

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
A. TIZZANO

van 12 december 2002 ¹

1. In de onderhavige zaken gaat het om een hogere voorziening die is ingesteld door de Franse Republiek, de vennootschap Chronopost en La Poste tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 14 december 2000 in de zaak T-613/97, Ufex e.a./Commissie (hierna: „bestreden arrest”) ², voorzover daarbij artikel 1 van beschikking 98/365/EG van de Commissie van 1 oktober 1997 inzake de steun die Frankrijk aan SFMI-Chronopost zou hebben verleend (hierna: „bestreden beschikking”) ³, nietig is verklaard.

Feiten en procedure

De klacht van SFEI en de relaties tussen La Poste en SFMI-Chronopost

2. Het ingewikkelde feitencomplex dat ten grondslag ligt aan de hier te onderzoeken zaken dateert van meer dan tien jaar geleden en vindt zijn oorsprong in een

klacht die in december 1990 bij de Commissie werd ingediend. Dienaangaande luidt het bestreden arrest met name als volgt:

„1. Het Syndicat français de l'express international (hierna: 'SFEI'), waarvan verzoekster, de Union française de l'express, rechtsopvolgster is en waarvan de drie andere verzoeksters lid zijn, is een ondernemersvereniging naar Frans recht waarin nagenoeg alle vennootschappen die met de Société française de messagerie internationale (hierna: 'SFMI') concurrerende snelpostdiensten aanbieden, verenigd zijn.

2. Op 21 december 1990 diende SFEI bij de Commissie een klacht in op grond dat, met name, de logistieke en commerciële steun van de Franse post (hierna: 'La Poste') aan SFMI staatssteun vormde in de zin van artikel 92 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 87 EG). In de klacht werd er voornamelijk tegen geprotesteerd, dat de vergoeding die SFMI voor de steun van La Poste betaalde niet overeenkwam met de normale marktvoorwaarden. Het verschil tussen de marktprijzen

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

2 — Jurispr. blz. II-4055.

3 — PB 1998, L 164, blz. 37.

voor dergelijke diensten en de door SFMI daadwerkelijk betaalde prijs zou staatssteun vormen. Een economische analyse van het consultantsbureau Braxton was bij de klacht gevoegd teneinde het steunbedrag gedurende de periode 1986-1989 te schatten.

dienst die SFMI onder de naam EMS/Chronopost verzorgde, waren neergelegd in een instructie van het Ministerie van Posterijen en Telecommunicatie van 19 augustus 1986. Volgens deze instructie zou La Poste SFMI logistieke en commerciële bijstand verlenen. De contractuele verhoudingen tussen La Poste en SFMI zijn vastgelegd in overeenkomsten, waarvan de eerste in 1986 werd gesloten.

3. La Poste, die in het kader van een wettelijke monopolie in de sector van de gewone postdienst werkzaam is, maakte tot eind 1990 deel uit van de Franse overheid. Met ingang van 1 januari 1991 heeft zij overeenkomstig de bepalingen van wet 90-568 van 2 juli 1990 de vorm van een publiekrechtelijke rechtspersoon gekregen. Op grond van deze wet mag zij bepaalde, voor de mededinging openstaande activiteiten verrichten, met name de snelpostdienst.
4. SFMI is een privaatrechtelijke vennootschap waaraan La Poste sinds eind 1985 het beheer van de snelpostdienst heeft toevertrouwd. Deze onderneming is opgericht met een maatschappelijk kapitaal van 10 miljoen FRF, verdeeld over Sofipost (66 %), een financieringsmaatschappij waarvan La Poste alle aandelen bezit, en TAT Express (34 %), een dochtermaatschappij van de luchtvaartmaatschappij Transport aérien transrégional (hierna: „TAT”).
5. De regels voor de exploitatie en het op de markt aanbieden van de snelpost-
6. In 1992 werd de structuur van de door SFMI geboden snelpostdienst gewijzigd. Sofipost en TAT richtten een nieuwe vennootschap op, Chronopost SA, waarvan zij wederom 66 respectievelijk 34 % van de aandelen bezaten. Chronopost, die tot 1 januari 1995 over een exclusieve toegang tot het net van La Poste beschikte, concentreerde zich op de nationale snelpost. SFMI werd overgenomen door GD Express Worldwide France, dochtermaatschappij van een internationale gemeenschappelijke onderneming, waartoe de Australische vennootschap TNT en de posterijen van vijf landen behoren, welke concentratie is goedgekeurd bij een beschikking van de Commissie van 2 december 1991 (TNT/Canada Post, DBP Postdienst, La Poste, PTT Poste en Sweden Post, zaak IV/M.102, PB C 322, blz. 19). SFMI behield de internationale activiteit en gebruikte Chronopost als tussenpersoon en dienstverrichter bij de behandeling in Frankrijk van haar internationale verzendingen (hierna: „SFMI-Chronopost”).

Het beroep bij het Tribunal de Commerce de Paris en het prejudiciële verzoek

De procedure bij de Commissie en de bestreden beschikking

3. Uit het bestreden arrest blijkt eveneens dat, naast hun bij de Commissie ingediende klacht, „SFEI en andere ondernemingen [op 16 juni 1993] bij het Tribunal de Commerce de Paris beroep [instelden] tegen SFMI, Chronopost, La Poste en andere. Daarbij was een tweede studie van het bureau Braxton gevoegd, waarin de gegevens van het eerste onderzoek waren bijgewerkt en de geschatte periode waarin steun was verleend was uitgebreid tot eind 1991. Bij vonnis van 5 januari 1994 stelde het Tribunal de Commerce de Paris het Hof een aantal prejudiciële vragen over de uitlegging van de artikelen 92 en 93 EG-Verdrag (thans artikel 88 EG), waarvan er een betrekking had op het begrip staatssteun in de omstandigheden van de onderhavige zaak. De Franse regering legde het Hof in bijlage bij haar opmerkingen van 10 mei 1994 een economische studie van het bureau Ernst & Young over. Bij arrest van 11 juli 1996, SFEI e.a. (C-39/94, Jurispr. blz. I-3547; hierna: „arrest SFEI”), verklaarde het Hof voor recht, dat „het verlenen van logistieke en commerciële steun door een openbare onderneming aan haar privaatrechtelijke dochterondernemingen die een activiteit uitoefenen die openstaat voor de vrije mededinging, als staatssteun in de zin van artikel 92 van het Verdrag kan worden aangemerkt indien de ontvangen financiële tegenprestatie lager is dan die welke onder normale marktvoorwaarden zou zijn verlangd.” (punt 9).

4. Met betrekking tot de procedure betreffende de gestelde steun ten gunste van SFMI-Chronopost⁴ blijkt uit het bestreden arrest dat de Commissie, na de procedure te hebben gestaakt en vervolgens te hebben heropend⁵, in de loop van 1993 verschillende malen inlichtingen van de Franse autoriteiten heeft ontvangen.⁶ Kort vóór het bovengenoemde arrest SFEI in zaak C-39/94 „was de Franse Republiek bij brief van de Commissie van 20 maart 1996 op de hoogte gesteld van de inleiding van de procedure van artikel 93, lid 2, van het Verdrag”.⁷

5. Zowel de Franse regering als SFEI hebben bij de Commissie opmerkingen ingediend met betrekking tot de beschikking tot inleiding van de procedure, en hebben hierbij studies gevoegd die zij voor eigen rekening door erkende adviesbureaus hadden laten verrichten.⁸ Bij die gelegenheid „breidde SFEI zijn klacht van december

4 — Evenals in de beschikking van de Commissie, wordt in deze conclusie „steeds de naam „SFMI-Chronopost” gebruikt, zelfs wanneer slechts een van beide ondernemingen wordt bedoeld”.

5 — Punt 7 van het bestreden arrest vermeldt met name dat „de Commissie [bij brief van 10 maart 1992] SFEI [inreedde], dat zij had besloten aan de klacht inzake artikel 92 van het Verdrag geen gevolg te geven. Op 16 mei 1992 stelden SFEI en andere ondernemingen bij het Hof beroep tot nietigverklaring van deze beschikking in. Na de beschikking van de Commissie van 9 juli 1992 tot intrekking van de beschikking van 10 maart 1992 oordeelde het Hof, dat op de zaak niet behoefde te worden beslist (beschikking Hof van 18 november 1992, C-222/92, SFEI e.a./Commissie, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie)”.

6 — Zie met name punt 8 van het arrest.

7 — Punt 10 van het arrest; in punt 11 wordt er vervolgens op gewezen dat op 17 juli 1996 een mededeling met betrekking tot de inleiding van de procedure in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* is bekendgemaakt (PB C 206, blz. 31).

8 — Zie punten 10, 12 en 13 van het bestreden arrest.

1990 uit met nieuwe gegevens, met name het gebruik van het merk van La Poste, de bevoorrechte toegang tot de uitzendingen van Radio France, douane- en belastingvoordelen en investeringen van La Poste in besteldienstplatformen”.⁹

6. Nadat het onderzoek was afgesloten, gaf de Commissie op 1 oktober 1997 de bestreden beschikking waarin zij vaststelde dat „[d]e door de Franse posterijen aan hun dochteronderneming SFMI-Chronopost verleende logistieke en commerciële bijstand, de overige transacties tussen deze beide ondernemingen, de betrekking tussen SFMI-Chronopost en Radio France, de op de Franse posterijen en SFMI-Chronopost toepasselijke douaneregeling, de op de Franse posterijen toepasselijke loonbelasting- en zegelrechtregeling en hun investering van [...] in besteldienstenplatformen [...] geen staatssteun ten behoeve van SFMI-Chronopost [vormen]”.¹⁰

7. In het kader van deze conclusie beperkt ik mij tot de „logistieke en commerciële bijstand” en herinner ik eraan dat deze, volgens de toelichtingen van de Commissie, het volgende inhield: i) „logistieke bijstand van La Poste, en wel door de infrastructuur van de posterijen ter beschikking van SFMI-Chronopost te stellen voor het ophalen, sorteren, vervoeren en bezorgen van haar verzendingen”; ii) commerciële bijstand, dat wil zeggen „de toegang van SFMI-Chronopost tot de klantenkring van La Poste en de inbreng door laatstgenoemde van haar goodwill.”

8. Volgens de bestreden beschikking was de klager van mening dat „de Commissie, om vast te stellen of er al dan niet van staatssteun sprake [was, had moeten] onderzoeken of SFMI-Chronopost voor de logistieke en commerciële diensten die haar door de Franse posterijen zijn verleend, de „normale marktprijs” [had] betaald, dat wil zeggen „de prijs waartegen een vergelijkbare particuliere onderneming dezelfde diensten zou verlenen aan een onderneming waarmee zij geen band heeft”. Hierbij had de „Commissie geen rekening [...] moeten houden met de strategische belangen van het concern en evenmin met de schaalvoordelen die voortvloeien uit de bevoorrechte toegang van SFMI-Chronopost tot het netwerk en de infrastructuur van de Franse posterijen”, aangezien deze een monopoliepositie zouden hebben. Om die reden, aldus de klager, zou „SFMI-Chronopost [...] dezelfde kosten [hebben] moeten dragen als een particuliere onderneming om een soortgelijk netwerk als dat van de Franse posterijen te creëren.”

9. De Commissie heeft deze argumenten van de hand gewezen met de opmerking dat „[g]een enkel element in de rechtspraak van het Hof [...] de gedachte [ondersteunde] dat de Commissie de strategische overwegingen of de synergieën die voortvloeien uit het feit dat de Franse posterijen en SFMI-Chronopost tot hetzelfde concern behoren, [had] moeten negeren. [...] Het feit dat de transactie [is geschied] tussen een onderneming die op een gesloten markt opereert, en haar dochteronderneming die haar activiteiten uitoefent op een markt die voor mededinging openstaat, [was] in de onderhavige zaak van geen belang”. Bijgevolg diende volgens de Commissie „de vraag te worden gesteld of de voorwaarden van de transactie tussen de Franse posterijen en SFMI-Chronopost vergelijkbaar [waren] met die van

9 — Punt 12 van het bestreden arrest.

10 — Artikel 1 van het dispositief.

een gelijkwaardige transactie tussen een particuliere moedermaatschappij, die zeer wel een monopoliepositie kan innemen (bijvoorbeeld omdat zij exclusieve rechten bezit), en haar dochteronderneming". Deze vraag kon evenwel „niet worden beantwoord door het ‚normale marktprijs’-criterium toe te passen dat door de klager is aangevoerd, want dit criterium [ging] voorbij aan het feit dat de transactie tussen twee tot hetzelfde concern behorende ondernemingen [is geschied]".

10. De Commissie was vervolgens van oordeel dat „de interne prijzen waartegen de producten en diensten tussen ondernemingen van hetzelfde concern worden uitgewisseld, geen enkel financieel voordeel verschaffen, indien het prijzen betreft die berekend zijn aan de hand van de integrale kosten (dat wil zeggen de totale kosten plus een vergoeding voor het eigen vermogen)". De Commissie heeft dit criterium op het onderhavige geval toegepast en heeft opgemerkt:

„In het onderhavige geval dekten de betalingen van SFMI-Chronopost niet de totale kosten gedurende de eerste twee jaren dat de onderneming operationeel was; de kosten van het hoofdkantoor en van de regionale directies werden niet gedekt. De Commissie is van oordeel dat deze situatie niet abnormaal is, gezien het feit dat de inkomsten uit de activiteiten van een nieuwe onderneming die tot een concern behoort, tijdens de aanloopfase slechts de variabele kosten kunnen dekken. Wanneer eenmaal de onderneming zich een stabiele marktpositie heeft verworven, moeten haar inkomsten hoger zijn dan de variabele kosten, zodat zij een bijdrage levert in het

dekken van de vaste kosten van het concern. Tijdens de eerste twee boekjaren (1986 en 1987) dekten de betalingen van SFMI-Chronopost niet slechts de variabele kosten, maar ook bepaalde vaste kosten (bijvoorbeeld onroerende goederen en voertuigen). Frankrijk heeft aangetoond dat vanaf 1988 de vergoeding die door SFMI-Chronopost voor de aan haar verleende bijstand is betaald, alle door de Franse posterijen gemaakte kosten dekt, en een bijdrage levert aan de vergoeding van het eigen vermogen."

11. Bijgevolg kwam de Commissie tot de slotsom dat „de logistieke en commerciële bijstand door de Franse posterijen tegen normale marktvoorwaarden aan hun dochteronderneming [werd] verleend en [...] deze geen staatssteun [vormde]".

12. De Commissie heeft vervolgens deze conclusie bevestigd door middel van een andersoortige analyse, namelijk door na te gaan „of het gedrag van de Franse posterijen als aandeelhouder van SFMI-Chronopost uit commercieel oogpunt te rechtvaardigen [was] in het licht van het beginsel van de investeerder in een markteconomie". Dienaangaande heeft zij in het bijzonder opgemerkt:

„Volgens dit beginsel dient te worden onderzocht of een onderneming de benodigde middelen op de particuliere kapitaalmarkt had kunnen verwerven, om vast te stellen of een transactie tussen een lidstaat en deze onderneming elementen van staatssteun omvat. Om te bepalen of de Franse

posterijen zich als een investeerder in een markteconomie hebben gedragen, moet de Commissie het rendement voor de moedermaatschappij in termen van dividend en kapitaalaanwas onderzoeken. Er is geen sprake van staatssteun indien het interne rentabiliteitspercentage van de investering hoger is dan de kapitaalkosten van de onderneming (dat wil zeggen het normale rentabiliteitspercentage dat een particuliere investeerder in soortgelijke omstandigheden zou verlangen).”

13. In het onderhavige geval heeft de Commissie bijgevolg „het interne rentabiliteitspercentage [berekend] en [...] het [vergeleken] met de kosten van de eigen middelen van SFMI-Chronopost in 1986 [...], het jaar waarin de onderneming werd opgericht en operationeel werd, waardoor zij kon onderzoeken of de rentabiliteit van de investering in haar geheel voldoende was”. Zij kwam tot de conclusie dat het aldus berekende interne rentabiliteitspercentage „veel hoger [was] dan de kapitaalkosten in 1986” en leidde hieruit af dat de „financiële transacties tussen de Franse posterijen en hun dochteronderneming in de periode 1986-1991 [...] derhalve geen steunelementen [omvatten]”, hetgeen volgens haar „a fortiori [geldt] voor de jaren na 1991, toen het dividendbedrag hoger was dan daarvoor”.

Het beroep bij het Gerecht en het bestreden arrest

14. Bij op 30 december 1997 neergelegd verzoekschrift hebben Ufex, DHL International, Federal Express en CRIE bij het

Gerecht van eerste aanleg beroep ingesteld tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie. De Commissie, aan wier zijde achtereenvolgens de Franse regering, La Poste en Chronopost hebben geïnterveneerd, heeft uiteraard geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

15. Volgens het bestreden arrest voerden „[v]erzoeksters [...] vier middelen tot staving van hun beroep aan”: i) „schending van het recht van verweer, met name het recht op toegang tot het dossier”; ii) „ontoereikende motivering”; iii) „dwaling ten aanzien van de feiten en kennelijke beoordelingsfouten” en iv) „schending van het begrip staatssteun”.¹¹

16. In het onderhavige kader is met name het vierde middel van belang, ten aanzien waarvan in het arrest wordt opgemerkt: „Dit middel bestaat uit twee onderdelen. De Commissie zou het begrip staatssteun hebben miskend, in de eerste plaats door bij het onderzoek van de vergoeding voor de bijstand van La Poste aan SFMI-Chronopost geen rekening te houden met de normale marktvoorwaarden, en in de tweede plaats door van dit begrip een aantal maatregelen uit te sluiten waarvan SFMI-Chronopost zou hebben geprofiteerd”.¹² Het eerste onderdeel van dit middel is door het Gerecht gegrond verklaard op basis van een juridische beoordeling die centraal staat in de grieven die in het kader van de onderhavige hogere voorziening naar voren zijn gebracht.

¹¹ — Punt 37.

¹² — Punt 39.

17. Dienaangaande heeft het Gerecht verklaard:

„64. Artikel 92, lid 1, van het Verdrag heeft tot doel, te voorkomen dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed door tegemoetkomingen van overheidswege die — in verschillende vormen — de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen (arresten Hof van 15 maart 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, Jurispr. blz. I-877, punt 12, 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, Jurispr. blz. 709, punt 26, en SFEI, punt 58).

65. Het begrip steun omvat daarom niet alleen positieve prestaties zoals subsidies, maar ook maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor — zonder subsidies in de strikte zin van het woord te zijn — van gelijke aard zijn en identieke gevolgen hebben [...].

66. Bovendien heeft het Hof in het arrest van 22 maart 1977, Steinike & Weinlig (78/76, Jurispr. blz. 595, punt 21), geoordeeld, dat het voornamelijk aankomt op de gevolgen van de steun voor de begunstigde ondernemingen en producenten, en niet op de situatie van de organen die de steun verdelen of beheren.

67. Het begrip steunmaatregel is dus een objectief begrip, dat uitsluitend afhankelijk is van de vraag of een maatregel van de staat aan een of meer ondernemingen een voordeel toekent (arresten Gerecht van 27 januari 1998, Ladbroke Racing/Commissie, T-67/94, Jurispr. blz. II-1, punt 52, en 10 mei 2000, SIC/Commissie, T-46/97, Jurispr. blz. II-2125, punt 83).

68. Het Hof heeft het begrip staatssteun in de omstandigheden van de onderhavige zaak in het arrest SFEI uitgelegd als volgt: „Het verlenen van logistieke en commerciële steun door een openbare onderneming aan haar privaatrechtelijke dochterondernemingen die een activiteit uitoefenen die openstaat voor de vrije mededinging, kan als staatssteun in de zin van artikel 92 van het Verdrag worden aangemerkt indien de ontvangen financiële tegenprestatie lager is dan die welke onder normale marktvoorwaarden zou zijn verlangd.’

69. Uit de voorgaande overwegingen volgt dat, teneinde te beoordelen of de betrokken maatregelen staatssteun kunnen vormen, de situatie vanuit het oogpunt van de begunstigde onderneming, in casu SFMI-Chronopost, moet worden onderzocht en dat moet worden bepaald, of laatstgenoemde de betrokken logistieke en commerciële bijstand heeft ontvangen tegen een prijs die zij onder normale marktvoorwaarden niet had kunnen krijgen (arresten SFEI, punt 60, SIC/Commissie, reeds aangehaald, punt 78, en arresten Hof van 29 april 1999, Spanje/Commissie, C-342/96, Jurispr. blz. I-2459, punt 41, en 29 juni 1999, DM Transport, C-256/97, Jurispr. blz. I-3913, punt 22).

70. In het arrest SFEI heeft het Hof vastgesteld, dat een dergelijke beoordeling noopt tot een economische analyse, die rekening houdt met alle factoren die een onderneming onder normale marktvoorwaarden in aanmerking had moeten nemen bij de vaststelling van de vergoeding voor de verstrekte diensten (punt 61).

71. In casu merkt de Commissie in de bestreden beschikking op: „Het feit dat de transactie geschiedt tussen een onderneming die op een gesloten markt opereert, en haar dochteronderneming die haar activiteiten uitoefent op een markt die voor mededinging openstaat, is in de onderhavige zaak van geen belang. Het Hof van Justitie heeft nooit aangegeven dat de Commissie bij de beoordeling of er al dan niet sprake is van staatssteun, een andere methode moet toepassen wanneer een van de partijen bij de transactie een monopoliepositie inneemt.”

72. De Commissie heeft zich daarom op het standpunt gesteld, dat de interne prijzen waartegen de producten en diensten tussen ondernemingen van hetzelfde concern worden uitgewisseld, „geen enkel financieel voordeel verschaffen, indien het prijzen betreft die berekend zijn aan de hand van de integrale kosten (dat wil zeggen de totale kosten plus een vergoeding voor het eigen vermogen)”.

73. Uit deze overwegingen volgt, dat de Commissie zich niet heeft gebaseerd op een economische analyse zoals het arrest SFEI die verlangt om aan te tonen, dat de betrokken transactie vergelijkbaar was

met een transactie tussen ondernemingen die onder normale marktvoorwaarden opereren. Integendeel, in de bestreden beschikking verifieert de Commissie enkel, welke kosten La Poste voor de levering van de logistieke en de commerciële bijstand heeft gemaakt en in welke mate die kosten door SFMI-Chronopost zijn terugbetaald.

74. Maar zelfs al heeft SFMI-Chronopost de totale kosten van La Poste voor de levering van de logistieke en de commerciële bijstand betaald, dit bewijst op zich nog niet, dat het niet om steun in de zin van artikel 92 van het Verdrag gaat. Aangezien La Poste dankzij haar situatie als openbare onderneming met een gereserveerde sector een deel van de logistieke en commerciële bijstand wellicht tegen lagere kosten heeft kunnen leveren dan die van een particuliere onderneming die niet dezelfde rechten geniet, kan op grond van een analyse die uitsluitend rekening houdt met de kosten van die openbare onderneming, niet zonder meer worden uitgesloten, dat de betrokken maatregelen wel staatssteun vormen. Veel-er leidt juist de omstandigheid dat de moedermaatschappij op een gesloten markt werkzaam is en haar dochtermaatschappij op een voor de mededinging openstaande markt werkzaam is, tot een situatie waarin staatssteun kan bestaan.

75. Derhalve had de Commissie moeten onderzoeken, of die totale kosten overeenkwamen met de factoren waarmee een onderneming die onder normale marktvoorwaarden handelt rekening had moeten houden bij de vaststelling van de vergoeding voor de geleverde diensten. Zo had de

Commissie ten minste moeten nagaan, of de door La Poste ontvangen tegenprestatie vergelijkbaar was met die welke wordt verlangd door een niet in een gereserveerde sector opererende particuliere holding of particuliere groep ondernemingen met een algemene of sectoriële structuurpolitiek, die wordt geleid door vooruitzichten op langere termijn (zie in die zin arrest Hof van 21 maart 1991, Italië/Commissie, C-305/89, Jurispr. blz. I-1603, punt 20).

76. Uit het voorgaande volgt dat de Commissie, door in de bestreden beschikking het bestaan van staatssteun te ontkennen zonder na te gaan of de door La Poste voor de levering van de commerciële en de logistieke bijstand van SFMI-Chronopost ontvangen vergoeding overeenkwam met een tegenprestatie die onder normale marktvoorwaarden zou zijn verlangd, haar beschikking op een onjuiste uitlegging van artikel 92 van het Verdrag heeft gebaseerd.

77. Aan deze uitlegging wordt niet afgedaan door de stelling van de Commissie, dat artikel 222 EG-Verdrag (thans artikel 295 EG) bepaalt, dat het Verdrag de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet laat. Het vereiste dat de vergoeding die een openbare onderneming met een monopoliepositie voor de levering van commerciële en logistieke bijstand aan haar dochtermaatschappij ontvangt, moet overeenkomen met een tegenprestatie die onder normale marktvoorwaarden zou zijn verlangd, verbiedt die openbare onder-

neming immers niet om een open markt te penetreren, maar onderwerpt haar aan de mededingingsregels, zoals de fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht dit verlangen. Een dergelijk vereiste doet immers geen afbreuk aan de regeling van de openbare eigendom en behandelt de openbare eigenaar en de particuliere eigenaar slechts op gelijke wijze."

18. Op basis van deze overwegingen heeft het Gerecht dus het eerste onderdeel van het vierde middel gegrond verklaard en geoordeeld als volgt:

„Mitsdien moet artikel 1 van de bestreden beschikking nietig worden verklaard, voorzover daarin wordt vastgesteld dat de door La Poste aan haar dochtermaatschappij SFMI-Chronopost verleende logistieke en commerciële bijstand geen staatssteun ten gunste van SFMI-Chronopost vormt, zonder dat het tweede onderdeel van dit middel of de andere middelen behoeven te worden onderzocht voorzover die middelen betrekking hebben op de logistieke en commerciële bijstand van La Poste aan haar dochtermaatschappij SFMI -Chronopost. Inzonderheid is geen onderzoek nodig van het tweede middel, waarmee verzoeksters in hoofdzaak stellen, dat de bestreden beschikking ten aanzien van de logistieke en commerciële bijstand ontoereikend is gemotiveerd" (punt 79).

19. In de daaropvolgende punten heeft het Gerecht dus enkel stilgestaan bij het eerste middel (schending van het recht van ver-

weer van verzoeksters) en die elementen van het derde middel (dwaling ten aanzien van de feiten en kennelijke beoordelingsfouten), welke geen betrekking hadden op de logistieke en commerciële bijstand van La Poste aan SFMI-Chronopost. In beide gevallen zijn de grieven van verzoeksters verworpen. Het Gerecht heeft bijgevolg enkel voor het voornoemde deel artikel 1 van de bestreden beschikking nietig verklaard en het beroep voor het overige verworpen.

De procedure voor het Hof

20. Bij verzoekschriften, neergelegd ter griffie van het Hof op 19 en 27 februari 2001, hebben Chronopost (zaak C-83/01 P), de Franse Republiek (zaak C-93/01 P) en La Poste (zaak C-94/01 P), interveniënten ter ondersteuning van de Commissie in het kader van de zaak in eerste aanleg, hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van het Gerecht en geconcludeerd dat het het Hof behage het arrest te vernietigen en (enkel wat Chronopost betreft) te verklaren dat er geen verwijzing hoeft plaats te vinden, en zelf de zaak definitief af te doen. In het kader van deze hogere voorziening hebben Ufex, DHL International, Federal Express International (Frankrijk) en CRIE gezamenlijk krachtens artikel 115 van het Reglement voor de procesvoering een memorie van antwoord ingediend (hierna zal ik die partijen gezamenlijk aanduiden met „Ufex”). De Commissie heeft daarentegen geen memorie van repliek ingediend en blijft derhalve buiten de onderhavige zaak. Na toestemming van

de president van het Hof, overeenkomstig artikel 117 van het Reglement voor de procesvoering, hebben Chronopost en La Poste een memorie van repliek en Ufex een memorie van dupliek ingediend.

Juridische analyse

21. In de hier te onderzoeken zaken, die ik om voor de hand liggende redenen samen behandel, voeren Chronopost, de Franse Republiek en La Poste verschillende middelen aan, die grotendeels gelijklopen. Kort gezegd, gaat het om de volgende grieven:

- i) schending van artikel 87, lid 1, EG wegens onjuiste uitlegging van het in het arrest SFEI gebruikte begrip „normale marktvoorwaarden”;
- ii) schending van de procedure van artikel 88, lid 2, EG, alsmede misbruik van procedure;
- iii) schending van de ruime beoordelingsbevoegdheid die aan de Commissie toekomt in geval van een economisch ingewikkelde maatregel;

iv) schending van artikel 87, lid 1, EG wegens onjuiste uitlegging van de elementen waaruit een schending van het begrip staatssteun bestaat, en inzonderheid de toekenning van een voordeel aan de begunstigde onderneming en de overdracht van overheidsmiddelen;

v) schending van de motiveringsplicht.

Het eerste middel: schending van artikel 87, lid 1, EG wegens onjuiste uitlegging van het begrip „normale marktvoorwaarden”

Argumenten van partijen

22. Het eerste middel van rekwiranten tegen het bestreden arrest draait om het begrip „normale marktvoorwaarden”, dat in het arrest SFEI is gebruikt om te preciseren in welke gevallen sprake kan zijn van staatssteun, wanneer een openbare onderneming logistieke en commerciële steun verstrekt aan haar dochterondernemingen die een voor de mededinging openstaande activiteit verrichten. In dat arrest heeft het Hof namelijk verklaard dat het verlenen van dergelijke steun als staatssteun kan worden aangemerkt „indien de ontvangen financiële tegenprestatie lager is

dan die welke onder *normale marktvoorwaarden* zou zijn verlangd”.¹³

23. Zoals wij hebben gezien, diende voor de toepassing van dit criterium op de onderhavige zaak volgens de Commissie „de vraag te worden gesteld of de voorwaarden van de transactie tussen de Franse posterijen en SFMI-Chronopost vergelijkbaar [waren] met die van een gelijkwaardige transactie tussen een particuliere moedermaatschappij, *die zeer wel een monopoliepositie kan innemen* (bijvoorbeeld omdat zij exclusieve rechten bezit), en haar dochteronderneming”.¹⁴ Dienaangaande heeft zij gepreciseerd dat „de interne prijzen waartegen de producten en diensten tussen ondernemingen van hetzelfde concern worden uitgewisseld, geen enkel financieel voordeel verschaffen, indien het prijzen betreft die berekend zijn aan de hand van de integrale kosten (dat wil zeggen de totale kosten plus een vergoeding voor het eigen vermogen)”. Deze zienswijze is echter niet aanvaard door het Gerecht dat, in de zin van het arrest SFEI, verklaarde dat „de Commissie [had] moeten onderzoeken, of die totale kosten overeenkwamen met de factoren waarmee een onderneming *die onder normale marktvoorwaarden handelt* rekening had moeten houden bij de vaststelling van de vergoeding voor de geleverde diensten. Zo had de Commissie ten minste moeten nagaan, of de door La Poste ontvangen tegenprestatie vergelijkbaar was met die welke wordt verlangd door een *niet in een gereserveerde sector opererende* particuliere holding of particuliere groep ondernemingen met een algemene of sectoriële structuurpolitiek, die wordt geleid door vooruitzichten op langere termijn”.¹⁵

13 — Punt 62 (cursivering van mij).

14 — Cursivering van mij.

15 — Punt 75 (cursivering van mij).

24. Met dit middel betwisten rekwiranten de door het Gerecht gekozen oplossing, die volgens hen, kort gezegd, door een verdraaiing van het begrip „normale marktvoorwaarden”, artikel 87, lid 1, EG, betreffende het begrip staatssteun, zou hebben geschonden.

25. Zij betogen met name dat het Gerecht bij de toepassing van dit begrip op het onderhavige geval, op basis van het bekende beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie, had moeten uitgaan van de tegenprestatie die een met La Poste vergelijkbare onderneming „met een algemene of sectoriële structuurpolitiek, die wordt geleid door het uitzicht op rendement op langere termijn”¹⁶, van haar dochteronderneming zou hebben verlangd. Uit de rechtspraak van het Hof zou namelijk ondubbelzinnig volgen, dat wanneer moet worden beoordeeld of er sprake is van een steunmaatregel, de handelwijze van de openbare onderneming moet worden vergeleken met die van een particuliere ondernemer „die qua omvang vergelijkbaar is”¹⁷ of „die zich, voorzover mogelijk, in dezelfde situatie bevindt”.¹⁸ Waar het Gerecht als vergelijkingspunt een „niet in een gereserveerde sector opererende” particuliere onderneming heeft genomen, zou het ten onrechte zijn uitgegaan van een structureel van La Poste verschillende onderneming, in plaats van de handelwijze van La Poste te vergelijken met die van een onderneming die in dezelfde situatie verkeert (en dus wél over een gereserveerde sector beschikt).

26. Voor het overige zijn rekwiranten van mening dat uit de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak SFEL, welke in het arrest van het Hof zou zijn bevestigd, duidelijk volgt, dat in casu het gebruikelijke criterium van de particuliere investeerder moet worden toegepast. Bovendien zou het arrest, wanneer het een particuliere ondernemer zonder wettelijk monopolie als uitgangspunt had willen nemen, dit uitdrukkelijk en ondubbelzinnig hebben vermeld in plaats van eenvoudig naar „normale marktvoorwaarden” te verwijzen.

27. In dezelfde zin herinnert Chronopost er vervolgens aan, dat de rechtspraak van het Hof geenszins een vergelijking verlangt van de prijzen van de openbare onderneming met die van haar concurrenten. Dat sprake zou zijn van staatssteun, kan niet worden vastgesteld op de enkele grond dat La Poste voor haar diensten een lagere prijs zou hebben gevraagd dan de moederverenootschappen van de concurrenten van SFMI-Chronopost. In werkelijkheid zou er slechts sprake zijn geweest van staatssteun, indien La Poste zou hebben gehandeld op een wijze die onmogelijk zou zijn geweest voor een particuliere ondernemer in dezelfde situatie, dat wil zeggen indien La Poste zou hebben afgezien van een normale vergoeding voor haar diensten.

28. Chronopost voegt hieraan toe, dat wanneer de verlening van een gereserveerde sector La Poste geen staatssteun te haren gunste vormt, de mogelijke voordelen die zij hieruit zou kunnen trekken in termen van productiviteit (hetgeen in elk geval nog moet worden aangetoond), niet zouden

16 — Arrest Italië/Commissie, reeds aangehaald, punt 20.

17 — Arrest Italië/Commissie, reeds aangehaald, punt 18, en arrest van 14 december 1994, Spanje/Commissie, C-42/93, Jurispr. blz. I-4173, punt 13.

18 — Arrest van 29 juni 1999, DMT, C-256/97, Jurispr. blz. I-3913, punt 25.

verschillen van de schaalvoordelen die een particuliere onderneming met een dominante of monopoliepositie kan bereiken. Bijgevolg zou de aan haar dochteronderneming berekende prijs, ook al zou deze dergelijke schaalvoordelen weerspiegelen, geen staatssteun vormen, wanneer La Poste hiermee haar totale kosten zou kunnen dekken, aangezien in een dergelijk geval zou worden verhinderd dat meer middelen naar activiteiten op de vrije markt zouden gaan dan een particuliere onderneming in dezelfde situatie zou hebben besteed.

29. Rekwiranten benadrukken het abstracte karakter van de door het Gerecht gekozen oplossing, volgens welke bij de beoordeling van de toekenning van staatssteun zou moeten worden uitgegaan van de kosten die een „niet in een gereserveerde sector opererende” denkbeeldige particuliere onderneming zou moeten dragen voor de opbouw en het onderhoud van een met dat van La Poste vergelijkbaar net om soortgelijke logistieke en commerciële bijstand te kunnen verlenen. Een dergelijke oplossing zou in feite verlangen dat wordt gezocht naar een ideale onderneming die functioneert op een ideale markt, hetgeen in termen van rechtszekerheid uiterst problematisch zou zijn.

30. Rekwiranten betwisten eveneens de praktische waarde van de door het Gerecht gekozen oplossing. Volgens de Franse Republiek is deze oplossing immers absurd, aangezien een particuliere ondernemer zonder wettelijk monopolie nooit een openbaar net zoals dat van La Poste zou kunnen

uitbouwen. Om dit te staven, herinnert La Poste op haar beurt eraan, dat Ufex voor het Gerecht zelf heeft verklaard dat „de commerciële vooruitzichten die SFMI had gewaarborgd, enkel mogelijk waren in het kader van een openbare dienst, maar volkomen onrealistisch waren in een concurrentiële omgeving, en dat een net zoals dat van SFMI [dus dat van La Poste] kennelijk geen net is dat onder marktvoorwaarden functioneert”. Aangezien overigens de concurrenten van SFMI Chronopost geen interesse zouden hebben gehad voor toegang tot een dergelijk net (hetgeen zou blijken uit het feit dat La Poste geen aanvraag in die zin heeft ontvangen), kan volgens SFMI Chronopost geen sprake zijn van een referentieprij. Chronopost wijst er voorts op, dat de door het Gerecht gekozen oplossing abstract is, en in feite verlangt dat wordt gezocht naar een ideale onderneming die functioneert op een ideale markt, met alle negatieve gevolgen van dien op het vlak van de rechtszekerheid.

31. Meer in het algemeen wijzen rekwiranten voorts erop, dat het bestreden arrest zich in de praktijk ertegen zou verzetten dat openbare monopolisten ook op voor de mededinging openstaande markten kunnen opereren, hetgeen zou betekenen dat zij ernstig worden gediscrimineerd. Verder zou dit arrest de financiering van de openbare dienst op losse schroeven zetten, en daarmee de communautaire beginselen op dit gebied.

32. Dit staat uiteraard haaks op de opmerkingen van Ufex, volgens welke het Gerecht het in het arrest SFEI gebezigde begrip

„normale marktvoorwaarden” juist zou hebben uitgelegd.

33. Ufex is namelijk van mening dat, om te kunnen beoordelen of bepaalde activiteiten onder „normale marktvoorwaarden” plaatsvinden, een onderscheid moet worden gemaakt tussen de gevallen waarin de staat als investeerder of schuldeiser optreedt, en die waarin hij op een concurrentiële markt opereert via een diversificatie van de activiteiten van een openbare onderneming met een wettelijk monopolie.

34. In het eerste geval zou de beoordeling van de „normale marktvoorwaarden” niet de vaststelling van een marktprijs vereisen (de staat zou namelijk geen goederen leveren of diensten verrichten), en zou alleen rekening moeten worden gehouden met het rendement van het geïnvesteerde kapitaal en de risico's die worden gedragen. Wanneer daarentegen een openbare onderneming, die actief is een gereserveerde sector, diensten verricht ten behoeve van haar dochterondernemingen die op een voor de mededinging openstaande markt werkzaam zijn, zouden de transacties slechts onder „normale marktvoorwaarden” plaatsvinden indien de tegenprestatie voor deze diensten overeenkomt met hun marktprijs. In dit tweede geval zou in essentie het criterium van de marktprijs moeten worden gehanteerd, dat door de Commissie gewoonlijk wordt toegepast om uit te maken of de toekenning van een garantie vanwege de staat of de verkoop van overheidsactiva (bijvoorbeeld openbare ondernemingen, gronden of fabrieken) met toekenning van staatssteun is geschied.

35. Volgens Ufex moet ook het arrest SFEI in die zin worden opgevat. Om te beoordelen of de logistieke en commerciële steun van La Poste aan SFMI-Chronopost een steunmaatregel was in de zin van dit arrest, zou namelijk de door laatstgenoemde onderneming betaalde prijs moeten worden vergeleken met die welke een van haar concurrenten voor dezelfde diensten zou hebben moeten betalen op de markt. Daartoe zou de betrokken dienst ook kunnen worden beoordeeld, niet op een volledig zelfstandige markt, maar binnen een groep die onder „normale marktvoorwaarden” werkzaam is, dus rekening houdend met het feit dat binnen een dergelijke groep de moeder vennootschap haar prijzen kan matigen in het kader van een structureel beleid dat wordt gekenmerkt door lange-termijninvesteringen. Zoals het Gerecht echter in het bestreden arrest heeft gepreciseerd, zou deze vergelijking hoe dan ook moeten worden gemaakt met een „niet in een gereserveerde sector opererende” particuliere holding of een particuliere groep ondernemingen, aangezien de houder van een wettelijk monopolie in ieder geval niet onder normale marktvoorwaarden werkzaam is.

36. In een dergelijke situatie zou het bijgevolg onjuist zijn om, bij de vraag of er sprake is van staatssteun, uit te gaan van het rendement dat wordt verkregen door een moederonderneming die in een gereserveerde sector werkzaam is. Het feit dat de moederonderneming een wettelijk monopolie heeft, kan namelijk gevolgen hebben voor deze beoordeling, en de vrees wettigen dat deze monopoliepositie leidt tot een verlaging van de kosten ten opzichte van die op de markt, waardoor een kunstmatig hoog rendement kan worden bereikt. In het bestreden arrest zou het Gerecht dus terecht niet zozeer zijn uitgegaan van de kosten die

worden gedragen door de openbare onderneming met een wettelijk monopolie, en dus van haar rentabiliteit, maar wel van de marktprijs voor het verrichten van de betrokken diensten door een particuliere onderneming die onder normale marktvoorwaarden werkzaam is en dus geen wettelijk monopolie heeft.

37. Ufex voegt hieraan toe, dat bij de uitvoering van de door het Gerecht verlangde controle niet moet worden uitgegaan van de kosten die een niet in een gereserveerde sector opererende particuliere ondernemer zou moeten dragen om vanuit het niets een postnet op te bouwen als dat van La Poste, dat duidelijk geen „onder marktvoorwaarden functionerend” net is. Het zou er eenvoudig om gaan, vast te stellen welke diensten La Poste aan Chronopost heeft geleverd en de kosten te ramen die een particuliere onderneming onder normale marktvoorwaarden voor de levering van vergelijkbare diensten zou moeten dragen. Aangezien bijvoorbeeld de door Chronopost aan haar klanten geboden dienstverlening het gebruik inhield van 14 258 postkantoren van La Poste voor het afgeven en ophalen van verzendingen, zouden de kosten moeten worden geraamd die een particuliere ondernemer had moeten maken om te kunnen beschikken over degelijke onroerende goederen (of nauwkeuriger gezegd: over de voor de door Chronopost geboden diensten noodzakelijke gedeelten van onroerende goederen), rekening houdend met de huur- en koopprijzen die op de markt voor onroerende goederen worden verlangd.

Beoordeling

38. Bij de beoordeling van het te onderzoeken middel dient vooraf te worden

opgemerkt, dat geen twijfel lijkt te bestaan over het feit dat La Poste in de betrokken periode „belast [was] met een dienst van algemeen economisch belang” in de zin van het arrest Corbeau.¹⁹ Deze „dienst” bestond in hoofdzaak uit „de verplichting te zorgen voor het inzamelen, vervoeren en bestellen van poststukken, ten behoeve van alle gebruikers, over het gehele grondgebied van de betrokken lidstaat, tegen eenvormige tarieven en onder vergelijkbare voorwaarden van kwaliteit, zonder te letten op bijzondere situaties en op de economische rentabiliteit van elke individuele verrichting”.²⁰ La Poste was, anders gezegd, belast met het verlenen van wat later door artikel 3 van richtlijn 97/67/EG betreffende de gemeenschappelijke regels voor de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap en de verbetering van de kwaliteit van de dienst²¹, als „universele dienst” is omschreven. Daartoe heeft La Poste zich moeten voorziën van aanzienlijke infrastructuur en middelen van allerlei aard (het zogenaamde „postnetwerk”), zodat alle gebruikers verzekerd waren van de basispostdienst (tegen uniforme tarieven en onder vergelijkbare voorwaarden van kwaliteit), ook in landelijke of dunbevolkte gebieden, waar de posttarieven niet volstonden om de kosten van de betrokken dienstverrichting te dekken. Het beheer van deze dienst van algemeen economisch belang rechtvaardigde de toekenning van een wettelijk monopolie voor de algemene postdienst, aangezien, zoals in het arrest Corbeau is gepreciseerd, „de verplichting van degene die met die taak is belast, zijn diensten te verzekeren zonder daarbij het economisch evenwicht te verliezen, de mogelijkheid van compensatie tussen rendabele en minder rendabele sec-

19 — Arrest van 19 mei 1993, Corbeau (C-320/91, Jurispr. blz. I-2533, punt 15).

20 — Ibidem.

21 — Richtlijn 97/67/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 (PB 1998, L 15, blz. 14).

toren van bedrijvigheid onderstelt en dus een beperking van de mededinging door particuliere ondernemers in de economisch rendabele sectoren rechtvaardigt”.²²

39. Voor de levering van de universele dienst diende La Poste bijgevolg te beschikken over een bijzonder netwerk — aan te duiden met de later in richtlijn 97/67 gebruikte omschrijving „openbaar postnetwerk”²³ — dat op basis van een gewone marktlogica niet gerechtvaardigd zou zijn. Dit netwerk, dat zeer hoge vaste kosten met zich brengt, werd opgebouwd en onderhouden dankzij de verschillende vormen van tussenkomst van de Franse overheid (waarvan La Poste tot en met 1990 volledig deel uitmaakte), waaronder, zoals wij hebben gezien, de toekenning van een wettelijk monopolie voor de besteldienst voor gewone post (de zogenaamde „gereserveerde sector”).

22 — Punt 17 van het arrest. Meer in het bijzonder is, volgens het Hof, deze beperking van de mededinging gerechtvaardigd door de noodzaak om vormen van „afroming” van de kant van de particuliere ondernemers te voorkomen. Immers, aldus het Hof, „[i]ndien aan particuliere ondernemers zou worden toegestaan, de houder van de alleenrechten te beconcurreren in de aan die rechten beantwoordende sectoren van hun keuze, dan zouden dezen [...] in staat worden gesteld, zich op de economisch rendabele activiteiten te concentreren en daarbij voordeliger tarieven te hanteren dan door de houders van de alleenrechten worden toegepast, aangezien zij, anders dan deze laatsten, niet economisch verplicht zijn de in de onrendabele sectoren geleden verliezen met de in de rendabele sectoren gemaakte winsten te compenseren” (punt 18).

23 — Dienaangaande herinner ik eraan, dat artikel 2, lid 2, van richtlijn 97/67 het begrip „openbaar postnetwerk” definieert als „het geheel van de organisatie en alle middelen, waarvan door de leverancier(s) van de universele dienst gebruik wordt gemaakt om met name:

- op de toegangspunten op het gehele grondgebied de onder een verplichting tot universele dienstverlening vallende postzendingen op te halen;
- deze postzendingen tussen de punten van toegang tot het postnetwerk en het distributiecentrum te verzenden en te verwerken;
- deze postzendingen op het vermelde adres te distribueren”.

40. Dit netwerk, waarvan de instandhouding toch voor de levering van de universele dienst noodzakelijk was, werd in hoofdzaak gebruikt door La Poste om haar dochteronderneming SFMI-Chronopost (werkzaam in de sector expresbestellingen) logistieke bijstand te verlenen, welke bestond uit het ter beschikking stellen van haar infrastructuur „voor het ophalen, sorteren, vervoeren en bezorgen van haar verzendingen”. Met name „het feit dat SFMI-Chronopost toegang [had] tot het netwerk van haar moedermaatschappij” is door de Commissie vermeld als een van de factoren die hebben bijgedragen aan haar succes, waardoor zij in staat werd gesteld „marktaandeelen [te veroveren], haar positie [te consolideren] en voortdurend winst [te maken]”. De Commissie benadrukte dat „SFMI-Chronopost, in het bijzonder tijdens de eerste jaren, haar activiteiten hoofdzakelijk aan de Franse posterijen uitbesteedde, waardoor haar vestigingskosten (en met name haar vaste kosten) beperkt bleven”, hetgeen volgens de Commissie verklaart „waarom de onderneming slechts zeer beperkte eigen middelen kreeg toegewezen”. Door gebruik te maken van het net van La Poste, kon SFMI-Chronopost haar klanten een product op het gebied van expresbestellingen aanbieden, dat „minder gestoffeerd [was] dan dat van de concurrentie en in het bijzonder dat van DHL”, maar wel tegen „lagere tarieven”. Volgens de Commissie was hierbij met name van belang dat „SFMI-Chronopost de brieven en pakketten van haar incidentele klanten op de postkantoren ophaalde, terwijl haar concurrenten deze thuis afhaalden”.

41. Samenvattend hield de in het geding zijnde logistieke bijstand derhalve in, dat het openbare postnetwerk van La Poste (ten minste voor een deel bekostigd door de

voordelen uit het wettelijke monopolie) aan SFMI-Chronopost ter beschikking werd gesteld voor haar activiteiten in de sector expresbestellingen.

42. Juist vanwege de bijzondere aard van de door La Poste aan SFMI-Chronopost geleverde dienst koester ik, evenals rekwi-ranten, twijfels met betrekking tot het criterium aan de hand waarvan het Gerecht heeft onderzocht of de voor deze dienst geleverde tegenprestatie staatssteun vormde.

43. Zoals wij reeds hebben gezien, had de Commissie, volgens het Gerecht, niet enkel moeten nagaan of de door SFMI-Chrono-post geleverde tegenprestatie „alle kosten” van La Poste bij het verlenen van haar bijstand dekte, maar had zij „moeten onderzoeken, of die totale kosten overeenkwamen met de factoren waarmee een onderneming die onder normale marktvoorwaarden handelt rekening had moeten houden bij de vaststelling van de vergoe-ding voor de geleverde diensten. Zo had de Commissie ten minste moeten nagaan, of de door La Poste ontvangen tegenprestatie vergelijkbaar was met die welke wordt verlangd door een *niet in een gereserveerde sector opererende* particuliere holding of particuliere groep ondernemingen met een algemene of sectoriële structuurpolitiek, die wordt geleid door vooruitzichten op lan-gere termijn”.²⁴

44. Volgens het Gerecht had de Commissie dus moeten uitgaan van de tegenprestatie

die voor dezelfde diensten zou zijn verlangd door een particuliere holding of een parti-culiere moedermaatschappij die niet tot levering van een universele dienst verplicht was en bijgevolg ook niet profiteerde van de voordelen van een wettelijk monopolie. Met andere woorden, de Commissie had als referentiepunt de tegenprestatie moeten kiezen die een dergelijke particuliere on-dernemer van een van zijn dochteronder-nemingen zou hebben verlangd voor (be-halve het verlenen van commerciële bij-stand) het ter beschikking stellen van een met dat van La Poste vergelijkbaar post-netwerk.

45. Hiermee verlangt het Gerecht, mijns inziens, evenwel van de Commissie een toetsing die duidelijk onrealistisch is, en derhalve ongeschikt om in een soortgelijke samenhang vast te stellen of er sprake is van staatssteun in de zin van artikel 87 EG.

46. Zoals wij immers hebben gezien, valt de opbouw en de instandhouding van een openbaar postnetwerk zoals dat van La Poste niet op basis van zuiver commerciële overwegingen te rechtvaardigen, aangezien een dergelijk netwerk duidelijk bedoeld is voor het leveren van de universele dienst. Ufex heeft overigens zelf benadrukt dat „een net zoals dat waarvan SFI-Chronopost gebruik heeft kunnen maken, kennelijk geen net is dat onder marktvoorwaarden functioneert”.²⁵ Dit betekent dat het „on-der normale marktvoorwaarden” vanuit economisch oogpunt niet rationeel is een dergelijk net op te bouwen en de daarmee

24 — Punt 75 (cursivering van mij).

25 — Memorie in dupliek in zaak C-94/01, punt 28.

verbonden aanzienlijke vaste kosten te dragen, enkel om derden of dochterondernemingen logistieke bijstand als de onderhavige te verlenen. Feitelijk zou de verlening van dergelijke bijstand vanuit economisch oogpunt enkel gerechtvaardigd zijn voor een onderneming die, hoe dan ook, een met dat van La Poste vergelijkbaar openbaar postnet zou moeten onderhouden om de (door de staat bekostigde) universele dienstverlening te waarborgen, aangezien enkel een onderneming die reeds over een dergelijk net beschikt, in staat zou zijn om de in het geding zijnde logistieke bijstand te verlenen, waarbij zij de redelijkerwijs beperkte bijkomende kosten voor haar rekening neemt.

47. Uit het voorafgaande volgt, dat een particuliere onderneming die niet gehouden is om een met dat van La Poste vergelijkbaar openbaar postnetwerk te onderhouden om de levering van de universele postdienst te waarborgen (tegen een passende vergoeding door de staat, bijvoorbeeld in de vorm van een wettelijk monopolie), „onder normale marktvoorwaarden” niet over een dergelijk net zou beschikken en bijgevolg geen logistieke bijstand als de onderhavige aan een dochteronderneming zou kunnen verlenen. Door van de Commissie te verlangen, de tegenprestatie te ramen die voor een dergelijke bijstand zou worden gevraagd door een denkbeeldige particuliere holding of moederonderneming, welke niet gehouden is om een universele postdienst te onderhouden en derhalve geen monopoliepositie inneemt, heeft het Gerecht artikel 87 EG onjuist uitgelegd, aangezien het bij het onderzoek naar het bestaan van staatssteun, als referentiepunt een particuliere ondernemer heeft genomen, die in werkelijkheid „onder normale marktvoorwaarden” helemaal niet zou bestaan.

48. Deze zienswijze kan, mijns inziens, ook niet op losse schroeven komen te staan door de tegenwerping van Ufex, volgens welke bij het door het Gerecht verlangde onderzoek niet moet worden uitgegaan van de kosten die een niet in een gereserveerde sector opererende particuliere onderneming zou moeten dragen om vanuit het niets een met dat van La Poste vergelijkbaar openbaar postnetwerk op te bouwen, maar uitsluitend van de kosten die een particuliere ondernemer onder normale marktvoorwaarden zou moeten dragen om de betrokken dienst te leveren. Ik vermag namelijk niet in te zien in hoeverre een particuliere ondernemer die niet beschikt over een met dat van La Poste vergelijkbaar openbaar postnetwerk, aan een in de sector expresbestellingen opererende dochteronderneming logistieke bijstand zou kunnen verlenen die bestaat in het ter beschikking stellen van een dergelijk postnetwerk „voor het ophalen, sorteren, vervoeren en bezorgen van haar verzendingen”.

49. Dit gezegd zijnde, moet bijgevolg de vraag worden gesteld op welke wijze, in de zin van het arrest SFEI, kan worden vastgesteld of in een dergelijk geval de voor de verlening van de logistieke en commerciële bijstand ontvangen financiële tegenprestatie „lager is dan die welke onder normale marktvoorwaarden zou zijn verlangd”. De overwegingen van het arrest geven dienaangaande namelijk geen duidelijke aanwijzingen, aangezien daarin enkel wordt gepreciseerd wat volgt: „Om te beoordelen of een overheidsmaatregel als steun is aan te merken, moet dus worden vastgesteld of de begunstigde onderneming een eco-

nomisch voordeel ontvangt dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen. In het kader van dit onderzoek, staat het aan de nationale rechter om uit te maken wat de normale vergoeding voor de betrokken prestaties is. Een dergelijke beoordeling noopt tot een economische analyse, rekening houdend met alle factoren die een onderneming onder normale marktvoorwaarden in aanmerking had moeten nemen bij de vaststelling van de vergoeding voor de verstrekte diensten.”²⁶

van artikel 92, lid 1”. Hiertoe moet, aldus de advocaat-generaal, worden nagegaan, „of een commercieel investeerder genoeg zou nemen met het niveau van de voor de steun ontvangen tegenprestatie, waarbij moet worden gelet op factoren zoals de kostprijs van de verleende steun, de omvang van zijn investering in de onderneming en zijn winst, het belang van de activiteit van de onderneming voor de investerende groep in zijn geheel, de voorwaarden op de betrokken markt en de periode waarvoor de steun wordt verleend”.²⁷

50. Zoals wij hebben gezien, moet volgens rekwiranten hiertoe het bekende criterium van de particuliere investeerder in een markteconomie worden toegepast. Bijgevolg zou moeten worden nagegaan, of de tegenprestatie van SFMI-Chronopost lager is dan die welke een particuliere onderneming in een zelfde situatie als La Poste, en dus beschikkend over een met dat van La Poste vergelijkbaar openbaar postnetwerk, van een dochteronderneming zou verlangen voor het verlenen van de betrokken bijstand.

51. Zoals rekwiranten benadrukken, is dit immers het criterium waarvoor advocaat-generaal Jacobs zich in zijn conclusie in de zaak SFEI lijkt te hebben uitgesproken. In die conclusie betoogde hij dat „de toekenning door een publiekrechtelijk orgaan van logistieke en commerciële steun aan een onderneming waarin zij direct of indirect deelneemt, tegen gunstiger financiële voorwaarden dan die onderneming had kunnen krijgen bij een vergelijkbaar commercieel investeerder, een steunmaatregel is in de zin

52. Ik denk evenwel niet dat de toepassing van een dergelijk criterium in een geval als het onderhavige kan waarborgen dat de door de dochteronderneming geleverde tegenprestatie geen staatssteun inhoudt. Een particuliere onderneming die zich in een zelfde situatie als die van La Poste bevindt, zal immers geneigd zijn om de hoogte van de tegenprestatie zodanig vast te stellen dat de winsten van de groep als geheel worden gemaximaliseerd, waarbij zij uiteraard ook rekening houdt met de winsten van de in de sector expresbestellingen opererende dochteronderneming.²⁸ Een dergelijke onderneming zou bijgevolg, in het kader van een brede strategie ter versterking van de concurrentiepositie van de dochteronderneming op de markt voor expresbestellingen, genoeg kunnen nemen met een lagere tegenprestatie. Zij zou aldus alle schaalvoordelen die voortvloeien uit het gebruik van een reeds voor de verlening van de universele dienst in haar bezit zijnd postnetwerk, uitsluitend aan de dochteronderneming ten goede kunnen

²⁷ — Punt 61.

²⁸ — Deze redenering laat onverlet de mogelijkheid van ander-soortige relaties, bijvoorbeeld als gevolg van specifieke fiscale of vennootschapsrechtelijke voorschriften ter zake van de prijsvaststelling bij transacties binnen de groep.

laten komen ter verhoging van de door haar en daarmee door de groep behaalde winsten.²⁹

53. De in de sector expresbestellingen werkzame onderneming zou op deze wijze een aanzienlijk concurrentievoordeel ten opzichte van haar concurrenten verkrijgen, dat niet voortkomt uit de schaalvoordelen die onder „normale marktvoorwaarden” binnen elke particuliere groep te behalen zijn, maar uit het feit dat zij wordt gecontroleerd door een onderneming die belast is met het leveren van de universele postdienst en uit dien hoofde over een, middels de toekenning van een wettelijk monopolie door de staat bekostigd, openbaar post-netwerk beschikt. Hieruit volgt mijns inziens dat de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder in het onderhavige geval niet de mogelijkheid biedt om, in de zin van het arrest SFEI, vast te stellen of de dochteronderneming „een economisch voordeel ontvangt dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen”.³⁰

54. Om met zekerheid te kunnen uitsluiten dat SFMI-Chronopost een dergelijk economisch voordeel heeft genoten, zou feitelijk de aan La Poste betaalde prijs moeten worden vergeleken met die welke laatstgenoemde zou hebben kunnen krijgen, wanneer zij haar logistieke en commerciële bijstand op de markt had aangeboden aan geïnteresseerde ondernemingen in de sector expresbestellingen. Op deze wijze zou namelijk in de eerste plaats kunnen worden vastgesteld of SFMI-Chronopost deze bij-

stand heeft verkregen tegen een lagere prijs dan die welke haar concurrenten voor dergelijke diensten zouden hebben betaald en, in de tweede plaats, of de door La Poste ontvangen financiële tegenprestatie „lager is dan die welke onder normale marktvoorwaarden zou zijn verlangd”.

55. Ik vrees evenwel dat, bij gebreke van concrete en objectieve marktreferenties, een dergelijk onderzoek zeer hypothetisch en abstract zou kunnen uitvallen en het gevaar in zich bergt van zeer twijfelachtige, zo niet arbitraire resultaten. Ik ben namelijk van mening dat het, gelet op de eigenheid van het onderhavige geval, onmogelijk is om voor een dergelijk onderzoek op de markt geschikte referentiepunten te vinden, met name wanneer rekening wordt gehouden met het feit dat:

- in de eerste plaats, zoals wij hebben gezien, de in het geding zijnde bijstand slechts kon worden verleend door de onderneming die belast was met de verlening van de universele postdienst in Frankrijk (te weten La Poste), en dat derhalve geen gegevens beschikbaar zijn met betrekking tot de prijs die voor de levering van vergelijkbare diensten door derden wordt verlangd³¹;

²⁹ — De tegenprestatie zou bijvoorbeeld enkel de bijkomende kosten kunnen omvatten die de groep dient te dragen om zijn dochteronderneming die logistieke en commerciële bijstand te kunnen verlenen, zonder een evenredig deel van de uit het onderhoud van het openbare postnetwerk voortvloeiende vaste kosten.

³⁰ — Punt 60.

³¹ — Dit vormt mijns inziens een belangrijk verschil met de door Ufex genoemde zaken *Sécupost* [beschikking 1999/676/EG van de Commissie van 20 juli 1999 betreffende vermeende staatssteun van Frankrijk aan de onderneming *Sécupost* (PB L 274, blz. 37)] en *SNCM* [beschikking 2002/149/EG van de Commissie van 30 oktober 2001 betreffende door Frankrijk verleende staatssteun aan de *Société nationale maritime Corse-Méditerranée* (SNCM) (PB L 50, blz. 66)], waarin de Commissie in de gelegenheid was, de prijs die door openbare ondernemingen waartegen de verdenking bestond dat zij staatssteun hadden verleend of ontvangen, was gevraagd of betaald voor bepaalde diensten, te vergelijken met de door derden voor overeenkomstige diensten gevraagde of betaalde prijs.

— in de tweede plaats, zoals La Poste onweersproken door de andere partijen heeft betoogd, geen enkele concurrent van SFMI-Chronopost ooit heeft gezocht om toegang tot het openbare dienstverleningsnetwerk van La Poste, ook niet nadat (vanaf 1995) SFMI-Chronopost geen exclusieve toegang meer had tot dit net.³² Hieruit volgt, dat geen objectieve en controleerbare gegevens beschikbaar zijn met betrekking tot de prijs die de concurrenten van SFMI-Chronopost voor de in het geding zijnde logistieke en commerciële bijstand hadden willen betalen.

56. Gelet op het voorafgaande ben ik van mening dat, bij gebreke van nauwkeurige gegevens met betrekking tot de marktwaarde van de door La Poste aangeboden logistieke en commerciële bijstand, moet worden gezocht naar andere criteria, aan de hand waarvan in elk geval kan worden nagegaan, of de tegenprestatie voor een dergelijke bijstand op zodanige wijze is vastgesteld dat SFMI-Chronopost begunstigd werd en bijgevolg meebracht dat laatstgenoemde „een economisch voordeel [heeft ontvangen] dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen”.

57. Hiertoe, en voorzover hier van belang, is het mijns inziens gerechtvaardigd om uit

te gaan van objectieve en controleerbare gegevens, zoals de kosten die La Poste heeft gedragen voor de levering van de in het geding zijnde diensten. Bij gebreke van geschikte gegevens met betrekking tot de marktwaarde van de aangeboden diensten en zonder de mogelijkheid om zich te baseren op een beoordeling die samenhangt met een strategie van de groep als geheel, kan een onder normale marktvoorwaarden opererende onderneming de prijs van dergelijke diensten namelijk enkel op basis van de ontstane kosten vaststellen. Gelet op deze bijzondere omstandigheden ben ik daarom van mening, dat de kosten de enige objectieve en controleerbare factor vormen die, in de zin van het arrest SFEI, „een onderneming onder normale marktvoorwaarden in aanmerking had moeten nemen bij de vaststelling van de vergoeding voor de verstrekte diensten”.

58. Op grond hiervan stel ik met name vast, dat de toekenning van staatssteun ten behoeve van SFMI-Chronopost kan worden uitgesloten, indien de verlangde tegenprestatie alle vaste en variabele kosten dekt die La Poste specifiek draagt om de logistieke en commerciële bijstand te kunnen verlenen (dat wil zeggen de directe kosten), en een evenredig deel van de vaste kosten voortvloeiend uit de instandhouding van het openbaar postnetwerk (dat wil zeggen de gezamenlijke kosten die ter zake van zowel de in het geding zijnde bijstand als de levering van de universele dienst worden gedragen).³³ Op deze wijze zou namelijk kunnen worden vastgesteld, of de uit het

32 — Uit de bestreden beschikking volgt dat „zij tot 1 januari 1995 [...] exclusieve toegang tot het netwerk van de Franse postierijen [had]”. Dit wordt overigens door Ufex slechts in zoverre betwist, dat volgens haar het net van La Poste pas vanaf 18 maart 1995 in plaats van 1 januari van dat jaar voor derden toegankelijk was (zie punten 172 en 173 van de memorie van dupliek, waarin met name wordt verwezen naar de beschikking van de Commissie in zaak IV/M.102, reeds aangehaald, waarbij toestemming werd verleend voor de vorming van de gezamenlijke onderneming GNEW).

33 — Interessante aanknopingspunten dienaangaande zijn te vinden in artikel 14, leden 2 en 3, van richtlijn 97/67, dat de boekhoudkundige criteria bevat die gelden voor de leveranciers van de universele dienst.

gebruik van het openbaar postnetwerk van La Poste voortvloeiende schaalvoordelen uitsluitend aan SFMI-Chronopost ten goede zijn gekomen en of laatstgenoemde al dan niet evenredig heeft bijgedragen in de kosten van La Poste voor de instandhouding van dit netwerk.³⁴

59. Het voorafgaande betekent mijns inziens voor de onderhavige zaak, dat niet kan worden gesteld, zoals het Gerecht heeft gedaan, dat door enkel te verifiëren „welke kosten La Poste voor de levering van de logistieke en de commerciële bijstand heeft gemaakt en in welke mate die kosten door SFMI-Chronopost zijn terugbetaald”, „de Commissie zich niet heeft gebaseerd op een economische analyse zoals het arrest SFEI die verlangt om aan te tonen, dat de betrokken transactie vergelijkbaar was met een transactie tussen ondernemingen die onder normale marktvoorwaarden opereren”.

60. Gelet op het een en ander ben ik samenvattend van mening, dat het Gerecht bij de uitlegging van artikel 87, lid 1, EG blijk heeft gegeven van een onjuiste rechts-

opvatting, in die zin dat de Commissie niet kon verifiëren of er sprake was van staatssteun ten behoeve van SFMI-Chronopost door uit te gaan van de door La Poste gedragen kosten, maar daarentegen had moeten nagaan of de door laatstgenoemde ontvangen tegenprestatie „vergelijkbaar was met die welke wordt verlangd door een niet in een gereserveerde sector opererende particuliere holding of particuliere groep ondernemingen met een algemene of sectoriële structuurpolitiek, die wordt geleid door vooruitzichten op langere termijn”.

61. Bijgevolg had het Gerecht, bij het onderzoek van de door Ufex aangevoerde middelen, het in het geding zijnde voorschrift veeleer in die zin moeten uitleggen, dat in een geval als het onderhavige de Commissie de toekenning van staatssteun aan SFMI-Chronopost kon uitsluiten, indien de verlangde tegenprestatie alle vaste en variabele kosten dekte die La Poste specifiek droeg voor de verlening van de logistieke en commerciële bijstand, en een evenredig deel van de vaste kosten voortvloeiend uit de instandhouding van het openbaar postnetwerk.

34 — Bovendien wordt het hierdoor ook mogelijk om vast te stellen of de door SFMI-Chronopost verrichte tegenprestatie bijgedragen heeft tot de verlaging van de kosten van La Poste voor de levering van de universele dienst. Dienaangaande dient eraan te worden herinnerd dat het Hof in het arrest TNT Traco van 17 mei 2001 (zaak C-340/99, Jurispr. blz. I-4109), met betrekking tot de toepassing van de artikelen 82 en 86, leden 1 en 2, EG, in een met de onderhavige zaak op een aantal punten overeenkomende samenhang heeft verklaard dat de met de universele postdienst belaste onderneming, „wanneer zij zelf een niet onder die universele dienst vallende snelpostdienst verricht, ook het postrecht dient te betalen. Voorts dient zij erop toe te zien, dat de kosten van haar activiteiten als snelpostdienst niet geheel of ten dele worden gedragen door haar activiteiten op het gebied van de universele dienst, omdat anders de kosten van de universele dienst en, diensgevolge, de eventuele verliezen daarvan ten onrechte worden vergroot” (punt 58).

62. Aangezien het onderhavige middel gegrond is, en zonder dat de andere middelen onderzoek behoeven, dient het arrest van het Gerecht te worden vernietigd, voorzover daarbij artikel 1 van de litigieuze beschikking nietig is verklaard „voorzover daarin wordt vastgesteld dat de door La Poste aan haar dochtermaatschappij SFMI-Chronopost verleende logistieke en commerciële bijstand geen staatssteun ten gunste van SFMI-Chronopost vormt”.

63. De zaak met betrekking tot het door Ufex ingestelde beroep tot nietigverklaring dient derhalve te worden terugverwezen naar het Gerecht, zodat dit zich aan de hand van de door het Hof verstrekte aanwijzingen kan uitspreken over de mid-

delen die Ufex in eerste aanleg heeft aangevoerd tegen de door de Commissie gemaakte beoordeling van de door La Poste aan haar dochteronderneming verleende logistieke en commerciële bijstand.

Conclusie

64. Derhalve geef ik het Hof in overweging te verklaren dat:

- het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 14 december 2000, Ufex e.a./Commissie, zaak T-613/97, wordt vernietigd voorzover daarbij artikel 1 van beschikking 98/365/EG van de Commissie van 1 oktober 1997 inzake de steun die Frankrijk aan SFMI-Chronopost zou hebben verleend, nietig is verklaard „voorzover daarin wordt vastgesteld dat de door La Poste aan haar dochtermaatschappij SFMI-Chronopost verleende logistieke en commerciële bijstand geen staatssteun ten gunste van SFMI-Chronopost vormt”,
- de zaak wordt terugverwezen naar het Gerecht,
- de beslissing over de kosten wordt aangehouden.