

BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET GERECHT
28 mei 2001 *

In zaak T-53/01 R,

Poste Italiane SpA, gevestigd te Rome (Italië), vertegenwoordigd door G. M. Roberti, P. Mathijssen, A. Perrazzelli, E. Rubini en A. Sandulli, advocaten, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door L. Pignataro en K. Wiedner als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

betreffende een verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van beschikking 2001/176/EG van de Commissie van 21 december 2000 betreffende een

* Procestaal: Italiaans.

procedure van artikel 86 EG in verband met de verstrekking in Italië van nieuwe postdiensten met een gegarandeerde aflevering op een zekere datum of zeker uur (PB 2001, L 63, blz. 59),

geeft

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG

de navolgende

Beschikking

Rechtskader

1 Artikel 16 EG luidt:

„Onverminderd de artikelen 73, 86 en 87 en gezien de plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, alsook de rol die zij vervullen bij het bevorderen van sociale en territoriale samenhang, dragen de Gemeenschap en de lidstaten er, in het kader van hun onderscheiden bevoegdheden en binnen het toepassingsgebied van dit Verdrag, zorg voor dat deze diensten functioneren op basis van beginselen en voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen.”

2 Artikel 86, lid 1, EG legt de lidstaten de verplichting op om met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen geen enkele maatregel te nemen of te handhaven die in strijd is met de regels van het Verdrag, met name die bedoeld in de artikelen 12 en 81 tot en met 89.

3 Artikel 86, leden 2 en 3, bepaalt:

„2. De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.

3. De Commissie waakt voor de toepassing van dit artikel en richt, voorzover nodig, passende richtlijnen of beschikkingen tot de lidstaten.”

Voorgeschiedenis van het geding

4 Poste Italiane SpA (hierna: „Poste Italiane” of „verzoekster”) is een volledig door de Italiaanse Staat gecontroleerde onderneming. Zij verzorgt in Italië de universele postdienst in de zin van artikel 3 van richtlijn 97/67/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende gemeenschappelijke regels voor de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap en de verbetering van de kwaliteit van de dienst (PB 1998,

L 15, blz. 14). Volgens lid 1 van deze bepaling houdt de universele dienst in „dat op alle punten van het grondgebied permanent postdiensten van een bepaalde kwaliteit worden aangeboden tegen prijzen die voor alle gebruikers betaalbaar zijn”.

5 Decreet van de president van de Italiaanse Republiek nr. 156 van 29 maart 1973 houdende goedkeuring van de eenvormige tekst van de wettelijke bepalingen op het gebied van postdiensten, postbankdiensten en telecommunicatie (GURI nr. 113 van 3 mei 1973, supplemento ordinario) bepaalt in artikel 1 dat „binnen de bij dit decreet gestelde grenzen tot de uitsluitende bevoegdheid van de staat behoren het ophalen, het vervoeren en het bestellen van briefpost [...]”.

6 Krachtens artikel 4 van decreet nr. 156 mogen de in artikel 1 bedoelde diensten echter worden verricht door Poste Italiane of door besteldiensten, dat wil zeggen door elke particuliere exploitant die een vergunning van het ministerie van Communicatie heeft verkregen (hierna: „besteldiensten”).

7 Ter omzetting van richtlijn 97/67 in nationaal recht hebben de Italiaanse autoriteiten op 22 juli 1999 wetsbesluit nr. 261 vastgesteld (GURI nr. 182 van 5 augustus 1999) dat op 6 augustus daaraanvolgend in werking is getreden.

8 Artikel 4 van wetsbesluit nr. 261 regelt de diensten die voor Poste Italiane als aanbieder van de universele dienst zijn gereserveerd. Het bepaalt:

„1. Voor de aanbieder van de universele dienst kunnen, voorzover noodzakelijk voor handhaving ervan, worden gereserveerd het ophalen, het sorteren en het

bestellen van binnenlandse en grensoverschrijdende postzendingen, al dan niet per expresdienst, waarvan de prijs lager is dan het vijfvoudige van het openbaar tarief dat van toepassing is op de snelst mogelijke bestelling van standaardpostzendingen van de eerste gewichtsklasse, voorzover deze zending een gewicht heeft van minder dan 350 gram.

2. Het in lid 1 bedoelde gereserveerde gebied omvat elk van de afzonderlijke fases.

3. Tot de grensoverschrijdende postzendingen behoren zendingen naar of vanuit het buitenland die onder het gereserveerde gebied vallen.

4. Wat de bestelfase betreft, omvatten de in lid 1 bedoelde postzendingen die welke met behulp van telematicatechnologieën worden voortgebracht.

5. Ongeacht de prijs- en gewichtsgrenzen omvat het in lid 1 bedoelde gereserveerde gebied de aangetekende postzendingen die verband houden met administratieve en gerechtelijke procedures; onder administratieve procedures wordt verstaan procedures betreffende werkzaamheden van de overheid en openbare aanbestedingen.”

- 9 Uit de stukken blijkt dat het bij de „hybride elektronische postdienst” gaat om een dienst waarbij het ophalen, sorteren en vervoeren langs elektronische weg verloopt, maar de bestelling na het afdrukken in materiële vorm geschiedt.

De bestreden beschikking

- 10 Na een aantal vergaderingen met de vertegenwoordigers van de Italiaanse autoriteiten en van Poste Italiane, heeft de Commissie bij aanmaningsbrief van 16 mei 2000 een niet-nakomingsprocedure tegen Italië ingeleid wegens schending van artikel 86 EG in samenhang met artikel 82 EG.
- 11 De Italiaanse regering en Poste Italiane hebben hun opmerkingen over de in de aanmaningsbrief geformuleerde punten van bezwaar schriftelijk en tijdens vergaderingen met de vertegenwoordigers van de Commissie kenbaar gemaakt.
- 12 Op 21 december 2000 heeft de Commissie beschikking 2001/176/EG gegeven betreffende een procedure van artikel 86 EG in verband met de verstrekking in Italië van nieuwe postdiensten met een gegarandeerde aflevering op een zekere datum of zeker uur (PB 2001, L 63, blz. 59; hierna: „bestreden beschikking”), waarvan het dispositief luidt als volgt:

„Artikel 1

De Italiaanse postwetgeving, in het bijzonder artikel 4, lid 4, van het wetsbesluit nr. 261 van 22 juli 1999, is in strijd met artikel 86, lid 1, in samenhang met artikel 82 van het Verdrag, voorzover deze de concurrentie uitsluit met betrekking tot de bestelfase met zekere datum of zeker uur van de hybride elektronische postdienst.

Italië is ertoe gehouden een einde te stellen aan deze inbreuk door de aan Poste Italiane SpA toegekende uitsluitende rechten met betrekking tot de bestelfase met zekere datum of zeker uur van de hybride elektronische postdiensten, in te trekken.

Artikel 2

Italië zal zich er in de toekomst van onthouden uitsluitende rechten te verlenen met betrekking tot de bestelfase met zekere datum of zeker uur van de hybride elektronische postdienst.

Artikel 3

Italië deelt de Commissie binnen drie maanden vanaf de kennisgeving van deze beschikking mee welke maatregelen het heeft genomen om een einde te stellen aan de in artikel 1 bedoelde inbreuk.

Artikel 4

Deze beschikking is gericht tot de Italiaanse Republiek.”

- ¹³ In de bestreden beschikking stelt de Commissie vast dat het bij artikel 4, lid 4, van wetsbesluit nr. 261 aan Poste Italiane verleende uitsluitend recht alle bestellingen omvat van met telematicamiddelen voortgebrachte postzendingen, ongeacht of zij al dan niet een toegevoegde waarde hebben ten opzichte van de traditionele besteldienst en of Poste Italiane de besteldienst met toegevoegde waarde al dan niet zelf verricht.

- 14 Zij beklemtoont ook dat in de ministeriële besluiten nr. 333 van 24 juni 1987 (GURI nr. 184 van 8 augustus 1987), nr. 269 van 29 mei 1988 (GURI nr. 165 van 15 juli 1988), en nr. 260 van 7 augustus 1990 (GURI nr. 218 van 18 september 1990), die het rechtskader voor de invoering van een hybride elektronische postdienst door Poste Italiane vormen, de bestelfase van deze dienst niet tot de gereserveerde sector behoorde.
- 15 In de overwegingen van de considerans van de bestreden beschikking worden diverse feitelijke gegevens met betrekking tot de betrokken diensten vermeld:
 - de particuliere exploitanten bieden ondernemingen, in het bijzonder banken en verzekeringsmaatschappijen, nieuwe diensten aan voor uitbesteding van hun postzendingen, waaronder het produceren, voorbereiden, vervoeren en bestellen van poststukken waarvoor de factor tijd van groot belang is;
 - de aangeboden diensten betreffende de behandeling van hybride elektronische post verhogen de snelheid en de betrouwbaarheid in de bestelfase dankzij de twee belangrijke diensten, te weten de gegarandeerde bestelling op een vooraf vastgestelde datum of de gegarandeerde bestelling op een vooraf vastgesteld uur, waardoor zij van de traditionele dienst verschillen;
 - de door de particuliere exploitanten aangeboden dienst met zekere datum of zeker uur wordt minstens op het volledige grondgebied van één Italiaanse regio contractueel gewaarborgd en verzekerd;
 - het bestaan van varianten ten opzichte van de twee belangrijke diensten, met name de bestelling met zekere datum of zeker uur binnen een door de klant vastgesteld tijdvak of de bestelling met zekere datum op een of meer

alternatieve bestemmingen indien de bestelling aan het eerste adres niet kan worden uitgevoerd; de verbinding met extra diensten, zoals het traceren en lokaliseren binnen de elektronische en materiële bestelfase, het op elektronische wijze bevestigen van een geslaagde bestelling op de vastgestelde datum of het vastgestelde uur, het elektronisch registreren van deze afleveringsoverzichten, het elektronisch rapporteren van niet-geslaagde bestellingen, pogingen om het nieuwe adres van de geadresseerde te vinden, en voortdurende actualisering van speciaal voor de klanten opgestelde adressenlijsten;

- het opzetten door de particuliere exploitanten van een infrastructuur die nodig is om de uitbestede hybride elektronische postdienst op een groot deel (omstreeks 40 %) van het nationale grondgebied te kunnen verstrekken;
- het bestelnetwerk van Poste Italiane biedt geen mogelijkheid om een bestelling met zekere datum of zeker uur te garanderen.

¹⁶ In het gedeelte dat is gewijd aan de juridische beoordeling stelt de Commissie eerst vast dat Poste Italiane een openbaar bedrijf in de zin van artikel 86, lid 1, EG is waaraan de Italiaanse Staat krachtens artikel 4 van wetsbesluit nr. 261 uitsluitende rechten heeft verleend. Vervolgens

- onderzoekt zij de relevante markten (punten 16 tot en met 21) en de betrokken geografische markt (punt 22);

- stelt zij vast dat Poste Italiane een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt in de zin van artikel 82 EG bezit, omdat zij beschikt over een wettelijk monopolie op de markt dat wordt gedekt door het bij artikel 4 van wetsbesluit nr. 261 verleende uitsluitend recht (punt 23);
- is zij van mening dat een overheidsmaatregel waarbij een verwante doch onderscheiden markt wordt gereserveerd, in strijd met artikel 86, lid 1, EG in samenhang met artikel 82 EG is, in het bijzonder wanneer deze maatregel de exploitant ertoe aanzet het aanbod van de nieuw gereserveerde dienst te beperken, zoals in het geval van Poste Italiane die geen besteldiensten met zekere datum of zeker uur aanbiedt en louter door uitoefening van haar uitsluitend recht de particuliere exploitanten belet om aan de vraag naar deze dienst te voldoen (punt 26);
- wijst zij erop dat het misbruik het handelsverkeer tussen de lidstaten nadelig kan beïnvloeden (punt 29);
- meent zij dat krachtens artikel 86, lid 2, EG de mededingingsregels op Poste Italiane, als onderneming belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, van toepassing zijn, omdat de Italiaanse autoriteiten niet hebben aangetoond dat de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de haar toevertrouwde bijzondere taak verhindert. In casu kan niet worden betoogd dat de mededinging met betrekking tot de gegarandeerde bestelling met zekere datum of zeker uur het financiële evenwicht van Poste Italiane in gevaar zou brengen of dat de openbare exploitant door de mededinging van particuliere exploitanten van zijn winstgevende activiteiten zou worden beroofd (punt 30).

¹⁷ Tenslotte wordt in de conclusie van de bestreden beschikking erop gewezen dat „behalve Italië geen enkele andere lidstaat een soortgelijke bepaling als die van

artikel 4, lid 4, van het wetsbesluit heeft aangenomen, waarbij de bestelfase van de hybride elektronische postdienst uitdrukkelijk wordt gereserveerd, ongeacht de speciale diensten die in deze fase worden verleend” (punt 31).

- 18 Voor de tenuitvoerlegging van die beschikking hebben de Italiaanse autoriteiten op 24 januari 2001 circulaire DGRQS/208 (hierna: „circulaire 208”) vastgesteld. In deze circulaire wordt de aan artikel 4, lid 4, van wetsbesluit nr. 261 te verlenen betekenis gepreciseerd.
- 19 In artikel 3 van circulaire 208 heet het dat „de bestelfase van de hybride elektronische postdienst [behoort tot] het aan [Poste Italiane] toegekende gereserveerde gebied, evenals elke postzending binnen de geldende gewichts- en prijsgrenzen”.
- 20 Volgens artikel 4 behoort de qua tijdsfactor gevoelige hybride elektronische postdienst met zekere datum of zeker uur evenwel niet tot het gereserveerde gebied wanneer is voldaan aan de volgende voorwaarden: de verplichting voor de exploitant om, wanneer hij de dienst, die zich minstens tot het grondgebied van één regio moet uitstrekken, wil verlenen, om een vergunning aan te vragen (artikel 5); een resultaatsverplichting voor de exploitant: bestelling met zekere datum en zeker uur en betaling afhankelijk van de bestelling binnen de overeengekomen termijn (artikel 6); de verplichting om een register bij te houden waarin de exploitant elke zending inschrijft met vermelding van de belangrijkste gegevens ervan (artikel 7); de verplichting ervoor te zorgen dat de zendingen met zekere datum en zeker uur identificeerbaar zijn (artikel 8); de verplichting voor de exploitant om de datum of het uur en de datum door middel van de handtekening van de ontvanger in het daartoe voorziene register te kunnen bewijzen, met de mogelijkheid om de zending tijdens de bestelfase te volgen (artikel 9), en de verplichting om de registers gedurende een periode van zes maanden te bewaren (artikel 11).
- 21 Circulaire 208 bevat geen enkele voorwaarde ten aanzien van het prijsniveau van de besteldienst van hybride elektronische post met zekere datum of zeker uur.

Procesverloop

- 22 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 6 maart 2001, heeft Poste Italiane krachtens artikel 230, vierde alinea, EG beroep tot nietigverklaring van de bestreden beschikking ingesteld.
- 23 Bij afzonderlijke akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op dezelfde dag, heeft zij krachtens artikel 242 EG tevens verzocht om opschorting van de tenuitvoerlegging van deze beschikking tot de uitspraak van het Gerecht in de hoofdzaak.
- 24 Bij verzoekschriften, ingeschreven ter griffie van het Gerecht op 29 respectievelijk 30 maart 2001, hebben Recapitalia Consorzio Italiano delle Agenzie di Recapito Licenziatarie del Ministero delle Comunicazioni (hierna: „Consorzio Recapitalia”), vertegenwoordigd door L. Magrone en M. Giordano, advocaten, en de vennootschap TNT Post Groep NV, vertegenwoordigd door M. Merola en C. Tesauero, advocaten, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg, verzocht om toelating tot interventie in deze procedure ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie.
- 25 De interventieverzoeken zijn overeenkomstig artikel 116, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht aan partijen betekend.
- 26 De Commissie heeft haar schriftelijke opmerkingen over het verzoek in kort geding op 30 maart 2001 ingediend.
- 27 Bij brieven van 30 maart en 2 april 2001 heeft de griffie van het Gerecht elk der verzoeksters om interventie verzocht om op de hoorzitting aanwezig te zijn.

- 28 Op 4 april 2001 heeft de Commissie verzocht om vertrouwelijke behandeling van een bijlage bij het verzoek in kort geding (aanmaningsbrief van 16 mei 2000 aan de Italiaanse autoriteiten) en van een bijlage bij de opmerkingen van de Commissie (brief van de voorzitter van de Raad van ministers van 14 december 2000 aan de heer Monti, lid van de Commissie) tegenover Consorzio Recapitalia en de TNT Post Groep.
- 29 Partijen bij deze procedure en verzoeksters om interventie zijn op 5 april 2001 gehoord. Op dezelfde dag heeft Poste Italiane verzocht om vertrouwelijke behandeling van bepaalde gegevens in het verzoek in kort geding en in een aantal van de bijlagen daarbij.
- 30 Tijdens de hoorzitting is aan Poste Italiane en de Commissie gevraagd om een standpunt over de interventieverzoeken van Consorzio Recapitalia en de TNT Post Groep in te nemen. Verzoekster heeft zich niet verzet tegen inwilliging van het verzoek van de Commissie om vertrouwelijke behandeling. Zij heeft eveneens een reclamebrochure over de door haar aangeboden diensten overgelegd die, ondanks de late overlegging, door de rechter in kort geding is aanvaard na de opmerkingen van de Commissie en van verzoeksters om interventie te hebben gehoord.
- 31 Op 6 april 2001 heeft de Commissie laten weten dat zij geen bezwaar had tegen het verzoek van Poste Italiane om vertrouwelijke behandeling.
- 32 Op 1 maart 2001 heeft de Italiaanse Republiek bij het Hof beroep ingesteld tot nietigverklaring van de bestreden beschikking, dat is geregistreerd onder nummer C-102/01, maar niet verzocht om opschorting van de tenuitvoerlegging ervan.

- 33 Bij afzonderlijke akte, neergelegd ter griffie van het Hof op 30 maart 2001, heeft de Italiaanse Republiek het Hof ervan in kennis gesteld dat zij overeenkomstig artikel 78 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof afstand van instantie deed, waarvan de Commissie op 20 april daaraanvolgend akte heeft genomen.
- 34 Bij beschikking van de president van het Hof van 27 april 2001, Italië/Commissie (niet gepubliceerd in de Jurisprudentie), aan partijen medegedeeld bij brief van 11 mei daaraanvolgend, is zaak C-102/01 in het register van het Hof doorgehaald.
- 35 Bij brief van 15 mei 2001 heeft de griffie van het Gerecht op verzoek van de rechter in kort geding partijen in kort geding alsmede de twee verzoeksters om interventie ervan in kennis gesteld dat zaak C-102/01 in het register van het Hof was doorgehaald.

In rechte

- 36 Alvorens op het onderhavige verzoek in kort geding te beslissen, moet de draagwijdte van de bestreden beschikking nauwkeurig worden vastgesteld.
- 37 Ook al hebben bepaalde passages van de bestreden beschikking, in het bijzonder punt 18, niet alleen maar betrekking op de hybride elektronische postdienst, uit artikel 1 van het dispositief volgt dat artikel 4, lid 4, van wetsbesluit nr. 26 l in de beschikking niet in zijn geheel onrechtmatig wordt verklaard, maar enkel voorzover deze bepaling van toepassing is op de bestelfase met zekere datum of zeker uur van de hybride elektronische postdiensten.

- 38 Tijdens de hoorzitting heeft de Commissie deze uitlegging van de beschikking uitdrukkelijk bevestigd.
- 39 Onverminderd de verenigbaarheid van circulaire 208 met de verdragsregels, blijkt ook uit de bewoordingen van deze nationale rechtshandeling dat de Italiaanse autoriteiten de draagwijdte van de bestreden beschikking aldus hebben opgevat. Circulaire 208 maakt immers onder bepaalde voorwaarden mededinging mogelijk voor de bestelfase met zekere datum of zeker uur van hybride elektronische postdiensten waarvoor de factor tijd van wezenlijk belang is.
- 40 Daaruit volgt in de eerste plaats dat artikel 4, lid 4, van wetsbesluit nr. 261 niet in strijd is verklaard met de bepalingen van artikel 86 EG in samenhang met artikel 82 EG, voorzover de langs elektronische weg verzonden post op enige andere wijze wordt besteld dan met zekere datum of zeker uur.
- 41 Daaruit volgt in de tweede plaats dat de bestreden beschikking enkel betrekking heeft op de bestelling van hybride elektronische post met zekere datum of zeker uur en dat daarin de verenigbaarheid met de verdragsbepalingen van de nationale wettelijke regeling betreffende de bestelling van gewone post met dergelijke kenmerken niet ter discussie wordt gesteld.
- 42 Krachtens artikel 242 EG juncto artikel 4 van besluit 88/591/EGKS, EEG, Euratom van de Raad van 24 oktober 1988 tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (PB L 319, blz. 1), zoals gewijzigd bij besluit 93/350/Euratom, EGKS, EEG van de Raad van 8 juni 1993 (PB L 144, blz. 21), kan het Gerecht, wanneer het van mening is dat de omstandigheden dat vereisen, de opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden handeling gelasten.

- 43 Artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering bepaalt dat een verzoek in kort geding een duidelijke omschrijving moet bevatten van de omstandigheden waaruit het spoedeisend karakter blijkt, alsmede de middelen, zowel feitelijk als rechtens, op grond waarvan de voorlopige maatregel waartoe wordt geconcludeerd, aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt (*fumus boni juris*). Die voorwaarden zijn cumulatief, zodat een verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging moet worden afgewezen, wanneer aan een van de deze voorwaarden niet wordt voldaan [beschikkingen van de president van het Hof van 14 oktober 1996, SCK en FNK/Commissie, C-268/96 P(R), Jurispr. blz. I-4971, punt 30, en van de president van het Gerecht van 1 februari 2001, Free Trade Foods/Commissie, T-350/00 R, Jurispr. blz. II-493, punt 32]. De rechter in kort geding weegt in voorkomend geval ook de betrokken belangen tegen elkaar af (beschikking van de president van het Hof van 23 februari 2001, Oostenrijk/Raad, C-445/00 R, Jurispr. blz. I-1461, punt 73).
- 44 De gevraagde maatregel moet bovendien voorlopig zijn, in die zin dat zij niet vooruitloopt op de rechtspunten of feitelijke punten in geding, noch de gevolgen van de later in de hoofdzaak te nemen beslissing bij voorbaat ongedaan maakt [beschikking van de president van het Hof van 19 juli 1995, Commissie/Atlantic Container Line e.a., C-149/95 P(R), Jurispr. blz. I-2165, punt 22].
- 45 Ten slotte bepaalt artikel 104, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering dat „het verzoek wordt gedaan bij afzonderlijke akte en met inachtneming van het bepaalde in de artikelen 43 en 44”.

De interventieverzoeken

- 46 Krachtens artikel 37, tweede alinea, van 's Hof's Statuut-EG, dat krachtens artikel 46, eerste alinea, ervan van toepassing is op het Gerecht, is het recht van interventie afhankelijk van de voorwaarde dat een belang bij de beslechting van het geschil aannemelijk wordt gemaakt.

- 47 Met betrekking tot het belang bij de beslechting van het geschil moeten de door Consorzio Recapitalia en door TNT Post Groep ingediende interventieverzoeken ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie in de procedure in kort geding afzonderlijk worden onderzocht.
- 48 Op de hoorzitting heeft Poste Italiane een voorbehoud gemaakt ten aanzien van de vraag of verzoeksters om interventie een voldoende belang bij de beslechting van het geschil hebben. Zij heeft eveneens twijfel geuit over de toelating van die interventies in het licht van het feit dat Consorzio Recapitalia en TNT Post Groep, in geval de Commissie had besloten om de verenigbaarheid van artikel 4, lid 4, van wetsbesluit nr. 261 niet te bestrijden, een dergelijk besluit niet voor het Gerecht hadden kunnen aanvechten.
- 49 De Commissie heeft verklaard zich niet tegen de interventieverzoeken te verzetten.
- 50 De rechter in kort geding begrijpt verzoeksters tijdens de hoorzitting aangevoerd argument aldus dat, wanneer een partij die bij de Commissie een klacht heeft ingediend die strekt tot vaststelling van schending van artikel 86 EG in samenhang met artikel 82 EG, niet ontvankelijk is om krachtens artikel 230 EG de wettigheid te betwisten van het besluit tot weigering om de uit hoofde van artikel 86, lid 3, EG gevraagde handeling te verrichten, verzoeksters om interventie evenmin kunnen worden toegelaten tot interventie in een geding betreffende een procedure op grond van artikel 86, lid 3, EG. Dit argument kan niet worden aanvaard, omdat het volgens 's Hofs rechtspraak niet bij voorbaat is uitgesloten dat er uitzonderingssituaties kunnen bestaan waarin een particulier of eventueel een vereniging die is opgericht ter behartiging van de collectieve belangen van een groep justitiabelen, in rechte kan optreden tegen een weigering van de Commissie om een beschikking te geven in het kader van haar toezichthoudende taak als bedoeld in artikel 86, leden 1 en 3, EG (arrest Hof van 20 februari 1997, Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Commissie, C-107/95 P, Jurispr. blz. I-947, punt 25). Bovendien is dit argument niet relevant, omdat de ontvankelijkheid van een verzoek om interventie alleen in het licht van de voorwaarden van artikel 37 van 's Hofs Statuut-EG moet worden beoordeeld.

- 51 Wat het interventieverzoek van Consorzio Recapitalia betreft, moet eraan worden herinnerd dat blijkens de rechtspraak representatieve verenigingen die de bescherming van de belangen van hun leden als doel hebben, tot interventie worden toegelaten in gedingen waarin principiële punten aan de orde komen waardoor die leden worden geraakt [beschikkingen van de president van het Hof van 17 juni 1997, National Power en PowerGen, C-151/97 P(I) en C-157/97 P(I), Jurispr. blz. I-3491, punt 66, en van 28 september 1998, Pharos/Commissie, C-151/98 P(I), Jurispr. blz. I-5441, punt 6; beschikking van de president van het Gerecht van 22 maart 1999, Pfizer/Raad, T-13/99 R, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 15].
- 52 In de bestreden beschikking wordt vastgesteld dat de uitsluiting van de mededinging met betrekking tot de bestelfase met zekere datum of zeker uur van de hybride elektronische postdiensten in strijd is met artikel 86, lid 1, EG in samenhang met artikel 82 EG (punt 31 en artikel 1). Zij bepaalt dat Italië zich er in de toekomst van zal onthouden uitsluitende rechten te verlenen met betrekking tot de bestelfase met zekere datum of zeker uur van de hybride elektronische postdiensten (artikel 2), zodat de bestelfase van deze postdiensten voor mededinging moet worden opengesteld. Deze zaak werpt op het eerste gezicht principiële vragen op betreffende de toepassingsvoorwaarden van de artikelen 86 EG en 82 EG op het gebied van postdiensten en in het bijzonder betreffende de omvang van het gebied dat op grond van die bepalingen kan worden gereserveerd.
- 53 Consorzio Recapitalia is een Italiaanse groep van besteldiensten die een vergunning heeft tot het verlenen van diensten die niet zijn gereserveerd maar tot de universele dienst behoren en/of van diensten die niet tot de universele dienst behoren. Deze ondernemingen beschikken over infrastructuur waardoor zij in staat zijn de contractueel gegarandeerde besteldienst met zekere datum of zeker uur te verzekeren.
- 54 Artikel 4, sub a, van haar statuten bepaalt dat Consorzio Recapitalia zich ten doel stelt „om de initiatieven van besteldiensten met een door het ministerie van Post en Telecommunicatie afgegeven vergunning voor spoedbestellingen aan huis te bevorderen, te coördineren, aan te moedigen en te beschermen”, en dat haar werkzaamheden met name beogen „om de activiteiten van de besteldiensten te stimuleren en te ontwikkelen, ook door nieuwe diensten in het leven te roepen”.

- 55 Volgens artikel 4, sub n, van haar statuten, valt onder dat doel ook de verdediging in rechte van de belangen van haar leden.
- 56 Zonder op dit punt door Poste Italiane te zijn weersproken, stelt Consorzio Recapitalia bovendien dat het bij haar leden om dezelfde ondernemingen gaat als die welke via een andere groep (Consortio Riposta) bij de Commissie een klacht hadden ingediend wegens schending van de artikelen 82 EG en 86 EG door Italië, omdat bij de uitbreiding van het voor Poste Italiane gereserveerde gebied inbreuk op de bepalingen van richtlijn 97/67 was gemaakt.
- 57 Daaruit volgt dat de bij Consorzio Recapitalia aangesloten ondernemingen, die de besteldienst met zekere datum of zeker uur van hybride elektronische post willen aanbieden, kunnen aantonen dat zij belang hebben bij de afwijzing van het verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging.
- 58 Aangezien Consorzio Recapitalia tot taak heeft om de economische belangen van haar leden te verdedigen en deze door de bestreden beschikking worden geraakt, staat haar belang bij de uitspraak in kort geding vast. Dit wordt bevestigd door het feit dat Consorzio Recapitalia in februari 2001 bij de nationale rechter de wettigheid van circulaire 208 heeft betwist en tegelijkertijd heeft verzocht om voorlopige maatregelen, omdat de in de circulaire gestelde voorwaarden ter verzekering van hybride elektronische postdiensten met zekere datum of zeker uur geen bevredigende tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking vormen.
- 59 De andere verzoekster om interventie, TNT Post Groep, een vennootschap naar Nederlands recht, is de holding het TPG-concern dat wereldwijd actief is in de sectoren postdiensten, expresvervoer en logistiek. Bovendien is het TPG-concern

werkzaam in de sectoren normaal vervoer en vliegtuigleasing. In Italië houdt het TPG-concern zich bezig met postbestellingen en heeft het met name indirect verschillende besteldiensten overgenomen die in diverse gemeentes werken op basis van vergunningen die krachtens artikel 29 van wetsbesluit nr. 156 (zie punt 5 hiervoor) zijn afgegeven, maar die inmiddels zijn vervangen door een regeling van individuele licenties en algemene vergunningen die het aanbod van niet gereserveerde postdiensten respectievelijk het aanbod van niet onder de universele dienst vallende diensten beheersen. Via haar dochterondernemingen biedt het TPG-concern bovendien expresvervoerdiensten en logistieke diensten aan.

- 60 TNT Post Groep voert in wezen twee argumenten aan ten bewijze van haar belang bij de beslechting van het geschil. Het eerste argument betreft het feit dat zij in geval van een eventuele opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking de betrokken besteldienst op grond van wetsbesluit nr. 261 niet meer zou kunnen verrichten.
- 61 Het tweede argument betreft het feit dat zij in juni 1999 een klacht bij de Commissie heeft ingediend met het verzoek om vast te stellen dat de Italiaanse regeling inbreuk maakt op richtlijn 97/67 en artikel 86 EG juncto artikel 82 EG, en dat zij haar klacht na de vaststelling van wetsbesluit nr. 261 door de Italiaanse autoriteiten heeft aangevuld.
- 62 De rechter in kort geding is van oordeel dat deze argumenten voldoende zijn om vast te stellen dat TNT Post Groep er belang bij heeft dat de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking niet wordt opgeschort.
- 63 In die omstandigheden worden Consorzio Recapitalia en TNT Post Groep toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie in kort geding.

Het verzoek om vertrouwelijke behandeling

- 64 Tijdens de hoorzitting heeft Poste Italiane verklaard geen bezwaar tegen het door de Commissie op 4 april 2001 ingediende verzoek om vertrouwelijke behandeling te hebben.
- 65 De Commissie heeft naar aanleiding van het door Poste Italiane op 5 april 2001 ingediende verzoek om vertrouwelijke behandeling, dat haar op de hoorzitting is meegedeeld, de volgende dag laten weten daartegen geen bezwaar te hebben.
- 66 De in de verzoeken van de Commissie en Poste Italiane bedoelde informatie moet in de procedure in kort geding vertrouwelijk worden behandeld, voorzover die informatie op het eerste gezicht als geheim of vertrouwelijk kan worden beschouwd in de zin van artikel 116, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, wat door geen der partijen is betwist.

Het verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging

De door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid

- 67 In haar schriftelijke opmerkingen stelt de Commissie dat het verzoek in kort geding niet voldoet aan de vormvereisten van artikel 104, leden 2 en 3, van het Reglement voor de procesvoering. In het bijzonder voldoet een verzoek als dat van Poste Italiane, dat weliswaar formeel is ingediend bij afzonderlijke akte die losstaat van het verzoekschrift in de hoofdzaak, maar daarmee volledig

overeenstemt, niet aan de gestelde vereisten. Aangezien geen onderscheid kan worden gemaakt tussen de loutere verwijzing in het verzoek om voorlopige maatregelen naar het verzoekschrift in de hoofdzaak — wat het verzoek niet-ontvankelijk maakt (beschikking van de president van het Hof van 12 oktober 2000, Griekenland/Commissie, C-278/00 R, Jurispr. blz. I-8787, punten 25 en 26) — en de integrale weergave ervan in het verzoek om voorlopige maatregelen — wat dit verzoek bijzonder omvangrijk maakt — is het verzoek niet-ontvankelijk wegens niet-inachtneming van de vormvoorschriften van het Reglement voor de procesvoering.

- 68 Tijdens de hoorzitting heeft verzoekster geantwoord dat het verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging bij afzonderlijke akte is ingediend en de gegevens bevat op grond waarvan de rechter in kort geding uitspraak kan doen. Die situatie verschilt dus van die waarin louter naar het verzoekschrift in de hoofdzaak wordt verwezen.
- 69 Gezien deze situatie en gelet op het belang van de zaak, heeft de rechter in kort geding de Commissie gevraagd of zij bereid was nieuwe schriftelijke opmerkingen in te dienen over een door verzoekster te vervaardigen korte samenvatting van de middelen, zowel feitelijk als rechtens, op grond waarvan de opschorting van de tenuitvoerlegging waartoe wordt geconcludeerd, aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt.
- 70 In antwoord op die vraag heeft de Commissie verklaard, dat zij blijft bij haar standpunt dat het verzoek niet aan de vormvereisten voldoet, en het niet nodig vindt om Poste Italiane te verzoeken om overlegging van een korte samenvatting van de middelen, zowel feitelijk als rechtens, op grond waarvan de gevraagde maatregel op het eerste gezicht gerechtvaardigd voorkomt, waarover zij opmerkingen had kunnen indienen.
- 71 In die omstandigheden behoeft niet te worden beslist op de vraag of een verzoek in kort geding dat de tekst van het verzoekschrift in de hoofdzaak vrijwel integraal bevat en verder nog een inleiding, een uiteenzetting van de omstandigheden waaruit het spoedeisend karakter blijkt en een verklaring betreffende de

afweging van de in het geding zijnde belangen, in overeenstemming is met de vereisten van artikel 104, leden 2 en 3, van het Reglement voor de procesvoering.

De fumus boni juris

- 72 In haar verzoek in kort geding herhaalt verzoekster de door haar in het beroep in de hoofdzaak aangevoerde middelen die haars inziens aantonen dat aan de voorwaarde betreffende de fumus boni juris is voldaan.
- 73 Het betreft in de eerste plaats middelen betreffende schending van de rechten van de verdediging en de voor de administratieve procedure geldende beginselen, in de tweede plaats een kennelijke beoordelingsfout en een motiveringsgebrek ter zake van de definitie van de relevante markten, in de derde plaats het ontbreken van een machtspositie, in de vierde plaats een verkeerde toepassing en uitlegging van richtlijn 97/67, in de vijfde plaats een verkeerde uitlegging en toepassing van de verdragsregels betreffende de universele dienst, en in de zesde plaats het ontbreken van invloed op het handelsverkeer tussen de lidstaten.
- 74 De aangevoerde middelen zijn volgens de Commissie ongegrond, maar zij heeft tijdens de hoorzitting deze serieus te nemen.
- 75 Partijen verschillen fundamenteel van mening over de vraag of verzoekster op de markt van besteldiensten met zekere datum of zeker uur van hybride elektronische post werkzaam is. Dit meningsverschil is met name te wijten aan de omstandigheid dat de bestelfase van hybride elektronische post volgens verzoekster noodzakelijkerwijze samenvalt met de bestelling van briefpost die onder de

voor Poste Italiane gereserveerde sector valt en waarvoor deze bijkomende diensten aanbiedt, waaronder met name de bestelling op een contractueel gegarandeerde zekere datum, terwijl in de bestreden beschikking wordt verklaard dat „het bestelnetwerk van de openbare exploitant [...] geen mogelijkheid [biedt] om een bestelling met zekere datum of zeker uur te garanderen” (punt 10) en dat Poste italiane „heeft betoogd dat zij op dit moment geen besteldienst met zekere datum of zeker uur verstrekt” (punt 26).

- 76 Wegens dit fundamentele meningsverschil moeten de gevolgen worden beoordeeld van de openstelling van de in de bestreden beschikking bedoelde besteldiensten voor de mededinging. In dat verband moet worden beklemtoond dat de Commissie bij de omschrijving van de relevante markt geen rekening heeft gehouden met het prijsniveau van deze diensten, terwijl aan de hand daarvan in de eerste plaats juist kan worden beoordeeld in welke mate de verschillende aangeboden diensten onderling uitwisselbaar zijn en in de tweede plaats of de universele exploitant het risico loopt om te worden beroofd van de voor zijn financiële levensvatbaarheid noodzakelijke activiteiten. Met betrekking tot dit laatstgenoemde punt moet de rechter in de hoofdzaak in het kader van het onderzoek van het vijfde middel bepalen of de toekenning of de handhaving van het aan Poste Italiane verleende uitsluitend recht op de betrokken diensten noodzakelijk is om de haar toevertrouwde taak van algemeen economisch belang te vervullen, en in het bijzonder om dit te doen onder economisch aanvaardbare voorwaarden. Bij de beoordeling van de vraag of de uit het uitsluitend recht voortvloeiende uitsluiting van de mededinging geoorloofd is, moet overeenkomstig de criteria in het arrest van het Hof van 19 mei 1993, Corbeau (C-320/91, Jurispr. blz. I-2533, punt 19), in het bijzonder worden onderzocht of de Commissie terecht tot de slotsom is gekomen dat de besteldiensten met zekere datum of zeker uur van hybride elektronische post naar hun aard en naar de omstandigheden waarin zij worden aangeboden het economisch evenwicht van de door de houder van het uitsluitend recht verrichte dienst van algemeen economisch belang niet in gevaar brengen. Een dergelijk onderzoek kan evenwel niet in het kader van dit kort geding worden verricht.
- 77 In het licht van het voorgaande kan niet worden vastgesteld dat de door verzoekster aangevoerde middelen, zowel feitelijk als rechtens, op het eerste gezicht ongegrond lijken (beschikking Commissie/Atlantic Container Line e.a., reeds aangehaald, punt 26).

- 78 Gelet op deze beoordeling en op het standpunt van de Commissie tijdens de hoorzitting, moet worden vastgesteld dat de door Poste Italiane aangevoerde middelen voldoen aan de voorwaarde van de *fumus boni juris*.

De spoedeisendheid en de belangenafweging

— Argumenten van partijen

- 79 Verzoekster stelt dat zij ernstige en onherstelbare schade lijdt, wanneer de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking niet wordt opgeschort.
- 80 Gelet op de voorwaarden in circulaire 208 schat Poste Italiane de inkomstenderving als gevolg van de onttrekking van de besteldiensten met ontvangst-bevestiging aan het gereserveerde gebied op een bedrag tussen 316 en 411 miljard ITL, naargelang de bestelling binnen 24 uur na verzending dan wel later plaatsvindt. De bestreden beschikking leidt er immers toe dat de traditioneel door Poste Italiane aangeboden diensten onmiddellijk door de nieuwe in deze beschikking bedoelde dienst zullen worden vervangen, waardoor de particuliere exploitanten Poste Italiane beroven van de inkomsten uit de voor haar enige winstgevende sectoren.
- 81 De inkomstenderving kan dit bedrag zelfs overschrijden, omdat het uiterst moeilijk is om te controleren of derden zich strikt aan de bij circulaire 208 gestelde grenzen houden en niet juist van deze mogelijkheid profiteren om de uitsluitende rechten op het gereserveerde gebied op grote schaal te omzeilen.

- 82 Zou de Commissie evenwel van mening zijn dat de bestreden beschikking zonder inachtneming van de bij circulaire 208 vastgestelde voorwaarden moet worden uitgevoerd, dan kan de schade naar schatting van de vennootschap Ernst & Young oplopen tot 1 639, 1 261 en 411 miljard ITL per jaar, respectievelijk in geval van bestelling na 24 uur zonder ontvangstbevestiging, bestelling binnen 24 uur zonder een dergelijke bevestiging en bestelling na 24 uur met een dergelijke bevestiging. Een duur van de procedure in de hoofdzaak voor het Gerecht van twee jaar, zou tot verdubbeling van deze bedragen leiden.
- 83 Dergelijke inkomstendervingen dragen bij tot stijging van het tekort dat Poste Italiane als universele dienstverlener moet dragen, en dat na aftrek van de winst uit het gereserveerde gebied voor het begrotingsjaar 1999 ongeveer 2 500 miljard bedraagt en voor het begrotingsjaar 2000 op een zelfde bedrag wordt geraamd.
- 84 Deze schade is niet alleen zeer ernstig, maar ook onherstelbaar.
- 85 In de eerste plaats kan het bedrag aan inkomsten dat de universele dienstverlener misloopt, immers slechts door middel van een schadevordering worden goedge-maakt. In een dergelijk geval valt echter moeilijk te bepalen „hoe groot de financiële schade [...] is, aangezien [verzoekster] niet voldoende nauwkeurig zal kunnen vaststellen in hoeverre de vastgestelde vermindering van de [inkomsten] het gevolg is geweest van een sterkere concurrentie op de markt of van [wisselvalligheden]” die inherent zijn aan de betrokken markt (beschikking van de president van het Gerecht van 7 juli 1998, Van den Bergh Foods/Commissie, T-65/98 R, Jurispr. blz. II-2641, punt 65). De betrokken schade lijkt dus niet voor vergoeding vatbaar.
- 86 In de tweede plaats zal de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking tot een crisis in de bedrijfsvoering en vooral in de vervulling van de universele postdienst in Italië leiden.

87 Aangezien de inkomsten uit het gereserveerde gebied nu al onvoldoende zijn om de kosten van de universele dienst te dekken, kan de bestreden beschikking het moeizaam bereikte evenwicht slechts in gevaar brengen. Dat zal volgens verzoekster inhouden:

- onderbreking van het herstructureringsproces, dat zal worden tenietgedaan door het plotseling ontstaan van absoluut onverwachte en onvoorspelbare tekorten ten belope van honderden/duizenden miljarden ITL;
- onmogelijkheid om de acties en de investeringen die hebben bijgedragen aan de verbetering van de kwaliteit van de universele dienst te blijven financieren; meer in het bijzonder zal verdere vermindering van inkomsten uit het gereserveerde gebied de handhaving en a fortiori de ontwikkeling van methoden en normen voor dienstverlening in de gebieden waar de bestelling toch al tekort schiet onmogelijk maken, wat leidt tot het ontstaan van een „tweeledige” dienstverlening;
- verdere vermindering van de werkgelegenheid wegens de noodzaak tot verdere kostenvermindering ter compensatie van de inkomstenderving die uit de bestreden beschikking voortvloeit.

88 Wat de belangenafweging betreft, stelt Poste Italiane dat haar belang samenloopt met een wezenlijk openbaar belang bij regelmatige verlening van de universele postdienst, dat zonder meer bescherming op gemeenschapsniveau verdient. Dat belang is groter dan het belang van de Commissie bij bescherming van de vrije mededinging voor het verlenen van postdiensten in de vorm van een met zekere datum of zeker uur gegarandeerde bestelling van postzendingen langs elektronische weg.

- 89 Om te beginnen vraagt de Commissie zich af of er inderdaad sprake is van de spoedeisendheid die verzoekster ter verkrijging van de opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking inroept, omdat het onderhavige verzoek meer dan twee maanden na de datum van kennisgeving van de beschikking aan de Italiaanse Republiek is ingediend (zie in die zin beschikking Hof van 7 juli 1965, Fonzi/Commissie, 28/65 R, Jurispr. 1966, blz. 730, 735). Bovendien had de Italiaanse Republiek in zaak C-102/01 niet om opschorting van de tenuitvoerlegging verzocht.
- 90 In de eerste plaats betoogt zij dat verzoekster door de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking geen schade zal lijden.
- 91 Zoals verzoekster immers zelf heeft verklaard en erkend, is zij niet werkzaam op de markt van besteldiensten met zekere datum of zeker uur van hybride elektronische post (punten 26 en 30, eerste alinea, van de bestreden beschikking, bijlage 1 bij de opmerkingen van de Commissie, alsmede punten 135 en 136 van het verzoek in kort geding). De uitvoering van de beschikking van de Commissie heeft dus niet tot gevolg dat de omzet van Poste Italiane op deze markt daalt, omdat het bedrijf de betrokken diensten niet verstrekt. De gevolgen van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking voor verzoekster zijn dus slechts potentieel en indirect (beschikking van de president van het Gerecht van 17 januari 2001, Petrolessence en SG2R/Commissie, T-342/00 R, Jurispr. blz. II-67, punt 48).
- 92 De hypothetische schade die verzoekster stelt, te weten de inkomstenderving van Poste Italiane bij het verlenen van een dienst die zij vóór de bestreden beschikking nooit heeft aangeboden en nog steeds niet aanbiedt, is geen rechtstreeks gevolg van de tenuitvoerlegging van deze beschikking. Bovendien vormt de onmogelijkheid voor een verzoekende partij om een financieel voordeel te behalen waarvoor zij niet in aanmerking kwam, geen ernstige en onherstelbare schade (beschikking Hof van 12 juli 1990, Commissie/Duitsland, C-195/90 R, Jurispr. blz. I-3351, punten 42 en 43).

- 93 De door verzoekster gestelde schade berust bovendien op de denkbeeldige waarschijnlijkheid van toekomstige en onzekere gebeurtenissen. De schade is dus niet actueel, maar hypothetisch (beschikking van de president van het Gerecht van 2 december 1994, *Union Carbide/Commissie*, T-322/94 R, Jurispr. blz. II-1159, punt 31). Bij haar raming van de schade op „bijna” 316 en 411 miljard ITL of op 1 639, 1 261 en 411 miljard ITL onderstelt verzoekster dat als gevolg van de beschikking de daarin bedoelde hybride elektronische postdienst in de plaats komt van de traditioneel door Poste Italiane verstrekte diensten en dat dit gevolg onmiddellijk zal intreden. Verzoekster is er evenwel niet alleen niet in geslaagd om aan te tonen dat de besteldienst met zekere datum of zeker uur van hybride elektronische post uitwisselbaar is met de traditionele diensten, want zij heeft immers verklaard dat laatstgenoemde diensten de bestelling met zekere datum of zeker uur niet garanderen, maar heeft bovendien geen enkel middel aangevoerd ten bewijze van de onderstelling dat de beschikking een onmiddellijke substitutiewerking zou hebben. Verder verklaart verzoekster dat het tekort dat ontstaat door de betrokken diensten open te stellen voor mededinging, „onvoorspelbaar” is.
- 94 Ook wanneer men van een onmiddellijke substitutiewerking zou uitgaan, betwijfelt de Commissie of de particuliere exploitanten die ongeveer 2 000 personen in dienst hebben en wier omzet in elk geval minder dan 200 miljard ITL bedraagt, in staat zijn om de „traditionele” diensten van Poste Italiane, die in het jaar 2000 in heel Italië over 14 131 postkantoren en 70 000 postbussen beschikte, 175 315 personen in dienst had en een omzet van meer dan 5 600 miljard ITL behaalde, in volle omvang naar zich toe te trekken.
- 95 Bovendien vermeldt Poste Italiane niet op welke economische en feitelijke gegevens de „naar de omstandigheden” gemaakte ramingen van de financiële schade berusten.
- 96 Wat de overige schade betreft, bij de vermindering van de werkgelegenheid gaat het om eventuele schade van derden, namelijk de werknemers, waarmee dus geen rekening kan worden gehouden (beschikking van de president van het Gerecht van 2 oktober 1997, *Eurocoton/Raad*, T-213/97 R, Jurispr. blz. II-1609, punt 46).

- 97 Derhalve is het causaal verband tussen de bestreden beschikking en de door verzoekster gestelde schade niet bewezen.
- 98 In de tweede plaats is de Commissie van mening dat de schade in geen geval onherstelbaar is.
- 99 Zuiver economisch gezien kan de schade niet onherstelbaar of slechts moeilijk herstelbaar worden geacht, aangezien er later financiële vergoeding voor kan worden verkregen (beschikking Petrolessence en SG2R/Commissie, reeds aangehaald, punt 46). Verzoekster zou zonder opschorting van de tenuitvoerlegging niet in een situatie geraten die haar voortbestaan kan bedreigen of haar marktaandelen onherstelbaar kan aantasten (zelfde beschikking, punt 47).
- 100 Bovendien kan zij de inkomstenderving door middel van een beroep tot schadevergoeding terugvorderen. In dat verband is verzoeksters verwijzing naar de reeds aangehaalde beschikking Van den Bergh Foods/Commissie in de omstandigheden van het geval irrelevant, omdat de door de president van het Gerecht in die zaak gekozen oplossing berust op „de zeer bijzondere omstandigheden” van de zaak (punt 72 van deze beschikking), die in verband stonden met de aard van het verkochte product.
- 101 Wat de schade door de onderbreking van het herstructureringsproces en het risico van een „tweeledige” dienstverlening betreft, voert verzoekster geen enkel argument aan waaruit blijkt dat die schade onherstelbaar is. Ook al zou worden bewezen dat deze schade rechtstreeks voortvloeit uit het tekort dat als gevolg van de opening van de markt na de beschikking ontstaat, dan nog heeft verzoekster niet aangetoond dat zij daardoor in een situatie zou geraten die haar voortbestaan kan bedreigen of haar marktaandelen onherstelbaar kan aantasten (beschikking Petrolessence en SG2R/Commissie, reeds aangehaald, punt 47).

- 102 Derhalve is volgens de Commissie niet aangetoond dat de gestelde schade een rechtstreeks gevolg van de beschikking is; in elk geval is de schade niet onmiddellijk, reëel of onherstelbaar.
- 103 In de laatste plaats is de opschorting van de bestreden beschikking voor verzoekster slechts van nut wanneer de Italiaanse autoriteiten circulaire 208 intrekken. Verzoeken om voorlopige maatregelen zijn immers afgewezen, wanneer verzoekers niet hadden bewezen dat de betrokken schade niet kon worden voorkomen door nationale rechtsmiddelen aan te wenden (beschikkingen van de president van het Hof van 6 februari 1986, Deufil/Commissie, 310/85 R, Jurispr. blz. 537, en 17 maart 1989, Italië/Commissie, 303/88 R, Jurispr. blz. 801, summierië publicatie). Verzoekster heeft circulaire 208 echter niet voor de nationale rechter aangevochten.
- 104 Wat de belangenafweging betreft, moet de rechter in kort geding een totale afweging maken waarbij hij niet enkel rekening moet houden met het belang van partijen, waaronder het belang van de Commissie bij een onmiddellijke beëindiging van de inbreuk op de mededingingsregels, maar ook met het meer algemene belang van een goede rechtsbedeling en de belangen van derden (beschikking van de president van het Hof van 13 juni 1989, Publishers Association/Commissie, C-56/89 R, Jurispr. blz. I-1693, punt 35; beschikkingen van de president van het Gerecht van 16 juni 1992, Langnese-Iglo en Schöller Lebensmittel/Commissie, T-24/92 R en T-28/92 R, Jurispr. blz. II-1839, punt 28 en van 15 december 1992, CCE de la Société générale des grandes sources e.a./Commissie, T-96/92 R, Jurispr. blz. II-2579, punt 39).
- 105 De noodzaak om een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt in stand te houden en te ontwikkelen, is erkend als een eis van algemeen belang die bescherming verdient (beschikking Petrolessence en SG2R Commissie, reeds aangehaald, punt 52). In casu zou de eventuele opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking een mededingingssituatie in stand

houden die bijzonder ongunstig is voor consumenten, die dan niet van de in deze beschikking bedoelde nieuwe dienst zouden kunnen profiteren, wat zou bijdragen tot consolidatie van de huidige structuur van de markt waarop Poste Italiane haar machtspositie misbruikt. Uit de zeer bijzondere snelheid waarmee de Commissie haar beschikking heeft gegeven, blijkt ook het belang dat zij hecht aan herstel van daadwerkelijke mededinging op de markt en dus de noodzaak om de beschikking onmiddellijk ten uitvoer te leggen.

106 Bovendien zou opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking schade toebrengen aan de marktpositie van particuliere exploitanten die zijn begonnen met grote investeringen, die dan onherroepelijk verloren gaan.

107 De opschorting zou ernstige gevolgen hebben voor de rechten en belangen van derden die geen partij in het geding zijn en dus niet konden worden gehoord; een dergelijke maatregel zou dan ook slechts gerechtvaardigd zijn, wanneer verzoekster had aangetoond dat zij anders in een situatie zou geraken die haar in haar bestaan bedreigt (beschikking Petrolessence en SG2R/Commissie, reeds aangehaald, punt 53), wat niet is gebeurd.

108 Wanneer verzoeksters belang bij het verlenen van een regelmatige postdienst werkelijk door de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking in gevaar zou komen, zouden de Italiaanse autoriteiten zich ten slotte niet bereid hebben getoond om de betrokken regeling te wijzigen en zouden zij circulaire 208 niet hebben vastgesteld.

109 Verzoeksters tot interventie hebben tijdens de hoorzitting die argumenten van de Commissie ondersteund.

— Beoordeling door de rechter in kort geding

- 110 Volgens vaste rechtspraak moet de spoedeisendheid van een verzoek in kort geding worden getoetst aan de vraag of een voorlopige beslissing noodzakelijk is ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade voor de partij die om de voorlopige maatregel verzoekt. Laatstgenoemde moet het bewijs leveren dat hij niet op de uitspraak in de hoofdzaak kan wachten zonder ernstige en onherstelbare schade te lijden (beschikking van de president van het Gerecht van 15 juli 1998, Prayon-Rupel/Commissie, T-73/98 R, Jurispr. blz. II-2769, punt 36, en beschikking Griekenland/Commissie, reeds aangehaald, punt 14).
- 111 Er behoeft niet met absolute zekerheid te worden aangetoond dat schade dreigt, doch het is, in het bijzonder wanneer het intreden van de schade afhankelijk is van een geheel van factoren, voldoende dat de schade met een voldoende mate van waarschijnlijkheid valt te voorzien (beschikking Commissie/Atlantic Container Line e.a., reeds aangehaald, punt 38, en beschikking van de president van het Gerecht van 8 december 2000, BP Nederland e.a./Commissie, T-237/99 R, Jurispr. blz. II-3849, punt 49). Verzoekster blijft evenwel gehouden de feiten te bewijzen waarop zij haar verwachting van die ernstige en onherstelbare schade baseert [beschikking van de president van het Hof van 14 december 1999, HFB e.a./Commissie, C-335/99 P(R), Jurispr. blz. I-8705, punt 67].
- 112 Vooraf moet worden ingegaan op het bezwaar van de Commissie dat Poste Italiane geen beroep bij de nationale rechter heeft ingesteld om te voorkomen dat de door haar gestelde schade intreedt.
- 113 Verzoekster heeft tijdens de hoorzitting op een over dit punt gestelde vraag geantwoord, dat zij circulaire 208 niet bij de Italiaanse administratieve rechter

had aangevochten, omdat toewijzing van een beroep tot gevolg zou hebben dat de in deze circulaire gestelde voorwaarden voor het verstrekken van de besteldiensten met zekere datum of zeker uur van hybride elektronische post dan werden opgeschort en zelfs uit de rechtsorde werden verwijderd. Daardoor had de door Poste Italiane gestelde schade niet kunnen worden vermeden, doch alleen maar ernstiger kunnen worden, omdat de bestreden beschikking dan onmiddellijk van toepassing zou zijn. Verzoekster heeft uitdrukkelijk verklaard dat zij wel de mogelijkheid had overwogen van interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Italiaanse Staat in de hoedanigheid van gedaagde voor de nationale rechter in een geding betreffende die circulaire.

- 114 In antwoord op deze argumenten heeft de Commissie betoogd dat een besluit tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking geen effect heeft, omdat circulaire 208 tot de intrekking ervan door de Italiaanse autoriteiten van kracht blijft.
- 115 Verzoeksters verklaringen vormen een passende rechtvaardiging voor haar weigering om de wettigheid van circulaire 208 aan te vechten en onderscheiden de onderhavige zaak van de zaken waarin de beschikkingen zijn gegeven die de Commissie ter ondersteuning van haar bezwaar heeft genoemd. De nietigverklaring van circulaire 208 door de Italiaanse administratieve rechter kan de gestelde schade immers niet zonder meer voorkomen, omdat daardoor de voorwaarden voor de uitoefening van de besteldiensten met zekere datum of zeker uur van hybride elektronische post zouden verdwijnen en de schade eventueel zou kunnen verergeren.
- 116 Verder wordt door de omstandigheid dat circulaire 208 voor een volledige werking van de opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking uit de Italiaanse rechtsorde zou moeten worden verwijderd, niet de nuttige werking aan dit rechtsmiddel ontnomen. Juist door zich op het bevel tot opschorting van de bestreden beschikking te beroepen kan verzoekster de Italiaanse Staat immers verzoeken om circulaire 208, in de overwegingen waarvan die beschikking trouwens uitdrukkelijk wordt genoemd, in te trekken en

om de betrokken postdiensten, althans tijdelijk, weer in het gereserveerde gebied op te nemen.

- 117 In casu houdt de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking in, dat de besteldiensten met zekere datum of zeker uur van hybride elektronische post in Italië door verschillende exploitanten kunnen worden aangeboden. De levering van deze diensten leidt volgens verzoekster ook onder de bij circulaire 208 gestelde voorwaarden (zie punt 20 hiervoor) tot inkomstenderving en een daarmee gepaard gaande onmogelijkheid om de haar opgedragen universele dienstverlening te verzekeren.
- 118 Verzoekster heeft meerdere ramingen van de gestelde financiële schade als gevolg van de inkomstenderving verstrekt. De enige relevante ramingen van die schade zijn echter die welke betrekking hebben op de bestelling met ontvangstbevestiging. Door de bij circulaire 208 gestelde voorwaarden moet immers worden gegarandeerd dat de bestelling daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, met name door de verplichting om de ontvangst schriftelijk te bevestigen. De in aanmerking te nemen schade bedraagt dus tussen 316 en 411 miljard ITL.
- 119 Die schade is van zuiver financiële aard. Dergelijke schade kan, behoudens in uitzonderlijke omstandigheden, niet als onherstelbaar of zelfs moeilijk herstelbaar worden beschouwd, aangezien er later financiële vergoeding voor kan worden verkregen (beschikkingen van de president van het Hof van 18 oktober 1991, Abertal e.a./Commissie, C-213/91 R, Jurispr. blz. I-5109, punt 24, en van de president van het Gerecht van 30 juni 1999, Alpha/Raad, T-70/99 R, Jurispr. blz. II-2027, punt 128).
- 120 Volgens deze beginselen zou de gevraagde opschorting gerechtvaardigd zijn, wanneer zou blijken dat verzoekster zonder een dergelijke maatregel in een situatie zou geraken die haar in haar bestaan zou kunnen bedreigen (zie met name

beschikking van de president van de Vijfde kamer van het Gerecht van 28 april 1999, Van Parys e.a./Commissie, T-11/99 R, Jurispr. blz. II-1355, punt 62).

- 121 Aangezien Poste Italiane, als aanbieder van de universele dienst, is belast met een taak van algemeen economisch belang in de zin van artikel 86, lid 2, EG, waarvan de vervulling wezenlijk is, zou de gevraagde opschorting eveneens gerechtvaardigd zijn, wanneer werd aangetoond dat zij door de uitsluiting van de bestelfase met zekere datum of zeker uur van hybride elektronische post van het gereserveerde gebied, tot de uitspraak in de hoofdzaak zou worden gehinderd om de haar toevertrouwde taak goed te vervullen. Een dergelijk bewijs is geleverd, wanneer werd aangetoond dat het betrokken uitsluitend recht, gelet op de economische omstandigheden waaronder de taak van algemeen economisch belang tot dusver is verricht, absoluut onmisbaar is voor de vervulling van een dergelijke taak door de houder van dit recht.
- 122 In casu is het bewijs dat de inkomsten van Poste Italiane wegens substitutie van de gereserveerde diensten door de voor mededinging opengestelde diensten zullen verminderen, evenwel niet geleverd.
- 123 Onverminderd de verenigbaarheid van de in circulaire 208 vervatte wijze van uitvoering van de bestreden beschikking met het Verdrag, die ter beoordeling van de Commissie staat, wordt om te beginnen in deze circulaire bepaald dat de vergunningen voor het verstrekken van besteldiensten met zekere datum of zeker uur van hybride elektronische post slechts kunnen worden afgegeven aan exploitanten die aan de daarin genoemde cumulatieve voorwaarden voldoen.
- 124 Verzoeksters tot interventie hebben tijdens de hoorzitting, zonder door Poste Italiane te zijn weersproken, echter verklaard dat, gelet op de gestelde

voorwaarden, nog geen enkele vergunningaanvraag bij de bevoegde nationale autoriteiten was ingediend. Hieruit volgt dat Poste Italiane thans noch de door haar gestelde mededinging noch de daarmee gepaard gaande inkomstenderving ondervindt.

- 125 Vervolgens is voor de beoordeling van de vraag of aan de voorwaarde van spoedeisendheid is voldaan, niet voldoende bewezen dat de gereserveerde diensten als gevolg van de bestreden beschikking zouden worden vervangen door de diensten waarvoor mededinging mogelijk is gemaakt. In het bijzonder hangt een dergelijke substitutie onder meer af van de prijs waarvoor de besteldiensten met zekere datum of zeker uur van hybride elektronische post door de exploitanten zullen worden aangeboden en van de prijs die de in deze diensten geïnteresseerde ondernemingen bereid zijn te betalen. De rechter in kort geding beschikt echter niet over concrete aanwijzingen op grond waarvan hij kan beoordelen wat de precieze gevolgen zijn wanneer de tenuitvoerlegging niet werd opgeschort (beschikkingen van de president van de Tweede kamer van het Gerecht van 16 juli 1999, Hortiplant/Commissie, T-143/99 R, Jurispr. blz. II-2451, punt 18, en van de president van het Gerecht van 14 april 2000, Institut des mandataires agréés/Commissie, T-144/99 R, Jurispr. blz. II-2067, punt 43).
- 126 Ten slotte hangt de omvang van de gestelde schade af van verschillende onzekere factoren, zoals het aantal exploitanten dat de in de bestreden beschikking bedoelde besteldiensten van hybride elektronische post verstrekt, het tijdstip waarop zij de markt betreden en de ontwikkeling van de vraag naar de diensten. Er kan dus niet worden aangenomen dat de hoogte van de gestelde schade, tussen 316 en 411 miljard ITL, automatisch uit de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking volgt.
- 127 In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat verzoekster met de door haar overgelegde gegevens rehtens niet genoegzaam heeft bewezen dat zij de door haar gestelde financiële schade zal lijden.

- 128 Aangezien de voorwaarden voor het intreden van de financiële schade niet voldoende zijn onderbouwd, kan de verder gestelde schade, die daarvan afhankelijk is, niet als bewezen worden beschouwd.
- 129 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster er niet in is geslaagd te bewijzen dat zij bij gebreke van de gevraagde maatregel ernstige en onherstelbare schade zal lijden.
- 130 Ook al had verzoekster voldoende bewezen dat zij ernstige en onherstelbare schade zou lijden wanneer de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking niet werd opgeschort, dan nog zou de rechter in kort geding in elk geval een afweging moeten maken tussen enerzijds verzoeksters belang bij de gevraagde voorlopige maatregel en anderzijds het openbaar belang bij de tenuitvoerlegging van een door de Commissie uit hoofde van artikel 86, lid 3, EG gegeven beschikking, de belangen van de lidstaat tot welke een dergelijke handeling is gericht en de belangen van derden die door een eventuele opschorting van de bestreden beschikking rechtstreeks zouden worden getroffen (in die zin beschikkingen van de president van het Gerecht, CCE de la Société générale des grandes sources e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 39, van 10 mei 1994, Société commerciale des potasses et de l'azote et Entreprise minière et chimique/Commissie, T-88/94 R, Jurispr. blz. II-263, punt 44, Union Carbide/Commissie, reeds aangehaald, punt 36, en Petrolessence en SG2R/Commissie, reeds aangehaald, punt 51).
- 131 Die afweging leidt ertoe dat de bestreden beschikking moet worden gehandhaafd.
- 132 In artikel 16 EG worden weliswaar de plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, en hun rol bij het bevorderen van de sociale en territoriale samenhang bevestigd. De

Commissie heeft deze plaats en deze rol erkend in haar mededeling „Diensten van algemeen belang in Europa” (PB 2001, C 17, blz. 4).

- 133 Doch in artikel 86, lid 3, EG wordt aan de Commissie opgedragen om ervoor te zorgen dat de lidstaten zich houden aan de op hen rustende verplichtingen met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, en wordt haar uitdrukkelijk de bevoegdheid toegekend om daartoe richtlijnen of beschikkingen vast te stellen. Artikel 86, lid 3, EG verleent de Commissie dus de bevoegdheid om bij beschikking vast te stellen dat een bepaalde overheidsmaatregel onverenigbaar is met de verdragsregels, en aan te geven welke maatregelen de geadresseerde lidstaat dient te nemen om zijn gemeenschapsrechtelijke verplichtingen na te komen (arrest Hof van 12 februari 1992, Nederland e.a./Commissie, C-48/90 en C-66/90, Jurispr. blz. I-565, punt 28, en arrest Gerecht van 8 juli 1999, Vlaamse Televisie Maatschappij/Commissie, T-266/97, Jurispr. blz. II-2329, punt 34).
- 134 Bovendien is een procedure die leidt tot het geven van een beschikking uit hoofde van artikel 86, lid 3, EG een tegen de betrokken lidstaat ingeleide procedure en is de na de procedure gegeven beschikking gericht tot die lidstaat, in casu de Italiaanse Republiek (artikel 4). De in kort geding gevraagde maatregel kan echter ernstige gevolgen hebben voor de rechten en de belangen van de Italiaanse Republiek, die in de eerste plaats geen partij in het geding is en dus niet kon worden gehoord, en in de tweede plaats niet heeft verzocht om opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking in het kader van zaak C-102/01 die zij bij het Hof aanhangig had gemaakt voordat zij afstand van instantie deed (zie punten 33 en 34 hiervoor). Een dergelijke maatregel ware dus slechts gerechtvaardigd wanneer verzoekster anders niet in staat zou zijn om de haar toevertrouwde taak te vervullen. Het bewijs dat zij bij de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking in een dergelijke situatie zal geraken, is echter niet geleverd.
- 135 Daar niet is voldaan aan de voorwaarde van spoedeisendheid en de belangenafweging pleit tegen opschorting van de bestreden beschikking, moet het onderhavige verzoek worden afgewezen.

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT

beschikt:

- 1) Recapitalia Consorzio Italiano delle Agenzie di Recapito Licenziatarie del Ministero delle Comunicazioni en TNT Post Groep NV worden toegelaten tot interventie in zaak T-53/01 R ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie.
- 2) De verzoeken van Poste Italiane SpA en de Commissie om vertrouwelijke behandeling worden in het stadium van de procedure in kort geding ingewilligd.
- 3) Het verzoek in kort geding wordt afgewezen.
- 4) De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.

Luxemburg, 28 mei 2001.

De griffier

H. Jung

De president

B. Vesterdorf