CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 6 december 2007 [1]

1. Dit is de tweede hogere voorziening in een langlopend geding dat in wezen betrekking heeft op de commerciële en logistieke steun van de Franse posterijen aan haar dochteronderneming SFMI-Chronopost, die een snelpostdienst beheert. In beschikking 98/365 (hierna: „litigieuze beschikking") heeft de Commissie beslist dat dergelijke steun geen staatssteun vormt. [2] Concurrenten van SFMI-Chronopost hebben beroep ingesteld bij het Gerecht, dat de litigieuze beschikking heeft vernietigd (arrest Ufex I). [3] In de eerste hogere voorziening (arrest Chronopost I) [4] heeft het Hof dat arrest vernietigd en de zaak verwezen naar het Gerecht. De onderhavige hogere voorziening is ingesteld tegen het nieuwe arrest van het Gerecht, waarin de litigieuze beschikking wederom is vernietigd (hierna: „bestreden arrest"; Ufex II). [5]

2. De thans in hogere voorziening aangevoerde middelen hebben betrekking op i) de samenstelling van het Gerecht in de procedure die tot het bestreden arrest heeft geleid, ii) de vraag of het Gerecht heeft beslist op een niet-ontvankelijk middel, iii) zijn onderzoek van de motivering van de litigieuze beschikking, en iv) zijn beoordeling van het begrip staatssteun met betrekking tot de overdracht van een klantenbestand aan SFMI-Chronopost.

Feiten en procesverloop

Achtergrond van het geschil

3. Het aan de onderhavige zaak ten grondslag liggende geschil vloeit voort uit een in december 1990 bij de Commissie ingediende klacht. In het bestreden arrest wordt de achtergrond ervan weergegeven:

„2 De Franse posterijen (hierna: ‚La Poste'), die in het kader van een wettelijk monopolie in de sector van de gewone postdienst werkzaam zijn, waren tot eind 1990 een Franse overheidsdienst. Met ingang van 1 januari 1991 heeft zij overeenkomstig de bepalingen van loi 90-568

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Beschikking 98/365/EG van de Commissie van 1 oktober 1997 inzake de steun die Frankrijk aan SFMI-Chronopost zou hebben verleend (PB 1998, L 164, blz. 37).

3 — Arrest van 14 december 2000, Ufex e.a./Commissie (T-613/97, Jurispr. blz. II-4055).

4 — Arrest van 3 juli 2003, Chronopost e.a./Ufex e.a. (C-83/01 P, C-93/01 P en C-94/01 P, Jurispr. blz. I-6993).

5 — Arrest van 7 juni 2006, Ufex e.a./Commissie (T-613/97, Jurispr. blz. II-1531).

du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications (Franse wet 90-568 van 2 juli 1990 betreffende de organisatie van de overheidsdienst der posterijen en telecommunicatie, JORF van 8 juli 1990, blz. 8069; hierna: ‚wet 90-568') de vorm van een publiekrechtelijke rechtspersoon gekregen. Op grond van deze wet mag zij bepaalde, voor de mededinging openstaande activiteiten verrichten, met name de snelpostdienst.

3 Société française de messagerie internationale (hierna: ‚SMFI') is een privaatrechtelijke vennootschap die sinds eind 1985 door La Poste met het beheer van de snelpostdienst is belast.[6] Deze onderneming is opgericht met een maatschappelijk kapitaal van 10 miljoen FRF (ongeveer 1 524 490 EUR), verdeeld over Sofipost (66 %), een financieringsmaatschappij waarvan La Poste alle aandelen bezit, en TAT Express (34 %), een dochteronderneming van de luchtvaartmaatschappij Transport aérien transrégional (hierna: ‚TAT').

4 De regels voor de exploitatie en het op de markt aanbieden van de snelpostdienst die SFMI onder de naam EMS/Chronopost verzorgde, waren neergelegd in een instructie van het Franse ministerie van Posterijen en Telecommunicatie van 19 augustus 1986. Volgens deze instructie zou La Poste SFMI logistieke en commerciële bijstand verlenen. De contractuele verhoudingen tussen La Poste en SFMI waren vastgelegd in overeenkomsten, waarvan de eerste in 1986 werd gesloten.

6 — Handelend onder de naam Postadex.

5 In 1992 werd de structuur van de door SFMI geboden snelpostdienst gewijzigd. Sofipost en TAT richtten een nieuwe vennootschap op, Chronopost SA, waarvan zij wederom 66 respectievelijk 34 % van de aandelen bezaten. De vennootschap Chronopost, die tot 1 januari 1995 over een exclusieve toegang tot het net van La Poste beschikte, concentreerde zich op de nationale snelpost. SFMI werd overgenomen door GD Express Worldwide France, dochtermaatschappij van een internationale gemeenschappelijke onderneming, waartoe de Australische vennootschap TNT en de posterijen van vijf landen behoren, welke concentratie is goedgekeurd bij een beschikking van de Commissie van 2 december 1991 (Zaak IV/M.102, TNT/Canada Post, DBP Postdienst, La Poste, PTT Post en Sweden Post) (PB C 322, blz. 19). SFMI behield de internationale activiteit inzake snelpost en gebruikte Chronopost als tussenpersoon en dienstverrichter bij de behandeling in Frankrijk van haar internationale verzendingen (hierna: ‚SFMI-Chronopost').[7]

6 Syndicat français de l'express international (hierna: ‚SFEI'), waarvan Union française de l'express (UFEX) rechtsopvolgster is en waarvan de drie andere verzoeksters lid zijn, is een ondernemersvereniging naar Frans recht waarin nagenoeg alle vennootschappen die met SFMI-Chronopost concurrerende snelpostdiensten aanbieden, verenigd zijn.

7 — Ik zal, net als in de litigieuze beschikking, in deze conclusie spreken over „SFMI-Chronopost", zelfs wanneer enkel één van de twee ondernemingen wordt bedoeld. De in de voetnoten 3-5 aangehaalde arresten hebben deze praktijk gevolgd.

7 Op 21 december 1990 diende SFEI bij de Commissie een klacht in op grond dat, met name, de logistieke en commerciële steun van La Poste aan SFMI staatssteun vormde in de zin van artikel 92 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 87 EG). In de klacht werd er voornamelijk tegen opgekomen, dat de door SFMI voor de steun van La Poste betaalde vergoeding niet overeenkwam met de normale marktvoorwaarden. Het verschil tussen de marktprijs voor dergelijke diensten en de door SFMI daadwerkelijk betaalde prijs zou staatssteun vormen. Bij de klacht was een economische analyse gevoegd die op verzoek van SFEI door het consultantsbureau Braxton was verricht, met een raming van het steunbedrag gedurende de periode 1986-1989.

8 Bij brief van 10 maart 1992 deelde de Commissie SFEI mee, dat zij had besloten aan zijn klacht geen gevolg te geven. Op 16 mei 1992 stelden SFEI en andere ondernemingen bij het Hof beroep tot nietigverklaring van deze beschikking in. Na de beschikking van de Commissie van 9 juli 1992 tot intrekking van de beschikking van 10 maart 1992 oordeelde het Hof, dat op de zaak niet hoefde te worden beslist (beschikking Hof van 18 november 1992, SFEI e.a./Commissie, C-222/92, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie)."

4. Naast de klacht bij de Commissie „stelden SFEI en andere ondernemingen [op 16 juni 1993] bij het Tribunal de Commerce de Paris beroep in tegen SFMI, Chronopost, La Poste en andere. Daarbij was een tweede studie van het bureau Braxton gevoegd, waarin de gegevens van het eerste onderzoek waren bijgewerkt en de periode waarin de steun werd geraamd, was uitgebreid tot eind 1991. Bij vonnis van 5 januari 1994 stelde het Tribunal de Commerce de Paris het Hof een aantal prejudiciële vragen over de uitlegging van artikel 92 EG-Verdrag en artikel 93 EG-Verdrag (thans artikel 88 EG), waarvan er een betrekking had op het begrip ‚staatssteun' in de omstandigheden van de onderhavige zaak. De Franse regering legde het Hof in bijlage bij haar opmerkingen van 10 mei 1994 een economische studie van het bureau Ernst & Young over. Bij arrest van 11 juli 1996, SFEI e.a. […] [8], verklaarde het Hof voor recht, dat ‚het verlenen van logistieke en commerciële steun door een openbare onderneming aan haar privaatrechtelijke dochterondernemingen die een activiteit uitoefenen die openstaat voor de vrije mededinging, als staatssteun in de zin van artikel 92 van het Verdrag kan worden aangemerkt indien de ontvangen financiële tegenprestatie lager is dan die welke onder normale marktvoorwaarden zou zijn verlangd' (punt 62)." [9]

Onderzoek van de Commissie en litigieuze beschikking

5. Op verzoek van de Commissie verstrekte Frankrijk in 1993 nadere informatie. Frankrijk werd in 20 maart 1996 door de Commissie in kennis gesteld van de inleiding van de procedure krachtens artikel 93, lid 2, EG-Verdrag (thans artikel 88, lid 2, EG) inzake de steun die Frankrijk aan SFMI-Chronopost zou hebben verleend. Op 17 juli 1996 maakte de Commissie de formele

8 — C-39/94, Jurispr. blz. I-3547; hierna: „arrest SFEI".

9 — Punt 10 van het bestreden arrest.

mededeling bekend over de inleiding van de procedure.[10]

6. Op 17 augustus 1996 heeft SFEI in antwoord op die mededeling opmerkingen ingediend bij de Commissie, vergezeld van een economische studie van het consultantsbureau Bain & Company.[11] Frankrijk heeft daarop geantwoord en heeft een economische studie van het consultantsbureau Deloitte Touche Tohmatsu overgelegd.

7. Op 1 oktober 1997 heeft de Commissie de litigieuze beschikking gegeven. Artikel 1 bepaalt dat „[d]e door de Franse posterijen aan hun dochteronderneming SFMI-Chronopost verleende logistieke en commerciële bijstand [en de overige maatregelen waarover wordt geklaagd] geen staatssteun ten behoeve van SFMI-Chronopost vormen".

Arresten Ufex I[12] *en Chronopost I*[13]

8. Bij op 30 december 1997 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift hebben Ufex, DHL International, Federal Express en CRIE het Gerecht verzocht om de litigieuze beschikking nietig te verklaren. De Franse Republiek, La Poste en Chronopost zijn vervolgens toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie.

9. De zaak werd toegewezen aan de Vierde kamer (uitgebreid) van het Gerecht, en er werd een rechter-rapporteur aangewezen.

10. Verzoeksters voerden vier middelen aan ter ondersteuning van hun beroep tot nietigverklaring. Het eerste was ontleend aan schending van het recht van verweer. Het tweede middel klaagde over ontoereikende motivering. Als derde middel voerden verzoeksters dwaling ten aanzien van de feiten en kennelijke beoordelingsfouten aan. Het vierde middel ten slotte was ontleend aan miskenning door de Commissie van het begrip staatssteun, in de eerste plaats door bij het onderzoek van de vergoeding voor de bijstand van La Poste aan SFMI-Chronopost geen rekening te houden met de normale marktvoorwaarden, en in de tweede plaats door van dit begrip een aantal maatregelen uit te sluiten waarvan SFMI-Chronopost zou hebben geprofiteerd.

11. Het Gerecht heeft het eerste onderdeel van het vierde middel gegrond verklaard en artikel 1 van de litigieuze beschikking nietig verklaard, voor zover daarin werd vastgesteld dat de door La Poste aan SFMI-Chronopost verleende logistieke en commerciële bijstand geen staatssteun vormde. Het Gerecht achtte het niet nodig om het tweede onderdeel van het vierde middel of de andere middelen te onderzoeken, voor zover die middelen betrekking hadden op de logistieke en commerciële bijstand van La Poste aan SFMI-Chronopost. Inzonderheid het tweede middel behoefde geen behandeling. Het eerste middel en de onderdelen van het derde middel die geen betrekking hadden op de in het kader van het vierde middel onderzochte grieven, werden afgewezen.

10 — PB C 206, blz 3.

11 — Zij breidde eveneens haar klacht van december 1990 uit tot een aantal punten die niet van belang zijn voor de onderhavige hogere voorziening.

12 — Aangehaald in voetnoot 3.

13 — Aangehaald in voetnoot 4.

12. Bij verzoekschriften, neergelegd ter griffie van het Hof op 19 en 23 februari 2001, hebben Chronopost, La Poste en de Franse Republiek hogere voorziening ingesteld tegen het arrest Ufex I.

13. Rekwiranten voerden diverse middelen aan, waarvan het eerste schending van artikel 92, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 87, lid 1, EG) inhield, doordat het Gerecht het begrip normale marktvoorwaarden, zoals dat is gebruikt in het arrest SFEI, onjuist had uitgelegd. In punt 75 van het arrest Ufex I had het Gerecht geoordeeld dat de Commissie tenminste had moeten nagaan, of de door La Poste ontvangen tegenprestatie vergelijkbaar was met die welke zou zijn verlangd door een niet in een gereserveerde sector opererende particuliere holding of particuliere groep ondernemingen.

14. Naar het oordeel van het Hof getuigde deze beoordeling van een onjuiste rechtsopvatting, omdat daarin werd miskend dat de situatie waarin La Poste verkeerde, sterk verschilde van die van een particuliere onderneming die onder normale marktvoorwaarden werkzaam is. Als entiteit belast met een dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 90, lid 2, EG-Verdrag (thans artikel 86, lid 2, EG) had La Poste een belangrijke infrastructuur en middelen moeten opbouwen of verwerven om de basispostdienst voor alle gebruikers te kunnen verzekeren, ook in gebieden met een geringe bevolkingsdichtheid waar de posttarieven niet volstaan om de kosten van de betrokken dienstverrichting te dekken. De inrichting en instandhouding van het net van La Poste beantwoordde dus niet aan louter economische criteria, en een particuliere onderneming zou een dergelijk net nooit hebben opgezet. Overigens bestond de logistieke en commerciële bijstand juist hierin, dat het netwerk ter beschikking werd gesteld. Het verlenen van bijstand was er derhalve onverbrekelijk mee verbonden. Het Hof heeft geconcludeerd:

„38 In deze omstandigheden is het volstrekt onmogelijk de situatie van La Poste te vergelijken met die van een particuliere groep ondernemingen die niet in een gereserveerde sector werkzaam zijn, zodat de normale marktvoorwaarden, die noodzakelijkerwijs hypothetisch zijn, moeten worden beoordeeld aan de hand van de beschikbare objectieve en controleerbare elementen.

39 In casu kunnen de kosten die La Poste voor het verlenen aan haar dochteronderneming van logistieke en commerciële bijstand heeft gedragen, als objectieve en controleerbare elementen worden aangemerkt.

40 Op die grondslag kan worden aangenomen dat van staatssteun ten gunste van SFMI-Chronopost geen sprake is wanneer blijkt dat de verlangde tegenprestatie volstaat ter dekking van alle bijkomende variabele kosten wegens het verstrekken van logistieke en commerciële bijstand, plus een passende bijdrage in de vaste kosten van het gebruik van het postnet alsmede een passende vergoeding voor het eigen kapitaal voor zover dit wordt gebruikt voor de concurrentiële werkzaamheden van SFMI-Chronopost, en indien voorts niets erop wijst dat deze elementen zijn onderschat of willekeurig zijn vastgesteld."

15. Het Hof heeft bijgevolg het eerste middel gegrond verklaard. Het heeft het arrest Ufex I vernietigd zonder de andere middelen te onderzoeken, en de zaak naar het Gerecht verwezen.

Bestreden arrest [14]

16. Na de verwijzing naar het Gerecht werd de zaak aanvankelijk toegewezen aan de Vierde kamer (uitgebreid) en werd dezelfde rechter-rapporteur aangewezen als in de zaak UFEX I. Na de beschikking van 13 september 2004, [15] waarbij de samenstelling van de kamers van het Gerecht is gewijzigd, is de rechter-rapporteur overgegaan naar de Derde kamer (uitgebreid), naar welke kamer de zaak vervolgens is verwezen.

17. Verzoeksters hebben zich in wezen gebaseerd op hetgeen zij in het tweede, derde en vierde middel hadden aangevoerd in de procedure die tot het arrest Ufex I heeft geleid. [16] Het eerste onderdeel van het vierde middel klaagde thans over miskenning van het begrip „normale marktvoorwaarden" zoals uitgelegd in het arrest Chronopost I.

14 — Aangehaald in voetnoot 5.

15 — PB C 251, blz. 12.

16 — Zie punt 10 hierboven.

18. De partijen hebben ter terechtzitting van 15 juni 2005 pleidooi gehouden en op de vragen van het Gerecht geantwoord.

19. Het Gerecht heeft het tweede middel (ontoereikende motivering) en de grief in het tweede onderdeel van het vierde middel met betrekking tot de overdracht van Postadex, gegrond verklaard. Het heeft alle andere grieven afgewezen, met uitzondering van die in het eerste onderdeel van het vierde middel, die het naar zijn mening niet kon onderzoeken. Het heeft de litigieuze beschikking nietig verklaard, voor zover daarin werd vastgesteld dat de logistieke en commerciële bijstand van La Poste aan haar dochteronderneming SFMI-Chronopost en de overdracht van Postadex geen staatssteun ten gunste van SFMI-Chronopost vormde.

De hogere voorzieningen

20. Bij verzoekschriften, neergelegd ter griffie van het Hof op respectievelijk 4 en 7 augustus 2006, hebben Chronopost (zaak C-341/06 P) en La Poste (zaak C-342/06 P) hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van het Gerecht. Rekwiranten concluderen dat het het Hof behage, het bestreden arrest te vernietigen en verzoeksters te verwijzen in de kosten. Chronopost concludeert daarenboven dat het Hof zelf de zaak definitief afdoet en de rechtmatigheid van de litigieuze beschikking bevestigt.

21. Ufex, DHL Express (France) (voorheen DHL International), Federal Express International (France) en CRIE (in liquidatie) hebben in elke hogere voorziening een gezamenlijke memorie van antwoord ingediend. Noch de Franse Republiek, noch de Commissie heeft een memorie ingediend.[17] Overeenkomstig artikel 117 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof heeft de president van het Hof Chronopost en La Poste toegestaan te repliceren met betrekking tot de gestelde niet-ontvankelijkheid. Ufex heeft vervolgens gedupliceerd.

22. De twee hogere voorzieningen zijn gevoegd bij beschikking van de president van het Hof van 18 april 2007.

23. Er is niet verzocht om een mondelinge behandeling, die ook niet heeft plaatsgevonden.

Eerste middel: vormfout met betrekking tot de samenstelling van het Gerecht

24. Rekwiranten klagen dat hun recht op een eerlijk proces is geschonden doordat de rechter-rapporteur in de procedure die heeft geleid tot het bestreden arrest, eveneens rechter-rapporteur was in de procedure die heeft geleid tot het arrest Ufex I.

17 — Ik zal de partijen die gezamenlijk hebben geantwoord, aanduiden als „Ufex".

Relevante bepalingen

Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie (hierna: „Reglement voor de procesvoering van het Hof")

25. Artikel 42, lid 2, bepaalt dat „[n]ieuwe middelen […] in de loop van het geding niet [mogen] worden voorgedragen, tenzij zij steunen op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken".

26. Krachtens artikel 118 is artikel 42, lid 2, van toepassing op de procedure voor het Hof in hogere voorziening tegen een beslissing van het Gerecht.

Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van eerste aanleg (hierna: „Reglement voor de procesvoering van het Gerecht")

27. Artikel 48, lid 2, weerspiegelt in identieke bewoordingen artikel 42, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.

28. Artikel 118 bepaalt:

„1. Wanneer het Hof een arrest of een beschikking van een kamer vernietigt, kan de president van het Gerecht de zaak toewijzen aan een andere kamer, bestaande uit een gelijk aantal rechters.

2. Wanneer het Hof een arrest of een beschikking van het Gerecht in volle samenstelling vernietigt, wordt de zaak toegewezen aan het Gerecht in volle samenstelling.

2 bis. Wanneer het Hof een arrest of een beschikking van een alleensprekende rechter vernietigt, wijst de president van het Gerecht de zaak toe aan een kamer bestaande uit drie rechters, waartoe die rechter niet behoort.

[…]"

Argumenten van partijen

29. Rekwiranten stellen dat, alhoewel de Gemeenschap als zodanig geen partij is bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM"), zij niettemin de door het EVRM gewaarborgde rechten dient te respecteren. Het recht op een onafhankelijk en onpartijdig gerecht is een onderdeel van het recht op een eerlijk proces krachtens artikel 6 EVRM. Kennelijke (objectieve) vooringenomenheid is voldoende om dat recht te schenden, en doet zich voor wanneer de samenstelling van een gerecht gerechtvaardigde twijfel oproept omtrent zijn onpartijdigheid. De rechtspraak van zowel het Europese Hof voor de rechten van de mens als de Franse rechterlijke instanties maakt duidelijk dat de aanwezigheid van dezelfde rechter in opeenvolgende procedures een dergelijke twijfel oproept. La Poste is van mening dat uit artikel 118, leden 1 en 2 bis, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht blijkt van een zeker bezwaar tegen het feit dat rechters deelnemen aan de beslissing van een zaak waarover zij reeds hebben gezeten.

30. Ufex reageert met de stelling, dat dit een nieuw en derhalve krachtens het Reglement voor de procesvoering van het Hof niet-ontvankelijk middel is. Rekwiranten zijn bij brief van de griffie van het Gerecht vóór de mondelinge behandeling op de hoogte gesteld van de samenstelling van de kamer van het Gerecht, en de naam van de rechter-rapporteur was vermeld op het rapport ter terechtzitting. Rekwiranten hebben desalniettemin voor het Gerecht geen bezwaar gemaakt.

Zoals blijkt uit het arrest Petrides [18], kunnen rekwiranten zich in hogere voorziening niet beroepen op een procedurele waarborg waarvan zij aldus afstand hebben gedaan.

31. Wat de inhoud van het middel betreft, voert Ufex in de eerste plaats aan dat de samenstelling van het Gerecht voor het bestreden arrest overeenstemde met artikel 118 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht met betrekking tot de samenstelling van het Gerecht in zaken die het Hof na vernietiging van eerder arrest van het Gerecht terugverwijst. Bovendien neutraliseert het collegialiteitsbeginsel, dat de samenstelling van het Hof en het Gerecht beheerst, elk risico van vooringenomenheid. In de tweede plaats schenden deze communautaire bepalingen artikel 6, lid 1, EVRM niet. Volgens Ufex benadert het Europese Hof voor de rechten van de mens de vraag van geval tot geval en heeft het geen algemeen beginsel vastgesteld, inhoudende dat een rechter niet kan optreden in opeenvolgende procedures in dezelfde zaak. In de derde plaats nemen de bepalingen de verschillende tradities in de lidstaten in aanmerking. Bovendien is het in het belang van een goede communautaire rechtsbedeling om de rechter-rapporteur te handhaven in een ingewikkelde zaak na verwijzing naar het Gerecht.

32. In repliek vechten rekwiranten de door Ufex opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid aan. Chronopost acht de exceptie ondeugdelijk omdat een schending van het recht op een onpartijdig gerecht een schending van een wezenlijk vormvoorschrift vormt. Als zodanig betreft het een vraag van openbare orde, die het Hof ambtshalve moet behandelen.

33. Rekwiranten stellen dat de exceptie van niet-ontvankelijkheid in elk geval ongegrond is. Het middel kon niet worden opgeworpen voordat het bestreden arrest was gewezen. Middelen in hogere voorziening zijn noodzakelijkerwijs nieuw, in de zin dat zij het bestreden arrest aanvechten. Het recht op een onpartijdig gerecht is onvervreemdbaar en er kan geen afstand van worden gedaan zoals bij een procedurele waarborg. Rekwiranten stellen verder dat er geen procedure bestaat om de samenstelling van het Gerecht aan te vechten of om bezwaar te maken tegen het optreden van een bepaalde rechter. Ten slotte voert Chronopost aan dat de brieven van de griffie van het Gerecht niet de namen bevatten van de rechters waaruit de kamers waren samengesteld, en dat het geen afschrift van het rapport ter terechtzitting heeft ontvangen.

34. In dupliek betoogt Ufex dat de stelling dat de onderhavige exceptie een vraag van openbare orde betreft, op zichzelf een nieuw middel vormt. Aangezien er geen schending van een fundamenteel recht heeft plaatsgevonden, is het eveneens ondeugdelijk. Rekwiranten zouden het middel voor het Gerecht hebben kunnen opwerpen krachtens artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht. Middelen in hogere voorziening zijn niet noodzakelijkerwijs nieuw, aangezien zij betrekking behoren te hebben op punten die voor de lagere rechter zijn besproken. Wanneer zij nieuw zijn, is artikel 42, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof toepasselijk op hogere voorzieningen, krachtens

18 — Arrest van 9 september 1999, Petrides/Commissie (C-64/98 P, Jurispr. blz. I-5187, punt 32).

artikel 118 van het Reglement. Ufex merkt eveneens op dat Chronopost de samenstelling van de kamers van het Gerecht had moeten kennen, omdat deze is gepubliceerd in het Publicatieblad. [19]

Bespreking

35. Ik herinner er wat de ontvankelijkheid betreft aan, dat Chronopost en La Poste in de procedure voor het Gerecht hebben geïntervenieerd ter ondersteuning van de Commissie.

36. Krachtens artikel 40 van het Statuut van het Hof kan een interveniënt enkel de conclusies van een der partijen ondersteunen. Het Hof en het Gerecht hebben deze beperking aldus uitgelegd, dat een interveniënt geen argumenten of middelen kan aanvoeren die volkomen losstaan van de overwegingen waarop het geschil is gebaseerd zoals dat is ontstaan tussen de verzoekende partij en de verwerende partij. [20]

37. Een gesteld vormverzuim in verband met de samenstelling van het Gerecht staat los van de door de Commissie voor het Gerecht aangevoerde middelen. Chronopost en La Poste konden dat middel derhalve niet aanvoeren voor het Gerecht.

38. Vervolgens moet men zich afvragen of de Commissie een dergelijk middel zelf had kunnen aanvoeren in de procedure voor het Gerecht.

39. Krachtens artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht mogen nieuwe middelen in de loop van het geding niet worden voorgedragen, tenzij zij steunen op juridische of feitelijke gegevens waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken. De vraag of van de gegevens eerst in de loop van de behandeling is „gebleken", toetst het Gerecht volgens een objectieve maatstaf, namelijk of de verzoekende partij van dit gegeven niet eerder kennis had kunnen krijgen. [21]

40. De samenstelling van de kamer van het Gerecht waaraan een zaak is toegewezen na verwijzing door het Hof, is vanzelfsprekend een gegeven waarvan niet kan blijken voor het begin van de procedure. De Commissie had dus krachtens artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht een nieuw middel daartegen kunnen aanvoeren.

19 — Zie voetnoot 15.

20 — Zie arrest van 17 maart 1993, Commissie/Raad (C-155/91, Jurispr. blz. I-939, punten 23 en 24), en 14 december 2006, Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie (T-237/02, Jurispr. blz. II-5131, punt 97, en de aldaar aangehaalde rechtspraak). Tegen laatstgenoemd arrest is thans hogere voorziening ingesteld (C-139/07 P), maar niet wat dit punt betreft.

21 — Zie arrest van 8 maart 2007, France Télécom/Commissie (T-340/04, Jurispr. blz. II-573, punt 164 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

41. De Commissie was bovendien, objectief beschouwd, in staat dat te doen. De samenstelling van de kamer waaraan de zaak was toegewezen, is aan partijen medegedeeld. De wijzigingen in de samenstelling van de kamers van het Gerecht in 2004 zijn bekendgemaakt in het Publicatieblad. De samenstelling van de kamers wordt eveneens bekendgemaakt op de website van het Hof. De naam van de rechter-rapporteur staat vermeld op het rapport ter terechtzitting, dat vóór de mondelinge behandeling aan de partijen wordt toegezonden. Ten slotte worden de samenstelling van het Gerecht en de naam van de rechter-rapporteur duidelijk vermeld op de mededeling waarop de zaak voor mondelinge behandeling staat aangekondigd en die buiten de rechtszaal is opgehangen.

42. De Commissie kon derhalve, objectief beschouwd, in de loop van de behandeling voor het Gerecht op de hoogte zijn van het feit dat de rechter-rapporteur in de zaak Ufex I deel uitmaakte van de rechtsprekende formatie na verwijzing. Echter, niets in het bestreden arrest of het dossier voor het Hof duidt erop dat de Commissie bezwaar heeft gemaakt.

43. In het arrest Petrides [22] heeft het Hof in hogere voorziening een klacht over schending van het beginsel van hoor en wederhoor en van het „equality of arms"-beginsel afgewezen omdat rekwirante dit punt niet voor het Gerecht had aangevoerd, hoewel zij de gelegenheid daartoe had, en aldus afstand had gedaan van een procedurele waarborg.

44. De Commissie zou dus nu evenmin de kwestie van de samenstelling van het Gerecht als middel mogen aanvoeren. Zij kon tegen de samenstelling van de kamer bezwaar maken voor de lagere rechter. Door dat niet te doen, heeft zij afstand gedaan van een procedurele waarborg en zou zij dit punt niet meer alsnog aan de orde kunnen stellen.

45. Het komt mij voor dat het in strijd zou zijn met de beslissing van het Hof in het arrest Petrides en artikel 40 van het Statuut van het Hof, wanneer een in eerste aanleg interveniërende partij in hogere voorziening een middel kon aanvoeren, dat de partij die hij ondersteunt, heeft verzuimd aan te voeren voor de lagere rechter.

46. Ik erken dat deze conclusie is gebaseerd op een tamelijk formele beoordeling van de positie van een interveniënt. Ik denk dat in abstracto niet kan worden gesteld, dat een interveniënt *geen* recht heeft op een eerlijk proces, zelfs wanneer het niet zijn eigen proces is. Overeenkomstig artikel 40 van het Statuut van het Hof heeft hij noodzakelijkerwijs een belang bij de beslissing van een geding (anders zou hij niet als interveniënt zijn toegelaten). Bovendien zijn Chronopost en La Poste niet langer interveniënten, maar rekwiranten voor het Hof. Artikel 6, lid 1, EVRM garandeert *eenieder* het recht op een eerlijk proces „[b]ij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of

22 — Aangehaald in voetnoot 18. Zie eveneens punt 33 van de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer.

bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging". [23]

47. Het komt mij echter voor dat wanneer het Hof zou beslissen dat Chronopost en La Poste zelf voor het Gerecht bezwaar hadden kunnen maken tegen de samenstelling van het Gerecht, zelfs zonder een dergelijk bezwaar van de Commissie, zij dan moeten worden geacht om de in de punten 40 tot en met 43 gegeven redenen afstand te hebben gedaan van dat recht.

48. Ik ben derhalve van mening dat het eerste middel niet-ontvankelijk is.

49. Wat het argument van rekwiranten betreft, dat hun middel in ieder geval door het Hof moet worden onderzocht omdat het een kwestie van openbare orde opwerpt, ben ik het niet eens met Ufex dat dat argument op zichzelf een nieuw middel vormt. Het is, beter gezegd, aangevoerd in antwoord op de exceptie van niet-ontvankelijkheid van Ufex.

50. Dat gezegd zijnde, ben ik het niet eens met het argument van rekwiranten.

51. De stelling van rekwiranten is gebaseerd op rechtspraak volgens welke er sprake is van schending van een wezenlijk vormvoorschrift, wanneer een bestuursorgaan, zoals de Commissie, een belanghebbende de mogelijkheid heeft onthouden om voor de vaststelling van een bestuurshandeling te reageren of opmerkingen te maken. [24]

52. Het arrest Petrides maakt echter duidelijk dat wanneer een rekwirant verzuimt om in de loop van een rechtsgeding gebruik te maken van zijn rechten van verdediging terwijl hij daartoe wel de gelegenheid had, hij daarop later geen beroep meer kan doen. Het Hof achtte het in die zaak niet noodzakelijk om het middel van rekwirante ambtshalve te beoordelen.

53. De beginselen die volgens rekwirante in de zaak Petrides waren geschonden, zijn evenzeer onderdeel van het recht op een eerlijk proces als van het recht op een onpartijdig gerecht: *audi alteram partem* en *nemo judex in sua causa* vormen inderdaad de twee pilaren van de natuurlijke gerechtigheid. Ik zie derhalve geen reden waarom het Hof in de onderhavige zaak een andere benadering zou moeten kiezen.

54. Zou het Hof niettemin beslissen het middel ontvankelijk te verklaren, dan zou het naar mijn mening dit middel ongegrond moeten verklaren.

23 — In het arrest van 31 mei 2005, Antunes/Portugal (nr. 64330/01, punt 43), heeft het Europese Hof voor de rechten van de mens artikel 6, lid 1, EVRM in deze zaak toepasselijk geacht, waarin verzoekster had verzocht om een strafrechtelijke vervolging in te stellen tegen de aangeklaagde en aan dit proces als „assistente" had deelgenomen, en had aangetoond belang te hebben bij de veroordeling van haar voormalige werkgever en bij de vergoeding van de geleden schade.

24 — Arrest Hof van 7 mei 1991, Interhotel/Commissie (C-291/89, Jurispr. blz. I-2257, punten 14-17), en arrest Gerecht van 10 mei 2001, Kaufring e.a./Commissie (T-186/97, T-187/97, T-190/97–T-192/97, T-210/97, T-211/97, T-216/97–T-218/97, T-279/97, T-280/97, T-293/97 en T-147/99, Jurispr. blz. II-1337, punten 134-135).

55. In de eerste plaats is er geen sprake van een kennelijke schending van een wezenlijk vormvoorschrift. Artikel 118, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht verbiedt niet, dat opeenvolgende procedures in een zaak na verwijzing worden afgedaan door dezelfde kamer. Daar staat het zeer verschillende artikel 118, lid 2 bis, tegenover, dat bepaalt dat een rechter een naar het Gerecht verwezen zaak niet opnieuw mag berechten, wanneer hij of zij daarover eerder als alleensprekende rechter heeft gezeten. Evenmin zijn in het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht bepalingen te vinden die verbieden dat dezelfde rechter optreedt als rechter-rapporteur na terugverwijzing van een zaak. Sterker nog, artikel 118, lid 2, vereist uitdrukkelijk dat zaken van de grote kamer (en natuurlijk van het Gerecht in volle samenstelling) door dezelfde rechtsprekende formatie worden beslist.

56. In de tweede plaats stellen rekwiranten niet dat er sprake is van daadwerkelijke (subjectieve) vooringenomenheid. De enige gestelde (objectieve) vooringenomenheid heeft betrekking op de samenstelling van de kamer van het Gerecht waaraan hun zaak is toegewezen na verwijzing door het Hof.

57. Rekwiranten merken terecht op dat, alhoewel de Gemeenschap geen partij is bij het EVRM, artikel 6, lid 2, EU niettemin bepaalt: „De Unie eerbiedigt de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het [EVRM]". Bovendien komt aan het EVRM bijzondere betekenis toe onder de inspiratiebronnen voor de grondrechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert. [25] Artikel 6, lid 1, EVRM, dat het recht op een onpartijdig gerecht garandeert, maakt deel uit van deze grondrechten.

58. Met betrekking tot de objectieve vooringenomenheid, waarvan sprake is wanneer er gerechtvaardigde twijfel bestaat aan de onpartijdigheid van een gerecht, heeft het Europese Hof voor de rechten van de mens geoordeeld dat „uit de verplichting tot onpartijdigheid *niet* de algemene regel voortvloeit, dat een hogere rechter die een bestuurlijke of rechterlijke beslissing vernietigt, de zaak behoort te verwijzen naar een ander gerecht of naar een anders samengesteld onderdeel van dat gerecht" [26]. De deelname van dezelfde rechter aan opeenvolgende behandelingen van dezelfde zaak kan enkel gerechtvaardigde twijfel aan de onpartijdigheid oproepen in combinatie met andere factoren. [27] Dergelijke factoren zijn in casu niet gesteld.

25 — Zie bijvoorbeeld arrest van 27 juni 2006, Parlement/Raad (C-540/03, Jurispr. blz. I-5769, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

26 — Arrest van 16 juli 1971, Ringeisen v Oostenrijk (Série A nr. 13, blz. 40, punt 97, cursivering van mij). In deze zaak leverde het feit dat twee leden van de rechtsprekende formatie in de verwezen zaak hadden deelgenomen aan de oorspronkelijke beslissing, geen grond op voor een gerechtvaardigd vermoeden. Het Hof kwam tot een soortgelijk oordeel in het arrest van 26 september 1995, Diennet v Frankrijk (Série A nr. 325-A, blz. 17, punt 38), waar drie van de zeven rechters in de onderzochte procedure hadden deelgenomen aan de eerste beslissing. In het arrest van 10 augustus 2006, Schwarzenberger v Duitsland (nr. 75737/01, punt 42), heeft het Hof arresten opgesomd waarin hetzelfde beginsel op overeenkomstige situaties, zoals beslissingen voorafgaande aan de behandeling van de hoofdzaak, was toegepast.

27 — In het arrest van 7 augustus 1996, Ferrantelli en Santangelo v Italië (nr. 19874/92, Jurispr. 1996-III, punten 58-60), dat rekwiranten aanhalen, heeft het Europese Hof voor de rechten van de mens geoordeeld dat de vrees voor vooringenomenheid objectief gerechtvaardigd was, omdat deze voortvloeide uit de combinatie van twee omstandigheden. Een daarvan was het feit dat een rechter in de zaak van de verzoeker eerder diens medeplichtige had veroordeeld.

59. Ook rechters in het Europese Hof voor mensenrechten nemen ooit wel eens deel aan opeenvolgende zittingen in dezelfde zaak. Wanneer een beslissing van een kamer wordt verwezen naar de Grote Kamer krachtens artikel 43 EVRM, kunnen de president van de verwijzende kamer en de rechter die daarin zitting had voor de betrokken staat (maar niet een andere rechter van de verwijzende kamer), zitting nemen in de Grote Kamer. [28] Het komt trouwens ook voor, dat rechters die in beide procedures zitting hebben, tussendoor van mening veranderen. [29]

60. Ten slotte merken rekwiranten op dat artikel 6, lid 2, EU eveneens vereist dat de Unie de grondrechten eerbiedigt zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien. Zij zetten uiteen dat in Frankrijk gerechten waarnaar een zaak wordt verwezen, anders moeten zijn samengesteld dan het gerecht dat de zaak de eerste keer heeft behandeld. Ufex stelt dat dat niet het geval is in Duitsland, Spanje en het Verenigd Koninkrijk. Het lijkt mij duidelijk dat de situatie in één lidstaat niet voldoende is om het bestaan van een *gemeenschappelijke* constitutionele traditie van de lidstaten aan te tonen.

61. Ik concludeer bijgevolg dat het eerste middel, gesteld dat het ontvankelijk is (quod non), in elk geval ongegrond is.

Tweede middel: vormfout doordat het Gerecht de door La Poste aangevoerde exceptie van niet-ontvankelijkheid niet heeft beoordeeld en op een niet-ontvankelijk middel heeft beslist

Argumenten van partijen

62. La Poste stelt in de eerste plaats dat zij in haar schriftelijke opmerkingen had aangevoerd, dat de grief van Ufex met betrekking tot de overdracht van Postadex een nieuw middel was en dat het Gerecht had verzuimd te beslissen of dat middel bijgevolg niet-ontvankelijk was. In de tweede plaats stelt La Poste dat het Gerecht het middel, omdat het nieuw was, in elk geval niet had mogen onderzoeken.

63. Ufex acht het eerste onderdeel van het middel van La Poste warrig en onnauwkeurig en daarom niet-ontvankelijk. Met betrekking

28 — Artikel 27, lid 3, EVRM. Zie nader Mowbray, A., *An Examination of the Work of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights*, 2007, P.L. (Herfst), blz. 507, in het bijzonder blz. 519 e.v.

29 — Zie bijvoorbeeld EHRM, arrest Kyprianou v Cyprus (GK) van 15 december 2005, nr. 73797/01, ECHR 2005-XIII, eveneens in een zaak over mogelijke vooringenomenheid. Rechter Costa (inmiddels president van het Europese Hof voor mensenrechten), die president was van de kamer die de eerste beslissing gaf, veranderde in de procedure voor de Grote Kamer op twee punten van mening. In zijn gedeeltelijk afwijkende standpunt ging hij in op de vraag of rechters die tweemaal over een zaak zitten, bij hun oorspronkelijke standpunt dienen te blijven. Hij verklaarde dat „alles afhangt van de bijzondere omstandigheden van de zaak … en van de meer of minder grote eigenwijsheid van elke rechter (of van het vermogen om zijn of haar eerdere overwegingen te herzien); nogmaals, dit hangt af van het concrete geval, en misschien meer dan van het individuele temperament". Hij sloot af met de (kostelijke) opmerking, dat de verwijzing van de betrokken zaak „mijn standpunt heeft bevestigd en mij tegelijk de mogelijkheid geboden het te corrigeren: het kan altijd beter (althans minder slecht…)."

tot de inhoud van dat onderdeel stelt Ufex dat het Gerecht niet verplicht is te beslissen op een exceptie van niet-ontvankelijkheid die is opgeworpen door een interveniënt, wanneer de verweerder dat niet eveneens heeft gedaan. Wat het tweede onderdeel van het middel van La Poste betreft, stelt Ufex dat het geen nieuw middel was, maar dat zij het had aangevoerd in haar verzoekschrift in de eerste procedure.

Bespreking

64. Wat het eerste onderdeel van het middel betreft, is het uit de rechtspraak van het Hof zeer duidelijk dat een interveniënt geen exceptie van niet-ontvankelijkheid kan opwerpen die niet in de conclusies van de verweerder is geformuleerd. [30] De Commissie heeft als verweerster de betrokken exceptie niet opgeworpen. Het Gerecht was bijgevolg niet verplicht erover te beslissen.

65. Uit de arresten van het Hof die La Poste aanhaalt ter ondersteuning van haar stelling dat de vraag per geval wordt bezien, blijkt in feite, zoals Ufex terecht uiteenzet, dat het Hof een door een interveniënt in plaats van de verweerder opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid enkel inhoudelijk onderzoekt, wanneer er een kwestie van openbare orde door wordt opgeworpen. [31]

66. Wat het tweede onderdeel van het middel betreft, tracht La Poste in wezen opnieuw de gegrondheid aan te tonen van de exceptie die zij voor het Gerecht heeft aangevoerd. Het zou niet in overeenstemming zijn met de hierboven aangehaalde rechtspraak van het Hof om in hogere voorziening een middel te onderzoeken, dat in eerste aanleg niet-ontvankelijk was.

67. Ik stel derhalve voor dat het Hof het eerste onderdeel van het tweede middel afwijst en het tweede onderdeel niet-ontvankelijk verklaart.

30 — Arrest van 19 maart 2002, Commissie/Ierland (C-13/00, Jurispr. blz. I-2943, punt 5 en de aangehaalde rechtspraak).

31 — Arrest van 11 juli 1990, Neotype Techmashexport/Commissie en Raad (C-305/86 en C-160/87, Jurispr. blz. I-2945, punt 18), en arrest van 24 maart 1993, CIRFS e.a./Commissie (C-313/90, Jurispr. blz. I-1125, punt 23). In deze zaken stelde de exceptie van niet-ontvankelijkheid, dat verzoeksters geen procesbevoegdheid bezaten. In het veel oudere arrest van 22 maart 1961, SNUPAT/Hoge Autoriteit (42/59 en 49/59, Jurispr. blz. 103), heeft het Hof niet uitdrukkelijk geoordeeld dat een kwestie van openbare orde was opgeworpen, maar heeft het het recht van intervenienten erkend om een exceptie van niet-ontvankelijkheid op te werpen tegen een vordering tot nietigverklaring van een beschikking die enkel diende ter bevestiging van een vroegere, niet tijdig aangevochten beschikking.

Derde middel: onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de beoordeling van de motivering van de litigieuze beschikking

[…]

Achtergrond

68. Ik acht het om te beginnen noodzakelijk om enigszins gedetailleerd de relevante onderdelen van de litigieuze beschikking en het bestreden arrest uiteen te zetten.

De litigieuze beschikking

69. Overweging 33 van de considerans [32] van de litigieuze beschikking beschrijft onder andere de logistieke en commerciële bijstand die La Poste aan SFMI-Chronopost verschafte, en zet uiteen hoe de kosten daarvan werden berekend en verantwoord:

„[i [33]] 1. *Logistieke bijstand*, deze houdt in dat de infrastructuren van de posterijen ter beschikking van SFMI-Chronopost worden gesteld voor het ophalen, sorteren, vervoeren en bezorgen van haar verzendingen.

[iii] Om het totale bedrag van de aan SFMI-Chronopost verleende bijstand te bepalen, [berekent La Poste] eerst [haar] directe bedrijfskosten, met uitzondering van de kosten van het hoofdkantoor en van de regionale directies, aan de hand van het productiepakket (keten van elementaire activiteiten) dat overeenkomt met de dienstverlening, en van het werkelijke verkeersvolume. Vervolgens worden de kosten van het hoofdkantoor en van de regionale directies vastgesteld naar verhouding van de kostprijs van iedere dienstverlening.[34]

[iv] Wat het productiepakket betreft, [had La Poste] geen analytisch boekhoudsysteem waarmee zij de reële kosten [zou] kunnen berekenen die met het verlenen van deze logistieke bijstand aan SFMI-Chronopost gepaard gingen. Tot 1992 werden deze kosten op grond van ramingen berekend. De aan SFMI-Chronopost verleende diensten werden onderverdeeld in een opeenvolging van elementaire activiteiten die vóór 1992 niet waren gechronometreerd. Om deze kosten te bepalen, [assimileerde La Poste] deze diensten aan bestaande en gelijkaardige postdiensten, waarvan de verschillende activiteiten reeds gechronometreerd waren en de kosten reeds waren geraamd (een aangetekend schrijven bijvoorbeeld). In 1992 werden de duur en

32 — Deel D van de litigieuze beschikking.

33 — Voor het gemak heb ik Romeinse cijfers aan de punten van deze overweging gegeven.

34 — In overweging 42 van de considerans stelt de Commissie bovendien dat de vaste kosten werden vastgesteld naar verhouding van de activiteiten die La Poste ten behoeve van haar dochteronderneming verrichtte.

de kosten van de betrokken activiteiten berekend, waarbij rekening werd gehouden met het werkelijke verkeersvolume van de expresbestellingen. Dankzij deze berekeningen [kon La Poste] een raming maken van de reële kosten van hun logistieke bijstand."

Punt [vi] stelt dat de door SFMI-Chronopost betaalde vergoeding, cumulatief berekend, de integrale kosten dekte, en wel voor 116,1 % over de periode 1986-1991 en voor 119 % over de periode 1986-1995. In 1986 en 1987 bedroeg het dekkingspercentage respectievelijk 70,3 % en 84,3 %. Deze inkomsten dekten in deze twee jaren de directe kosten, exclusief die van het hoofdkantoor en van de regionale directies.

„[x] 2. *Commerciële bijstand*, dat wil zeggen dat SFMI-Chronopost toegang krijgt tot de klantenkring van [La Poste] en dat [laatstgenoemde haar] goodwill [inbrengt]. De klager beweert dat [La Poste] in 1996 de klantenkring van hun product Postadex zonder enige tegenprestatie aan SFMI-Chronopost [heeft] overgedragen (het product Postadex werd in 1986 vervangen door het product EMS-Chronopost). Voorts profiteert SFMI-Chronopost van de promotie- en reclamecampagnes die [La Poste organiseert]."

70. Punt [xi] zet uiteen dat de prijzen die SFMI-Chronopost voor de ontvangen logistieke bijstand heeft betaald, de door La Poste gedragen kosten volledig dekten, dus ook de kosten van de commerciële bijstand.

71. In overweging 34 van de considerans [35] geeft de Commissie een samenvatting van de aantijgingen inzake staatssteun, die SFEI baseerde op de conclusies in de economische studie waartoe hij opdracht had gegeven. De totale staatssteun zou voor de periode 1986-1991 1,516 miljard FRF hebben bedragen, waarvan 1,048 miljard FRF aan logistieke bijstand en 468 miljoen FRF aan commerciële bijstand. [36] Wat het totale steunbedrag betreft dat zou zijn ontvangen, heeft de Commissie de door SFEI gekozen „normale marktprijs"-methode uiteengezet. Wat de logistieke bijstand betreft, berekende SFEI de kosten uitgaande van een onderneming die een netwerk als dat van La Poste opzet en exploiteert. En wat de commerciële bijstand betreft, heeft de Commissie de door SFEI gehanteerde methodologie samengevat voor zover zij van mening was dat deze in de klacht was uiteengezet.

72. In haar beoordeling heeft de Commissie in de eerste plaats de *ex novo*-methode van SFEI om de logistieke bijstand te waarderen, alsook zijn waardering van de afzonderlijke onderdelen van de commerciële bijstand afgewezen. [37] Wat de laatstgenoemde bijstand betreft, heeft de Commissie uiteengezet waarom de overdracht van Postadex, die

35 — Deel E van de litigieuze beschikking.

36 — Deze bedragen benaderen, respectievelijk, 231 miljoen EUR, 160 miljoen EUR en 71 miljoen EUR.

37 — Overwegingen 45-48 van de considerans.

SFEI op 38 miljoen FRF [38] had gewaardeerd, haars inziens geen staatssteun vormde. De overdracht had voor SFMI-Chronopost geen financieel voordeel meegebracht. Dat een dochteronderneming toegang had tot het klantenbestand van de moedermaatschappij, dat een immaterieel goed is, was gebruikelijk in concernverhoudingen. De overdracht was een logisch gevolg van de oprichting van SFMI-Chronopost voor het beheer van de snelpostdienst van La Poste.

73. Vervolgens heeft de Commissie de algemene benadering van SFEI om staatssteun te beoordelen, afgewezen. [39] Haars inziens bleek uit de redenering van SFEI een fundamentele fout [40] bij de interpretatie van het arrest SFEI. [41] SFEI had het begrip „normale marktprijs" haars inziens opgevat als de prijs waartegen een vergelijkbare particuliere onderneming dezelfde diensten zou verlenen aan een onderneming waarmee zij geen band heeft; deze prijs zou een vergoeding moeten omvatten voor de toegang tot het postnet. Volgens de Commissie bood de rechtspraak van het Hof echter geen steun voor de gedachte dat zij de strategische overwegingen of de synergieën die voortvloeien uit het feit dat La Poste en SFMI-Chronopost tot hetzelfde concern behoren, zou moeten negeren. Dergelijke overwegingen speelden juist een belangrijke rol bij de investeringsbeslissingen van een houdstermaatschappij en waren dus relevant in de onderhavige zaak, die het gedrag van een moedermaatschappij en haar dochteronderneming betreft. Het Hof had nooit aangegeven dat er een andere methode moest worden toegepast wanneer een van de partijen een monopoliepositie inneemt. De Commissie heeft vervolgens gesteld:

„[56] Bijgevolg dient de vraag te worden gesteld of de voorwaarden van de transactie tussen [La Poste] en SFMI-Chronopost vergelijkbaar zijn met die van een gelijkwaardige transactie tussen een particuliere moedermaatschappij, die zeer wel een monopoliepositie kan innemen (bijvoorbeeld omdat zij exclusieve rechten bezit), en haar dochteronderneming. […]

[57] De Commissie is van oordeel dat de interne prijzen waartegen de producten en diensten tussen ondernemingen van hetzelfde concern worden uitgewisseld, geen enkel financieel voordeel verschaffen, indien het prijzen betreft die berekend zijn aan de hand van de integrale kosten (dat wil zeggen de totale kosten plus een vergoeding voor het eigen vermogen). In het onderhavige geval dekten de betalingen van SFMI-Chronopost niet de totale kosten gedurende de eerste twee jaren dat de onderneming operationeel was; de kosten van het hoofdkantoor en van de regionale directies werden niet gedekt. De Commissie is van oordeel dat deze situatie niet abnormaal is, gezien het feit dat de inkomsten uit de activiteiten van een nieuwe onderneming die tot een concern behoort, tijdens de aanloopfase slechts de variabele kosten kunnen dekken. Wanneer eenmaal de onderneming zich een stabiele marktpositie heeft verworven, moeten haar inkomsten hoger zijn dan de variabele kosten,

38 — Ongeveer 5,8 miljoen EUR.
39 — Overwegingen 49-57 van de considerans.
40 — Overweging 53 van de considerans.
41 — Aangehaald in voetnoot 8. Zie eveneens punt 4 hierboven.

zodat zij een bijdrage levert in het dekken van de vaste kosten van het concern. Tijdens de eerste twee boekjaren (1986 en 1987) dekten de betalingen van SFMI-Chronopost niet slechts de variabele kosten, maar ook bepaalde vaste kosten (bijvoorbeeld onroerende goederen en voertuigen). Frankrijk heeft aangetoond dat vanaf 1988 de vergoeding die door SFMI-Chronopost voor de aan haar verleende bijstand is betaald, alle door [La Poste] gemaakte kosten dekt, en een bijdrage levert aan de vergoeding van het eigen vermogen. Bijgevolg werd de logistieke en commerciële bijstand door [La Poste] tegen normale marktvoorwaarden aan hun dochteronderneming verleend en vormde deze geen staatssteun."

74. De Commissie was eveneens van mening dat het verlenen van logistieke en commerciële bijstand geen staatssteun vormde in het licht van het beginsel van de investeerder in een markteconomie. [42] Het interne rentabiliteitspercentage (hierna: „IRP") — gebaseerd op door SFMI-Chronopost uitgekeerde dividenden plus de groei in waarde van de oorspronkelijk door La Poste verrichte kapitaalinjectie — was hoger dan de kapitaalkosten van SFMI-Chronopost in 1986. Dat bleef zo, zelfs wanneer het bedrag van 38 miljoen FRF, dat volgens SFEI overeenkwam met de waarde van Postadex, als een injectie van maatschappelijk kapitaal werd meegenomen in de berekening van het IRP, samen met de waardering van SFEI van de voordelige voorwaarden voor SFMI-Chronopost voor de toegang tot het netwerk van La Poste.

Het bestreden arrest

75. Na de relevante rechtspraak van het Hof en het Gerecht te hebben samengevat, [43] heeft het Gerecht de draagwijdte van zijn toetsing van de motivering in de litigieuze beschikking uiteengezet. [44] In het licht van het arrest Chronopost I diende het Gerecht in het bijzonder na te gaan of de bestreden beschikking toereikend was gemotiveerd wat betreft de vraag of de van SFMI-Chronopost verlangde tegenprestatie voor de bijstand volstond ter dekking van alle bijkomende variabele kosten van La Poste, een passende bijdrage in de vaste kosten van het gebruik van het postnet en een passende vergoeding voor het eigen kapitaal voor zover dit wordt gebruikt voor de concurrentiële werkzaamheden van SFMI-Chronopost.

76. Het Gerecht aanvaardde dat „uit de overwegingen 49 tot en met 56 van de considerans van de [litigieuze] beschikking […] duidelijk blijkt waarom de Commissie de door verzoeksters voorgestelde kostenberekeningsmethode heeft afgewezen". [45] Het diende echter eveneens de motivering van de Commissie te onderzoeken met betrekking tot i) de wijze waarop zij de kosten van La Poste via de „integrale kosten"-methode had

42 — Overwegingen 58-63 van de considerans.

43 — Punten 63-71.

44 — Punten 72-73.

45 — Punt 73.

berekend, en ii) de in dit verband verlangde tegenprestatie.

77. Het Gerecht heeft zich in de eerste plaats gericht op de bijkomende variabele kosten [46] en geoordeeld dat uit de overwegingen 33 en 57 van de litigieuze beschikking niet voldoende bleek, welke precieze draagwijdte de Commissie aan de in dit kader gebruikte economische en boekhoudkundige begrippen wilde geven, noch welke kosten zij ter rechtvaardiging dat er geen sprake was van staatssteun, juist had onderzocht, om het Gerecht in staat te stellen te toetsen of deze kosten daadwerkelijk overeenkwamen met de bijkomende variabele kosten wegens het verstrekken van logistieke en commerciële bijstand in de zin van het arrest Chronopost I. Later door de Commissie verstrekte uiteenzettingen hadden de conclusie alleen maar versterkt, dat de motivering van de bestreden beschikking als zodanig veel te algemeen was.

78. Het was niet mogelijk om uit te maken wat de „directe bedrijfskosten" waren geweest, en welke kosten in de boekhouding van La Poste rechtstreeks aan de diverse activiteiten konden worden toegerekend. Uit de verwijzing in overweging 57 van de considerans van de litigieuze beschikking naar „bepaalde vaste kosten" kon niet worden opgemaakt, welke kosten door de betalingen van SFMI-Chronopost juist werden gedekt tijdens de eerste twee boekjaren. Voorts werd niet uiteengezet hoe de door La Poste verleende diensten in een opeenvolging van elementaire activiteiten werden onderverdeeld dan wel hoe deze diensten werden geassimileerd aan bestaande en soortgelijke postdiensten. Aangezien de vóór 1992 gemaakte kosten op grond van ramingen waren berekend, had volgens het Gerecht moeten worden toegelicht, hoe deze assimilatie had plaatsgevonden, zodat kon worden nagegaan of deze werkwijze al dan niet eventuele feitelijke onjuistheden of beoordelingsfouten vertoonde. Tenslotte was in het geheel niet duidelijk, hoe in de berekening van de integrale kosten rekening was gehouden met de commerciële bijstand.

79. Het Gerecht heeft geoordeeld dat de litigieuze beschikking een passende motivering op dit punt had moeten bevatten, en ten minste een beknopt overzicht van de bedrijfsboekhoudkundige berekeningen met betrekking tot de aan SFMI-Chronopost verleende diensten, eventueel met weglating van de vertrouwelijke gegevens. Gelet op een en ander achtte het de beoordeling door de Commissie van de vraag of er al dan niet sprake was van bijkomende variabele kosten wegens het verstrekken van logistieke en commerciële bijstand, onvoldoende gemotiveerd.

80. Het Gerecht heeft zich vervolgens gericht op de vaste kosten. [47] Deze werden naar zijn oordeel niet voldoende verklaard in de litigieuze beschikking. In de eerste plaats kon niet worden bepaald of onder de kosten van het hoofdkantoor en van de regionale directies de vaste kosten vielen van het gebruik van het postnet. Dat was evenwel bijzonder belangrijk, omdat in de eerste twee boekjaren de kosten door de door SFMI-Chronopost betaalde vergoeding niet

46 — Punten 77-85.

47 — Punten 86-89.

volledig werden gedekt. In de tweede plaats kon niet worden vastgesteld, welke andere vaste kosten met het gebruik van het net van La Poste door SFMI-Chronopost gepaard gingen en door de betaalde vergoeding hadden moeten worden gedekt. Het Gerecht kon bijgevolg niet toetsen of deze bijdrage in de vaste kosten vanuit het oogpunt van de in het arrest Chronopost I gestelde voorwaarden passend was.

81. Ten slotte vermeldde de litigieuze beschikking niet, welke bijdrage SFMI-Chronopost ter vergoeding van het eigen kapitaal van La Poste had geleverd. [48] Het was niet duidelijk of de Commissie het IRP had berekend om aan te tonen dat aan de voorwaarde van de particuliere investeerder was voldaan en/of om de vergoeding voor het eigen kapitaal vast te stellen.

82. Bij de berekening van het IRP had de Commissie aangegeven, welk kapitaal volgens haar daadwerkelijk voor deze werkzaamheden werd gebruikt. Zij vermeldde enkel, dat zij enerzijds had gekeken naar de in 1986 door La Poste verrichte kapitaalinjectie, en anderzijds naar de financiële transacties tussen La Poste en haar dochteronderneming in de periode 1986-1991, zonder voldoende nauwkeurig aan te geven om welke financiële transacties het ging. Gesteld dat het IRP voldoende nauwkeurig weergaf welke vergoeding werd betaald voor het eigen kapitaal voor zover dit voor de concurrentiële werkzaamheden van SFMI-Chronopost werd gebruikt, kon het Gerecht hoe dan ook niet toetsen of deze eventuele vergoeding voor het eigen kapitaal passend was in de zin van punt 40 van het arrest Chronopost I, daar de litigieuze beschikking geen cijfermatige berekening van het IRP bevatte.

83. Het Gerecht heeft vervolgens enige algemene opmerkingen gemaakt over de dekking van de kosten. [49] Naar zijn oordeel waren de conclusies van de Commissie in overweging 57 van de considerans van de litigieuze beschikking louter peremptoire verklaringen. Er was namelijk geen gedetailleerd onderzoek van de specifieke stappen in de berekening van de vergoeding voor de betrokken bijstand of van de aan deze bijstand toerekenbare infrastructuurkosten, evenmin als een cijfermatig onderzoek van de desbetreffende kosten. De Commissie had zich ertoe beperkt te stellen, dat de integrale kosten van La Poste door de vergoeding van SFMI-Chronopost waren gedekt, zonder evenwel te preciseren op welke cijfers en berekeningen haar onderzoek en conclusies waren gebaseerd. In die omstandigheden kon het Gerecht onmogelijk nagaan of de door de Commissie toegepaste methode en de verschillende stappen in haar onderzoek geen onjuistheden bevatten en verenigbaar waren met de in het arrest Chronopost I vastgestelde beginselen ter bepaling of er al dan niet sprake is van staatssteun.

84. Het Gerecht heeft zijn beoordeling van het tweede middel afgesloten met de opmerking, dat in het onderhavige geval drie argumenten pleitten voor de eis van een grondiger motivering:

„97. In het onderhavige geval bestaan de omstandigheden die een grondiger moti-

48 — Punten 90-93.

49 — Punten 94-95.

vering rechtvaardigen om te beginnen hierin, dat het een van de eerste beschikkingen betrof waarin in het kader van de toepassing van de bepalingen inzake staatssteun de complexe vraag werd behandeld van de berekening van de kosten van een moedermaatschappij die in een gereserveerde markt opereert en aan haar niet in een gereserveerde markt werkzame dochteronderneming logistieke en commerciële bijstand verleent. Voorts hadden de intrekking van de eerste afwijzende beschikking van de Commissie van 10 maart 1992, nadat een beroep tot nietigverklaring daarvan was ingesteld, en het arrest SFEI van het Hof voor de Commissie aanleiding moeten zijn om haar werkwijze op de bestreden punten des te zorgvuldiger en nauwkeuriger met redenen te omkleden. Ten slotte had ook het feit dat verzoeksters in de administratieve procedure verschillende economische studies hebben overgelegd voor de Commissie een reden moeten zijn om een zorgvuldige motivering uit te werken en daarbij op de fundamentele, op deze economische studies gebaseerde argumenten van verzoeksters in te gaan."

85. Tegen deze achtergrond heeft het Gerecht geoordeeld dat:

„98. […] de motivering van de [litigieuze] beschikking, die enkel zeer in het algemeen uiteenzet hoe de Commissie de kosten en het verkregen eindresultaat heeft beoordeeld, zonder evenwel de specifieke kosten van La Poste wegens het verstrekken van logistieke en commerciële bijstand aan SFMI-Chronopost alsmede de vaste kosten van het gebruik van het postnet met de vereiste nauwkeurigheid toe te rekenen, noch de vergoeding voor het eigen kapitaal nader te bepalen, niet aan de vereisten van artikel 190 van het Verdrag voldoet.

[…]

100. Bijgevolg moet worden geoordeeld dat het Gerecht op basis van de [litigieuze] beschikking niet kan nagaan of en in welke mate sprake is van specifieke kosten die onder het begrip ‚integrale kosten' vallen, zoals dat door de Commissie in de [litigieuze] beschikking is vastgesteld. De motivering van de [litigieuze] beschikking biedt het Gerecht derhalve niet de mogelijkheid te toetsen of de beoordeling van de Commissie dienaangaande wettig is en verenigbaar met de door het Hof in zijn arrest in hogere voorziening gestelde voorwaarden om vast te stellen dat er van staatssteun geen sprake is.

101. De [litigieuze] beschikking moet derhalve wegens ontoereikende motivering nietig worden verklaard, voor zover daarin wordt vastgesteld dat de door La Poste aan SFMI-Chronopost verleende logistieke en commerciële bijstand geen staatssteun vormt."

Argumenten van partijen

86. Rekwiranten stellen dat het Gerecht, door de motivering van de litigieuze beschikking ontoereikend te oordelen, verder is gegaan dan de in artikel 253 EG en de rechtspraak van het Hof gestelde vereisten. Chronopost is van mening dat het Gerecht, onder

het mom van toetsing van de motivering, kennelijke beoordelingsfouten heeft onderzocht en heeft getracht de juistheid van de door de Commissie gehanteerde methode te beoordelen.

87. Volgens Ufex heeft het Gerecht de beoordeling in de litigieuze beschikking niet ter discussie gesteld, maar zich beperkt tot het onderzoek van de vraag of de motivering ervan voldoende nauwkeurig, volledig en begrijpelijk was. Het heeft terecht geoordeeld dat de motivering niet toereikend was. Een meer gedetailleerde motivering was vereist om te kunnen nagaan of in de beschikking de „normale marktvoorwaarden"-toets die het Hof heeft ontwikkeld in punt 40 van het arrest Chronopost I, juist was toegepast.

Bespreking

88. Artikel 253 EG vereist dat beschikkingen van de Commissie met redenen worden omkleed.

89. Volgens vaste rechtspraak moet de motivering beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, zo duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking brengen, dat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en het Hof zijn toezicht kan uitoefenen. Het is niet noodzakelijk, dat alle feitelijk of juridisch relevante gegevens in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de beoordeling van de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel 253 EG voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, doch ook op de context en op alle rechtsregels die de betrokken materie beheersen. [50]

90. In een Commissiebeschikking waarin wordt geconcludeerd dat een door een klager betwiste maatregel geen staatssteun is, „moet worden vastgesteld dat […] de Commissie hoe dan ook gehouden is de klager voldoende duidelijk uiteen te zetten waarom de in zijn klacht aangevoerde gegevens feitelijk en rechtens ontoereikend zijn geweest om staatssteun aan te tonen. De Commissie hoeft evenwel geen standpunt in te nemen over gegevens die kennelijk niet ter zake doende, zonder betekenis of duidelijk bijkomstig zijn." [51]

91. Ik merk in het voorbijgaan op, dat de door Ufex aangehaalde rechtspraak om aan te geven dat de Commissie een nauwgezet onderzoek behoorde te verrichten op basis van deugdelijk bewijs [52], dat door voldoende significante en onderling overeenstemmende gegevens werd gestaafd [53], geen betrekking heeft op staatssteun, maar op de prospectieve analyse die wordt verricht om de invloed op de markt van fusies en vermeende kartels te bepalen.

50 — Arrest van 11 september 2003, België/Commissie (C-197/99 P, Jurispr. blz. I-8461, punt 72 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

51 — Arrest van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France (C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 64).

52 — Arrest van 13 juli 2006, Independent Music Publishers and Labels Association/Commissie (T-464/04, Jurispr. blz. II-2289, punt 248). Tegen dit arrest is hogere voorziening ingesteld.

53 — Arrest van 31 maart 1998, Frankrijk e.a./Commissie (C-68/94 en C-30/95, Jurispr. blz. I-1375, punt 228).

92. In de onderhavige hogere voorzieningen staat vast, en is door het Gerecht in het bestreden arrest erkend [54], dat het relevante kader wordt gevormd door de vraag of in de litigieuze beschikking de „normale marktvoorwaarden"-toets die het Hof in punt 40 van het arrest Chronopost I heeft ontwikkeld, juist is toegepast. [55]

93. Het Hof past in het arrest Chronopost I een algemene toets toe. Het geeft aan, welke benadering moet worden gekozen om te beoordelen of de levering van commerciële en logistieke bijstand staatssteun inhoudt. Het specificeert niet, welke economische, boekhoudkundige of financiële normen moeten worden toegepast. Met de eis dat „alle" bijkomende variabele kosten moeten worden meegerekend, geeft het niet aan welke kosten tot de variabele moeten worden gerekend. Evenmin vermeldt het Hof wat een „passende" bijdrage in de vaste kosten zou vormen of wat een „passende" vergoeding voor het eigen kapitaal zou zijn.

94. Naar mijn mening rechtvaardigt de *eerste* van de in het bestreden arrest gegeven redenen die een meer gedetailleerde motivering vereisten (namelijk het feit dat de litigieuze beschikking een van de eerste was waarin de aan de orde zijnde complexe vraag werd behandeld) [56] integendeel een ruimere en meer algemene motivering. Het is niet zinvol alle details te verschaffen, wanneer de globale benadering onjuist is. Bovendien is de litigieuze beschikking enkele jaren vóór het arrest Chronopost I vastgesteld. Het komt mij voor dat, in plaats van te onderzoeken of de motivering van de Commissie in elk detail voldeed aan de precieze bewoordingen van de (later) in het arrest Chronopost I vastgestelde toets (waarvan de precieze vereisten bijgevolg niet bekend konden zijn geweest aan de opsteller van de beschikking), de juridische beoordeling van de motivering zich in het onderhavige geval zou moeten concentreren op de vraag of de globale benadering van de Commissie in feite juist is geweest, dat wil zeggen of deze benadering inhoudelijk voldoet aan de toets van het arrest Chronopost I.

95. Deze opvatting wordt bevestigd door de voorgeschiedenis van het onderhavige geding voor het Gerecht en het Hof. Zowel het arrest Ufex I als het arrest Chronopost I, waarbij dat arrest werd vernietigd, draaide om de juiste uitlegging van het begrip „normale marktvoorwaarden" in de verhouding tussen La Poste en SFMI-Chronopost.

96. Het komt mij derhalve voor dat moet worden getoetst, of de Commissie haar beschikking heeft gebaseerd op de juiste criteria om vast te stellen wat die normale marktvoorwaarden zijn, zoals die door het Hof in het arrest Chronopost I zijn gedefinieerd.

97. Het Gerecht heeft de litigieuze beschikking echter in wezen vernietigd, omdat het de motivering en de gegevens van de Commissie te algemeen en onnauwkeurig

54 — In punt 72.

55 — Zie punt 14 hierboven.

56 — Punt 97.

acht.[57] Het laakt met name het gebrek aan nauwkeurigheid met betrekking tot de gebruikte economische en boekhoudkundige begrippen, de aard van de onderzochte kosten en de stappen van de gemaakte financiële berekeningen. Het kon niet nagaan of deze werkwijze al dan niet feitelijke onjuistheden of beoordelingsfouten vertoonde, en wat de variabele kosten betreft, had de litigieuze beschikking tenminste een beknopt overzicht van de bedrijfsboekhoudkundige berekeningen voor de verleende diensten behoren te bevatten.

98. Het staat buiten kijf dat transparantie op zichzelf een belangrijke zaak is. Het is eveneens juist dat hoe meer details er beschikbaar zijn, hoe waarschijnlijker het is dat eventuele kennelijke beoordelingsfouten van de Commissie wat haar methodologie of de nauwkeurigheid van de gegevens betreft die zij gebruikt, aan het licht zullen komen. Aldus zou bijvoorbeeld een beknopt overzicht van de bedrijfsboekhoudkundige berekeningen niet noodzakelijkerwijs garanderen dat kennelijke fouten aan het licht komen.

99. In de onderhavige context is het echter niet duidelijk dat de details die volgens het Gerecht ontbreken, strikt gesproken noodzakelijk zijn om te kunnen beoordelen of de Commissie het begrip „normale marktvoorwaarden" als omschreven in het arrest Chronopost I, onjuist heeft toegepast.

100. Het is weliswaar niet onredelijk om die voorwaarden aldus uit te leggen dat zij de inachtneming van algemeen aanvaarde boekhoudkundige-, commerciële- en investeringsmaatstaven vereisten. Het gemeenschapsrechtelijke beginsel van de investeerder in een markteconomie werkt in feite ook op die basis. De door het Gerecht vereiste details zouden wat dat betreft in theorie afwijkingen van algemeen aanvaarde beginselen aan het licht kunnen brengen, die kennelijke fouten opleveren. Maar deze beginselen zijn zelf ruim en verschillend genoeg om een aanzienlijk ruimte voor discussie mogelijk te maken, en het Hof heeft enkel een algemene toets verschaft om vast te stellen wat „normale marktvoorwaarden" zijn. Hieruit volgt dat deze discussie zou plaatsvinden op een gebied waarvan het Gerecht heeft erkend dat de Commissie er over een ruime beoordelingsmarge beschikt.[58]

101. Mij dunkt derhalve in de context van het onderhavige geding, dat de elementen die volgens het Gerecht ontbraken in de motivering van de Commissie, van secundair belang zijn. De litigieuze beschikking is voldoende gemotiveerd en bevat voldoende details om haar rechtmatigheid te kunnen beoordelen in het licht van het arrest Chronopost I.

57 — Punten 75-95.

58 — In punt 128 van het bestreden arrest heeft het Gerecht vastgesteld dat de beoordeling van de vraag hoe de kosten van La Poste wegens het verstrekken van logistieke en commerciële bijstand aan haar dochteronderneming bij ontbreken van een analytische boekhouding moesten worden berekend, een ingewikkelde economische beoordeling impliceerde. In dergelijke omstandigheden beschikt de Commissie over een ruime beoordelingsmarge.

102. Voor zover het gaat om de kosten van de bijstand, tonen de punten [iii] en [xi] van overweging 33 en de overwegingen 42 en 57 van de considerans [59] aan dat de in aanmerking genomen „totale kosten", zowel wat de logistieke als de commerciële bijstand betreft, alle variabele kosten en een evenredige bijdrage in de vaste kosten omvatten.

103. Punt [iii] van overweging 33 van de considerans geeft aan dat La Poste de „totale kosten" verdeelt in „directe bedrijfskosten" en een deel van de „kosten van het hoofdkantoor en van de regionale directies". Deze verdeling komt niet overeen met het onderscheid variabele en vaste kosten, aangezien volgens overweging 57 van de considerans de vaste kosten onroerende goederen en voertuigen omvatten. Uit deze overweging wordt echter wel duidelijk dat de variabele kosten vanaf het eerste jaar werden gedekt. Door te stellen dat enkel „bepaalde vaste kosten" tijdens de eerste twee boekjaren (1986 en 1987) werden gedekt en dat vanaf 1988 „alle door [La Poste] gemaakte kosten" werden gedekt, is het duidelijk dat alle vaste kosten vanaf dat jaar werden gedekt. Uit overweging 42 blijkt bovendien dat de vaste kosten naar verhouding werden toegerekend.

104. Uit punt 40 van het arrest Chronopost I blijkt dat de „passende vergoeding voor het eigen kapitaal" afkomstig moet zijn van de verlangde tegenprestatie voor het verstrekken van logistieke en commerciële bijstand. Op grond van de omschrijving van de „integrale kostprijs" in overweging 57 van de considerans kan het onderzoek van de Commissie van de vergoeding van SFMI-Chronopost voor de eigenkapitaalinjectie van La Poste worden vergeleken met de benadering van het Hof.

105. De litigieuze beschikking verschaft SFEI, de klager, eveneens voldoende inzicht in de redenen waarom de in zijn klacht aangevoerde gegevens feitelijk en juridisch ontoereikend waren om staatssteun aan te tonen.

106. In de overwegingen 45 tot en met 62 van de considerans zet de Commissie uiteen waarom zij de klachten van SFEI, zoals die zijn samengevat in overweging 34 van de considerans, heeft afgewezen. Haar bezwaar betreft in wezen de door SFEI gekozen methode van waardering van de afzonderlijke onderdelen van de vermeende staatssteun. Uit de litigieuze beschikking [60] blijkt met name dat de door klager verstrekte gedetailleerde economische studies om de staatssteun aan te tonen, waren gebaseerd op een uitlegging van het begrip „normale marktprijs", die de Commissie fundamenteel fout achtte. [61] Tegen deze achtergrond zou een gedetailleerde reactie op de uitgangspunten en berekeningen in deze studies met betrekking tot de totaalbedragen van vermeende staatssteun niet terzake zijn geweest.

59 — Zie punten 69 en 73 hierboven, en voetnoot 34.

60 — Overweging 34.

61 — Overweging 53.

107. De *derde* aangevoerde reden die een meer gedetailleerde motivering vereiste, is mijns inziens derhalve niet gefundeerd. [62] Het Gerecht heeft zelf erkend dat de redenen waarom de Commissie de door SFEI voorgestelde kostenberekeningsmethode heeft afgewezen, duidelijk uit de litigieuze beschikking blijken. [63] Het komt mij voor dat de Commissie is ingegaan op de „fundamentele, op deze economische studies gebaseerde argumenten van verzoeksters". De Commissie was in wezen van mening dat de algemene benadering en methodologie van SFEI onjuist waren. Wat zou dan de eis van een „zorgvuldige motivering" die bepaalde punten grondiger behandelde, nog voor zin hebben gehad? Ik voeg daaraan toe dat het Gerecht zich niet erover heeft uitgelaten, welke onderdelen van de klachten van SFEI volgens hem in de litigieuze beschikking ontoereikend zijn gemotiveerd. Dat is een opvallend verschil met de benadering die het in het arrest Sytraval en Brink's France/Commissie [64] heeft gekozen.

108. Ik ben er niet van overtuigd dat de *tweede* reden [65] van het Gerecht om een grondiger motivering te eisen van de beschikking van de Commissie, stand houdt bij een nadere kritische beschouwing. Het is niet onredelijk om van een besluitvormer te eisen dat hij gedegen rekening houdt met relevante rechterlijke beslissingen die van belang zijn voor de wijze van formulering van de onder handen zijnde beschikking. De Commissie is bij haar beoordeling inderdaad uitgegaan van het arrest SFEI. [66] Ik ben echter niet van mening dat de enkele intrekking van een eerdere beschikking de omvang van de motiveringsplicht krachtens artikel 253 EG in belangrijke mate wijzigt. De precieze omvang van de motiveringsplicht blijft daarentegen bepaald door de context en het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen.

109. Ik concludeer dat het Gerecht, door te oordelen dat de motivering van de litigieuze beschikking ontoereikend was, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Ik stel het Hof derhalve voor, het derde middel gegrond te verklaren.

Vierde middel: onjuiste rechtsopvatting bij de beoordeling van het begrip „staatssteun" met betrekking tot de overdracht van Postadex [67]

Beoordeling door het Gerecht [68]

110. In de eerste plaats heeft het Gerecht erop gewezen dat het begrip „staatssteun" in de zin

62 — Punt 97 van het bestreden arrest.

63 — Punt 73.

64 — Arrest Gerecht van 28 september 1995 (T-95/94, Jurispr. blz. II-2651, punten 62-63), en punten 74-77 van het hogerevoorzieningsarrest Sytraval, aangehaald in voetnoot 51.

65 — Punt 97.

66 — Zie punt 73 hierboven.

67 — Snelpostdienst van La Poste. Zie voetnoot 6.

68 — Punten 158-171 van het bestreden arrest.

van artikel 92 van het Verdrag (thans artikel 87 EG) een zeer ruime werkingssfeer heeft. Deze bepaling strekt er namelijk toe te voorkomen dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed door tegemoetkomingen van overheidswege die, in verschillende vormen, de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen.[69] Het begrip steun omvat derhalve ook maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken. Het Verdrag definieert volgens vaste rechtspraak interventiemaatregelen van de staten aan de hand van de gevolgen ervan.

111. Het Gerecht heeft het betoog van de Commissie, dat de overdracht van de klantenkring van Postadex een logisch gevolg van de oprichting van een dochteronderneming was en daarom geen staatssteun vormde, niet aanvaard.[70] De klantenkring van Postadex vormde een immaterieel vermogensactief met een economische waarde, ook al kon deze waarde moeilijk worden gekwantificeerd. La Poste had de Postadex-dienst met middelen uit het wettelijke monopolie kunnen oprichten. SFMI-Chronopost[71] had aan La Poste geen vergoeding betaald. De overdracht van een dergelijk vermogensactief vormde desalniettemin een voordeel voor de ontvanger. De overdracht kon aan de staat worden toegerekend. De overdracht vormde bijgevolg staatssteun.

112. Naar het oordeel van het Gerecht had de Commissie zich ten onrechte op het standpunt gesteld, dat de overdracht van de klantenkring van Postadex geen staatssteun vormde omdat er geen geldelijk voordeel mee was gemoeid. De litigieuze beschikking moest derhalve nietig worden verklaard voor zover de Commissie had vastgesteld dat de overdracht van Postadex aan SFMI-Chronopost door La Poste geen staatssteun vormde.

Argumenten van partijen

113. Rekwiranten stellen dat het Gerecht ten onrechte de litigieuze beschikking onrechtmatig heeft geoordeeld omdat de overdracht van Postadex aan SFMI-Chronopost daarin niet als staatssteun was beschouwd. Zij voeren aan dat de situatie niet kan worden vergeleken met het gedrag van een moedermaatschappij in de private sector jegens een bestaande dochteronderneming. La Poste heeft een dochteronderneming opgericht en daarmee een economische activiteit ondergebracht in een speciaal voor dat doel opgerichte afzonderlijke entiteit. Op het moment dat er een dochteronderneming wordt opgericht, is er geen sprake van een begunstigde. De Commissie moedigt dergelijke splitsingen aan om de mededinging op de markt te versterken.

114. Volgens Ufex heeft de overdracht om niet van de monopolistische klantenkring van Postadex, SFMI-Chronopost, als nieuwkomer op de markt, ongetwijfeld voordeel opgeleverd. Activa worden altijd tegen een vergoeding overgedragen. Het voordeel had

69 — Het Gerecht heeft verwezen naar de arresten Hof van 2 juli 1974, Italië/Commissie (173/73, Jurispr. blz. 709, punt 26), en 15 maart 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, Jurispr. blz. I-877, punt 12).

70 — Overweging 48 van de considerans van de litigieuze beschikking. Zie punt 72 hierboven.

71 — Ik herinner eraan dat de opgerichte dochteronderneming SFMI werd genoemd. Zie voetnoot 7.

moeten worden gewaardeerd in overeenstemming met de richtlijnen van het arrest Chronopost I.

Bespreking

115. In de litigieuze beschikking erkent de Commissie dat de klantenkring van Postadex een immaterieel vermogensactief vormt. [72] Zoals het Gerecht opmerkt, betekent het feit dat het een moeilijk kwantificeerbaar bestanddeel betreft, niet dat het geen waarde heeft. [73] Naar mijn mening bezat de klantenkring een positieve economische waarde ten tijde van de overdracht aan SFMI-Chronopost in 1985.

116. Wat is er precies gebeurd toen La Poste SFMI-Chronopost heeft opgericht? Het komt mij voor dat er met name onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds de *activiteiten* op het gebied van de snelpostdienst, en anderzijds de *waarde* van deze activiteiten.

117. Het is duidelijk dat de nieuwe entiteit de *activiteiten* heeft overgenomen. Zij omvatten het beheer en het gebruik van de klantenkring. Door de oprichting van de dochteronderneming is de economische *waarde* van haar activiteiten echter toegekomen aan haar aandeelhouders. La Poste heeft derhalve een gedeelte van die waarde, overeenkomend met 66 % van de aandelen, behouden. TAT heeft het restant van de waarde verkregen in ruil voor een kapitaalinjectie. Met andere woorden, de waarde van de activiteiten werd weerspiegeld in de waarde van de uitgegeven aandelen die in handen van de aandeelhouders bleven.

118. De situatie verschilt derhalve van een privatisering. Wanneer een staat een vermogensactief overdraagt aan een externe investeerder, ontvangt hij een vergoeding. Van staatssteun is volgens het beginsel van de particuliere investeerder sprake, wanneer de ontvangen vergoeding lager is dan de waarde van de overgedragen activa. [74] Bij de oprichting van SFMI-Chronopost was TAT de enige betrokken externe investeerder, die 34 % van de aandelen overnam. Wanneer SFMI-Chronopost een bedrag had betaald aan La Poste, zou dat eenvoudigweg de waarde van de dochteronderneming hebben verminderd en, dienovereenkomstig, die van de aandelen van La Poste.

119. Het komt mij voor dat het beginsel van de particuliere investeerder eveneens toepasselijk is ingeval een overheidsentiteit een activiteit verzelfstandigt door oprichting van een dochteronderneming. [75] De vraag is of een particuliere investeerder op dezelfde wijze zou hebben gehandeld dan wel, bijvoorbeeld,

72 — Overweging 48 van de considerans.

73 — Punt 169 van het bestreden arrest.

74 — Zie dienaangaande, arrest Hof van 28 januari 2003, Duitsland/Commissie (C-334/99, Jurispr. blz. I-1139, punten 133-134), omtrent de verkoop van een onderneming in de voormalige Duitse Democratische Republiek tegen een negatieve prijs.

75 — De toets van het arrest Chronopost I is daarentegen niet-toepasselijk omdat deze toets betrekking heeft op de dekking van de kosten bij commerciële transacties tussen moeder- en dochteronderneming in de publieke sector.

de zaak zou hebben verkocht aan een externe partij. De Commissie behandelt deze vraag in de litigieuze beschikking in feite door het IRP te onderzoeken dat La Poste heeft behaald met haar kapitaalinjectie in 1986. [76]

120. In het bestreden arrest merkt het Gerecht zeer terecht op dat artikel 87, lid 1, EG interventiemaatregelen van de staten definieert aan de hand van de gevolgen ervan. [77] Ik kan echter moeilijk inzien op welke wijze de oprichting van SFMI-Chronopost een vervalsing van de markt tot gevolg kan hebben gehad. Het was slechts in zoverre een nieuwe concurrent, dat het een nieuw opgerichte onderneming met een nieuwe naam betrof. De activiteiten en de klantenkring waren die van Postadex. Ik acht het waarschijnlijker dat de oprichting van een afzonderlijke dochteronderneming om activiteiten te verrichten die vroeger waren ondergebracht bij een monolithisch staatsbedrijf, uiteindelijk tot gevolg zal hebben dat de mededinging op de markt wordt versterkt, mits het zakelijk verkeer met haar moederonderneming plaatsvindt op basis van de criteria van het arrest Chronopost I.

121. Op grond van deze redenen ben ik niet van mening dat La Poste ten tijde van de omzetting van Postadex in een dochteronderneming de waarde van Postadex heeft afgestaan aan SFMI-Chronopost. Het Gerecht heeft bijgevolg blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de overdracht van Postadex aan SFMI-Chronopost staatssteun vormde op grond dat La Poste geen vergoeding had ontvangen van SFMI-Chronopost. [78]

122. Op grond van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging, ook het vierde middel gegrond te verklaren.

Slotopmerkingen

123. Krachtens artikel 61 van het Statuut van het Hof kan het Hof, wanneer het de beslissing van het Gerecht vernietigt, de zaak zelf afdoen wanneer deze in staat van wijzen is, dan wel haar voor afdoening verwijzen naar het Gerecht.

124. Aangezien het volgens het Gerecht wegens de ontoereikende motivering van de litigieuze beschikking niet mogelijk was geweest bepaalde argumenten in het kader van het eerste onderdeel van het vierde middel te onderzoeken [79], komt het mij voor dat de zaak niet in staat van wijzen is. Ik stel derhalve voor, de zaak te verwijzen naar het Gerecht en de beslissing over de kosten aan te houden.

76 — Overwegingen 59-63 van de considerans van de litigieuze beschikking.

77 — Punt 160.

78 — Punt 167 van het bestreden arrest.

79 — Punt 102.

Conclusie

125. In het licht van het bovenstaande, geef ik het Hof in overweging:

— het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 7 juni 2006, Ufex e.a./Commissie (T-613/97), te vernietigen voor zover het beschikking 98/365/EG van de Commissie van 1 oktober 1997 inzake de steun die Frankrijk aan SFMI-Chronopost zou hebben verleend, nietig heeft verklaard „voor zover daarin wordt vastgesteld dat de logistieke en commerciële bijstand van La Poste aan haar dochteronderneming SFMI-Chronopost en de overdracht van Postadex geen staatssteun ten gunste van SFMI-Chronopost vormt”;

— de zaak naar het Gerecht te verwijzen;

— de beslissing over de kosten aan te houden.