CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL N. JÄÄSKINEN van 24 maart 2010 [1]

1. Met haar hogere voorziening vordert de Commissie van de Europese Gemeenschappen vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 1 juli 2008, Deutsche Post/Commissie (T-266/02, Jurispr. blz. II-1233; hierna: „bestreden arrest"), waarbij haar beschikking 2002/753/EG van 19 juni 2002 betreffende maatregelen van de Bondsrepubliek Duitsland ten gunste van Deutsche Post AG [2], nietig is verklaard.

2. Volgens de litigieuze beschikking heeft Deutsche Post AG in het kader van de herstructurering van het voormalige Duitse staatsbedrijf op het gebied van post en telecommunicatie aanzienlijke met staatsmiddelen bekostigde compensatiebetalingen ontvangen. Gelet op het beleid van verkoop met verlies in de sector pakketvervoer — door de Commissie veroordeeld in een beschikking van 20 maart 2001 [3] waarin misbruik van machtspositie door Deutsche Post AG werd vastgesteld — en op het door Deutsche Post AG in de onderzochte periode opgetekende tekort, meende de Commissie dat het agressieve prijsbeleid slechts had kunnen worden gefinancierd dankzij de betalingen die deze onderneming ter compensatie van het verrichten van diensten van algemeen economisch belang had ontvangen. De Commissie trok daaruit de conclusie dat er ongeoorloofde staatssteun was verleend.

3. Volgens het Gerecht heeft de Commissie artikel 87, lid 1, EG [4] geschonden door zich op het standpunt te stellen dat de overheidsbetalingen Deutsche Post AG een voordeel hebben verschaft.

4. In deze hogere voorziening draait het dan ook vooral om de vraag, aan de hand van welke methode moet worden bepaald of een onderneming die belast is met een dienst van algemeen economisch belang, compensatiebetalingen heeft ontvangen die de extra kosten van die openbaredienstverlening overschrijden en een voordeel in de zin van artikel 87, lid 1, EG kunnen opleveren. Deze vraag past in het kader van een breder debat over het rechtskarakter van de compensatie van de door het verrichten van een dienst van

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — PB L 247, blz. 27; hierna: „litigieuze beschikking".

3 — Beschikking 2001/354/EG van de Commissie van 20 maart 2001 in een procedure op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag (zaak COMP/35.141 — Deutsche Post AG) (Voor de EER relevante tekst) [kennisgeving geschied onder nummer C(2001) 728] (PB L 125, blz. 27).

4 — Aangezien het bestreden arrest op 1 juli 2008 is gewezen, volgen de verwijzingen naar de bepalingen van het EG-Verdrag de nummering van vóór de inwerkingtreding van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

algemeen economisch belang veroorzaakte kosten.

I — Feiten, procedure en bestreden arrest

5. Deutsche Post AG is een grote onderneming die actief is in zowel de postvervoersector, waarin zij een monopolie heeft, als twee andere postsectoren, te weten het pakketvervoer en het vervoer van tijdschriften en kranten, die beide aan mededinging onderhevig zijn.

6. In de pakketvervoersector verzorgt Deutsche Post AG het vervoer van rechtstreeks bij loketten van postkantoren afgegeven pakketten, en het vervoer van grotere hoeveelheden niet rechtstreeks aan loketten van postkantoren afgehandelde pakketten (hierna: „sector van het deur-tot-deur-pakketvervoer").

7. In de sector van het deur-tot-deur-pakketvervoer verzorgt Deutsche Post AG twee hoofddiensten, te weten het deur-tot-deur-pakketvervoer voor zakelijke klanten die vooraf sorteren of een minimumhoeveelheid pakketten aanleveren (hierna: „zakelijk segment"), en het pakketvervoer in opdracht van postorderbedrijven die via een catalogus of langs elektronische weg bestelde goederen versturen (hierna: „PO-segment").

8. In het kader van het proces van liberalisering en herstructurering van het postbedrijf overeenkomstig het Postverfassungsgesetz (Duitse wet op de postorganisatie; hierna: „PostVerfG") heeft Deutsche Post AG van Deutsche Bundespost Telekom (hierna: „DB-Telekom") betalingen ontvangen ter compensatie van de door haar van 1990 tot 1995 geleden verliezen (hierna: „betalingen door DB-Telekom").

9. Op 20 maart 2001 heeft de Commissie beschikking 2001/354 gegeven, waarin zij in wezen heeft geconcludeerd dat Deutsche Post AG inbreuk heeft gemaakt op artikel 82 EG omdat zij in het PO-segment haar machtspositie heeft misbruikt, onder meer door een beleid van verkoop met verlies te voeren door prijzen te vragen die onder haar incrementele kosten lagen.

10. Die beschikking is, aangezien zij niet is aangevochten, definitief geworden. Het feit dat afbraakprijzen zijn toegepast, staat echter

los van de vraag of er eventueel verboden staatssteun is ontvangen.

11. Op 19 juni 2002 heeft de Commissie de litigieuze beschikking gegeven, waarin zij onder meer de financiële ondersteuning van Deutsche Post AG door de staat heeft onderzocht. Zij heeft de aan deze onderneming verleende steun ad 572 miljoen EUR (1 118,7 miljoen DEM) onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaard en daarom de terugvordering van de ten onrechte uitgekeerde steun gelast.

12. De door Deutsche Post AG in het kader van haar beroep tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking aangevoerde grief dat de Commissie niet had aangetoond, dat de betalingen door DB-Telekom haar een voordeel hadden verschaft, is door het Gerecht aanvaard. Na te hebben geconcludeerd dat de Commissie artikel 87, lid 1, EG had geschonden, is het Gerecht ten overvloede ingegaan op de grief volgens welke de Commissie hoe dan ook ten onrechte had geconcludeerd dat Deutsche Post AG de door haar beleid van verkoop met verlies gegenereerde extra nettokosten had kunnen dekken uit de betalingen door DB-Telekom. Na een analyse van de op die extra nettokosten betrekking hebbende cijfergegevens heeft het Gerecht ook deze grief gegrond verklaard.

II — De hogere voorziening

13. De Commissie onderbouwt haar hogere voorziening met de volgende middelen.

14. Zij verwijt het Gerecht schending van de artikelen 87, lid 1, EG en 86, lid 2, EG. Het Gerecht zou deze bepalingen in het bestreden arrest verkeerd hebben uitgelegd door te oordelen dat zij een — overigens in het arrest niet bekritiseerde — methode uitsluiten die het mogelijk maakt om op basis van een logische en steekhoudende argumentatie te concluderen dat er staatssteun is verleend. De Commissie stelt daarnaast dat het Gerecht niet bevoegd was en dat het artikel 230 EG heeft geschonden door de grenzen van zijn bevoegdheid en van de hem krachtens deze bepaling toekomende toetsingsbevoegdheid te overschrijden. De Commissie meent tot slot dat artikel 36 van het Statuut van het Hof van Justitie is geschonden omdat het Gerecht zijn conclusie dat de in de litigieuze beschikking toegepaste methode onjuist was, niet heeft gemotiveerd.

15. Bij op 9 december 2008 bij het Hof ingekomen brief heeft het Bundesverband Internationaler Express- und Kuriersdienste eV (hierna: „BIEK") een memorie van antwoord ter ondersteuning van rekwirantes conclusies ingediend. Bij schrijven van 4 december 2008 hebben UPS Deutschland Inc. en UPS Europe NV (hierna: „UPS") gezamenlijk een memorie van antwoord ingediend en incidentele hogere voorziening ingesteld.

16. Aangezien het in deze procedure vooral draait om de vraag welke methode de Commissie in casu mocht toepassen, stelt deze instelling het Hof voor om alle middelen samen te behandelen.

17. Het lijkt mij echter zinvol de middelen op te delen in die welke de hoofdoverwegingen en die welke de overwegingen ten overvloede van het bestreden arrest betreffen.

III — Inleidende opmerkingen over de omvang van de rechterlijke toetsing van de handelingen van de Commissie op het gebied van staatssteun

18. Om te beginnen wijs ik erop dat het begrip steunmaatregel, zoals omschreven in het Verdrag, op basis van objectieve elementen moet worden uitgelegd. Om deze reden moet de gemeenschapsrechter in beginsel, gelet op zowel de concrete gegevens van het hem voorgelegde geschil als het technische of ingewikkelde karakter van de door de Commissie verrichte beoordelingen, in volle omvang toetsen of een maatregel al dan niet binnen de werkingssfeer van artikel 87, lid 1, EG valt. [5]

19. Zoals advocaat-generaal Cosmas in zijn conclusie in de zaak Frankrijk/Ladbroke Racing en Commissie heeft benadrukt [6], dienen zowel Hof en Gerecht als de nationale rechter, wanneer zij moeten beoordelen in hoeverre een nationale maatregel al dan niet is te kwalificeren als staatssteun in de zin van artikel 92, lid 1, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 87, lid 1, EG), principieel en in de mate van het mogelijke tot een inhoudelijke toetsing in volle omvang over te gaan. Dit is slechts anders wanneer de rechter vaststelt dat er bijzondere omstandigheden zijn die uitgebreide rechterlijke toetsing uitsluiten. Volgens advocaat-generaal Cosmas kan niet worden gezegd dat dergelijke omstandigheden — die de mogelijkheden voor de rechter om inhoudelijk op de zaak in te gaan, beperken — bij voorbaat aanwezig zijn wanneer de uitlegging en toepassing van artikel 92, lid 1, EG-Verdrag aan de orde zijn.

20. Bij de rechterlijke toetsing van maatregelen aan artikel 87, lid 1, EG is toetsing in volle omvang dus de regel en beperkte toetsing de uitzondering. [7]

5 — Zie in die zin arresten van 16 mei 2000, Frankrijk/Ladbroke Racing en Commissie (C-83/98 P, Jurispr. blz. I-3271, punt 25), en 1 juli 2008, Chronopost en La Poste/UFEX e.a. (C-341/06 P en C-342/06 P, Jurispr. blz. I-4777, punt 141; hierna: „arrest Chronopost II").

6 — Zie punt 15 van de conclusie.

7 — Dit ligt anders bij de toepassing van artikel 87, lid 3, EG, dat wil zeggen wanneer de Commissie zich moet uitspreken over de verenigbaarheid van een steunmaatregel. Zie arrest van 11 september 2008, Duitsland/Kronofrance (C-75/05 P en C-80/05 P, Jurispr. blz. I-6619, punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

21. In de tweede plaats volgt uit de rechtspraak, dat de rechterlijke toetsing van een handeling van de Commissie die een ingewikkelde economische beoordeling impliceert, beperkt moet blijven tot de vraag of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten op grond waarvan de betwiste keuze is gemaakt, juist zijn vastgesteld, en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling van deze feiten dan wel van misbruik van bevoegdheid. [8]

22. Dat het Hof de Commissie in economische kwesties een beoordelingsmarge toekent, betekent echter niet dat de gemeenschapsrechter de interpretatie door de Commissie van economische gegevens niet zou mogen toetsen. [9]

23. Volgens de rechtspraak van het Hof dient de gemeenschapsrechter immers niet alleen de materiële juistheid, de betrouwbaarheid en de samenhang van de aangevoerde bewijselementen te controleren, maar moet hij ook toetsen of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe situatie, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen. [10] Tot die elementen behoren naar mijn mening ook de toegepaste methoden.

24. Het staat echter vast dat de rechter bij die toetsing zijn beoordeling op economisch vlak niet in de plaats mag stellen van die van de Commissie. [11]

25. De in het kader van deze hogere voorziening voorgedragen middelen moeten dus met inachtneming van deze beginselen worden onderzocht.

8 — Zie arrest Chronopost II (punt 143).

9 — Op het gebied van concentraties, zie arresten van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, (C-12/03 P, Jurispr. blz. I-987, punt 39), en 22 november 2007, Spanje/Lenzing (C-525/04 P, Jurispr. blz. I-9947, punt 56). Zie T. von Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Springer, Berlijn, 2008, blz. 361. Volgens deze schrijver maakt het recht van de Unie, in tegenstelling tot het Duitse recht, in beginsel geen onderscheid tussen een beoordelingsmarge met betrekking tot de kwalificatie van de feiten („Beurteilungsspielraum auf Tatbestandsseite") en een discretionaire bevoegdheid wat de juridische consequenties betreft („Ermessen auf Rechtsfolgenseite").

10 — Zie in die zin arresten van 25 januari 1979, Racke (98/78, Jurispr. blz. 69, punt 5), en 22 oktober 1991, Nölle (C-16/90, Jurispr. blz. 5163, punt 12); arrest Commissie/Tetra Laval, reeds aangehaald (punt 39), en arrest van 18 juli 2007, Industrias Químicas del Vallés/Commissie (C-326/05 P, Jurispr. blz. I-6557, punt 76).

11 — Beschikking van 25 april 2002, DSG/Commissie (C-323/00 P, Jurispr. blz. I-3919, punt 43), en arrest Spanje/Lenzing, reeds aangehaald (punt 57).

IV — Eerste middel van de principale hogere voorziening

A — *Eerste onderdeel van het eerste middel*

1. Argumenten van partijen

26. Met het eerste onderdeel van haar eerste middel betoogt de Commissie, ondersteund door BIEK en UPS, dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in het bestreden arrest niet aan te geven in welk opzicht de in de litigieuze beschikking gehanteerde methode onjuist was.

27. De Commissie stelt dat zij haar beschikking niet op een loutere „hypothese" heeft gebaseerd, maar via een logische redenering uit reeds bekende feiten een conclusie heeft getrokken. Zij spreekt in dit verband van een deductief proces, waarbij aan feiten A en B een conclusie C wordt verbonden en dat in al haar beschikkingen van dit type wordt toegepast. De Commissie illustreert dit met het volgende voorbeeld: als is bewezen dat een trein station A over een enkelspoor heeft verlaten en volgens plan is aangekomen in station B, laat zich daaruit afleiden dat deze trein het tussen de stations A en B aan dit enkelspoor gelegen station C heeft gepasseerd.

28. De Commissie verwijt het Gerecht dat het een dergelijke deductie als „vermoeden" heeft bestempeld en dat het haar beschikking nietig heeft verklaard zonder aan te geven welke fouten eraan zouden kleven. Volgens de Commissie is haar feitelijke deductie gebaseerd op de premisse dat „geld uiteindelijk ergens vandaan moet komen".

29. Aangezien is aangetoond dat de pakketdienst verliesgevend was en dat de onderneming die de pakketvervoerdiensten verrichte, ook in andere sectoren geen overschotten realiseerde die zij aan de pakketdienst had kunnen toerekenen, moet de conclusie volgens de Commissie wel zijn dat Deutsche Post AG haar oneerlijke prijsbeleid heeft gefinancierd met de steun die zij van staatswege heeft ontvangen.

30. Deutsche Post AG brengt tegen het betoog van de Commissie in dat het begrip steunmaatregel een objectief begrip is en dat het Gerecht daarom niet behoefde te motiveren waarom de door de Commissie gekozen methode onjuist was. Zij stelt dat de Commissie niet over een beoordelingsmarge beschikt om vast te stellen of een maatregel al

dan niet een steunmaatregel in de zin van artikel 87, lid 1, EG is.

2. Beoordeling

31. Volgens de Duitse regering, die Deutsche Post AG als interveniënt ondersteunt, gaat het hier niet om een loutere methodenstrijd waarbij het resultaat uiteindelijk toch hetzelfde is. De methode van de Commissie leidt namelijk tot een andere uitkomst dan de andere methode, aan de hand waarvan rechtstreeks, dat wil zeggen zonder de volgens de Commissie noodzakelijke deductie, kan worden vastgesteld of er sprake is van een voordeel in de zin van artikel 87, lid 1, EG.

a) Kwalificatie van financiële compensatie bij diensten van algemeen economisch belang

34. Met betrekking tot de vraag wat het rechtskarakter van financiële compensatie is, staan in de rechtspraak al jaren twee rechtsopvattingen tegenover elkaar, namelijk aan de ene kant de „staatssteunbenadering" en aan de andere kant de „compensatiebenadering". [13]

32. Onder verwijzing naar het arrest Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg [12] merkt de Duitse regering op, dat eerst op basis van bepaalde parameters de extra nettokosten van de op de postbedrijven rustende openbaredienstverplichtingen moeten worden berekend, waarna die kosten moeten worden vergeleken met de bedragen die zijn betaald om ze te compenseren.

35. Volgens de „staatssteunbenadering" moet elke vorm van overheidsfinanciering van een openbaredienstverplichting als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG worden beschouwd.

33. De Duitse regering besluit haar betoog met de opmerking dat het hier niet gaat om een geval waarin complexe economische verhoudingen moeten worden beoordeeld.

12 — Arrest van 24 juli 2003 (C-280/00, Jurispr. blz. I-7747; hierna: „arrest Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg").

13 — M. Nettesheim, „Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge", *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2002, deel 6, blz. 253. De auteur maakt onderscheid tussen een methode waarbij wordt onderzocht of de bestanddelen van het begrip steunmaatregel aanwezig zijn („Tatbestandslösung"), in het kader waarvan compensatiebetalingen niet als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG worden beschouwd, en twee andere methoden in het kader waarvan elke compensatiebetaling door de overheid als steun wordt gekwalificeerd, die dan uit hoofde van artikel 86 EG („Spezialitätslösung") of artikel 87 EG („Rechtfertigungslösung") verenigbaar met de gemeenschappelijke markt zou kunnen worden beschouwd. C. Quigley, *European State aid law and policy*, Hart, Oxford, 2009, blz. 158 e.v. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Jacobs bij arrest van 20 november 2003, GEMO (C-126/01, Jurispr. blz. I-13769, punten 94 en 95).

36. Dit soort financiering kan echter met de gemeenschappelijke markt verenigbaar worden verklaard op basis van een onderzoek van de Commissie overeenkomstig artikel 87, leden 2 en 3, EG dan wel artikel 86, lid 2, EG. Deze benadering wordt onder meer door de arresten van het Gerecht FFSA e.a./Commissie [14] en SIC/Commissie [15] geïllustreerd. Nadat het Gerecht in het eerstgenoemde arrest had vastgesteld dat de financiële compensatie in de vorm van een fiscaal voordeel staatssteun was, besliste het dat dergelijke steun krachtens artikel 86, lid 2, EG aan het verbod van artikel 87 EG kan ontsnappen, wanneer hij slechts de meerkosten beoogt te compenseren die ontstaan door de vervulling van de bijzondere taak die is toevertrouwd aan de onderneming die met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang is belast, en mits de toekenning ervan noodzakelijk is om die onderneming in staat te stellen haar verplichtingen als openbare dienstverrichter in economisch evenwichtige omstandigheden te vervullen. [16]

37. Volgens de compensatiebenadering, die is ontwikkeld in de arresten ADBHU [17] en — met name — Ferring [18], zijn betalingen ter compensatie van openbaredienstverplichtingen geen staatssteun.

38. Van staatssteun is pas sprake wanneer de compensatie de extra kosten van de in het kader van de openbare dienst te vervullen taak overschrijdt. In de zaak ADBHU heeft advocaat-generaal Lenz verklaard dat wanneer de vergoedingen niet uitgaan boven de jaarlijkse werkelijk geconstateerde, niet-gedekte kosten van de bedrijven, rekening houdende met een redelijke winst, er geen sprake kan zijn van een voordeel in de zin van het Verdrag. [19] Het Hof heeft hem gevolgd en beklemtoond dat „het in casu niet gaat om steunmaatregelen in de zin van [artikel 92 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 87 EG)], maar om de prijs die de tegenprestatie vormt voor de door inzamelings- en verwijderingsbedrijven daadwerkelijk verrichte prestaties” [20].

39. Advocaat-generaal Tizzano heeft in de zaak Ferring opgemerkt dat wanneer de staat een onderneming belast met bepaalde verplichtingen inzake openbare dienstverlening, de dekking van de extra kosten die voortvloeien uit de vervulling van die verplichtingen, geen voordeel voor de betrokken onderneming oplevert, maar bedoeld is om te voorkomen dat die onderneming ten onrechte in een nadelige situatie ten opzichte van haar concurrenten komt te verkeren. [21]

40. Een wijziging van de normale mededingingsvoorwaarden is in de ogen van advocaat-generaal Tizzano dus slechts mogelijk wanneer de compensaties hoger zijn dan de nettomeerkosten die voortvloeien uit de

14 — Arrest van 27 februari 1997 (T-106/95, Jurispr. blz. II-229).

15 — Arrest van 10 mei 2000 (T-46/97, Jurispr. blz. II-2125, punt 82). Ook het arrest van het Hof van 15 maart 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, Jurispr. blz. I-877) is een voorbeeld van deze benadering. Zie de reeds aangehaalde conclusie in de zaak GEMO (punt 99).

16 — Punt 178.

17 — Arrest van 7 februari 1985, ADBHU (240/83, Jurispr. blz. 531).

18 — Arrest van 22 november 2001, Ferring (C-53/00, Jurispr. blz. I-9067).

19 — Zie de conclusie van 22 november 1984.

20 — Arrest ADBHU, reeds aangehaald (punt 18).

21 — Zie punt 61 van de conclusie.

vervulling van de openbaredienstverplichtingen. [22] Wanneer de financiering door de overheid uitsluitend tot doel heeft een objectief nadeel uit te vlakken dat door de staat aan de betrokken onderneming is opgelegd, is er geen sprake van een economisch voordeel dat de concurrentie kan vervalsen. [23]

41. De door het Hof in het arrest Ferring gevolgde compensatiebenadering is door advocaat-generaal Léger in zijn conclusie in de zaak Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg bekritiseerd. [24] Hij meent namelijk dat die benadering de uitzonderingen op het gebied van staatssteun overhoophaalt, omdat dan de verenigbaarheid van de steun in het kader van artikel 87, lid 1, EG wordt onderzocht. [25]

42. Toch heeft het Hof in het arrest Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg geoordeeld dat overheidssubsidies die uitdrukkelijk met openbaredienstverplichtingen belaste ondernemingen compenseren voor de kosten in verband met de uitvoering van deze verplichtingen, niet onder artikel 87, lid 1, EG vallen wanneer zij aan de vier in het arrest vermelde voorwaarden voldoen. Volgens het Hof levert een dergelijke compensatie geen voordeel op wanneer zij niet „tot gevolg heeft dat deze ondernemingen vergeleken met ondernemingen die met hen concurreren in een gunstiger mededingingspositie worden geplaatst". Een overheidsmaatregel daarentegen die aan één of meer van de vermelde voorwaarden niet voldoet, moet in 's Hofs ogen als een steunmaatregel in de zin van genoemde bepaling worden beschouwd. [26]

43. Tot slot heeft advocaat-generaal Jacobs in zijn conclusie in de zaak GEMO voorgesteld om bij de analyse van de overheidsfinanciering van diensten van algemeen belang uit te gaan van zowel de aard van het verband

22 — Ibidem (punt 62).

23 — Ibidem (punt 63). In het arrest Ferring heeft het Hof de analyse van het voordeelbegrip door het Gerecht in het arrest FFSA e.a./Commissie, reeds aangehaald, verworpen.

24 — Zoals advocaat-generaal Léger in zijn tweede conclusie van 14 januari 2003 in de zaak Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg heeft betoogd, gaan de communautaire staatssteunbepalingen uit van het „bruto"-steunconcept of de theorie van het „schijnbare" voordeel. Volgens deze benadering moeten de van staatswege verstrekte voordelen en de van de begunstigde gevraagde tegenprestatie afzonderlijk worden bezien. Het bestaan van die tegenprestatie is niet relevant voor de vaststelling of de overheidsmaatregel steun in de zin van artikel 87, lid 1, EG is. De tegenprestatie speelt pas een rol in een latere fase van het onderzoek, namelijk bij de beoordeling of de steun verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt (zie punten 33 en 34).

25 — Tweede conclusie in de zaak Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg (punt 46).

26 — Arrest Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg, reeds aangehaald (punt 94). Voor de volledigheid breng ik in herinnering dat volgens de criteria van het arrest Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg: 1) de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast moet zijn met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen, en deze verplichtingen duidelijk omschreven moeten zijn; 2) de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, vooraf op objectieve en doorzichtige wijze moeten worden vastgesteld; 3) de compensatie niet hoger mag zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbaredienstverplichtingen, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen, geheel of gedeeltelijk te dekken, en 4) wanneer de met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen te belasten onderneming niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, de noodzakelijke compensatie moet worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig met middelen is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen.

tussen de toegekende financiering en de opgelegde verplichtingen van algemeen belang, als de mate van duidelijkheid waarmee deze verplichtingen zijn gedefinieerd. [27] Hij heeft met name beklemtoond dat de keuze tussen de staatssteun- en de compensatiebenadering niet alleen een theoretische kwestie is, maar ook aanzienlijke praktische consequenties en procedurele implicaties heeft. [28]

44. Het is juist dat de cruciale vraag in deze zaak blijft, of de door de Commissie gekozen methode geschikt is om te kunnen vaststellen of er sprake is van een situatie waarin de compensatie hoger is dan nodig is om een adequate vergoeding van de uit de openbaredienstverplichtingen voortvloeiende extra kosten te waarborgen, en dus van een mogelijk voordeel voor de onderneming.

45. De keuze van de methode is naar mijn mening echter onlosmakelijk verbonden met de manier waarop het Hof de compensatie van de kosten van openbaredienstverlening kwalificeert. Het vereiste van vaststelling van de extra nettokosten staat naar mijn mening namelijk op gespannen voet met de door de Commissie verdedigde benadering waarbij een concrete berekening achterwege kan worden gelaten en van een vermoeden kan worden uitgegaan. Ik zal dit aan de hand van onderstaande opmerkingen illustreren.

b) De moeilijkheden bij de vaststelling van de kosten van een dienst van algemeen economisch belang

46. In het arrest SFEI e.a. heeft het Hof in verband met het verrichten van diensten van algemeen economisch belang gezegd dat, om te kunnen vaststellen of er sprake is van een economisch voordeel, moet worden uitgemaakt wat de normale vergoeding voor de betrokken prestaties is. Een dergelijke beoordeling onderstelt een economische analyse waarbij rekening wordt gehouden met alle factoren die een onderneming onder normale marktvoorwaarden in aanmerking had moeten nemen bij de vaststelling van de vergoeding voor de verstrekte diensten. Van een voordeel is dus sprake als de onderneming profiteert van een overheidsmaatregel waarvoor zij onder normale marktvoorwaarden niet in aanmerking was gekomen. [29]

47. Dat het lastig is de kosten van openbaredienstverlening te identificeren, is door het Gerecht reeds opgemerkt in het arrest FFSA

27 — Punt 118. Zie ook de conclusie voor het arrest van 27 november 2003, Enirisorse (C-34/01–C-38/01, Jurispr. blz. I-14243), waarin advocaat-generaal Stix-Hackl vraagtekens heeft geplaatst bij de mogelijkheid de Ferring-oplossing toe te passen ingeval de openbaredienstverplichtingen niet duidelijk zijn omschreven.

28 — Conclusie in de zaak GEMO, reeds aangehaald (punten 110-114).

29 — Arrest van 11 juli 1996 (C-39/94, Jurispr. blz. I-3547, punten 60 en 61).

e.a./Commissie, waarin het heeft gewezen op de noodzaak een bedrijfsboekhoudsysteem voor te schrijven aan ondernemingen die met een openbaredienstverleningstaak zijn belast en tegelijkertijd in aan mededinging onderhevige sectoren actief zijn. [30]

48. In de zaak FFSA e.a./Commissie werd de mogelijkheid van kruislingse subsidiëring uitgesloten omdat het bedrag van de steun kleiner was dan meerkosten die de vervulling van de taak van algemeen economisch belang meebracht. De door de Commissie toegepaste methode werd derhalve geschikt geacht om rechtens genoegzaam te kunnen aannemen dat de toekenning van de staatssteun geen met het gemeenschapsrecht strijdige kruislingse subsidiëring met zich bracht. [31]

49. In de zaak Chronopost e.a./Ufex e.a. heeft het Hof vervolgens gewezen op de noodzaak van beoordeling aan de hand van de beschikbare objectieve en controleerbare elementen [32], waarbij het heeft opgemerkt 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" [33].

50. Bovendien pleiten zowel de compensatiebenadering van het arrest Ferring [34] als de op de compensatie betrekking hebbende preciseringen in de derde en de vierde voorwaarde van het arrest Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg ervoor, dat een nauwkeurige berekening en een controle op de toerekening van de kosten wordt verlangd. [35] Die voorwaarden zijn in latere rechtspraak verduidelijkt. [36]

30 — Punt 186. Het ging in die zaak om richtlijn 80/723/EEG van de Commissie van 25 juni 1980 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven (PB L 195, blz. 35).

31 — Beschikking van 25 maart 1998 (C-174/97 P, Jurispr. blz. I-1303, punt 33).

32 — Arrest van 3 juli 2003 (C-83/01 P, C-93/01 P en C-94/01 P, Jurispr. blz. I-6993; hierna: „arrest Chronopost I"). In punt 38 van dat arrest heeft het Hof gepreciseerd dat „het volstrekt onmogelijk [is] 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".

33 — Ibidem (punt 40).

34 — Punt 33.

35 — Voor de voorwaarden van het arrest Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg, zie voetnoot 26.

36 — Zie arrest Enirisorse, reeds aangehaald, en arrest Gerecht van 12 februari 2008, BUPA e.a./Commissie (T-289/03, blz. II-81, punt 160), waarin het Gerecht heeft geoordeeld dat het arrest Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg op soepele wijze moet worden toegepast, overeenkomstig de geest en het doel ervan.

51. In haar beschikking 2005/842/EG van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend [37], heeft de Commissie bepaald dat het compensatiebedrag niet hoger mag zijn dan wat nodig is om de kosten van de uitvoering van openbaredienstverplichtingen te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit het voor de uitvoering van die verplichtingen noodzakelijke eigen kapitaal. Volgens de Commissie moet de compensatie daadwerkelijk worden gebruikt voor het beheer van de betrokken dienst van algemeen economisch belang, onverminderd de mogelijkheid van de onderneming om een redelijke winst te genieten. [38] Uit die beschikking volgt ook dat de in aanmerking te nemen kosten alle kosten omvatten die voor het beheer van de dienst van algemeen economisch belang worden gemaakt. [39]

52. Wat de in de onderhavige zaak toe te passen berekeningsmethode betreft, blijkt uit punt 69 van de litigieuze beschikking dat de Duitse regering had voorgesteld om de specifieke extra belasting in verband met de uitvoering van verplichtingen van algemeen economisch belang te definiëren en te berekenen als het verschil tussen de bijzondere kosten die Deutsche Post AG als voormalig staatsbedrijf bij de levering van deze diensten maakt, en de bij de concurrentie gebruikelijke kosten voor vergelijkbare diensten. Dit voorstel doelt op een concrete kostenberekening en lijkt acceptabel.

53. Volgens sommige schrijvers zou een dergelijke benadering echter tot misbruik van het concept „extra nettokosten" in de zin van het arrest Ferring kunnen leiden, omdat dan de door een gebrek aan efficiëntie van de betrokken onderneming ontstane kosten door de lidstaat zouden kunnen worden gedragen. [40]

54. Dit probleem moet worden gezien in de context van een breder debat over de op het beginsel van kostencompensatie gebaseerde prijsreguleringssystemen. Een zekere mate van inefficiëntie is namelijk aan dergelijke systemen inherent, aangezien er voor de onderneming onvoldoende prikkels zijn om de

37 — PB L 312, blz. 67.

38 — „Het compensatiebedrag omvat alle voordelen die door de staat of in welke vorm ook uit staatsmiddelen worden toegekend. Bij de redelijke winst wordt rekening gehouden met een deel of alle productiviteitswinsten die de betrokken ondernemingen tijdens een afgesproken en beperkte periode behalen, zonder dat het kwaliteitsniveau van de door de staat aan die onderneming opgedragen diensten wordt verminderd" (artikel 5 van de beschikking).

39 — De beschikking geeft aan hoe deze kosten aan de hand van algemeen aanvaarde beginselen van kostprijsadministratie moeten worden berekend.

40 — Zie M. Nettesheim, t.a.p.; 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*, deel 1, 2002, nr. 2, blz. 189.

kosten die zij gecompenseerd denken te krijgen, zo laag mogelijk te houden. [41]

55. De oplossing zou kunnen zijn dat aan de compensatie van de kosten van een dienst van algemeen economisch belang de voorwaarde wordt verbonden dat naar toename van de efficiëntie wordt gestreefd. In de vierde voorwaarde van het arrest Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg lijkt een criterium van efficiëntie en kostenoptimalisatie besloten te liggen. Ik denk dat dit ook past bij het streven naar een gezonde mededinging op de Uniemarkt.

c) De berekening van de Commissie in de onderhavige zaak

56. Om te beginnen moet worden vastgesteld dat de Commissie in de litigieuze beschikking de kosten niet daadwerkelijk heeft berekend en dat zij ter rechtvaardiging van haar handelwijze het stroomlijnen van de procedure heeft aangevoerd. Aangezien volgens een goede interne administratieve praktijk de voorkeur uitgaat naar een methode die haar in staat stelt de door de klagende partijen aangevoerde bezwaren snel en doeltreffend te behandelen, is het volgens de Commissie niet aan het Gerecht om in haar plaats over de keuze van de toe te passen methode te beslissen.

57. De Commissie heeft, kort gezegd, geconcludeerd dat er sprake was van staatssteun na te hebben vastgesteld dat door DB-Telekom betalingen waren gedaan, dat de aan mededinging onderhevige sector van het deur-tot-deur-pakketvervoer extra nettokosten had meegebracht, en dat Deutsche Post AG een tekort had opgetekend. Zij heeft dus geen poging gedaan om het verschil tussen de door Deutsche Post AG ontvangen bedragen en de door deze onderneming in het kader van het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang werkelijk gemaakte kosten te bepalen, om zo te kunnen vaststellen of de onderneming een voordeel had genoten.

58. Wat de details van de door de Commissie uitgevoerde berekening betreft, heeft het Gerecht naar mijn mening terecht geoordeeld dat het verband tussen het agressieve prijsbeleid en de van staatswege verstrekte middelen twijfelachtig is.

59. De Commissie heeft namelijk op geen enkele wijze aangetoond dat de betrokken bedragen zijn gebruikt voor de sector die verliesgevend was. Ofschoon volgens de documenten waarover de Commissie beschikt, de toenmalige Bundespost een stagnerend vervoersaanbod en dalende marktaandelen vreesde, en meende dat haar positie als marktleider in gevaar kwam, is hiermee nog

41 — In de economische doctrine wordt in dit verband gesproken van „allocative efficiency": zie J.S. Netz, *Price regulation, a non technical overview*, 1999; zie ook D.F. Spulber, *Regulation and markets*, MIT, 1989, blz. 134.

niet aangetoond dat de ontvangen bedragen zijn gebruikt om het agressieve prijsbeleid te financieren.

60. Volgens mij kan niet worden uitgesloten dat Deutsche Post AG de winsten die werden geboekt in de niet aan mededinging onderhevige sectoren zoals die van het postvervoer, waarin zij een monopolie heeft, heeft kunnen gebruiken om dat kortingsbeleid — waarvoor zij overigens door de Commissie is bestraft — te financieren. Ook is er geen enkel bewijs dat zij haar schuld niet heeft kunnen vergroten.

61. Bovendien stelt Deutsche Post AG in haar stukken dat zij recht had op vergoeding van de nettokosten van een dienst van algemeen economisch belang over de periode van 1990 tot 1994, ongeacht of zij in de jaren daarna winst heeft gemaakt dan wel verlies heeft geleden. Zij verklaart ook dat zij de door de overheid verstrekte middelen op 1 januari 1995 reeds had gebruikt, zodat zij daarmee onmogelijk de door haar van 1995 tot 1998 geleden verliezen heeft kunnen compenseren.

62. Hier is de zwakte van de door de Commissie toegepaste methode wel heel duidelijk. De Commissie had haar berekening namelijk moeten toespitsen op een bepaalde periode waarvoor het gebruik van de betaalde compensatie werd onderzocht. Nog beter was het geweest als zij iets anders had berekend, namelijk de rentabiliteit van een gekozen aspect van de in de balans van de onderneming opgenomen activiteiten.

63. Nu de situatie van Deutsche Post AG tegelijkertijd werd gekenmerkt door extra nettokosten in verband met het verrichten van een dienst van algemeen belang en door een tekort als gevolg van een agressief prijsbeleid, maakt de door de Commissie gekozen methode niet duidelijk waarom zou moeten worden aangenomen dat dat tekort met de overheidsmiddelen is gefinancierd, ofschoon de kwalificatie als steun ervan afhangt of die middelen voor die dienst van algemeen belang zijn gebruikt en met de kosten van die dienst in overeenstemming zijn.

64. Bovendien moet ondanks het totale tekort dat de Commissie heeft vastgesteld over de jaren waarop haar berekening betrekking heeft, worden vastgesteld dat Deutsche Post AG wel degelijk opbrengsten heeft gerealiseerd, al waren deze lager dan haar kosten.

65. Zoals de Duitse regering beklemtoont, omvatten die kosten zowel de door de openbaredienstverplichtingen gerechtvaardigde extra nettokosten die uit dien hoofde in aanmerking komen voor compensatie door de staat, als andere kosten die op geen enkele wijze kunnen worden gecompenseerd.

66. Wanneer nu de stelling van de Commissie dat het beleid van verkoop met verlies noodzakelijkerwijs met de door de overheid verstrekte middelen is gefinancierd, wordt toegepast op andere kosten van Deutsche Post AG, leidt dit tot een paradoxaal resultaat. Zoals de Duitse regering opmerkt, zou volgens deze redenering geen enkele kostenpost door andere — eigen — inkomsten van Deutsche Post AG kunnen zijn gedekt, aangezien de onderneming in de betrokken periode verlies heeft geleden. Alle kosten zouden dus met openbare middelen moeten zijn gefinancierd.

67. Zoals Deutsche Post AG in haar stukken betoogt, heeft de Commissie bovendien geen rekening gehouden met het feit dat, wanneer de aan een bepaald jaar toe te rekenen verliezen niet met eigen middelen kunnen worden gecompenseerd, deze verliezen in de economische realiteit als uitgestelde verliezen in de balans van het daaropvolgende jaar plegen te worden opgenomen. De Commissie kon zich derhalve niet op het standpunt stellen dat het bij het deur-tot-deur-pakketvervoer geboekte tekort „noodzakelijkerwijs" was gecompenseerd door de betalingen door DB-Telekom. [42]

68. Naar mijn mening heeft het Gerecht ook terecht de door de Commissie gevolgde benadering met betrekking tot de lasten uit het verleden van Deutsche Post AG als ontoereikend bestempeld. Gezien de omvang van de activiteiten van Deutsche Post AG, en met name haar rol als onderneming belast met een dienst van algemeen economisch belang, kan de invloed van deze lasten uit het verleden niet bij voorbaat worden veronachtzaamd. Zoals uit punt 84 van het bestreden arrest blijkt, heeft de Commissie echter aan de dienaangaande door de Duitse regering verstrekte informatie geen conclusies verbonden.

69. Wat tot slot de moeilijkheden betreft waarmee de Commissie bij het toezicht op de financiering van een dienst van algemeen economisch belang zonder twijfel kan worden geconfronteerd, merk ik op dat er een verschil is tussen de moeilijkheden in verband met de economische gegevens en hun beoordeling enerzijds, en de moeilijkheden van administratieve aard anderzijds.

70. Wat de met de economische gegevens verband houdende moeilijkheden betreft, kan niet worden uitgesloten dat de betrokken lidstaat in bepaalde omstandigheden niet in staat is de Commissie exacte gegevens te verschaffen over, bijvoorbeeld, de interne toerekening van de algemene kosten of de passende vergoeding voor het eigen vermogen, voor zover dit voor verschillende activiteiten wordt gebruikt. In een dergelijk geval is er naar mijn mening ruimte voor een op de ervaring of op het gezond verstand gebaseerd vermoeden.

42 — Het door de Commissie gegeven voorbeeld van een over een enkelspoor rijdende trein is in mijn ogen dan ook niet relevant, aangezien het financieringssysteem van een bedrijf geen gesloten systeem is, maar een open systeem dat door verschillende financieringsbronnen wordt gevoed, daaronder begrepen de schulden.

71. Wat de administratieve moeilijkheden betreft, is de Commissie, zoals het Gerecht in punt 75 van het bestreden arrest in herinnering heeft gebracht, bevoegd de lidstaat te gelasten haar alle documenten, inlichtingen en gegevens te verschaffen die nodig zijn om de steunmaatregel te onderzoeken op zijn verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt. [43] Pas wanneer de lidstaat ondanks het bevel van de Commissie nalaat de gevraagde inlichtingen te verstrekken, is deze instelling bevoegd de procedure te beëindigen en op basis van de haar ter beschikking staande gegevens vast te stellen of de steunmaatregel al dan niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. [44]

72. Bij gebreke van een dergelijk bevel is de Commissie derhalve niet bevoegd de procedure te beëindigen en op basis van de beschikbare gegevens een beschikking te geven.

d) De redenering van het Gerecht

73. In reactie op de grief dat de Commissie niet zou hebben aangetoond dat Deutsche Post AG een voordeel heeft genoten, heeft het Gerecht in punt 78 van het bestreden arrest de verschillende fasen van de door de Commissie in de litigieuze beschikking gevolgde redenering weergegeven. In hetzelfde punt heeft het ook het door de Commissie ter terechtzitting verdedigde standpunt uiteengezet. [45]

74. Anders dan de Commissie in haar hogere voorziening betoogt, meen ik niet dat het Gerecht in het kader van de redenering die heeft geleid tot de vaststelling, in punt 88 van het bestreden arrest, dat de Commissie het bestaan van een voordeel niet heeft aangetoond, zijn eigen berekeningsmethode op de voorgrond heeft gesteld. In werkelijkheid heeft het tekortkomingen geconstateerd die verband houden met de problematiek van de omvang van de bewijslast die bij het onderzoek van steunmaatregelen op de Commissie rust.

75. Het Gerecht heeft de wijze waarop de Commissie in casu te werk is gegaan, onderzocht, en vastgesteld dat zij heeft nagelaten te onderzoeken of het bedrag van de betalingen door DB-Telekom hoger was dan dat van de geconstateerde extra nettokosten van Deutsche Post AG.

43 — Arrest van 14 februari 1990, Frankrijk/Commissie (C-301/87, Jurispr. blz. I-307, punten 19 en 20; hierna: „arrest Boussac"). Zoals het Gerecht in punt 75 van het bestreden arrest heeft gepreciseerd, zijn deze regels overgenomen in verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag (PB L 83, blz. 1).

44 — Zie arrest Boussac, reeds aangehaald (punt 22), en arrest Gerecht van 29 maart 2007, Scott/Commissie (T-366/00, Jurispr. blz. II-797, punt 144).

45 — Dit standpunt kwam erop neer, dat de Commissie had gemeend met recht te mogen veronderstellen dat Deutsche Post AG staatssteun had ontvangen ten belope van 1 118,7 miljoen DEM, omdat deze onderneming niet had bewezen dat zij haar gestelde, door haar beleid van verkoop met verlies gegenereerde extra nettokosten had gedekt uit andere middelen dan de betalingen door DB-Telekom.

76. Het Gerecht heeft dus overeenkomstig artikel 36 van het Statuut van het Hof van Justitie [46] uitdrukkelijk gemotiveerd waarom het de beschikking van de Commissie als ontoereikend en onjuist heeft bestempeld.

77. Met betrekking tot de omvang van de toetsing die door het Gerecht kan worden verricht, moet bovendien in het licht van de in de punten 18 tot en met 24 van deze conclusie in herinnering geroepen rechtspraak worden vastgesteld, dat het Gerecht in punt 90 van het bestreden arrest terecht heeft gememoreerd dat het kwalificeren van een maatregel als staatssteun, bij gebreke van bijzondere omstandigheden die met name te maken hebben met de ingewikkeldheid van de betrokken overheidsmaatregel, in beginsel niet de toekenning van een ruime beoordelingsmarge aan de Commissie rechtvaardigt.

78. Het Gerecht heeft aldus in punt 91 van het bestreden arrest terecht opgemerkt, dat de rechtspraak de Commissie weliswaar een zekere beoordelingsmarge heeft toegekend ten aanzien van de keuze van de meest geschikte methode om de afwezigheid te kunnen vaststellen van een kruislingse subsidiëring ten gunste van de activiteiten in de mededingingssfeer, maar dat dit onverlet laat dat de Commissie overeenkomstig het arrest Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg staatsmiddelen die zijn toegekend als compensatie voor met het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang verband houdende extra kosten, niet als een steunmaatregel kan kwalificeren.

79. Uit de eerste zin van punt 91 van het bestreden arrest blijkt derhalve duidelijk dat de kritiek van het Gerecht de juridische kwalificatie van de feiten en niet de analyse van de feiten door de Commissie betreft.

80. Het Gerecht heeft zich dus niet hoeven uitspreken over de reikwijdte van de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie, en dus evenmin over de omvang van de toetsing door de Unierechter wat de feitelijke vaststellingen betreft. Zonder dat het zich met zoveel woorden heeft uitgelaten over de vraag of in casu al dan niet ingewikkelde economische beoordelingen moesten worden verricht, heeft het Gerecht daarentegen in de tweede zin van punt 91 van het bestreden arrest de Commissie verweten, haar vaststelling dat er sprake was van een voordeel in de zin van artikel 87, lid 1, EG, op een vermoeden te hebben gebaseerd.

81. Het Gerecht is met zijn redenering dan ook binnen de grenzen gebleven van de rechterlijke toetsingsbevoegdheid waarover het in het kader van de wettigheidstoetsing beschikt.

82. Op grond van al het bovenstaande ben ik van mening dat het Gerecht de artikelen 87, lid 1, EG, 86, lid 2, EG en 230 EG niet heeft geschonden. Schending van artikel 36 van het

46 — Dat ingevolge artikel 53 van het Statuut van het Hof van Justitie van toepassing is op het Gerecht.

Statuut van het Hof van Justitie is evenmin aan de orde. Ik geef het Hof dan ook in overweging, dit middel ongegrond te verklaren.

2. Beoordeling

85. Met dit onderdeel van het eerste middel herhaalt de Commissie slechts haar betoog inzake de juistheid van de methode die zij heeft toegepast om ongeoorloofde staatssteun vast te stellen.

B — *Tweede onderdeel van het eerste middel*

86. Gelet op het antwoord op het eerste onderdeel van het eerste middel, zou dit onderdeel van het betoog van de Commissie naar mijn mening dan ook zonder meer van de hand kunnen worden gewezen.

1. Argumenten van partijen

87. Hoe dan ook wil ik het volgende opmerken naar aanleiding van hetgeen de Commissie in het kader van het tweede onderdeel van het middel heeft aangevoerd.

83. In het kader van het tweede onderdeel van het eerste middel betoogt de Commissie, ondersteund door UPS, dat het Gerecht haar ten onrechte heeft verweten niet alle bewijselementen te hebben onderzocht. De Commissie levert hierbij kritiek op de punten 78, 85, 86, 87 en 88 van het bestreden arrest.

88. Om te beginnen wijs ik erop dat volgens een algemeen rechtsbeginsel degene die een recht in rechte geldend wil maken, de feiten moet bewijzen waarop hij zijn vordering doet steunen, een beginsel dat vaak wordt weergegeven met het bekende Latijnse adagium ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat. [47]

84. De Commissie stelt hiermee het vraagstuk van de bewijslast aan de orde. Zij betoogt dat het in de procedure voor het Gerecht aan Deutsche Post AG, die het beroep had ingesteld, was om de onrechtmatigheid van de door haar gebruikte methode aan te tonen, en dat het niet haar taak was om te bewijzen dat de door het Gerecht voorgestane methode „onmogelijk" was.

47 — Conclusie van advocaat-generaal Tizzano bij arrest van 7 september 2006, Laboratoires Boiron (C-526/04, Jurispr. blz. I-7529, punt 68). Dat dit beginsel ook in gemeenschapsgeschillen geldt, is met zoveel woorden erkend in het arrest van het Gerecht van 10 mei 1990, Sens/Commissie (T-117/89, Jurispr. blz. II-185, punt 20). Zie ook arresten van 28 juni 1988, Commissie/Italië (3/86, Jurispr. blz. 3369, punt 13), en 5 oktober 1989, Commissie/Nederland (290/87, Jurispr. blz. 3083, punten 11 en 20).

89. Het Gerecht heeft de regels op het gebied van de bewijslast dan ook correct toegepast door zich op het standpunt te stellen dat het aan de Commissie was om te bewijzen dat de betrokken maatregelen verboden staatssteun opleverden.

90. Verder merk ik op dat het Gerecht op basis van de gegevens van het dossier heeft geoordeeld, dat de Commissie had verzuimd te onderzoeken of het totale bedrag van de betalingen door DB-Telekom lager was dan het bedrag van de door een dienst van algemeen economisch belang gegenereerde extra nettokosten.

91. Daarmee heeft het Gerecht een feitelijke beoordeling verricht, op basis waarvan het de toekenning van ongeoorloofde staatssteun niet bewezen heeft geacht. Een dergelijke beoordeling levert — behalve in het geval van een verkeerde opvatting van de aan het Gerecht voorgelegde bewijselementen — geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof. [48]

92. Aangezien de Commissie in casu geen onjuiste opvatting van bewijselementen heeft gesteld, geef ik het Hof in overweging om het tweede onderdeel van het eerste middel ongegrond te verklaren.

48 — Zie onder meer arrest van 11 november 2004, Ramondín e.a./Commissie (C-186/02 P en C-188/02 P, Jurispr. blz. I-10653, punt 46).

C — *Derde onderdeel van het eerste middel*

1. Argumenten van partijen

93. Na te hebben opgemerkt dat de redenering van het Gerecht in het bestreden arrest onjuist is voor zover daarmee niet duidelijk wordt gemaakt in welk opzicht de litigieuze beschikking tekortschiet, stelt de Commissie dat de argumentatie van het Gerecht noch op de aangevoerde grieven, noch op de litigieuze beschikking is gebaseerd. Volgens de Commissie heeft het Gerecht bij zijn onderzoek een methodologische fout gemaakt door zijn redenering te baseren op een verklaring van de gemachtigde van de Commissie ter terechtzitting. Het feit dat punt 79 van het bestreden arrest met het woord „derhalve" begint, toont volgens de Commissie aan dat het Gerecht die verklaring van doorslaggevend belang heeft geacht.

94. De Commissie, ondersteund door BIEK en UPS, stelt bovendien dat het Gerecht met het dossier strijdige vaststellingen heeft gedaan. Haars inziens wordt namelijk, „in tegenstelling tot wat het Gerecht in punt 82 van het bestreden arrest opmerkt, in de beschikking duidelijk vastgesteld dat ‚de inlichtingen die de Bondsrepubliek Duitsland haar had verstrekt en volgens welke de sector van het deur-tot-deur-pakketvervoer een dienst van algemeen economisch belang vormde, onjuist waren'". De Commissie beklemtoont dat zij in punt 76 van de litigieuze beschikking had vastgesteld dat de diensten op het gebied

van het deur-tot-deur-pakketvervoer van de vervoersplicht en daarmee van de openbare-dienstverleningstaak waren uitgezonderd.

95. Ook stelt het Gerecht volgens de Commissie in het tweede deel van punt 82 van het bestreden arrest ten onrechte vast dat zij ten minste impliciet heeft erkend dat Deutsche Post AG, afgezien van de door haar beleid van verkoop met verlies gegenereerde extra nettokosten, eveneens extra nettokosten had gemaakt die met de verrichting van een dienst van algemeen economisch belang verband hielden.

2. Beoordeling

96. Met betrekking tot de bewering van de Commissie dat het Gerecht in punt 78 in fine van het bestreden arrest doorslaggevende betekenis heeft toegekend aan wat haar gemachtigde ter terechtzitting heeft verklaard, kan worden volstaan met de vaststelling dat het Gerecht die verklaring aanhaalt ter bevestiging van de aan het begin van hetzelfde punt van het bestreden arrest uiteengezette motivering van de litigieuze beschikking. Hoe dan ook heeft de Commissie de juistheid van die verklaring niet betwist.

97. Met het derde onderdeel van het eerste middel verwijt de Commissie het Gerecht met name dat het in het kader van het beroep tot nietigverklaring elementen van het dossier verkeerd heeft opgevat, wat een rechtsvraag oplevert die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof. Dit onderdeel moet dus worden onderzocht.

98. Om te kunnen beoordelen of het Gerecht inderdaad gegevens van het dossier verkeerd heeft opgevat, moet de tekst van punt 82 van het bestreden arrest worden vergeleken met die van de betrokken passage van de litigieuze beschikking.

99. Om te beginnen blijkt uit het dossier dat de sector van het deur-tot-deur-pakketvervoer uit twee segmenten bestond, namelijk dat van de zakelijke klanten die vooraf sorteren of een minimumhoeveelheid pakketten aanleveren, en het PO-segment.

100. In punt 76 van de litigieuze beschikking verklaart de Commissie, dat op grond van artikel 2, lid 2, punt 3, van de Postdienst-Pflichtleistungsverordnung van de algemene vervoersplicht zijn uitgezonderd die kleine goederen waarvoor

speciale regelingen zijn getroffen in het kader van bijzondere afspraken met klanten die pakketten voorbewerken of klanten met samenwerkingsovereenkomsten. [49]

101. Ofschoon zou kunnen worden aangenomen dat de Commissie aldus vaststelt dat bepaalde diensten die tot het eerste segment van de sector van het deur-tot-deur-pakketvervoer moeten worden gerekend, geen diensten van algemeen economisch belang vormen, ben ik van mening dat het Gerecht in het eerste deel van punt 82 van het bestreden arrest alleen maar opmerkt dat de Commissie de door de Duitse regering verstrekte inlichtingen niet heeft bekritiseerd. [50]

102. Anders dan de Commissie stelt, heeft het Gerecht het door de Commissie in de litigieuze beschikking tot uitdrukking gebrachte standpunt dus geenszins onjuist opgevat.

103. Wat het tweede deel van punt 82 van het bestreden arrest betreft, geef ik toe dat de formulering van het Gerecht onnauwkeurig kan lijken.

104. Uit de redenering van het Gerecht volgt evenwel duidelijk dat de gelaakte vaststelling verband houdt met het citaat uit punt 73 van de litigieuze beschikking [51], waarin de Commissie opmerkt dat er bij Deutsche Post AG extra nettokosten zijn die geen verband houden met de uitvoering van verplichtingen van algemeen economisch belang.

105. Het Gerecht heeft daaruit dus mogen afleiden, dat het volgens de Commissie niet uitgesloten was dat er bij Deutsche Post AG extra nettokosten waren die uit het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang voortvloeiden. In het licht van het voorgaande stel ik het Hof voor, ook dit onderdeel van het eerste middel ongegrond te verklaren.

49 — Punt 76: „Volgens de officiële overwegingen met betrekking tot de PPfLV zijn van de algemene vervoersplicht op grond van artikel 2, lid 2, punt 3, van de PPfLV uiteindelijk die kleine goederen uitgezonderd waarvoor in het kader van bijzondere afspraken met bepaalde klanten (bijvoorbeeld klanten die pakketten voorbewerken of klanten met samenwerkingsovereenkomsten) speciale regelingen zijn getroffen. Volgens de officiële overwegingen kunnen deze zakelijke klanten van de vervoersplicht worden uitgezonderd, aangezien in deze sector sprake was van vrije mededinging waardoor een vervoersplicht komt te vervallen."

50 — Punt 82: „Derhalve moet worden opgemerkt dat de Commissie, zoals zij dit overigens in haar schriftelijke stukken heeft bevestigd, enerzijds in de bestreden beschikking niet heeft vastgesteld dat de inlichtingen die de Bondsrepubliek Duitsland haar had verstrekt en volgens welke de sector van het deur-tot-deur-pakketvervoer een dienst van algemeen economisch belang vormde, onjuist waren, en anderzijds ten minste impliciet heeft erkend dat [Deutsche Post AG], afgezien van de door haar beleid van verkoop met verlies gegenereerde extra nettokosten, eveneens extra nettokosten had gemaakt die met de verrichting van een dienst van algemeen economisch belang verband hielden (hierna: ‚niet-betwiste extra nettokosten')".

51 — Zoals weergegeven in punt 81 van het bestreden arrest.

V — Tweede middel van de Commissie

1. Argumenten van partijen

106. Met dit middel maakt de Commissie, ondersteund door BIEK en UPS, het Gerecht in wezen het verwijt dat het zich in haar plaats heeft gesteld door in haar plaats een onderzoek uit te voeren waartoe zij in het geheel niet is overgegaan. Volgens de Commissie heeft het Gerecht in de punten 97 tot en met 109 van het bestreden arrest gegevens onderzocht die in de litigieuze beschikking volstrekt niet waren besproken en waarvan de juistheid niet was bevestigd.

107. De Commissie, op dit punt met name bijgevallen door BIEK, verwijt het Gerecht dat het de boekhoudkundige resultaten heeft vergeleken met de compensatiebetalingen door de overheid en de terugbetalingen. Het Gerecht zou op basis daarvan hebben geconcludeerd dat de afbraakprijzen niet met openbare middelen hadden kunnen worden gefinancierd, aangezien de financiële compensatie ad 11 081 miljoen DEM minder bedroeg dan de boekhoudkundige verliezen ten belope van 4 945 miljoen DEM, opgeteld bij de terugbetalingen ad 10 104 miljoen DEM.

108. Volgens de Commissie is deze argumentatie om verschillende redenen onjuist.

109. Om te beginnen heeft het Gerecht haars inziens niet aangetoond dat Deutsche Post AG zonder financiële compensatie financieel had kunnen overleven. Dat bewijs was volgens de Commissie echter onontbeerlijk om te kunnen oordelen dat Deutsche Post AG de door haar beleid van verkoop met verlies gegenereerde kosten met eigen middelen, zonder overheidsgeld had kunnen financieren.

110. Deze vraag kan ook niet worden beantwoord op basis van de door het Gerecht uitgevoerde boekhoudkundige analyse. Om te bepalen hoe de afbraakprijzen zijn gefinancierd, moet volgens de Commissie namelijk allereerst het liquiditeitsniveau worden onderzocht. De vraag is dus niet of het bedrag van de financiële compensatie hoger dan wel lager was dan dat van de boekhoudkundige verliezen, maar of de compensatie Deutsche Post AG zo veel liquiditeit opleverde, dat zij over voldoende kasstroom beschikte om haar oneerlijke prijsbeleid te kunnen financieren.

111. Behalve dat de kasstroomanalyse zich volgens de Commissie ook tot de periode na 1995 had moeten uitstrekken, stelt de Commissie ook dat het Gerecht bij zijn berekeningen de terugbetalingen lijkt te hebben opgeteld bij de kosten, waardoor de boekhoudkundige verliezen groter worden. De terugbetalingen kunnen volgens haar echter niet als gewone kosten worden beschouwd,

aangezien zij als vervanging van belastingen en dividenden een dubbele functie hebben. [52]

112. De Commissie merkt tot slot op dat, om resultaten of kasstromen over meerdere jaren met elkaar te kunnen vergelijken, de ontvangsten en uitgaven op basis van eenzelfde jaar moeten worden geactualiseerd.

2. Beoordeling

113. In het kader van het tweede middel, dat wegens zijn voorwerp als afzonderlijk middel moet worden aangemerkt, levert de Commissie kritiek op hetgeen het Gerecht ten overvloede heeft overwogen in het kader van zijn onderzoek of Deutsche Post AG, gelet op haar verliezen over de periode 1990 tot 1995, de gestelde, door haar beleid van verkoop met verlies van 1994 tot 1999 gegenereerde extra nettokosten heeft kunnen dekken uit de betalingen door DB-Telekom.

114. Ik wijs erop dat een middel dat gericht is tegen een ten overvloede aangevoerde overweging, als niet ter zake dienend moet worden aangemerkt, aangezien het niet tot vernietiging van het arrest kan leiden. [53] Middelen die worden voorgedragen tegen een bijkomende motivering die niet noodzakelijk is om de beslissing te onderbouwen, moeten eveneens worden afgewezen. [54]

115. Voor het geval het Hof echter zou menen dat, anders dan het Gerecht in punt 97 van het bestreden arrest aangeeft, niet zonder meer vaststaat dat het hier om overwegingen ten overvloede gaat, stel ik een alternatieve redenering voor.

116. Het Gerecht heeft in casu de grenzen van de toetsing van de litigieuze beschikking overschreden door aan de hand van economische gegevens uit het dossier zijn eigen berekening te presenteren.

117. Dit is naar mijn mening in beginsel geen taak van de Unierechter bij geschillen over de wettigheid van een handeling. Het risico is dan namelijk groot dat het Gerecht zijn eigen beoordeling in de plaats stelt van die van de Commissie en zo ten onrechte

52 — Ik merk in dit verband op dat de Commissie in de onderhavige zaak ervan is uitgegaan dat er in de betrokken periode steeds sprake is geweest van een tekort. Opeisbare belastingen en dividenden worden echter doorgaans betaald uit de winsten van het lopende boekjaar.

53 — Arresten van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punt 148), en 13 september 2007, Common Market Fertilizers/Commissie (C-443/05 P, Jurispr. blz. I-7209, punt 137). Zie ook, in verband met de vraag of een van de rechtsoverwegingen toereikend is om het dictum van het bestreden arrest te onderbouwen: arrest van 28 oktober 2004, van den Berg/Raad en Commissie (C-164/01 P, Jurispr. blz. I-10225, punt 60), alsmede beschikkingen van 28 september 2006, Unilever Bestfoods/Commissie (C-552/03 P, Jurispr. blz. I-9091, punt 148), en 13 maart 2007, Arizona Chemical e.a./Commissie (C-150/06 P, Jurispr. blz. I-39, punt 47).

54 — Arrest van 2 juni 1994, de Compte/Parlement (C-326/91 P, Jurispr. blz. I-2091, punten 107 en 123).

de beoordelingsmarge van de Commissie schendt. [55]

118. Derhalve moet worden vastgesteld dat het Gerecht, door in de punten 103 tot en met 108 de financiële gegevens te analyseren die betrekking hebben op de vraag of de betalingen door DB-Telekom de door het beleid van verkoop met verlies van Deutsche Post AG van 1994 tot 1999 gegenereerde extra nettokosten konden dekken, zijn eigen beoordeling in de plaats heeft gesteld van die van de Commissie en daarmee van een onjuiste rechtsopvatting blijk heeft gegeven.

119. Ik ben echter van mening dat de aan punt 97 van het bestreden arrest voorafgaande rechtsoverwegingen op zichzelf volstonden om de nietigverklaring van de litigieuze beschikking te kunnen dragen.

120. Ook al is het tweede middel gegrond, toch volstaat het dus niet om de nietigverklaring van de litigieuze beschikking door het bestreden arrest ter discussie te stellen, voor zover deze nietigverklaring gebaseerd is op de analyse volgens welke de Commissie niet rechtens genoegzaam had aangetoond dat de betalingen door DB-Telekom Deutsche Post AG een voordeel in de zin van artikel 87, lid 1, EG hadden opgeleverd. [56]

VI — Door de andere partijen bij de procedure voorgedragen middelen

A — *Memories van de interveniënten aan de zijde van Commissie*

121. Behalve dat zij het betoog van de Commissie ondersteunen, voeren BIEK en UPS ook eigen middelen aan, zij het dat deze grotendeels overeenstemmen met de middelen die de Commissie heeft voorgedragen.

122. BIEK en UPS stellen in wezen dat het Gerecht de uit het arrest Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg voortvloeiende beginselen heeft geschonden in zoverre het heeft verzuimd vast te stellen, dat geen van de voorwaarden waaraan volgens dat arrest moet zijn voldaan om de voor het verrichten van een dienst van algemeen

55 — Zie dienaangaande de punten 89 en 90 van de conclusie van advocaat-generaal Kokott van 17 september 2009 in de bij het Hof aanhangige zaak Commissie/Alrosa (C-441/07 P).

56 — Zie in die zin arrest Commissie/Tetra Laval, reeds aangehaald (punt 89).

economisch belang ontvangen compensatie aan de werkingssfeer van de staatssteunbepalingen te onttrekken, was vervuld. BIEK verwijt het Gerecht bovendien dat het de in het arrest BUPA e.a./Commissie geformuleerde voorwaarden heeft miskend.

B — *Beoordeling*

123. Meer in het bijzonder stelt BIEK dat het Gerecht de regels op het gebied van de bewijslast heeft geschonden door de Commissie in punt 86 van het bestreden arrest het verwijt te maken, dat zij zich niet ervan heeft vergewist dat het bedrag van de gedane betalingen niet hoger was dan de aan het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang verbonden extra nettokosten.

125. Wat om te beginnen de gestelde schending van de uit het arrest Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg voortvloeiende beginselen betreft, stel ik vast dat het Gerecht de rechtspraak inzake de kwalificatie als staatssteun en die inzake de problematiek van de financiële compensatie voor openbaredienstverplichtingen in de punten 68 tot en met 74 van het bestreden arrest correct in herinnering heeft gebracht. Zo heeft het onder meer de in het arrest Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg geformuleerde voorwaarden geciteerd.

124. UPS van haar kant stelt dat het Gerecht van een onjuiste rechtsopvatting blijk heeft gegeven door de aan Deutsche Post AG verleende steun als een „compensatie" voor een dienst van algemeen economisch belang te beschouwen (punt 73 van het bestreden arrest), zonder te hebben nagegaan of de betrokken diensten daadwerkelijk diensten van algemeen economisch belang waren. Volgens UPS is het Gerecht bovendien aan de voorwaarden van het arrest Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg voorbijgegaan toen het concludeerde dat de Commissie niet rechtens genoegzaam had aangetoond, dat de betalingen door DB-Telekom Deutsche Post AG een voordeel hadden verschaft (punt 88 van het bestreden arrest).

126. Vastgesteld moet echter worden dat de analyse van het Gerecht de rechtmatigheid van de litigieuze beschikking betreft.

127. Het Gerecht heeft namelijk in punt 94 van het bestreden arrest herhaald dat de Commissie in de litigieuze beschikking had volstaan met de vaststelling, dat de extra nettokosten die het beleid van verkoop met

verlies van Deutsche Post AG had meegebracht, niet voor compensatie in aanmerking konden komen. De Commissie had echter volgens het Gerecht onderzocht noch aangetoond dat Deutsche Post AG geen andere, met het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang verband houdende extra nettokosten had gemaakt waarvoor zij aanspraak kon maken op een compensatie uit het totale bedrag van de betalingen door DB-Telekom onder de in het arrest Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg neergelegde voorwaarden.

128. Het Gerecht heeft dan ook in punt 95 van het bestreden arrest terecht geoordeeld dat, voor zover de Commissie dienaangaande noch een onderzoek had verricht noch een beoordeling had gemaakt, het niet aan de Unierechter was om zich in de plaats van de Commissie te stellen, door in haar plaats een onderzoek uit te voeren waartoe zij in het geheel niet was overgegaan en te trachten de conclusies in te schatten waartoe zij aan het eind van dit onderzoek zou zijn gekomen.

129. Aangaande, tot slot, de gestelde schending van de regels op het gebied van de bewijslast en het verwijt dat het Gerecht zou hebben nagelaten het karakter van de door Deutsche Post AG verrichte diensten te bepalen, stel ik vast dat deze middelen samenvallen met het tweede en het derde onderdeel van het eerste middel van de Commissie. Zij hoeven dan ook niet opnieuw te worden onderzocht.

VII — Slotopmerkingen

130. Wanneer in het kader van de financiering van een openbare dienst van algemeen belang een compensatiebenadering wordt gevolgd, zoals in de rechtspraak van het Hof ontwikkeld, sluit dit naar mijn mening elke methode uit waarbij geen berekening behoeft te worden gemaakt aan de hand waarvan de kosten van de dienst kunnen worden vastgesteld en met de ter compensatie uitgekeerde bedragen kunnen worden vergeleken. Mocht het Hof echter voor een van de twee varianten van de „staatssteun"-benadering opteren, dan kan niet worden uitgesloten dat de betrokken steun, gelet op het met de mededinging strijdige gedrag van de begunstigde onderneming, als onverenigbaar met de interne markt wordt beschouwd. Ik ben echter de mening toegedaan dat de compensatiebenadering inmiddels vast in de rechtspraak is verankerd en sedert het arrest van 24 juli 2003, Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg gerechtvaardigder is dan die alternatieven.

131. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de hogere voorziening van de Europese Commissie alsook de incidentele hogere voorziening in hun geheel af te wijzen en de Europese Commissie in de kosten te verwijzen.

VIII — Conclusie

132. Samenvattend geef ik het Hof in overweging:

— de hogere voorziening van de Europese Commissie alsook de incidentele hogere voorziening in hun geheel af te wijzen;

— de Europese Commissie in de kosten te verwijzen.