autres envois entre clients commerciaux, ce que l'on appelle les envois «entreprise vers entreprise», plusieurs colis sont en général livrés à chaque arrêt⁽⁴⁴⁾. À cela vient s'ajouter, dans le cas d'espèce, le fait que le niveau de prix pour les envois de la VPC en Allemagne est déterminé par la seule politique tarifaire de DPAG. Le niveau de prix sur ce marché résulte ainsi, non pas de l'offre de plusieurs opérateurs concurrents, mais seulement de la politique de prix de DPAG. Ce phénomène devient très apparent lorsque l'on compare les prix et les coûts de l'activité de colis pour le compte de la VPC, pour lesquelles des modalités financières spécifiques ont été négociées, avec ceux de l'activité B-to-B. En effet, pendant toute la période 1990-1999, les coûts unitaires pour la collecte, l'acheminement et la livraison d'un envoi de VPC, se sont situés à un niveau significativement supérieur aux coûts de collecte, d'acheminement et de livraison observés dans l'activité B-to-B. Pourtant, dans le même temps, DPAG réalisait des recettes unitaire dans l'activité B-to-B qui excédaient substantiellement ceux tirés des services de colis destinés à la VPC, pour lesquels des conditions financières spéciales avaient été conclues. Cette politique tarifaire de DPAG isole ces services de colis pour la VPC en Allemagne des autres activités de paquets commerciaux.
- (30) Le marché géographique en cause pour les services de transport de colis pour le secteur VPC est l'Allemagne. DPAG fournit la totalité de ses services sur ce marché en Allemagne, en utilisant les infrastructures nationales de la poste pour le transport de colis. D'après la jurisprudence constante du juge communautaire, le territoire d'un État membre constitue une partie substantielle du marché commun, au sens de l'article 82 du traité CE⁽⁴⁵⁾.

C. POSITION DOMINANTE

- (31) DPAG est la seule entreprise qui offre, en Allemagne, un service de distribution des paquets et des catalogues sur l'ensemble du territoire, qui répond aux besoins du secteur de la VPC⁽⁴⁶⁾. Ni UPS ni les autres concurrents du secteur «entreprise vers entreprise», *Deutscher Paket Dienst* («DPD») ou *German Parcel* («GP»), ne fournissent, à une certaine échelle, de services de transport de colis pour le secteur de la VPC. La société *Hermes Versand Service* («Hermes») n'a transporté des colis que pour la société *OTTO Versand*, jusqu'en 1999⁽⁴⁷⁾. À l'exception de *Hermes Paket Service*, il n'existe aucune autre société ayant un taux de couverture géographique total pour la livraison des colis⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴²⁾ D'après une enquête sur les consommateurs de l'ouest et de l'est de l'Allemagne *Verbraucher Analyse '92 West & Ost*, dans les anciens *Länder*, 29 % de l'ensemble des plus de 14 ans ont indiqué avoir placé une commande à la VPC au cours des douze derniers mois, contre plus de 66 % dans les nouveaux *Länder*. Une étude sur les magasins de VPC, *Versandhauskäufer*, réalisée quatre ans plus tard, en 1996, indiquait que dans les anciens *Länder*, 30,8 % de la population totale (plus de 14 ans) avaient passé une commande à la VPC au cours de l'année passée, contre 51,9 % dans les nouveaux *Länder*. Voir également la brochure *Versandhandel in Deutschland* (la VPC en Allemagne) de la fédération allemande des sociétés de vente par correspondance, p. 33.

⁽⁴³⁾ La part des colis volumineux pour la VPC a été inférieure à 1 % en 1999. Source: Ctcon, *Calcul des performances du service colis*, aperçu des quantités, état au 13 avril 2000, communiqué par DPAG par lettre du 20 avril 2000.

⁽⁴⁴⁾ DPAG estime que le nombre de colis qu'elle livre à chaque arrêt du véhicule, y compris pour le secteur de la VPC, est d'environ [...], alors qu'il est de l'ordre de 1,8 à 2,1 pour ceux de ses concurrents qui concentrent essentiellement leurs activités sur la distribution «entreprise vers entreprise». Voir rapport d'expertise de la société Ctcon, *Calcul des performances du service colis* 1995, p. 7, extrait du 13 mai 1997, remis par DPAG avec sa lettre du 15 mai 1997.

⁽⁴⁵⁾ Voir le dernier arrêt rendu en ce sens par le Tribunal de première instance, le 7 octobre 1999, dans l'affaire T-228/97 (*Irish Sugar*), Rec. II-2969, point 99.

⁽⁴⁶⁾ Voir secteur colis de *Deutsche Post AG* (1996), op. cit., annexe 1, p. 10.

⁽⁴⁷⁾ Ce transport en régie propre (environ 140 millions d'envois en 1999) ne fait pas partie du marché de produits en cause.

⁽⁴⁸⁾ DPAG ne nie pas être, en Allemagne, le seul opérateur possédant des infrastructures couvrant l'ensemble du territoire fédéral.

- (32) Le nombre de colis transportés par DPAG pour la VPC de 1995 à 1999 est le suivant: [...] millions en 1995, [...] millions en 1996, [...] millions en 1997, [...] millions en 1998 et [...] millions en 1999. Pour un volume total d'un plus de [...] millions d'envois par an cela représente pour DPAG une part de marché en volume de plus de 85 %. Les facteurs suivants sont également à l'origine de la position dominante de DPAG:
- Sur l'ensemble de la période pour laquelle des chiffres ont été transmis 1990-1999, la part de marché (en volume) de DPAG dans le secteur du transport de colis pour les entreprises de VPC en Allemagne s'est maintenue à environ 85 % ⁽⁴⁹⁾. (Les 10-15 % restants vont pour l'essentiel à des entreprises régionales, ce qui signifie que, en dehors de DPAG, il n'existe aucune entreprise opérant à l'échelon national).
 - La mise sur pied d'une deuxième infrastructure pour le secteur de la VPC nécessite la création d'un réseau de centres de dépôt et de tri reliés entre eux ainsi que de centres de distribution, ce qui exige, même de l'avis de l'expert de DPAG, des investissements de départ à fonds perdus considérables ⁽⁵⁰⁾. Les investissements nécessaires à la mise en place d'une infrastructure couvrant tout le territoire et permettant une distribution quotidienne ne se rentabilise qu'au-delà d'une «masse critique» d'environ 100 millions de paquets par an ⁽⁵¹⁾ (voir l'exemple de Hermes Versand mentionné ci-dessus).
 - DPAG a la faculté de créer des subventions croisées, ce qui n'est pas le cas de ses concurrents sur ce marché. Les recettes de DPAG dans le secteur réservé sont supérieures, et ce de façon stable depuis au moins [...], aux coûts de fourniture isolée de l'ensemble des services réservés (voir tableau 1) ⁽⁵²⁾. Voilà pourquoi le secteur réservé peut être considéré comme une source de subventions croisées ⁽⁵³⁾. Or, en raison de l'exclusivité accordée par la loi, cette situation est durable. En effet, le monopole légal pour le secteur réservé exclura largement la concurrence sur celui-ci, au moins jusque fin 2002, pour la distribution des lettres d'un poids maximal de 200 g.

D. ABUS DE POSITION DOMINANTE

Rabais de fidélité

- (33) Ainsi qu'il ressort de l'affaire Hoffmann-La Roche ⁽⁵⁴⁾, une entreprise qui se trouve en position dominante sur un marché ne peut pas passer avec un client un accord aux termes duquel celui-ci accepte de s'approvisionner pour la totalité ou pour une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise en position dominante ⁽⁵⁵⁾. Dans l'affaire Hoffmann-la Roche, la Cour a opéré la distinction suivante entre «rabais de fidélité» et «rabais de quantité»:
- Le rabais de quantité est exclusivement lié au volume des achats effectués auprès du producteur. Il est calculé en fonction de quantités fixées objectivement et qui valent de la même façon pour l'ensemble des acheteurs.
 - Le rabais de fidélité n'est pas lié à l'achat d'une quantité déterminée, mais aux besoins respectifs du client, ou à la plus grande partie d'entre eux. Dans ce cas, le rabais est consenti en tant que «contrepartie» de l'exclusivité des achats ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁴⁹⁾ Voir secteur «Colis de Deutsche Post AG» (1996), présentation et évaluation de la situation en vue de décider de la poursuite ou de l'arrêt du secteur, 1996, annexe I, p. 10. Voir également le bulletin d'information de la fédération des entreprises allemandes de VPC, d'après lequel DPAG transporte 92 % des colis de la VPC en Allemagne: *Versandhandel in Deutschland*, p. 17.

⁽⁵⁰⁾ Voir le rapport d'expertise *Eigenzustellung im Versandhandel als Alternative zur Zusammenarbeit mit der Post*, 15 septembre 2000, joint en annexe 8 à la lettre de DPAG du 6 octobre 2000, p. 7.

⁽⁵¹⁾ Voir le rapport d'expertise *Eigenzustellung im Versandhandel als Alternative zur Zusammenarbeit mit der Post*, 15 septembre 2000, joint en annexe 8 à la lettre de DPAG du 6 octobre 2000, p. 5: «Il n'est guère possible de parvenir à assurer une distribution quotidienne sur tout le territoire allemand avec des quantités inférieures à environ 100 millions d'envois par an».

⁽⁵²⁾ Le test des «coûts de fourniture isolée» est utilisé en économie pour déterminer la source de subventions croisées. Dans le cas présent, le secteur réservé constitue une garantie de recettes durables supérieures aux coûts encourus.

⁽⁵³⁾ Les subventions croisées supposent que pour au moins l'un des produits de l'entreprise, les recettes soient supérieures aux «coûts de fourniture isolée». Des subventions croisées à moyen ou à long terme supposent un accès durable à des moyens financiers qui doivent être pris dans d'autres secteurs de l'entreprise. Afin que cette source de financement soit durable, il faut que le marché en cause soit protégé de la concurrence par des barrières à l'entrée économiques ou institutionnelles. Or, le secteur réservé de DPAG constitue une barrière institutionnelle à l'entrée sur le marché.

⁽⁵⁴⁾ Arrêt du 13 février 1979 dans l'affaire 85/76, Hoffmann-La Roche, Rec. 1979, p. 461.

⁽⁵⁵⁾ Hoffmann-La Roche, point 89.

⁽⁵⁶⁾ Hoffmann-La Roche, points 95 et 96.

- Même lorsque le rabais de fidélité est lié à une quantité donnée, il n'est néanmoins pas accordé en fonction de cette quantité, mais simplement parce qu'il a été calculé que cette quantité constituait une évaluation de la capacité d'achat supposée du client concerné, le rabais n'étant pas lié à la quantité la plus grande possible, mais au pourcentage le plus élevé possible des besoins⁽⁵⁷⁾.
- (34) Les réductions accordées par DPAG depuis 1974 dans le domaine du transport de colis, qui figuraient dans les contrats-types décrits ci-dessus, étaient des rabais de fidélité au sens de la jurisprudence dans l'affaire Hoffmann-La Roche:
- Les contrats de coopération du 19 décembre 1974, du 3 août 1984, du 13 février 1987 et du 16 avril 1987 contenaient une disposition contraignant la société à confier à DPAG la totalité des colis non volumineux jusqu'à 10 ou 20 kg. Ainsi qu'il a été dit précédemment, la quasi-totalité des colis du secteur de la VPC étaient des envois «non volumineux»⁽⁵⁸⁾. L'expression «colis non volumineux» peut donc caractériser l'ensemble des colis du secteur de la VPC. Les contrats contenaient ainsi une disposition obligeant le client à faire transporter l'ensemble de ses colis jusqu'à 10-20 kg exclusivement par DPAG. Cette méthode de calcul liée uniquement aux besoins du client correspond à la méthode décrite par la Cour de justice dans l'arrêt Hoffmann-La Roche, aux points 94 à 96.
- Le contrat du 25 juin 1995 contenait une disposition stipulant que le prix spécial ne sera accordé qu'à condition que le client transfère l'année suivante à DPAG la quantité de colis qu'il faisait transporter l'année précédente par un concurrent, et ce en plus de la quantité d'envois déjà traitée par DPAG. Le texte du contrat ne visait donc pas la quantité de colis fournie — qui aurait été, selon une évaluation qui n'est d'ailleurs qu'approximative, de [...] millions de pièces — mais une augmentation du pourcentage des besoins du client qui aurait été traité par DPAG. Cette méthode de calcul liée uniquement aux besoins du client correspond à la méthode décrite par la Cour de justice dans l'arrêt Hoffmann-La Roche, aux points 94 à 96.
- Les quatre nouveaux accords de coopération conclus depuis novembre 1997 contenaient ainsi une disposition qui n'est pas liée à une quantité donnée, mais exclusivement aux besoins de chaque client, et qui accorde un rabais en «contrepartie» d'une couverture de la totalité des besoins du client par DPAG. Cette méthode de calcul liée exclusivement aux besoins totaux correspond aux contrats avec rabais «à taux uniforme» décrits par la Cour de justice dans l'affaire Hoffmann-La Roche, aux points 94 à 96⁽⁵⁹⁾.
- Le contrat du 28 septembre 1998 subordonnait le prix unitaire réduit au fait que le client fasse traiter l'ensemble de son volume de colis en tant qu'envois *Infopost Schwer*. Le rabais repose donc sur une méthode de calcul liée aux besoins du client, conformément aux points 94 à 96 de l'arrêt Hoffmann-La Roche.
- Le contrat du 2 novembre 1998 subordonnait la réduction de prix de [...] % à la condition que le client fasse transporter au moins [...] % de ses envois *Infopost* par DPAG. Bien que le texte du contrat s'arrêtait à première vue à fixer un volume annuel de [...] millions de paquets, il apparaît clairement à la lecture de son annexe 4 que ce chiffre correspondait exactement à [...] % du besoin de ce client au cours de l'année de référence 1997. Le fait que le client obtenait également le rabais de [...] % dans le cas d'un volume annuel inférieur à [...] millions, dès lors que la part traitée par la DPAG atteignait [...] % de son besoin total, milite aussi en faveur de la démonstration d'un lien, non pas avec les quantités mais en réalité avec les besoins. En outre, le taux du rabais augmentait proportionnellement à l'accroissement du pourcentage des besoins du client traité par DPAG. Cela correspond à la méthode qualifiée de «contrats avec rabais à taux croissant» aux points 97 à 100 de l'arrêt Hoffmann-La Roche. Selon cette méthode, le rabais s'élevait avec le pourcentage du besoin estimé qui était couvert dans le courant de l'année.

⁽⁵⁷⁾ Hoffmann-La Roche, point 98, dans lequel la Cour désigne le fait de lier l'évaluation des besoins annuels et l'octroi du rabais, qui augmente en fonction du taux de couverture de ces besoins, de «forme particulièrement élaborée de rabais de fidélité».

⁽⁵⁸⁾ Les colis volumineux (voir l'explication figurant ci-dessus à propos de l'article 25, paragraphe 3, de la loi sur la poste) sont utilisés pour l'envoi de vêtements ou d'installations complètes (meubles, cuisines équipées). Ils pèsent en général plus de 20 kg et ne constituent qu'une partie négligeable de la quantité totale des colis transportés (en 1999, les colis volumineux ne représentaient que 0,06 % de l'ensemble des colis transportés pour le secteur de la VPC. Source: Ctcon, *Calcul des résultats du secteur colis*, aperçu sur les quantités, état au 13 avril 2000, transmis par DPAG par lettre du 20 avril 2000).

⁽⁵⁹⁾ Le rabais «objectifs de vente» qui vient s'ajouter au rabais de fidélité n'a pas d'effets contraignants autres que l'obligation, de toute façon déjà prévue, de livrer la totalité des colis à traiter à DPAG.

— Les contrats du 26 mars 1999 et du 3 janvier 2000 subordonnaient le rabais au fait que le client confiait à DPAG au moins [...] % des envois *Infopost Schwer*. Le rabais augmentait proportionnellement à l'accroissement du pourcentage des besoins du client traité par DPAG. Cela correspond à la méthode qualifiée de «contrats avec rabais à taux croissant», aux points 97 à 100 de l'arrêt Hoffmann-La Roche. Le contrat de coopération du 26 mars 1999 corroborait cette rémunération de la fidélité en ce qu'il contenait en outre une disposition qui prévoyait le versement anticipé d'un rabais qui aurait normalement été dû ultérieurement, d'un montant de [...] millions de DEM. Ce versement anticipé était dû trois jours après la date de signature du contrat, c'est-à-dire le 30 mars 1999, avant que les autres dispositions du contrat n'entrent en vigueur au 1^{er} juin 1999, et ce sans que DPAG n'ait fourni la moindre prestation et que l'entreprise concernée n'ait fourni la moindre contrepartie présentant une valeur économique pour DPAG.

Concurrence d'éviction

- (35) On considère que des prix visent à évincer la concurrence lorsqu'une entreprise en position dominante propose un service à un prix inférieur à son coût de revient afin d'évincer des concurrents ou de les empêcher de s'implanter sur le marché, ce qui permettra à l'entreprise dominante de continuer à accroître globalement sa puissance. Les prix d'une faiblesse injustifiée sont contraires à l'article 82 du traité CE. Conformément à la jurisprudence du juge communautaire, un prix constitue un abus s'il est inférieur à la moyenne des coûts variables moyens de l'entreprise en position dominante⁽⁶⁰⁾. Cette règle a été posée dans l'arrêt AKZO, dans lequel la Cour de justice définit les coûts variables comme «ceux qui varient en fonction des quantités produites»⁽⁶¹⁾. Lors de la détermination des coûts variant en fonction des quantités produites, il faudra prendre en considération, en faveur de DPAG, la distinction opérée précédemment entre coûts fixes communs, d'une part, et coûts incrémentaux. Dans le cadre de la mission de service public, seuls les coûts incrémentaux varient en fonction de la quantité.
- (36) Compte tenu de ce qui a été dit précédemment à propos du rapport entre les coûts de maintien des capacités et les coûts d'exploitation, on peut faire les observations suivantes sur les activités de DPAG autres que celles liées au secteur réservé: de 1990 à 1995, les recettes de DPAG dans le secteur de l'envoi de colis pour la VPC ont été inférieures aux coûts incrémentaux y afférents (voir tableau 3). Cela signifie que de 1990 à 1995, chaque vente de DPAG dans le secteur de l'envoi de colis pour la VPC impliquait une perte comprenant l'ensemble des coûts de maintien des capacités et au moins une partie des coûts incrémentaux. Cela signifiait que toute vente supplémentaire, outre le fait qu'elle impliquait une perte équivalant à au moins une partie de ces coûts incrémentaux, ne contribuait en aucune manière à la couverture des coûts de maintien des capacités de l'entreprise. Une telle politique de prix est contraire aux intérêts économiques de l'entreprise. Dans ces conditions DPAG n'avait aucun intérêt économique à fournir un tel service. Elle aurait pu améliorer son profit global, soit en relevant le prix à un niveau supérieur aux coûts incrémentaux spécifiques, soit, dans l'hypothèse où un prix plus élevé ne serait pas commercialement viable, en renonçant purement à la fourniture de ce service, puisque les revenus tirés du prix actuel sont inférieurs aux coûts incrémentaux suscités par cette activité. Le fait que DPAG se maintiendrait sur ce marché, sans perspectives d'amélioration, dans un proche avenir, de ses recettes, empêcherait d'autres concurrents qui seraient, eux, en mesure de fournir ce service en couvrant leurs frais, d'opérer sur ce marché.

Répercussion sur la concurrence

- (37) Contrairement à ce que soutient DPAG, les rabais de fidélité contestés sont susceptibles de se répercuter sur les possibilités de concurrence d'autres prestataires de services d'envoi de colis pour la VPC. En effet, pour pouvoir pénétrer avec succès sur ce marché, il faut déjà atteindre une certaine taille (environ 100 millions de colis ou de catalogues), ce qui revient à s'assurer le volume d'envois d'au

⁽⁶⁰⁾ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 3 juillet 1991, affaire C-62/86 (AKZO contre Commission), Rec. 1991, p. I-3359 et arrêt du Tribunal de première instance du 1^{er} avril 1993, affaire T-65/89 (BPB Industries et British Gypsum), Rec. 1993, p. II-389.

⁽⁶¹⁾ Voir note 60 de bas de page, arrêt précité au point 71.

moins deux gros clients du secteur. Par la politique de rabais qu'elle pratiquait en faveur de ses plus gros clients, DPAG empêchait sciemment ses concurrents d'atteindre cette «masse critique» de 100 millions de colis par an environ. C'est ainsi que, précisément pendant la période au cours de laquelle DPAG n'a pas réussi à couvrir ses coûts incrémentaux (1990-1995), la politique des rabais de fidélité a contribué de façon déterminante à ce que, du fait de l'«effet d'aspiration» provoqué par ces rabais, une structure de l'offre fonctionnant de façon non économique a pu se maintenir sur le marché de l'envoi de colis pour la VPC. Cette structure était caractérisée par les éléments suivants:

- il y a eu gaspillage de ressources, dans la mesure où l'opérateur dominant, du fait qu'il ne pouvait couvrir ses coûts incrémentaux, a dû procéder durablement à des subventions croisées à partir du secteur réservé,
- des solutions économiquement plus efficaces, qui peuvent fonctionner de façon rentable sans ce type de subvention, n'ont pas pu se mettre en place,
- la prestation des services d'envoi de colis pour la PVC a suscité l'utilisation de ressources beaucoup plus importantes que celles qui seraient normalement nécessaires ⁽⁶²⁾,
- les consommateurs du secteur réservé étaient tenus de financer un gaspillage évitable de ressources rares.

- (38) Les rabais de quantités convenus par DPAG, depuis novembre 1997, avec quatre de ses gros clients dans le cadre des contrats de coopération ont manifestement eu un effet équivalent à une obligation d'achat exclusif. Sur l'ensemble des années pour lesquelles la Commission dispose de chiffres, les envois de colis effectivement traités par DPAG dans le cadre des accords de coopération ont représenté près de [...] % des besoins de l'ensemble des clients concernés ⁽⁶³⁾. En outre, la politique des rabais de fidélité a également entravé la concurrence émanant du secteur de la VPC lui-même. En effet, d'autres centres de distribution, même s'ils ne servent dans un premier temps qu'à couvrir les besoins propres en matière d'envoi de colis ou de catalogues, peuvent se développer pour constituer ensuite un réseau concurrent ⁽⁶⁴⁾. Dès qu'un réseau atteint la masse critique, il peut devenir une solution de remplacement complète de DPAG ⁽⁶⁵⁾. Les accords sur les rabais de fidélité ont eu pour conséquence que les entreprises de VPC ont renoncé à mettre en place d'autres structures de distribution, et ce tant que cela risquait de mettre en péril l'obligation de fidélité, et donc les prix spéciaux qui y étaient liés. Cela empêchait la mise en place d'une concurrence potentielle émanant d'autres réseaux.
- (39) Les accords répétés sur les rabais de fidélité que DPAG a conclus avec les quatre principaux clients du secteur de la VPC permettent de conclure, conformément à la jurisprudence de la juge communautaire, qu'elle souhaite se lier les clients et entraver ou éliminer ainsi la concurrence ⁽⁶⁶⁾. Il ressort d'une jurisprudence constante de la Cour que des rabais liés à la couverture d'un pourcentage donné des besoins du client ont un «effet d'aspiration» défavorable à la concurrence, du seul fait de leur mode de calcul. Les clients qui ont conclu de tels accords de rabais seront systématiquement tentés

⁽⁶²⁾ Voir à ce propos William J. Baumol et J. Gregory Sidak, *Toward Competition in Local Telephony*, page 66: «... il s'ensuivra que la prestation du [produit] X aux clients nécessitera des ressources plus importantes que le minimum nécessaire, ce qui est manifestement contraire aux principes de l'efficacité économique».

⁽⁶³⁾ Voir le tableau des chiffres d'affaires, des ventes et des recettes unitaires nettes concernant les huit plus gros clients de la VPC pour la période 1996-1999, remis par DPAG le 14 juillet 2000.

⁽⁶⁴⁾ Cette évolution est d'ailleurs confirmée par l'exemple de la société Otto-Versand, cité par DPAG: la société allemande Hermes Versand Service, qui est une filiale de Otto-Versand opérant dans le secteur de la livraison de colis, est devenue, d'après ses propres indications, le sixième prestataire de services de livraison express de courrier et de colis en Allemagne, avec 141,6 millions de colis distribués en 2000 (chiffre d'affaires 1999: 337 millions d'euros). Cet exemple montre qu'une société créée initialement pour satisfaire les besoins propres d'une entreprise de VPC peut devenir, dès lors qu'elle traite un certain nombre d'envois, un concurrent de DPAG qui transportera également des colis pour des tiers, afin de mieux utiliser ses capacités.

⁽⁶⁵⁾ En 2000, Hermes Versand Service indique avoir ouvert son troisième «PaketShop». Ces centres de dépôt de colis sont implantés dans d'autres commerces comme par exemple, des librairies et des bureaux de tabac, des magasins de photocopie, des magasins de boissons et des pressings. Hermes Versand propose ainsi un service global pour les entreprises de VPC, y compris en ce qui concerne les retours.

⁽⁶⁶⁾ Voir arrêt du Tribunal de première instance du 7 octobre 1999, affaire T-228/97, *Irish Sugar*, point 213, Hoffmann-La Roche, citée ci-dessus, point 90, et arrêt de la Cour de justice du 9 novembre 1983, affaire 322/81, Michelin, Rec. 1983, p. 3461, point 85.

de faire transporter leurs colis exclusivement par l'entreprise qui leur accorde ce rabais. En outre, un rabais lié à la réalisation d'un pourcentage donné des besoins du client a, compte tenu de son mode de calcul, un effet d'entrave sans rapport avec les performances. En effet, les concurrents seront obligés d'accorder des réductions de prix afin de compenser les pertes subies par les clients s'il font couvrir un pourcentage moindre de leurs besoins par DPAG, qui ne leur consentira alors plus des rabais aussi importants.

- (40) Selon la jurisprudence du juge communautaire, il est également établi que la notion d'«exploitation abusive» constitue une «notion objective» et, dès lors, le comportement d'une entreprise en position dominante peut être considéré comme abusif, au sens de l'article 82 du traité CE, en dehors de toute faute⁽⁶⁷⁾. DPAG ne peut donc pas prétendre que lors de sa phase de transition d'une autorité administrative à une entreprise gérée selon les principes d'une économie de marché, ses fonctionnaires n'auraient, du fait d'une ignorance bien excusable, pas su quelles étaient les responsabilités propres à une entreprise en position dominante.
- (41) DPAG ne peut pas non plus prétendre en l'espèce que ce sont ses gros clients qui l'ont obligée à leur accorder les rabais de fidélité, du fait de la puissance qui est la leur. En effet conformément à la jurisprudence dans l'arrêt Hoffmann-La Roche, une entreprise se trouvant en position dominante ne peut pas lier des clients, fût-ce à leur demande, par l'obligation de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès de cette entreprise⁽⁶⁸⁾. Enfin, DPAG ne peut pas non plus faire valoir que ni elle-même, ni ses clients n'ont jamais considéré que les accords en cause sur les rabais de fidélité avaient un effet contraignant. En effet, la présente affaire montre au contraire que les gros clients du secteur de la VPC ont confié à DPAG, conformément à leurs obligations contractuelles, la totalité, ou au moins un pourcentage élevé, de leur volume de colis.

E. EFFETS SUR LES ÉCHANGES ENTRE ÉTATS MEMBRES

- (42) La politique des rabais de fidélité, renforcée entre 1990 et 1995 par la fixation de prix inférieurs aux coûts incrémentaux pour les envois de colis pour la VPC, ont eu, en raison d'un effet «d'aspiration» qui découlait du système de rabais de fidélité, des répercussions globales sur les échanges entre États membres. La concentration de l'activité sur DPAG du fait des rabais de fidélité a empêché que la VPC allemande ne se tourne vers des opérateurs d'autres États membres. Il est clair qu'aucun opérateur d'autres États membres opérant dans ce secteur d'activité n'est parvenu à prendre pied de manière significative sur le marché allemand des services de colis. Le marché allemand était ainsi isolé de la concurrence des autres États membres. La politique de rabais et de prix pratiquée par DPAG a donc eu des répercussions négatives considérables, et contraires au bon fonctionnement du marché intérieur, sur les échanges entre États membres.

F. ARTICLE 86, PARAGRAPHE 2, DU TRAITÉ CE

- (43) DPAG ne s'appuie pas sur la dérogation prévue à l'article 86, paragraphe 2, pour justifier sa politique de rabais de fidélité dans le secteur du transport de colis pour certaines grosses entreprises de VPC. En outre, DPAG n'a pas non plus réussi à expliquer dans quelle mesure les rabais de fidélité convenus avec ses clients contribueraient à remplir un service qui lui incomberait dans le cadre d'une mission d'intérêt économique général. DPAG ne peut pas davantage se retrancher derrière le fait qu'une augmentation des prix les amenant au moins au niveau des coûts incrémentaux de l'envoi de colis pour la VPC, l'empêcherait de fournir l'un des services d'intérêt général qui lui sont imposés. Au contraire, des recettes supérieures aux coûts incrémentaux constitueraient précisément le meilleur moyen, comme DPAG reconnaît elle-même, d'obtenir des fonds pour couvrir les coûts de maintien de la capacité de réserve imposés par sa mission de service public⁽⁶⁹⁾. Or, des ventes effectuées à des prix inférieurs à ce seuil ne permettent justement pas d'obtenir des fonds contribuant au maintien de la capacité et sont même, de ce fait, défavorables à l'exécution de la mission de service public.

⁽⁶⁷⁾ Arrêt du Tribunal de première instance du 1^{er} avril 1993 dans l'affaire T-65/89, BPB Industries et British Gypsum, Rec. 1993, p. 389, point 70.

⁽⁶⁸⁾ Arrêt Hoffmann-La Roche précité, point 89.

⁽⁶⁹⁾ Lettre de DPAG du 9 mars 2000, p. 5 à 7.

- (44) Il n'existe d'ailleurs actuellement aucune disposition officielle contraignant DPAG à conclure, pour le transport des colis qui ne sont pas remis aux guichets, des contrats proposant des prix spéciaux qui ne couvrent même pas les coûts incrémentaux liés à la prestation de ces services. Ni DPAG ni l'enquête de la Commission n'ont permis de mettre en évidence aucune disposition officielle indiquant à DPAG un niveau de prix déterminé à respecter lorsqu'elle conclut des accords portant sur des prix spéciaux. Les dispositions invoquées par DPAG, comme par exemple la loi sur la réglementation du secteur des télécommunications et des postes, ne contiennent que des prescriptions générales, mais ne disent rien de concret sur le niveau de prix à appliquer dans des cas individuels ⁽⁷⁰⁾. On peut tout au plus considérer que l'article 37 de la loi sur l'organisation de la poste, en vigueur depuis 1989, contenait des prescriptions indirectes en matière de prix. Il stipulait en effet que DPAG devait en règle générale, pour chacun des services qu'elle assure, couvrir intégralement les coûts supportés et réaliser un bénéfice approprié ⁽⁷¹⁾. Cette prescription va même au-delà de la couverture des coûts incrémentaux réclamée dans la présente décision ⁽⁷²⁾.
- (45) En tout état de cause, la Commission estime que les rabais de fidélité, liés à des prix inférieurs aux coûts incrémentaux, entravent les échanges dans une mesure contraire à l'intérêt communautaire. Comme il a déjà été exposé, ce comportement entraîne un isolement du marché allemand du transport de colis pour les entreprises de VPC. Cet isolement d'un marché national entrave les échanges dans une mesure largement contraire aux intérêts de la Communauté.

G. ARTICLE 3 DU RÈGLEMENT N° 17

- (46) Même si rien ne permet de penser qu'il persiste actuellement, dans le secteur des envois de colis pour la VPC, des accords sur des rabais de fidélité, la Commission doit garantir que DPAG a véritablement mis fin, de manière durable, à sa politique de rabais de fidélité et que, à l'avenir, DPAG renoncera à tout accord sur des rabais de cette nature ⁽⁷³⁾.
- (47) S'agissant de la non-couverture des coûts incrémentaux spécifiques au cours de la période 1990-1995, il n'est pas exigé d'amende, car il n'y avait jusqu'à présent pas de période établie à la question de savoir quel standard de couverture des coûts devait s'appliquer aux services exposés à la concurrence d'une entreprise «multiproduits» ou «multiservices» qui bénéficierait d'un domaine réservé. Milite également contre une amende pécuniaire à ce titre le fait que DPAG, dès qu'elle eut connaissance, dans le cadre de la communication du 7 août 2000 des griefs et des procédures subséquentes, des principes économiques développés ici, s'engagea à mettre en place une transparence complète des relations financières entre le domaine réservé et les services de paquets fournis en concurrence.
- (48) Même s'il n'existe aucune indication que les services de colis de DPAG pour la VPC sont vendus à un prix inférieur aux coûts incrémentaux spécifiques, la Commission considère opportun — compte tenu des motifs exposés ci-après — d'arrêter une décision dans la présente affaire ⁽⁷⁴⁾.

— Par la présente décision, la Commission constate que des prix inférieurs aux coûts incrémentaux dans des secteurs autres que le «service-guichet» constituent une infraction à l'article 82 du traité CE. DPAG n'a pas reconnu, contrairement à son attitude au sujet des rabais de fidélité, que des prix inférieurs aux coûts incrémentaux spécifiques constituent une infraction à l'article 82 du traité CE.

⁽⁷⁰⁾ L'article 2 de la PRegG définit l'objectif suivant: «Assurer l'égalité des chances entre les zones rurales et les zones urbaines dans la prestation des services postaux réservés et obligatoires, en garantissant des tarifs uniformes sur l'ensemble du territoire.»

⁽⁷¹⁾ Dans l'exposé des motifs, le gouvernement fédéral explique en ces termes l'objet de cette disposition: «Le paragraphe 2 contient un principe qui présente également de l'importance pour le montant de la rémunération des services, à savoir qu'il convient en règle générale, pour chaque service, de couvrir l'intégralité des coûts et de réaliser un bénéfice approprié. Cela n'est pas toujours possible. C'est ainsi par exemple que les conditions du marché dans le secteur des services réservés peuvent, pour des raisons liées aux infrastructures, ne permettre exceptionnellement qu'une couverture partielle des coûts, les coûts variables devant alors au moins être couverts.» (Parlement allemand — 11^e session, document 11/2854).

⁽⁷²⁾ L'article 6, paragraphe 4, du décret sur la protection des clients de la poste, cité par DPAG dans ses lettres du 6 juin 2000 (p. 4 à 6) et du 6 octobre 2000 (p. 7 et 16), s'applique uniquement à la rémunération des services réservés et n'est pas applicable aux envois de colis du service non réservé. Du reste, cette disposition prévoit également que les prix doivent être déterminés en fonction des coûts, tant en ce qui concerne leur montant que leur structure.

⁽⁷³⁾ Voir l'arrêt du Tribunal de première instance du 6 juillet 2000, affaire T-62/98 (Volkswagen AG), (non encore publié).

⁽⁷⁴⁾ Voir arrêt de la Cour de justice du 2 mars 1983, affaire 7/82, [Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL)], Rec. 1983, p. 483.

- La Commission estime qu'une décision formelle sur ce point est de nature à clarifier sa position. Elle permettra non seulement à DPAG, mais également à d'autres entreprises qui pourraient se comporter de manière similaire, ou prévoir de le faire, de mettre définitivement fin à ce type de comportement. En outre, la sécurité juridique liée à une telle décision de la Commission ne peut qu'être de l'intérêt des autres concurrents potentiels.

H. ARTICLE 15 DU RÈGLEMENT N° 17

- (49) Conformément à l'article 15 du règlement n° 17, les infractions à l'article 82 du traité CE peuvent faire l'objet d'amendes d'un montant d'un million d'euros au plus ou de 10 % du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice précédent, selon celui de ces deux montants qui est le plus élevé. La durée, la persistance et l'importance des rabais de fidélité convenus par DPAG dans le secteur de l'envoi de colis pour la VPC permettent de conclure que les présentes infractions ont été commises de propos délibéré. Pour déterminer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération, outre la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci.

Gravité de l'infraction

- (50) Une politique de rabais de fidélité appliquée par une entreprise en position dominante sur le marché sur lequel elle occupe cette position est considérée comme une infraction grave ⁽⁷⁵⁾. Des rabais de fidélité accordés par des entreprises en position dominante ont déjà été condamnés à plusieurs reprises par la Cour de justice. Dans la présente affaire, ces abus ont été commis dans l'intention, d'ailleurs atteinte, d'une part, d'éliminer du marché du transport de colis en Allemagne les concurrents privés de DPAG et, d'autre part, d'empêcher la création d'autres infrastructures de distribution par le secteur de la VPC («régie propre») ⁽⁷⁶⁾. La politique de rabais et de prix pratiquée par DPAG a eu des répercussions négatives très importantes sur la concurrence dans le secteur du transport de colis pour les entreprises VPC. Malgré les avantages économiques qu'auraient apportés d'autres réseaux de distribution fonctionnant de façon efficace et avec une pleine couverture de leurs coûts, DPAG a réussi à conserver une part du marché allemand de l'envoi de colis pour la VPC qui s'est maintenue à plus de 85 %. Compte tenu de ce qui précède, l'amende est fixée à 12 millions d'euros, un montant qui tient compte de la gravité, de l'ampleur et des répercussions de l'infraction.

Durée de l'infraction

- (51) Les infractions ont été commises de façon répétée et systématique. Elles ont duré au total de 1974 à 2000, mais se sont accentuées dans un passé récent (voir considérant 23), de novembre 1997 à octobre 2000. Il s'agit donc d'une infraction de longue durée. D'après les lignes directrices pour le calcul des amendes, il est possible d'augmenter de 10 % par année le montant calculé pour la gravité de l'infraction. Pour la période allant de novembre 1997 à octobre 2000, la Commission considère appropriée une augmentation de 30 %. Pour la période s'étalant de 1974 à 1997, la Commission tient une augmentation de 70 % pour appropriée. L'amende est ainsi fixée à 24 millions d'euros.

Circonstances aggravantes et atténuantes

- (52) Il n'y a pas de circonstances aggravantes ni atténuantes. En règle générale, la Commission peut prendre en considération comme circonstance atténuante le fait qu'une entreprise, après avoir reçu une communication des griefs, informe la Commission qu'elle ne conteste pas la matérialité des faits sur lesquels la Commission fonde ses accusations. Il n'apparaît toutefois pas approprié d'appliquer cette règle dans le cas présent. En effet, dans le cas d'espèce, les contrats en cause, qui incluent l'accord sur les rabais de fidélité, sont la base factuelle qui permet à la Commission de conclure que DPAG a accordé de tels rabais. Dans ces circonstances, le fait que DPAG n'a pas contesté l'existence de ces contrats lors de l'audition du 9 novembre 2000 ne peut pas être considéré comme une circonstance atténuante,

⁽⁷⁵⁾ Voir les lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17 (lignes directrices), JO C 9 du 14.1.1998, p. 3, point A.

⁽⁷⁶⁾ En ce qui concerne le rôle des autres structures de distribution comme source de concurrence économiquement souhaitable, voir considérants 37 et 38.

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

1. De 1974 à 2000, la société Deutsche Post AG (DPAG) a enfreint l'article 82 du traité CE en accordant des prix spéciaux à des clients du secteur du transport de colis pour les entreprises de VPC, à la seule condition que ces clients s'engagent à faire traiter par DPAG l'ensemble de leurs colis non volumineux d'un poids allant jusqu'à 20 ou 31,5 kg ou de leurs catalogues de plus d'1 kg distribués dans le cadre du système *Infopost Schwer*, ou un pourcentage aussi élevé que possible de ces envois.
2. Deutsche Post AG a enfreint l'article 82 du traité CE de 1990 à 1995 en proposant d'assurer le transport de colis pour le secteur de la VPC à des prix inférieurs aux coûts incrémentaux.

Article 2

1. DPAG doit mettre fin sans délai aux infractions mentionnées à l'article 1^{er}, paragraphe 1, et s'abstenir à l'avenir de répéter les actes ou les comportements mentionnés à l'article 1^{er}, paragraphe 1.
2. DPAG transmet à la Commission, à la fin de chaque exercice, le compte d'exploitation de sa nouvelle filiale dans le domaine du transport de colis commerciaux («la nouvelle société»). DPAG remettra également chaque année la liste des prix de transfert que la nouvelle société aura payés pour les différents services et biens achetés à DPAG.

DPAG transmet à la Commission l'ensemble des accords relatifs à des rabais que la nouvelle société conclura avec les six plus gros clients du secteur de la vente par correspondance. Ces obligations commencent avec le premier exercice de la nouvelle société et prennent fin au terme du troisième exercice.

Article 3

1. Compte tenu de l'infraction mentionnée à l'article 1^{er}, paragraphe 1, une amende de 24 millions d'euros est infligée à DPAG.
2. Le montant de cette amende est payable en euros, dans un délai de trois mois à compter de la réception de la notification de la présente décision, au compte n° 642-0029000-95 (code IBAN: BE 76 6420 0290 0095; code SWIFT: BBVABEBB) ouvert au nom de la Commission européenne auprès de la Banco Bilbao Vizcaya Argentaria BBVA, Avenue des Arts 43, B-1040 Bruxelles.

À l'expiration de ce délai, des intérêts de retard sont automatiquement dus au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement au premier jour ouvrable du mois au cours duquel la présente décision a été arrêtée, majoré de 3,5 points de pourcentage, soit un taux global de 8,28 %.

Article 4

La société

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

est destinataire de la présente décision.

Article 5

La présente décision forme titre exécutoire conformément à l'article 256 du traité CE.

Fait à Bruxelles, le 20 mars 2001.

Par la Commission

Mario MONTI

Membre de la Commission