FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT NIILO JÄÄSKINEN
föredraget den 24 mars 2010 [1]

1. Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen ska upphäva den dom som meddelats av Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt den 1 juli 2008 i mål T-266/02, Deutsche Post mot kommissionen (REG 2008, s. II-1233) (nedan kallad den överklagade domen). Genom denna dom ogiltigförklarade rätten kommissionens beslut 2002/753/EG av den 19 juni 2002 om Förbundsrepubliken Tysklands åtgärder till fördel för Deutsche Post AG. [2]

2. Kommissionen gjorde i det omtvistade beslutet bedömningen att Deutsche Post AG hade kompenserats med betydande belopp ur statskassan i samband med omstruktureringen av det tidigare tyska post- och televäsendet. Med hänsyn dels till den icke kostnadstäckande försäljningspolitik inom sektorn för postpaket som kommissionen bötfällde i ett beslut av den 20 mars 2001 [3] där den slog fast att Deutsche Post AG hade missbrukat sin dominerande ställning, dels till det underskott som Deutsche Post AG redovisat under den undersökta perioden, fann kommissionen att den aggressiva prispolitiken bara hade kunnat finansieras med hjälp av medel som Deutsche Post AG hade tagit emot som ersättning för tillhandahållandet av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Kommissionen slog därför fast att det förelåg ett olagligt statligt stöd.

3. Förstainstansrätten fann att kommissionen hade åsidosatt artikel 87.1 EG genom sin bedömning att överföringarna från staten innebar en fördel för Deutsche Post AG. [4]

4. Huvudfrågan i förevarande mål är alltså vilken metod som ska användas för att avgöra om ett företag, som har fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, har erhållit en ersättning som överstiger de merkostnader som tillhandahållandet av nämnda tjänst föranlett och som skulle kunna utgöra en fördel i den mening som avses i artikel 87.1 EG. Denna fråga omfattas av den vidare diskussion som förts om hur ersättning för kostnader som uppkommer vid fullgörandet av en tjänst av allmänt

1 — Originalspråk: franska.

2 — EGT L 247, s. 27 (nedan kallat det omtvistade beslutet).

3 — Kommissionens beslut 2001/354/EG av den 20 mars 2001 i ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget (Ärende COMP/35.141 – Deutsche Post AG) (EGT L 125, s. 27).

4 — Med hänsyn till att den överklagade domen meddelades den 1 juli 2008 följer hänvisningarna till bestämmelserna i EG-fördraget den numrering som tillämpades innan fördraget om Europeiska unionens funktionssätt trädde i kraft.

ekonomiskt intresse ska bedömas i rättsligt hänseende.

I – Omständigheterna i målet, förfarandet och den överklagade domen

5. Deutsche Post AG är ett stort företag som är verksamt inom sektorn för postbefordran, där det har monopolställning, men även inom två andra områden av postsektorn, nämligen paketbefordran och befordran av tidskrifter och tidningar, vilka båda är öppna för konkurrens.

6. Inom sektorn för paketbefordran utför Deutsche Post AG dels transporttjänster avseende paket som lämnas in direkt på postkontoren, dels transporttjänster avseende större mängder paket som inte behandlas direkt på postkontoren (nedan kallad sektorn för pakettjänster från dörr till dörr).

7. Vad gäller sektorn för pakettjänster från dörr till dörr, som är föremål för förevarande förfarande, tillhandahåller Deutsche Post AG huvudsakligen två slags tjänster, nämligen paketbefordran från dörr till dörr åt företagskunder som själva sorterar eller lämnar in en viss minimimängd paket (nedan kallat företagskundssegmentet), dels pakettjänster på uppdrag av postorderföretag, som sänder varor som beställts per katalog eller på elektronisk väg (nedan kallat postordersegmentet).

8. Deutsche Post AG erhöll inom ramen för avregleringen och omstruktureringen av postväsendet enligt lagen om organiseringen av postväsendet (Postverfassungsgesetz) (nedan kallad PostVerfG) överföringar från Deutsche Bundespost Telekom (nedan kallat DB-Telekom) för att kompensera för förluster under åren 1990–1995 (nedan kallade överföringarna från DB-Telekom).

9. Den 20 mars 2001 antog kommissionen beslut 2001/354 i vilket den konstaterade att Deutsche Post AG hade överträtt artikel 82 EG, eftersom det hade missbrukat sin dominerande ställning inom postordersegmentet genom att bland annat tillämpa en icke kostnadstäckande försäljningspolitik, i det att bolaget tillämpade priser som låg under dess tjänstespecifika tilläggskostnader.

10. Eftersom detta beslut inte varit föremål för någon talan har det vunnit laga kraft. Den omständigheten att underpriser har tillämpats och frågan om erhållande av ett olagligt

statligt stöd utgör emellertid två separata frågor.

11. Den 19 juni 2002 antog kommissionen det omtvistade beslutet i vilket den bland annat prövade det ekonomiska statliga stödet till Deutsche Post AG. Kommissionen fann att det statliga stöd på 572 miljoner euro (alltså 1 118,7 miljoner DEM) som Deutsche Post AG beviljats var oförenligt med den gemensamma marknaden, och anbefallde att det stöd som olagligen utbetalats till stödmottagaren skulle återkrävas.

12. Deutsche Post AG väckte talan om ogiltigförklaring vid förstainstansrätten som biföll talan såvitt avsåg grunden att kommissionen inte förmått visa att Deutsche Post AG hade erhållit en fördel genom överföringarna från DB-Telekom. Rätten slog dessutom fast att kommissionen hade överträtt artikel 87.1 EG och prövade därefter för fullständighetens skull grunden att kommissionen i vilket fall som helst hade kommit till den felaktiga slutsatsen att överföringarna från DB-Telekom hade gjort det möjligt för Deutsche Post AG att täcka de nettomerkostnader som föranletts av dess icke kostnadstäckande försäljningspolitik. Efter att ha analyserat uppgifterna med beräkningar av ovannämnda nettomerkostnader biföll rätten även talan såvitt avsåg ifrågavarande grund.

II – Överklagandet

13. Kommissionen har till stöd för sitt överklagande åberopat följande fem grunder.

14. Den överklagade domen utgör ett åsidosättande av artiklarna 87.1 EG och 86.2 EG. Kommissionen har gjort gällande att förstainstansrätten gjorde en felaktig tolkning av dessa bestämmelser när den fann att dessa inte tillät en metod, trots att denna inte ifrågasatts på något annat ställe i den överklagade domen, vilken på grundval av logiska och vederhäftiga argument möjliggjorde ett fastställande av att det förelåg ett statligt stöd. Kommissionen har vidare anfört att förstainstansrätten saknar behörighet och därvid hävdat att artikel 230 EG åsidosatts i så måtto att rätten har överskridit gränserna för sin behörighet och sin prövningsrätt enligt artikel 230 EG. Kommissionen har även åberopat ett åsidosättande av artikel 36 i EG-domstolens stadga med hänvisning till att rätten underlåtit att motivera sin slutsats att den metod som användes i det omtvistade beslutet var olämplig.

15. I skrivelse som inkom till domstolen den 9 december 2008 lämnade dessutom Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienste eV (nedan kallat BIEK) ett yttrande till stöd för kommissionen. I skrivelse av den 4 december 2008 inkom UPS Deutschland Inc. och UPS Europe NV (nedan kallade UPS) gemensamt med en svarsskrivelse och ett anslutningsöverklagande.

16. Med hänsyn till huvudfrågan, det vill säga vilken metod kommissionen kunde tillämpa i det föreliggande fallet, har kommissionen föreslagit att domstolen ska behandla samtliga grunder gemensamt.

17. Enligt min mening är det dock lämpligare att dela upp grunderna med ledning av om de avser *ratio decidendi* eller *obiter dictum* i den överklagade domen.

III – Inledande anmärkningar beträffande omfattningen av domstolskontrollen av kommissionens rättsakter i fråga om statliga stöd

18. Domstolen erinrar inledningsvis om att begreppet statligt stöd, såsom det definieras i fördraget, ska tolkas utifrån objektiva kriterier. Av denna anledning ska gemenskapsdomstolarna i princip, och med beaktande såväl av de konkreta omständigheterna i målet som av den tekniska eller komplicerade karaktären av kommissionens bedömningar, göra en fullständig kontroll av huruvida en åtgärd faller inom tillämpningsområdet för artikel 87.1 EG [5].

19. Som generaladvokaten Cosmas underströk i sitt förslag till avgörande inför domen i målet Frankrike mot Ladbroke Racing och kommissionen [6] ska såväl domstolen som förstainstansrätten och de nationella domstolarna för det fall de har att pröva om det är riktigt att kvalificera en nationell åtgärd som statligt stöd i den mening som avses i artikel 92.1 i EG-fördraget (nu artikel 87.1 EG i ändrad lydelse), i princip och i största möjliga utsträckning, genomföra en fullständig prövning av saken. Undantag från denna regel tillåts endast då domstolen har fastställt att det föreligger exceptionella omständigheter som hindrar en omfattande rättslig prövning. Enligt generaladvokaten Cosmas kan det inte hävdas att sådana särskilda omständigheter, som begränsar möjligheten att göra en rättslig prövning av saken i målet, automatiskt skulle vara för handen så snart det gäller tolkningen eller tillämpningen av artikel 92.1 i EG-fördraget.

20. Härav följer att domstolsprövningen av åtgärder enligt artikel 87.1 EG i regel innebär en fullständig prövning, medan en begränsad prövning utgör ett undantag [7].

5 — Se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 16 maj 2000 i mål C-83/98 P, Frankrike mot Ladbroke Racing och kommissionen (REG 2000, s. I-3271), punkt 25, och av den 1 juli 2008 i de förenade målen Chronopost mot UFEX m.fl. (REG 2008, s. I-4777), punkt 141 (nedan kallat Chronopost II).

6 — Se punkt 15 i nämnda förslag till avgörande.

7 — Denna situation skiljer sig från den som gäller vid tillämpningen av artikel 87.3 EG, det vill säga när kommissionen har att uttala sig om huruvida en åtgärd som utgör ett statligt stöd är förenlig med den gemensamma marknaden. Se dom av den 11 september 2008 i de förenade målen C-75/05 P och C-80/05 P, Tyskland mot Kronofrance (REG 2008, s. I-6619), punkt 59, och där angiven rättspraxis.

21. För det andra följer det av rättspraxis att när det rör sig om en komplicerad ekonomisk bedömning, ska domstolsprövningen av en av kommissionen antagen rättsakt som förutsätter en sådan bedömning endast avse en kontroll av att reglerna för handläggning och för motivering har följts, att de faktiska omständigheter som lagts till grund för det omtvistade valet är materiellt riktiga, att bedömningen av dessa omständigheter inte är uppenbart oriktig och att det inte har förekommit maktmissbruk [8].

22. Även om domstolen fastställer att kommissionen har ett utrymme för skönsmässig bedömning avseende ekonomiska frågor, innebär detta emellertid inte att gemenskapsdomstolen ska underlåta att pröva kommissionens tolkning av ekonomiska uppgifter [9].

23. Enligt domstolens rättspraxis gäller nämligen att gemenskapsdomstolen ska pröva inte bara huruvida de bevis som åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, utan även huruvida dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som ska beaktas för att bedöma en komplicerad situation och huruvida de kan ligga till grund för de slutsatser som dragits [10]. Enligt min mening omfattar dessa element även de metoder som tillämpats.

24. Det är emellertid ostridigt att domstolen inte får ersätta kommissionens ekonomiska bedömning med sin egen [11].

25. Det är således mot bakgrund av dessa principer som prövningen av de i förevarande mål åberopade grunderna ska ske.

8 — Se domen i målet Chronopost II (ovan fotnot 5), punkt 143.

9 — Se, rörande området för koncentrationer, dom av den 15 februari 2005 i mål C-12/03 P, kommissionen mot Tetra Laval (REG 2005, s. I-987), punkt 39, och av den 22 november 2007 i mål C-525/04 P, Spanien mot Lenzing (REG 2007, s. I-9947), punkt 56. Se von Danwitz, T., *Europäisches Verwaltungsrecht*, Springer, Berlin, 2008, s. 361. Enligt denne författare görs i unionsrätten, till skillnad från i tysk rätt, i princip inte någon skillnad mellan, å ena sidan, ett bedömningsutrymme avseende kvalifikationen av de faktiska omständigheterna (”Beurteilungsspielraum auf Tatbestandsseite’) och, å andra sidan, ett utrymme för skönsmässiga bedömningar beträffande de rättsliga följderna (’Ermessen auf Rechtsfolgenseite”).

10 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 januari 1979 i mål 98/78, Racke (REG 1979, s. 69; svensk specialutgåva, volym 4, s. 275), punkt 5, av den 22 oktober 1991 i mål C-16/90, Nölle (REG 1991, s. I-5163), punkt 12, domen i målet kommissionen mot Tetra Laval (ovan fotnot 9), punkt 39, och dom av den 18 juli 2007 i mål C-326/05, Industrias Químicas del Vallés mot kommissionen (REG 2007, s. I-6557), punkt 76.

11 — Beslut av den 25 april 2002 i mål C-323/00 P, DSG mot kommissionen (REG 2002, s. I-3919), punkt 43, och domen i målet Spanien mot Lenzing (ovan fotnot 9), punkt 57.

IV – Den första grunden i huvudöverklagandet

A – *Den första grundens första del*

1. Parternas argument

26. Kommissionen har, med den första delen av sin första grund, med stöd av BIEK och UPS gjort gällande att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning då den överklagade domen inte anger varför den metod som kommissionen använt i det omtvistade beslutet skulle vara bristfällig.

27. Enligt kommissionen grundas detta beslut inte bara på någon ”hypotes”. Det är tvärtom fråga om en välgrundad slutsats, vilket betyder att nämnda beslut utgör en slutsats av redan kända omständigheter vilken bygger på ett logiskt resonemang. Den anser att det är fråga om en slutledningsprocess som gör det möjligt att av faktum A och faktum B dra slutsatsen C, vilken process utgör en integrerad del av alla kommissionsbeslut av det här slaget. Kommissionen har för att illustrera sitt resonemang åberopat ett exempel enligt vilket, om det bevisas att ett tåg lämnar station A på ett enkelspår och kommer fram som beräknat till station B, den slutsatsen kan dras att tåget har passerat station C som är belägen längs detta enkelspår mellan station A och station B.

28. Kommissionen har kritiserat förstainstansrätten för att den betecknat en sådan slutledning som ”hypotes ’och för att den ogiltigförklarat kommissionens beslut utan att ange vilka fel som den aktuella rättsakten innehåller. Kommissionens slutsats av föreliggande fakta vilar på antagandet att ’pengarna ju måste komma någonstans ifrån”.

29. Kommissionen har i detta avseende betonat att i den mån det har visats dels att paketttjänsten utgjorde en förlusttransaktion, dels att det företag som tillhandahöll tjänster avseende paketbefordran inte redovisade andra överskott som det hade kunnat avräkna mot pakettjänsten, måste slutsatsen bli att Deutsche Post AG:s illojala prispolitik finansierades genom det statliga stöd som det erhållit.

30. Deutsche Post AG har till svar på kommissionens argument gjort gällande att förstainstansrätten inte är skyldig att ange skälen till varför den av kommissionen valda metoden var felaktig, eftersom begreppet statligt stöd är ett objektivt begrepp. Deutsche Post AG har nämligen hävdat att kommissionen saknar utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att avgöra om en åtgärd utgör

ett statligt stöd eller ej inom ramen för tilllämpningen av artikel 87.1 EG.

31. Enligt den tyska regeringen, som intervenerat till stöd för Deutsche Post AG, är det inte fråga endast om en tvist om vilken av flera metoder som kan leda till samma resultat som ska användas. Kommissionens metod skiljer sig nämligen till sitt resultat från den andra metoden, enligt vilken det går att bedöma direkt – det vill säga utan den påstått obligatoriska slutledningen – huruvida det föreligger en fördel i den mening som avses i artikel 87.1 EG.

32. Den tyska regeringen har med hänvisning till domen i målet Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg [12] hävdat att de nettomerkostnader som förorsakas av de allmännyttiga skyldigheter som åvilar postväsendet till att börja med ska beräknas med hänsyn till vissa parametrar och att de därefter ska jämföras med de medel som överförts i form av ersättning.

33. Slutligen är det enligt den tyska regeringen inte här fråga om någon bedömning av komplicerade ekonomiska mellanhavanden.

12 — Dom av den 24 juli 2003 i mål C-280/00, Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg (REG 2003, s. I-7747).

2. Bedömning

a) Kvalifikationen av ekonomisk ersättning inom ramen för en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse

34. När det gäller den rättsliga kvalifikationen av den ekonomiska ersättningen hyser rättspraxis sedan åtskilliga år två motstående uppfattningar i ämnet. Den ena avser den så kallade statsstödsmetoden, den andra ersättningsmetoden [13].

35. Enligt statsstödsmetoden ska all offentlig finansiering av en skyldighet att tillhandahålla offentliga tjänster anses som statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1.

13 — Nettesheim, M., "Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge', *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht,* 2002, häfte 6, s. 253. Författaren skiljer mellan å ena sidan en metod som aktualiseras vid prövningen av rekvisiten i begreppet statligt stöd ("Tatbestandlösung"), inom ramen för vilken ersättningar inte anses utgöra statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG och, å andra sidan, två andra metoder inom ramen för vilka all ersättning från staten begreppsmässigt är att anse som stöd, vars förenlighet kan grundas antingen på artikel 86 EG ("Spezialitätslösung') eller på artikel 87 EG ('Rechtfertigungslösung"); Quigley, C., *European State aid law and policy,* Hart, Oxford, 2009, sidan 158 och följande sidor. Se även punkterna 94 och 95 i generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i mål C-126/01, dom meddelad den 20 november 2003 (REG 2003, s. I-13769).

36. Denna typ av finansiering kan emellertid anses förenlig med den gemensamma marknaden efter en prövning som kommissionen kan företa med stöd av såväl artikel 87.2 eller 87.3 EG, som bestämmelsen i artikel 86.2 EG. Detta synsätt illustreras bland annat av förstainstansrättens domar i målen FFSA m.fl. mot kommissionen [14] och SIC mot kommissionen [15]. I domen i det ovannämnda målet FFSA m.fl. mot kommissionen slog förstainstansrätten, som fann att den ekonomiska ersättningen i form av en skattemässig fördel utgjorde ett statligt stöd, fast att utgivandet av ett stöd, enligt artikel 86.2 EG, kan undgå förbudet i artikel 87 EG under förutsättning att stödet i fråga endast är avsett att kompensera för de merkostnader som följer av att den särskilda uppgift fullgörs som åligger det företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, och att beviljandet av stödet visar sig vara nödvändigt för att nämnda företag ska kunna säkerställa sina offentliga skyldigheter under balanserade ekonomiska förhållanden [16].

37. Enligt ersättningsmetoden, som har sitt ursprung i domen i målet ABDHU [17] och framför allt i domen i målet Ferring [18], utgör inte ersättningen för en skyldighet att tillhandahålla offentliga tjänster något statligt stöd.

38. Endast när ersättningen överstiger den merkostnad som uppkommer vid fullgörandet av uppdraget att tillhandahålla offentliga tjänster anses statligt stöd föreligga. I det ovannämnda målet ADBHU ansåg generaladvokaten Lenz att när ersättningarna inte överskrider de årliga kostnader som inte täcks och som faktiskt har konstaterats av företagen, kan det, med hänsyn till en rimlig vinst, inte vara fråga om en fördel i den mening som avses i fördraget [19]. Domstolen följde generaladvokatens förslag och betonade ”att det i förevarande fall inte är fråga om stöd i den mening som avses i artikel 92 i EG-fördraget (nu artikel 87 EG i ändrad lydelse), utan om ett pris som utgör ett vederlag för tjänster som tillhandahålls av ett företag som bedriver insamling eller bortskaffande” [20].

39. Som generaladvokaten Tizzano påpekade i det ovannämnda målet Ferring gäller att om staten ålägger ett företag att fullgöra bestämda allmännyttiga skyldigheter innebär inte det förhållandet att detta företag erhåller täckning för de merkostnader som det åsamkas på grund av fullgörandet av dessa skyldigheter att företaget erhåller en fördel [21].

40. Enligt generaladvokaten Tizzano rör det sig således om en snedvridning av de normala konkurrensvillkoren endast i de fall där ersättningen överskrider den faktiska merkostnad som följer av fullgörandet av

14 — Dom av den 27 februari 1997 i mål T-106/95, FFSA m.fl. mot kommissionen (REG 1997, s. II-229).

15 — Dom av den 10 maj 2000 i mål T-46/97, SIC mot kommissionen (REG 2000, s. II-2125), punkt 82. Domstolens dom av den 15 mars 1994 i mål C-387/92, Banco Exterior de España (REG 1994, s. I-877), kan också kopplas till detta synsätt. Se förslaget till avgörande i målet GEMO (ovan fotnot 13), punkt 99.

16 — Punkt 178.

17 — Dom av den 7 februari 1985 i mål 240/83, ADBHU (REG 1985, s. 531).

18 — Dom av den 22 november 2001 i mål C-53/00, Ferring (REG 2001, s. I-9067).

19 — Se förslaget till avgörande som föredrogs den 22 november 1984.

20 — Domen i målet ADBHU (ovan fotnot 17), punkt 18.

21 — Se punkt 61 i förslaget till avgörande.

allmännyttiga skyldigheter [22]. När den statliga finansieringen begränsas till en ersättning för den objektiva nackdel som staten underkastar stödmottagaren, föreligger inte någon ekonomisk fördel som kan leda till att konkurrensen snedvrids [23].

41. Domstolens ersättningsmetod i domen i målet Ferring kritiserades av generaladvokaten Léger i dennes förslag till avgörande i målet Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg [24]. Enligt honom leder ersättningsmetoden till att bestämmelserna om undantag avseende statliga stöd rubbas, eftersom den innebär en prövning av stödets förenlighet utifrån artikel 87.1 EG [25].

42. Domstolen fann dock i domen i det ovannämnda målet Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg att offentligt stöd som lämnats till företag, vilka uttryckligen har ålagts skyldigheter att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, i syfte att ersätta dem för kostnader som uppkommer vid fullgörandet av dessa skyldigheter, inte omfattas av artikel 87.1 EG i de fall då stödet uppfyller de fyra villkor som anges i domen. Domstolen slog vidare fast att kompensationen för skyldigheter avseende allmännyttiga tjänster inte utgör någon fördel eftersom den inte ”har som verkan att dessa företag får en mer fördelaktig konkurrensställning än konkurrerande företag”. Omvänt gäller att en statlig åtgärd som inte uppfyller ett eller flera av nämnda villkor borde anses utgöra ett statligt stöd i den mening som avses i denna bestämmelse [26].

43. Slutligen föreslog generaladvokaten Jacobs i sitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet GEMO att en analys av statlig finansiering av tjänster i allmänhetens intresse skulle tillämpas, vilken skulle grundas dels

22 — Ibidem, punkt 62.

23 — Ibidem, punkt 63. I domen i målet Ferring avfärdade domstolen den analys av begreppet fördel som förstainstansrätten gjort i domen i målet FFSA m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 14).

24 — Som generaladvokaten Léger förordade i sina två förslag till avgörande av den 14 januari 2003 i målet Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg (ovan fotnot 12) är begreppet fördel i fördragen ett ”obearbetat ’stödbegrepp eller en ’uppenbar” fördelsteori. Med detta synsätt ska fördelar som beviljats av det allmänna och den motprestation som ålagts mottagaren bedömas separat. Förekomsten av denna motprestation är inte relevant när det gäller att avgöra om den statliga åtgärden utgör ett stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG. Motprestationen kommer in först på ett senare stadium i bedömningen, vid avgörandet av huruvida stödet är förenligt med den gemensamma marknaden (se punkterna 33 och 34).

25 — Andra förslaget till avgörande i målet Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg (ovan fotnot 12), punkt 46.

26 — Domen i målet Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg (ovan fotnot 12), punkterna 87 och 94. Jag erinrar för säkerhets skull om kriterierna i den nämnda domen enligt vilka 1) det mottagande företaget faktiskt ska ha ålagts skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, och dessa skyldigheter ska vara klart definierade, 2) de kriterier på grundval av vilka ersättningen beräknas ska vara fastställda i förväg på ett objektivt och öppet sätt, 3) ersättningen inte får överstiga vad som krävs för att täcka hela eller en del av den kostnad som har uppkommit i samband med skyldigheterna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid har erhållits och till en rimlig vinst vid fullgörandet av dessa skyldigheter, och 4) när det företag som ges ansvaret för att tillhandahålla de allmännyttiga tjänsterna i ett konkret fall inte har valts ut efter ett offentligt upphandlingsförfarande ska storleken av den nödvändiga ersättningen fastställas på grundval av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag, som förfogar över lämpliga resurser för att fullgöra de allmännyttiga tjänster som ålagts det, skulle ha åsamkats vid fullgörandet av dessa skyldigheter, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid skulle ha erhållits och till en rimlig vinst vid fullgörandet av dessa skyldigheter.

på vilket slags koppling som fanns mellan den finansiering som beviljas och de skyldigheter i allmänhetens intresse som åläggs, dels hur tydligt dessa skyldigheter definieras [27]. Han betonade särskilt att valet mellan ”statsstödsmetoden ’och ’ersättningsmetoden” inte bara är en teoretisk fråga, utan detta val har viktiga praktiska konsekvenser och betydande följder för förfarandet [28].

44. I förevarande mål är den avgörande frågan visserligen huruvida den av kommissionen valda metoden är lämplig för att identifiera en situation där ersättningen överskrider vad som krävs för att den ska kunna stå i paritet med de merkostnader som förorsakas av de allmännyttiga skyldigheterna och, följaktligen, en eventuell fördel för företaget.

45. Enligt min mening är emellertid valet av metod oupplösligen förbundet med domstolens val beträffande kvalifikationen av en kompensation för de allmännyttiga tjänsterna. Jag anser nämligen att kravet att en nettomerkostnad påvisas strider mot kommissionens uppfattning att det är möjligt att avstå från en konkret beräkning och i stället tillämpa en presumtion. Följande anmärkningar illustrerar detta.

b) Svårigheterna med att identifiera kostnader för en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse

46. Jag erinrar om att domstolen i domen i målet SFEI m.fl. i fråga om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse fann att konstaterandet av en ekonomisk fördel förutsatte ett fastställande av vad som utgör en normal ersättning för de ifrågavarande prestationerna. En sådan bedömning förutsätter en ekonomisk analys som inkluderar alla de faktorer som ett företag som agerar enligt normala marknadsvillkor måste ta hänsyn till vid fastställandet av vilket vederlag som ska utgå för de tillhandahållna tjänsterna. För att det ska vara fråga om en fördel krävs att företaget gynnas av en statlig åtgärd som den inte skulle ha kunnat erhålla under normala marknadsvillkor. [29]

47. Svårigheten att identifiera kostnader konstaterades av förstainstansrätten redan i det ovannämnda målet FFSA m.fl. mot

27 — Punkt 118. Se dessutom förslag till avgörande i de förenade målen C-34/01–C-38/01, Enirisorse, där dom meddelades den 27 november 2003 (REG 2003, s. I-14243), i vilket generaladvokaten Stix-Hackl ställde sig tveksam till huruvida lösningen i målet Ferring kan tillämpas när skyldigheterna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster inte klart definierats.

28 — Förslag till avgörande i målet GEMO (ovan fotnot 13), punkterna 110–114.

29 — Dom av den 11 juli 1996 i mål C-39/94, SFEI m.fl. (REG 1996, s. I-3547), punkterna 60 och 61.

kommissionen, där den hänvisade till behovet av att upprätta ett redovisningssystem för de företag som har anförtrotts uppgifter av allmänt intresse samtidigt som de bedriver konkurrensinriktad verksamhet [30].

48. I domen i det ovannämnda målet FFSA m.fl. mot kommissionen uteslöts möjligheten att det var fråga om en korssubventionering eftersom det belopp som stödet i fråga avsåg var lägre än de merkostnader som föranletts av fullgörandet av uppdraget att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Den metod som kommissionen tillämpat ansågs därför lämpad för att säkerställa att beviljandet av det statliga stödet inte ledde till någon korssubventionering i strid med gemenskapsrätten [31].

49. I det ovannämnda målet Chronopost m.fl. mot Ufex m.fl. hänvisade domstolen därefter till bedömningen av tillgängliga objektiva och verifierbara omständigheter [32] och preciserade att ”[det] kan … uteslutas att det förekommit något statligt stöd till SFMI-Chronopost om det för det första kan slås fast att den begärda ersättningen vederbörligen täcker alla ytterligare rörliga kostnader som förorsakats av tillhandahållandet av logistik- och försäljningsstödet, en normal avgift för täckande av fasta kostnader som följer av utnyttjandet av det allmänna postnätet, liksom en normal avkastning på eget kapital i den utsträckning som det egna kapitalet används för SMFI-Chronoposts konkurrensutsatta verksamhet, och om det för det andra inte finns något som tyder på att dessa faktorer har undervärderats eller fastställts godtyckligt” [33].

50. Dessutom gäller att såväl ersättningsmetoden i domen i det ovannämnda målet Ferring [34] som de preciseringar angående ersättningen som förekommer i tredje och fjärde villkoren i domen i det ovannämnda målet Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg talar för ett krav på en exakt beräkning och en kontroll av kostnadsallokeringen [35]. Rättspraxis efter domen i det ovannämnda målet Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg har i vissa avseenden klargjort ovannämnda villkor [36].

30 — Punkt 186. Den rättsakt som var tillämplig i det målet var kommissionens direktiv 80/723/EEG av den 25 juni 1980 om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag (EGT L 195, s. 35; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 54).

31 — Beslut av den 25 mars 1998 i mål C-174/97 P, FFSA m.fl. mot kommissionen (REG 1998, s. I-1303), punkt 33.

32 — Dom av den 3 juli 2003 i de förenade målen C-83/01 P, C-93/01 P och C-94/01 P, Chronopost m.fl. mot Ufex m.fl. (REG 2003, s. I-6993) (nedan kallat Chronopost I). I punkt 38 i den domen preciserade domstolen att ”[e]ftersom det inte går att jämföra La Postes situation med situationen för en privat företagskoncern som inte har monopolställning, skall de ”normala marknadsvillkoren”, som med nödvändighet är hypotetiska, under dessa förutsättningar bedömas i förhållande till tillgängliga uppgifter om objektiva och kontrollerbara omständigheter”.

33 — Ibidem, punkt 40.

34 — Punkt 33.

35 — För hänvisningen till villkoren i domen i målet Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg, se fotnot 26.

36 — Se domen i målet Enirisorse (ovan fotnot 27), och förstainstansrättens dom av den 12 februari 2008 i mål T-289/03, BUPA m.fl. mot kommissionen (REG 2008, s. II-81), punkt 160, där rätten fann att domen i målet Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg skulle tillämpas generöst med hänvisning till andan i och målen med de däri förekommande villkoren.

51. Jag erinrar om att kommissionen i sitt beslut 2005/842/EG av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 i EG-fördraget på statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse [37] påpekade att ersättningen inte ska vara större än vad som är nödvändigt för att täcka de kostnader som orsakats av fullgörandet av skyldigheterna avseende tillhandahållande av allmännyttiga tjänster, med hänsyn till intäkterna i samband med detta och till en rimlig avkastning på eget kapital som krävs för att fullgöra dessa skyldigheter. Enligt kommissionen krävs att ersättningen faktiskt används för att tillhandahålla den berörda tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse, utan att detta påverkar företagets möjligheter att tillgodogöra sig en rimlig vinst [38]. Av beslutet framgår även att alla kostnader för tillhandahållandet av tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse ska beaktas. [39]

52. Beträffande den beräkningsmetod som ska tillämpas i förevarande mål, framgår det av punkt 69 i det omtvistade beslutet att den tyska regeringen hade föreslagit att den specifika merkostnaden för fullgörandet av de allmännyttiga skyldigheterna skulle definieras och beräknas som skillnaden mellan de särskilda kostnader som Deutsche Post AG åsamkas i egenskap av före detta statlig myndighet när det tillhandahåller dessa tjänster och de normala kostnaderna för likartade tjänster som tillhandahålls under konkurrens. Detta förslag hänvisar till den konkreta beräkningen och förefaller vara acceptabel.

53. Enligt vissa författare skulle dock ett sådant synsätt kunna leda till ett missbruk av begreppet ”nettomerkostnad” i den mening som avses i domen i det ovannämnda målet Ferring, eftersom medlemsstaten skulle kunna ta på sig kostnaderna för bristande effektivitet i det aktuella företaget [40].

54. Frågan om företagets effektivitet ingår i en vidare diskussion om prisregleringssystem baserade på principen om kostnadsersättning. Alla system av denna typ är nämligen förenade med viss ineffektivitet eftersom företaget inte har tillräckliga incitament för att

37 — EUT L 312, s. 67.

38 — ”I ersättningsbeloppet skall ingå alla de fördelar som beviljats av staten eller genom statliga medel i någon form. Den rimliga avkastningen skall beakta hela eller delar av den produktivitetsökning som de berörda företagen uppnår under en överenskommen begränsad period utan att det påverkar den tjänstekvalitet som fastställts av staten” (artikel 5 i beslutet).

39 — Förslaget avseende beräkning på grundval av allmänt erkända redovisningsprinciper förekommer i beslutet.

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

minimera de kostnader för vilka det förväntar sig erhålla ersättning [41].

55. En lösning skulle kunna vara att införa ett mål att öka effektiviteten med avseende på ersättningen för kostnaderna för en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. Tolkningen av det fjärde villkoret i domen i målet Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg innebär att ett effektivitets- och kostnadsoptimeringskriterium ska beaktas. Enligt min mening är detta kriterium ett logiskt inslag i värnandet av en sund konkurrens på unionsmarknaden.

c) Kommissionens beräkning i det förevarande fallet

56. Det ska inledningsvis konstateras att kommissionen inte gjorde någon egentlig beräkning av kostnaderna i det omtvistade beslutet. Kommissionen motiverade också sitt tillvägagångssätt med en önskan om att rationalisera förfarandet. Enligt denna institution ankommer det inte på förstainstansrätten att i kommissionens ställe avgöra vilken metod som ska tillämpas, när det finns en god intern förvaltningspraxis som innebär att en metod används som ger kommissionen möjlighet att snabbt och effektivt behandla de invändningar som klagandena framför.

57. Sammanfattningsvis slog kommissionen fast att det förelåg ett statligt stöd efter att ha konstaterat att det förekommit överföringar från DB-Telekom och nettomerkostnader inom den konkurrensutsatta sektorn för paketttjänster från dörr till dörr och att Deutsche Post AG redovisat ett underskott. Kommissionen försökte således aldrig fastställa skillnaden mellan de belopp som Deutsche Post AG erhållit och de kostnader som Deutsche Post AG faktiskt haft för att tillhandahålla en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, för att identifiera nettomerkostnaden och därmed fördelen i fråga.

58. Vad gäller detaljerna i kommissionens beräkning anser jag att förstainstansrätten på goda grunder kunde anse att det fanns skäl att ifrågasätta kopplingen mellan den aggressiva prispolitiken och erhållna överföringar från staten.

59. Kommissionen visade nämligen inte på något sätt att de ifrågavarande beloppen använts för den sektor i vilken förlusterna genererats. Även om de handlingar som kommissionen förfogar över utvisar att före detta Bundespost fruktade att dess försändelsevolym skulle stagnera och att det skulle tappa marknadsandelar, och ansåg att dess ställning på marknaden var hotad, visar inte dessa

41 — I ekonomisk doktrin talas om ”allocative efficiency”, se Netz, J. S., *Price regulation, a non technical overview*, 1999; se även Spulber, D. F., *Regulation and markets*, MIT, 1989, s. 134.

omständigheter i sig på något sätt att de ifrågavarande överföringarna användes för att finansiera den aggressiva prispolitiken.

60. Det kan enligt min mening inte uteslutas att Deutsche Post AG har kunnat använda vinster från de icke konkurrensutsatta sektorerna, såsom monopolet på transport av brevförsändelser, för att finansiera denna rabattpolitik, vilken kommissionen för övrigt bötfällt. Det finns inte heller något som visar att den inte har kunnat uppta nya lån.

61. Deutsche Post AG har dessutom i sina skriftliga inlagor hävdat att det hade rätt till ersättning för de nettokostnader som uppkom vid tillhandahållandet av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse under åren 1990–1994, oberoende av om det under åren därefter redovisat vinster eller förluster. Deutsche Post AG har också uppgett att det den 1 januari 1995 redan hade förbrukat de medel företaget erhållit från staten, varför ersättningen omöjligt kunde täcka dess förluster under åren 1995–1998.

62. Här framträder svagheten med den av kommissionen tillämpade metoden särskilt tydligt. Kommissionens beräkning borde nämligen ha avsett en bestämd tidsperiod för vilken en analys av ersättningen borde ha gjorts. Det ideala vore om en separat beräkning gjordes avseende avkastningen på någon utvald del av de verksamheter som ingår i företagets resultat- och balansräkning.

63. Den av kommissionen valda metoden förklarar inte varför det, när Deutsche Post AG:s situation samtidigt kännetecknas av dels en nettomerkostnad som genererats av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, dels av ett underskott till följd av en aggressiv prispolitik, skulle presumeras att de aktuella statliga medlen använts för att täcka detta underskott, trots att frågan om huruvida de ska klassificeras som stöd är beroende av om de har använts för nämnda tjänst av allmänt ekonomiskt intresse och av om de svarar mot kostnaderna för denna tjänst.

64. Även om sökanden redovisat ett totalt underskott de år som omfattas av kommissionens beräkningsmetod, vilket kommissionen beaktat, har Deutsche Post AG obestridligen haft intäkter även om dessa varit lägre än kostnaderna.

65. Som den tyska regeringen har påpekat omfattar kostnaderna både de nettomerkostnader som motiveras av de allmännyttiga skyldigheter som åvilar postväsendet, vilka som sådana kan ersättas av staten, och andra kostnader, vilka å sin sida inte kan bli föremål för någon ersättning.

66. Om kommissionens tes, att förlustpolitiken måste ha finansierats med överföringar av statliga medel, tillämpas på andra kostnader för Deutsche Post AG, leder detta emellertid till ett paradoxalt resultat. Som den tyska regeringen har hävdat skulle, om man följer detta resonemang, ingen kostnad kunna täckas av några andra av Deutsche Post AG:s egna intäkter eftersom det redovisade förluster under den aktuella perioden. Samtliga kostnader skulle alltså anses vara finansierade med offentliga medel.

67. Som Deutsche Post AG har gjort gällande i sina skriftliga inlagor tog kommissionen inte heller hänsyn till att när förluster som redovisas ett år inte kan kvittas mot egna medel kommer de i realiteten att, i ekonomiskt hänseende, föras över i nästkommande års resultat- och balansräkning. Kommissionen kunde följaktligen inte anse att underskottet av paketbefordran från dörr till dörr ”måste” ha finansierats genom överföringar från DB-Telekom [42].

68. På samma sätt delar jag förstainstansrättens uppfattning att kommissionens tillvägagångssätt företer brister vad gäller tidigare kostnader som övertagits från Deutsche Post AG. Betraktar man den stora omfattningen av Deutsche Post AG:s verksamhet – i synnerhet dess roll i egenskap av företag som uppdragits att tillhandahålla en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse – kan det inte vid första anblicken bortses från betydelsen av dessa kostnader som ärvts från den tidigare verksamheten. Som framgår av punkt 84 i den överklagade domen har kommissionen trots den tyska regeringens upplysningar härom inte gjort någon bedömning härav.

69. Vad slutligen beträffar de obestridliga svårigheter som kommissionen kan möta vid kontrollen av hur en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse har finansierats, noterar jag att det föreligger en skillnad mellan å ena sidan de svårigheter som hänför sig till de ekonomiska uppgifterna och bedömningen av dessa och, å andra sidan, de administrativa svårigheterna.

70. När det gäller svårigheterna beträffande de ekonomiska uppgifterna kan det inte uteslutas att den berörda medlemsstaten under vissa förhållanden saknar möjlighet att tillhandahålla kommissionen exakta uppgifter om exempelvis den företagsinterna fördelningen av de allmänna kostnaderna eller om vad som är en rimlig avkastning på det egna kapitalet, i den mån de hänför sig till olika verksamheter. Jag anser att det i ett sådant fall är möjligt att tillämpa en presumtion grundad på erfarenhet eller sunt förnuft.

42 — Kommissionens exempel med en enkelspårig järnväg är därmed inte relevant enligt min mening, eftersom systemet för att finansiera företaget inte utgör ett slutet system utan ett öppet sådant, med flera olika finansieringskällor, däribland även upptagande av lån.

71. När det gäller de administrativa svårigheterna har kommissionen, såsom förstainstansrätten slagit fast i punkt 75 i den överklagade domen, befogenhet att uppfordra medlemsstaten att inkomma med samtliga handlingar, uppgifter och upplysningar som krävs för att pröva huruvida stödet är förenligt med den gemensamma marknaden [43]. Det är endast om medlemsstaten trots föreläggandet från kommissionen underlåter att överlämna de upplysningar som begärts som kommissionen äger rätt att avsluta förfarandet och fatta beslut om huruvida stödet är förenligt eller oförenligt med den gemensamma marknaden på grundval av de tillgängliga uppgifterna. [44]

72. Om kommissionen inte har utfärdat ett föreläggande, är den således inte behörig att avsluta förfarandet och fatta beslut på grundval av tillgängliga uppgifter.

d) Förstainstansrättens resonemang

73. Beträffande argumentet att kommissionen inte har visat att Deutsche Post AG åtnjutit en fördel, har förstainstansrätten i punkt 78 i den överklagade domen erinrat om de olika leden i kommissionens resonemang i det omtvistade beslutet. Förstainstansrätten har i samma punkt också erinrat om den ståndpunkt som kommissionen framförde under den muntliga förhandlingen [45].

74. I motsats till vad kommissionen har hävdat i sitt överklagande anser jag, beträffande det resonemang som förstainstansrätten fört och som lett fram till att den i punkt 88 i den överklagade domen konstaterade att kommissionen inte visat att det förelåg en fördel, att rätten inte gett företräde åt sin egen beräkningsmetod. Rätten har i själva verket påvisat brister i kommissionens fullgörande av den bevisbörda som åvilar den vid undersökningar av statliga stöd.

75. Förstainstansrätten har prövat det sätt på vilket kommissionen förfarit i det aktuella fallet och konstaterat att denna underlåtit att kontrollera huruvida de belopp som DB-Telekom överfört överskred det belopp avseende nettomerkostnader som Deutsche Post AG konstaterat.

43 — Dom av den 14 februari 1990 i mål C-301/87, Frankrike mot kommissionen (REG 1990, s. I-307; svensk specialutgåva, volym 10, s. 303), punkterna 19 och 20 (nedan kallad domen i målet Broussac). Som förstainstansrätten har preciserat i punkt 75 i den överklagade domen, har dessa krav tagits in i rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget (EGT L 83, s. 1).

44 — Se domen i målet Broussac (ovan fotnot 43), punkt 22, och dom av den 29 mars 2007 i mål T-366/00, Scott mot kommissionen (REG 2007, s. II-797), punkt 144.

45 — Enligt denna ståndpunkt kunde kommissionen på goda grunder presumera att Deutsche Post AG hade tagit emot ett statligt stöd på 1 118,7 miljoner DEM eftersom klaganden inte hade bevisat att företaget täckt de nettomerkostnader som påstods följa av dess icke kostnadstäckande försäljningspolitik med andra medel än överföringarna från DB-Telekom.

76. Förstainstansrätten har således i enlighet med artikel 36 i domstolens stadga [46] klart och tydligt redovisat skälen till varför den funnit att kommissionens beslut var bristfälligt och opreciserat.

77. Dessutom ska det, när det gäller omfattningen av den kontroll som förstainstansrätten får göra, mot bakgrund av den rättspraxis som angetts ovan i punkterna 18–24, konstateras att rätten i punkt 90 i den överklagade domen korrekt erinrade om att det i princip inte är motiverat att tillerkänna kommissionen ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning av om en åtgärd ska betraktas som statligt stöd, såvida det inte föreligger särskilda omständigheter som orsakas av bland annat det ifrågavarande statliga ingripandets komplicerade beskaffenhet.

78. Rätten konstaterade sålunda på goda grunder i punkt 91 i den överklagade domen att även om kommissionen i rättspraxis har tillerkänts ett visst utrymme för skönsmässig bedömning då den beslutar om vilken metod som är lämpligast att använda för att förvissa sig om att det inte föreligger en korssubventionering till fördel för de konkurrensutsatta verksamheterna, är det likväl så att kommissionen, i enlighet med domen i det ovannämnda målet Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg, inte kunde anse att statliga medel som beviljats som ersättning för merkostnader som har samband med tillhandahållandet av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse utgör statligt stöd.

79. Av första meningen i punkt 91 i den överklagade domen framgår således klart att förstainstansrättens kritik riktas mot den rättsliga kvalificeringen och inte mot kommissionens bedömning av de faktiska omständigheterna.

80. Förstainstansrätten behövde alltså inte ta ställning till omfattningen av kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning och således inte heller till hur långt unionsdomstolens kontroll sträcker sig när det gäller bedömningen av de faktiska omständigheterna i målet. Utan att uttryckligen ta ställning till frågan huruvida det i det aktuella fallet rörde sig om komplicerade ekonomiska bedömningar eller inte, kritiserade rätten i andra meningen i punkt 91 i den överklagade domen kommissionen för att ha använt sig av en presumtion vid bedömningen av om det förelåg en fördel i den mening som avses i artikel 87.1 EG.

81. Förstainstansrätten har alltså hållit sitt resonemang inom ramarna för sin behörighet att utöva laglighetsprövning.

82. Jag anser följaktligen att förstainstansrätten, med hänsyn till vad som anförts ovan, inte på något sätt har åsidosatt bestämmelserna i artiklarna 87.1 EG, 86.2 EG och 230

46 — Tillämplig för förstainstansrätten i enlighet med artikel 53 i domstolens stadga.

EG. Inte heller har artikel 36 i domstolens stadga åsidosatts. Jag föreslår därför att domstolen ogillar talan i denna del.

B – *Den första grundens andra del*

1. Parternas argument

83. Kommissionen har med den första grundens andra del, med stöd av UPS, gjort gällande att förstainstansrätten begick ett fel när den kritiserade kommissionen för att inte ha undersökt samtliga bevis. Kommissionens kritik riktas således mot punkterna 78, 85, 86, 87 och 88 i den överklagade domen.

84. Kommissionen har i detta sammanhang berört bevisbördefrågan. Den har gjort gällande att det ankom på sökanden att i förfarandet vid förstainstansrätten bevisa att den av kommissionen tillämpade metoden var rättsstridig, och att kommissionen inte själv hade att bevisa att den metod som rätten tillämpat var ”omöjlig”.

2. Bedömning

85. Kommissionen har med denna del av den första grunden endast upprepat sina argument för att det fanns grund för den metod som den tillämpade vid fastställandet av att ett olagligt statligt stöd förelåg.

86. Med hänsyn till svaret på den första grundens första del, anser jag att kommissionens argument skulle kunna avfärdas utan vidare prövning.

87. Jag vill likväl göra följande kommentarer med anledning av de påståenden som kommissionen framfört.

88. Det är en allmän rättsprincip att den som vill göra gällande en rättighet vid domstol ska bevisa de faktiska omständigheter som utgör grundvalen för denna, en regel som ofta uttrycks med det berömda latinska ordspråket *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (bevisbördan åvilar den som påstår något och inte den som förnekar). [47]

47 — Förslag till avgörande av generaladvokaten Tizzano i mål C-526/04, Laboratoires Boiron (dom meddelad den 7 september 2006) (REG 2006, s. I-7529), punkt 68. För ett uttryckligt erkännande av att denna princip även äger giltighet i gemenskapens rättspraxis, se förstainstansrättens dom av den 10 maj 1990 i mål T-117/89, Sens mot kommissionen (REG 1990, s. II-185), punkt 20. Se även dom av den 28 juni 1988 i mål 3/86, kommissionen mot Italien (REG 1988, s. 3369), punkt 13, och av den 5 oktober 1989 i mål 290/87, kommissionen mot Nederländerna (REG 1989, s. 3083), punkterna 11 och 20.

89. Förstainstansrättens tillämpning av bestämmelserna om bevisbördan var alltså korrekt med hänsyn till att det är kommissionen som har att bevisa att de ifrågavarande åtgärderna utgjorde ett olagligt statligt stöd.

90. Förstainstansrätten har för övrigt, mot bakgrund av uppgifterna i handlingarna i målet, funnit att kommissionen underlåtit att kontrollera huruvida DB-Telekoms totala överföringar var lägre än de totala merkostnader som föranletts av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse.

91. Förstainstansrätten har därmed gjort en bedömning av de faktiska omständigheterna och på grundval av denna funnit att det inte bevisats att det förelåg något olagligt statligt stöd. En sådan bedömning utgör inte, med undantag för då förstainstansrätten missuppfattat bevisningen, någon rättsfråga som är underställd domstolens kontroll [48].

92. Eftersom kommissionen inte har hävdat att bevisningen på något sätt har missuppfattats anser jag inte att domstolen ska bifalla talan på den första grundens andra del.

48 — Se, bland annat, dom av den 11 november 2004 i mål C-186/02 P Ramondín m.fl. mot kommissionen (REG 2004, s. I-10653), punkt 46.

C – *Den första grundens tredje del*

1. Parternas argument

93. Efter att ha anfört att förstainstansrättens resonemang i den överklagade domen var bristfälligt eftersom den inte förklarade varför det omtvistade beslutet var rättsstridigt, har kommissionen hävdat att förstainstansrättens argument inte har sin grund i vad parterna har åberopat eller i det omtvistade beslutet. Enligt kommissionen är förstainstansrättens prövning behäftad med ett metodologiskt fel vilket illustreras av det faktum att rätten grundade sitt resonemang på ett påstående av kommissionens ombud under förhandlingen. Enligt kommissionen visar inledningen i punkt 79 i den överklagade domen, där ordet ”följaktligen” förekommer, att förstainstansrätten har tillmätt detta påstående en avgörande betydelse.

94. Kommissionen har dessutom med stöd av BIEK och UPS för det första hävdat att vissa av förstainstansrättens konstateranden strider mot innehållet i handlingarna i målet. Kommissionen har anfört att ”i motsats till vad förstainstansrätten konstaterat i punkt 82 i den överklagade domen, anges klart i beslutet att ’det saknades grund för de upplysningar som Förbundsrepubliken Tyskland lämnat, enligt vilka sektorn för pakettjänster från dörr till dörr utgjorde en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse’”. Kommissionen har dock understrukit att den i punkt 76 i det omtvistade beslutet hade konstaterat att pakettjänsterna från dörr till dörr inte omfattades

av befordringsskyldigheten och således inte heller av uppdraget att tillhandahålla en allmännyttig tjänst.

95. För det andra anser kommissionen att förstainstansrättens resonemang i den andra delen av punkt 82 i den överklagade domen är felaktigt, eftersom rätten där slagit fast att kommissionen åtminstone implicit skulle ha erkänt att Deutsche Post AG förutom de nettomerkostnader som dess icke kostnadstäckande försäljningspolitik genererat, även hade nettomerkostnader som härrörde från fullgörandet av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse.

2. Bedömning

96. Vad gäller kommissionens inledande påstående, att förstainstansrätten i punkt 78 *in fine* i den överklagade domen skulle ha tillmätt den av kommissionens ombud under förhandlingen företrädda uppfattningen avgörande betydelse, konstaterar domstolen endast att rätten tog fasta på denna uppfattning i syfte att bekräfta motiveringen i det omtvistade beslutet, vilken återgetts i inledningen av nämnda punkt i den överklagade domen. Kommissionen har under alla förhållanden inte hävdat att detta påstående var felaktigt.

97. Genom den första grundens tredje del har kommissionen bland annat hävdat att förstainstansrätten missuppfattat delar av handlingarna i målet om ogiltigförklaring. Detta utgör en rättsfråga vilken som sådan ska prövas av domstolen, varför den nu ska behandlas här.

98. För att besvara frågan huruvida förstainstansrätten har missuppfattat uppgifter i handlingarna i målet ska texten i punkt 82 i den överklagade domen och texten i den relevanta passagen i det omtvistade beslutet studeras.

99. För det första framgår det av handlingarna i målet att sektorn för pakettjänster från dörr till dörr var uppdelad i två segment, nämligen segmentet avseende företagskunder som själva sorterar eller lämnar in en viss minimimängd paket, och postordersegmentet.

100. I punkt 76 i det omtvistade beslutet förklarade kommissionen att enligt 2 § stycke 2 punkt 3 i förordningen om obligatoriska posttjänster (Postdienst-Pflichtleistungsverordnung) omfattar den allmänna transportskyldigheten

inte småförsändelser för vilka specialvillkor gäller enligt särskilda överenskommelser med självbetjäningskunder eller kunder med samarbetsavtal [49].

101. Även om det skulle kunna tillstås att kommissionen sålunda ansett att vissa prestationer som omfattas av den första delen av sektorn för pakettjänster från dörr till dörr inte ingår i en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, anser jag likafullt att förstainstansrätten i första delen av punkt 82 i den överklagande domen endast angett att kommissionen inte har invänt mot de upplysningar som den tyska regeringen tillhandahållit [50].

102. I motsats till vad kommissionen hävdat har förstainstansrätten alltså inte på något sätt missuppfattat den ståndpunkt som kommissionen redovisat i det omtvistade beslutet.

103. Vad för det andra beträffar den andra delen av punkt 82 i den överklagade domen kan förstainstansrättens formulering visserligen förefalla oprecis.

104. Av rättens resonemang framgår dock klart att det kritiserade konstaterandet avser citatet ur punkt 73 i det omtvistade beslutet [51], där kommissionen anförde att Deutsche Post AG åsamkades nettomerkostnader som endast till mycket liten del saknade samband med fullgörandet av skyldigheter avseende en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse.

105. Förstainstansrätten kunde således dra slutsatsen att kommissionen inte uteslutit att Deutsche Post AG åsamkades nettomerkostnader för fullgörandet av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ogillar talan även såvitt avser denna del av den första grunden.

49 — Punkt 76: ”Enligt de officiella övervägandena vad gäller PPflV är, enligt § 2.2 punkt 3 i denna, de småförsändelser slutligen undantagna från den allmänna transportskyldigheten, för vilka specialvillkor träffas inom ramen för särskilda överenskommelser med vissa kunder – t.ex. självbetjäningskunder eller kunder med samarbetsavtal. Enligt de officiella övervägandena kan dessa företagskunder undantas från transportskyldigheten, eftersom det rått en fungerande konkurrens inom detta område, vilken gör transportskyldigheten överflödig.”

50 — Punkt 82: ”Förstainstansrätten finner således, såsom kommissionen för övrigt har bekräftat i sina skrivelser, dels att kommissionen inte konstaterade i det [omtvistade] beslutet att det saknades grund för de upplysningar som Förbundsrepubliken Tyskland lämnat, enligt vilka sektorn för pakettjänster från dörr till dörr utgjorde en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, dels att kommissionen åtminstone underförstått medgav att [Deutsche Post AG], förutom de nettomerkostnader som hade uppkommit till följd av bolagets icke kostnadstäckande försäljningspolitik, även hade haft nettomerkostnader som faktiskt hade samband med tillhandahållandet av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse (nedan kallade de icke ifrågasatta nettomerkostnaderna).”

51 — Citat ur punkt 81 i den överklagade domen.

V – Kommissionens andra grund

1. Parternas argument

106. Kommissionen har, med stöd av BIEK och UPS, med denna grund hävdat att förstainstansrätten satte sig i kommissionens ställe när den i stället för kommissionen företog en undersökning som kommissionen inte vid något tillfälle gjort. Enligt kommissionen prövade rätten i punkterna 97–109 i den överklagade domen uppgifter som inte prövats i det omtvistade beslutet, och vars riktighet inte kontrollerats.

107. Kommissionen har med stöd framför allt av BIEK kritiserat förstainstansrätten för att ha jämfört de bokförda resultaten med de statliga ersättningsutbetalningarna och återföringarna. Enligt kommissionen har rätten härav dragit slutsatsen att underprissättningen inte hade kunnat finansieras med offentliga medel eftersom den ekonomiska ersättningen uppgående till 11 081 miljoner DEM var lägre än den bokförda förlusten på 4 945 miljoner DEM och återföringarna på 10 104 miljoner DEM.

108. Enligt kommissionen är detta resonemang felaktigt av flera skäl.

109. Enligt sökanden har förstainstansrätten för det första inte visat att Deutsche Post AG skulle ha kunnat överleva ekonomiskt utan ekonomisk ersättning. För att Deutsche Post AG skulle kunna anses kapabelt att finansiera kostnaderna för underprissättningen med egna medel utan tillskott av offentliga medel måste detta emellertid bevisas.

110. Denna fråga kan vidare inte besvaras med ledning av förstainstansrättens analys av den ekonomiska redovisningen. Enligt kommissionen kan det sätt på vilket underprissättningen finansierats nämligen bara fastställas efter att det undersökts vilka medel som fanns disponibla. Frågan är alltså inte om ersättningsutbetalningarna översteg eller understeg den bokförda förlusten, utan huruvida de tillförde Deutsche Post AG tillräckligt med kontanter för att det skulle ha ett kassaflöde som kunde finansiera dess illojala prispolitik.

111. Kommissionen har dessutom påpekat att kassaflödesanalysen borde sträcka sig längre än till år 1995 samt har hävdat att förstainstansrätten tycks ha lagt återföringarna till kostnaderna, vilket ökar den bokförda förlusten. Återföringarna kan dock enligt kommissionen inte anses utgöra ordinära kostnader

eftersom de fyller en dubbel funktion genom att ersätta skatter och utdelningar [52].

112. Kommissionen har slutligen hävdat att det krävs att intäkter och kostnader diskonteras till ett och samma år för att resultat eller kassaflöden ska kunna jämföras över flera år.

2. Bedömning

113. Kommissionen har med sin andra grund, vilken med hänsyn till sitt föremål ska anses utgöra en egen grund, anmärkt på vad förstainstansrätten anfört som *obiter dictum* när den prövade frågan huruvida DB-Telekoms överföringar ledde till att Deutsche Post AG, med hänsyn till de förluster det redovisade åren 1990–1995, kunde täcka de påstådda nettomerkostnaderna för dess icke kostnadstäckande försäljningspolitik åren 1994–1999.

114. Jag erinrar i detta hänseende om att en grund som riktas mot ett *obiter dictum* ska anses verkningslös om den inte kan leda till att domen upphävs [53]. Grunder som åberopas för att ifrågasätta domskäl som inte utgör den nödvändiga rättsgrunden för domslutet ska inte heller beaktas [54].

115. För det fall domstolen skulle finna att det inte är ställt utom tvivel att denna del av förstainstansrättens domskäl utgör *obiter dictum*, oaktat påståendet härom i punkt 97 i den överklagade domen, bör man enligt min mening föra ett alternativt resonemang.

116. Förstainstansrätten har i förevarande fall överskridit gränserna för kontrollen av kommissionens beslut genom att använda sig av ekonomiska uppgifter i handlingarna i målet för att lägga fram sin egen beräkning.

117. Jag anser att sådana övningar i princip inte utgör en uppgift som åvilar unionsdomstolarna i mål om laglighetsprövning. Om så vore fallet skulle det, enligt min mening, föreligga en synnerligen betydande risk för att förstainstansrätten ersätter kommissionens bedömning med sin egen, och att den i motsvarande mån rättsstridigt inkräktar på

52 — Jag noterar i detta avseende att kommissionen i förevarande mål har grundat sin talan på ett påstått konstant underskott under den aktuella perioden. Exigibla skatter och utdelningar betalas dock normalt med vinst under löpande räkenskapsår.

53 — Dom av den 28 juni 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C 213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen (REG 2005, s. I-5425), punkt 148, och av den 13 september 2007 i mål C-443/05, Common Market Fertilizers mot kommissionen (REG 2007, s. I-7209), punkt 137. Se även, i fråga om huruvida ett av domskälen räcker för att motivera domslutet i förstainstansrättens dom, dom av den 28 oktober 2004 i mål C-164/01, van den Berg mot rådet och kommissionen (REG 2004, s. I-10225), punkt 60, och beslut av den 28 september 2006 i mål C-552/03 P, Unilever Bestfoods mot kommissionen (REG 2006, s. I-9091), punkt 148, och av den 13 mars 2007 i mål C-150/06 P, Arizona Chemical m.fl. mot kommissionen (REG 2007, s. I-39), punkt 47.

54 — Dom av den 2 juni 1994 i mål C-326/91, de Compte mot parlamentet (REG 1994, s. I-2091), punkterna 107 och 123.

kommissionens utrymme för skönsmässiga bedömningar [55].

118. Jag konstaterar följaktligen att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den i punkterna 103–108 i den överklagade domen ersatte kommissionens bedömning med sin egen genom att analysera de ekonomiska uppgifterna om huruvida DB-Telekoms överföringar kunde täcka de merkostnader som föranletts av den icke kostnadstäckande försäljningspolitik som Deutsche Post AG förde mellan åren 1994 och 1999.

119. Likafullt anser jag att den motivering som föregår punkt 97 i den överklagade domen utgör en självständig och avgörande rättslig grund på vilken ogiltigförklaringen av det omtvistade beslutet med giltig verkan kan baseras.

120. Även om det således finns fog för den andra grunden kan detta inte leda till att den överklagade domen ifrågasätts i den del den avser ogiltigförklaringen av det omtvistade beslutet, eftersom denna ogiltigförklaring grundas på bedömningen att kommissionen inte förmått visa att DB-Telekoms överföringar inneburit en fördel för Deutsche Post AG i den mening som avses i artikel 87.1 EG. [56]

VI – De grunder som anförts av övriga parter i målet

A – *Yttranden av de parter som intervenerat till stöd för kommissionen*

121. Förutom att de har stött kommissionens argument har såväl BIEK som UPS anfört egna argument, vilka visserligen i stora delar överensstämmer med kommissionens.

122. Dessa argument avser i huvudsak påståendet om att förstainstansrätten åsidosatt de principer som följer av domen i målet Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg, genom att inte slå fast att inget av de krav som enligt den domen gäller för att bestämmelserna om statliga stöd inte ska vara tillämpliga på ersättningar som erhållits

55 — Se, för ett liknande resonemang, punkterna 89 och 90 i generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande av den 17 september 2009 i mål C-441/07 P, kommissionen mot Alrosa (målet är anhängigt vid domstolen).

56 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet kommissionen mot Tetra Laval (ovan fotnot 9), punkt 89.

för tillhandahållandet av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, var uppfyllda. BIEK har även hävdat att förstainstansrätten har bortsett från de villkor som uppställs i domen i det ovannämnda målet BUPA m.fl. mot kommissionen.

B – *Bedömning*

123. BIEK har i närmare avseende hävdat att förstainstansrätten inte har beaktat de bestämmelser som reglerar bevisbördan eftersom den, i punkt 86 i den överklagade domen, har kritiserat kommissionen för att inte ha försäkrat sig om att gjorda överföringar beloppsmässigt inte översteg de nettomerkostnader som föranleddes av fullgörandet av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse.

125. Vad först beträffar påståendet att förstainstansrätten inte har följt domen i det ovannämnda målet Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg konstaterar jag att förstainstansrätten i punkterna 68–74 i den överklagade domen korrekt har erinrat om tillämplig rättspraxis avseende bedömningen av begreppet statligt stöd respektive rättspraxis avseende frågan om ersättning för att finansiera skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster. Rätten citerade bland annat de villkor som uppställs i domen i det ovannämnda målet Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg.

124. UPS har å sin sida hävdat att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att finna att det stöd som Deutsche Post AG beviljats utgjorde en ”ersättning” för en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse (punkt 73 i den överklagade domen), utan att därvid kontrollera om dessa tjänster verkligen var tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. UPS har dessutom anfört att förstainstansrätten underlåtit att tillämpa villkoren enligt domen i det ovannämnda målet Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg vid dess fastställande av att kommissionen inte hade visat att DB-Telekoms överföringar hade inneburit en fördel för Deutsche Post AG (punkt 88 i den överklagade domen).

126. Jag konstaterar dock att förstainstansrättens analys avser det omtvistade beslutets laglighet.

127. Förstainstansrätten har nämligen i punkt 94 i den överklagade domen erinrat om att kommissionen i det omtvistade beslutet endast konstaterade att de nettomerkostnader som uppkommit till följd av

Deutsche Post AG:s icke kostnadstäckande försäljningspolitik inte kunde bli föremål för en ersättning. Däremot varken undersökte eller visade kommissionen att Deutsche Post AG inte hade haft andra nettomerkostnader i samband med tillhandahållandet av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse för vilka bolaget hade rätt att få ersättning i form av de sammanlagda överföringarna från DB-Telekom, på de villkor som anges i domen i det ovan i punkt 57 nämnda målet Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg.

128. Rätten har följaktligen i punkt 95 i den överklagade domen på goda grunder funnit att eftersom kommissionen inte hade gjort någon undersökning eller bedömning i detta avseende, ankom det inte på gemenskapsdomstolen att anta kommissionens roll och att i dess ställe göra en undersökning som denna inte vid något tillfälle utfört, eller att bedöma vilka slutsatser kommissionen skulle ha dragit av en sådan undersökning.

129. Vad slutligen angår frågan huruvida bestämmelser som reglerar bevisbördan har åsidosatts och huruvida förstainstansrätten gjort en felaktig bedömning av vilket slags tjänst Deutsche Post AG tillhandahållit, svarar dessa grunder mot den andra och den tredje delen av kommissionens första grund. Det saknas därmed anledning att pröva dessa ännu en gång.

VII – Avslutande anmärkningar

130. Jag anser att tillämpningen av en sådan ersättningsmetod, med avseende på finansieringen av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, som den som domstolen har valt i sin rättspraxis, utesluter alla metoder som inte innefattar en beräkning som gör det möjligt att identifiera kostnaderna för denna tjänst och att jämföra dessa kostnader med de belopp som utbetalats i ersättning. För det fall domstolen emellertid skulle välja någon variant av statsstödsmetoden kan det inte uteslutas att det ifrågavarande stödet med hänsyn till det mottagande företagets konkurrensbegränsande handlande ska anses oförenligt med den inre marknaden. Jag anser dock att ersättningsmetoden redan är väl etablerad i rättspraxis och att den till följd av domen i målet Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg är mer motiverad än dessa alternativ.

131. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen i alla delar ogillar kommissionens överklagande och anslutningsöverklagandet samt förpliktar kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

VIII – Förslag till avgörande

132. Jag föreslår sammanfattningsvis att domstolen

— ogillar Europeiska kommissionens överklagande och anslutningsöverklagandet i alla delar, och

— förpliktar Europeiska kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.