



Datum van inontvangstneming : 23/07/2013

Zaak C-340/13**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie****Datum van indiening:**

21 juni 2013

Verwijzende rechter:

Hof van Beroep te Brussel (België)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

12 juni 2013

Verzoekster:

BPOST (voorheen „La Poste” „De Post”)

Verweerder:

Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (BIPT)

1. Feiten en voorwerp van het hoofdgeding

- 1 bpost is in België de nationale leverancier van de universele postdienst en hanteert drie soorten tarieven: het volle enkelstuk- of standaardtarief dat de prijs per zending vastlegt, de verlaagde of voorkeurtarieven die afhangen van het aantal te versturen zendingen, en de conventionele tarieven voor zeer grote zendvolumes (de zogenoemde „masspost”), die in een bijzondere overeenkomst („tariefovereenkomst”) tussen bpost en de klant worden bepaald.
- 2 Voor de conventionele tarieven bestonden er twee soorten prijskortingen: ten eerste, de „operationele kortingen” (of „afgiftekortingen”), naargelang van de kwaliteit van de voorbereiding van de afgegeven zendingen (zelfde formaat, verpakking, inhoud, gewicht van de zendingen, aantal stuks per afgifte, enz.), die klanten aanmoedigen het werk van bpost zo veel mogelijk te verlichten („vermeden kosten”), en ten tweede, de „kwantitatieve kortingen” (of zuivere „kwantumkortingen”), uitsluitend berekend op basis van de aan bpost tijdens een bepaalde periode afgegeven zendvolumes, die klanten aanmoedigen om hun

zendvolumes te verhogen. De „lagere marge” van bpost schuilt hier in de schaalvoordelen die ontstaan door deze grotere volumes. De conventionele tarieven zijn bestemd voor klanten die hun eigen post afgeven („aanbieders van post”), maar ook voor klanten die bij derden opgehaalde post afgeven („tussenpersonen”).

- 3 In 2010 heeft bpost beslist de zendvolumes te berekenen volgens het „model *per sender*”), hetgeen betekent dat tussenpersonen niet langer de zendingen van hun verschillende klanten kunnen „consolideren” of „bundelen” om hogere kortingen te krijgen. De kortingen worden voortaan berekend op basis van het volume van elke afzonderlijke klant van de tussenpersonen. Bovendien worden de kortingen pas na afloop van een bepaalde periode aan de tussenpersonen terugbetaald. Voor de operationele kortingen zijn de „afgiftekortingen” voortaan voorbehouden voor de afgifte van dezelfde aanbieder van post van wie de tussenpersoon de identiteit aangeeft.
- 4 Het BIPT, die in België de nationale regulerende autoriteit is, is van mening dat de conventionele tarieven „speciale tarieven” zijn die op identieke wijze ten goede van de aanbieders van post en van de tussenpersonen moeten komen.
- 5 Bovendien eerbiedigt bpost, aldus het BIPT, het non-discriminatiebeginsel in vier opzichten niet:

(1) In de eerste plaats zijn de zuivere kwantumkortingen discriminatoir ten aanzien van de tussenpersonen.

Aangezien deze kortingen worden berekend op basis van het volume per aanbieder van post, en niet op basis van het geconsolideerde volume, krijgen aanbieders van grote hoeveelheden post hogere kortingen op de afgegeven zendvolumes dan de tussenpersonen die vergelijkbare volumes geconsolideerde zendingen met dezelfde kwaliteit voorbereiding afgeven.

(2) In de tweede plaats moet voor de afgiftekortingen de identiteit van de klant worden aangegeven.

De aard van de dienstverlening verschilt niet naargelang de tussenpersoon al dan niet de identiteit van de postaanbieder vermeldt. Wel zijn de aard, het volume en de kwaliteit van de voorbereiding van de afgegeven zendingen van belang. Nochtans verschilt het tarief van de diensten indien de tussenpersoon de identiteit van de postaanbieder niet aangeeft.

Dankzij deze praktijk kan bpost bovendien gemakkelijk met de belangrijkste klanten van de tussenpersonen contact opnemen en hun die diensten aanbieden die het meest beantwoorden aan hun commercieel profiel.

(3) In de derde plaats krijgen tussenpersonen geen afgiftekortingen meer die berekend zijn op het geconsolideerde of gebundelde volume.

Het feit dat de afgiftekortingen (zie punt 3) zijn voorbehouden aan zendingen van een en dezelfde aanbieder van post, heeft tot gevolg dat tussenpersonen die de zendingen van verschillende klanten groeperen, niet langer hogere kortingen krijgen, met een minder gunstige concurrentiepositie tot gevolg.

(4) In de vierde plaats moeten tussenpersonen de hoeveelheidskortingen jegens hun eigen klanten voorschieten, omdat deze kortingen pas na afloop van een referentieperiode (een jaar of een kwartaal) worden berekend en terugbetaald in het kader van het contract „Intermediary”.

- 6 Bij besluit van 20 juli 201[1] heeft het BIPT bijgevolg wetsovertredingen vastgesteld en bpost veroordeeld tot een geldboete van 2 250 000 EUR wegens niet-eerbiediging van het non-discriminatiebeginsel.
- 7 bpost heeft bij het Hof van Beroep te Brussel beroep tegen dat besluit ingesteld op grond van vier middelen. Het derde middel, dat tot het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing heeft geleid, betreft schending van het non-discriminatiebeginsel van artikel 12 van richtlijn 97/67/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende gemeenschappelijke regels voor de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap en de verbetering van de kwaliteit van de dienst, zoals tweemaal gewijzigd (hierna: „postrichtlijn”).

2. Toepasselijke regelingen

A. Unierecht

- 8 In zijn oorspronkelijke versie luidde artikel 12 van de postrichtlijn als volgt:
- „De lidstaten zien erop toe dat de tarieven voor elk van de diensten die deel uitmaken van de levering van de universele dienst met inachtneming van de volgende beginselen worden vastgesteld:
- de prijzen moeten betaalbaar zijn en moeten het mogelijk maken diensten te leveren die voor alle gebruikers toegankelijk zijn;
 - de prijzen moeten op de kosten gebaseerd zijn; de lidstaten kunnen besluiten dat op hun nationale grondgebied een uniform tarief geldt;
 - de toepassing van een uniform tarief sluit niet het recht van de leverancier(s) van de universele dienst uit om met klanten individuele prijsafspraken te maken;
 - de tarieven moeten transparant en niet-discriminerend zijn.”
- 9 Bij richtlijn 2002/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 juni 2002 tot wijziging van richtlijn 97/67/EG met betrekking tot de verdere openstelling

van de postmarkt in de Gemeenschap voor mededinging is in artikel 12 met name een vijfde streepje ingevoegd, dat luidt als volgt:

„wanneer de leveranciers van de universele dienst speciale tarieven toepassen, bijvoorbeeld voor diensten voor het bedrijfsleven, aanbieders van grote partijen post of tussenpersonen die post van verschillende klanten samenvoegen, passen zij de beginselen van doorzichtigheid en non-discriminatie toe ten aanzien van zowel de tarieven als de voorwaarden dienaangaande. De tarieven houden rekening met de vermeden kosten in vergelijking met de standaarddienst die de gehele reeks prestaties bestrijkt welke worden aangeboden op het gebied van het ophalen, sorteren, vervoeren en bestellen van afzonderlijke poststukken. De tarieven en de voorwaarden dienaangaande worden steeds op dezelfde wijze toegepast zowel tussen derden als tussen derden en leveranciers van de universele dienst die gelijkwaardige diensten verlenen. In voorkomend geval gelden deze tarieven ook voor particuliere klanten die onder gelijkwaardige omstandigheden van de post gebruikmaken”.

- 10 Bij richtlijn 2008/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 februari 2008 tot wijziging van richtlijn 97/67/EG wat betreft de volledige voltooiing van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap, is artikel 12 nogmaals gewijzigd en thans luidt dit artikel als volgt:

„De lidstaten zien erop toe dat de tarieven voor elk van de diensten die deel uitmaken van de universele dienst met inachtneming van de volgende beginselen worden vastgesteld:

- de prijzen moeten betaalbaar zijn en moeten het mogelijk maken diensten aan te bieden die voor alle gebruikers, ongeacht geografische locatie, en rekening houdende met specifieke nationale omstandigheden, toegankelijk zijn. De lidstaten kunnen het aanbieden van een gratis postdienst voor blinden en slechtzienden invoeren of in stand houden;
- de prijzen moeten kostengeoriënteerd zijn en een efficiënte aanbieding van de universele dienst stimuleren. Wanneer zulks om redenen van algemeen belang noodzakelijk is, kunnen de lidstaten besluiten dat op hun nationale grondgebied en/of voor grensoverschrijdende post een uniform tarief dient te gelden voor tegen enkelstuktarieven aangeboden diensten en voor andere postzendingen;
- de toepassing van een uniform tarief sluit niet het recht van de aanbieder(s) van de universele dienst uit om met gebruikers individuele prijsafspraken te maken;
- de tarieven moeten transparant en niet-discriminerend zijn;
- wanneer de aanbieders van de universele dienst speciale tarieven toepassen, bijvoorbeeld voor diensten voor zakelijke gebruikers, aanbieders van grote

partijen post of tussenpersonen die post van verschillende gebruikers samenvoegen, passen zij de beginselen van doorzichtigheid en non-discriminatie toe ten aanzien van zowel de tarieven als de voorwaarden dienaangaande. De tarieven en de voorwaarden dienaangaande worden steeds op dezelfde wijze toegepast zowel tussen derden onderling als tussen derden en aanbieders van de universele dienst die gelijkwaardige diensten aanbieden. In voorkomend geval gelden deze tarieven ook voor andere klanten, met name particulieren en kleine en middelgrote ondernemingen, die onder gelijkwaardige omstandigheden van de post gebruikmaken”.

B. Nationaal recht

Artikel 12 van de postrichtlijn is in nationaal recht omgezet in artikel 144 ter van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, dat dit artikel 12 op nagenoeg identieke wijze weergeeft.

De achtereenvolgende wijzigingen van de postrichtlijn zijn ook in nationaal recht omgezet.

3. Standpunt van de partijen

A. bpost

- 11 bpost stelt allereerst in wezen dat artikel 12, vijfde streepje, van de postrichtlijn (en artikel 144 ter, § 1, 5°, van de wet van 21 maart 1991, dat dit artikel 12 omzet) een bijzondere, striktere toepassing vormen van de algemene regel van non-discriminatie van artikel 12, vierde streepje, van deze richtlijn. Deze toepassing geldt uitsluitend voor speciale tarieven die worden toegekend wegens vermeden kosten, en dus niet voor kwantumkortingen die voor de postoperator geen vermeden kosten met zich brengen.

Volgens bpost zijn deze bepalingen dus niet van toepassing op de berekening „per sender” van de kwantumkortingen.

In dit verband verwijst bpost naar het arrest van het Hof van 6 maart 2008, *Deutsche Post e.a.* (C-287/06–C-292/06, Jurispr. blz. I-1243), en naar het standpunt van de Europese Commissie in haar brief van 18 juli 2011 aan het BIPT.

bpost verwijst ook naar het standpunt van verschillende regulerende instanties van landen van de Europese Unie en naar het arrest van 5 mei 2009 van de Cour de Cassation van Frankrijk, waarbij een dergelijk tariefsysteem verenigbaar met zowel artikel 102 VWEU als artikel 12 van de postrichtlijn is bevonden.

Bovendien zou de door het BIPT voorgestane uitlegging ertoe leiden dat het begrip „speciale tarieven” zinloos wordt.

- 12 Vervolgens voert bpost aan dat ook al zou artikel 144 ter, § 1, 5°, van de wet van 21 maart 1991 toepassing moeten vinden op de kwantumkortingen, er dan nog geen reden is om een geldboete op te leggen aangezien het model „per sender” geen discriminatie in het leven roept.

Volgens bpost toont het bestreden besluit niet aan dat (i) het tariefmodel „per sender” aanbieders van post en tussenpersonen anders behandelt, (ii) eventuele commerciële partners die anders worden behandeld, op het vlak van de mededinging worden benadeeld en (iii) een eventueel verschil in behandeling niet kan worden gerechtvaardigd door objectieve redenen en enkel ertoe strekt concurrenten te benadelen.

In deze context voert bpost de volgende vijf argumenten aan:

- i) tussenpersonen en aanbieders van post (rechtstreekse klanten) zijn wezenlijk verschillende categorieën van klanten en dus kan er geen sprake zijn van enige discriminatoire behandeling;
- ii) tussenpersonen en aanbieders van post (rechtstreekse klanten) genieten dezelfde tarieven onder dezelfde voorwaarden, zodat zij niet discriminatoir worden behandeld;
- iii) de berekening „per sender” van de kwantumkortingen is objectief gerechtvaardigd en beoogt geenszins de concurrenten van bpost van de markt te dringen;
- iv) het model „per sender” benadeelt de tussenpersonen niet en,
- v) het model „per sender” is voordelig voor de sector van de tussenpersonen en de Belgische postsector in het algemeen, daar het enige alternatief voor het model een aanzienlijke verlaging van de huidige kwantumkortingen lijkt te zijn, samen met een algemene tariefverhoging.

B. Het BIPT

- 13 Het BIPT stelt dat de strikte non-discriminatieregel van artikel 12, vijfde streepje, van de postrichtlijn zonder onderscheid van toepassing is, ongeacht of het gaat om operationele dan wel kwantumkortingen.

Met het oog op eerlijke concurrentie en het vermijden van price-squeezepraktijken is het noodzakelijk erop toe te zien dat de aan de tussenpersonen aangeboden speciale tarieven minstens even aantrekkelijk zijn als de tarieven voor ondernemingen die klant zijn van de dienstverrichter.

Volgens het BIPT komen deze doelstellingen in het gedrang wanneer de leverancier van de universele postdienst de strikte non-discriminatieregel van deze bepalingen zou kunnen omzeilen door niet het algemene niveau van de

toegekende kortingen te wijzigen, maar door gewoon de tariefstructuur of de tariefnaam te wijzigen.

Het gaat om een gevolg van de in artikel 12, tweede streepje, van de postrichtlijn opgelegde verplichting om speciale tarieven kostengeoriënteerd te bepalen, waarbij het kortingsbedrag de vermeden kosten moet weergeven.

Aangezien de non-discriminatieregel inhoudt dat twee dezelfde situaties geen verschillende oplossing mogen krijgen, is het de leverancier van de universele postdienst verboden voor eenzelfde volumebehandeling en voor dezelfde kwaliteit van voorbereiding aan zijn eigen klanten andere tariefvoorwaarden toe te kennen dan aan tussenpersonen.

- 14 Het BIPT is van mening dat zijn standpunt in lijn is met het reeds aangehaalde arrest Deutsche Post.

Bovendien vindt zijn standpunt steun in de brief van 18 juli 2011 van de Europese Commissie, waarin wordt bevestigd dat er geen reden is om een onderscheid te maken tussen kwantumkortingen en operationele kortingen.

Voorts is het BIPT van mening dat uit de tariefmodellen die zijn gebruikt door de historische operatoren in andere landen van de Europese Unie, waaraan bpost veel waarde hecht, niet eenduidig kan worden opgemaakt of kwantumkortingen „per sender” verenigbaar zijn met artikel 12, vijfde streepje, van de postrichtlijn.

Met betrekking tot de eventuele economische rechtvaardiging voor de kwantumkortingen, die tot doel zouden hebben de vraag van de grote afzenders te stimuleren, repliceert het BIPT dat deze rechtvaardiging wordt weerlegd door studies over de elasticiteit van deze vraag.

4. Beoordeling door het Hof van Beroep

- 15 De partijen zijn het oneens over de draagwijdte van artikel 12, vijfde streepje, van de postrichtlijn, gelet op met name de uitlegging die het Hof daarvan heeft gegeven in het reeds aangehaalde arrest Deutsche Post.
- 16 Volgens het BIPT beschikt het krachtens deze bepaling over geen enkele beoordelingsbevoegdheid: zo uit het feitenonderzoek blijkt dat op een dienst die voor een conventioneel tarief in aanmerking komt, onder gelijkwaardige omstandigheden qua volume en kwaliteit van de voorbereiding van de zendingen een ander tarief wordt toegepast naargelang van de hoedanigheid van de derde aan wie de dienst wordt verstrekt, staat definitief vast dat sprake is van discriminatie zonder dat enige rechtvaardigingsgrond kan worden aangevoerd.
- 17 Volgens bpost moet rekening worden gehouden met de economische redenering die ten grondslag ligt van het door haar gebruikte berekeningsmodel voor de

kortingsbedragen en kan een tariefverschil in verband met de activiteit van de tussenpersonen niet zonder meer van de hand worden gewezen op grond dat dit verschil indruist tegen de toepassing van een consolidatiemodel.

Haars inziens moet toepassing van het non-discriminatiebeginsel beantwoorden aan de doelstellingen die met de opeenvolgende postrichtlijnen worden beoogd: „de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten en de verbetering van de kwaliteit van de dienst” (richtlijn 1997/67/EG), „de verdere openstelling voor mededinging” (richtlijn 2002/39/EG) en „de volledige voltooiing van de interne markt” (richtlijn 2008/6/EG).

- 18 Het Hof van Beroep wijst er allereerst op dat het Hof in het reeds aangehaalde arrest *Deutsche Post* voor recht heeft verklaard dat artikel 12, vijfde streepje, van de postrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat „het zich ertegen verzet dat ondernemingen die beroepsmatig en in eigen naam de postzendingen van verschillende afzenders samenvoegen, de speciale tarieven worden geweigerd die de nationale leverancier van de universele postdienst in het kader van zijn exclusieve vergunning toekent aan zakelijke klanten voor de aflevering van minimumhoeveelheden voorgesorteerde post bij zijn postcentra”.

Ten grondslag van dit arrest lag de concrete feitelijke situatie waarin de leverancier van de universele postdienst „speciale tarieven [toepaste] voor zakelijke klanten die post bij verzendkantoren voorgesorteerd in het postnetwerk [brachten]”, maar deze speciale tarieven weigerde toe te passen voor „ondernemingen die post bij de afzender [ophaalden] en deze post op hetzelfde toegangspunt en onder dezelfde voorwaarden als zakelijke klanten voorgesorteerd in het postnetwerk [brachten]”.

- 19 In punt 28 van dat arrest heeft het Hof opgemerkt dat „een dergelijke leverancier die speciale tarieven toepast voor ondernemingen en/of afzenders van grote hoeveelheden post, dezelfde tarieven onder dezelfde voorwaarden [moet] toekennen aan tussenpersonen die de zendingen van verschillende klanten samenvoegen”.

In punt 41 heeft het Hof verduidelijkt dat artikel 12, vijfde streepje, van richtlijn 97/67 weliswaar geen antwoord biedt op de principiële vraag of een leverancier van de universele postdienst toegang tot het postnetwerk moet verlenen onder andere voorwaarden en in andere punten dan voor de traditionele brievenpostdienst. Zoals blijkt uit de bewoordingen van deze bepaling, „zijn de lidstaten echter strikt verplicht, het transparantie- en het non-discriminatiebeginsel te eerbiedigen ingeval de facto een dergelijke toegang tegen bijzondere tarieven door deze leverancier wordt verleend”.

Daarenboven heeft het Hof in de punten 42 en 43 van dat arrest erop gewezen dat artikel 12, vijfde streepje, de situatie moet regelen waarin de leverancier „[zijn] zakelijke klanten toegang tot [zijn] postnetwerk verleent in andere punten dan de

traditionele toegangspunten en hun daartoe bijzondere tarieven toekent”, waarbij deze tarieven gelden „voor de dienstverlening aan ondernemingen, aan afzenders van grote hoeveelheden post of aan tussenpersonen die de zendingen van verschillende klanten samenvoegen”.

- 20 Vervolgens benadrukt het Hof van Beroep dat artikel 12 van de postrichtlijn wijzigingen heeft ondergaan. In 2002 werd het vijfde streepje ingevoegd teneinde de draagwijdte van het non-discriminatiebeginsel bij de toepassing op speciale tarieven te preciseren. In de oorspronkelijke versie van dat vijfde streepje was bepaald dat deze speciale tarieven rekening moesten houden met de vermeden kosten in vergelijking met de standaarddiensten die de leverancier van de universele postdienst aanbood. Dat beginsel moet gelden in alle verhoudingen tussen derden en in de verhoudingen tussen derden en de dienstverrichter.

Deze bepaling sluit aan op punt 29 van de considerans van richtlijn 2002/39/EG, waarin een verband wordt gelegd tussen de speciale tarieven en de exploitatiehandelingen van de leverancier van de universele postdienst.

- 21 Hoewel de tweede versie van dat vijfde streepje, zoals die voortvloeit uit richtlijn 2008/6/EG, niet uitdrukkelijk bepaalt dat de speciale tarieven rekening houden met de vermeden kosten, kan daaruit niet worden afgeleid dat het met deze bepaling nagestreefde doel sinds de invoering ervan is gewijzigd.

In punt 39 van de considerans van richtlijn 2008/6/EG wordt immers nog steeds een verband gelegd tussen deze speciale tarieven en de dienstverlening en wordt erop gewezen dat zij overeenkomstig het kostenoriëntatiebeginsel worden bepaald (beginsel vermeld in het tweede streepje) en dat bij de tariefstelling rekening wordt gehouden met de vermeden kosten in vergelijking met de standaarddiensten.

Bijgevolg blijkt dat de draagwijdte van het vijfde streepje niet is veranderd na wijziging ervan bij richtlijn 2008/6/EG.

- 22 Het Hof van Beroep concludeert dat al deze elementen erop kunnen wijzen dat het vijfde streepje van artikel 12 uitsluitend doelt op de „speciale tarieven” die worden toegekend *doordat kosten worden vermeden* als gevolg van de prestaties van aanbieders van grote hoeveelheden zendingen of van de tussenpersonen die de zendingen van verschillende klanten groeperen, en niet op de gewone kwantumkortingen.

Deze zienswijze kan steun vinden in de punten 37 en 38 van het reeds aangehaalde arrest Deutsche Post, waarin het Hof het bezwaar van de hand heeft gewezen dat uitbreiding van de kortingen tot de tussenpersonen tot gevolg zou kunnen hebben dat de financiële stabiliteit van de exploitant wordt bedreigd, op grond dat indien de kortingen buitensporig zouden zijn *vergeleken met de vermeden kosten*, het deze dienstverlener vrij staat de kortingen te verminderen.

Deze overweging zou niet langer opgaan wanneer de kortingen geen verband houden met de vermeden kosten, maar zuivere kwantumkortingen zijn, die losstaan van de exploitatie van de universele dienst en tot doel hebben de aanbieders van post ertoe aan te zetten het aantal zendingen te verhogen.

- 23 Moet evenwel worden aangenomen dat zuivere kwantumkortingen onder artikel 12, vijfde streepje, van de postrichtlijn vallen, dan rest nog de vraag of er schending van het non-discriminatiebeginsel is wanneer deze kortingen niet worden toegekend op basis van het volume van de door de tussenpersoon gebundelde zendingen, maar op basis van het volume dat de individuele aanbieders van post aan hem toevertrouwen (model „per sender”).
- 24 De uitlegging van het Hof kan immers aldus worden opgevat dat, wanneer tussenpersonen die beroepsmatig en in hun eigen naam de postzendingen van verschillende aanbieders van post groeperen, speciale tarieven krijgen die de nationale leverancier van de universele postdienst binnen zijn exclusieve vergunning toekent aan professionele klanten, er geen sprake is van discriminatie wanneer deze tussenpersonen dezelfde kortingen als hun klanten krijgen.
- 25 In dat geval worden de tussenpersonen immers vergoed voor hun „kwalitatieve” diensten en staan zij op voet van gelijkheid met de aanbieders van post van wie ze de zendingen groeperen. Wat de kwantumkortingen aangaat, ontvangen zij evenveel als hun klanten aan kortingen ontvangen.
- 26 Moet worden aangenomen dat de kwantumkortingen niet onder artikel 12, vijfde streepje, van de postrichtlijn (artikel 144, § 1, 5°, van de wet van 21 maart 1991) vallen, dan moet nog steeds worden uitgemaakt of het model „per sender” het algemene non-discriminatiebeginsel van artikel 12, vierde streepje, schendt.
- 27 Mededingingsrechtelijk speelt het non-discriminatiebeginsel geen rol wanneer een verschil in tarieven wordt gerechtvaardigd door een objectieve marktfactor en de toepassing van die verschillende tarieven de marktontwikkeling niet schaadt, met name wegens een uitsluitingseffect of een getrouwheidsstimulans.
- 28 Het non-discriminatiebeginsel moet op het gebied van de regulering van de postdiensten niet strikter worden toegepast dan in mededingingszaken.
- 29 In punt 59 van de considerans van richtlijn 2008/6/EG wordt immers verklaard dat deze richtlijn „geen afbreuk [doet] aan de toepassing van de in het Verdrag neergelegde mededingingsregels en regels inzake het vrij verrichten van diensten. Voor zover een van de regelingen voor de financiering van de universele dienst gepaard gaat met steunmaatregelen van een lidstaat of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, in de zin van artikel 87, lid 1, van het Verdrag, laat deze richtlijn de op de lidstaten rustende verplichting onverlet om de in het Verdrag neergelegde regels inzake staatssteun in acht te nemen”.

In haar Mededeling over de toepassing van de mededingingsregels op de postsector en over de beoordeling van bepaalde overheidsmaatregelen met betrekking tot postdiensten (PB 1998, C 39, blz. 2) heeft de Europese Commissie de situatie van postexploitanten met een machtspositie onderzocht uit het oogpunt van de gewone mededingingsregels (punt 2.9) en in punt 3.3 erop gewezen dat „[...] ook ondernemingen met een machtspositie [mogen] concurreren qua prijzen, of hun cashflow verbeteren en slechts een gedeeltelijke dekking van vaste kosten (overheadkosten) verkrijgen, tenzij het om een met de relevante nationale of communautaire regelgeving strijdige, op uitschakeling van een concurrent gerichte prijsstelling gaat”.

Anderzijds bepaalt artikel 22, lid 2, van de postrichtlijn dat „[d]e nationale regelgevende instanties [...] in het bijzonder tot taak [hebben] het doen nakomen van de uit deze richtlijn voortkomende verplichtingen, met name door het instellen van controle- en reguleringsprocedures om het aanbieden van de universele dienst te waarborgen” en verder dat „[z]ij [...] ook [kunnen] worden belast met het doen naleven van de mededingingsregels in de postsector”.

Het lijkt weinig aannemelijk dat een nationale regulerende overheid, mocht zij tot taak hebben de naleving van de mededingingsregels af te dwingen, een verschillend standpunt inzake de toepassing van het non-discriminatiecriterium inneemt naargelang zij een regulerende bevoegdheid dan wel een bevoegdheid ter zake van naleving van de mededingingsregels uitoefent.

- 30 Inzake de toepassing van het non-discriminatiebeginsel valt niet uit te sluiten dat bij een analyse van de relevante markten de conclusie luidt dat de situatie van een marktdeelnemer die de zendingen van aanbieders van post groepeerd, objectief verschilt van de situatie van de eigenlijke aanbieders van post.

In dit verband kan bijvoorbeeld van groot belang worden geacht dat afwijzing van het criterium van een verschillende tariefstelling tot gevolg kan hebben dat de korting desnoods ten goede moet komen van elke marktdeelnemer die zendingen groepeerd en dus tot verdwijnen gedoemd is omdat dit het financiële evenwicht van de leverancier van de universele postdienst verstoort, waardoor hij geneigd zou zijn om zijn basistarieven te verhogen.

In theorie is het immers mogelijk dat bij groepering de leverancier de tussenpersonen de maximale korting moeten geven voor alle zendingen van alle aanbieders van post.

- 31 In het omstandig advies van de Franse Conseil de la Concurrence (mededingingsraad) (advies nr. 07-A-17 van 20 december 2007 betreffende de regeling van commerciële kortingen van La Poste) wordt eraan herinnerd dat kwantumkortingen die zijn gekoppeld aan postovereenkomsten op zich de mededinging niet verstoren en dat het belang van de criteria voor een

verschillende behandeling van de afnemers van de diensten doorweegt op het bestaan van een verschil in behandeling op zich.

- 32 De regeling van commerciële kortingen van bpost omvat een aanbod van verschillende tarieven, naargelang van de afgenomen hoeveelheid, waarbij het aanbod van kwantumkortingen zo is opgevat dat de vraag van grote afzenders wordt gestimuleerd.

In voornoemd advies van de Franse Conseil de la Concurrence wordt uiteengezet dat een discriminatoir verschil in tariefstelling slechts doeltreffend is wanneer tariefarbitrage en bijgevolg de wederverkoop van de goederen tussen de consumenten niet mogelijk zijn.

Indien de tussenpersonen in aanmerking kwamen voor de kwantumkortingen omdat zij de hoeveelheden post zouden kunnen cumuleren door de zendingen van de afzonderlijke aanbieders van post te groeperen om de schijf van de maximumkortingen te bereiken, zouden zij de heterogeniteit ervan te niet doen, waarop de discriminatoire tariefstelling is gebaseerd.

Bijgevolg zou bpost elke mogelijkheid om prijsverschillen te hanteren verliezen wanneer een dergelijke arbitrage door de tussenpersonen wordt toegestaan.

- 33 Gelet op het algemene verbod van misbruik, dat volgens de bewoordingen van artikel 102, tweede alinea, sub c, VWEU kan bestaan in „het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging”, dient in casu de aandacht te worden gevestigd op de volgende factoren.

In [de gewijzigde postrichtlijn] zelf wordt een onderscheid gemaakt tussen afzender (gedefinieerd in artikel 2, punt 16) en tussenpersoon (vermeld in artikel 12, vijfde streepje) en dat is ook het geval in de (reeds aangehaalde) mededeling van de Commissie onder punt 1 (definities).

Het regelgevend kader voert dus een onderscheid in tussen de tussenpersonen en de afzenders, waarbij alleen bij laatstbedoelden een vraag naar postdiensten bestaat.

Tussenpersonen en afzenders vertonen dus andere kenmerken doordat tussenpersonen geen eigen vraag naar postdiensten hebben.

- 34 De Franse Conseil de la Concurrence heeft (in beslissing nr. 05-D-63 van 17 november 2005) drie afzonderlijke markten onderkend, die de uiting zijn van een verschillende vraag en van de specifieke kenmerken van de dienstverlening: (i) de markt van onderaanneming van de voorbereiding van postzendingen voor rekening van de leverancier van de universele postdienst, (ii) de markt van de voorbereiding van reclamezendingen voor rekening van afzenders-adverteerders

en (iii) de markt van de voorbereiding van beheerszendingen voor rekening van afzenders-adverteerders.

Zo in België een markt voor routing voor rekening van afzenders (een vraag van ondernemingen die post verzenden, gekenmerkt door hun omvang en geografische ligging, en een aanbod van tussenpersonen die routeren) bestaat, dan zullen deze tussenpersonen verschillen van de verzenders van post op het vlak van de vraag.

Bijgevolg bevinden zij zich niet in een soortgelijke situatie, hetgeen het voor bpost mogelijk maakt de tussenpersonen anders te behandelen inzake de toegang tot kwantumkortingen, zonder het non-discriminatiebeginsel te schenden, althans niet voor zover de drie soorten overeenkomsten die bpost aanbiedt, zelf geen uitsluitingseffect of getrouwheidsstimulans doen ontstaan.

- 35 Overigens wijst bpost erop dat het systeem van kwantumkortingen „per sender” wordt toegepast in 12 landen van de Europese Unie (Oostenrijk, Duitsland, Cyprus, Denemarken, Frankrijk, Griekenland, Italië, Nederland, Polen, Portugal, Tsjechië en Zweden), die daaromtrent geen reactie van de Europese Commissie hebben gekregen hoewel DG „Interne Markt en Diensten” van de Europese Commissie in een brief van 18 juli 2011 aan het BIPT opmerkingen heeft gemaakt.

Deze feitelijke toestand is immers niet ter sprake gekomen in deze brief, waarin alleen wordt gesteld dat de „speciale tarieven” aldus moeten worden begrepen dat het gaat om tarieven die verschillen van de geldende gangbare tarieven doordat kwantumkortingen of operationele kortingen worden toegekend, en dat in het (reeds aangehaalde) arrest Deutsche Post geen onderscheid tussen deze twee soorten kortingen wordt gemaakt.

- 36 Gelet op een en ander is het Hof van Beroep van oordeel dat krachtens artikel 267 VWEU aan het Hof de hierna weergegeven vragen moeten worden gesteld.

5. Prejudiciële vragen

1) Moet artikel 12, vijfde streepje, van richtlijn 1997/67/EG, zoals gewijzigd bij richtlijn 2002/39/EG en richtlijn 2008/06/EG, aldus worden uitgelegd dat in de betrekkingen tussen de leverancier van de universele postdienst en de tussenpersonen een discriminatieverbod geldt voor de door deze leverancier toegekende operationele kortingen, waarbij de zuivere kwantumkortingen onder artikel 12, vierde streepje, blijven vallen?

2) Zo de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, wordt dan met een zuivere kwantumkorting tegemoetgekomen aan het discriminatieverbod van artikel 12, vierde streepje, wanneer het prijsverschil is gebaseerd op een objectieve factor die verband houdt met de relevante geografische markt en dienstenmarkt, en geen uitsluitingseffect of getrouwheidsstimulans doet ontstaan?

3) Zo de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord, is de aan de tussenpersoon toegekende kwantumkorting dan in strijd met het discriminatieverbod van artikel 12, vijfde streepje, wanneer de omvang van deze korting niet gelijk is aan de korting die wordt verleend aan een afzender die een even groot aantal zendingen aanbiedt, maar gelijk is aan de som van de kortingen die worden toegekend aan alle afzenders op basis van het aantal zendingen van elke afzender afzonderlijk van wie hij de zendingen heeft gegroepeerd?