FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT N. JÄÄSKINEN
fremsat den 24. marts 2010[1]

1. Med sin appel har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber nedlagt påstand om ophævelse af dom afsagt af Retten i Første Instans den 1. juli 2008, Deutsche Post mod Kommissionen (sag T-266/02, Sml. II, s. 1233, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten annullerede Kommissionens beslutning 2002/753/EF af 19. juni 2002 om Forbundsrepublikken Tysklands foranstaltninger til fordel for Deutsche Post AG[2].

2. I den omtvistede beslutning fandt Kommissionen, at Deutsche Post AG i forbindelse med omstruktureringen af den tidligere tyske post- og teleadministration havde modtaget en betydelig kompensation i form af statsmidler. Henset til politikken om at sælge med tab på markedet for pakketjenester, som blev godkendt af Kommissionen i beslutning af 20. marts 2001[3], der fastslog et misbrug af Deutsche Post AG's dominerende stilling, og til Deutsche Post AG's underskud i den undersøgte periode, er Kommissionen af den opfattelse, at den aggressive prispolitik kun kunne være finansieret ved hjælp af de midler, som Deutsche Post AG havde modtaget som kompensation for at yde tjenester af almindelig økonomisk interesse. På den baggrund konkluderede Kommissionen, at der var tale om ulovlig statsstøtte.

3. Retten fastslog, at Kommissionen havde tilsidesat artikel 87, stk. 1, EF[4] ved at antage, at de statslige overførsler havde givet Deutsche Post AG en fordel.

4. Hovedspørgsmålet i den foreliggende appel omhandler således den metode, efter hvilken det afgøres, om en virksomhed, der yder tjenester af almindelig økonomisk interesse, har modtaget en kompensation, der overstiger de meromkostninger, der er forbundet med opfyldelsen af de pågældende ydelser, og som derfor kan udgøre en fordel efter artikel 87, stk. 1, EF. Dette spørgsmål indgår i en bredere diskussion af afgrænsningen af den juridiske karakter af den kompensation for omkostninger, der er forbundet

1 — Originalsprog: fransk.

2 — EFT L 247, s. 27, herefter »den omtvistede beslutning«.

3 — Kommissionens beslutning 2001/354/EF om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 82 (sag COMP/35.141 — Deutsche Post AG) (EFT L 125, s. 27).

4 — Da den appellerede dom blev afsagt den 1.7.2008, følger henvisningerne til EF-traktaten den nummerering, der var gældende før ikrafttrædelsen af traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde.

med opfyldelsen af en ydelse af almindelig økonomisk interesse.

I — De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og den appellerede dom

5. Deutsche Post AG er en stor virksomhed, der opererer dels i sektoren for befordring af brevpost, hvor den har monopol, dels i to andre postsektorer, nemlig pakketransport (herefter »pakketjenester«) og transport af tidsskrifter og aviser, der begge er åbne for konkurrence.

6. Som pakketjenester udfører Deutsche Post AG dels transport af pakker, der indleveres direkte på posthuset, dels transport af et større antal af pakker, som ikke afvikles direkte på posthuset (herefter »dør-til-dør-pakketjenester«).

7. Med hensyn til dør-til-dør-pakketjenester tilbyder Deutsche Post AG de to vigtigste tjenester, nemlig dels dør-til-dør-pakketjenester mellem erhvervskunder, der foretager en forudgående sortering eller indleverer et minimumsantal af pakker (herefter »erhvervskundesegmentet«), og dels pakketjenester til postordresektoren, som sender varer, der er bestilt via katalog eller elektronisk (herefter »postordresegmentet«).

8. I forbindelse med liberaliseringen og omstruktureringen af postadministrationen har Deutsche Post AG i henhold til Postverfassungsgesetz (lov om organiseringen af postvæsenet, herefter »PostVerfG«) modtaget overførsler fra Deutsche Bundespost Telekom (herefter »DB-Telekom«) med henblik på at kompensere for de tab, som virksomheden led mellem 1990 og 1995.

9. Den 20. marts 2001 vedtog Kommissionen beslutning 2001/354, hvori den i det væsentlige konkluderede, at Deutsche Post AG havde overtrådt artikel 82 EF, idet virksomheden havde misbrugt sin dominerende stilling i postordresegmentet, navnlig ved at foretage salg med tab ved at tilbyde priser, der lå under meromkostningerne.

10. Da den pågældende beslutning ikke blev indbragt for Retten, blev den definitiv. Det forhold, at der er anvendt underbudspriser,

og spørgsmålet om ulovlig statsstøtte, udgør imidlertid to selvstændige spørgsmål.

11. Den 19. juni 2002 vedtog Kommissionen den omtvistede beslutning, hvori den bl.a. undersøgte den finansielle statsstøtte til fordel for Deutsche Post AG. Kommissionen fandt, at den statsstøtte på 572 mio. EUR (1 118,7 mio. DEM), som var ydet til Deutsche Post AG, var uforenelig med fællesmarkedet. Den har følgelig krævet den ulovligt tildelte støtte tilbagesøgt.

12. I forbindelse med et annullationssøgsmål anlagt af Deutsche Post AG har Retten givet Deutsche Post AG medhold i sit argument, hvorefter Kommissionen ikke har godtgjort, at Deutsche Post AG har opnået en fordel som følge af DB-Telekoms overførsler. Efter at have fastslået, at Kommissionen havde tilsidesat artikel 87, stk. 1, EF, udtalte Retten sig endvidere, for fuldstændighedens skyld, om anbringendet, hvorefter Kommissionen angiveligt med urette havde antaget, at overførslerne fra DB-Telekom gav Deutsche Post AG mulighed for at dække de nettomeromkostninger, som var forbundet med virksomhedens salg med tab. Efter at have undersøgt talmaterialet vedrørende nettomeromkostningerne tiltrådte Retten ligeledes dette anbringende.

II — Appellen

13. Til støtte for sin appel har Kommissionen fremsat følgende anbringender.

14. Den appellerede dom kritiseres for at have tilsidesat artikel 87, stk. 1, EF og artikel 86, stk. 2, EF. Kommissionen har gjort gældende, at Retten fortolkede disse bestemmelser forkert, da den fastslog, at bestemmelserne udelukkede en metode, som i øvrigt ikke er kritiseret i dommen, der gav mulighed for på grundlag af en logisk og relevant argumentation at fastslå, at der forelå en statsstøtte. Desuden har Kommissionen anført, at Retten savner kompetence, og har påberåbt sig en tilsidesættelse af artikel 230 EF, for så vidt som Retten har overskredet grænserne for sin kompetence og sin prøvelsesret efter denne bestemmelse. Kommissionen har ligeledes påberåbt sig en tilsidesættelse af artikel 36 i statutten for Domstolen, idet Retten ikke begrundede sin konklusion om, at den metode, der er anvendt i den omtvistede beslutning, er forkert.

15. Ved skrivelse indgået til Domstolen den 9. december 2008 har Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienste eV (herefter »BIEK«) indgivet et processkrift til støtte for appellanten. Ved skrivelse af 4. december 2008 har UPS Deutschland Inc. og UPS Europe NV (herefter »UPS«) sammen indgivet et svarskrift og en kontraappel.

16. Henset til hovedspørgsmålet, dvs. om den metode, som Kommissionen kan anvende i den foreliggende sag, foreslår denne Domstolen at behandle alle anbringender samlet.

17. Det synes imidlertid hensigtsmæssigt at opdele anbringenderne afhængigt af, om de vedrører den principale eller den subsidiære begrundelse for den appellerede dom.

III — Indledende bemærkninger om omfanget af domstolsprøvelsen af Kommissionens retsakter på området for statsstøtte

18. Der skal indledningsvis erindres om, at begrebet statsstøtte efter definitionen i traktaten skal fortolkes på grundlag af objektive elementer. Som følge heraf skal Fællesskabets retsinstanser principielt og under hensyntagen til såvel de konkrete omstændigheder i den sag, der verserer for dem, som den tekniske eller komplicerede karakter af Kommissionens vurderinger foretage en fuldstændig efterprøvelse af, om en foranstaltning henhører under anvendelsesområdet for artikel 87, stk. 1, EF [5].

19. Som generaladvokat Cosmas har fremhævet i sit forslag til afgørelse i sagen, der førte til dommen i sagen Frankrig mod Ladbroke Racing og Kommissionen [6], skal såvel Domstolen som Retten og de nationale domstole — principielt og i det omfang, det er muligt — foretage en udtømmende materiel prøvelse, når de skal afgøre, i hvilket omfang det er berettiget eller ikke at anse en national foranstaltning for statsstøtte i EF-traktatens artikel 92, stk. 1's forstand (efter ændring nu artikel 87, stk. 1, EF). Denne regel kan kun fraviges, hvis den pågældende domstol konstaterer, at der foreligger særlige omstændigheder, som udelukker en ekstensiv retslig prøvelse. Når der er tale om et spørgsmål om fortolkningen og anvendelsen af EF-traktatens artikel 92, stk. 1, kan man ifølge generaladvokat Cosmas ikke hævde, at sådanne særlige omstændigheder, der begrænser mulighederne for domstolenes indskriden vedrørende sagens materielle spørgsmål, som udgangspunkt skulle være til stede.

20. Det følger heraf, at i forbindelse med en domstolsprøvelse af foranstaltninger i relation til artikel 87, stk. 1, EF er hovedreglen en fuldstændig efterprøvelse, mens en begrænset kontrol er undtagelsen [7].

5 — Jf. i denne retning dom af 16.5.2000, sag C-83/98 P, Frankrig mod Ladbroke Racing og Kommissionen, Sml. I, s. 3271, præmis 25, og af 1.7.2008, forenede sager C-341/06 P og C-342/06 P, Chronopost mod UFEX m.fl., Sml. I, s. 4777, præmis 141, herefter »Chronopost II«.

6 — Jf. punkt 15 ovenfor.

7 — Det er en anden situation end den, der gør sig gældende ved anvendelsen af artikel 87, stk. 3, EF, dvs. når Kommissionen skal udtale sig om, hvorvidt en foranstaltning om statsstøtte er forenelig med fællesmarkedet. Jf. dom af 11.9.2008, forenede sager C-75/05 P og C-80/05 P, Tyskland mod Kronofrance, Sml. I, s. 6619, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis.

21. For det andet hvad angår komplicerede økonomiske bedømmelser følger det af retspraksis, at domstolsprøvelsen af en kommissionsretsakt, der hviler på sådanne bedømmelser, må begrænses til en kontrol af, om procedure- og begrundelsesforskrifterne er overholdt, om de faktiske omstændigheder, på grundlag af hvilke det anfægtede valg er foretaget, er materielt rigtigt, samt af, om der foreligger en åbenbar fejl ved vurderingen af de nævnte faktiske omstændigheder, eller om der er begået magtfordrejning [8].

22. Det bør imidlertid påpeges, at selv om Domstolen har anerkendt, at Kommissionen er tillagt et vidt skøn for så vidt angår økonomiske vurderinger, indebærer det ikke, at Fællesskabets retsinstanser skal afholde sig fra at kontrollere Kommissionens fortolkning af oplysninger af økonomisk art [9].

23. Ifølge Domstolens praksis skal Fællesskabets retsinstanser ikke blot tage stilling til den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til, samt oplysningernes troværdighed og sammenhæng, men ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om de taler til støtte for Kommissionens konklusioner [10]. Efter min opfattelse omfatter disse elementer ligeledes de anvendte metoder.

24. Det er imidlertid ubestridt, at Retten i forbindelse med denne prøvelse ikke kan sætte sit skøn med hensyn til de økonomiske forhold i stedet for det, der er anlagt af Kommissionen [11].

25. Det er således i lyset af disse principper, at anbringenderne i den foreliggende appel skal undersøges.

8 — Jf. Chronopost II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 143.

9 — I forbindelse med fusioner jf. dom af 15.2.2005, sag C-12/03 P, Kommissionen mod Tetra Laval, Sml. I, s. 987, præmis 39, og af 22.11.2007, sag C-525/04 P, Spanien mod Lenzing, Sml. I, s. 9947, præmis 56. Jf. T. von Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Springer, Berlin, 2008, s. 361. Ifølge forfatteren er der i EU-retten, til forskel fra tysk ret, i princippet ingen sondring mellem på den ene side en skønsmargen vedrørende kvalifikationen af de faktiske omstændigheder (»Beurteilungsspielraum auf Tatbestandsseite«) og på den anden side en skønsmargen vedrørende de juridiske konsekvenser (»Ermessen auf Rechtsfolgenseite«).

10 — Jf. i denne retning dom af 25.1.1979, sag 98/78, Racke, Sml. s. 69, præmis 5, og af 22.10.1991, sag C-16/90, Nölle, Sml. I, s. 5163, præmis 12, dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 39, samt dom af 18.7.2007, sag C-326/05 P, Industrias Químicas del Vallés mod Kommissionen, Sml. I, s. 6557, præmis 76.

11 — Kendelse af 25.4.2002, sag C-323/00 P, DSG mod Kommissionen, Sml. I, s. 3919, præmis 43, og dommen i sagen Spanien mod Lenzing, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 57.

IV — Hovedappellens første anbringende

A — *Det første anbringendes første led*

1. Parternes anbringender

26. Med det første anbringendes første led har Kommissionen, støttet af BIEK og UPS, gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl, idet der i den appellerede dom ikke fremhæves nogen mangler ved den metode, der blev anvendt i den omtvistede beslutning.

27. Ifølge Kommissionen er den omtvistede beslutning ikke baseret på en enkel »antagelse«. Der er derimod tale om en begrundet konklusion, hvilket vil sige, at der i beslutningen ud fra en logisk argumentation drages en konklusion, der er baseret på allerede kendte fakta. Ifølge Kommissionen er der tale om en slutningsproces, som gør det muligt på grundlag af faktum A og faktum B at drage konklusion C, der udgør en integrerende del af enhver beslutning af denne type, der træffes af denne. Kommissionen illustrerer sin argumentation ved et eksempel, hvorefter det, såfremt det bevises, at et tog er afgået fra banegård A og via en enkeltsporet bane ankommer planmæssigt til banegård B, kan sluttes, at toget er kørt forbi banegård C, der er beliggende ved dette spor mellem banegård A og banegård B.

28. Kommissionen kritiserer Retten for at have betegnet en sådan slutning som værende en »antagelse« og for at have ophævet dens beslutning uden at henvise til de fejl, som den pågældende retsakt skulle være behæftet med. Kommissionens faktuelle ræsonnement er imidlertid baseret på den formodning, at »pengene nødvendigvis må komme et sted fra«.

29. I denne forbindelse har Kommissionen fremhævet, at for så vidt som det er fastslået, dels at pakketjenesten gav underskud, dels at den virksomhed, der udførte pakketjenester, ikke havde andet overskud, som den kunne henføre til pakketjenesterne, er den eneste konklusion ifølge Kommissionen, at Deutsche Post AG's illoyale prispolitik blev finansieret ved den statsstøtte, som virksomheden modtog.

30. Deutsche Post AG har som svar på Kommissionens argumenter påpeget, at Retten ikke var forpligtet til at anføre grundene til, at den af Kommissionen valgte metode ikke var korrekt, for så vidt som statsstøttebegrebet er et objektivt begreb. Deutsche Post AG har anført, at Kommissionen ikke rådede over en skønsbeføjelse til at afgøre, hvorvidt en foranstaltning udgjorde statsstøtte eller ej i

forbindelse med anvendelsen af artikel 87, stk. 1, EF.

2. Vurdering

31. Ifølge den tyske regering, der intervenerede til støtte for Deutsche Post AG, var der ikke tale om en simpel strid om metoder til at nå samme resultat. Kommissionens metode adskilte sig, hvad angår dens resultat, fra den anden metode, der gjorde det muligt direkte, dvs. uden den påståede uomtvistelige følgeslutning, at vurdere, om der forelå en fordel som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF.

a) Fastlæggelsen af en økonomisk kompensation i forbindelse med en ydelse af almindelig økonomisk interesse

34. Hvad angår bestemmelsen af den juridiske karakter af økonomisk kompensation har der i en årrække været to modstående retsopfattelser i retspraksis. Der er den såkaldte »statsstøtte«-metode og den såkaldte kompensationsmetode [13].

32. Under henvisning til dommen i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg [12] har den tyske regering anført, at først skal nettomeromkostningerne ved tjenesteydelser af almindelig interesse, der påhviler posttjenester, beregnes ud fra visse parametre, og dernæst skal de sammenlignes med de midler, der er overført som kompensation.

35. Ifølge »statsstøtte«-metoden udgør enhver statslig finansiering statsstøtte efter artikel 87, stk. 1, EF.

33. Endelig er der ifølge den tyske regering ikke tale om et tilfælde, hvor der skal foretages en vurdering af komplekse økonomiske forhold.

12 — Dom af 24.7.2003, sag C-280/00, Sml. I, s. 7747.

13 — M. Nettesheim, »Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge«, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht,* 2002, bind 6, s. 253. Forfatteren sondrer mellem en metode, der kan anvendes ved undersøgelsen af de elementer, der indgår i statsstøttebegrebet (»Tatbestandslösung«), og hvor kompensation ikke anses for statsstøtte som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF, og to andre metoder, hvorefter enhver statslig kompensation som udgangspunkt betragtes som støtte, og hvor foreneligheden kan begrundes i henhold til enten artikel 86 EF (»Spezialitätslösung«) eller artikel 87 EF (»Rechtfertigungslösung«); C. Quigley, *European State aid law and policy,* Hart, Oxford, 2009, s. 158 ff. Jf. ligeledes generaladvokat Jacobs forslag til afgørelse i sagen, der gav anledning til dom af 20.11.2003, sag C-126/01, GEMO, Sml. I, s. 13769, punkt 94 og 95.

36. En sådan type finansiering kan imidlertid være erklæret forenelig med fællesmarkedet efter en kommissionsundersøgelse, der både kan være baseret på artikel 87, stk. 2, og 3, EF og på bestemmelsen i artikel 86, stk. 2, EF. Denne metode illustreres bl.a. af Rettens dom i sagen FFSA m.fl. mod Kommissionen [14] og i sagen SIC mod Kommissionen [15]. Efter at have fastslået, at den økonomiske kompensation i form af en skattefordel udgjorde statsstøtte, fastslog Retten i dommen i sagen FFSA m.fl. mod Kommissionen, at udbetalingen af en statsstøtte i henhold til artikel 86, stk. 2, EF kan undtages fra forbuddet i artikel 87 EF, når støtten alene har til formål at kompensere for de meromkostninger, der er forbundet med udførelsen af den særlige opgave, som påhviler den virksomhed, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, og når støtten må anses for nødvendig for, at virksomheden kan opfylde sine offentligretlige forpligtelser på rimelige økonomiske vilkår [16].

37. Ifølge kompensationsmetoden, der har sin oprindelse i ADBHU-dommen [17] og i særdeleshed i Ferring-dommen [18], udgør kompensation for offentligretlige forpligtelser ikke statsstøtte.

38. Det er først, når kompensationen overstiger den meromkostning, der er forbundet med en offentlig tjenesteydelse, at der er tale om statsstøtte. I ADBHU-sagen fandt generaladvokat Lenz, at når godtgørelsen ikke overstiger de årlige udækkede omkostninger, der faktisk konstateres hos virksomhederne, idet der dog skal tages hensyn til, at de opnår en rimelig fortjeneste, er der ikke tale om en fordel i traktatens forstand [19]. Domstolen var enig og understregede, at »der [ikke var] tale om statsstøtte i den betydning, der er forudsat i EF-traktatens artikel 92 (efter ændring nu artikel 87 EF), men om et beløb, der udgør et vederlag for indsamlings- eller bortskaffelsesvirksomhedernes ydelse« [20].

39. Såfremt staten, som generaladvokat Tizzano bemærkede i Ferring-sagen, pålægger en virksomhed bestemte forpligtelser til offentlig tjeneste, indebærer den omstændighed, at virksomheden får dækket de merudgifter, den må afholde for at opfylde disse forpligtelser, ikke nogen fordel for den pågældende virksomhed, men tjener til at forhindre, at virksomheden havner i en urimeligt ufordelagtig situation i forhold til sine konkurrenter [21].

40. Der vil således ifølge generaladvokat Tizzano kun være tale om en ændring af de normale konkurrencevilkår, hvis kompensationen overstiger de faktiske merudgifter som følge af opfyldelsen af forpligtelsen til

14 — Dom af 27.2.1997, sag T-106/95, Sml. II, s. 229.

15 — Dom af 10.5.2000, sag T-46/97, Sml. II, s. 2125, præmis 82. Domstolens dom af 15.3.1994, sag C-387/92, Banco Exterior de España, Sml. I, s. 877, kan ligeledes henføres til denne fremgangsmåde. Jf. forslaget til afgørelse i GEMO-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 13, punkt 99.

16 — Præmis 178.

17 — Dom af 7.2.1985, sag 240/83, Sml. s. 531.

18 — Dom af 22.11.2001, sag C-53/00, Sml. I, s. 9067.

19 — Jf. forslag til afgørelse fremsat den 22.11.1984.

20 — ADBHU-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 18.

21 — Jf. punkt 61 i forslaget til afgørelse.

offentlig tjeneste [22]. Når statsstøtten begrænser sig til at kompensere en objektiv ulempe, som staten har pålagt modtageren, er der ikke tale om en økonomisk fordel, som kan medføre konkurrencefordrejning [23].

41. Kompensationsmetoden, som Domstolen anvendte i Ferring-dommen, blev kritiseret af generaladvokat Léger i dennes forslag til afgørelse i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg [24]. Ifølge generaladvokaten bidrager kompensationsprincippet til at vende op og ned på undtagelsesbestemmelserne på statsstøtteområdet, når den består i en undersøgelse af, om støtte er forenelig med fællesmarkedet i henhold til artikel 87, stk. 1, EF [25].

42. Ikke desto mindre fastslog Domstolen i dommen i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg, at for så vidt som de offentlige tilskud til virksomheder, som udtrykkeligt har fået overdraget forpligtelser til offentlig tjeneste med det formål at kompensere for de udgifter, der er afholdt i forbindelse med opfyldelsen af disse forpligtelser, opfylder de fire betingelser, der er angivet i den pågældende dom, falder sådanne tilskud ikke ind under anvendelsesområdet for artikel 87, stk. 1, EF. Ifølge Domstolen udgør en kompensation af offentlige ydelser ikke en fordel, når den ikke har »den virkning at sætte […] virksomheder i en konkurrencemæssigt fordelagtig position i forhold til de virksomheder, der konkurrerer med dem«. Derimod skal en statslig foranstaltning, der ikke overholder en eller flere af de nævnte betingelser, betragtes som statsstøtte i den pågældende bestemmelses forstand [26].

43. I sit forslag til afgørelse i den sag, der gav anledning til GEMO-dommen, foreslog generaladvokat Jacobs at foretage en analyse af den statslige finansiering af forsyningspligtydelser, der afhænger af karakteren af

22 — Ibidem, punkt 62.

23 — Ibidem, punkt 63. I Ferring-dommen afviste Domstolen analysen af begrebet fordel, som blev fastholdt af Retten i dommen i sagen FFSA m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 14.

24 — Som generaladvokat Léger bemærkede i sit andet forslag til afgørelse af 14.1.2003 i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg, nævnt ovenfor i fodnote 12, er begrebet fordel, som følger af traktaterne, en »bruttodefinition« af støtte eller teorien om den »åbenbare« fordel. Ifølge denne synsvinkel skal de fordele, de offentlige myndigheder indrømmer, og den modydelse, som støttemodtageren har leveret, undersøges hver for sig. Om der skal præsteres en modydelse, er ikke relevant for afgørelsen af, om den statslige foranstaltning udgør støtte i den i artikel 87, stk. 1, EF, anvendte betydning. Modydelsen kommer først i betragtning på et senere trin af vurderingen, når det skal fastslås, om den statslige foranstaltning er forenelig med fællesmarkedet (jf. punkt 33 og 34).

25 — Andet forslag til afgørelse i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg, punkt 46.

26 — Dommen i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 87 og 94. For alle tilfældes skyld erindrer jeg om kriterierne ifølge den nævnte dom: 1) Den pågældende virksomhed skal faktisk være pålagt at opfylde forpligtelser til offentlig tjeneste, og disse forpligtelser skal være klart defineret. 2) De kriterier, der er grundlaget for beregningen af kompensationen, skal være fastlagt på forhånd på en objektiv og gennemsigtig måde. 3) Kompensationen må ikke overstige, hvad der er nødvendigt for helt eller delvist at dække de udgifter, der er afholdt ved opfyldelsen af forpligtelserne til offentlig tjeneste, idet der skal tages hensyn til de hermed forbundne indtægter og til en rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af forpligtelserne. 4) Når udvælgelsen af den virksomhed, der skal overdrages en forpligtelse til offentlig tjeneste, ikke gennemføres inden for rammerne af en procedure for tildeling af offentlige kontrakter, skal størrelsen af den nødvendige kompensation fastlægges på grundlag af en analyse af de omkostninger, som en gennemsnitsvirksomhed, der er veldrevet og har tilstrækkeligt med udstyr til at kunne opfylde de stillede krav til den offentlige tjeneste, ville have ved at opfylde forpligtelserne, idet der skal tages hensyn til de hermed forbundne indtægter og til en rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af forpligtelserne.

sammenhængen mellem den bevilgede finansiering og de pålagte forsyningsforpligtelser på den ene side, og hvor klart disse forpligtelser er defineret på den anden side [27]. Generaladvokaten fremhævede især, at valget mellem »statsstøtte«-metoden og kompensationsmetoden ikke blot er et teoretisk spørgsmål, men at det har store praktiske konsekvenser samt meget forskellige proceduremæssige konsekvenser [28].

44. I forbindelse med den foreliggende sag er det væsentligste spørgsmål ganske vist, om den af Kommissionen valgte metode er hensigtsmæssig med henblik på at fastslå, om kompensationen overstiger, hvad der må anses for nødvendigt for at yde et passende vederlag for meromkostninger, som forsyningsforpligtelsen har medført, og følgelig med henblik på at identificere en eventuel fordel for virksomheden.

45. Jeg mener imidlertid, at valget af metode er uadskilleligt forbundet med Domstolens valg hvad angår kvalificationen af en kompensation for en offentlig ydelse. Jeg er af den opfattelse, at kravet om at identificere en nettomeromkostning strider mod den fremgangsmåde, som Kommissionen gør gældende, og hvorefter det er muligt at undgå en konkret beregning og basere sig på en formodning. Nedenstående bemærkninger illustrerer dette.

b) Vanskelighederne ved at identificere omkostningerne ved en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse

46. Det skal erindres, at Domstolen i dommen i sagen SFEI m.fl. i forbindelse med levering af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse fastslog, at afgørelsen af, om der foreligger en økonomisk fordel, forudsætter, at det fastlægges, hvad der udgør et sædvanligt vederlag for den omhandlede ydelse. En sådan vurdering forudsætter en økonomisk analyse, som tager hensyn til alle de faktorer, som en virksomhed under normale markedsbetingelser skulle have taget i betragtning ved fastsættelsen af vederlaget for ydelserne. Der er herefter tale om en fordel, når virksomheden drager fordel af en statslig foranstaltning, som den ikke ville have opnået under sædvanlige markedsvilkår [29].

47. Vanskeligheden ved at identificere omkostningerne blev behandlet af Retten allerede i forbindelse med sagen FFSA m.fl. mod Kommissionen, da den henviste til

27 — Punkt 118. Jf. endvidere forslag til afgørelse i den sag, der gav anledning til dom af 27.11.2003, forenede sager C-34/01 – C-38/01, Enirisorse, Sml. I, s. 14243, hvori generaladvokat Stix-Hackl var i tvivl om, hvorvidt Ferring-løsningen kunne anvendes, såfremt forpligtelserne til offentlig tjeneste ikke var klart definerede.

28 — Forslag til afgørelse i GEMO-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 13, punkt 110-114.

29 — Dom af 11.7.1996, sag C-39/94, Sml. I, s. 3547, præmis 60 og 61.

nødvendigheden af at udvikle et system til regnskabsmæssig analyse til brug for virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, samtidig med at de driver virksomhed på områder undergivet fri konkurrence [30].

48. I sagen FFSA m.fl. mod Kommissionen blev muligheden for en krydssubsidiering udelukket, idet det pågældende støttebeløb var lavere end de meromkostninger, der var forbundet med udførelsen af tjenesteydelsen af almindelig økonomisk interesse. Derfor blev den af Kommissionen anvendte metode anset for at være hensigtsmæssig med henblik på i tilstrækkelig grad at sikre, at tildelingen af statsstøtte ikke gav anledning til krydssubsidiering i strid med fællesskabsretten [31].

49. Det bemærkes, at Domstolen i sagen Chronopost m.fl. mod Ufex m.fl. efterfølgende baserede sig på en analyse af de tilgængelige objektive oplysninger, der kunne efterprøves [32], idet den præciserede, at identifikationen af statsstøtte til SFMI-Chronopost »kan udelukkes, […] hvis det for det første godtgøres, at det krævede vederlag dækker alle de variable yderligere omkostninger, der følger af ydelsen af den logistiske og forretningsmæssige bistand, og et passende tilskud til de faste omkostninger, der følger af anvendelsen af postnettet, samt en passende egenkapitalforrentning, for så vidt som omkostningerne er knyttet til SFMI-Chronoposts konkurrencemæssige aktiviteter, og hvis der for det andet ikke er noget, der tyder på, at disse faktorer er undervurderet eller vilkårligt fastsat« [33].

50. Såvel kompensationsmetoden i Ferringdommen [34] som præciseringerne vedrørende kompensationen nævnt i tredje og fjerde betingelse i dommen i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg taler til fordel for et krav om en præcis beregning og en kontrol med fordelingen af udgifter [35]. Retspraksis efter dommen i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg synes at klarlægge de nævnte betingelser [36].

30 — Præmis 186. Det skal i denne henseende bemærkes, at den gældende retsakt i den pågældende sag var Kommissionens direktiv 80/723/EØF af 25.6.1980 om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder (EFT L 195, s. 35).

31 — Kendelse af 25.3.1998, sag C-174/97 P, FFSA m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1303, præmis 33.

32 — Dom af 3.7.2003, forenede sager C-83/01 P, C-93/01 P og C-94/01 P, Sml. I, s. 6993, herefter »Chronopost I«. I denne doms præmis 38 har Domstolen præciseret, at »da det ikke er muligt at sammenligne La Postes situation med den situation, som en privat koncern på et ikke-monopoliseret område befinder sig i, skal de «sædvanlige markedsbetingelser», som nødvendigvis er hypotetiske, bedømmes i forhold til de tilgængelige objektive oplysninger, der kan efterprøves«.

33 — Ibidem, præmis 40.

34 — Præmis 33.

35 — Angående betingelserne i dommen i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg, jf. fodnote 26 ovenfor.

36 — Jf. Enirisorse-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 27, og Rettens dom af 12.2.2008, sag T-289/03, BUPA m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 81, præmis 160, hvori Retten har fastslået, at der ved anvendelsen af kriterierne i dommen i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg skal udvises fleksibilitet og tages hensyn til ånden i og formålet med de deri indeholdte betingelser.

51. Det skal bemærkes, at Kommissionen i sin beslutning 2005/842/EF af 28. november 2005 om anvendelse af bestemmelserne i EF-traktatens artikel 86, stk. 2, på statsstøtte i form af kompensation for offentlig tjeneste ydet til visse virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse [37] har anført, at kompensationen ikke må overstige, hvad der er nødvendigt for at dække omkostningerne ved opfyldelsen af forpligtelserne til offentlig tjeneste under hensyn til de hermed forbundne indtægter samt en rimelig forrentning af den eventuelle egenkapital, der måtte være nødvendig for at kunne opfylde disse forpligtelser. Ifølge Kommissionen skal kompensationen reelt anvendes til udførelsen af den pågældende tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, idet virksomheden dog har ret til at oppebære en rimelig fortjeneste [38]. Det følger ligeledes af denne beslutning, at de omkostninger, der kan tages hensyn til, er alle omkostningerne ved udførelsen af tjenesteydelsen af almindelig økonomisk interesse [39].

52. Hvad angår den beregningsmetode, der skal anvendes i den foreliggende sag, fremgår det af 69. betragtning til den omtvistede beslutning, at den tyske regering havde foreslået at definere og beregne den specifikke yderligere byrde, der er forbundet med opfyldelsen af forpligtelsen til offentlig tjeneste, ved at definere og beregne forskellen mellem de særlige omkostninger, der opstod for Deutsche Post AG som tidligere statsforvaltning i forbindelse med udførelsen af disse tjenester, og konkurrenternes normale omkostninger ved tilsvarende tjenesteydelser. Dette forslag henviser således til en konkret beregning og synes acceptabelt.

53. Ifølge visse forfattere kan en sådan fremgangsmåde imidlertid føre til et misbrug af begrebet »nettomeromkostning« i den i Ferring-dommen omhandlede betydning, når omkostningerne som følge af den pågældende virksomheds manglende effektivitet skal afholdes af en medlemsstat [40].

54. I denne forbindelse skal det bemærkes, at det rejste spørgsmål om ineffektivitet indgår i en bredere diskussion om regulerede priser, der er baseret på princippet om omkostningskompensation. En vis grad af ineffektivitet findes i enhver sådan ordning, når virksomheden ikke er tilstrækkeligt ansporet

37 — EUT L 312, s. 67.

38 — »I kompensationen medregnes alle de fordele, der er ydet af staten eller med en hvilken som helst form for statsmidler. Ved vurdering af den rimelige fortjeneste skal der tages hensyn til alle eller nogle af de produktivitetsgevinster, de pågældende virksomheder opnår i løbet af en aftalt, begrænset periode, uden at det forringer kvalitetsniveauet i de tjenesteydelser, virksomheden af staten har fået overdraget at udføre.« (beslutningens artikel 5)

39 — Forslaget om en beregning på grundlag af analytiske regnskabsprincipper fremgår af beslutningen.

40 — Jf. M. Nettesheim, op. cit., A. Bartosch, »The »Net Additional Costs« of Discharging Public Service Obligations: The Commission's Deutsche Post Decision of 19 June 2002«, *European State Aid Law Quarterly*, bind 1, 2002, nr. 2, s. 189.

til at minimere de omkostninger, som den forventer at få kompenseret [41].

55. Løsningen kan bestå i at indføre et mål om at øge effektiviten i forbindelse med kompensation af en omkostning ved en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse. Det skal bemærkes, at fortolkningen af den fjerde betingelse i dommen i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg fører til en hensyntagen til et kriterium om effektivitet og optimering af omkostningerne. Efter min opfattelse er dette kriterium en logisk følge af at støtte en sund konkurrence på EU-markedet.

c) Kommissionens beregning i den foreliggende sag

56. Det skal indledningsvis konstateres, at Kommissionen i den omtvistede beslutning ikke har foretaget en egentlig beregning af omkostningerne. Endvidere begrunder Kommissionen sin fremgangsmåde med, at den rationaliserer proceduren. Når en god intern administrativ praksis taler til fordel for en metode, der gør det muligt hurtigt og effektivt at behandle indsigelser fra klagerne, tilkommer det, ifølge Kommissionen, ikke Retten i Kommissionens sted at vælge den metode, der skal anvendes.

57. Kort sagt har Kommissionen fastslået, at der foreligger statsstøtte, efter at have konstateret, at der er sket overførsler fra DB-Telekom, at der foreligger nettomeromkostninger vedrørende dør-til-dør-pakketjenester, der er åbne for konkurrence, og at Deutsche Post AG havde underskud. Derfor har Kommissionen ikke forsøgt at fastslå forskellen mellem de beløb, som Deutsche Post AG modtog, og de omkostninger, som i realiteten blev afholdt af Deutsche Post AG i forbindelse med leveringen af en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse med henblik på at identificere den nettomeromkostning, der følgelig udgjorde en fordel.

58. Hvad angår detaljerne i Kommissionens beregning mener jeg, at Retten med føje fastslog, at forbindelsen mellem en aggressiv prispolitik og opnåelsen af statslige overførsler giver anledning til tvivl.

59. Kommissionen har nemlig på ingen måde dokumenteret, at de pågældende beløb er blevet overført til den sektor, der har haft tab. Selv om den tidligere Bundespost ifølge de dokumenter, som Kommissionen havde rådighed over, frygtede en stagnation af omfanget af sine forsendelser og tab af markedsandele og var af den opfattelse, at dens førsteplads på markedet var truet, kan disse omstændigheder i sig selv på ingen måde

41 — I den økonomiske litteratur tales der om en »allocative efficiency«, jf. J.S. Netz, *Price regulation, a non technical overview*, 1999; jf. ligeledes D.F. Spulber, *Regulation and markets*, MIT, 1989, s. 134.

bevise anvendelsen af de pågældende overførsler med henblik på at finansiere en aggressiv prispolitik.

60. Jeg mener ikke, at det kan udelukkes, at Deutsche Post AG kunne have haft adgang til overskud i de sektorer, der ikke var åbne for konkurrence, såsom monopolet med befordring af brevpost, for at kunne finansiere denne rabatpolitik, der i øvrigt var godkendt af Kommissionen. Der er endvidere intet bevis på, at den ikke har kunnet øge sin gæld.

61. Endvidere har Deutsche Post AG i sine skrivelser gjort gældende, at virksomheden havde ret til tilbagebetaling af nettomeromkostningerne for en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse for perioden fra 1990 til 1994, uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt det i årene efter 1994 har haft fortjeneste eller tab. Deutsche Post AG har ligeledes anført, at den allerede har anvendt midlerne fra de statslige overførsler fra den 1. januar 1995, således at de tab, virksomheden har haft mellem 1995 og 1998, på ingen måde kunne dækkes ved hjælp af kompensationen.

62. I denne henseende er svagheden ved den af Kommissionen anvendte metode særligt iøjnefaldende. Kommissionens beregning burde have været periodiseret ved at definere en periode, hvori tildelingen af kompensationen blev analyseret. Ideelt set burde der være foretaget en separat beregning af rentabiliteten af en udvalgt del af de aktiviteter, der var omfattet af virksomhedens regnskabsopgørelse.

63. Mens Deutsche Post AG's situation karakteriseres både ved en nettomeromkostning som følge af opfyldelsen af en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse og ved et underskud som følge af en aggressiv prispolitik, forklarer den af Kommissionen valgte metode ikke, hvorfor der er grundlag for at formode, at de pågældende statslige midler har finansieret underskuddet, når deres egenskab af støtte afhænger af deres anvendelse på den nævnte tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse samt af deres forbindelse til omkostningerne ved denne tjenesteydelse.

64. På trods af sagsøgerens samlede underskud, som Kommissionen henfører til de år, der er omfattet af dens beregningsmetode, bør det endvidere fastslås, at Deutsche Post AG utvivlsomt har haft en indtægt, selv om denne har været lavere end udgifterne.

65. Som den tyske regering har fremhævet, omfatter udgifterne såvel nettomeromkostninger som følge af de forpligtelser af almen interesse, der påhviler posttjenester og som sådanne kan være genstand for en kompensation fra staten, som andre udgifter, for hvilke der ikke kan gives nogen som helst kompensation.

66. Når Kommissionens tese, hvorefter politikken om salg med tab nødvendigvis er finansieret med offentlige overførsler, imidlertid anvendes på Deutsche Post AG's øvrige omkostninger, fører det til et paradoksalt resultat. Som den tyske regering har anført, medfører dette ræsonnement, at ingen udgifter kan dækkes af andre indtægter fra Deutsche Post AG, eftersom sidstnævnte har haft underskud i løbet af den pågældende periode. Herefter vil enhver udgift skulle finansieres ved offentlige midler.

67. Som Deutsche Post AG har påpeget i sine skrivelser, har Kommissionen for øvrigt ikke taget hensyn til den omstændighed, at når tab i den økonomiske virkelighed fra ét år ikke kan dækkes ved egne indtægter, bliver disse tab registreret som tab i regnskabet for det efterfølgende år. Derfor kunne Kommissionen ikke antage, at underskuddet ved dør-til-dør-pakketjenester »nødvendigvis« var finansieret af overførsler fra DB-Telekom [42].

68. På tilsvarende vis er jeg enig i Rettens vurdering, hvorefter den fandt Kommissionens fremgangsmåde med hensyn til Deutsche Post AG's tidligere forpligtelser utilstrækkelig. Henset til omfanget af Deutsche Post AG's virksomhed og navnlig dens rolle som virksomhed pålagt en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, kan man ikke på forhånd se bort fra betydningen af disse tidligere forpligtelser. Som det fremgår af den appellerede doms præmis 84, har Kommissionen ikke, til trods for de af den tyske regering fremlagte oplysninger, draget en konklusion i denne henseende.

69. Hvad endelig angår de uomtvistelige vanskeligheder, som Kommissionen kan støde på ved udøvelsen af kontrollen med finansieringen af en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, skal det bemærkes, at der er forskel på vanskelighederne vedrørende de økonomiske oplysninger og deres vurdering på den ene side og de administrative vanskeligheder på den anden side.

70. Hvad angår vanskelighederne med de økonomiske oplysninger kan det ikke udelukkes, at den pågældende medlemsstat under visse omstændigheder ikke kan give Kommissionen præcise oplysninger om f.eks. den interne fordeling af almindelige udgifter eller en passende egenkapitalforrentning, for så vidt som de vedrører forskellige aktiviteter. I dette tilfælde er jeg af den opfattelse, at en formodning baseret på erfaring eller sund fornuft er mulig.

42 — Jeg mener derfor ikke, at Kommissionens eksempel med en enkeltsporet jernbanestrækning er relevant, når virksomhedens finansieringsordning ikke udgør et lukket system, men et åbent system, der tilføres finansiering fra flere kilder, herunder låntagning.

71. Hvad angår de administrative vanskeligheder kan Kommissionen, som Retten har påpeget i den appellerede doms præmis 75, pålægge medlemsstaten at give den adgang til al den dokumentation og alle de oplysninger, der er nødvendige for at afgøre, om støtten er forenelig med fællesmarkedet [43]. Kun såfremt medlemsstaten trods Kommissionens pålæg undlader at give de ønskede oplysninger, er Kommissionen beføjet til at afslutte proceduren og vedtage en beslutning, hvori det konstateres, at støtteforanstaltningen på grundlag af de oplysninger, den råder over, er forenelig eller uforenelig med fællesmarkedet [44].

72. I mangel af et sådant pålæg er Kommissionen følgelig ikke beføjet til at afslutte proceduren og vedtage en beslutning på grundlag af de oplysninger, den råder over.

d) Rettens ræsonnement

73. Som svar på klagepunktet, hvorefter Kommissionen ikke har godtgjort, at Deutsche Post AG havde opnået en fordel, henviste Retten i den appellerede doms præmis 78 til de forskellige stadier i Kommissionens ræsonnement i den omtvistede beslutning. I samme præmis henviste Retten ligeledes til det standpunkt, som Kommissionen havde fremført under retsmødet [45].

74. I modsætning til hvad Kommissionen gør gældende i sin appel, er jeg af den opfattelse, at i forbindelse med det ræsonnement, som i den appellerede doms præmis 88 førte Retten til at fastslå, at Kommissionen ikke havde godtgjort, at der forelå en fordel, har Retten ikke foretrukket sin egen beregningsmetode. I realiteten konstaterede Retten utilstrækkeligheder vedrørende problematikken om omfanget af den bevisbyrde, der påhviler Kommissionen i forbindelse med undersøgelsen af statsstøtte.

75. Retten undersøgte Kommissionens fremgangsmåde i den foreliggende sag og fastslog, at denne ikke havde efterprøvet, om beløbet for DB-Telekoms overførsler oversteg beløbet for de af Deutsche Post AG fastslåede nettomeromkostninger.

43 — Dom af 14.2.1990, sag C-301/87, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 307, præmis 19 og 20, herefter »Boussac-dommen«. Som Retten præciserede i den appellerede doms præmis 75, er disse krav blevet gentaget i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22.3.1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93 (EFT L 83, s. 1).

44 — Jf. Boussac-dommen, præmis 22, og Rettens dom af 29.3.2007, sag T-366/00, Scott mod Kommissionen, Sml. II, s. 797, præmis 144.

45 — Eftersom sagsøgeren ifølge dette synspunkt ikke havde fremlagt bevis for at have dækket de påståede nettomeromkostninger, der fulgte af virksomhedens salg med tab, ved hjælp af andre midler end overførslerne fra DB-Telekom, kunne Kommissionen med rette antage, at Deutsche Post AG havde opnået statsstøtte svarende til 1 118,7 mio. DEM.

76. Retten begrundede derfor i overensstemmelse med artikel 36 i statutten for Domstolen [46], hvorfor den fandt, at Kommissionens beslutning var utilstrækkelig og behæftet med unøjagtigheder.

77. Hvad endvidere angår omfanget af den prøvelse, som Retten kan foretage, skal det i lyset af den retspraksis, der er nævnt i punkt 18-24 ovenfor, påpeges, at Retten med føje i den appellerede doms præmis 90 anførte, at det, når der ikke foreligger særlige omstændigheder navnlig som følge af den pågældende statslige indgribens økonomisk komplicerede karakter, principielt ikke kan anerkendes, at Kommissionen har et vidt skøn.

78. I den appellerede doms præmis 91 fastslog Retten således med føje, at selv om retspraksis indrømmer Kommissionen et vist skøn med hensyn til, hvilken metode der skal anses for mest korrekt til at få bekræftet, at der ikke sker nogen krydssubsidiering af aktiviteter på områder undergivet fri konkurrence, gælder det ikke desto mindre, at Kommissionen i henhold til dommen i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg ikke kan anse statsmidler tildelt som kompensation for meromkostninger forbundet med opfyldelsen af en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse for at udgøre statsstøtte.

79. Således fremgår det klart af første punktum i den appellerede doms præmis 91, at Rettens kritik vedrører den retlige kvalificering og ikke Kommissionens analyse af de faktiske omstændigheder.

80. Retten har således ikke skullet fastslå omfanget af Kommissionens skøn og dermed omfanget af Unionens retsinstansers prøvelse af de pågældende faktuelle konstateringer. Uden udtrykkeligt at have udtalt sig om, hvorvidt der var tale om komplicerede økonomiske vurderinger, kritiserede Retten derimod i andet punktum i den appellerede doms præmis 91 Kommissionen for at basere sig på en formodning vedrørende identificeringen af en fordel efter artikel 87, stk. 1, EF.

81. Således forbliver Rettens ræsonnement inden for rammerne af den prøvelsesbeføjelse, som den råder over som led i legalitetskontrollen.

82. På baggrund af ovenstående mener jeg derfor ikke, at Retten på nogen måde tilsidesatte bestemmelserne i artikel 87, stk. 1, EF, artikel 86, stk. 2, EF og artikel 230 EF. Der er

46 — Som i medfør af artikel 53 i statutten for Domstolen er gældende for Retten.

heller ikke tale om tilsidesættelse af artikel 36 i statutten for Domstolen. Jeg foreslår derfor Domstolen at forkaste denne del af Kommissionens anbringende.

2. Vurdering

85. Med dette led af det første anbringende gentager Kommissionen blot sin argumentation om, at dens metode var velbegrundet med henblik på at fastslå, at der var tale om ulovlig støtte.

B — *Det første anbringendes andet led*

86. Henset til besvarelsen af det første anbringendes første led mener jeg, at Kommissionens argumentation kan afvises i det hele.

1. Parternes bemærkninger

87. Under alle omstændigheder giver Kommissionens argumenter indeholdt i anbringendets andet led anledning til følgende bemærkninger.

83. Inden for rammerne af det første anbringendes andet led har Kommissionen, støttet af UPS, anført, at Retten med urette har kritiseret den for ikke at have undersøgt hele bevismaterialet. Kommissionen har således anfægtet den appellerede doms præmis 78, 85, 86, 87 og 88.

88. Det skal først og fremmest påpeges, at det følger af almindelige retsprincipper, at den, der gør et krav gældende, skal føre bevis for de omstændigheder, der begrunder det, en regel, der ofte udtrykkes med den berømte latinske vending »ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat« [47].

84. Kommissionen har i denne sammenhæng først behandlet spørgsmålet om bevisbyrden. Den har anført, at det i første instans påhviler sagsøgeren, i forbindelse med sagen for Retten, at bevise, at Kommissionen anvendte en ulovlig metode, og at den selv ikke var forpligtet til at bevise, at den af Retten valgte metode var »umulig«.

47 — Generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse i sagen, der gav anledning til dom af 7.9.2006, sag C-526/04, Laboratoires Boiron, Sml. I, s. 7529, præmis 68. Med hensyn til en udtrykkelig anerkendelse af dette princips gyldighed også i fællesskabsretlige tvister jf. Rettens dom af 10.5.1990, sag T-117/89, Sens mod Kommissionen, Sml. II, s. 185, præmis 20. Jf. ligeledes dom af 28.6.1988, sag 3/86, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 3369, præmis 13, og af 5.10.1989, sag 290/87, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. s. 3083, præmis 11 og 20.

89. Derfor anvendte Retten reglerne om bevisbyrde korrekt, da den fastslog, at det påhviler Kommissionen at bevise, at de pågældende foranstaltninger udgjorde ulovlig statsstøtte.

90. I øvrigt fastslog Retten på grundlag af sagsakterne, at Kommissionen ikke havde undersøgt, om det samlede beløb for DB-Telekoms overførsler var lavere end det samlede beløb for de nettomeromkostninger, der er forbundet med en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse.

91. Herved foretog den en bedømmelse af de faktiske omstændigheder, der førte den til at fastslå, at det ikke var godtgjort, at der forelå ulovlig statsstøtte. En sådan bedømmelse udgør ikke, medmindre der er tale om en urigtig gengivelse af de for Retten fremlagte beviser, et retsspørgsmål, der som sådant er undergivet Domstolens prøvelsesret [48].

92. Eftersom Kommissionen ikke har påberåbt sig en sådan urigtig gengivelse, foreslår jeg Domstolen at afvise det første anbringendes andet led som ugrundet.

48 — Jf. bl.a. dom af 11.11.2004, forenede sager C-186/02 P og 188/02 P, Ramondín m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 10653, præmis 46.

C — *Det første anbringendes tredje led*

1. Parternes argumenter

93. Efter at have anført, at Rettens ræsonnement i den appellerede dom var fejlagtig, for så vidt som det ikke heraf fremgik, hvorfor den omtvistede beslutning var mangelfuld, har Kommissionen påpeget, at Rettens argumentation hverken var baseret på fremsatte anbringender eller på den omtvistede beslutning. Ifølge Kommissionen var Rettens undersøgelse behæftet med en metodisk fejl, hvilket blev illustreret ved, at Retten havde baseret sit ræsonnement på en erklæring fra Kommissionens repræsentant under retsmødet. Kommissionen har anført, at den første del af præmis 79 i den appellerede dom, hvor vendingen »det skal derfor« optræder, viser, at Retten tillagde denne erklæring en væsentlig betydning.

94. Endvidere har Kommissionen, støttet af BIEK og UPS, anført, at Rettens konstateringer er i strid med sagsakterne. I modsætning til Rettens udsagn i den appellerede doms præmis 82 viser beslutningen ifølge Kommissionen tydeligt, at »de oplysninger, som var meddelt af Forbundsrepublikken Tyskland, om at [dør-til-dør-pakketjenester] udgjorde opfyldelsen en tjenesteydelse af almindelig interesse, ikke var begrundede«. Kommissionen har påpeget, at den i 76. betragtning til den omtvistede beslutning fastslog, at

dør-til-dør-pakketjenester ikke er omfattet af den almindelige befordringspligt og dermed af udførelsen af offentlig tjeneste.

95. Endvidere er Rettens ræsonnement i den anden del af den appellerede doms præmis 82 ifølge Kommissionen fejlagtig, eftersom Retten fastslog, at Kommissionen i det mindste indirekte anerkendte, at Deutsche Post AG også ud over de nettomeromkostninger, der fulgte af virksomhedens salg med tab, havde oppebåret nettomeromkostninger, som var forbundet med opfyldelsen af en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse.

2. Vurdering

96. Hvad angår Kommissionens indledende påstand, hvorefter Retten i den sidste del af den appellerede doms præmis 78 tillagde erklæringen fra Kommissionens repræsentant, fremsat under retsmødet, en væsentlig betydning, skal det blot bemærkes, at Retten henviste til denne erklæring med det formål at bekræfte begrundelsen i den omtvistede beslutning fremsat i begyndelsen af samme præmis i den appellerede dom. Under alle omstændigheder har Kommissionen ikke gjort gældende, at denne erklæring var fejlagtig.

97. Med det første anbringendes tredje led har Kommissionen navnlig foreholdt Retten, at den har foretaget en urigtig gengivelse af sagsakterne i forbindelse med annullationssøgsmålet, hvilket udgør et retsspørgsmål, der som sådant er undergivet Domstolens prøvelsesret. Det bør derfor undersøges.

98. For det første skal ordlyden af den appellerede doms præmis 82 sammenholdes med den relevante passus i den omtvistede beslutning med henblik på at tage stilling til, om Retten har gengivet oplysningerne i sagsakterne urigtigt.

99. Det fremgår først og fremmest af sagsakterne, at dør-til-dør-pakketjenester omfatter to tjenester, nemlig erhvervskundesegmentet, der foretager en forudgående sortering eller indleverer et minimumsantal af pakker, og postordresegmentet.

100. I 76. betragtning til den omtvistede beslutning har Kommissionen forklaret, at § 2, stk. 2, nr. 3, i forordningen om obligatoriske ydelser (Postdienst-Pflichtleistungsverordnung) udelukker fra den almindelige befordringspligt

småpakkeforsendelser, for hvilke der gælder særlige ordninger i form af aftaler med visse kunder som »Selbstbucher« eller kunder med samarbejdskontrakter [49].

101. Selv om det måtte være muligt at lægge til grund, at Kommissionen herved fastslår, at visse tjenesteydelser under den første gruppe af dør-til-dør-pakketjenester udelukkes fra anvendelsesområdet for opfyldelse af en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, mener jeg, at Retten i den første del af den appellerede doms præmis 82 begrænsede sig til at fastslå, at Kommissionen ikke har bestridt de af den tyske regering fremlagte oplysninger [50].

102. I modsætning til hvad Kommissionen har anført, har Retten derfor på ingen måde foretaget en urigtig gengivelse af den af Kommissionen i den omtvistede beslutning udtrykte holdning.

103. Hvad for det andet angår den anden del af den appellerede doms præmis 82 kan den af Retten anvendte formulering ganske vist synes upræcis.

104. Det fremgår imidlertid klart af Rettens ræsonnement, at den anfægtede konstatering knytter sig til citatet i 74. betragtning til den omtvistede beslutning [51], hvori Kommissionen anførte, at et vist minimum af de af Deutsche Post AG afholdte nettomeromkostninger var uden sammenhæng med opfyldelsen af forpligtelsen til en tjenesteydelse af almindelige økonomisk interesse.

105. Derfor kunne Retten udlede, at Kommissionen ikke havde udelukket, at Deutsche Post AG afholdt nettomeromkostninger i forbindelse med opfyldelsen af en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at dette led af det første anbringende ligeledes forkastes som ubegrundet.

49 — 76. betragtning: »Ifølge den officielle begrundelse til PPfLV er de småforsendelser, hvor der som led i særlige aftaler med visse kunder – f.eks. Selbstbucher« eller kunder med samarbejdskontrakter – indgås særlige ordninger, i henhold til § 2, stk. 2, nr. 3, i sidste instans ikke omfattet af den almindelige befordringspligt. Ifølge den officielle begrundelse behøver befordringspligten ikke at gælde for disse erhvervskunder, da der er en effektiv konkurrence på dette område, hvilket gør en forpligtelse til befordring overflødig.

50 — Præmis 82: »Det skal derfor bemærkes – hvilket Kommissionen i øvrigt har bekræftet i sine skrivelser – dels at Kommissionen ikke i den [omtvistede] beslutning fastslog, at de oplysninger, som var meddelt af Forbundsrepublikken Tyskland, om at [dør-til-dør-pakketjenester] udgjorde en [tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse], ikke var begrundede, og dels at Kommissionen i det mindste indirekte anerkendte, at DPAG også ud over de nettomeromkostninger, der fulgte af virksomhedens salg med tab, havde opvist nettomeromkostninger, som var forbundet med opfyldelsen af en [tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse] (herefter »de ikke-anfægtede nettomeromkostninger«).«

51 — Citat i den appellerede doms præmis 81.

V — Kommissionens andet anbringende

1. Parternes argumenter

106. Med dette anbringende kritiserer Kommissionen, støttet af BIEK og UPS, i det væsentlige Retten for at have sat sig i dens sted, da den har foretaget en undersøgelse, som Kommissionen på intet tidspunkt har foretaget. Ifølge Kommissionen undersøgte Retten i den appellerede doms præmis 97-109 oplysninger, der ikke havde været genstand for nogen form for undersøgelse i den omtvistede beslutning, og hvis nøjagtighed ikke var bekræftet.

107. Kommissionen, der især på dette punkt støttes af BIEK, har kritiseret Retten for at have sammenlignet regnskabsresultaterne med den offentlige kompensation og tilbageførslerne. Retten har på baggrund heraf fastslået, at underbudspriserne ikke kunne finansieres af offentlige midler, eftersom den økonomiske kompensation på 11 081 mio. DEM var lavere end det regnskabsmæssige underskud på 4 945 mio. DEM og tilbageførslerne på 10 104 mio. DEM.

108. Ifølge Kommissionen er denne argumentation fejlagtig af flere grunde.

109. Ifølge appellanten har Retten for det første ikke dokumenteret, at Deutsche Post AG økonomisk set kunne have overlevet uden økonomisk kompensation. Et sådant bevis ville imidlertid være nødvendigt for at kunne fastslå, at Deutsche Post AG var i stand til at finansiere omkostningerne ved underbudspriserne med sine egne ressourcer uden statstilskud.

110. Dernæst gør Rettens undersøgelse af finansbogholderiet det ikke muligt at besvare dette spørgsmål. Ifølge Kommissionen skal det for at afgøre, hvorledes underbudspriserne er blevet finansieret, i første omgang undersøges, hvor store de disponible beløb er. Spørgsmålet er således ikke, om kompensationen var højere eller lavere end det regnskabsmæssige underskud, men derimod om kompensationen gav Deutsche Post AG tilstrækkeligt med likviditet til, at virksomheden kunne råde over et cashflow, der satte den i stand til at finansiere sin illoyale prispolitik.

111. Under henvisning til at analysen af cashflowet skulle gå videre end 1995, har Kommissionen endvidere anført, at Retten synes at have inkluderet tilbageførslerne i omkostningerne, hvilket øger det regnskabsmæssige underskud. Tilbageførslerne kan imidlertid ifølge Kommissionen ikke betragtes som almindelige omkostninger, da de

opfylder en dobbeltrolle ved at erstatte skatter og udbytte [52].

112. Endelig har Kommissionen påpeget det nødvendige i at ajourføre indtægter og udgifter på grundlag af samme år for at kunne sammenligne produkterne eller cashflowet over flere år.

2. Vurdering

113. I forbindelse med det andet anbringende, der, henset til sin genstand, skal betragtes som et selvstændigt anbringende, har Kommissionen for fuldstændighedens skyld kritiseret Rettens begrundelse, idet den har undersøgt spørgsmålet om, hvorvidt DB-Telekoms overførsler kunne have gjort det muligt for Deutsche Post AG, henset til selskabets tab i perioden mellem 1990 og 1995, at dække de påståede nettomeromkostninger som følge af selskabets politik med tabsgivende salg mellem 1994 og 1999.

114. I denne henseende bemærkes, at et anbringende, som er rettet mod en begrundelse, der alene var medtaget for fuldstændighedens skyld, er uden betydning og følgelig ikke kan medføre, at den pågældende dom ophæves [53]. Anbringenderne rettet mod sådanne supplerende grunde, som ikke udgør det nødvendige grundlag for afgørelsen, bør ligeledes afvises [54].

115. Såfremt Domstolen måtte fastslå, at det ikke er utvivlsomt, at dette element i Rettens begrundelse alene er af ren supplerende karakter, uanset bekræftelsen heraf i den appellerede doms præmis 97, foreslår jeg at følge et alternativt ræsonnement.

116. I den foreliggende sag har Retten overtrådt grænserne for en prøvelse af den omtvistede beslutning ved at anvende oplysninger af økonomisk karakter fra sagsakterne med henblik på at fremlægge sin egen beregning.

117. Jeg er af den opfattelse, at denne type øvelse i princippet ikke udgør en opgave, der påhviler Unionens retsinstanser i en sag om legalitetskontrol. Det synes at kunne medføre en særlig risiko for, at Retten sætter sin egen bedømmelse i stedet for Kommissionens og

52 — Det skal i denne henseende bemærkes, at Kommissionen i den foreliggende sag baserede sig på den påståede forekomst af et konstant underskud i den pågældende periode. Skatter, der er forfaldne til betaling, samt udbytte betales imidlertid normalt ved hjælp af overskud i det løbende regnskabsår.

53 — Dom af 28.6.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5425, præmis 148, og af 13.9.2007, sag C-443/05 P, Common Market Fertilizers mod Kommissionen, Sml. I, s. 7209, præmis 137. Jf. ligeledes hvad angår tilstrækkeligheden af et anbringende for at begrunde den appellerede doms domskonklusion dom af 28.10.2004, sag C-164/01 P, Van den Berg mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 10225, præmis 60, samt kendelse af 28.9.2006, sag C-552/03 P, Unilever Bestfoods mod Kommissionen, Sml. I, s. 9091, præmis 148, og af 13.3.2007, sag C-150/06 P, Arizona Chemical m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 39, præmis 47.

54 — Dom af 2.6.1994, sag C-326/91 P, de Compte mod Parlamentet, Sml. I, s. 2091, præmis 107 og 123.

samtidig på ulovlig vis gør indgreb i dennes skønsmargen [55].

118. Derfor bør det fastslås, at Retten ved i den appellerede doms præmis 103-108 at have foretaget en analyse af de økonomiske oplysninger om, hvorvidt DB-Telekoms overførsler kunne dække meromkostningerne som følge af Deutsche Post AG's politik om salg med tab mellem 1994 og 1999, har begået en retlig fejl, idet den har sat sin egen bedømmelse i stedet for Kommissionens.

119. Jeg er ikke desto mindre af den opfattelse, at den begrundelse, der går forud for præmis 97 i den appellerede dom, udgør et selvstændigt og afgørende retligt grundlag, hvorpå ophævelsen af den omtvistede beslutning med rette er baseret.

120. Selv om det andet anbringende er begrundet, kan det imidlertid ikke føre til en anfægtelse af den appellerede dom, for så vidt som denne har annulleret den omtvistede beslutning, i det omfang denne annullation er baseret på den analyse, hvorefter Kommissionen ikke i tilstrækkelig grad har godtgjort, at DB-Telekoms overførsler havde bibragt Deutsche Post AG en fordel som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF [56].

VI — De øvrige procesdeltageres anbringender

A — *Indlæg fra de procesdeltagere, der er interveneret til støtte for Kommissionen*

121. Ud over deres støtte har såvel BIEK som UPS fremlagt deres egen argumentation, skønt den i det store og hele er sammenfaldende med Kommissionens anbringender.

122. Denne argumentation vedrører i det væsentlige Rettens påståede tilsidesættelse af de principper, som er udledt af Domstolens retspraksis i dommen i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg, for så vidt som den har undladt at fastslå, at ingen af kravene fastsat i den pågældende dom for

55 — Jf. i denne henseende punkt 89 og 90 i generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse fremsat den 17.9.2009 i sag C-441/07 P, Kommissionen mod Alrosa, som verserer for Domstolen.

56 — Jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 89.

at kunne unddrage kompensation for opfyldelse af en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse fra statsstøttereglerne var opfyldt. BIEK har ligeledes kritiseret Retten for at have tilsidesat betingelserne i dommen i sagen BUPA m.fl. mod Kommissionen.

B — *Vurdering*

123. BIEK har nærmere gjort gældende, at Retten har tilsidesat bestemmelserne om bevisbyrden, når den i den appellerede doms præmis 86 kritiserer Kommissionen for ikke at have sikret sig, at overførselsbeløbene ikke oversteg nettomeromkostningerne forbundet med opfyldelsen af en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse.

124. UPS har anført, at Retten har begået en retlig fejl ved at fastslå, at støtten til Deutsche Post AG udgjorde en »kompensation« for en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse (den appellerede doms præmis 73), uden dog at undersøge, om disse tjenesteydelser rent faktisk udgjorde tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse. UPS har ligeledes påpeget, at Retten undlod at anvende betingelserne i dommen i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg, da den fastslog, at Kommissionen ikke i tilstrækkelig grad har godtgjort, at DB-Telekoms overførsler havde bibragt Deutsche Post AG en fordel (den appellerede doms præmis 88).

125. Hvad angår den påståede tilsidesættelse af retspraksis i dommen i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg bemærkes for det første, at Retten i den appellerede doms præmis 68-74 på korrekt vis henviste til den gældende retspraksis vedrørende kvalifikationen af statsstøttebegrebet og dernæst vedrørende problematikken om kompensation, der skal finansiere offentlige tjenester. Den har bl.a. citeret de betingelser, der er defineret i dommen i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg.

126. Det bør imidlertid fastslås, at Rettens analyse vedrører lovligheden af den omtvistede beslutning.

127. I den appellerede doms præmis 94 anførte Retten nemlig, at Kommissionen i den omtvistede beslutning begrænsede sig til at konstatere, at de nettomeromkostninger, der fulgte af Deutsche Post AG's salg med tab,

ikke kunne være genstand for en kompensation. Derimod har Kommissionen hverken efterprøvet eller godtgjort, om Deutsche Post AG havde oppebåret andre nettomeromkostninger forbundet med opfyldelsen af en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, for hvilke den havde krav på kompensation ved hjælp af DB-Telekoms samlede overførsler under de betingelser, der fremgår af dommen i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg.

128. Derfor fastslog Retten med føje i den appellerede doms præmis 95, at eftersom Kommissionen hverken havde foretaget nogen undersøgelse eller nogen bedømmelse i denne henseende, tilkom det ikke Unionens retsinstanser at sætte sig i Kommissionens sted ved at gennemføre en undersøgelse, som denne ikke har gennemført, og herefter foretage en vurdering af de konklusioner, Kommissionen er nået til.

129. Endelig hvad angår problematikken om tilsidesættelsen af bestemmelserne om bevisbyrde og Rettens manglende fastsættelse af karakteren af de tjenesteydelser, som Deutsche Post AG har leveret, falder disse anbringender sammen med det andet og det tredje led af Kommissionens første anbringende. Herefter er det ufornødent at undersøge disse på ny.

VII — Afsluttende bemærkninger

130. Efter min opfattelse udelukker anvendelse af en kompensationsmetode i forbindelse med finansieringen af en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse som fastslået i Domstolens praksis enhver metode, hvorefter der ikke skal foretages en beregning, der gør det muligt at fastlægge omkostningerne for ydelsen og sammenligne disse med de beløb, der er overført som kompensation. Hvis Domstolen imidlertid vælger den ene eller anden variant af »statsstøtte«-metoden, kan det ikke udelukkes, at den pågældende støtte anses for at være uforenelig med det indre marked, henset til den konkurrencebegrænsende adfærd hos den virksomhed, der modtager støtten. Jeg mener ikke desto mindre, at kompensationsmetoden allerede nu er fastslået i retspraksis og, efter dommen i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg, mere berettiget end disse alternativer.

131. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg Domstolen at forkaste Kommissionens appel og kontraappellen i sin helhed samt at tilpligte Kommissionen at betale sagens omkostninger.

VIII — Forslag til afgørelse

132. Jeg foreslår Domstolen at træffe følgende afgørelse:

— Europa-Kommissionens appel og kontraappellen forkastes i det hele.

— Kommissionen betaler sagens omkostninger.