

Mededinging en vrij verkeer van diensten

III Rechtspraak

Maatregelen van Deutsche Post tegen remailing zijn onder bepaalde voorwaarden toegestaan

Mr. J.C.M. van der Beek

Het Hof van Justitie van de EG heeft in een recent arrest de gelegenheid gehad zich uit te laten over de geoorloofdheid in het licht van de bepalingen van het EG-Verdrag van maatregelen die nationale postorganisaties nemen tegen zogenaamde 'remailing'. Deze maatregelen zijn gebaseerd op het Wereldpostverdrag. De vorm van 'remailing' die hier aan de orde is betreft de situatie dat een afzender (zelf of via een derde) zijn post, bestemd voor ontvangers in dezelfde lidstaat, bij de posteries van een andere lidstaat afgeeft, die deze doorstuurt naar de posteries van de lidstaat waar de afzender en ontvanger zijn gevestigd. Deze laatste posteries dragen vervolgens zorg voor de bezorging van de post aan de ontvanger. Nationale posteries derven inkomsten door dergelijke remailing. Deutsche Post paste daarom het binnenlandse posttarief toe op de zendingen die zij door

'remailing' van buitenlandse posteries ontving. Het Hof oordeelt dat daarmee in principe geen inbreuk wordt gemaakt op de artikelen 86 jo. 82 en 49 EG-Verdrag, op voorwaarde dat op het binnenlandse tarief de betalingen van de 'eindkosten', die door de buitenlandse posteries voor die zendingen zijn betaald, in mindering worden gebracht.

Zaken C-147/97 en C-148/97, Deutsche Post AG en GZS, CKG, 10 februari 2000, n.n.g.; Weekoverzicht HvJ EG, nr. 5/00, p. 7.

Feiten

Het onderhavige arrest is gewezen naar aanleiding van prejudiciële vragen, die door de Duitse rechter zijn gesteld in twee procedures die Deutsche Post had aangespannen in verband met haar vorderingen op twee ondernemingen wegens betaling van binnenlandse posttarieven. De twee Duitse ondernemingen, City Corp Karten Service GmbH (CKG) en het Gesellschaft für Zahlungssystemen mbH (GZS) zorgden er voor dat de gegevens met betrekking tot rekeningafschriften en andere bankafschriften voor creditcardhouders elektronisch werden aangeleverd bij ondernemingen in respectievelijk Nederland en Denemarken, die de formulieren vervolgens afdrukten en voor verzending van een enveloppe voorzagen en frankeerden. De poststukken werden daarna vervolgens voor verzending afgegeven

1 Eindkosten zijn de kosten die de ene postadministratie aan een andere in rekening brengt voor de bestelling van haar internationale zendingen.

2 Zie over de laatste stand van zaken op het gebied van internationale overeenkomsten inzake eindkosten: T. Reeves, *Terminal Problems in the Postal Sector?* [2000] ECLR, p. 283 ev.

3 Zaak C-320/91, Jur. 1993, p. I-2533

aan respectievelijk PTT Post B.V. en aan de Deense Post. Deze posteringen zonden ten slotte de poststukken door aan de Deutsche Post voor bezorging aan de geadresseerden in Duitsland. De inhoud van de poststukken werd langs elektronische weg medegedeeld, zodat het hier gaat om een vorm van niet-fysieke remailing. PTT Post en de Deense posteringen ontvingen voor de voor Duitsland bestemde brievenpost de gebruikelijke port voor internationale post van ongeveer 0,55 DEM. De posteringen betaalden aan Deutsche Post zogenaamde 'eindkosten'¹ die toentertijd tussen 0,36 DEM en 0,40 DEM per brief bedroegen. Het binnenlandse tarief dat normaliter door Deutsche Post in rekening werd gebracht bedroeg 1 DEM per brief. Deutsche Post vorderde in de procedure voor de Duitse rechter voor elke in Duitsland bezorgde brief van CKG en GZS het binnenlandse tarief van 1 DEM.

Deutsche Post baseerde haar vordering op artikel 25 lid 3 Wereldpostverdrag (hierna: WPV) en paragraaf 9 van het Postgesetz (Postwet). Het WPV verplicht de posteringen de door de posteringen van andere verdragsluitende staten doorgegeven internationale brievenpost voor op het grondgebied van die staat gedomicilieerde geadresseerden te verzenden aan hen te bestellen. Op deze verplichting bestaat volgens artikel 25 lid 1 WPV een uitzondering in twee gevallen, namelijk indien een afzender die op het grondgebied is gedomicilieerd de post in een andere staat afgeeft om te profiteren van de aldaar geldende lagere posttarieven en ten tweede in geval van massale afgifte bij de posteringen van andere verdragsluitende staten, ongeacht of zij al dan niet worden verricht om van lagere posttarieven te profiteren. Deze uitzonderingen gelden zowel voor fysieke als voor niet-fysieke remailing. Volgens artikel 25 lid 3 WPV hebben de posteringen in de twee bedoelde gevallen het recht de postzendingen terug te sturen naar hun plaats van verzending of het recht daarop hun binnenlandse tarieven toe te passen. Het WPV is in Duitsland goedgekeurd bij de Wet betreffende de verdragen van de Wereldpostunie van 21 augustus 1992.

Uit de stukken bleek dat sprake was van massale afgifte; op basis van de door CKG doorgestuurde gegevens werden jaarlijks ongeveer 42 miljoen poststukken afgedrukt die via Nederland naar geadresseerden in lidstaten van de EU worden verzonden. Op dezelfde wijze zond GZS aan de Deense onderneming gegevens betreffende ongeveer 7 miljoen creditcardhouders voor verzending door de Deense Post.

Wat betreft de eindkosten is van belang dat in het Wereldpostverdrag van 1969 een regeling voor dergelijke kosten is ingevoerd, welke regeling echter niet volstond om de kosten te dekken van de posteringen van het land van bestemming van postzendingen. De posteringen van een aantal lidstaten hebben daarom de zogenaamde Reims-overeenkomsten gesloten die voorziet in een geleidelijke verhoging

van de eindkosten tot 80 procent van de binnenlandse posttarieven. Van de laatste Reims-II overeenkomst is Nederland geen partij. In de Reims-II overeenkomst is bepaald dat na afloop van de overgangperiode artikel 25 WPV niet meer van toepassing zal zijn op de lidstaten die partij zijn bij de overeenkomst.²

In de procedure waar Deutsche Post van CKG en GZS de betaling van het binnenlandse tarief vorderde voor de geremailed poststukken heeft de Duitse rechter een aantal prejudiciële vragen gesteld.

Het arrest

Het Hof gaat allereerst over tot herformulering van de gestelde prejudiciële vragen. Eén van de vragen had betrekking op de uitleg van artikel 28 EG (ex artikel 30), maar het Hof stelt dat deze bepaling niet van toepassing is aangezien internationale brievenpost een grensoverschrijdende vorm van de universele postdienst is. Niet artikel 28 EG, maar artikel 49 EG (ex artikel 59) is derhalve relevant.

De vragen worden geherformuleerd in de volgende zin:

'Druist de uitoefening door Deutsche Post van het recht uit hoofde van artikel 25 lid 3 WPV om op de in dat artikel bedoelde gevallen van massale afgifte bij de posteringen van een andere lidstaat zijn binnenlandse posttarieven toe te passen, in tegen artikel 86 (ex artikel 90), jo. artikel 82 (ex artikel 86) en artikel 49 (ex artikel 59) van het Verdrag?'

Het Hof stelt onder verwijzing naar het arrest Corbeau³ vast, dat Deutsche Post een onderneming is waaraan een lidstaat uitsluitende rechten heeft verleend in de zin van artikel 86 lid 1 EG (ex artikel 90 lid 1). Aan de Deutsche Post is immers het alleenrecht op het verzamelen, vervoeren en bestellen van poststukken verleend. Volgens vaste jurisprudentie kan een onderneming die een dergelijk wettelijk monopolie bezit, geacht worden een machtspositie in te nemen in de zin van artikel 82 EG. Het creëren van een machtspositie door het verlenen van dergelijke alleenrechten is als zodanig niet onverenigbaar met artikel 82 EG, maar artikel 86 lid 1 EG verbiedt lidstaten om maatregelen te nemen of te handhaven welke die bepaling (artikel 82 EG) haar nuttig effect kunnen ontnemen. Artikel 86 lid 1 EG moet gelezen worden in samenhang met het tweede lid van dit artikel dat bepaalt dat ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang onder de verdragsregels (dus ook onder de mededingingsregels) vallen voorzover de toepassing daarvan de vervulling in feite of in rechte van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.

Het Hof wijst er vervolgens op dat één van de basisbeginselen van het WPV de verplichting is van de posteringen van bestemming om internationale post aan de geadresseerde op hun grondgebied te

4 Richtlijn 97/67/EG betreffende de gemeenschappelijk regels voor de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap en de kwaliteit van de dienst, Pb. EG 1998, L 15/14, hierna de postrichtlijn. Zie hierover F. Rijnsbergen, *Liberalisering in de postsector*, NTER 1998, p. 8 e.v.

5 Zie Agence Europe, No. 7728, 31 mei 2000 p. 7. Zie ook de resolutie van het Europees Parlement, van 15 januari 1999 en V. Comandini in *The Liberalisation of State Monopolies in the European Union and Beyond*, p. 135-172, Kluwer Law International 2000, D. Geradin (ed).

6 Zie over universele diensten in het algemeen: W. Devroe, *Universele dienstverlening als nieuwe manier van denken*, SEW 3 (2000), p. 82 ev.

7 Artikel 7 postrichtlijn.

8 Zie HvJ EG zaak C-320/91, Corbeau, Jur. 1993, p. I-2533, waar het Hof deze dienst omschreef als bestaande in de verplichting. Met betrekking tot de diensten waar het in het hoofdgeding om gaat, kan niet worden betwist, dat de Regie der posterijen belast is met een dienst van algemeen economisch belang, bestaande in de verplichting te zorgen voor het inzamelen, vervoeren en bestellen van poststukken, ten behoeve van alle gebruikers, over het hele grondgebied van de betrokken Lid-Staat, tegen eenvormige tarieven en onder vergelijkbare voorwaarden van kwaliteit, zonder te letten op bijzonder situaties en op de economische rentabiliteit van elke individuele verrichting.

9 HvJ EG zaak C-320/91, Jur. 1993, p. I-2533; zie ook de noot van L. Hancher bij dit arrest in [1994] 21 CML-Rev 114.

10 In latere arresten lijkt het Hof op deze strikte toepassing van artikel 86 lid 1 EG te zijn teruggekomen, zie HvJ EG C-323/93, La Crespelle, Jur. 1997, p. I-5077 en HvJ EG C-387/93 Banchero, Jur. 1997, p. I-4663; zie hierover ook J.L. Buendía Sierra, in Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford 1999, p. 298.

verzenden en te bestellen. De bij het WPV aangesloten staten vormen derhalve één postgebied waarbinnen de vrije doorvoer van internationale zendingen in beginsel verzekerd is. Het Hof constateert dat de nakoming van de verplichtingen uit het WPV voor de posterijen van de lidstaten als zodanig een dienst van algemeen economisch belang is in de zin van artikel 86 lid 2 EG.

Nu aan Deutsche Post het recht wordt toegerekend om in bepaalde in de WPV genoemde gevallen (zoals massale afgifte) internationale postzendingen als binnenlandse post te behandelen, is sprake van een situatie waar Deutsche Post misbruik zou kunnen maken van haar machtspositie die voortvloeit uit het verleende alleenrecht. Het Hof stelt vervolgens de vraag aan de orde of de uitoefening van dit recht binnenlandse tarieven toe te passen noodzakelijk is om Deutsche Post in staat te stellen haar taak van algemeen economisch belang te vervullen onder economisch aanvaardbare omstandigheden. De verplichting voor Deutsche Post om de post die massaal in het buitenland is afgegeven te bestellen zonder dat zij daarvoor vergoeding kan krijgen voor alle door die verplichting veroorzaakte kosten, kan volgens het Hof inderdaad de vervulling van de taak van algemeen belang onder evenwichtige economische omstandigheden in gevaar brengen. Het recht om de zendingen met binnenlandse posttarieven te belasten is dus een vanuit een oogpunt van artikel 86 lid 2 EG gerechtvaardigde maatregel. Dit geldt ook in zoverre het recht om binnenlandse tarieven toe te passen beschouwd zou kunnen worden als een belemmering van het vrije verkeer van diensten. Het Hof voegt hier echter aan toe dat dit anders zou zijn indien tussen de posterijen overeenkomsten zouden bestaan waarbij de eindkosten in verhouding tot de werkelijke kosten worden vastgesteld, zoals bedoeld in artikel 13 van Richtlijn 97/67. Volgens het Hof zou Deutsche Post desalniettemin misbruik van haar machtspositie maken indien zij, terwijl een deel van de kosten voor Deutsche Post wordt gecompenseerd door verkregen eindkosten, toch het volledige binnenlandse tarief zou toepassen.

Commentaar

Universele diensten en alleenrechten in de postsector

De onderhavige zaak speelt in de postsector, een sector die tot op heden slechts gedeeltelijk geliberaliseerd is. In 1997 is de postrichtlijn⁴ vastgesteld waarin de diensten zijn genoemd die nog exclusief mogen worden voorbehouden aan de nationale postexploitanten. De bedoeling volgens de richtlijn was om volledige liberalisering te bereiken in 2003, maar deze datum⁵ zal wellicht niet gehaald worden. In feite is op dit moment slechts 2-3 procent van de postdiensten door de richtlijn verplicht geliberaliseerd. Aan de posterijen in de EU is de verplichting

opgelegd tot het verzorgen van bepaalde universele postdiensten.⁶ Die verplichting omvat onder meer een ophaaldienst die toegang verschaft tot het netwerk van de postorganisaties, en een besteldienst voor alle adressen in het gebied van de nationale postexploitant. In de postrichtlijn worden de minimum normen gegeven waaraan deze diensten moeten voldoen. Om de postexploitanten in staat te stellen de universele diensten onder economisch aanvaardbare condities te vervullen, beschikken zij over het uitsluitende recht een pakket concessiediensten aan te bieden, de zogenaamde voorbehouden diensten.⁷

Postdiensten, die onder de universele dienstverleningverplichting vallen, worden beschouwd als diensten van algemeen economisch belang.⁸

Het Corbeau-arrest

In het arrest verwijst het Hof een aantal malen naar het in 1993, derhalve vóór de vaststelling van de postrichtlijn, gewezen Corbeau-arrest. In deze zaak heeft het Hof een uitspraak gedaan over de toelaatbaarheid van de aan een nationale postexploitant toegekende exclusiviteit voor het verrichten van bepaalde postdiensten.⁹ Uit het Corbeau-arrest kan worden afgeleid dat het Hof de verlening van exclusieve rechten uit hoofde van artikel 86 lid 1 EG alleen toelaatbaar acht, voorzover de uitsluiting of beperking van de mededinging gerechtvaardigd is uit hoofde van artikel 86 lid 2 EG. In de zaak Corbeau heeft het Hof in feite niet stilgestaan bij de vraag op welke wijze de nationale maatregel de onderneming met een machtspositie tot misbruik van die positie zou brengen. Het Hof heeft in deze zaak de bepaling van artikel 86 lid 1 EG zo strikt toegepast dat in feite elke verlening van een exclusief recht aan een onderneming in de zin van artikel 86 lid 1 EG inbreuk maakt op laatstgenoemd artikel, tenzij de mededingingsbeperking gerechtvaardigd is op grond van de uitzondering vervat in artikel 86 lid 2 EG.¹⁰

Kruissubsidiëring en het halen van krenten uit de pap

Voor een beroep op deze uitzondering moet volgens het arrest de beperking noodzakelijk zijn om te verzekeren dat de houders van de exclusieve rechten de hun opgedragen bijzondere taak kunnen vervullen onder economisch aanvaardbare omstandigheden. Het Hof interpreteerde deze uitzonderingsmogelijkheid zeer ruim: de verplichting tot het verlenen van de diensten van algemeen belang onder economisch aanvaardbare omstandigheden betekent dat compensatie (kruissubsidiëring) mogelijk moet zijn tussen rendabele en minder rendabele sectoren van bedrijvigheid. Dit rechtvaardigt een beperking van de mededinging door andere ondernemingen in de economisch rendabele sectoren. Zonder een derge-

11 Dit fenomeen wordt in het Engels aangeduid als 'cream-skimming' of 'cherry-picking' en kan in het Nederlands omschreven worden als het 'krenten uit de pap halen'.

12 Dit valt a contrario af te leiden uit ov. 19 van het arrest.

13 Zie HvJ EG C-41/83, Italië/Commissie, Jur. 1985, p. 873.

14 GvEA T-133/95 en T-204/95, IECC, Jur. 1998, p. II-3645.

15 Namelijk vanwege het feit dat deze maatregelen (in dat geval terugzending) niet hun rechtvaardiging vinden in het bestaan van het postmonopolie en niet verplicht worden gesteld door het WPV, en zij (bij het ontbreken van bewijs van het tegendeel) niet het enige middel zijn voor de postexploitant van bestemming om de met het bestellen van deze post gepaard gaande kosten te dekken.

16 Zie in dit verband ook U. Everling, *Remailing and European Competition Law*, [1997] 8 ECLR, p. 520 ev.

17 HvJ EG 33/74, Jur. 1974, p. 1299.

18 Overigens had ook de Commissie in bovengenoemde zaak IECC zich op dit argument gebaseerd, zie r.o. 25; zie ook Everling, op. cit. p. 526.

19 HvJ EG C-212/97, Jur. 1999, p. I-1459.

lijke beperking zouden namelijk andere ondernemingen zich kunnen concentreren op de meer rendabele sectoren en daar lagere tarieven dan de postexploitanten in rekening kunnen brengen.¹¹ Een uitsluiting van de mededinging is volgens het Corbeau-arrest zelfs gerechtvaardigd indien het gaat om specifieke, van de dienst van algemeen belang afgescheiden diensten, die de traditionele post niet aanbiedt, indien de verlening van die diensten door derden in de gegeven omstandigheden het economische evenwicht van de door de postexploitant verrichte dienst van algemeen economisch belang in gevaar zou brengen.¹² Het Hof liet het in die zaak aan de nationale rechter over of hiervan sprake was; het was dus aan de nationale rechter om de vereiste proportionaliteit van het exclusieve recht in de gegeven omstandigheden vast te stellen. Uit eerdere jurisprudentie blijkt overigens al dat een loutere vermindering van omzet (die logischerwijs altijd het gevolg zal zijn van het aan concurrentie blootgesteld staan) niet voldoende is voor het kunnen doen van een beroep op artikel 86 lid 2 EG.¹³

Het is opvallend dat A-G Tesouro in de Corbeau-zaak een minder ruime werking van de uitzondering van artikel 86 lid 2 EG voorstond. Hij maakte een duidelijk onderscheid tussen de voorbehouden diensten en de daarvan te onderscheiden, de 'dissocieerbare diensten', en aanvaardde wel de noodzaak van kruissubsidiëring binnen de voorbehouden diensten, maar niet tussen deze diensten en de dissocierbare diensten. In verband met de proportionaliteit achtte hij een beperkte 'subsidiëring' door de dissocierbare diensten aanvaardbaar in de vorm van het opleggen van minimumtarieven waaraan ook de derde ondernemingen zich zouden moeten houden. Ook in de zaak Deutsche Post was de A-G veel terughoudender bij de toepassing van artikel 86 lid 2 EG en werd hij daarin niet door het Hof gevolgd. Daarop zal hierna nog worden ingegaan.

Hoewel het Hof zelf een aantal keren verwijst naar het Corbeau-arrest, betreft de Deutsche Post-zaak (anders dan in het Corbeau-arrest) niet een mededingingsbeperking die rechtstreeks voortvloeit uit het feit dat een exclusief recht is verleend. Het gaat om een uitbreiding van dit exclusieve recht in de zin dat de houder van het alleenrecht (Deutsche Post) zijn voorwaarden (de binnenlandse tarieven) kan opleggen in een situatie waarin hij normaliter deze bevoegdheid niet zou hebben. De concurrenten mogen weliswaar nog wel hun diensten aanbieden, maar door de hoge tarieven van Deutsche Post konden zij hun diensten niet onder concurrerende voorwaarden aanbieden.

Remailing getoetst aan artikel 86 EG; rechten gebaseerd op het WPV

De onderhavige zaak heeft het Hof voor het eerst de gelegenheid geboden om een uitspraak te doen over de toelaatbaarheid in het licht van artikel 86 EG van

maatregelen van nationale postexploitanten tegen remailingactiviteiten gebaseerd op het WPV. Het Gerecht heeft weliswaar in een eerdere zaak¹⁴ naar aanleiding van een beschikking van de Commissie bepaald dat maatregelen tegen remailing (anders dan de Commissie had geoordeeld) misbruik van een machtspositie kunnen opleveren van de nationale postexploitanten¹⁵, maar een toetsing aan artikel 86 EG was in die zaak niet aan de orde.

De belangrijkste vragen van de Duitse rechter waren gericht op de wens om te vernemen of de Duitse wettelijke regeling waarbij het WPV werd geïmplementeerd in overeenstemming was met de verdragsbepalingen; met name met artikel 86 juncto artikel 82 en artikel 49 EG. Het is daarom merkwaardig dat het Hof in het arrest vervolgens steeds spreekt over de verenigbaarheid van de 'uitoefening van het recht' door Deutsche Post met artikel 86 EG, terwijl het bij de toepassing van artikel 86 lid 1 EG gaat om een nationale maatregel, en niet om de gedragingen van ondernemingen. De prejudiciële vragen betreffen de uitleg van artikel 25 WPV waaraan Deutsche Post door de ratificatie rechtstreeks rechten kan ontnemen. Het gaat derhalve om de vraag of de rechten, die voortvloeien uit een verdrag waarbij alle lidstaten van de EG partij zijn, beperkt kunnen worden door de bepalingen van het verdrag indien deze rechten daarmee in strijd zijn.

De eerste versie van het WPV dateert van 1874. De inhoud van de bepaling van artikel 25 WPV is voor het eerst ingevoerd in een protocol van 1924. De bepaling van artikel 307 EG (ex artikel 234), die bescherming verleent aan de verplichtingen die voor lidstaten voortvloeien uit eerdere verdragen, is echter op artikel 25 WPV niet van toepassing. Artikel 25 WPV legt immers geen verplichtingen op die de lidstaten ten opzichte van derde landen zouden moeten respecteren, aangezien de lidstaten die met remailingactiviteiten worden geconfronteerd door het WPV slechts gemachtigd worden om maatregelen te nemen, maar daartoe niet verplicht worden.¹⁶ Dit betekent dat op de rechten die voortvloeien uit artikel 25 WPV slechts een beroep kan worden gedaan indien deze niet in strijd zijn met de verdragsbepalingen.

Door Deutsche Post was in de procedure met een beroep op het arrest Van Binsbergen¹⁷ naar voren gebracht dat GZS en CKG geen beroep konden doen op de verdragsbepalingen omdat hun remail activiteiten frauduleus van aard waren, nu zij erop gericht waren het wettelijk monopolie van Deutsche Post te ondermijnen. Hoewel het Hof op dit argument niet is ingegaan, maakt de A-G La Pergola korte metten met dit argument.¹⁸ Onder verwijzing naar het arrest Centros¹⁹ stelt de A-G vast dat in het onderhavige geval door CGK en GZS het uit het verdrag voortvloeiende recht van vrij verkeer van diensten juist in overeenstemming met het verdrag is uitgeoefend.

*Remailing getoetst aan artikel 86 lid 1 EG;
benadering van A-G*

Zowel het Hof als de A-G constateren dat Deutsche Post, waaraan het alleenrecht op bepaalde postdiensten is verleend, moet worden beschouwd als een onderneming in de zin van artikel 86 lid 1 EG en dat deze onderneming, die op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt een wettelijk monopolie bezit, geacht kan worden een machtspositie in de zin van artikel 82 EG in te nemen. De A-G gaat vervolgens over tot een analyse van het gedrag van Deutsche Post in het licht van artikel 82 EG en concludeert dat sprake is van een soort leveringsweigerings (de weigering om de post af te leveren) dan wel van discriminatoire voorwaarden doordat veel hogere kosten in rekening worden gebracht dan aan Duitse ondernemingen die aan ondernemingen in dezelfde lidstaten brieven versturen. De A-G onderzoekt daarna of dit misbruikelijk gedrag het directe gevolg is van de nationale maatregel, zodat geconstateerd zou kunnen worden dat de lidstaat inbreuk op artikel 86 lid 1 jo. 82 EG heeft gemaakt. De A-G komt tot het oordeel dat dit inderdaad het geval is. Dit ondanks het feit dat de Duitse wet (evenmin als artikel 25 WPV) geen verplichting oplegt, maar slechts een recht inhoudt om de binnenlandse tarieven in rekening te brengen. De A-G wijst erop dat het niet realistisch is te veronderstellen dat Deutsche Post ervoor zou kiezen van een dergelijk recht geen gebruik te maken.

Remailing getoetst aan artikel 86 lid 1 en 2 EG; andere benadering van het Hof

Het Hof volgt een andere benadering. Na zijn constatering inzake het bestaan van een machtspositie van een onderneming in de zin van artikel 86 lid 1 EG, vervolgt het Hof dat de bepaling van artikel 86 lid 1 EG in samenhang met lid 2 van dat artikel moet worden gelezen, gelijk de overweging van het Hof in de zaak Corbeau. Het Hof gaat vervolgens, evenals in de zaak Corbeau, nauwelijks in op de toepasselijkheid van artikel 86 lid 1 EG. Het Hof merkt slechts op dat het recht om internationale zendingen als binnenlandse post te behandelen een situatie voor de Deutsche Post scheidt waarbij zij misbruik zou kunnen maken van haar machtspositie die voortvloeit uit het haar verleende alleenrecht. Evenmin als in de zaak Corbeau stelt het Hof vast dat sprake is van een nationale maatregel die ertoe leidt dat de desbetreffende onderneming misbruik van haar machtspositie maakt. Het bestaan van bedoeld recht faciliteert een eventueel misbruik van machtspositie, en dit is in de ogen van het Hof voldoende voor de toepasselijkheid van artikel 86 lid 1 EG.

Na deze strikte toepassing van lid 1 van artikel 86 EG, gaat het Hof over tot een zeer ruime toepassing van lid 2 van dit artikel. Als reden noemt het Hof dat zonder het recht interne tarieven toe te passen Deutsche Post niet de mogelijkheid zou worden

geboden om vergoeding te verkrijgen voor 'alle door die verplichting veroorzaakte kosten'. In zekere zin gaat het Hof met deze ruime toepassing van artikel 86 lid 2 EG nog een stapje verder dan in de zaak Corbeau. Daar liet het Hof het immers aan de nationale rechter over om te bepalen of de nationale maatregel (de mate van verleende exclusiviteiten) proportioneel was in het licht van het noodzakelijke economische evenwicht om diensten van algemeen economisch belang te verrichten. Wel maakt het Hof duidelijk dat een beroep op de uitzondering van artikel 86 lid 2 EG niet meer gerechtvaardigd zou zijn indien een overeenkomst inzake eindkosten zou bestaan, die gebaseerd zou zijn op de werkelijke kosten voor behandeling en distributie van inkomende grensoverschrijdende post.

De A-G gaat wat betreft de toepasselijkheid van artikel 86 lid 2 EG veel minder ver. In verband met de noodzakelijkheidsvraag en de proportionaliteit constateert hij dat de verplichting om universele diensten te leveren in de huidige stand van het liberaliseringsproces van de postsector in vele lidstaten de handhaving van voorbehouden diensten rechtvaardigt. Hij brengt in herinnering dat in het Corbeau-arrest het Hof heeft erkend dat de verplichting tot universele dienstverlening met zich meebrengt dat kruissubsidies tussen cliënten en bestemmingen bij postdiensten plaatsvindt en dat dit een bescherming rechtvaardigt door middel van voorbehouden rechten om 'het halen van krenten uit de pap' door derden te voorkomen. De A-G is echter van mening dat anders dan in het Corbeau-arrest het hier niet gaat om 'krenten uit de pap' en om de universele dienstverlening te waarborgen. Naar zijn mening gaat het in het onderhavige geval slechts om het door Deutsche Post veiligstellen van haar omzetten in verband met het feit dat de eindkosten zo laag zijn.

Wat is proportioneel?

Artikel 86 lid 2 EG is niet van toepassing indien Deutsche Post nog in staat is om aan haar universele dienstverleningsverplichtingen te voldoen (omdat dan niet is voldaan aan de voorwaarde van noodzakelijkheid). Volgens de A-G zou Deutsche Post slechts een succesvol beroep op artikel 86 lid 2 EG kunnen doen indien zij gedetailleerde bewijzen aanlevert voor onder andere de onmogelijkheid om door middel van andere voorbehouden dienstenrechten voldoende middelen te genereren. Naar de mening van de A-G gaat Deutsche Post er ten onrechte van uit dat elke dienst die deel uitmaakt van de voorbehouden diensten geleverd moet kunnen worden onder financieel evenwichtige voorwaarden. Volgens de A-G gaat dit standpunt voorbij aan de mogelijkheid van kruissubsidiëring binnen de voorbehouden diensten.

Deze redenering waarbij het vereiste van proportionaliteit, zoals dat hoort wanneer een beroep

20 Zie voor de toepassing van artikel 86 lid 2 jo. artikel 28 EG de arresten inzake de elektriciteitsmonopolies: HvJ EG C-157/94, Nederland, Jur. p. I-5699 en HvJ EG C-158/94, Italië, Jur. 1997, p. I-5789 en HvJ EG C-159/94, Frankrijk, Jur., p. I-5815.

wordt gedaan op een uitzondering, strikt wordt opgevat, wordt niet door het Hof gevolgd. Uit de rechtsoverwegingen van het arrest kan men afleiden dat het Hof integendeel van mening is dat de nationale posterijen de mogelijkheid moet worden geboden om een vergoeding te krijgen voor *alle* door *iedere* opgelegde verplichting veroorzaakte kosten. Indien dit niet het geval is brengt dit met zich mee dat de vervulling van de dienst van algemeen belang onder evenwichtige economische omstandigheden in gevaar kan worden gebracht.

De A-G meent (kennelijk anders dan het Hof) dat de maatregel om binnenlandse tarieven toe te passen ook disproportioneel is, omdat om het noodzakelijke financiële evenwicht te bereiken het zou volstaan voor Deutsche Post om een tarief te vragen dat het verschil vormt tussen de werkelijke kosten van de dienst en de ontvangen eindkosten. Het Hof merkt daarentegen slechts op dat indien geen rekening wordt gehouden door Deutsche Post met de betaling van eindkosten, dit als een misbruik van de machtspositie in de zin van artikel 82 EG kan worden beschouwd. De uitoefening van het recht door Deutsche Post zou in dat geval indruisen tegen artikel 86 lid 1 EG jo. artikel 82 EG. Overigens kan men zich afvragen of, wanneer wel door Deutsche Post de eindkosten in mindering zouden worden gebracht op de binnenlandse tarieven, voldaan zou zijn aan het proportionaliteitsvereiste. Ook in dat geval zou het berekenen van het restant van de binnenlandse tarieven nog tot een hogere vergoeding kunnen leiden dan gerechtvaardigd is door de werkelijke kosten.

Remailing getoetst aan artikel 49 EG

Ten slotte valt op in het arrest dat het Hof slechts summier ingaat op de vraag betreffende de toepassing van artikel 49 EG. Het Hof laat in het midden of artikel 25 lid 3 WPV, wanneer toegepast door Deutsche Post, een belemmering van het vrij verkeer van diensten oplevert. De A-G was van mening dat de Duitse wetgeving inbreuk maakt op artikel 49 EG omdat daarmee dienstverrichtingen door buitenlandse partijen worden ontmoedigd, doordat zij hun diensten minder voordelig kunnen aanbieden. De maatregel is uitsluitend van toepassing op verdeling van post die in het buitenland is gepost en is dus een 'onderscheid' maatregel, die alleen gerechtvaardigd kan worden indien voldaan is aan de voorwaarden van de artikelen 45 en 46 EG. Het handhaven van een financieel evenwicht in verband met de verplichting om universele diensten aan te bieden is een economische rechtvaardiging die niet onder deze artikelen valt. Doordat het Hof de uitzondering van artikel 86 lid 2 EG ook van toepassing acht op belemmeringen van het vrij verkeer van diensten worden hiermee de uitzonderingsgronden genoemd in de artikelen 45 en 46 EG in feite uitgebreid met de economische rechtvaardiging, die mogelijk is op grond van artikel 86 lid 2 EG.²⁰

Conclusie

Het Hof deinst niet terug voor een ruime bescherming van bestaande postmonopolies in deze – nog slechts zeer beperkt geliberaliseerde – sector, zelfs in omstandigheden waar nu juist door ondernemingen gebruik wordt gemaakt van het bestaan van de interne markt en van grensoverschrijdende postdiensten. Het Deutsche Post-arrest betekent een extra rem op het vrijmaken van de markt in een sector waar de liberalisering al niet voorspoedig verloopt.

Maar ook buiten de postsector is dit arrest van belang in de zin dat daaruit blijkt dat het Hof de bepaling van artikel 86 lid 1 EG, maar ook de uitzondering van artikel 86 lid 2 EG snel van toepassing acht. Wat betreft artikel 86 lid 1 EG wordt een wet ter ratificatie van een verdrag, zonder dat de wet zelf de desbetreffende ondernemingen begunstigt, als een maatregel gezien die het nuttig effect aan de mededingingsbepalingen kan ontnemen. Voor de toepassing van artikel 86 lid 1 jo. artikel 82 EG is voorts niet noodzakelijk dat de nationale maatregel tot het misbruik maken van een machtspositie dwingt of daartoe leidt; het is voldoende dat de maatregel het misbruik maken van een machtspositie faciliteert. Waar de grens ligt wat betreft het kunnen toerekenen aan de staat is niet geheel duidelijk. In de La Crespelle-zaak was het Hof van mening dat de verlening van een exclusief recht niet betekende dat de mogelijkheid voor de onderneming om met de daardoor ontstane monopoliepositie onbillijk hoge prijzen in rekening te brengen aan de nationale maatregel kon worden toegeschreven. Een wet ter ratificering van een verdrag, waardoor een onderneming rechten aan het verdrag kan ontnemen, waaronder het recht (en niet de plicht) om bepaalde soorten tarieven toe te passen die in bepaalde omstandigheden een misbruik kunnen opleveren, is daarentegen kennelijk wel voldoende om de lidstaat een verwijt op grond van artikel 86 lid 1 EG te maken. Om aan dit verwijt te ontsnappen had de lidstaat Duitsland waarschijnlijk geen andere mogelijkheid gehad dan het verdrag niet te ratificeren.

Anderzijds is het Hof ruimhartig in het van toepassing verklaren van de uitzondering van artikel 86 lid 2 en wordt het noodzakelijkheidsvereiste en het vereiste van proportionaliteit niet strikt toegepast. Ook uit andere recente arresten blijkt dat het Hof ver gaat in zijn bescherming van houders van alleenrechten tegen het door anderen 'krenten uit de pap halen'.²¹ Het Hof aanvaardt kruissubsidiëring, niet alleen binnen de voorbehouden diensten, maar ook van deze diensten door daarvan te onderscheiden diensten. Voor het voldoen aan het vereiste van noodzakelijkheid en proportionaliteit eist het Hof niet dat het nodige economische evenwicht om de verplichte universele diensten te kunnen verrichten niet met andere instrumenten kan worden bereikt, bijvoorbeeld door het hanteren van een voor alle aanbieders geldend systeem van minimum tarieven.

21 Zie bijvoorbeeld HvJ EG C-115/97, C-117/97, Brentjens, 21 september 1999, n.n.g.; en zeer recent HvJ EG C-209/98, Entreprenorforeningens Affalds/Miljøsektion, van 23 mei 2000, n.n.g.

22 Agence Europe, No. 7729, 1 juni 2000, p. 14.

Zowel in de zaak Corbeau, als in de Deutsche Post zaak had de A-G dit als alternatief gezien en daarom de desbetreffende kruissubsidiëring niet proportioneel geacht.

Deutsche Post heeft met dit arrest gedeeltelijk gelijk gekregen in haar bestrijding van remailactiviteiten. Hoelang zij deze bestrijding zal kunnen volhouden is echter de vraag. Inmiddels zijn bij de Commissie alweer klachten tegen Deutsche Post ingediend en heeft de Commissie laten weten een procedure op grond van artikel 82 EG te zullen starten.²² Eén van de gronden is dat Deutsche Post

onbillijk hoge prijzen hanteert vergeleken bij de werkelijke kosten van de desbetreffende diensten. Kennelijk is de Commissie van gedachten veranderd en komt zij terug op haar gunstige standpunt ingenomen in de beschikking die voorafging aan het IECC-arrest.