

COMISIÓN

DECISIÓN DE LA COMISIÓN
de 20 de marzo de 2001
en un procedimiento con arreglo al artículo 82 del Tratado CE
(Asunto COMP/35.141 — Deutsche Post AG)
[notificada con el número C(2001) 728]
(El texto en lengua alemana es el único auténtico)
(Texto pertinente a efectos del EEE)

(2001/354/CE)

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

Visto el Reglamento n° 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado ⁽¹⁾, cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) n° 1216/1999 ⁽²⁾, y, en particular, su artículo 3 y el apartado 2 de su artículo 15,

Vista la denuncia presentada el 7 de julio de 1994 por United Parcel Service, en la que se alegan infracciones contra el artículo 82 del Tratado CE por parte de Deutsche Post AG y se insta a la Comisión a poner fin a tales infracciones,

Vista la decisión de la Comisión, de 7 de agosto de 2000, de incoar un procedimiento en este asunto,

Vista la decisión de la Comisión, de 4 de octubre de 2000, de ampliar el procedimiento incoado en este asunto el 7 de agosto de 2000,

Tras oír a las empresas afectadas, con arreglo al apartado 1 del artículo 19 del Reglamento n° 17 y al Reglamento (CE) n° 2842/98 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1998, relativo a las audiencias en determinados procedimientos en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE ⁽³⁾,

Tras oír al Comité consultivo de acuerdos y posiciones dominantes,

Considerando lo siguiente:

I. HECHOS

A. EL DENUNCIANTE

- (1) El denunciante, United Parcel Service («UPS»), es una empresa privada estadounidense con sede en Atlanta, Georgia (Estados Unidos). UPS es uno de los principales competidores de Deutsche Post AG en el sector de los servicios de paquetería entre clientes empresariales, el llamado ámbito *business-to-business* («B2B»). Según afirmación de la propia empresa, en una medida reducida también presta servicios de paquetería para el sector de la venta a distancia, el llamado ámbito *business-to-consumer* («B2C»).

⁽¹⁾ DO 13 de 21.2.1962, p. 204/62.

⁽²⁾ DO L 148 de 15.6.1999, p. 5.

⁽³⁾ DO L 354 de 30.12.1998, p. 18.

B. LA EMPRESA AFECTADA

- (2) Deutsche Post AG («DPAG») es una sociedad anónima creada en el año 1995 a partir de la empresa de patrimonio especial Deutsche Bundespost Postdienst («DBP»). A su vez DBP era, desde la entrada en vigor el 1 de julio de 1989 de la Ley de servicios postales (*Postverfassungsgesetz*, «PostVerfG»), el departamento a cargo de los servicios postales de la antigua Deutsche Bundespost («BP»). Antes del 1 de julio de 1989, era la propia BP la que prestaba los servicios postales. En adelante, con las siglas DPAG se aludirá de manera uniforme a DPAG, DBP y BP. La actividad principal de DPAG consiste en el despacho de envíos postales. En este ámbito, DPAG goza por ley del derecho exclusivo de despachar los envíos de correspondencia hasta un peso de 200 g (el «ámbito reservado») ⁽⁴⁾. En el año 1998, el volumen de negocios de DPAG en el ámbito reservado ascendió a [...] ^(*) millones de marcos alemanes y representó casi el [...] % de la cifra de negocios total de la empresa, que se elevó a 28 600 millones de marcos alemanes. Del cálculo de los ingresos y gastos anuales presentado por DPAG se deduce que el ámbito reservado arroja beneficios al menos desde el año [...] ⁽⁵⁾.

Cuadro 1

Ingresos y gastos de DPAG en el ámbito reservado 1990-1999

(en millones de marcos alemanes)

Año	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
Ingresos	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Gastos	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Beneficio	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

C. LA DENUNCIA

- (3) En su solicitud presentada en julio de 1994, con arreglo al artículo 3 del Reglamento nº 17, el demandante, UPS, alegó que DPAG utilizaba los beneficios procedentes del lucrativo monopolio de los envíos de correspondencia para financiar unas ventas que no cubrían los costes en el ámbito de los servicios de paquetería empresarial. Estimaba que, de no ser por esta «subvención cruzada» desde el ámbito reservado, DPAG no habría podido financiar las prolongadas pérdidas en el sector de los servicios de paquetería prestados en condiciones de competencia. Por ello, el denunciante solicita la prohibición de las ventas por debajo de los costes de producción y la separación estructural del ámbito reservado del ámbito no reservado de los servicios de paquetería empresarial. Considera que, de lo contrario, incluso las empresas eficientes serán incapaces de hacer frente a la presión de precios de DPAG en el ámbito de los servicios de paquetería prestados en condiciones de competencia.

D. SERVICIOS DE PAQUETERÍA PARA LA VENTA A DISTANCIA

- (4) La presente Decisión se refiere a la concesión de descuentos y a la configuración de precios de DPAG en el ámbito de los servicios de paquetería para la venta a distancia en Alemania. Los servicios de paquetería, incluidos los del ámbito de la venta a distancia, no están reservados en Alemania. De hecho, desde el año 1976, aproximadamente, hay competencia en el mercado alemán de servicios de paquetería, sobre todo en el ámbito del despacho de paquetes B2B. Los servicios de paquetería para la venta a distancia representan, con gran diferencia, el principal segmento de clientes de DPAG en el ámbito de la paquetería empresarial ⁽⁶⁾.

E. EL CONCEPTO ECONÓMICO DE LA «SUBVENCIÓN CRUZADA»

- (5) La queja principal del denunciante se refiere a que DPAG ofrece sus servicios de paquetería empresarial por debajo de su coste con el objetivo de desplazar a los competidores de este ámbito. Según el denunciante, DPAG cubre las pérdidas resultantes con los beneficios obtenidos en el ámbito reservado. De esta manera, DPAG realiza una «subvención cruzada», perjudicial para la competencia, de los servicios de paquetería empresarial con fondos procedentes de los servicios de correspondencia reservados.

⁽⁴⁾ Véase el artículo 51 de la Ley de servicios postales (*Postgesetz*): «Hasta el 31 de diciembre de 2002, Deutsche Post AG dispondrá del derecho exclusivo de realizar los envíos de correspondencia y catálogos con destinatario cuyo peso individual sea inferior a 200 g y cuyo precio individual no supere el quintuplo del precio vigente a 31 de diciembre de 1997 para los envíos de correspondencia de la categoría de peso más baja (licencia legal de exclusividad)».

^(*) Secretos comerciales. La información que constituye un secreto comercial se ha eliminado del texto y sustituido por corchetes.

⁽⁵⁾ Véase la carta de DPAG de 23 de diciembre de 1999, anexo 1.

⁽⁶⁾ Véase el anexo 2 de la carta de DPAG de 6 de diciembre de 1999.

Conceptos de costes pertinentes

- (6) Desde un punto de vista económico cabe hablar de «subvención cruzada» cuando, por un lado, los ingresos de un servicio no son suficientes para cubrir los costes adicionales específicos «incremental costs» ⁽⁷⁾ imputables a dicho servicio y, por otro, existe un servicio o todo un ámbito empresarial cuyos ingresos superan los costes *stand-alone*. La sobrecobertura de los costes *stand-alone* indica la fuente de la subvención cruzada, y la infracobertura de los costes adicionales específicos vinculados a la prestación, el destino de dicha subvención. En el presente caso, el ámbito reservado puede constituir una fuente de financiación duradera, dado que las cifras facilitadas por DPAG en el cuadro 1 demuestran que los ingresos totales del ámbito reservado superan los costes *stand-alone* ⁽⁸⁾.
- (7) Por tanto, para determinar si están cubiertos los costes adicionales vinculados a la prestación de los servicios de paquetería para la venta a distancia se han de distinguir los costes vinculados a la prestación que únicamente se producen en concepto de la prestación de dicho servicio de los costes fijos comunes, que no son solamente imputables a tal servicio.

Incidencia del mandato de servicio público de DPAG

- (8) Al determinar la proporción de los costes fijos comunes se ha de tener en cuenta que DPAG, por mandato legal, ha de mantener a disposición una capacidad de reserva suficiente para cubrir en todo momento una demanda máxima en ventanilla con arreglo a las normas de calidad legalmente establecidas ⁽⁹⁾. Aunque DPAG dejara de ofrecer servicios de paquetería para la venta a distancia, seguiría teniendo la obligación frente a estos clientes de despachar los paquetes y catálogos en ventanilla en los plazos establecidos. Esta obligación se deriva del imperativo de contratación general, en virtud del cual todo usuario potencial del servicio de correos tiene el derecho de hacer uso de los servicios de paquetería de DPAG en ventanilla, a precios unitarios y con arreglo a una calidad de servicio preestablecida. Frente a lo que ocurre con una empresa privada como UPS, por ejemplo, DPAG no dispone, en caso de abandono de un determinado servicio, de la posibilidad de reducir sus recursos personales o materiales de forma proporcional a ese descenso cuantitativo. Incluso en caso de suspender el servicio de paquetería en cuestión, debe mantener en reserva una parte suficiente de sus recursos personales y materiales que le permita realizar el despacho en ventanilla conforme a las normas de calidad legalmente establecidas (cobertura de todo el territorio en un plazo de dos días laborables a partir de la entrega para el 80 % de los envíos). Esta obligación de puesta a disposición de una capacidad de reserva se conoce en el mundo de las ciencias económicas con el término de *carrier of last resort* ⁽¹⁰⁾.
- (9) Si DPAG, en virtud de su mandato de servicio público, pone a disposición una infraestructura, se ha de efectuar la siguiente distinción entre los costes comunes de puesta a disposición y los costes adicionales vinculados a la prestación de los distintos servicios:
- Los costes de puesta a disposición se generan, al margen de los servicios ofrecidos y del volumen de paquetes despachado, únicamente por la puesta a disposición de las capacidades, que brinda a todos los ciudadanos la posibilidad de entregar paquetes en ventanilla para su envío en unas condiciones preestablecidas. Los costes derivados de la obligación legal de puesta a disposición de una opción de envío a precios unitarios y abierta a todos los ciudadanos aumentan la proporción de los costes fijos comunes del *carrier of last resort* en comparación con las empresas que no

⁽⁷⁾ Los costes adicionales específicos vinculados a la prestación (*incremental costs*) sólo abarcan aquellos costes en que se incurre únicamente a raíz de la prestación de un servicio de paquetería concreto. Los *incremental costs* no abarcan los costes fijos, en los que no se incurre únicamente a raíz de la prestación de un servicio de paquetería concreto (los costes fijos comunes). Los costes fijos comunes no están vinculados a la prestación de un determinado servicio de paquetería y sólo desaparecen al suspenderse todos los servicios de la empresa.

⁽⁸⁾ Esto significa que los ingresos totales del ámbito reservado cubren la totalidad de los costes que genera este ámbito. Por tanto, los ingresos no sólo cubren los costes fijos específicos del producto, sino también los costes fijos comunes no imputables.

⁽⁹⁾ Con arreglo al punto 2 del apartado 1 del artículo 1 del Decreto de servicios postales universales (*Post-Universaldienstleistungsverordnung*, «PUDLV») DPAG tiene la obligación frente a todo cliente en ventanilla, en virtud del imperativo general de contratación, de despachar paquetes en unos plazos determinados (apartado 2 del artículo 3 PUDLV: al menos el 80 % se ha de entregar en un plazo de dos días laborables). Antes de la entrada en vigor del PUDLV con efecto retroactivo a 1 de enero de 1998, el imperativo general de contratación se derivaba del artículo 8 de la Ley de correos (*Gesetz über das Postwesen* «PosteG»), de 28 de junio de 1969, en virtud del cual todo ciudadano tiene derecho a utilizar las instalaciones del servicio de correos. Las condiciones para la utilización de las instalaciones del servicio de correos estaban reguladas en distintos decretos. Antes de la entrada en vigor del PUDLV, los plazos de entrega se establecían en el artículo 20.3 del Decreto de protección de los clientes del servicio de correos (*Post-Kundenschutzverordnung*, BGBl. 1995 I, p. 2016; el 80 % en un plazo de dos días laborables a partir de la entrega).

⁽¹⁰⁾ Véase, en particular, William J. Baumol y J. Gregory Sidak, *Toward Competition in Local Telephony* (MIT Press 1994), pp. 108 y 109.

cumplen un mandato de servicio público. Frente a una empresa que puede decidir libremente su gama de servicios, el *carrier of last resort* incurre en costes de puesta a disposición aunque desaparezcan los servicios de paquetería no despachados en ventanilla. Por consiguiente, los costes de puesta a disposición no están en función de la prestación y se consideran costes fijos comunes de DPAG ⁽¹¹⁾. Los costes fijos comunes sólo desaparecen cuando desaparece el mandato de servicio público en su conjunto.

— En cambio, los costes adicionales vinculados a la prestación sólo se generan cuando se presta un servicio al margen de las operaciones en ventanilla. Estos costes adicionales dependientes del volumen despachado, que únicamente se producen a raíz de prestación concreta del servicio, desaparecen en caso de suspensión del correspondiente servicio.

- (10) Para evitar la subvención de los servicios de paquetería para la venta a distancia con los ingresos del ámbito reservado, DPAG tiene que obtener con esos servicios de paquetería unos ingresos que, cuando menos, cubran los costes adicionales vinculados a la prestación. Al tomar como referencia la cobertura de los costes adicionales vinculados a la prestación también se pueden tener debidamente en cuenta los costes adicionales en que incurre DPAG debido a su mandato de servicio público de puesta a disposición de capacidades de red ⁽¹²⁾. Precisamente para tomar en consideración los costes adicionales específicos por la puesta a disposición de la red, a DPAG sólo se le exige la cobertura de los costes adicionales vinculados a la prestación en el marco de su actividad en el ámbito de los servicios de paquetería para la venta a distancia. De esta manera, tal actividad no tiene que soportar los costes comunes de puesta a disposición de la red en que incurre DPAG a raíz de su mandato de servicio público ⁽¹³⁾.

Cálculo de los costes vinculados a la prestación de los servicios de paquetería para la venta a distancia

- (11) DPAG presta servicios de paquetería para el sector de la venta a distancia ⁽¹⁴⁾ a través de sus 33 centros de recepción y destino y sus 476 puntos de entrega. DPAG llama a esta infraestructura su departamento de envíos postales («Sparte Frachtpost»). Esta infraestructura de envíos postales se utiliza, asimismo, para los demás servicios de paquetería empresarial de DPAG, sobre todo para las operaciones B2B. Además, se utiliza para los envíos de paquetes entre clientes particulares (las llamadas operaciones *private-to-private* o «P2P» y los «paquetes en ventanilla») y los envíos devueltos de la venta a distancia (las llamadas operaciones «P2B») ⁽¹⁵⁾. Los servicios de paquetería para la venta a distancia representan un 71 % del volumen anual de servicios de paquetería empresarial ⁽¹⁶⁾. En cambio, los servicios reservados de envío de correspondencia se prestan en su mayor parte a través una infraestructura distinta. La única excepción la constituye la entrega por delegación (*Verbundzustellung*) ⁽¹⁷⁾. El servicio de despacho de paquetes para la venta a distancia abarca las siguientes fases principales de tratamiento ⁽¹⁸⁾.

⁽¹¹⁾ Véase, en particular, Wilham J. Baumol y J. Gregory Sidak, *Toward Competition in Local Telephony* (MIT Press 1994), pp. 108 y 109: «These obligations are appropriately treated as sources of common fixed costs for the firm ...».

⁽¹²⁾ DPAG hace reiteradamente mención de estos costes adicionales o «cargas del servicio universal», por ejemplo en sus cartas de 15 de mayo de 1997 y de 6 de octubre de 2000, pp. 4 y 5 y 8 a 10.

⁽¹³⁾ Las llamadas «cargas del servicio universal» (red de filiales que abarque todo el territorio, entrega en todo el país a un precio unitario) únicamente se imputarían de forma proporcional a los servicios de paquetería empresarial en caso de realizarse un cálculo de los costes íntegros. Véase la carta de DPAG de 6 de octubre de 2000, pp. 4 y 5 y 8 a 11. Pero precisamente al tomar como referencia la cobertura de al menos los costes adicionales vinculados a la prestación se evita la imputación proporcional de costes derivados del mandato de servicio público a los servicios de paquetería no despachados en ventanilla.

⁽¹⁴⁾ Los servicios de paquetería para la venta a distancia constan básicamente de paquetes postales y catálogos.

⁽¹⁵⁾ Carta de DPAG de 7 de abril de 2000, p. 3, carta de DPAG de 6 de diciembre de 1999, p. 11, y carta DPAG de 22 de diciembre de 1999, p. 2.

⁽¹⁶⁾ Fuente de los cálculos: Tcton GmbH, resultados por segmentos 1990-1999, envíos postales, excluidos catálogos de 200 g a 1 000 g, envíos pequeños y ligeros y Post Express; situación a 23 de junio de 2000.

⁽¹⁷⁾ En las zonas rurales, el servicio de correos responsable de la distribución de correspondencia también se encarga, excepcionalmente, de la entrega de paquetes; véase la carta de DPAG de 9 de marzo de 2000, p. 10. Según los cálculos de la propia DPAG, este procedimiento representó en el año 1999 en torno al [...] % del volumen de envíos en el ámbito de los paquetes del sector de la venta a distancia. En los años anteriores, la situación fue la siguiente: entre 1990 y 1995, una determinada proporción de paquetes de venta a distancia se entregó por delegación; entre 1995 y 1998 apenas hubo entregas por delegación. En 1999 se volvió a introducir esta modalidad de entrega. El recurso a la entrega por delegación produce economías de escala en forma de ventajas de eficiencia que, debido al ámbito reservado, sólo benefician a DPAG. Habida cuenta de la escasa importancia de la entrega por delegación desde el año 1995, la cobertura de los costes adicionales vinculados a la prestación determinada para este período no se vería afectada. Desde 1998, el grado de cobertura de los costes adicionales vinculados a la prestación en el ámbito de la paquetería es tal que incluso la consideración por separado de la entrega por delegación no incidiría de manera determinante en el resultado.

⁽¹⁸⁾ Carta de DPAG de 9 de marzo de 2000, pp. 9 y 10.

- (12) La *recogida*. En el caso de los grandes clientes del ámbito de la venta a distancia, los paquetes no se entregan en las ventanillas de las oficinas de correos o de sus agencias para su envío a los centros de recepción, sino que DPAG acude al establecimiento del cliente para transportar los paquetes directamente al centro de recepción⁽¹⁹⁾. En caso de abandonarse la paquetería para la venta a distancia, pueden ahorrarse los costes íntegros de recogida en tanto que costes adicionales vinculados a la prestación⁽²⁰⁾.
- (13) El *procesamiento en los centros de recepción y destino*. Esta fase abarca la codificación y clasificación de los envíos en el centro de recepción para su transporte al centro de destino. En este último centro, se procede a la clasificación de los envíos entrantes para su transporte a los puntos de entrega. Los grandes clientes del ámbito de la venta a distancia realizan por sus propios medios algunas de las tareas correspondientes a esta fase, como pueden ser el cálculo de la tarifa pagadera o la colocación de la etiqueta con los códigos utilizados por DPAG. Los costes de capital en concepto de construcción de los 33 centros de recepción y destino y los 476 puntos de entrega no pueden imputarse a un servicio determinado en tanto que costes vinculados a la prestación. Estos costes sólo desaparecen si, a su vez, desaparece el mandato legal de despachar la demanda en todo momento y conforme a los criterios de calidad establecidos. En cambio, los costes de personal y material en el ámbito del procesamiento en los centros de recepción y destino dependen en su integridad del volumen de paquetes efectivamente despachado. Por ello, en caso de abandono de los servicios de paquetería para la venta a distancia, tampoco se incurriría en costes de procesamiento vinculados a la prestación.
- (14) El *transporte a distancia* abarca el transporte entre los 33 centros de recepción y destino. Aun tratándose de un volumen reducido, el transporte a distancia entre los centros debe efectuarse por la mera razón de dar cumplimiento a las normas de calidad legalmente establecidas⁽²¹⁾. Por consiguiente, los costes del transporte a distancia (costes de personal, de material y de capital) no están vinculados a la prestación de un servicio determinado y sólo desaparecen en caso de desaparecer también el mandato de servicio público.
- (15) El *transporte regional y de cercanías* entre los 33 centros postales y los 476 puntos de entrega regionales⁽²²⁾. En el transporte regional y de cercanías entre los centros postales y los puntos de entrega se puede proceder a una agrupación de puntos de entrega si descende el volumen de envíos. DPAG afirma que, en caso de desaparecer los servicios de paquetería para la venta a distancia, se ahorraría la mitad de los costes del transporte regional y de mercancías, puesto que éstos están vinculados a la prestación del servicio de paquetería.
- (16) La *distribución*. Tras el reparto entre los 476 puntos de entrega de DPAG, se procede a la distribución de los paquetes de la venta a distancia. La distribución consta básicamente de los servicios de desplazamiento y la entrega de los envíos. La mitad de estas actividades corresponde a los desplazamientos y, la otra mitad, al proceso de entrega propiamente dicho. Los costes de los servicios de desplazamiento están menos vinculados a la prestación que los de la entrega⁽²³⁾. En cambio, los costes de entrega están en buena medida vinculados a la oferta de un determinado servicio. Si se abandona un servicio de gran alcance en el que con cada parada del vehículo de reparto sólo se entrega un envío (como ocurre en el caso de la venta a distancia), puede ahorrarse el coste íntegro del proceso de entrega cuando ya no sea necesario realizar la parada⁽²⁴⁾.
- (17) Partiendo de las citadas presunciones sobre la proporción de los costes adicionales vinculados a la prestación por unidad (*Average incremental costs* — «AIC») de los servicios de paquetería para la venta a distancia (AIC-VD) en relación con los costes fijos comunes, dichos costes están cubiertos por los ingresos desde el año 1996.

⁽¹⁹⁾ Según la información facilitada por DPAG, sólo un cliente grande entrega los paquetes directamente en el centro de destino.

⁽²⁰⁾ Carta de DPAG de 25 de enero de 2001.

⁽²¹⁾ En virtud del apartado 2 del artículo 3 del PUDLV, una media anual de al menos el 80 % de los paquetes entregados en un día laborable debe entregarse en los dos días laborales siguientes al de la entrega. Cada uno de los centros postales cumple la doble función de punto de recepción y punto de destino. El abastecimiento de todo el territorio exige al menos un desplazamiento diario entre cada centro de recepción y cada centro de destino (o sea, 32 desplazamientos desde cada centro de recepción a los demás centros de destino = 32×33 = un mínimo de 1 056 desplazamientos).

⁽²²⁾ Los 33 centros son idénticos en cuanto a su construcción y dotación y cumplen la doble función de centros de recepción y destino.

⁽²³⁾ Incluso en el supuesto de un descenso del volumen de envíos debido a la suspensión de un servicio empresarial, los itinerarios de entrega sólo podrían acortarse de forma significativa en caso de disminuir considerablemente el número de destinatarios en el itinerario correspondiente. El itinerario en su conjunto sólo se puede acortar o combinar con otro itinerario a partir de una determinada reducción significativa de los destinatarios que se encuentran en el mismo (carta de DPAG de 25 de enero de 2001). De las investigaciones se desprende que un itinerario cambiante día a día sólo puede darse en el ámbito de los servicios de mensajería, donde cada desplazamiento se realiza hacia un destinatario concreto.

⁽²⁴⁾ En cambio, si en cada parada se hace entrega de varios envíos —como ocurre en el ámbito B2B—, esa parada no se suprime ni siquiera en caso de un descenso cuantitativo de paquetes.

Cuadro 3

AIC-VD de DPAG 1990-1999

Año	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Ingresos/unidad VD	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
AIC-VD	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Medidas de DPAG con vistas a establecer una transparencia financiera entre el ámbito reservado y los servicios de paquetería empresarial

- (18) Como señaló la Comisión en la comunicación del pliego de cargos de 7 de agosto de 2000, únicamente la plena transparencia de las relaciones financieras entre el ámbito reservado, por una parte, y los servicios de paquetería prestados en condiciones de competencia, por otra, permite garantizar, —y demostrar— que los distintos servicios de paquetería cubren sus costes adicionales vinculados a la prestación. Ésta es una condición ineludible para garantizar que no se elimina a los competidores mediante ofertas que no se basan en la eficiencia o en un mayor rendimiento, sino únicamente en la infracobertura de los costes adicionales vinculados a la prestación ⁽²⁵⁾. Mediante la separación estructural del ámbito reservado de aquellos otros que han de cubrir sus costes adicionales vinculados a la prestación en condiciones de competencia puede demostrarse de forma verificable la cobertura de los costes adicionales vinculados a la prestación e impedirse con eficacia la infracobertura.
- (19) En el curso del procedimiento, la Comisión sostuvo, asimismo, que la transparencia de las relaciones financieras también suponía un sistema transparente de «precios de facturación» (*Verrechnungspreise*) de los bienes y servicios prestados por la empresa que opera en el ámbito reservado a la empresa que actúa en condiciones de competencia ⁽²⁶⁾. La transparencia y verificabilidad de los precios de facturación sólo puede garantizarse de manera efectiva mediante un sistema de precios de facturación «desglosados» en función de las principales fases de tratamiento de la cadena de valor añadido que la empresa titular del ámbito reservado realiza para la empresa que opera en condiciones de competencia. Sólo un sistema de precios de facturación desglosados por fases de tratamiento permite garantizar, de forma verificable, que en caso de hacerse uso de toda la cadena de valor añadido el precio de facturación cubra la suma de los costes de cada una de las fases y que los descuentos de precio a cambio de la realización de algunas de estas fases de tratamiento por la propia empresa reflejen adecuadamente los costes ahorrados por este concepto.
- (20) DPAG responde a estas exigencias de la Comisión mediante el compromiso de proceder una separación estructural de sus servicios de paquetería empresarial ⁽²⁷⁾. En un primer momento, este compromiso debe demostrar, de forma transparente y verificable, que los ingresos del ámbito reservado no se destinan a la financiación de actividades del ámbito de los servicios de paquetería para la venta a distancia. A tenor del compromiso, DPAG se compromete a ceder el ámbito de los servicios de paquetería empresarial, incluido el envío de catálogos, antes del 31 de diciembre de 2001 a una sociedad jurídicamente independiente («Newco»). Esta entidad separada se haría cargo de todos los servicios B2B y B2P que se despachan al margen de las operaciones en ventanilla sobre la base de contratos individuales y a precios especiales. A partir de la entrada en vigor de esta operación de separación, la propia DPAG dejará de ofrecer servicios de paquetería empresarial.
- (21) Newco podrá prestar o producir los bienes y servicios necesarios para el ejercicio de su actividad comercial por sus propios medios o recurriendo a terceros o a DPAG. En caso de que Newco obtuviera los bienes y servicios de DPAG, éstos deberán facturarse a precios de mercado. Si en algún caso concreto no fuera posible determinar el precio de mercado, el precio facturado estará en función de los costes adicionales vinculados a la prestación (*incremental costs*) incurridos por DPAG en concepto de los correspondientes bienes y servicios. Estos costes se habrán de determinar mediante un método reconocido de cálculo de costes de proceso. En caso de desacuerdo, DPAG estará obligada a justificar, a instancias de la Comisión, los precios de mercado o los costes adicionales vinculados a la prestación.

⁽²⁵⁾ Véase Sidak/Spulber, *Protecting Competition from the Postal Monopoly*, pp. 109-124.

⁽²⁶⁾ En el presente caso, la separación estructural del ámbito reservado de aquellos otros que operan en condiciones de competencia presupone que se tenga debidamente en cuenta el mandato de servicio público. La infraestructura necesaria para el cumplimiento del mandato de servicio público ha de permanecer en manos de la empresa a la que incumbe dicho mandato.

⁽²⁷⁾ Carta de DPAG de 1 de febrero de 2001.

- (22) Asimismo, DPAG se compromete ante la Comisión a justificar por separado, a más tardar al término del primer ejercicio contable de Newco, los precios facturados a ésta en cada una de las fases de tratamiento principales de «recogida, procesamiento en los centros de recepción, procesamiento en los centros de destino, transporte (a distancia y regional) y entrega». Si DPAG realiza una o varias de las citadas prestaciones por cuenta de Newco, las prestará a los competidores de Newco al mismo precio y en las mismas condiciones en el marco de sus capacidades disponibles. DPAG facilitará a la Comisión información exhaustiva en lo relativo a los precios facturados, los costes y los ingresos de Newco. Dicha obligación se extiende a los tres primeros ejercicios contables de Newco. DPAG garantiza, mediante una contabilidad de costes separada para Newco, la plena transparencia de las condiciones financieras fijadas entre Newco y la propia DPAG.

G. ACUERDOS SOBRE DESCUENTOS DE DPAG PARA LOS SERVICIOS DE PAQUETERÍA Y CATÁLOGOS EN EL ÁMBITO DE LA VENTA A DISTANCIA

- (23) Las empresas de venta a distancia que no despachan sus envíos de paquetes y catálogos en las ventanillas de las oficinas de correos se beneficiaban, en su calidad de «autoetiquetadores» (*Selbstbucher*) de descuentos en los precios. Los productos que DPAG ofrecía como servicios de paquetería al sector de la venta a distancia, previo acuerdo de unas tarifas especiales, son, en concreto, el paquete autoetiquetado (hasta 1995 también se ofrecieron como paquetes autoetiquetados los envíos postales)⁽²⁸⁾ y los envíos publicitarios pesados (*Infopost Schwer*) catálogos de más de 1 kg⁽²⁹⁾. Los llamados «socios de cooperación» del ámbito de los servicios de paquetería se beneficiaban de unos precios especiales más interesantes aún que los del procedimiento de autoetiquetado⁽³⁰⁾. Ahora bien, estos precios especiales para los socios de cooperación se supeditaban, en las correspondientes disposiciones de las AGB FrD Inl, a la condición de que el cliente se comprometiera a «entregar a DBP Postdienst todos sus envíos aptos para su despacho como paquetes»⁽³¹⁾. Al margen de las AGB FrD Inl —que siempre son aplicables a los socios de cooperación— existen los siguientes acuerdos de cooperación, por los que el precio especial sólo se concede a cambio del compromiso del cliente implicado de despachar la totalidad la mayor parte de sus paquetes o catálogos a través de DPAG:

— En un contrato de DPAG del 19 de diciembre de 1974 relativo a la colaboración económica en el ámbito de la paquetería («cooperación»), uno de los principales clientes del sector de venta a distancia ([...]) se comprometió a confiar a DPAG «al menos la totalidad de sus envíos no voluminosos⁽³²⁾ de hasta 10 kg» que procedieran de las instalaciones de la sede principal del cliente y que sean «aptos para su despacho como paquetes». Mediante un contrato modificado de 13 de febrero de 1987, este compromiso del cliente grande se hizo extensivo a «todos los envíos no voluminosos de hasta 20 kg». Este régimen estuvo en vigor hasta el 1 de julio de 1995⁽³³⁾.

⁽²⁸⁾ La condición para el acceso a los servicios de autoetiquetado de paquetes es que el propio cliente realice una serie de prestaciones postales previas (pesado, tarificación, etiquetado, elaboración de la lista) y suministre como mínimo 10 000 envíos autoetiquetados no voluminosos al año (hasta 1995: 10 000 envíos postales). A cambio de estas prestaciones previas realizadas por el cliente y que, en caso contrario, habrían de efectuarse en ventanilla, DPAG concede al cliente un descuento en el precio. El procedimiento de cálculo de las tarifas a tanto alzado de los envíos postales autoetiquetados se describe en el punto 3.3.2 de las condiciones generales de Deutsche Bundespost (*Allgemeine Geschäftsbedingungen der Deutschen Bundespost Postdienst für den Frachtdienst Inland*, «AGB FRD Inl.»), situación a 30 de marzo de 1992, en el apartado 3.3 «Besondere Leistungsangebote». DPAG presentó las AGB FrD Inl como anexo 4 a su carta de 24 de noviembre de 1994.

⁽²⁹⁾ El procedimiento de cooperación en el ámbito de los envíos publicitarios pesados se describe en el nuevo punto 3.3.4.2 de las AGB FrD Inl., publicado en agosto de 1995 mediante resolución VfG. P 777/1993: «Los remitentes de grandes cantidades de envíos publicitarios pesados podrán asumir, previo acuerdo contractual más allá de las condiciones establecidas en el apartado 4.2 determinadas prestaciones de distribución o la carga de unidades de transporte de destino fijo que incumben al servicio de correos. Como contrapartida, el servicio de correos aplicará un descuento sobre las tarifas básicas para los envíos publicitarios pesados ...».

⁽³⁰⁾ La base para la cooperación en el ámbito de la venta a distancia la constituye el punto 3.3.4 de las AGB FrD Inl.: [«3.3.4 Colaboración con remitentes (cooperación)]. La cooperación en el ámbito de la paquetería consiste en la colaboración de los remitentes con Deutsche Bundespost Postdienst (DBP Postdienst) más allá del procedimiento de autoetiquetado. DBP Postdienst cede al remitente, mediante contrato, los servicios de reparto, carga y transporte de envíos de paquetes y conviene a cambio una compensación financiera. Con arreglo al punto 3.3.4 de las AGB FrD Inl., la cooperación estaba supeditada a dos condiciones: (1) participación en el sistema de autoetiquetado y (2) disposición del cliente de ceder a DBP Postdienst todos sus envíos aptos para su despacho como paquetes». Véase AGB FrD Inl, situación a 30 de marzo de 1992, apartado 3.3 «Besondere Leistungsangebote», presentado por DPAG como anexo 4 a su carta de 24 de noviembre de 1994. Según la información facilitada por DPAG, el punto 3.3.4 fue suprimido el 28 de diciembre de 1994; véase la carta de DPAG de 6 de octubre de 2000, p. 16.

⁽³¹⁾ Véase la segunda condición del punto 3.3.4 de las AGB FrD Inl.

⁽³²⁾ El concepto de paquete «voluminoso» se define en el artículo 25.3 de la Ordenanza de correos (*Postordnung*): véase la nota a pie de página 35.

⁽³³⁾ Este cliente despachó, según su propia información y de forma verificable, cerca del [...] de sus envíos de paquetes a través de DPAG; véase la carta de [...] de 4 de octubre de 2000 y la carta de DPAG de 14 de julio de 2000.

- En otro contrato de cooperación, de 3 de agosto de 1984, un segundo cliente grande ([...]) se comprometió a confiar a DPAG al menos todos los envíos de hasta 10 kg —a excepción de los paquetes voluminosos conforme al artículo 25.3 de la Ordenanza de correos⁽³⁴⁾— que procedan de su sede principal y sean aptos para su despacho como paquetes⁽³⁵⁾. Mediante un contrato modificado de 13 de febrero de 1987, este compromiso del cliente grande se hizo extensivo a todos los paquetes de hasta 20 kg, a excepción de los paquetes voluminosos conforme al apartado 3 del artículo 25 de la Ordenanza de correos. Como compensación a cambio de que el cliente, en el futuro, no sólo entregara a DPAG todos sus paquetes no voluminosos de hasta 10 kg, sino también los paquetes de hasta 20 kg, obtuvo con efecto retroactivo a 1 de octubre de 1986 un descuento adicional por unidad de 20 Pf⁽³⁶⁾. Este régimen estuvo en vigor hasta el 1 de julio de 1995.
- En un contrato de 16 de abril de 1987, un tercer cliente grande del ámbito de la venta a distancia ([...]) se comprometió a confiar a DPAG todos sus paquetes no voluminosos de hasta 20 kg que procedieran de su sede principal⁽³⁷⁾. Este régimen estuvo en vigor hasta el 1 de julio de 1995.
- En un acuerdo adicional de 25 de junio de 1995, el precio especial para el despacho de paquetes de un socio de cooperación ([...]) se supeditó a la consecución de un volumen anual de unos [...] millones de envíos, cantidad en la que «se computó el volumen de envíos efectuado a través del competidor [...]». Por tanto, el precio especial sólo se aplicaba en el ejercicio siguiente si el cliente cedía a DPAG el volumen despachado el año anterior a través de un competidor, al que se cita por su nombre. De hecho, el cliente despachó al año siguiente [...] millones de envíos a través de DPAG⁽³⁸⁾. Este acuerdo entró en vigor el 1 de julio de 1995 y estuvo vigente hasta la adquisición del cliente por otro cliente grande de DPAG ([...]) en el año 1996.
- Desde noviembre de 1997, DPAG concluyó nuevos acuerdos de cooperación con los cuatro principales clientes de la venta a distancia ([...], 1 de noviembre de 1997; [...], 4 de marzo de 1998; [...], 22 de julio de 1998 y [...], 28 de septiembre de 1998) que abarcaban el volumen total de estos clientes, así como el de sus filiales. Esta inclusión se produjo, en parte, en el propio acuerdo (véase el contrato de 22 de julio de 1998) y, en parte, por medio de acuerdos separados (véase el acuerdo adicional de 23 de agosto de 1998 al contrato de 1 de noviembre de 1997). Debido a la consolidación del sector de la venta a distancia, estos cuatro clientes grandes son, a la vez, los principales usuarios de servicios de paquetería para la venta a distancia. Todos estos contratos tipo contenían, entre otras, las siguientes cláusulas: con arreglo al artículo 1, son objeto del contrato «todos los envíos de paquetes» del cliente en cuestión⁽³⁹⁾, con arreglo al apartado 2 del artículo 2 del contrato, DPAG se comprometía a hacerse cargo del transporte de «los envíos de paquetes objeto del contrato» a cambio de su remuneración previo descuento de las deducciones establecidas en el contrato; con arreglo al apartado 3 del artículo 2 del contrato, el cliente se comprometía, «en contrapartida» y durante la vigencia del contrato, a confiar «exclusivamente a DPAG el envío de sus paquetes (y los de sus filiales) a su clientela»; con arreglo al punto 6.3 del contrato, DPAG le concedía al cliente en cuestión una bonificación por volumen (*Mengenbonus*) escalonada en función de los volúmenes de partida. Se consideraba «bonificable» el volumen de envíos de «paquetes postales salientes» del cliente en cuestión desde el momento en que se alcanza o supera un objetivo cuantitativo anual acordado de forma individual.
- El 28 de septiembre de 1998, DPAG concluyó con un cliente grande del sector de la venta a distancia ([...]) un acuerdo sobre envíos publicitarios pesados [*Infopost Schwer*⁽⁴⁰⁾]. En virtud del mismo, el cliente se comprometía hasta el año 2002 a confiar a DPAG la totalidad de su volumen anual de envíos publicitarios pesados (catálogos), partiendo de un volumen anual mínimo de [...] millones de unidades. Como «contrapartida», DPAG aplicaba al cliente una tarifa unitaria rebajada ([...] marcos alemanes neto) por cada envío publicitario pesado entregado a partir del 1 de diciembre de 1998.

⁽³⁴⁾ Con arreglo al apartado 3 del artículo 25 de la Ordenanza de correos de 16 de mayo de 1963 [modificada en última instancia por 11. ÄndVPostO de 10.8.1988 (BGBl. I p. 1573, Amtsbl. p. 1613)], se considera que un paquete es voluminoso 1. si supera los 120 cm de largo, los 60 cm de ancho o los 60 cm de alto y 2. si requiere un manejo particular (es decir, que el paquete no pueda apilarse o cargarse en una cinta transportadora o que contenga animales vivos).

⁽³⁵⁾ En torno al [...] de los envíos de paquetes de la empresa [...] se remiten a través del emplazamiento principal de [...]; véase la carta de la empresa [...] de 26 de septiembre de 2000. Los envíos de paquetes de [...] desde [...] pasan en su totalidad por DPAG; véase la carta de DPAG de 14 de julio de 2000.

⁽³⁶⁾ Véase la carta de DPAG (Oberpostdirektion, Nürnberg) a la empresa [...] de 17 de febrero de 1987.

⁽³⁷⁾ Este cliente despachó el [...] de sus envíos de paquetes a través de DPAG; véase la carta de la empresa [...] de 4 de octubre de 2000 y la carta de DPAG de 14 de julio de 2000.

⁽³⁸⁾ Véase el anexo a las cartas de DPAG de 7 y 14 de julio de 2000.

⁽³⁹⁾ Los contratos se referían fundamentalmente a paquetes aptos para su manejo mecanizado, con unas dimensiones máximas ajustadas a lo establecido en la Ordenanza de correos (120 cm de largo, 60 cm de ancho y de alto) y un peso máximo de 31,5 kg; véase el punto 3.1.2 de los correspondientes contratos de cooperación.

⁽⁴⁰⁾ *Infopost Schwer* es la denominación que DPAG da a los catálogos con un peso superior a 1 000 g. Estos envíos publicitarios pesados se despachan desde 1993 a través de la infraestructura del departamento de envíos postales.

- El 2 de noviembre de 1998, DPAG concluyó con un segundo cliente grande del sector de la venta a distancia ([...]) un acuerdo sobre el transporte de envíos postales publicitarios (de más de 50 g). En virtud del mismo, el cliente se comprometía a confiar a DPAG el transporte de un mínimo de [...] millones de envíos publicitarios. Si la empresa cumplía el compromiso, DPAG le aplicaba una reducción del [...] % sobre sus precios. Del anexo 4 del acuerdo se desprende que el volumen mínimo anual de [...] millones de unidades representaba exactamente el [...] % del volumen total del cliente y de sus empresas asociadas. Si el cliente superaba el volumen mínimo de [...] millones, se le concedía un descuento escalonado que a partir de un volumen de [...] millones (= 100 % de la demanda) ascendía al [...] %. Por otra parte, con arreglo al punto 4.3 del acuerdo, el cliente obtenía un descuento del [...] % incluso en caso de retroceso de su volumen comercial, siempre y cuando las ventas realizadas a través de DPAG siguieran representando el [...] % del volumen total del cliente y de sus empresas asociadas. Este régimen estuvo en vigor hasta junio de 1999.
 - El 26 de marzo de 1999 y el 3 de enero de 2000, DPAG concluyó sendos acuerdos de colaboración en el ámbito de los envíos publicitarios pesados con dos clientes grandes del sector de la venta a distancia ([...] y [...]). En virtud de estos acuerdos, los clientes de DPAG se comprometen a enviar por correo el [...] %, como mínimo, de todos sus envíos publicitarios pesados. Para demostrar el cumplimiento del volumen, los clientes dieron acceso al servicio de correos a su documentación interna. Como contrapartida, DPAG concedió a los clientes un descuento lineal sobre todos los envíos entregados con arreglo al acuerdo por un valor situado entre el [...] % (en caso de entrega del [...] % del volumen) y el [...] % (en caso de entrega del 100 % del volumen). Un cliente grande ([...]) recibió por adelantado [...] millones de DEM sobre el descuento posteriormente aplicable. En el mes de junio de 2000, DPAG rescindió los contratos de 26 de marzo de 1999 y 3 de enero de 2000 mediante un «acuerdo de suspensión» (*Aufhebungsvereinbarung*) por el que las partes suspendían de común acuerdo y con efecto inmediato su colaboración en el ámbito de los envíos publicitarios pesados.
- (24) Inmediatamente después de recibir la comunicación adicional del pliego de cargos de 4 de octubre de 2000, DPAG anunció en un comunicado de prensa de 19 de octubre la rescisión cautelar de los acuerdos sobre descuentos objetados por la Comisión en el citado pliego de cargos. Asimismo, anunció que en el futuro se aseguraría, por medio de un sistema de control previo, de que los contratos sobre servicios de paquetería en el ámbito de la venta a distancia no contuvieran acuerdos sobre descuentos contrarios a los requisitos del derecho de competencia. DPAG confirmó estos extremos en la audiencia de 9 de noviembre de 2000.

II. EVALUACIÓN JURÍDICA

A. APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 82 DEL TRATADO CE

- (25) DPAG es una empresa que presta servicios contra remuneración en distintos mercados postales. Por consiguiente, se trata de una empresa a efectos del artículo 82 del Tratado CE. Esta afirmación es válida independientemente de la forma que revista la organización de DPAG y de que actúe como empresa pública o privada⁽⁴¹⁾.

B. MERCADO DE PRODUCTOS Y MERCADO GEOGRÁFICO DE REFERENCIA

- (26) Debido a sus características específicas, sus costes y su ámbito de aplicación, los servicios de paquetería para el sector de la venta a distancia constituyen un mercado de productos de referencia separado. Como se ha señalado anteriormente, los servicios de paquetería para la venta a distancia no se despachan en las ventanillas de DPAG, sino que ésta recoge los paquetes directamente en las instalaciones del cliente. Además, DPAG concede unos descuentos de precios a los clientes que no despachan sus paquetes y catálogos en ventanilla. Estas características diferencian los servicios de paquetería para la venta a distancia de manera muy notable de la paquetería en ventanilla a tarifas estándar.
- (27) Los envíos nacionales de venta a distancia se han de distinguir de los envíos al extranjero. Los envíos nacionales se realizan exclusivamente a través de la infraestructura de DPAG. Como no existe una cooperación con los prestadores de este servicio en otros Estados miembros, tampoco se producen solapamientos. El presente caso se refiere únicamente a los envíos nacionales de DPAG.

⁽⁴¹⁾ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de abril de 1991, asunto C-41/90: *Höfner* contra *Elser* (Recopilación 1991, p. I-1979), apartados 21 y ss.

- (28) La venta a distancia requiere la distribución a escala nacional de paquetes de hasta 31,5 kg y catálogos de más de un 1 kg (envíos publicitarios pesados) o de más de 50 g (envíos publicitarios) a un gran número de hogares diseminados en todo el territorio alemán ⁽⁴²⁾. El peso medio de los paquetes de la venta a distancia es de 2 kg y el peso máximo está fijado en 31,5 kg. Se trata casi exclusivamente de «paquetes no voluminosos» (nicht-sperrige Pakete) ⁽⁴³⁾, lo que significa que, por sus dimensiones máximas de 120 cm × 60 cm × 60 cm y su peso máximo de 31,5 kg, son «aptos para su manejo mecanizado», es decir, que pueden apilarse y cargarse en una cinta transportadora durante el procesamiento en los centros de recepción y destino.
- (29) A pesar de la utilización compartida de la infraestructura en las fases de «procesamiento en los centros de recepción y destino» y «transporte», la entrega individual a los hogares requiere un uso muy superior de los vehículos y del personal de reparto que las operaciones B2B. La diseminación de los destinatarios por todo el territorio alemán hace que el «factor de parada» (es decir, paquetes entregados por parada del vehículo de reparto) de los envíos de venta a distancia sea muy reducido. En general, en este ámbito se entrega un único paquete por cada parada del vehículo de reparto. En el caso de los demás envíos entre clientes empresariales (operaciones B2B), el factor de parada es muy superior, ya que por lo común se entregan varios paquetes en cada parada del vehículo de reparto ⁽⁴⁴⁾. A ello hay que añadir, en el presente caso, que el nivel de precios de los envíos de venta a distancia en Alemania viene exclusivamente determinado por la política de precios de DPAG. Por tanto, el nivel de precios no es el resultado de las ofertas de distintos competidores, sino que se basa únicamente en la política de precios de DPAG. Esto queda de manifiesto al comparar los precios y costes de los servicios para la venta a distancia, respecto de los cuales se acordaron unos precios especiales, con los de las operaciones B2B. En el período comprendido entre 1990 y 1999, los costes unitarios de la recogida, transporte y entrega de un envío de venta a distancia fueron muy superiores a esos mismos costes en el caso de los paquetes B2B. Así todo, DPAG obtuvo con sus operaciones B2B unos ingresos por unidad que superaron con creces los de los servicios de paquetería para la venta a distancia, respecto de los cuales se habían acordado unos precios especiales. Esta política de precios de DPAG blindó los servicios de paquetería para la venta a distancia en Alemania frente a los demás servicios de paquetería empresarial.
- (30) Alemania es el mercado geográfico de referencia de los servicios de paquetería para la venta a distancia. Todos los servicios de DPAG en este mercado se prestan en Alemania utilizando la infraestructura nacional de envíos postales. Los tribunales comunitarios han establecido, en jurisprudencia reiterada, que el territorio de un Estado miembro puede constituir una parte sustancial del mercado común a efectos del artículo 82 del Tratado CE ⁽⁴⁵⁾.

C. POSICIÓN DOMINANTE

- (31) DPAG es la única empresa alemana importante que presta servicios de entrega de paquetes y catálogos que se ajustan a las necesidades de la venta a distancia ⁽⁴⁶⁾. Ni UPS ni los demás competidores del ámbito B2B, Deutscher Paket Dienst («DPD») y German Parcel («GP»), prestan un volumen significativo de servicios de paquetería para la venta a distancia. La empresa Hermes Versand Service («Hermes») distribuyó hasta 1999 exclusivamente paquetes para OTTO Versand ⁽⁴⁷⁾. A excepción de Hermes, no hay en el ámbito de la venta a distancia ninguna infraestructura alternativa que abarque todo el territorio alemán ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴²⁾ Según las encuestas contenidas en el estudio *Verbraucher Analyse 92 West & Ost*, en los antiguos Estados federados el 29 % de las personas consultadas mayores de 14 años declararon haber realizado algún pedido a una empresa de venta a distancia a lo largo de los últimos doce meses; en los nuevos Estados federados, la proporción era superior al 66 %. Del estudio *Versandhauskäufe* se deducía cuatro años después (en 1996) que, en los antiguos Estados federados, el 30,8 % de la población (mayor de 14 años) había realizado algún pedido de venta a distancia a lo largo del último año; en los nuevos Estados federados, la proporción era del 51,9 %. Véase el folleto informativo *Versandhandel in Deutschland* de la asociación alemana de la venta a distancia (Bundesverband des Deutschen Versandhandels e. V.), p. 33.

⁽⁴³⁾ La proporción de paquetes voluminosos en el ámbito de la venta a distancia en el año 1999 fue inferior al 1 %. Fuente: Ctcon, resultados por segmentos, departamento de envíos postales, tabla de volúmenes, situación a 13 de abril de 2000, presentados por DPAG en su carta de 20 de abril de 2000.

⁽⁴⁴⁾ DPAG realiza una estimación estadística de su propio factor de parada —incluidos los servicios de paquetería de la venta a distancia— en torno a [...], mientras que para los competidores que concentran sus actividades B2B básicamente en la «entrega a empresas» (entregas *bulk*) se estima que el valor oscila entre 1,8 y 2,1. Fuente: informe de la empresa Ctcon, *Ergebnisbelastungen Frachtpost* 1995, p. 7, impresión de 13 de mayo de 1997, presentado por DPAG en su carta de 15 de mayo de 1997.

⁽⁴⁵⁾ Véase la sentencia más reciente, en este sentido, del Tribunal de Primera Instancia de 7 de octubre de 1999, asunto T-228/97: *Irish Sugar* (Recopilación 1999, p. II-2969) apartado 99.

⁽⁴⁶⁾ Véase *Sparte Frachtpost der Deutschen Post AG* (1996), en el lugar citado, anexo 1, p. 10.

⁽⁴⁷⁾ La autodistribución (unos 140 millones de envíos en 1999) no forma parte del mercado de productos de referencia.

⁽⁴⁸⁾ DPAG no discute que es el único operador alemán de una infraestructura de alcance nacional.

- (32) Entre 1995 y 1999, DPAG despachó los siguientes volúmenes de paquetes para la venta a distancia: [...] millones de paquetes (1995); [...] millones de paquetes (1996); [...] millones de paquetes (1997); [...] millones de paquetes (1998) y [...] millones de paquetes (1999). Habida cuenta de que el volumen global es ligeramente superior a los [...] millones de envíos anuales, esto equivale a una cuota de mercado (en volumen) de DPAG superior al 85 %. La posición dominante de DPAG se deriva, además, de los siguientes factores:
- La cuota de mercado de DPAG en términos de volumen en el ámbito de los servicios de paquetería de venta a distancia se situó en Alemania, a lo largo de todo el período para el que se dispone de cifras (1990-1999), en un valor estable superior al 85 % ⁽⁴⁹⁾. (El 10-15 % restante del volumen se reparte básicamente entre empresas regionales, lo que significa que, aparte de DPAG, no hay ninguna empresa que opere en todo el territorio alemán.)
 - La construcción de una infraestructura alternativa para la venta a distancia requiere la creación de un sistema de centros de recepción y destino interconectados, con sus correspondientes puntos de entrega. Esto implica, incluso a juicio del experto de DPAG, una elevada inversión inicial «perdida» (sunk costs) ⁽⁵⁰⁾. La inversión para la creación de una infraestructura que abarque todo el territorio y permita el reparto diario sólo se rentabiliza si se supera la masa crítica de unos 100 millones de paquetes anuales ⁽⁵¹⁾ (véase el citado ejemplo de Hermes Versand).
 - DPAG cuenta con la posibilidad de la subvención cruzada de actividades realizadas en condiciones de competencia con la que no cuentan sus competidores. Los ingresos de DPAG en el ámbito reservado de la correspondencia superan, de forma estable desde al menos [...], los costes stand-alone del conjunto de los servicios reservados (véase el cuadro 1) ⁽⁵²⁾. Por consiguiente, el ámbito reservado constituye una posible fuente de subvenciones cruzadas ⁽⁵³⁾. En razón de la exclusividad legalmente establecida, esta situación tiene carácter duradero, puesto que el monopolio legal implica la exclusión en gran medida, al menos hasta finales del año 2002, de los competidores en el ámbito del envío de correspondencia de hasta 200 g.

D. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Descuentos de fidelidad

- (33) Como se desprende de la sentencia en el asunto Hoffmann-La Roche ⁽⁵⁴⁾, una empresa que ocupa una posición dominante en el mercado no puede concluir un acuerdo con un cliente por el que éste se comprometa a cubrir toda su demanda de un producto o una parte sustancial de la misma recurriendo exclusivamente a la empresa en posición dominante ⁽⁵⁵⁾. En este asunto, el Tribunal de Justicia estableció la siguiente distinción entre «descuentos de fidelidad» y «descuentos por cantidad»:
- Los descuentos por cantidad están exclusivamente vinculados al volumen de compras realizadas al fabricante y se calculan sobre la base de unas cantidades fijadas con criterios objetivos y aplicables por igual a todos los compradores.
 - Los descuentos de fidelidad no dependen de un volumen concreto, sino de la demanda de cada cliente o de una parte sustancial de la misma. En este caso, el descuento se concede como «contrapartida» por la exclusividad en la cobertura de la demanda ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁴⁹⁾ Véase *Sparte Frachtpost der Deutschen Post AG* (1996), *Darstellung und Bewertung der Entscheidungssituation der Sparte Frachtpost zur Fortführung oder Einstellung des Spartengeschäfts 1996*, anexo 1, p. 10. Véase también el folleto informativo de la asociación alemana de la venta a distancia, según el cual DPAG despacha el 92 % de los paquetes de venta a distancia en Alemania (*Versandhandel in Deutschland*, p. 17).

⁽⁵⁰⁾ Véase el informe *Eigenzustellung im Versandhandel als Alternative zur Zusammenarbeit mit der Post* de 15 de septiembre de 2000, presentado como anexo 8 a la carta de DPAG de 6 de octubre de 2000, p. 7.

⁽⁵¹⁾ Véase el informe *Eigenzustellung im Versandhandel als Alternative zur Zusammenarbeit mit der Post* de 15 de septiembre de 2000, presentado como anexo 8 a la carta de DPAG de 6 de octubre de 2000, p. 5: «El reparto diario en todo el territorio alemán es prácticamente inviable por debajo de un volumen de unos 100 millones de envíos anuales.»

⁽⁵²⁾ La prueba *stand-alone* se utiliza en economía para demostrar el origen de una subvención cruzada. En el presente caso, el ámbito reservado constituye una garantía de ingresos duraderos superiores a los costes *stand-alone*.

⁽⁵³⁾ La subvención cruzada presupone que al menos un producto de la empresa genere ingresos superiores a sus costes *stand-alone*. La subvención cruzada a medio y largo plazo presupone el acceso permanente a recursos que se han de realizar en otros sectores de la empresa. Para que la fuente de financiación pueda persistir a la larga, es necesario contar con un mercado que esté protegido de la competencia mediante barreras de acceso económicas o institucionales. El ámbito reservado de DPAG constituye una barrera de acceso institucional.

⁽⁵⁴⁾ Sentencia de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76: Hoffmann-La Roche (Recopilación 1979, p. 461).

⁽⁵⁵⁾ Hoffmann-La Roche, apartado 89.

⁽⁵⁶⁾ Hoffmann-La Roche, apartados 95 y 96.

- Aunque el descuento de fidelidad se supedita a una cantidad determinada, la rebaja no se concede en función de la cantidad, sino partiendo de la consideración de que esa cantidad representa una estimación de la presunta capacidad de compra del cliente en cuestión; en este caso, el descuento no se vincula a la máxima cantidad posible, sino al máximo porcentaje posible de la demanda ⁽⁵⁷⁾.
- (34) Los regímenes acordados por DPAG desde 1974 en el ámbito de la paquetería, contenidos en los contratos tipo antes descritos, constituían descuentos de fidelidad a tenor de la jurisprudencia en el asunto Hoffmann-La Roche:
- Los contratos de cooperación de 19 de diciembre de 1974, 3 de agosto de 1984, 13 de febrero de 1987 y 16 de abril de 1987 contenían una disposición por la que la empresa se comprometía a confiar a DPAG todos sus paquetes no voluminosos de hasta 10 o 20 kg. Como se ha señalado anteriormente, el concepto de paquetes no voluminosos se corresponde, en líneas generales, con los paquetes de la venta a distancia ⁽⁵⁸⁾. En consecuencia, los contratos contenían una disposición que obligaba a los clientes a confiar a DPAG todos sus paquetes de hasta 10 o 20 kg. Este método de cálculo exclusivamente vinculado a la demanda del cliente se corresponde con el método de cálculo descrito por el Tribunal de Justicia en los apartados 94, 95 y 96 de la sentencia Hoffmann-La Roche.
- El contrato de cooperación de 25 de junio 1995 contenía una disposición por la que el precio especial se supeditaba a que el cliente cediera a DPAG el volumen de envíos despachado el año anterior a través de un competidor para que viniera a sumarse en el ejercicio siguiente al volumen de envíos ya despachado por DPAG. Por tanto, el texto del contrato no se refería a la cantidad entregada —que meramente se estima *grosso modo* en unos [...] millones—, sino a un aumento del porcentaje de la demanda despachado por DPAG. Este método de cálculo exclusivamente vinculado a la demanda del cliente se corresponde con el método de cálculo descrito por el Tribunal de Justicia en los apartados 94 a 97 de la sentencia Hoffmann-La Roche.
- Los cuatro contratos de cooperación suscritos desde noviembre de 1997 contenían una disposición que no estaba vinculada a un determinado volumen, sino exclusivamente a la demanda del cliente en cuestión, y que concedía el descuento como «contrapartida» al recurso exclusivo a DPAG. Est método de cálculo estrictamente vinculado a la demanda coincide con los contratos de descuentos «uniformes» descritos por el Tribunal de Justicia en los apartados 94, 95 y 96 de la sentencia Hoffmann-La Roche ⁽⁵⁹⁾.
- El contrato de 28 de septiembre de 1998 supeditaba la reducción del precio unitario a que la empresa entregara la totalidad de sus envíos publicitarios pesados. El descuento se basaba, por tanto, en un método de cálculo que, al igual que el descrito en la sentencia Hoffmann-La Roche estaba vinculada a la demanda del cliente.
- El contrato de 2 de noviembre de 1998 supeditaba el descuento en el precio del [...] % a que el cliente confiase a DPAG al menos el [...] % de sus envíos publicitarios pesados. Aunque en el texto del contrato se establecía, en principio, un volumen de suministro anual de [...] millones de unidades, del anexo 4 del contrato se desprende de forma inequívoca que esta cifra equivalía exactamente al [...] % de la demanda del cliente en el año de referencia 1997. Apunta, asimismo, a una vinculación exclusivamente a la demanda —y no a la cantidad— el hecho de que el cliente también obtuviera la reducción del [...] % aunque su volumen anual fuera inferior al [...] %, siempre y cuando la demanda despachada a través de DPAG representara el [...] % de su demanda global. Además, el descuento en el precio aumentaba en función de la subida del porcentaje que el cliente despachara al año siguiente a través de DPAG. Este procedimiento coincide con el método que el Tribunal de Justicia, en los apartados 97 a 100 de la sentencia Hoffmann-La Roche, calificó de contratos de descuentos crecientes. Conforme a dicho método, el descuento aumenta en función del porcentaje de la demanda estimada del cliente que se satisface a lo largo de un año.

⁽⁵⁷⁾ Hoffmann-La Roche, apartado 98: el hecho de vincular una demanda anual estimada a la concesión de un descuento que aumenta en función del porcentaje de cobertura de tal demanda es calificado por el Tribunal de Justicia de «forma especialmente elaborada de descuento de fidelidad».

⁽⁵⁸⁾ Los paquetes voluminosos (véase más arriba la explicación acerca del apartado 3 del artículo 25 de la Ordenanza de correos) se utilizan para los envíos de vestimenta o de equipos e instalaciones completas (muebles, muebles de cocina). Por regla general, pesan más de 20 kg y representan una cantidad poco importante. En el año 1999, los paquetes voluminosos representaron el 0,06 % del volumen de paquetería de la venta a distancia. Fuente: Ctcon, resultados por segmentos, departamento de envíos postales, tabla de volúmenes, situación a 13.4.2000, presentados por DPAG en su carta de 20 de abril de 2000.

⁽⁵⁹⁾ La bonificación por volumen (*Mengenbonus*) acordada junto a la obligación de fidelidad no tiene ningún efecto vinculante más allá de la obligación —que existe de todos modos— de suministrar toda la demanda a DPAG.

- Los contratos de cooperación de 26 de marzo de 1999 y 3 de enero de 2000 condicionaban el descuento a que el cliente entregara como mínimo el [...] % de sus envíos publicitarios pesados. Este descuento aumentaba en función del incremento del porcentaje que el cliente despachara a través de DPAG. Este procedimiento coincide con el método que el Tribunal de Justicia, en los apartados 97 a 100 de la sentencia Hoffmann-La Roche, calificó de contratos de descuentos crecientes. También apunta a una recompensa de la fidelidad el hecho de que el contrato de 26 de marzo de 1999 contuviera una disposición sobre un pago por adelantado de descuentos devengables en un momento posterior por importe de [...] millones de marcos alemanes. Este pago por adelantado ya devengó a los tres días de la firma del contrato, el 30 de marzo de 1999 —con anterioridad a la entrada en vigor el 1 de junio de 1999 del contrato propiamente dicho—, antes de que DPAG prestara servicio alguno y sin que el beneficiario tuviera que realizar, a cambio, una prestación económicamente valiosa para DPAG.

Competencia predatoria

- (35) Puede hablarse de precios predatorios que persiguen la exclusión de la competencia cuando una empresa dominante ofrece un servicio por debajo de su precio de coste con objeto de expulsar a las empresas competidoras o de impedir que éstas accedan al mercado, de tal manera que la empresa dominante pueda aumentar aún más su poder global en el mercado. Tales precios injustificadamente bajos infringen lo dispuesto en la letra a) del apartado 2 del artículo 82 del Tratado CE. Según la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, el precio es abusivo cuando se sitúa por debajo de los costes variables medios de la empresa dominante⁽⁶⁰⁾. Este principio se estableció en la sentencia AKZO, en el que el Tribunal de Justicia definió los costes variables medios como costes que varían en función de las cantidades producidas⁽⁶¹⁾. Al determinar los costes variables en función de las cantidades producidas se ha de tener en cuenta, en el caso de DPAG, el desglose efectuado anteriormente entre los costes fijos comunes, por un lado, y los costes adicionales vinculados a la prestación, por otro. Debido al mandato de servicio público, sólo los costes adicionales vinculados a la prestación varían en función de la cantidad de servicios prestados.
- (36) Sobre la base de las comprobaciones efectuadas anteriormente en cuanto a la relación entre los costes de puesta a disposición de capacidades y los costes de puesta a disposición de la red, cabe llegar a las siguientes conclusiones sobre las actividades de DPAG al margen de los servicios de paquetería en ventanilla: durante el período 1990-1995, los ingresos obtenidos por DPAG en el ámbito de los servicios de paquetería para la venta a distancia se situaron por debajo de los costes adicionales vinculados a la prestación de este servicio (véase el cuadro 2). Por lo tanto, en los años 1990-1995, cada venta de DPAG en el ámbito de los servicios de paquetería para la venta a distancia suponía una pérdida equivalente a la totalidad de los costes de puesta a disposición de las capacidades y por lo menos a una parte de los costes de puesta a disposición de las capacidades y por lo menos a una parte de los costes adicionales vinculados a la prestación. Esto significa que, en tales circunstancias, cada venta adicional no sólo genera una pérdida de al menos parte de los costes adicionales, sino que además no contribuye en absoluto a cubrir los costes de puesta a disposición de las capacidades de la empresa. A medio plazo, una política de precios de este tipo va en contra de los intereses económicos de la propia empresa. En estas condiciones, a DPAG a medio plazo no le interesa económicamente ofrecer un servicio de este tipo, dado podría que aumentar sus beneficios subiendo el precio por encima de los costes adicionales vinculados a la prestación o bien —en caso de que fuera imposible aplicar este precio en el mercado— renunciando completamente a la prestación de este servicio debido a que los ingresos al precio actual no cubren los costes adicionales que genera la oferta de tal servicio. Por otra lado, la permanencia en este mercado sin perspectivas de mejorar los ingresos obstaculiza a los competidores que, por su parte, sí están en condiciones de ofrecer este servicio cubriendo costes.

Efectos sobre la competencia

- (37) Contrariamente a la opinión defendida por DPAG, todos los descuentos de fidelidad pueden repercutir en las posibilidades competitivas de otros proveedores de servicios de paquetería para la venta a distancia. Un acceso exitoso al mercado de los servicios de paquetería para la venta a

⁽⁶⁰⁾ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86: AKZO/Comisión, (Recopilación 1991, p. I-3359) y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, asunto T-65/89: BPB Industries y British Gypsum (Recopilación 1993, p. II-389).

⁽⁶¹⁾ Véase la nota 60, asunto AKZO, apartado 71.

distancia presupone un volumen de envíos determinado (unos 100 millones de paquetes o catálogos), o sea, el volumen de envíos de al menos dos socios de cooperación de este sector. Con los descuentos de fidelidad aplicados a los socios de cooperación más importantes, DPAG impedía de forma consciente que los competidores alcanzaran la «masa crítica» de unos 100 millones de volumen anual. Además, la política de los descuentos de fidelidad iba en detrimento de la competencia, pues el efecto de «absorción» derivado de los descuentos de fidelidad en los servicios de paquetería para la venta a distancia hacía que se mantuviera una estructura de la oferta no rentable con las siguientes características:

- se despilfarraban recursos porque el operador dominante no cubría sus costes adicionales vinculados a la prestación y, por tanto, generaba la necesidad de proceder a «subvenciones cruzadas» permanentes desde el ámbito reservado,
- se imposibilitaban otras alternativas más rentables que cubrieran los costes sin recurrir a tales «subvenciones»,
- como consecuencia de ello, se empleaba una cantidad de bienes escasos superior a la estrictamente necesaria para la prestación de los servicios de paquetería para la venta a distancia ⁽⁶²⁾, y
- los consumidores del ámbito reservado se veían obligados a financiar un despilfarro evitable de recursos escasos.

(38) Los descuentos acordados por DPAG desde noviembre de 1997 con cuatro socios de cooperación tuvieron, tal y como se ha comprobado, un efecto similar al de una obligación de compra exclusiva. Los envíos de paquetes realmente despachados a través de DPAG en el marco de la cooperación representaron, en todos los años respecto de los cuales la Comisión dispone de datos, casi el [...] % de la demanda de cada cliente ⁽⁶³⁾. Además, la política de los descuentos de fidelidad también ha obstaculizado la competencia en el propio ámbito de la venta a distancia. Los servicios de envío alternativos, pese a que en un primer momento sirvan para cubrir las propias necesidades de envío de paquetes o catálogos, pueden convertirse en un momento ulterior en la infraestructura de un competidor ⁽⁶⁴⁾. En cuanto una infraestructura alcanza la masa crítica, puede convertirse en una alternativa amplia y completa a DPAG ⁽⁶⁵⁾. Como consecuencia de los acuerdos sobre descuentos de fidelidad, las empresas de venta a distancia renunciaban a crear unas estructuras alternativas de envío si ello hacía peligrar la obligación de fidelidad y, con ello, el precio especial. De este modo, se impedía la competencia potencial a partir de unas infraestructuras alternativas.

(39) Desde la óptica de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la negociación sistemática de descuentos de fidelidad con socios de cooperación sólo permite concluir que DPAG quiere atar a su clientela y, de esta manera, perjudica o impide la competencia ⁽⁶⁶⁾. De la jurisprudencia reiterada de los tribunales comunitarios se deduce que los regímenes de descuentos supeditados al cumplimiento de un porcentaje de la demanda del cliente generan, por la mera lógica de su cálculo, un efecto de «absorción» que va en detrimento de la competencia. Los clientes que aceptan un acuerdo de descuentos de este tipo tenderán, por regla general, a despachar sus envíos exclusivamente a través

⁽⁶²⁾ Véase William J. Baumol y J. Gregory Sidak, *Toward Competition in Local Telephony*, p. 66: «... the result will be that more resources than the minimum necessary will be expended in bringing (product) X to consumers, which clearly violates economic efficiency.».

⁽⁶³⁾ Véase el cuadro sinóptico presentado por DPAG, el 14 de julio de 2000, sobre volúmenes de negocios, ventas e ingresos medios por unidad con los ocho grandes clientes del sector de la venta a distancia en el período 1996-1999.

⁽⁶⁴⁾ Esta evolución se ve confirmada precisamente por el ejemplo de Otto-Versand, aducido por DPAG: Hermes Versand Service, empresa alemana que opera en el ámbito del despacho de paquetes en tanto que filial de Otto-Versand, se ha convertido con un volumen —según sus propios datos— de 141,6 millones de paquetes enviados en el año 2000 en la sexta empresa alemana de envíos de mensajería, *express* y de paquetería (*Kurier, Express und Paket*, «KEP»; volumen de negocios en 1999: 337 millones de euros). Este ejemplo confirma que una infraestructura alternativa creada en un primer momento para la autogestión de la venta a distancia puede convertirse, tras alcanzar un determinado volumen de envíos, en un competidor de DPAG que, para aumentar la utilización de sus capacidades, acabará despachando paquetes por cuenta de terceros.

⁽⁶⁵⁾ Según datos aportados por la propia Hermes Versand Service, la empresa abrió en el año 2000 su «PaketShop», número 3000. Estos puntos de recogida de paquetes se han ubicado, con la fórmula *shop-in-shop*, en otros establecimientos comerciales, como papelerías, estancos, fotocopadoras, tiendas de bebidas y tintorerías. Hermes Versand ofrece un extenso servicio para el sector de la venta a distancia, que abarca las devoluciones por parte de los clientes («Retouren»).

⁽⁶⁶⁾ Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de octubre de 1999, asunto T-228/97: *Irish Sugar*, (pendiente de publicación), apartado 213, Hoffmann-La Roche, en la nota 54 *supra*, apartado 90, y sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, asunto 322/81: *Michelin*, (Recopilación 1983, p. 3461), apartado 85.

de la empresa que concede dichos descuentos. Además, un régimen de descuentos vinculado a un porcentaje de la demanda del cliente surge, debido a su lógica de cálculo, un efecto obstaculizador ajeno a la prestación propiamente dicha. Este efecto se deriva del hecho de que los competidores se ven obligados a ofrecer descuentos para compensar las pérdidas que soportan los clientes al reducir el porcentaje que despachan a través de DPAG y al aplicárseles, por tanto, un descuento menor.

- (40) La jurisprudencia de los tribunales comunitarios también ha establecido que el concepto de explotación abusiva es un «concepto objetivo», de modo que el comportamiento de una empresa en posición dominante puede considerarse abusivo a efectos del artículo 82 del Tratado CE, al margen de cualquier culpa ⁽⁶⁷⁾. Por ello, DPAG no puede invocar que, en la fase de transición de una administración pública a una empresa gestionada con arreglo a los criterios de una economía de mercado, sus empleados públicos desconocieran la responsabilidad especial que incumbe a una empresa dominante y que ese desconocimiento los eximía de actuar en consonancia con tal responsabilidad.
- (41) DPAG tampoco puede invocar que son los grandes clientes quienes han forzado, gracias a su poder de demanda, los acuerdos sobre descuentos de fidelidad. La jurisprudencia en el asunto Hoffmann-La Roche ha establecido que una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado no puede imponer a sus clientes, ni siquiera por deseo expreso de éstos, la obligación de satisfacer toda su demanda o una parte considerable de la misma recurriendo a dicha empresa dominante ⁽⁶⁸⁾. Por último, DPAG tampoco puede alegar que ni los clientes ni la propia DPAG atribuyeron un efecto vinculante a los objetados acuerdos sobre descuentos de fidelidad. En el presente caso queda claramente de manifiesto que los grandes clientes de la venta a distancia despacharon, en virtud de sus compromisos contractuales, toda su demanda de servicios de paquetería o un elevado porcentaje de la misma a través DPAG.

E. EFECTOS SOBRE LOS INTERCAMBIOS COMERCIALES ENTRE ESTADOS MIEMBROS

- (42) La política de descuentos de fidelidad —reforzada entre 1990 y 1995 por unos precios inferiores a los costes adicionales vinculados a la prestación de los servicios de paquetería para la venta a distancia— afectaba, por el efecto de «absorción» que se deriva de un sistema de descuentos de fidelidad, a los intercambios comerciales entre Estados miembros. La concentración de la demanda de servicios en DPAG como consecuencia de los descuentos de fidelidad impedía que el sector alemán de la venta a distancia recurriera a proveedores de otros Estados miembros. En el contexto que se está analizando, ningún proveedor de servicios de paquetería de otro Estado miembro logró consolidarse, con un volumen digno de mención, en el mercado alemán de los servicios de paquetería para la venta a distancia. Dicho mercado estaba, pues, cerrado a los competidores de otros Estados miembros. Por tanto, la configuración de los descuentos y precios de DPAG ha surtido un efecto muy negativo sobre los intercambios comerciales entre Estados miembros, en contra del interés de la Comunidad de disponer de un mercado interior que funcione debidamente.

F. APARTADO 2 DEL ARTÍCULO 86 DEL TRATADO CE

- (43) DPAG no invoca la salvedad establecida en el apartado 2 del artículo 86 del Tratado CE para justificar los descuentos de fidelidad aplicados a grandes clientes seleccionados en el ámbito de los servicios de paquetería para la venta a distancia. Por otro lado, tampoco ha sido capaz de explicar en qué medida la negociación de estos descuentos de fidelidad contribuiría al cumplimiento de su obligación de prestar un servicio de interés económico general. Tampoco puede alegar que una subida de los precios hasta situarlos por lo menos al nivel de los costes vinculados a la prestación de los servicios de paquetería para la venta a distancia le impediría dar cumplimiento a su obligación de prestar un servicio de interés económico general. Por el contrario, los ingresos por encima del umbral de los costes adicionales vinculados a la prestación son, según ha declarado la propia DPAG, el mejor medio para contribuir a la cobertura de la infraestructura que, debido al mandato de servicio público, se ha de mantener a disposición en tanto que capacidad de reserva ⁽⁶⁹⁾. Ahora bien, las ventas por debajo de este umbral no contribuyen a esa cobertura y, por tanto, resultan incluso perjudiciales para el cumplimiento del mandato de servicio público.

⁽⁶⁷⁾ Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, asunto T-65/89: BPB Industries y British Gypsum (Recopilación 1993, p. II-389) apartado 70.

⁽⁶⁸⁾ Asunto Hoffmann-La Roche, en la nota 54, apartado 89.

⁽⁶⁹⁾ Carta de DPAG de 9 de marzo de 2000, pp. 5 a 7.

- (44) Por lo demás, no hay una medida estatal que obligara a DPAG a acordar, para los servicios de paquetería que ofrecía y despachaba al margen de sus actividades en ventanilla, unos precios especiales que ni siquiera cubren los costes adicionales que generan dichos servicios. Las declaraciones de DPAG y las investigaciones de la Comisión no han determinado la existencia de una sola medida estatal que imponga a DPAG tal nivel de precios a la hora de acordar precios especiales para la venta a distancia. Las normativas a las que se refiere DPAG, como la «Ley de regulación de las telecomunicaciones y los servicios de correos» (*Gesetz zur Regulierung der Telekommunikation und des Postwesens*, «PTRegG»), contenían exclusivamente disposiciones generales, pero no disposiciones sobre el nivel de precios aplicable en cada caso particular ⁽⁷⁰⁾. La única imposición de precios indirecta se derivaba, si acaso, del artículo 37 de la Ley de servicios postales, vigente desde 1989. En virtud de esta disposición, cada uno de los servicios prestados por DPAG debía, por regla general, cubrir su coste íntegro y arrojar un beneficio adecuado ⁽⁷¹⁾. Este requisito iba incluso más allá de lo que se está exigiendo en el presente caso, a saber, la cobertura de los costes adicionales vinculados a la prestación ⁽⁷²⁾.
- (45) La Comisión concluye, en cualquier caso, que los descuentos de fidelidad, parcialmente ligados a la facturación por debajo de los costes adicionales vinculados a la prestación, obstaculizan el desarrollo de los intercambios comerciales en una medida contraria al interés de la Comunidad. Como ya se ha señalado, este comportamiento lleva a la cerrazón del mercado alemán de los servicios de paquetería para la venta a distancia. El cierre de un mercado nacional afecta negativamente al desarrollo de los intercambios comerciales en una medida muy contraria al interés de la Comunidad.

G. ARTÍCULO 3 DEL REGLAMENTO N° 17

- (46) A pesar de que no hay elementos que apunten a que aún hay acuerdos vigentes sobre descuentos de fidelidad en el ámbito de los servicios de paquetería para la venta a distancia, la Comisión ha de garantizar también que DPAG abandone realmente, de forma definitiva, la política de descuentos de fidelidad y se abstenga de acordar nuevos descuentos de este tipo en el futuro ⁽⁷³⁾.
- (47) No se impone ninguna multa en lo relativo a la infracobertura de los costes adicionales vinculados a la prestación en el período 1990-1995, dado que, hasta ahora, no se había aclarado cuál es la norma sobre cobertura de costes aplicable a los servicios prestados en régimen de competencia por parte de una empresa «multiproductos» o «multiservicios» que dispone de un ámbito reservado y los servicios de paquetería prestados en régimen de competencia en cuanto se vio confrontada —en el pliego de cargos de 7 de agosto de 2000 y en el procedimiento posterior— con los principios económicos aquí desarrollados en relación con la norma aplicable a la cobertura de costes.
- (48) A pesar de que no hay elementos que apunten a que, en la actualidad, los servicios de DPAG para la venta a distancia no cubren los costes adicionales vinculados a la prestación de tales servicios, la Comisión considera que, por las razones que se exponen a continuación, es necesario adoptar una Decisión a este respecto ⁽⁷⁴⁾.

— Con la presente Decisión, la Comisión determina que los precios por debajo de los costes adicionales vinculados a la prestación, al margen de las actividades en ventanilla derivadas del mandado legal, constituyen una infracción del artículo 82 del Tratado CE. Contrariamente a su posición defendida en relación con los descuentos de fidelidad, DPAG no ha reconocido que la facturación por debajo de los costes adicionales vinculados a la prestación constituye una infracción del artículo 82 del Tratado CE.

⁽⁷⁰⁾ En el artículo 2 de la PTRegG se establece el objetivo siguiente: «Garantizar la igualdad de oportunidades del medio rural en comparación con las zonas de aglomeración en materia de correos, en el respeto de la uniformidad geográfica de tarifas para las prestaciones monopolísticas y obligatorias.»

⁽⁷¹⁾ En su motivación oficial, el Gobierno alemán explica el objetivo de esta disposición de la siguiente manera: «El apartado 2 contiene el principio importante —también a efectos del importe de la remuneración de los servicios— de que los distintos servicios por regla general deben cubrir su coste íntegro y arrojar un beneficio adecuado. Esto no siempre es posible. Por ejemplo, cabe imaginar que, por razones de infraestructura, las condiciones de mercado de los servicios obligatorios excepcionalmente sólo permitan cubrir parte de los costes, los cuales, sin embargo, deberían compensar cuando menos los costes variables.» (Deutscher Bundestag — 11. Wahlperiode, Drucksache 11/2854).

⁽⁷²⁾ El apartado 4 del artículo 6 del Reglamento de protección de los clientes de servicios postales (*Post-Kundenschutzverordnung* — PKV), invocado por DPAG en sus cartas de 6 de junio de 2000 (pp. 4 a 6) y de 6 de octubre de 2000 (pp. 7 y 16), se refiere exclusivamente a la remuneración de servicios monopolísticos y es inaplicable a los servicios de paquetería no reservados. Por lo demás, esta disposición establece que los precios han de fijarse «en función de los costes, tanto en su importe como en su estructura».

⁽⁷³⁾ Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de julio de 2000, asunto T-62/98: (Volkswagen AG, pendiente de publicación), apartado 199.

⁽⁷⁴⁾ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 1983, asunto 7/82: (*Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL)*), (Recopilación 1983, p. 483).

- La Comisión considera que una decisión formal sobre este punto puede aclarar su posición. De este modo, no sólo se puede hacer desistir de este comportamiento a DPAG, sino también a otras empresas que puedan ejercer o intentar ejercer prácticas similares. Además, la seguridad jurídica que se desprende de tal Decisión de la Comisión también está en el interés de otros posibles competidores.

H. ARTÍCULO 15 DEL REGLAMENTO N° 17

- (49) En virtud del artículo 15 del Reglamento n° 17, las infracciones al artículo 82 del Tratado CE pueden sancionarse con una multa máxima de 1 millón de euros o del 10 % del volumen de negocios realizado en el último ejercicio económico, dependiendo de cuál sea el importe más elevado. La duración, la persistencia y el alcance considerable de los descuentos de fidelidad acordados por DPAG en relación con los servicios de paquetería para la venta a distancia permiten concluir que las infracciones consideradas se cometieron de forma deliberada. Para determinar el importe de la multa se han de tomar en consideración, además, la gravedad y la duración de la infracción.

Gravedad de la infracción

- (50) La aplicación de una política de descuentos de fidelidad por parte de una empresa dominante, precisamente en el mercado en el que ocupa dicha posición dominante, ha de calificarse de infracción grave ⁽⁷⁵⁾. Los descuentos de fidelidad de una empresa en posición dominante han sido reiteradamente condenados por el Tribunal de Justicia. En el presente caso, tales abusos se cometieron con la intención y el efecto de eliminar la competencia de operadores privados de DPAG en el mercado alemán de los servicios de paquetería y de impedir la creación de infraestructuras alternativas para el despacho de paquetería por las propias empresas de venta a distancia (*Eigenregie*) ⁽⁷⁶⁾. La política de precios y descuentos de DPAG tuvo importantes consecuencias negativas sobre la competencia en los servicios de paquetería de venta a distancia. A pesar de las ventajas económicas generales que se habrían derivado de la explotación de infraestructuras alternativas de despacho eficientes y rentables, DPAG ha logrado mantener en el mercado alemán de los servicios de paquetería para la venta a distancia una cuota de mercado estable superior al 85 % e impedir el desarrollo de cualquier infraestructura alternativa. Teniendo en cuenta estas circunstancias, el importe de la multa en razón de la gravedad de la infracción se fija en 12 millones de euros, un importe que refleja la gravedad, el alcance y las repercusiones de la infracción.

Duración de la infracción

- (51) La infracción se cometió de forma reiterada y sistemática. Las irregularidades se extendieron en total de 1974 a 2000 y se agravaron (tal y como se ha explicado en el considerando 23) especialmente en el último período, entre noviembre de 1997 y octubre de 2000. Por consiguiente, se trataba de una infracción de larga duración. Con arreglo a las Directrices, cuando se trata de infracciones de larga duración, el importe de la multa puede incrementarse, por cada año, hasta en un 10 % del importe establecido según el grado de gravedad de la infracción. Para el período transcurrido entre noviembre de 1997 y octubre de 2000, la Comisión considera conveniente aplicar un incremento del 30 %. Para el período comprendido entre 1974 y 1997, la Comisión considera conveniente aplicar un incremento del 70 %. Como resultado de ello, la multa se eleva a un importe básico de 24 millones de euros.

Circunstancias agravantes y atenuantes

- (52) No hay circunstancias agravantes ni atenuantes. El hecho de que una empresa comunique a la Comisión, tras la recepción del pliego de cargos, que no niega los hechos en los que se basan las objeciones de la Comisión ciertamente puede considerarse, en principio, una circunstancia atenuante en descargo de la empresa. Ahora bien, los hechos en que se basan las objeciones de la Comisión en el presente caso son exclusivamente los textos de los propios contratos, que contienen acuerdos sobre descuentos de fidelidad. En estas condiciones, la Comisión no puede considerar una circunstancia atenuante el que la empresa comunicara, en la audiencia de 9 de noviembre de 2000, que no negaba la existencia de dichos contratos.

⁽⁷⁵⁾ Véanse las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n° 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA («Directrices»), DO C 9 de 14.1.1998, p. 3, punto A.

⁽⁷⁶⁾ En cuanto al papel de las estructuras alternativas de distribución en tanto que fuente de una competencia beneficiosa para la economía en su conjunto, véanse los considerandos 37 y 38.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

1. Entre 1974 y 2000, Deutsche Post AG («DPAG») infringió lo dispuesto en el artículo 82 del Tratado CE al exigir a los clientes de sus servicios de paquetería en el ámbito de la venta a distancia, como contrapartida de la aplicación de un precio especial, que se comprometieran a despachar a través de DPAG la totalidad —o el mayor porcentaje posible— de su demanda de envío de paquetes no voluminosos de un peso de hasta 20 o 31,5 kg o de catálogos de peso superior a 1 kg (envíos publicitarios pesados).
2. Entre 1990 y 1995, DPAG infringió lo dispuesto en el artículo 82 del Tratado CE al ofrecer servicios de paquetería en el ámbito de la venta a distancia a precios inferiores a los costes adicionales vinculados a la prestación de tales servicios.

Artículo 2

1. DPAG deberá poner fin inmediatamente a la infracción mencionada en el apartado 1 del artículo 1 y se abstendrá en el futuro de repetir las actuaciones o prácticas contempladas en el apartado 1 del artículo 1.
2. DPAG presentará a la Comisión, al final de cada ejercicio económico de la nueva filial («Newco»), la cuenta de ingresos y gastos de Newco en el ámbito de los servicios de paquetería empresarial. Asimismo, presentará todos los años un desglose de los precios abonados por Newco por cada uno de los bienes o servicios adquiridos a DPAG.

DPAG presentará a la Comisión todos los acuerdos sobre descuentos que suscriba Newco con los seis mayores clientes del sector de la venta a distancia. Esta obligación surtirá efecto a partir del primer ejercicio económico de Newco y finalizará al término de su tercer ejercicio económico.

Artículo 3

1. Se impone a DPAG una multa de 24 millones de euros por la infracción mencionada en el apartado 1 del artículo 1.
2. La multa se pagará en euros, en el plazo de tres meses a partir de la recepción de la notificación de la presente Decisión, en la cuenta bancaria n° 642-0029000-95 (código IBAN: BE 76 6420 0290 0095, código SWIFT: BBVABEBB), abierta a nombre de la Comisión Europea en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria BBVA, Avenue des Arts 43, B-1040 Bruselas.

Una vez expirado este plazo, se devengarán automáticamente intereses de demora al tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a sus operaciones principales de refinanciación el primer día laborable del mes en el que se haya adoptado la presente Decisión, con un incremento de 3,5 puntos porcentuales, lo que equivale a un tipo global del 8,28 %.

Artículo 4

El destinatario de la presente Decisión:

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

Artículo 5

La presente Decisión constituye título ejecutivo conforme al artículo 256 del Tratado CE.

Hecho en Bruselas, el 20 de marzo de 2001.

Por la Comisión

Mario MONTI

Miembro de la Comisión