

Den Europæiske Unions Tidende

C 213



Dansk udgave

Meddelelser og oplysninger

55. årgang

19. juli 2012

| <u>Informationsnummer</u> | Indhold | Side |
|---|--|------|
| V | Øvrige meddelelser | |
| PROCEDURER VEDRØRENDE GENNEMFØRELSEN AF KONKURRENCEPOLITIKKEN | | |
| Europa-Kommissionen | | |
| 2012/C 213/01 | Statsstøtte — Tyskland — Statsstøttesag SA.26190 (2012/C) (ex 2011/NN) — Saarbrücken lufthavn — Opfordring til at fremsætte bemærkninger efter artikel 108, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde ⁽¹⁾ | 1 |
| 2012/C 213/02 | Statsstøttesag — Polen — Statsstøttesag SA.33113 (2012/C) (ex 2011/NN) — Påstået støtte til skibsværftet Nauta — Opfordring til at fremsætte bemærkninger efter artikel 108, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde ⁽¹⁾ | 30 |
| 2012/C 213/03 | Statsstøttesag — Spanien — Statsstøttesag SA.32619 (2012/C) (ex 2011/N) — Kompensation i forbindelse med frigørelsen af digitaliseringsdividenden — Opfordring til at fremsætte bemærkninger efter artikel 108, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde ⁽¹⁾ | 41 |
| 2012/C 213/04 | Statsstøtte — Belgien — Statsstøtte SA.33927 (2012/C) (ex 2011/NN) — Garantiordning til beskyttelse af enkeltmedlemmers andele i finansielle kooperativer — Opfordring til at fremsætte bemærkninger efter artikel 108, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (EUF-traktaten) ⁽¹⁾ .. | 64 |

DA

Pris:
4 EUR

⁽¹⁾ EØS-relevant tekst

V

(Øvrige meddelelser)

PROCEDURER VEDRØRENDE GENNEMFØRELSEN AF
KONKURRENCEPOLITIKKEN

EUROPA-KOMMISSIONEN

STATSSTØTTE — TYSKLAND

Statsstøttesag SA.26190 (2012/C) (ex 2011/NN) — Saarbrücken lufthavn — Opfordring til at fremsætte bemærkninger efter artikel 108, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde

(EØS-relevant tekst)

(2012/C 213/01)

Ved brev af 22. februar 2012, der er gengivet på det autentiske sprog efter dette resumé, meddelte Kommissionen Tyskland, at den havde besluttet at indlede proceduren efter artikel 108, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde over for ovennævnte støtteforanstaltning.

Interesserede parter kan senest en måned efter offentliggørelsen af dette resumé og det efterfølgende brev sende bemærkninger til den støtteforanstaltning, over for hvilken Kommissionen indleder proceduren, til:

Europa-Kommissionen
Generaldirektorat for Konkurrence
Registreringskontoret for statsstøtte
Kontor: J-70, 3/225
1049 Bruxelles/Brussel
Belgien

Fax nr.: +32 229 612 42

Disse bemærkninger vil blive videresendt til Tyskland. Interesserede parter, der fremsætter bemærkninger til sagen, kan skriftligt anmode om at få deres navn hemmeligholdt. Anmodningen skal være begrundet.

1. SAGSFORLØB

I en parlamentarisk forespørgsel fra 2008 rejste MEP Hiltrud Breyer spørgsmålet om offentlig finansiering af Saarbrücken lufthavn. Kommissær Tajani besvarede spørgsmålet den 5. september 2008 ⁽¹⁾. Det blev også registreret som klage CP 171/2008.

Kommissionen videresendte klagen til og anmodede Tyskland om oplysninger ved brev af 31. juli 2008. De tyske myndigheder svarede ved brev af 4. november 2008. Kommissionen

udbad sig yderligere oplysninger fra de tyske myndigheder ved brev af 24. september 2010, 24. marts 2011 og 8. august 2011. De tyske myndigheder svarede ved brev af 17. januar 2011, 14. juni 2011 og 7. oktober 2011.

2. BESKRIVELSE AF FORANSTALTNINGERNE

Klagen omhandler følgende foranstaltninger: delstaten Saarlands kapitalindsprøjtninger i *VhSaar* og overførslen af disse midler til Saarbrücken lufthavn via en aftale om overførsel af over- og underskud. Klagen omhandler også de rabatter, som er blevet givet til de luftfartsselskaber, der benytter lufthavnen.

⁽¹⁾ Skriftlig forespørgsel E-3778/08.

På baggrund af de oplysninger, som den har til rådighed, har Kommissionen besluttet at vurdere følgende foranstaltninger:

- Delstaten Saarlands finansiering af lufthavnen og *VhSaar*
- Delstaten Saarlands overdragelse af jord til lufthavnen
- Delstaten Saarlands garantier til lufthavnen
- Delstaten Saarlands administrative skrivelser til fordel for *VhSaar*/lufthavnen
- Lejekontrakten mellem det selskab, der ejer lufthavnen, og det selskab, der driver den
- De rabatter til nye luftfartsselskaber, for nye destinationer og øgede passagertal, der blev indført i 2007
- Den aftale om finansiering af startkapital, der blev indgået mellem lufthavnen og luftfartsselskabet *Cirrus*
- Den markedsføringsaftale, der blev indgået mellem lufthavnen og *Air Berlin*.

Saarbrücken lufthavn håndterer på nuværende tidspunkt tæt på 500 000 passagerer om året. Lufthavnen drives af *Flughafen Saarbrücken GmbH* (FSG). Selskabet ejes helt af sit moderselskab, *Verkehrsholding Saarland GmbH* (*VhSaar*), der er 100 % ejet af delstaten Saarland.

VhSaar modtager årlige kapitalindsprøjtninger fra delstaten Saarland. I 1998-2009 beløb de sig samlet til ca. 45 mio. EUR. *VhSaar* er knyttet til FSG gennem en aftale om overførsel af over- og underskud, der dækker årlige tab på mellem en og ni mio. EUR. Ifølge de tyske myndigheder skyldes en væsentlig del af tabene investeringer i lufthavnens infrastruktur. Lufthavnen har også modtaget jord og garantier fra delstaten Saarland, ligesom der er blevet stillet sikkerhed for lån gennem administrative skrivelser til fordel for *VhSaar*.

Da ejerskabet og driften af lufthavnen blev delt mellem to selskaber, havde driftsherren lejet lufthavnen af ejeren.

I 2007 indførte lufthavnen rabatter på lufthavnsgebyrer til nye luftfartsselskaber, for nye destinationer og for øgede passagertal.

Lufthavnen indgik en aftale om finansiering af startkapital med *Cirrus Airlines Luftfahrtgesellschaft mbH* i 2005 og en aftale om markedsføring med *Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG* i 2011.

3. VURDERING AF FORANSTALTNINGERNE

Hvad angår finansieringen af lufthavnen er Kommissionen på nuværende tidspunkt af den opfattelse, at støtten udgør statsstøtte. Den er i tvivl om, hvorvidt støtten, som dækker alle lufthavnens tab uanset årsag, kan opfattes som finansiering af en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, og om hvorvidt støtten opfylder kravene i rammebestemmelserne for statsstøtte til redning og omstrukturering af kriseramte virksomheder og luftfartsretningslinjerne fra 2005.

Kommissionen er på nuværende tidspunkt af den opfattelse, at overførslen af jord og de administrative skrivelser udgør statsstøtte. Kommissionen er i tvivl om, hvorvidt støtten kan betegnes som værende forenelig med det indre marked.

Kommissionen er på nuværende tidspunkt af den opfattelse, at garantierne udgør statsstøtte. Kommissionen er i tvivl om, hvorvidt støtten opfylder kravene vedrørende investeringer i infrastruktur i luftfartsretningslinjerne fra 2005.

Hvad angår rabatter på de lufthavnsgebyrer, som blev indført den 1. april 2007 til fordel for visse luftfartsselskaber, lufthavnens aftale med *Cirrus* om finansiering af startkapital og med *Air Berlin* om markedsføring, så er Kommissionen i tvivl om, hvorvidt en fornuftig privat investor ville have givet en sådan rabat og indgået en sådan aftale om startkapital og markedsføring. Kommissionen er på nuværende tidspunkt af den opfattelse, at disse foranstaltninger udgør statsstøtte. Kommissionen er i tvivl om, hvorvidt støtten opfylder kravene vedrørende støtte til startkapital i luftfartsretningslinjerne fra 2005.

I henhold til artikel 14 i forordning (EF) nr. 659/1999 kan ulovlig støtte kræves tilbagebetalt fra støttemodtageren.

TEXT OF LETTER

»Die Kommission möchte Deutschland darüber in Kenntnis setzen, dass nach Prüfung der von den deutschen Behörden übermittelten Informationen über die vorgenannte Beihilfemaßnahme beschlossen wurde, das Verfahren nach Artikel 108 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (im Folgenden „AEUV“) einzuleiten.

1. VERFAHREN

- (1) In einer parlamentarischen Anfrage⁽¹⁾ aus dem Jahr 2008 hatte MEP Hiltrud Breyer die Frage nach der Finanzierung der Verkehrsholding Saarland (im Folgenden „vh Saar“), des Flughafens Saarbrücken (im Folgenden „Flughafen“) und der Rabatte für Fluggesellschaften, die den Flughafen nutzen, aus öffentlichen Mitteln aufgeworfen. Die parlamentarische Anfrage wurde am 5.9.2008 von Kommissionsmitglied Tajani beantwortet. Außerdem wurde sie unter dem Aktenzeichen CP 171/2008 als Beschwerde registriert.
- (2) In der parlamentarischen Anfrage war der Vorwurf erhoben worden, dass die vh Saar im Jahr 2008 aus dem saarländischen Landeshaushalt 11 Mio. EUR als Kapitalzuführung erhalten habe. Es wurde der Verdacht geäußert, dass diese Mittel genutzt werden, Verluste der Flughafenbetriebsgesellschaft zu kompensieren, die ihrerseits zu 99 % der Flughafenbesitzgesellschaft gehört. Holdinggesellschaft, Flughafeneigentümer und Flughafenbetreiber seien durch Gewinnabführungsverträge miteinander verbunden. Die Konstruktion diene dem Zweck, die aufgrund zu geringer Passagierzahlen unrentable Flughafenbetriebsgesellschaft verdeckt und dauerhaft zu subventionieren.
- (3) Mit Schreiben vom 31. Juli 2008 übermittelte die Kommission Deutschland die Beschwerde mit der Bitte um Auskunft. Die deutschen Behörden antworteten hierauf mit Schreiben vom 4. November 2008.
- (4) Mit Schreiben vom 24. September 2010, 24. März 2011 und 8. August 2011 forderte die Kommission von den deutschen Behörden zusätzliche Informationen an. Die deutschen Behörden antworteten mit Schreiben vom 17. Januar 2011, 14. Juni 2011 und 7. Oktober 2011.

2. DARSTELLUNG DER SACHLAGE

2.1. Flughafen Saarbrücken

- (5) Der Flughafen Saarbrücken ist der Flughafen der saarländischen Landeshauptstadt Saarbrücken. Nach öffentlich zugänglichen Angaben besteht der Flughafen Saarbrücken seit über 80 Jahren. 1966 wurde er ausgebaut und mit einer Start- und Landebahn von 2 000 m Länge für den Mittelstreckenluftverkehr ausgestattet. 1999 wurde mit dem Bau eines neuen Abfertigungsgebäudes mit einem Investitionsvolumen von rund 23 Mio. DEM und einer Kapazität von 800 000 Passagieren pro Jahr begonnen.

- (6) Im Jahr 2002 verlegte Cirrus Airlines seinen Unternehmenssitz an den Flughafen. 2006 entschied sich Hapagfly den Standort Flughafen Saarbrücken aufzugeben und seine Aktivitäten an den benachbarten Flughafen Zweibrücken zu verlagern. Dies führte zum Verlust von 80 000 Passagieren und bedeutete für die Flughafenbetriebsgesellschaft ein Defizit für 2007. Im Jahr 2007 beschloss die Fraport AG den Verkauf ihrer Anteile an den Eigentümer der Infrastruktureinrichtungen, die Flughafen Saarbrücken Besitzgesellschaft mbH. Ebenfalls 2007 nahm Air Berlin am Flughafen Saarbrücken den Flugverkehr auf.
- (7) Derzeit werden ab dem Flughafen Saarbrücken Direktflüge nach Berlin-Tegel, Hamburg, Nürnberg, Luxemburg, Gran Canaria, Palma de Mallorca sowie Umsteigeverbindungen mit Air Berlin in zahlreiche weitere Städte und Urlaubsziele über Berlin-Tegel, Nürnberg und Palma de Mallorca angeboten. Der Flughafen wird vor allem von Air Berlin und Luxair angefliegen, darüber hinaus von Cirrus Airlines, Sun Express und Sky Airlines. In früheren Jahren wurde er außerdem von weiteren Fluggesellschaften, wie z. B. Germania, Germanwings, Hapag Lloyd und Hamburg Intern, genutzt.

2.1.1. Geografische Lage und Einzugsgebiet des Flughafens

- (8) Der Flughafen Saarbrücken liegt rund 10 km südöstlich der Stadt Saarbrücken und in folgender Entfernung zu den nächstgelegenen Flughäfen:
 - (9) in einer Entfernung bis 100 km:
 - Flughafen Zweibrücken (rund 39 km vom Flughafen Saarbrücken entfernt, Fahrtzeit (Pkw) etwa 34 Minuten)
 - Flughafen Metz–Nancy–Lothringen (rund 97 km vom Flughafen Saarbrücken entfernt, Fahrtzeit (Pkw) etwa 1 Stunde 15 Minuten)
 - (10) in einer Entfernung zwischen 100 km und 200 km:
 - Flughafen Luxemburg (rund 121 km vom Flughafen Saarbrücken entfernt, Fahrtzeit (Pkw) etwa 1 Stunde 21 Minuten)
 - Flughafen Frankfurt-Hahn (rund 128 km vom Flughafen Saarbrücken entfernt, Fahrtzeit (Pkw) etwa 1 Stunde 42 Minuten)
 - Flughafen Straßburg (rund 139 km vom Flughafen Saarbrücken entfernt, Fahrtzeit (Pkw) etwa 1 Stunde 48 Minuten)
 - Flughafen Frankfurt am Main (rund 165 km vom Flughafen Saarbrücken entfernt, Fahrtzeit (Pkw) etwa 1 Stunde 44 Minuten)

⁽¹⁾ Parlamentarische Anfrage E-3778/2008.

— Flughafen Karlsruhe/Baden-Baden (rund 172 km vom Flughafen Saarbrücken entfernt, Fahrtzeit (Pkw) etwa 2 Stunden)

- (11) Der Flughafen Zweibrücken in nur 39 km Entfernung ist als wichtigster Konkurrent des Flughafens Saarbrücken anzusehen. Die deutschen Behörden machen geltend, dass sich beide Flughäfen eher ergänzen und nicht konkurrieren, da sie Fluggäste mit unterschiedlichem Profil und aus unterschiedlichen Einzugsgebieten ansprechen:
- (12) Den Schätzungen der deutschen Behörden zufolge kommen 71 % der abfliegenden Passagiere aus dem Saarland und 15 % aus der Westpfalz und Pfalz (einschließlich der Region Zweibrücken), weitere 14 % kommen aus Frankreich, Luxemburg und dem Raum Trier.
- (13) Während der Flughafen Saarbrücken hauptsächlich Linienvflüge für Geschäftsreisende und, wegen der kurzen Start- und Landebahn und eines strikten Nachtflugverbots, nur einige wenige Frachtflüge durchführt, werden am Flughafen Zweibrücken seit 2011 keine Linienvflüge mehr angeboten, sondern nur noch Charterflüge zu Urlaubszielen, die hauptsächlich von TUIfly bedient werden, sowie einige Frachtflüge.
- (14) In Bezug auf den Flughafen Metz-Nancy-Lothringen führen die deutschen Behörden an, dass dieser Flughafen deutlich kleiner ist (rund 263 000 Passagiere) und Linienv-Direktflüge lediglich nach Südfrankreich sowie Charterflüge in die französischsprachigen Länder Afrikas anbietet. Direkte Flugverbindungen nach Deutschland bestehen nicht.
- (15) Der Flughafen Luxemburg ist nach Angaben der deutschen Behörden wesentlich größer (1,5 Millionen Passagiere, Gesamtkapazität: 3 Millionen Passagiere) und wird von mehreren internationalen Fluggesellschaften angefliegen. Das Einzugsgebiet des Flughafens Luxemburg erstreckt sich vor allem auf den Raum Luxemburg, Trier und Rheinland-Pfalz und lediglich auf einen kleinen Teil des nördlichen Saarlandes. Dass sich der Flughafen Saarbrücken und der Flughafen Luxemburg ergänzen, wird durch die Aktivitäten von Luxair am Flughafen Saarbrücken deutlich – Luxair fliegt von Saarbrücken aus innerdeutsche Ziele an.
- (16) Hinsichtlich des Flughafens Frankfurt-Hahn teilen die deutschen Behörden mit, dass dieser Flughafen deutlich größer ist (3,5 Millionen Passagiere), dass keine innerdeutschen Verbindungen angeboten werden und dass an diesem Flughafen ein erhebliches Frachtverkehrsaufkommen abgewickelt wird.
- (17) Die Landesregierungen der Bundesländer Saarland und Rheinland-Pfalz, in denen sich die Flughäfen Saarbrücken und Zweibrücken befinden, hatten 2001 eine Studie zur Bewertung der Kooperationsmöglichkeiten zwischen den Flughäfen Saarbrücken und Zweibrücken in Auftrag gegeben. Bislang gibt es allerdings keine konkreten Bestrebungen für eine Zusammenarbeit beider Flughäfen. Die saarländische Landesregierung hat ihre Absicht bekundet,

mit anderen Flughäfen in der Region Saar-Lor-Lux zu kooperieren, um die Zukunftsaussichten des Flughafens Saarbrücken gegenüber den benachbarten Großflughäfen zu verbessern.

- (18) In ihrer Antwort auf eine parlamentarische Anfrage⁽²⁾ von Bundestagsabgeordneten der Grünen im Deutschen Bundestag erklärte die Bundesregierung, dass wegen des Weggangs einer Fluggesellschaft, die nun nicht mehr von Saarbrücken, sondern von Zweibrücken fliegt, der größte Anteilseigner der Betreibergesellschaft des Flughafens Saarbrücken aus dem Flughafen Saarbrücken ausgestiegen sei und dass die heftige Konkurrenz zum benachbarten Flughafen Zweibrücken die wirtschaftliche Entwicklung eines dieser beiden Flughäfen behindere. Beide Flughäfen belasteten die jeweiligen Länderhaushalte mit Beträgen in Höhe von mehreren Millionen Euro.

2.1.2. Entwicklung des Flughafens

- (19) Die nachstehende Tabelle zeigt die Entwicklung des Flughafens anhand der Luftfahrzeugbewegungen und der Passagierzahlen.

Tabelle 1:

Zahl der Luftfahrzeugbewegungen und Passagierzahlen am Flughafen Saarbrücken 1998-2010⁽³⁾

| Luftfahrzeugbewegungen 1998-2010 | | | | | |
|----------------------------------|-----------------------------|----------------|-------------------------------------|-------------------------|--------|
| Jahr | Gewerblicher Linienvverkehr | Charterverkehr | Linien- und Charterverkehr — Gesamt | Nicht gewerbliche Flüge | Gesamt |
| 1998 | 7 240 | 6 021 | 13 261 | 7 558 | 20 819 |
| 1999 | 7 491 | 7 192 | 14 683 | 7 280 | 21 963 |
| 2000 | 7 970 | 8 171 | 16 141 | 4 972 | 21 113 |
| 2001 | 6 740 | 4 624 | 11 364 | 3 582 | 14 946 |
| 2002 | 7 979 | 3 957 | 11 936 | 3 228 | 15 164 |
| 2003 | 7 256 | 4 377 | 11 633 | 3 378 | 15 011 |
| 2004 | 6 531 | 4 032 | 10 563 | 3 201 | 13 764 |
| 2005 | 6 291 | 4 453 | 10 744 | 3 458 | 14 202 |
| 2006 | 6 469 | 4 539 | 10 980 | 4 047 | 15 055 |
| 2007 | 7 046 | 4 011 | 11 057 | 3 464 | 14 521 |
| 2008 | 11 173 | 3 475 | 14 648 | 2 596 | 17 244 |
| 2009 | 9 686 | 2 912 | 12 598 | 3 093 | 15 691 |
| 2010 | 8 775 | 4 983 | 13 758 | 2 487 | 16 245 |

* Seit 1.1.1991 einschließlich gewerblicher Schulungsflüge.

⁽²⁾ Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Drucksache 17/2380, 2.7.2010.

⁽³⁾ http://www.flughafen-saarbruecken.de/index.php?id=daten_fakten&L=pgasjykaeozdl

| Passagierzahlen 1998-2010 | | | | | |
|---------------------------|----------------------------|----------------|-------------------------------------|-------------------------|---------|
| Jahr | Gewerblicher Linienverkehr | Charterverkehr | Linien- und Charterverkehr — Gesamt | Nicht gewerbliche Flüge | Gesamt |
| 1998 | 126 231 | 293 449 | 419 680 | 10 070 | 429 750 |
| 1999 | 134 228 | 308 634 | 442 862 | 3 810 | 446 672 |
| 2000 | 149 693 | 332 902 | 482 595 | 1 971 | 484 566 |
| 2001 | 141 676 | 338 354 | 480 030 | 831 | 480 861 |
| 2002 | 144 542 | 316 757 | 461 299 | 946 | 462 245 |
| 2003 | 135 100 | 323 083 | 458 183 | 1 502 | 459 685 |
| 2004 | 128 498 | 331 355 | 459 853 | 1 560 | 461 413 |
| 2005 | 136 178 | 350 052 | 486 230 | 1 256 | 487 486 |
| 2006 | 125 188 | 295 033 | 420 221 | 1 422 | 421 643 |
| 2007 | 176 690 | 173 263 | 349 953 | 639 | 350 592 |
| 2008 | 360 694 | 157 226 | 517 920 | 368 | 518 288 |
| 2009 | 335 684 | 134 249 | 469 933 | 214 | 470 147 |
| 2010 | 331 780 | 159 469 | 491 249 | 166 | 491 415 |

- (20) Abgesehen von den Angaben über die maximale Kapazität des Abfertigungsgebäudes, die bei 800 000 Passagieren pro Jahr liegt, hat die Kommission keine Informationen über die jährliche Gesamtkapazität an Luftfahrzeugbewegungen oder die jährliche Passagierkapazität des Flughafens. [...] (*) Die Kommission fordert die deutschen Behörden auf, der Kommission Angaben zur Kapazität des Flughafens zu übermitteln und mögliche Kapazitätseinschränkungen, wie zum Beispiel Zeiträumen, Sicherheitsaspekte, Umweltbelange usw., zu erläutern.

2.1.3. Die Finanzierungs-, Eigentümer- und Betriebsgesellschaften des Flughafens

- (21) Muttergesellschaft der Unternehmensgruppe Flughafen Saarbrücken ist die Verkehrsholding Saarland GmbH (im Folgenden „vh Saar“), deren alleiniger Eigentümer das Land Saarland ist. Die Struktur der vh Saar umfasst die verbundenen Gesellschaften Hafenbetriebe Saar GmbH (im Folgenden „HBS“) und Flughafen Saarbrücken GmbH (im Folgenden „FSG“).

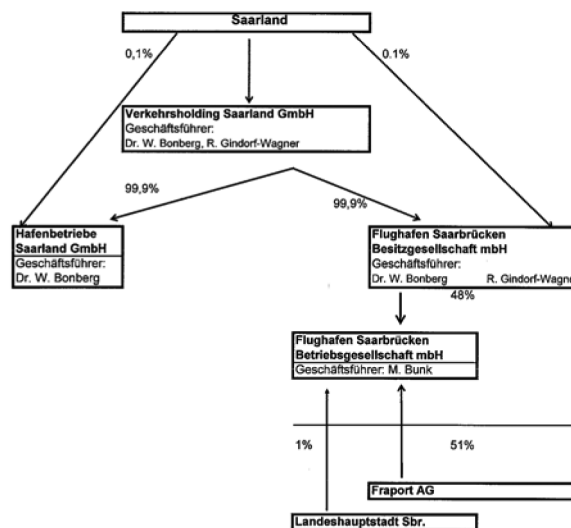
- (22) Die Flughafen Saarbrücken GmbH war 1997 in zwei Gesellschaften aufgeteilt worden, von denen eine für den Flugbetrieb und die andere für den Betrieb der Flughafeninfrastruktur verantwortlich war. Der Flugbetrieb wurde der Flughafen Saarbrücken Betriebsgesellschaft mbH (im Folgenden „FSBG“) übertragen, der Betrieb der Infrastruktur der Flughafen Saarbrücken Besitzgesell-

schaft (im Folgenden „FSBesitzG“), die Eigentümerin der Infrastruktur war. Die Fraport AG (im Folgenden „Fraport“) übernahm 51 % der Anteile an der Flughafenbetriebsgesellschaft FSBG. (*)

- (23) Diese Struktur hatte Bestand bis 2007 als die Fraport ihre Anteile an der Betriebsgesellschaft verkaufte. Am 30. Juni 2007 gingen die Anteile der Fraport AG an der FSBG in das Eigentum der FSBesitzG über. Mit Wirkung Jahresbeginn 2008 wurde die FSBG auf die FSBesitzG verschmolzen, wobei die FSBG von der FSBesitzG übernommen wurde und Eigentümer- und Betriebsgesellschaft wieder zu einer einzigen Gesellschaft zusammengeführt wurden, wie dies vor der Aufteilung der Fall gewesen war. Der Name der FSBesitzG wurde wieder in Flughafen Saarbrücken GmbH geändert. Die FSG kann somit als Vorläuferin und Nachfolgerin der FSBesitzG betrachtet werden.

2.1.3.a. Eigentumsverhältnisse bis Juni 2007

- (24) Von 1998 bis 2007 befanden sich die Anteile der Betriebsgesellschaft FSBG zu 48 % im Eigentum der FSG, zu 51 % im Eigentum der Fraport AG und zu 1 % im Eigentum der Landeshauptstadt Saarbrücken.

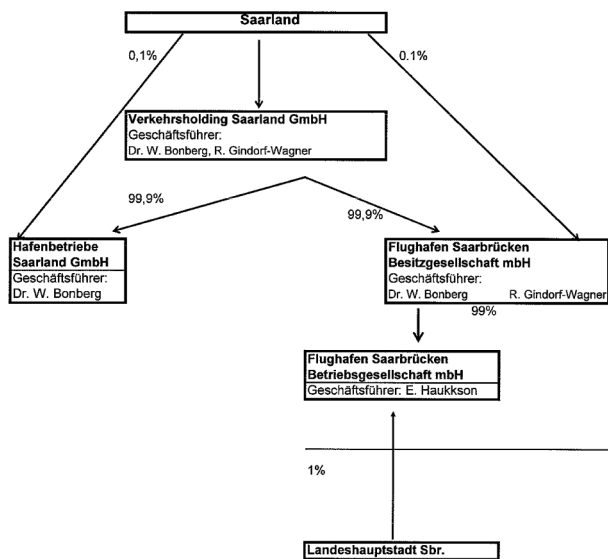


2.1.3.b. Eigentumsverhältnisse seit dem 30. Juni 2007

- (25) Nach dem Ausstieg der Fraport aus der FSBG gingen deren Anteile an die FSG über, so dass 99 % der Anteile an der FSBG im Eigentum der FSG standen.

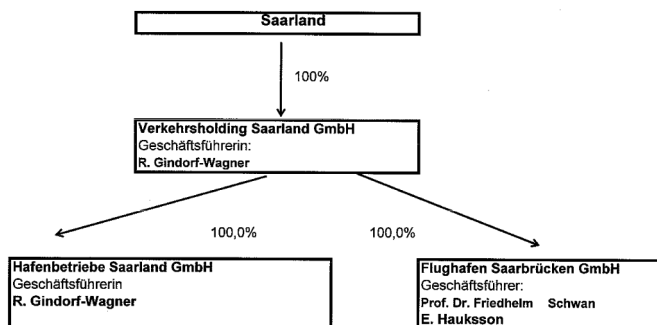
(*) unterliegt dem Berufsgeheimnis

(*) Anteilseigner der Fraport AG sind derzeit: Land Hessen – 31,49 %, Stadtwerke Frankfurt am Main Holding GmbH – 20,11 %, Artio Global Investors Inc. – 9,96 %, Deutsche Lufthansa AG – 9,92 %, unbekannte Anteilseigner – 28,52 %.



2.1.3.c. Derzeitige Eigentumsverhältnisse seit Jahresbeginn 2008

- (26) Zu Jahresbeginn 2008 wurde die FSBG unter dem Namen Flughafen Saarbrücken GmbH auf die FSG verschmolzen. Die FSG ist jetzt alleiniges Eigentum der vh Saar.



2.1.3.d. Verkehrsholding Saarland GmbH („vh Saar“)

- (27) Die vh Saar wurde 1996 vom Ministerium für Wirtschaft und Finanzen des Saarlandes gegründet. Gegenstand der Gesellschaft ist „die Koordinierung der bei dem Bau, Ausbau und Betrieb öffentlicher Flug- und Flusshäfen im Saarland anfallenden Tätigkeiten“. In der Satzung der vh Saar war der Abschluss eines Beherrschungsvertrags mit der FSG vorgesehen. Geschäftsführung und Aufsichtsrat der vh Saar werden von der Regierung des Landes Saarland als einzigem Anteilseigner berufen.

2.1.3.e. Flughafen Saarbrücken Besitzgesellschaft („FSBesitzG“)

- (28) Die FSBesitzG wurde am 4. Juli 1997 als Rechtsnachfolgerin der ursprünglichen FSG gegründet. 2008 wurde daraus wieder die FSG. Gegenstand der Gesellschaft waren „der Bau, die Unterhaltung und die Verpachtung eines Verkehrsflughafens in Saarbrücken und die Beteiligung an der Flughafen Saarbrücken Betriebsgesellschaft mbH“.

- (29) Der Aufsichtsrat der FSBesitzG wurde von der saarländischen Landesregierung ernannt, der Aufsichtsratsvorsitzende von dem für den Luftverkehr zuständigen saarländischen Ministerium. Die Unternehmensleitung war hinsichtlich ihres Abstimmungsverhaltens in der Gesellschafterversammlung der FSBG gegenüber dem Ministerium für Wirtschaft und Finanzen weisungsgebunden.

2.1.3.f. Flughafen Saarbrücken Betriebsgesellschaft mbH („FSBG“)

- (30) Die FSBG wurde am 4. Juli 1997 gegründet und zu Jahresbeginn 2008 auf die FSBesitzG verschmolzen. Gegenstand der Gesellschaft war der Betrieb des Flughafens Saarbrücken. Die Unternehmensleitung musste mit einer 75 %-Mehrheit der Gesellschafterversammlung ernannt werden. Ihr Aufsichtsrat bestand aus fünf von der Flughafen Frankfurt/Main AG und fünf von der Flughafen Saarbrücken GmbH ernannten Mitgliedern. Seit 2006 wurden zwei Aufsichtsratsmitglieder von der Fraport AG und vier von der FSBesitzG ernannt.

2.1.3.g. Flughafen Saarbrücken GmbH („FSG“)

- (31) Die FSG wurde am 30. August 2008 gegründet. Sie war Vorläuferin und später auch Nachfolgerin der FSBesitzG. Gegenstand der Gesellschaft ist der Betrieb des Flughafens Saarbrücken für die Zwecke des zivilen Luftverkehrs sowie damit zusammenhängender Nebengeschäfte. Die Mitglieder der Geschäftsführung und des Aufsichtsrats werden von der saarländischen Landesregierung ernannt. Der Vorsitzende des Aufsichtsrats wird von dem für die Luftfahrt zuständigen Ministerium ernannt.

2.2. Die Finanzierung der vh Saar durch das Land Saarland

- (32) Die deutschen Behörden räumen ein, dass vom Land Saarland Kapitalzuführungen an die vh Saar geflossen sind. Sie führen aus, dass der Hintergrund für diese Kapitalzuführungen in der Finanzierung von Flughafeninfrastruktur und –einrichtungen (unter anderem Start- und Landebahn, Kontrollturm und Abfertigungsgebäude) und der zugehörigen Zusatzausstattung (Brandschutz- und sonstige Sicherheitseinrichtungen) und des Betriebs der Infrastruktur (Instandhaltung und Verwaltung der Flughafeninfrastruktur) besteht. Da die Kosten dieser Maßnahmen aus dem Betrieb eines kleinen Regionalflughafens nicht gedeckt werden können, verzeichnete die FSG/FSBesitzG als Hauptverantwortliche für diese Aktivitäten regelmäßig Verluste. vh Saar, musste aufgrund eines Ergebnisabführungsvertrags für die Verluste des Flughafens aufkommen.

- (33) Dadurch sind der vh Saar selbst Verluste entstanden. Um diese Verluste auszugleichen, stellt das Land Saarland jedes Jahr einen bestimmten Betrag als Kapitalzuführung an die vh Saar in den Landeshaushalt ein.

(34) Innerhalb der vh Saar-Gruppe verzeichnet lediglich die FSG regelmäßig Verluste, während die HBS Gewinne erzielt. Bis auf das Jahr 2007 erwirtschaftete die FSBG regelmäßig Gewinne; das negative Ergebnis im Jahr 2007 war darauf zurückzuführen, dass die größte Fluggesellschaft, die bis dahin den Flughafen nutzte (Hapag Lloyd/TUIfly) 2006 den Betrieb am Flughafen Saarbrücken aufgab und seit 2008 den Betrieb zum benachbarten Flughafen Zweibrücken verlegt hat. Öffentlich zugänglichen Informationen zufolge werden die Gewinne der HBS dazu verwendet, einen Teil der Verluste der FSG auszugleichen, reichen jedoch nicht aus, um sämtliche Verluste zu decken.

(35) Die Zahlungen der öffentlichen Hand an die vh Saar sind aus der nachstehenden Tabelle ersichtlich. Die Kapitalzuführungen erfolgen nicht pauschal in Höhe des in den Haushalt eingestellten Betrags, sondern richten sich nach dem Bedarf der vh Saar, abhängig davon ob diese die Verluste aus eigenen Mitteln tragen kann, wie dies 1999 und 2007 der Fall war.

Tabelle 2:

Kapitalzuführungen des Landes Saarland an die vh Saar

| Jahr | Mitteleinstellung im Landeshaushalt | Kapitalzuführungen an die vh Saar |
|--------------|-------------------------------------|-----------------------------------|
| 1998 | 2 940 000 | [...] |
| 1999 | 2 940 000 | [...] |
| 2000 | 2 940 000 | [...] |
| 2001 | 2 940 000 | [...] |
| 2002 | 2 940 000 | [...] |
| 2003 | 2 940 000 | [...] |
| 2004 | 2 940 000 | [...] |
| 2005 | 2 940 000 | [...] |
| 2006 | 2 940 000 | [...] |
| 2007 | 8 000 000 | [...] |
| 2008 | 11 000 000 | [...] |
| 2009 | k.A. | [...] |
| Summe | 45 460 000 | 45 284 206,67 |

(36) Die Finanzplanung des Landes Saarland sieht für den Zeitraum 2011 bis 2014 eine Rückstellung für eine jährliche Kapitalzuführung in Höhe von maximal 8 Mio. EUR vor.

2.3. Die Verluste der FSG/FSBesitzG und deren Finanzierung

(37) Die deutschen Behörden erklären, dass die Verluste in Höhe von 48,95 Mio. EUR durch Infrastruktur- sowie durch Sicherheitsmaßnahmen im Gegenwert von [...] im selben Zeitraum zurückzuführen sind. Die deutschen

Behörden untergliedern die Ausgaben für Investitionen und Instandhaltung, einschließlich Sicherheitsaufwendungen, und Kapitalkosten sowie Kapitalzuführungen und andere Einnahmen in der nachstehenden Tabelle:

Tabelle 3:

Finanzierung des Flughafens Saarbrücken 2000-2009 in Mio. EUR

| | |
|--|--------------|
| Verluste Flughafen | 48,951 |
| Investitionen | [...] |
| Instandhaltungen und Sicherheitsaufwendungen | [...] |
| Zinsaufwand ⁽⁵⁾ | [...] |
| Summe Infrastruktur/Sicherheit | [...] |
| Kapitalzuführungen an vh Saar | 43,910 |
| Gewinnabführung HBS an vh Saar | [...] |
| Darlehen | [...] |
| Summe | [...] |

⁽⁵⁾ Die Zinsen gehen auf Fremdmittelaufnahmen zur Finanzierung der Infrastruktur zurück.

(38) Von 2000 bis 2009 beliefen sich die Kosten der Instandhaltungsmaßnahmen für Infrastruktur sowie Sicherheit auf insgesamt [...]. Diese Kosten entstanden ausschließlich durch den Betrieb der Infrastruktur und nicht durch Flughafendienstleistungen.

(39) In der Vergangenheit musste die FSG umfangreiche Umbauten vornehmen, die durch die nach den Ereignissen vom 11. September 2009 erheblich strengeren Sicherheitsauflagen notwendig wurden. [...].

(40) Zudem waren beträchtliche Investitionen in die Infrastruktur notwendig geworden. In den Jahren 1999 bis 2001 wurde ein neues Abfertigungsgebäude errichtet, das rund [...] kostete. Ferner wurde nach 1996 das Parkplatzangebot für Fluggäste in drei Stufen ausgebaut. Die FSG musste generell für die Kosten für Unterhalt, Instandhaltung und Verwaltung der bestehenden Infrastruktur aufkommen.

(41) Die deutschen Behörden teilen mit, dass bis zum Zusammenschluss von FSG und FSBG der Flugbetrieb rechtlich von der Infrastruktur getrennt war. Sie erklären, dass auch nach dem erfolgten Zusammenschluss die Kapitalzuführungen nicht dazu eingesetzt werden, Verluste aus dem Flughafenbetrieb zu decken. Die deutschen Behörden gehen davon aus, dass der Flughafenbetrieb Gewinn erwirtschaften wird und damit zur Deckung der Verluste aus den Investitionen in die Infrastruktur sowie der Kosten für deren Instandhaltung beitragen wird.

2.4. Grundstücksübertragungen des Landes Saarland an die FSG/FSBesitzG

- (42) Die deutschen Behörden erklären, dass seit 1998 vom Land Saarland Grundeigentum in einem Gesamtwert von 240 000 EUR an die FSG übertragen wurde. Grund für diese Übertragung waren unter anderem Sicherheitsaspekte. Die deutschen Behörden haben nicht mitgeteilt, ob für diese Übertragung eine Bezahlung erfolgte. Jedenfalls betrachten sie die Grundstücksübertragungen nicht als staatliche Beihilfe. Die Kommission ersucht die deutschen Behörden daher um Informationen darüber, wann und in welchem Wert Grundstücksübertragungen erfolgt sind und ob Gegenleistungen erfolgten.

2.5. Bürgschaften des Landes Saarland für die FSBesitzG

- (43) Das Land Saarland übernahm drei Bürgschaften für die FSG, mit der von der FSG aufgenommene Darlehen besichert wurden. Das Land erhielt dafür keine Prämie. Das Darlehen in Höhe von 11,45 Mio. EUR war für die Finanzierung des neuen Abfertigungsgebäudes bestimmt.

Tabelle 4:

Bürgschaften

| Jahr | Darlehenssumme in Tsd. EUR | Laufzeit | Betrag zum 31.12.2009 |
|---------------|----------------------------|------------|-----------------------|
| 1998 | [...] | [...] | [...] |
| 1998 | [...] | [...] | [...] |
| 2001 | 11 453 | 01.04.2023 | 9 225 |
| Gesamt | [...] | | [...] |

2.6. Patronatserklärungen des Landes Saarland zugunsten der vh Saar/FSBesitzG

- (44) Das Land Saarland stellte für die vh Saar zur Besicherung der von der FSBesitzG aufgenommenen Darlehen zwei Patronatserklärungen aus. Das Land erhielt dafür keine Prämie.

Tabelle 5:

Patronatserklärungen

| Jahr | Darlehenssumme in Tsd. EUR | Laufzeit | Betrag zum 31.12.2009 |
|---------------|----------------------------|------------|-----------------------|
| 2005 | 3 700 | 31.01.2021 | 2 934 |
| 2006 | 10 000 | 31.08.2039 | 9 942 |
| Gesamt | 13 700 | | 12 876 |

2.7. Der Ergebnisabführungsvertrag zwischen der vh Saar und der FSG/FSBesitzG

- (45) Durch einen Ergebnisabführungsvertrag vom 7.5.1996 zwischen der vh Saar und der FSG ist die vh Saar verpflichtet, während der Vertragslaufzeit jährlich die Verluste auszugleichen, die der FSG entstanden sind, während ihrerseits die FSG verpflichtet ist, ihre Gewinne an die vh Saar abzuführen. Dieser Vertrag trat am 1. Januar 1997 in Kraft. In der Zeit, zu der die FSG in FSBesitzG und FSBG aufgeteilt war, war der Vertrag auf die FSBesitzG als Rechtsnachfolgerin der FSG anwendbar.
- (46) Nach Angaben der deutschen Behörden erwirtschaftete die FSBesitzG während der Zeit, in der sie für die Flughafeninfrastruktur und die FSBG für den Flugbetrieb zuständig war, regelmäßig Verluste, da sie die Kosten für den Bau und die Instandhaltung der Flughafeninfrastruktur zu tragen hatte, während die FSBG (bis 2007 im Mehrheitseigentum der Fraport befindlich) regelmäßig Gewinne verzeichnete.
- (47) Allerdings vermeldete die FSBG im Jahr 2007 und in den darauffolgenden Jahren beträchtliche Nettoverluste. Grund dafür war, dass 2006 die Fluggesellschaft Hapag Lloyd Flug, die inzwischen unter dem Namen TUIfly operiert, beschloss, den Flughafen Saarbrücken zu verlassen. Die Hapag Lloyd Flug war damals die größte Fluggesellschaft am Flughafen Saarbrücken. Daraufhin ging im Jahr 2007 das Passagieraufkommen gegenüber 2005 um 30 % zurück. Dieses deutlich geringere Passagieraufkommen bedeutete für die FSBG eine beträchtliche Belastung.

Tabelle 6:

Gegenüberstellung der der FSG in den Jahren 2000 bis 2009 gewährten öffentlichen Mittel und der Finanzierung der vh Saar (in EUR)

| Jahr | FSG (Flughafen Saarbrücken Besitzgesellschaft mbH) | FSBG (Flughafen Saarbrücken Betriebsgesellschaft mbH) | Flughafen Saarbrücken GmbH | Gesamt | Kapitalzuführungen an die vh Saar |
|-------|--|---|----------------------------|------------------------------|-----------------------------------|
| 2000 | -2 168 916,52 | 489 364,30 | | -1 679 552,22 | [...] |
| 2001 | -2 785 473,57 | -56 863,81 | | -2 842 337,38 | [...] |
| 2002 | -4 164 538,13 | 42 842,87 | | -4 121 695,26 | [...] |
| 2003 | -3 099 253,47 | 42 569,23 | | -3 056 684,24 | [...] |
| 2004 | -2 770 680,59 | 85 587,79 | | -2 685 092,80 | [...] |
| 2005 | -3 917 320,85 | -7 142,46 | | -3 924 463,31 | [...] |
| 2006 | -8 400 703,48 | -214 709,04 | | -8 615 412,52 ⁽⁶⁾ | [...] |
| 2007 | -8 171 099,06 | -2 737 773,59 | | -8 171 099,06 | [...] |
| 2008 | | | -4 548 264,66 | -4 548 264,66 | [...] |
| 2009 | | | -9 306 512,33 | -9 306 512,33 | [...] |
| SUMME | -35 477 985,67 | -2 356 124,71 | -13 854 776,99 | -48 951 113,78 | 40 334 812,39 |

⁽⁶⁾ [...]

2.8. Die zum 1. April 2007 eingeführten Flughafenentgelte und Rabatte

2.8.1. Der Flughafenentgelt-Basistarif

(48) Die deutschen Behörden erläutern, dass bis 2007 keine Rabatte auf die Flughafenentgelte gewährt wurden. Die geltende Entgeltordnung wurde am 1. April 2007 eingeführt. Auf dem Exemplar der Entgeltordnung mit Rabattregelungen, das von den deutschen Behörden vorgelegt wurde, ist auf der Titelseite die Flughafen Saarbrücken GmbH angegeben. Zum Zeitpunkt der Einführung der Entgeltordnung existierte diese Gesellschaft jedoch noch gar nicht. Die Kommission geht daher davon aus, dass die Entgeltordnung von der Rechtsvorgängerin der FSG, der FSBesitzG, eingeführt wurde, die bereits die vorherige Entgeltordnung eingeführt hatte. Die Kommission fordert die deutschen Behörden auf, ihr sachdienliche Informationen zukommen zu lassen, falls diese Annahme nicht zutreffen sollte.

(49) In der nachstehenden Tabelle sind die regulären Flughafenentgelte nach der Entgeltordnung von 2007 aufgeführt (ohne spezifische Ausnahmeregelungen).

Tabelle 7:

Die zum 1. April 2007 eingeführten Flughafenentgelte

| Entgelt | Kriterien | | Betrag in EUR |
|---------------------|--|------------------|---------------|
| | Bewegungsentgelt | MTOW ≤ 1 999 kg | |
| mit Lärmzeugnis | | | 5 |
| Bewegungsentgelt | MTOW 2 000 bis 5 699 kg | ohne Lärmzeugnis | 45 |
| | | mit Lärmzeugnis | 30 |
| Start-/Landeentgelt | MTOW > 5 700 kg | ≥ 69 Sitze | 50 |
| | | ≤ 70 Sitze | 200 |
| Passagierentgelt | aussteigender Passagier (Schengen) | | 7,50 |
| Passagierentgelt | aussteigender Passagier (Nicht-Schengen) | | 8,00 |

- (50) Nach der Entgeltordnung werden für neue Fluggesellschaften und für neu angeflogene Ziele Förderrabatte auf diese Entgelte gewährt:

2.8.2. *Die Rabatte für neue Fluggesellschaften, neu angeflogene Ziele und erhöhtes Passagieraufkommen*

- (51) **Förderrabatte für neue Fluggesellschaften:** Für Flüge einer erstmalig am Flughafen Saarbrücken operierenden Fluggesellschaft werden folgende Förderrabatte gewährt: auf Bewegungs-, Start-/Lande- und Passagierentgelte 50 % im ersten Jahr, 30 % im zweiten Jahr und 20 % im dritten Jahr.
- (52) **Förderrabatte für neu angeflogene Ziele:** Als neues Ziel gelten regelmäßige Flugverbindungen (Zeitraum 1. April bis 31. Oktober: mindestens ein Flug pro Woche; Zeitraum 1. November bis 31. März: mindestens ein Flug innerhalb von zwei Wochen) zu Zielen, die in den letzten 12 Monaten vor Aufnahme der neuen Flugstrecke vom Flughafen Saarbrücken aus nicht bedient worden sind. Für neu angeflogene Ziele werden folgende Förderrabatte gewährt: 50 % im ersten Jahr, 30 % im zweiten Jahr und 20 % im dritten Jahr. Die Rabatte werden auf die gleichen Entgelte gewährt wie die Rabatte für neue Fluggesellschaften.
- (53) Die Rabatte für neue Fluggesellschaften und für neu angeflogene Ziele können nicht kombiniert werden.
- (54) **Förderrabatte bei erhöhtem Passagieraufkommen:** Fluggesellschaften, die während eines Kalenderjahres zwischen 60 000 und 100 000 Passagiere von/nach Saarbrücken befördern, und Fluggesellschaften, die während eines Kalenderjahres mehr als 100 000 Passagiere von/nach Saarbrücken befördern, erhalten im Folgejahr eine Rückzahlung. Fluggesellschaften der ersten Gruppe erhalten im Folgejahr eine Rückzahlung in Höhe von 5 % des im betrachteten Jahr getätigten Umsatzes aus den gesamten Passagierentgelten. Fluggesellschaften der zweiten Gruppe erhalten im Folgejahr eine Rückzahlung in Höhe von 10 % des im betrachteten Jahr getätigten Umsatzes aus den gesamten Passagierentgelten.

2.9. Der Vertrag über eine Anschubfinanzierung zwischen der FSBesitzG und Cirrus

- (55) Am 27. Januar 2005 unterzeichnete die FSBesitzG mit der Cirrus Airlines Luftfahrtgesellschaft mbH (im Folgenden „Cirrus“) einen Vertrag über eine Anschubfinanzierung mit einer Laufzeit von einem Jahr. Gegenstand des Vertrags ist die Steigerung der Passagierzahlen auf der Strecke [...]. In dem Vertrag ist dargelegt, dass eine Steigerung der Passagierzahlen nur erreicht werden kann, wenn der Beförderungspreis erheblich gesenkt werden kann und das Luftverkehrsunternehmen für die Passagiere attraktiv ist. Ferner wird von hohen Verlusten in der Anlaufphase ausgegangen. Der Flughafen erklärt sich daher bereit, das Projekt mit einer Anlauffinanzierung zu unterstützen.
- (56) Als Beginn des Flugbetriebs wurde der 29. März 2005 festgelegt. Der Vertrag basiert auf einen Geschäftsplan, der Angaben zu Passagierzahlen und durchschnittlichem Nettoertrag enthält. Der einzusetzende Flugzeugtyp ist in dem Vertrag ebenfalls festgelegt.

- (57) In dem Vertrag verpflichtet sich Cirrus dazu, die Strecke Saarbrücken – [...] im Linienverkehr an [...] zu bedienen. [...] Cirrus willigt ein, seine Flugzeuge am Wochenende für Charterflüge zur Verfügung zu stellen, sofern sich hierdurch Gewinne erzielen lassen.

- (58) In dem Vertrag verpflichtet sich die FSG zur Zahlung von insgesamt [0,5-1,2 Mio. EUR] für die gesamte Vertragslaufzeit. Am 15. März 2005 sind [...] für die Anlaufkosten fällig. Mit Beginn der Aufnahme des Flugverkehrs hat die FSG monatlich [...] als Vorauszahlung zu entrichten. Wenn die konkreten Zahlen (Ertrag und Passagierzahlen) vorliegen, wird der tatsächliche Gegenleistung nach folgender Formel berechnet:

Abbildung 1: Formel für die Berechnung der Gegenleistung der FSBesitzG an Cirrus

[...]

- (59) Cirrus unterrichtet die FSBesitzG monatlich über die wirtschaftliche Entwicklung auf der Strecke (Passagierzahlen, Auslastung, Nettoertrag). Beide Seiten haben das Recht den Vertrag zu kündigen, sollte die Weiterführung des Betriebs auf der Strecke wirtschaftlich nicht gerechtfertigt sein.
- (60) Am 26. Oktober 2005 schlossen die Vertragsparteien einen Ergänzungsvertrag mit Wirkung ab dem 1. September 2005 bis Ende 2006. Für diesen Zeitraum verpflichtete sich die FSBesitzG zur Zahlung von insgesamt [0,5-1,2 Mio. EUR]. Die Zahlungen aus dem ursprünglichen Vertrag wurden bis August 2005 geleistet. Die Ergänzung wurde notwendig, weil sich die Passagierzahlen nicht wie erwartet entwickelten.
- (61) Am 4. Oktober 2006 wurde ein Nachtrag zum Ergänzungsvertrag vereinbart, da die erwarteten Passagierzahlen nicht erreicht wurden. Die Laufzeit dieses Vertrags begann am 15. September 2006. Der Nachtragsvertrag enthält keine Angabe über das Ende der Vertragslaufzeit. Unabhängig vom Ergebnis auf der Strecke ist eine Begrenzung der Zahlungen festgelegt. Sollte das Ergebnis positiver ausfallen, verringern sich die Zahlungen.

- (62) Zur Höhe des tatsächlich an Cirrus gezahlten Betrags haben die deutschen Behörden keine Angaben vorgelegt.

2.10. Der Marketingvertrag zwischen der FSG und Air Berlin

- (63) Am 6. April 2011 unterzeichnete die FSG einen Marketingvertrag mit der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG (im Folgenden „Air Berlin“) mit einer Laufzeit bis 2. Mai 2014. In dem Marketingvertrag verpflichtet sich Air Berlin zur Erbringung von Marketing- und Werbedienstleistungen für die FSG. In dem Vertrag ist wörtlich festgelegt: „[...]“ Die FSG erwartet von der Frequenzerhöhung höhere Einnahmen aus dem Flugbetrieb und aus flugunabhängigen Aktivitäten. Außerdem verpflichtet sich Air Berlin zur Vermarktung der beiden Verbindungen von und nach Saarbrücken (Informationen über die

Frequenzerhöhung in der Presse, durch E-Mails, Mitteilungen an Reiseveranstalter, Zeitschriften, Printmedien, beim Check-in, an Bord, im Rundfunk usw.).

- (64) Auf der Grundlage dieses Vertrags hat die FSG bisher drei Zahlungen über insgesamt [0,5-1,1 Mio EUR] an Air Berlin geleistet. Der Vertrag sieht für 2012 weitere Zahlungen in Höhe von insgesamt [0,3-0,6 Mio EUR] vor.

3. STELLUNGNAHME DER DEUTSCHEN BEHÖRDEN

- (65) Nach Auffassung der deutschen Behörden stellen die vom Land Saarland über die vh Saar über eine Reihe von Jahren im Zusammenhang mit der Finanzierung des Flughafens Saarbrücken getätigten die Kapitalzuführungen und der Ergebnisabführungsvertrag zwischen der FSG und der vh Saar keine rechtswidrigen Beihilfen im Sinne von Artikel 107 AEUV dar, da sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen.

- (66) In diesem Zusammenhang verweisen die deutschen Behörden ferner auf die Randnummern 15 und 39 der *Gemeinschaftlichen Leitlinien für die Finanzierung von Flughäfen und die Gewährung staatlicher Anlaufbeihilfen für Luftfahrtunternehmen auf Regionalflughäfen* (?) (im Folgenden „*Flughafen-Leitlinien von 2005*“ oder „*Leitlinien*“). Sie weisen darauf hin, dass gemäß diesen Leitlinien Flughäfen mit weniger als 500 000 Passagieren jährlich der Kategorie D, „kleine Regionalflughäfen“ zuzurechnen seien, und dass die Förderung kleiner Regionalflughäfen den Wettbewerb kaum beeinflussen oder den Handel in einem dem Gemeinschaftsinteresse zuwiderlaufenden Ausmaß beeinträchtigen dürfte. Die Passagierzahlen des Flughafens liegen deutlich unter dem Schwellenwert zur nächsthöheren Kategorie (1 Million Passagiere) und dürften diesen in absehbarer Zeit auch nicht erreichen. Folglich vertreten die deutschen Behörden den Standpunkt, dass keine Notwendigkeit bestand, eine staatliche Beihilfe für die Flughafeninfrastruktur zu notifizieren.

- (67) Die deutschen Behörden geben an, dass die Kosten für Instandhaltung und Bewirtschaftung der Flughafeninfrastruktur bei kleinen Regionalflughäfen so hoch seien, dass der Flughafen sie nicht tragen könne.

- (68) Nach Auffassung Deutschlands sind die Ausgaben, die zur Einhaltung der Sicherheitsvorschriften getätigt wurden, dem Bereich der Sicherheit und der Luftverkehrskontrolle zuzurechnen und gehören damit nicht zu den wirtschaftlichen Tätigkeiten, sondern sind vielmehr der Ausübung hoheitlicher Befugnisse zuzuordnen. Folglich unterliegt die Finanzierung derartiger Maßnahmen nicht der Beihilfenkontrolle.

- (69) Darüber hinaus sind die deutschen Behörden der Ansicht, dass die Infrastrukturinvestitionen mit den in den Leitlinien festgelegten Voraussetzungen im Einklang stehen.

- (70) Sie erklären weiter, dass sie den Betrieb des Flughafens als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrachten, da dieser allen Einwohnern, Unternehmen und Einrichtungen in seinem Einzugsgebiet zur Ver-

fügung steht, einen wesentlichen Bestandteil der Verkehrsinfrastruktur der Region darstellt und für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Entwicklung der Region von erheblicher Bedeutung ist. Zwar besteht förmlicher Betrauungsakt, doch erläutern die deutschen Behörden, dass lediglich die für den Flughafenbetrieb erforderliche Finanzierung gewährt worden sei. Daher sei keine Vorfinanzierung erfolgt, sondern es sei nur ein Ausgleich gezahlt worden, wenn infolge des Betriebs des Flughafens und der Investitionen eine Finanzierungslücke aufgetreten sei. Zudem sei das Land Saarland stets alleiniger Anteilseigner der FSBesitzG und später der FSG, also der Begünstigten der Förderung, gewesen. Somit sei das Land immer in der Lage gewesen, die Tätigkeiten beider Gesellschaften genau zu kontrollieren und zu lenken. Das Land ernenne immer den Vorsitzenden des Aufsichtsrats und verfüge über die Stimmenmehrheit im Aufsichtsrat. Die Geschäftsführung werde ebenfalls immer vom Land ernannt. Durch diese und weitere Faktoren sei sichergestellt, dass ausschließlich Pflichten und Aufgaben des Gemeinwohls wahrgenommen würden und keine Überkompensierung gewährt werde.

4. PRÜFUNG DES VORLIEGENS VON BEIHILFEN

- (71) Die Kommission hat geprüft, ob die folgenden Maßnahmen als staatliche Beihilfen an die FSG, die FSBesitzG und die vh Saar einzustufen sind:

- die Finanzierung von FSG/FSBesitzG und vh Saar durch das Land Saarland
- die Grundstücksübertragungen durch das Land Saarland an die FSBesitzG
- die Bürgschaften des Landes Saarland zugunsten der FSBesitzG
- die Patronatserklärungen des Landes Saarland zugunsten der vh Saar/FSBesitzG

- (72) Die Kommission hat geprüft, ob die folgende Maßnahme als staatliche Beihilfe an die FSBG einzustufen ist:

- der Pachtvertrag zwischen der FSG und der FSBG

- (73) Die Kommission hat geprüft, ob die folgenden Maßnahmen als staatliche Beihilfen an die Fluggesellschaften, die den Flughafen nutzen, einzustufen sind:

- die im Jahr 2007 eingeführten Rabatte für neue Fluggesellschaften, neu angeflogene Ziele und Erhöhungen des Passagieraufkommens
- der Vertrag über eine Anlauffinanzierung zwischen der FSBesitzG und Cirrus
- der Marketingvertrag zwischen der FSG und Air Berlin

- (74) Nach Artikel 107 Absatz 1 AEUV „sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

(?) ABl. C 312 vom 9.12.2005, S. 1.

(75) Die in Artikel 107 Absatz 1 AEUV festgelegten Voraussetzungen sind kumulativ zu verstehen. Um also feststellen zu können, ob es sich bei den in Rede stehende Maßnahme um staatliche Beihilfen im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV handelt, müssen alle vorgenannten Bedingungen erfüllt sein, d. h. die finanzielle Unterstützung

- muss von einem Mitgliedstaat oder aus staatlichen Mitteln gewährt werden,
- bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigen,
- den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen
- und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

4.1. Der Beihilfecharakter der Finanzierung von vh Saar und FSG/FSBesitzG durch das Land Saarland

Staatliche Mittel und Zurechenbarkeit zum Staat

(76) Die deutschen Behörden haben eingeräumt, dass das Land Saarland jährliche Kapitalzuführungen an die vh Saar tätigt, die von deren Bedarf abhängig sind und davon, ob sie in der Lage ist, die Verluste der FSG/FSBesitzG aus eigenen Mitteln zu tragen.

(77) Die Kommission kommt daher zu dem Schluss, dass die jährliche Finanzierung der vh Saar staatliche Mittel in Form direkter Zuschüsse aus dem Landeshaushalt beinhaltet und damit dem Staat zuzurechnen ist.

Wirtschaftliche Tätigkeit und Unternehmensbegriff

(78) Nach ständiger Rechtsprechung muss die Kommission zunächst feststellen, ob es sich bei der vh Saar und der FSG/FSBesitzG um Unternehmen im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV handelt. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass nach ständiger Rechtsprechung der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit umfasst, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung; ⁽⁸⁾ eine wirtschaftliche Tätigkeit ist jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten. ⁽⁹⁾

(79) In seinem Urteil in der Rechtssache *Flughafen Leipzig/Halle* bestätigte das Gericht, dass der Betrieb eines Flughafens eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt und der Bau der Flughafeninfrastruktur ein nicht trennbarer Bestand-

teil dieser Tätigkeit ist. ⁽¹⁰⁾ Wenn ein Flughafenbetreiber eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, dann ist er – unabhängig von seiner Rechtsform und der Art seiner Finanzierung – als ein Unternehmen im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV anzusehen und es sind daher die Bestimmungen des Vertrags über staatliche Beihilfen anwendbar. ⁽¹¹⁾

(80) Ebenfalls in seinem Urteil in der Rechtssache *Flughafen Leipzig/Halle* entschied das Gericht, dass es nicht relevant ist, ob der Bau oder Ausbau von Flughafeninfrastrukturanlagen eine regional-, wirtschafts- oder verkehrspolitische Maßnahme ist. Nach ständiger Rechtsprechung ist nicht entscheidend, welche Ziele mit einer spezifischen Maßnahme verfolgt werden, sondern welche Wirkungen sie hervorrufen. ⁽¹²⁾

(81) Gegenstand der FSBesitzG waren „*der Bau, die Unterhaltung und die Verpachtung eines Verkehrsflughafens Saarbrücken und die Beteiligung an der Betriebsgesellschaft*“. Bei der Verpachtung eines Flughafens handelt es sich eindeutig um eine wirtschaftliche Tätigkeit. Ferner ist die gleiche Argumentation wie bei der vh Saar anwendbar: Die FSBesitzG war Anteilseigner von 48 %, später 99 % der FSBG und bildete gemeinsam mit dieser eine wirtschaftliche Einheit.

(82) Gegenstand der FSG ist gemäß ihrer Satzung der Betrieb des Flughafens. Die FSG übernahm auch die zuvor von der FSBesitzG wahrgenommenen Aufgaben. FSG ist somit als ein Unternehmen im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV anzusehen und es sind daher die Bestimmungen des Vertrags über staatliche Beihilfen anwendbar.

(83) Gegenstand der vh Saar ist „*die Koordinierung der bei dem Bau, Ausbau und Betrieb öffentlicher Flug- und Flusshäfen im Saarland anfallenden Tätigkeiten*“. In der Regel wird eine wirtschaftliche Tätigkeit unmittelbar auf dem Markt ausgeübt. Im vorliegenden Fall scheint allerdings die vh Saar ihre Tätigkeiten mittelbar auf dem Markt auszuüben, und zwar durch die Koordinierung der Tätigkeiten von Flug- und Flusshäfen, die ihrerseits unmittelbar auf dem Markt operieren. Gemeinsam mit diesen Flug- und Flusshäfen bildet die vh Saar eine wirtschaftliche Einheit.

(84) Der bloße Besitz von Beteiligungen, auch von Kontrollbeteiligungen, stellt nicht schon eine wirtschaftliche Tätigkeit der Einheit dar, die diese Beteiligungen hält, wenn mit ihm nur die Ausübung der Rechte, die mit der Eigenschaft eines Aktionärs oder Mitglieds verbunden sind, einhergeht. Allerdings befand das Gericht: „*Übt dagegen eine Einheit, die Kontrollbeteiligungen an einer Gesellschaft hält, diese Kontrolle tatsächlich durch unmittelbare oder mittelbare Einflussnahme auf die Verwaltung der Gesellschaft aus, ist sie als an der wirtschaftlichen Tätigkeit des kontrollierten Unternehmens beteiligt anzusehen. Aufgrund dieses Umstands*

⁽⁸⁾ Rechtssache C-35/96, Kommission/Italien, Slg. 1998, I-3851, Randnr. 36; Rechtssache C-41/90, Höfner und Elser, Slg. 1991, I-1979, Randnr. 21; Rechtssache C-244/94, Fédération Française des Sociétés d'Assurances/Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, Slg. 1995, I-4013, Randnr. 14; Rechtssache C-55/96, Job Centre, Slg. 1997, I-7119, Randnr. 21.

⁽⁹⁾ Rechtssache 118/85, Kommission/Italien, Slg. 1987, 2599, Randnr. 7; Rechtssache 35/96, Kommission/Italien, Slg. 1998, I-3851, Randnr. 36.

⁽¹⁰⁾ Verbundene Rechtssachen T-455/08, Flughafen Leipzig/Halle GmbH und Mitteldeutsche Flughafen AG/Kommission, und T-443/08, Freistaat Sachsen und Land Sachsen-Anhalt/Kommission (im Folgenden „Rechtssache Flughafen Leipzig/Halle“), 2011, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht, siehe auch Rechtssache T-128/89, Aéroports de Paris/Kommission, Slg. 2000, II-3929, bestätigt durch den EuGH, Rechtssache C-82/01P, Slg. 2002, I-9297, und Rechtssache T-196/04, Ryanair/Kommission, Slg. 2008, II-3643, Randnr. 88.

⁽¹¹⁾ Rechtssachen C-159/91 und C-160/91, Poucet/AGF und Pistre/Can-cava, Slg. 1993, I-637.

⁽¹²⁾ Rechtssache Flughafen Leipzig/Halle, Randnr. 102 ff.

ist sie daher als Unternehmen im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG [jetzt Artikel 107 Absatz 1 AEUV] zu qualifizieren. Anderenfalls würde die bloße Teilung eines Unternehmens in zwei getrennte Gebilde, von denen das erste die frühere wirtschaftliche Tätigkeit unmittelbar fortführt und das zweite das erste durch die Einflussnahme auf dessen Verwaltung kontrolliert, genügen, um den gemeinschaftlichen Vorschriften über staatliche Beihilfen jede praktische Wirksamkeit zu nehmen. Dies würde dem zweiten Gebilde erlauben, Subventionen oder andere Vergünstigungen des Staates oder aus staatlichen Mitteln zu beziehen und sie ganz oder teilweise zugunsten des ersten Gebildes auch im Interesse der aus beiden Gebilden bestehenden wirtschaftlichen Einheit zu verwenden.“⁽¹³⁾

- (85) Die Kommission stellt fest, dass die FSG und davor die FSBesitzG, die Gegenstand des vorliegenden Beschlusses ist, auf einer gewerblichen Grundlage tätig sind. Die Kommission gelangt daher zu dem Schluss, dass der Flughafen, der Gegenstand des vorliegenden Beschlusses ist, von der vh Saar mittelbar und von der FSG unmittelbar auf einer gewerblichen Grundlage betrieben wird. Die Kommission kann daher nicht ausschließen, dass auch die vh Saar selbst im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts ein Unternehmen darstellt.

Wirtschaftlicher Vorteil

- (86) Im vorliegenden Fall waren die Kapitalzuführungen an die vh Saar offenbar überwiegend zur Weitergabe an die FSG bestimmt. Daher kann davon ausgegangen werden, dass die vh Saar nicht selbst als Begünstigte der Beihilfe anzusehen ist, sondern vielmehr als ein Instrument für die Weitergabe von Mitteln an die FSG. Die Kommission fordert Deutschland auf zu klären, ob sämtliche Fördermittel, die vom Land an die vh Saar fließen, an die FSG weitergegeben werden.
- (87) Durch die jährliche Übernahme der Verluste der FSG/FSBesitzG werden die Kosten, die normalerweise vom Flughafenbetreiber zu tragen wären, verringert und somit dem Flughafenbetreiber ein Vorteil gewährt.

Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

- (88) Die deutschen Behörden machen geltend, dass die in Rede stehende Übernahme von Verlusten als Ausgleich für die Erfüllung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zu betrachten ist. Für die Beantwortung der Frage, ob ein Ausgleich als Gegenleistung für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen als Vorteil im Sinne von Artikel 107 AEUV anzusehen ist, wurden vom Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache Altmark folgende Kriterien festgelegt⁽¹⁴⁾:

- 1) Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein (im Folgenden „Altmark-Kriterium 1“).
- 2) Die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, sind zuvor objektiv und transparent aufzustellen (im Folgenden „Altmark-Kriterium 2“).

- 3) Der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken (im Folgenden „Altmark-Kriterium 3“).

- 4) Wenn die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, das die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind (im Folgenden „Altmark-Kriterium 4“).

- (89) Nach dem Altmark-Kriterium 4 ist die Höhe des Ausgleichs auf das Minimum dessen festzusetzen, was ein effizientes Unternehmen benötigen würde, um nicht unter den Begriff der staatlichen Beihilfe zu fallen. Diese Voraussetzung wird dann als erfüllt angesehen, wenn das begünstigte Unternehmen, das den Ausgleich erhält, entweder in einem Ausschreibungsverfahren ausgewählt wurde oder wenn der Ausgleich unter Bezugnahme auf die Kosten, die einem effizienten Unternehmen entstehen würden, berechnet wurde.

- (90) Im vorliegenden Fall wurden die Begünstigten nicht nach einer öffentlichen Ausschreibung ausgewählt. Das Land Saarland hat den Betrieb des Flughafens Saarbrücken nicht ausgeschrieben, sondern vielmehr einfach die Gesellschaften, die den Flughafen betreiben, gegründet und sie in einem Beherrschungsvertrag mit der vh Saar verbunden.

- (91) Ferner haben die deutschen Behörden gegenüber der Kommission nicht angegeben, dass die Höhe des Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt wurde, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Mitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind. Vielmehr umfasst der Ergebnisabführungsvertrag schlichtweg sämtliche Verluste ohne jede Analyse der Kosten.

- (92) Folglich liegen der Kommission zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine Nachweise vor, die das Vorbringen belegen würden, dass die Begünstigte die Flughafendienstleistungen tatsächlich zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen.

⁽¹³⁾ Rechtssache C-222/04, Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze SpA et al., Slg. 2006, I-289.

⁽¹⁴⁾ Rechtssache C-280/00, Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg, Slg. 2003, I-7747.

- (93) Da die Altmark-Kriterien kumulativ zu sehen sind, genügt es der Kommission zum gegenwärtigen Zeitpunkt festzustellen, dass im vorliegenden Fall das vierte Kriterium nicht erfüllt ist.

Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers

- (94) Allerdings könnte angeführt werden, dass die der FSG und der FSBesitzG gewährten Kapitalzuführungen keine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV darstellen, wenn der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers in diesem Fall erfüllt wäre. Der Europäische Gerichtshof entschied in der Rechtssache Stardust Marine, dass „Mittel, die der Staat einem Unternehmen direkt oder indirekt unter normalen Marktbedingungen zur Verfügung stellt, [...] nicht als staatliche Beihilfen anzusehen [sind]“. ⁽¹⁵⁾
- (95) Die deutschen Behörden machen nicht geltend, dass die öffentlichen Mittel, die der FSG/FSBesitzG jährlich gewährt werden, den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers erfüllen. Der Kommission wurde von den deutschen Behörden weder ein Geschäftsplan noch Rentabilitätsberechnungen vorgelegt, aus denen hervorgehen würde, dass sich das Land bei seiner Entscheidung, für die jährlichen Verluste aufzukommen, tatsächlich von Rentabilitätsvoraussagen leiten ließ.
- (96) Zudem liegen keine Angaben darüber vor, dass die FSG/FSBesitzG Dividenden an das Land gezahlt hätte. Ausgehend von den vorliegenden Informationen stellt die Kommission fest, dass die FSG/FSBesitzG von 2001 bis 2007 Verluste erwirtschaftete, wobei die Höhe der Verluste von 2,8 Mio. EUR im Jahr 2001 bis auf 8,2 Mio. EUR im Jahr 2007 stieg. Insgesamt beliefen sich die Verluste der FSG/FSBesitzG in den Jahren 2001 bis 2007 auf rund 33 Mio. EUR. Trotzdem blieb durch die Deckung der Verluste das Eigenkapital der FSG/FSBesitzG mit rund 9 Mio. EUR stabil. Auf der Grundlage der ihr vorliegenden Informationen gelangt die Kommission zu der vorläufigen Ansicht, dass es der FSG/FSBesitzG ohne die jährliche Deckung der Verluste nicht möglich wäre, sich am Markt zu behaupten und dass sie Insolvenz anmelden müsste. Angesichts der steigenden Verluste und der rückläufigen Einnahmen kann zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht ausgeschlossen werden, dass es sich bei der FSG/FSBesitzG um ein Unternehmen in Schwierigkeiten im Sinne der Leitlinien zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten handelt.
- (97) Aus den vorliegenden Informationen geht nicht eindeutig hervor, ob die Behörden alternativ die Schließung des Flughafens in Betracht zogen. Die Kommission fordert die deutschen Behörden auf, zum Szenario einer möglichen Schließung Stellung zu nehmen und der Kommission eine Analyse der Kosten einer Schließung vorzulegen, falls eine derartige Analyse vorgenommen wurde.
- (98) Auf der Grundlage der ihr gegenwärtig vorliegenden Informationen gelangt die Kommission zu der vorläufigen Auffassung, dass die Finanzierung der FSG/FSBesitzG durch das Land Saarland nicht mit der vergleichbar war, die ein marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber getätigt hätte. Daher vertritt die Kommission vorläufig die Auffassung, dass der FSG/FSBesitzG durch die jähr-

lichen Subventionen, die sie erhält, ein wirtschaftlicher Vorteil gewährt wird, den sie am Markt nicht erhalten würde.

- (99) Die Kommission fordert die deutschen Behörden und die Beteiligten auf, sich zur Anwendbarkeit des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers zu äußern und – falls vorhanden – einen Geschäftsplan für die FSG/FSBesitzG oder Rentabilitätsberechnungen vorzulegen. Ferner fordert die Kommission die deutschen Behörden und die Beteiligten auf, sich zur finanziellen Lage der FSG/FSBesitzG zu äußern.

Selektivität

- (100) Nach Artikel 107 Absatz 1 AEUV ist eine Maßnahme, dann als staatliche Beihilfe zu qualifizieren, wenn sie „bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige“ begünstigt. Im vorliegenden Fall stellt die Kommission fest, dass die in Rede stehenden Vorteile ausschließlich der FSG/FSBesitzG gewährt wurden. Da die Förderung einem einzigen Unternehmen gewährt wurde, war sie selektiv im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV.

Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des Handels

- (101) Wenn durch Beihilfen eines Mitgliedstaats die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Unternehmen im Wettbewerb im Binnenmarkt gestärkt wird, müssen letztere als durch die Beihilfen beeinträchtigt betrachtet werden. Nach ständiger Rechtsprechung ⁽¹⁶⁾, reicht es für die Wettbewerbsverfälschung durch eine Maßnahme aus, dass der Begünstigte der Beihilfe in Märkten, die für den Wettbewerb offen sind, im Wettbewerb steht.
- (102) Im vorliegenden Fall vertritt Deutschland die Auffassung, dass nach Randnummer 39 der Flughafen-Leitlinien von 2005 öffentliche Zuschüsse zugunsten kleiner Regionalflughäfen (Kategorie D) den Wettbewerb kaum beeinflussen oder den Handel in einem dem Gemeinschaftsinteresse zuwiderlaufenden Ausmaß beeinträchtigen dürften.
- (103) Der Betrieb eines Flughafens ist jedoch eine wirtschaftliche Tätigkeit und der Bau eines Flughafens ist davon nicht trennbar. ⁽¹⁷⁾ Die Flughafenbetreiber stehen untereinander im Wettbewerb. Am Flughafen Saarbrücken werden derzeit rund 500 000 Passagiere pro Jahr abgefertigt. Damit ist er nach den Leitlinien als ein „kleiner Regionalflughafen“ (Flughafen der Kategorie D) zu betrachten. Aufgrund der Größe des Flughafens und seiner Nähe zu anderen europäischen Flughäfen, darunter der Flughafen Zweibrücken (rund 39 km vom Flughafen Saarbrücken entfernt, Fahrtzeit (Pkw) etwa 34 Minuten), der Flughafen Metz–Nancy–Lothringen (rund 97 km vom Flughafen Saarbrücken entfernt, Fahrtzeit (Pkw) etwa 1 Stunde 15 Minuten) und der Flughafen Luxemburg (rund 121 km vom Flughafen Saarbrücken entfernt, Fahrtzeit (Pkw) etwa 1 Stunde 21 Minuten), ist nicht

⁽¹⁵⁾ Urteil in der Rechtssache Stardust Marine, Randnr. 69.

⁽¹⁶⁾ Rechtssache T-214/95, Het Vlaams Gewest/Kommission, Slg. 1998, II-717.

⁽¹⁷⁾ Siehe oben, Randnummer (79).

davon auszugehen, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt wird.

- (104) Daher wird durch den wirtschaftlichen Vorteil, der der FSG/FSBesitzG gewährt wird, deren Stellung gegenüber ihren Wettbewerbern auf den europäischen Markt der Anbieter von Flughafendienstleistungen gestärkt. Somit verfälschen die öffentlichen Zuschüsse den Wettbewerb oder drohen ihn zu verfälschen und beeinträchtigen den Handel zwischen Mitgliedstaaten.

Schlussfolgerung

- (105) Aus den vorgenannten Gründen gelangt die Kommission zu der vorläufigen Auffassung, dass es sich bei den öffentlichen Mitteln, die die vh Saar und die FSG/FSBesitzG erhalten, um staatliche Beihilfen im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV handelt.

Mögliche Freistellung von der Anmeldepflicht

- (106) Da die der vh Saar und der FSG/FSBesitzG gewährte Finanzierung vor der Entscheidung der Kommission durch rechtsverbindliche Akte, durch die sich die deutschen Behörden zur Gewährung der Beihilfe verpflichteten, unwiderruflich vereinbart worden war, ist die Frage zu stellen, ob Deutschland das Verbot nach Artikel 108 Absatz 3 AEUV beachtet hat.

- (107) Mit der Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag [jetzt Artikel 106 Absatz 2 AEUV] auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, (im Folgenden „DAWI-Entscheidung von 2005“) werden staatliche Beihilfen, die in Form von Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährt werden, von der Anmeldepflicht freigestellt, wenn sie für Flughäfen gewährt werden, bei denen das jährliche Passagieraufkommen in den zwei Rechnungsjahren vor Übertragung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Schnitt die Zahl von 1 Million nicht überstieg, oder für Flughafenbetreiber gewährt werden, deren Jahresumsatz vor Steuern in den beiden der Übernahme einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vorausgehenden Rechnungsjahren insgesamt weniger als 100 Mio. EUR betragen hat und die jährlich eine Ausgleichszahlung von weniger als 30 Mio. EUR für die erbrachte Dienstleistung erhalten. ⁽¹⁸⁾ Damit diese Freistellung in Anspruch genommen werden kann, muss die Ausgleichszahlung für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zudem die in den Artikeln 4, 5 und 6 der DAWI-Entscheidung von 2005 festgelegten Voraussetzungen erfüllen.

- (108) Nach Artikel 4 der DAWI-Entscheidung von 2005 gilt die Entscheidung ausschließlich für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, deren Erbringung dem jeweiligen Unternehmen im Wege eines oder mehrerer Verwaltungs- oder Rechtsakte übertragen

wurde, aus dem bzw. denen unter anderem Folgendes hervorgehen muss: Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen, die Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlungen und die Vorkehrungen, die getroffen wurden, damit keine Überkompensierung entsteht bzw. etwaige überhöhte Ausgleichszahlungen zurückgezahlt werden.

- (109) In Artikel 5 der DAWI-Entscheidung von 2005 ist festgelegt, dass die Ausgleichszahlung nicht über das hinausgehen darf, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und einer angemessenen Rendite abzudecken.

- (110) Artikel 6 der Artikel 4 der DAWI-Entscheidung von 2005 schließlich verpflichtet die Mitgliedstaaten, in regelmäßigen Abständen Kontrollen durchzuführen, um sicherzustellen, dass Unternehmen keine Ausgleichszahlungen erhalten, die über die in Artikel 5 bestimmte Höhe hinausgehen.

- (111) Die deutschen Behörden machen geltend, dass der Betrieb des Flughafens als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu betrachten ist. Allerdings liegen der Kommission keine Informationen vor, die die Tatsache belegen würden, dass die vom Flughafen Saarbrücken bediente Region unzureichend mit dem Rest des Landes verbunden wäre, wenn die Erbringung dieser Dienstleistungen allein den Marktkräften überlassen bliebe. Mit anderen Worten: Die deutschen Behörden haben nicht nachgewiesen, dass das Einzugsgebiet des Flughafens ohne die Beihilfe in einem Maße vom Rest des Landes isoliert wäre, dass dadurch dessen soziale und wirtschaftliche Entwicklung beeinträchtigt wäre. Gegenwärtig gelangt die Kommission zu der Feststellung, dass das Einzugsgebiet des Flughafens Saarbrücken auch durch andere nahe gelegene Flughäfen bedient werden könnte.

- (112) Wie weiter oben ausgeführt, liegt der Flughafen Saarbrücken 39 km vom Flughafen Zweibrücken entfernt. Ihrer Beschlussfassungspraxis folgend vertritt die Kommission die Auffassung, dass durch das offenkundige Überangebot an Flughäfen in bestimmten Regionen die Entwicklung anderer Flughäfen behindert werden kann. ⁽¹⁹⁾ Daher gelangt die Kommission gegenwärtig zu dem Ergebnis, dass der Betrieb des Flughafens Saarbrücken nicht als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrachtet werden kann und dass jeder Rechts- oder Verwaltungsakt, mit dem dem Flughafen Saarbrücken die Erbringung einer DAWI auferlegt wird, offenbar insofern einen offensichtlichen Fehler beinhaltet, als der Betrieb des Flughafens als DAWI definiert wurde, obwohl effektiv keine Notwendigkeit besteht, eine eigene Verbindung des Einzugsgebiets des Flughafens Saarbrücken mit dem Rest des Landes sicherzustellen. Selbst für den Fall, dass auch der Flughafen Saarbrücken den Betrieb einstellen würde, wird das Einzugsgebiet nach den Erkenntnissen der Kommission weiterhin von mehreren anderen Flughäfen bedient.

⁽¹⁸⁾ Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a der DAWI-Entscheidung von 2005.

⁽¹⁹⁾ Beschluss der Kommission vom 24. Mai 2011, Staatliche Beihilfe N 185/2010, Rumänische Regionalflughäfen, noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht.

- (113) Ferner führen die deutschen Behörden aus, dass zwar keine offizielle Betrauung erfolgt ist, dass jedoch die FSG/FSBesitzG und dies FSBG ausschließlich im Betrieb des Flughafens tätig waren. Die Satzungen der Flughafengesellschaften wurden so gestaltet, dass das Land zu jeder Zeit die volle Kontrolle über die Gesellschaften hatte. Da Ausgleichszahlungen erst im Nachhinein bewilligt wurden, war sichergestellt, dass nur die notwendigen Ausgleichszahlungen geleistet wurden. Die Kommission vertritt die Auffassung, dass, da keine offizielle Betrauung erfolgt ist, die in der DAWI-Entscheidung von 2005 festgelegten Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Zudem ist nicht eindeutig erkennbar, dass die beihilfefähigen Kosten auf die Kerntätigkeiten des Flughafens begrenzt sind. Außerdem sind offenbar die erforderlichen Parameter für die Ausgleichszahlung nicht festgelegt worden.
- (114) Gegenwärtig kommt die Kommission zu dem vorläufigen Ergebnis, dass die in der DAWI-Entscheidung von 2005 festgelegten Kriterien im vorliegenden Fall nicht erfüllt sind. Folglich vertritt die Kommission zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Auffassung, dass die jährlich an den Flughafen gezahlten Betriebssubventionen nicht von der Anmeldepflicht freigestellt waren und daher unter Verletzung von Artikel 108 Absatz 3 AEUV gewährt wurden.
- (115) Darüber hinaus weist die Kommission die deutschen Behörden darauf hin, dass nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe e des Beschlusses der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, (im Folgenden „DAWI-Beschluss von 2012“) Flughäfen nur dann von der Anmeldepflicht freigestellt sind, wenn sie weniger als 200 000 Passagiere befördern.⁽²⁰⁾ Nach Artikel 10 Buchstabe a des DAWI-Beschlusses von 2012 sind Beihilferegelungen, die vor dem Inkrafttreten dieses Beschlusses wirksam wurden, mit dem Binnenmarkt vereinbar waren und von der Anmeldepflicht nach der Entscheidung 2005/842/EG befreit waren, für einen weiteren Zeitraum von zwei Jahren nach Inkrafttreten des DAWI-Beschlusses von 2012 mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der vorherigen Anmeldepflicht befreit.
- (116) Daher wäre der Flughafen Saarbrücken ab dem 31. Januar 2014 auch dann, wenn er nach der DAWI-Entscheidung von 2005 von der Anmeldepflicht freigestellt wäre, nicht länger von dieser Pflicht befreit, es sei denn seine Passagierzahlen lägen unter 200 000.

4.2. Der Beihilfecharakter der Finanzierung der FSG/FSBesitzG durch die vh Saar

- (117) Zusätzliche Fördermittel für den Flughafen flossen durch die Zuführung der Gewinne der HBS mittels eines Ergebnisabführungsvertrags über die vh Saar an die FSG/FSBesitzG.

⁽²⁰⁾ Am 20. Dezember 2011 nahm die Kommission das neue Paket mit Regeln für Dienstleistungen vom allgemeinem wirtschaftlichem Interesse an, das am 31. Januar 2012 in Kraft tritt, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/sgei.html

- (118) Als alleiniges Eigentum des Landes Saarland ist die vh Saar ein öffentliches Unternehmen. Die Gewährung von Fördermitteln durch die vh Saar stellt daher einen Verlust an Landesmitteln dar. Ferner scheint die Finanzierung auch insofern dem Land zurechenbar als die Satzung, mit der die vh Saar vom Wirtschaftsministerium des Landes Saarland gegründet wurde, vorsieht, dass die vh Saar mit der FSG einen Beherrschungsvertrag schließt. Außerdem werden Geschäftsführung und Aufsichtsrat der vh Saar von der saarländischen Landesregierung als alleiniger Eigentümerin ernannt.

- (119) Hinsichtlich der weiteren Würdigung treffen die unter 4.1 genannten Punkte zu. Die Kommission vertritt daher den vorläufigen Standpunkt, dass die Finanzierung der FSG/FSBesitzG eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV darstellt.

4.3. Der Beihilfecharakter der Grundstücksübertragungen durch das Land Saarland an die FSG/FSBesitzG

Staatliche Mittel und Zurechenbarkeit zum Staat

- (120) Die deutschen Behörden räumten ein, dass das Land Saarland seit 1998 Grundstückübertragungen an die FSG/FSBesitzG vorgenommen hat, ohne dass das Land hierfür von der Gesellschaft eine Vergütung erhielt. Folglich kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die Grundstückübertragungen an die FSG/FSBesitzG staatliche Mittel in Form direkter Zuschüsse aus dem Landeshaushalt beinhalten und somit dem Staat zuzurechnen sind.

Wirtschaftliche Tätigkeit und Unternehmensbegriff

- (121) Wie vorstehend erläutert, ist die FSG/FSBesitzG ein Unternehmen im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV. Bei der Prüfung des Vorliegens staatlicher Beihilfen ist nur der Zeitraum nach dem Jahr 2000 zu berücksichtigen. Die Kommission fordert die deutschen Behörden auf zu klären, welche Grundstücke in welchem Wert seit 2000 übertragen wurden.
- (122) Die deutschen Behörden führen aus, dass die Grundstückübertragungen ohne Ausgleich seitens der FSG/FSBesitzG an das Land Saarland erfolgt sind, dass die Übertragung der Grundstücke jedoch teilweise für Sicherheitszwecke erfolgte [...] und dass die Übertragung daher nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 107 Absatz 1 AEUV falle.
- (123) Im vorliegenden Fall fordert die Kommission die deutschen Behörden auf zu erklären, welche Investitionen mit der Sicherheit des Luftverkehrs und mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse im Zusammenhang stehen und dabei für jede der in Rede stehenden Maßnahmen die Höhe der öffentlichen Zuschüsse anzugeben. Hinsichtlich der Kosten für die Errichtung der Zäune hat die Kommission gegenwärtig Zweifel daran, dass die in Rede stehenden Maßnahmen in den Bereich der Ausübung hoheitlicher Befugnisse fallen und dass sie nicht nur darauf ausgerichtet sind, den sicheren Betrieb eines Flughafens zu

gewährleisten und somit Teil der wirtschaftlichen Tätigkeit eines Flughafenbetreibers sind. Die Kommission fordert die deutschen Behörden und die Beteiligten auf anzugeben, ob auf alle deutschen Flughäfen dieselben Finanzierungsbedingungen zutreffen. Insbesondere ist anzugeben, ob manche Flughäfen diese Kosten ganz oder teilweise selbst zu tragen haben, während bei anderen Flughäfen die Kosten von der öffentlichen Hand übernommen werden.

Wirtschaftlicher Vorteil

- (124) Um bewerten zu können, ob eine staatliche Maßnahme als Beihilfe zu werten ist, muss festgestellt werden, ob dem begünstigten Unternehmen ein wirtschaftlicher Vorteil gewährt wird, den es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.
- (125) Im vorliegenden Fall wurden der FSG/FSBesitzG vom Land Saarland Grundstücke übertragen, ohne dass das Land hierfür von dem Unternehmen eine Vergütung erhielt. Die Kommission stellt fest, dass kein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber Grundstücksübertragungen ohne jede Vergütung tätigen würde.
- (126) Somit werden durch die Grundstücksübertragung die Kosten gesenkt, die ein Unternehmen üblicherweise zu tragen hätte. Durch die Grundstücksübertragung wird daher der FSG/FSBesitzG ein Vorteil gewährt, den sie auf dem Markt nicht erhalten hätte.
- (127) Die Kommission gelangt daher zu der vorläufigen Auffassung, dass der FSG/FSBesitzG durch die Grundstücksübertragungen ein wirtschaftlicher Vorteil entstanden ist.

Selektivität

- (128) In dem in Rede stehenden Fall wurden die Vorteile ausschließlich der FSG/FSBesitzG gewährt. Da die öffentlichen Zuschüsse einem einzigen Unternehmen gewährt wurden, handelt es sich um eine selektive Maßnahme im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV.

Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des Handels

- (129) Hier trifft die gleiche Argumentation zu wie beim Ergebnisabführungsvertrag.

Schlussfolgerung

- (130) Daher gelangt die Kommission zu dem vorläufigen Ergebnis, dass es sich bei den Grundstücksübertragungen um staatliche Beihilfen im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV handelt.

4.4. Der Beihilfecharakter der Bürgschaften des Landes Saarland zugunsten der FSG/FSBesitzG

Staatliche Mittel

- (131) Jede staatliche Bürgschaft beinhaltet für den Staat die Gefahr eines Verlusts.

Wirtschaftlicher Vorteil und Höhe der Beihilfe

- (132) Bei der Prüfung der Frage, ob der FSG/FSBesitzG staatliche Beihilfen gewährt wurden, berücksichtigt die Kommission nur Beihilfen, die nach dem 12. Dezember 2000 gewährt wurden. Daher wird in diesem Fall lediglich die Bürgschaft für das 2001 gewährte Darlehen über 11 453 000 EUR berücksichtigt.
- (133) Damit eine Maßnahme als staatliche Beihilfe gewertet wird, muss den Begünstigten daraus ein Vorteil erwachsen. Nach Punkt 3.2 der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften⁽²¹⁾ (im Folgenden „Mitteilung über Garantien“) ist eine einzelne staatliche Garantie dann keine Beihilfe, weil kein wirtschaftlicher Vorteil vorliegt, wenn die folgenden kumulativen Voraussetzungen erfüllt sind: „(a) Der Kreditnehmer befindet sich nicht in finanziellen Schwierigkeiten. [...] (b) Der Umfang der Garantie kann zum Zeitpunkt ihrer Übernahme ermittelt werden. [...] (c) Die Garantie deckt höchstens 80 % des ausstehenden Kreditbetrages oder der sonstigen ausstehenden finanziellen Verpflichtung [...]. (d) Für die Garantie wird ein marktübliches Entgelt gezahlt.“
- (134) Im vorliegenden Fall hat das Land Saarland für die FSG/FSBesitzG offenbar eine 100 %-Bürgschaft übernommen. Damit übersteigt die Bürgschaft den Schwellenwert von 80 % des ausstehenden Darlehensbetrags. Da die FSG/FSBesitzG dem Land Saarland keinerlei Prämie gezahlt hat, hat sie kein marktübliches Entgelt gezahlt. Daher gelangt die Kommission zu der vorläufigen Auffassung, dass die Bürgschaft einen Vorteil darstellt.
- (135) Die Kommission fordert die deutschen Behörden auf, die Kopien der Bürgschaftsverträge vorzulegen und sich zu der vorläufigen Einschätzung der Kommission zu äußern.

Selektivität, Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des Handels

- (136) Auf diesen Aspekt trifft die gleiche Argumentation zu wie beim Ergebnisabführungsvertrag.

Schlussfolgerung

- (137) Aus den vorstehend dargelegten Gründen gelangt die Kommission derzeit zu dem Schluss, dass die 100 %-Bürgschaft des Landes Saarland für die FSG für die langfristige Finanzierung von 11 453 000 EUR eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstellt.

4.5. Der Beihilfecharakter der Patronatserklärungen des Landes Saarland zugunsten der vh Saar und indirekt zugunsten der FSG/FSBesitzG

Staatliche Mittel

- (138) Jede staatliche Garantie beinhaltet für den Staat die Gefahr eines Verlusts. Im vorliegenden Fall handelt es sich um Bürgschaften für Darlehen an die FSG/FSBesitzG in Höhe von 2 934 000 EUR und 9 942 000 EUR.

⁽²¹⁾ ABl. C 155 vom 20.6.2008, S. 10.

Wirtschaftlicher Vorteil und Höhe der Beihilfe

- (139) Eine einzelne staatliche Garantie ist dann keine Beihilfe, weil kein wirtschaftlicher Vorteil vorliegt, wenn die in der Mitteilung über Garantien genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind (siehe oben 4.4).
- (140) Im vorliegenden Fall hat das Land Saarland offenbar für die vh Saar eine Patronatserklärung über 100 % übernommen; damit übersteigt die Patronatserklärung den Schwellenwert von 80 % des ausstehenden Darlehensbetrags. Da die vh Saar dem Land Saarland keine Prämie gezahlt hat, wurde kein marktübliches Entgelt gezahlt. Daher gelangt die Kommission zu der vorläufigen Auffassung, dass mit der Bürgschaft der vh Saar ein Vorteil zur Besicherung der Darlehen der FSG/FSBesitzG gewährt wurde. Die Kommission stellt fest, dass die FSG/FSBesitzG aufgrund ihrer weiter oben beschriebenen finanziellen Lage die Darlehen ohne diese Patronatserklärung nicht erhalten hätte. Damit könnte die Patronatserklärung einen Vorteil zugunsten der FSG/FSBesitzG darstellen.
- (141) Die Kommission fordert die deutschen Behörden auf, eine Kopie der Patronatserklärung und der durch die Patronatserklärung besicherten Darlehensverträge zu übermitteln und sich zu der vorläufigen Einschätzung der Kommission zu äußern.

Selektivität, Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des Handels

- (142) Hier trifft die gleiche Argumentation zu wie beim Ergebnisabführungsvertrag.

Schlussfolgerung

- (143) Aus den vorstehend dargelegten Gründen gelangt die Kommission zu dem Schluss, dass die Patronatserklärung des Landes Saarland für die FSG/FSBesitzG zur Besicherung der langfristigen Finanzierung von [...] EUR eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV darstellt.

4.6. Der Beihilfecharakter des Pachtvertrags zwischen der FSBesitzG und der FSBG

- (144) Öffentlich zugänglichen Informationen zufolge hatte die FSBesitzG die Flughafeninfrastruktureinrichtungen an die FSBG verpachtet. Am 1. Juli 2006 wurde eine Vertragsänderung vorgenommen und der Mindestpachtzins gesenkt. Wenn die FSBG ein negatives Betriebsergebnis erzielte, musste nur der verminderte Mindestpachtzins gezahlt werden. Wenn die FSBG ein positives Betriebsergebnis erzielte, erhielt die FSBesitzG zusätzlich einen prozentualen Anteil des Betriebsergebnisses. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt liegen der Kommission keine weiteren Informationen über die früheren und nachfolgenden Verträge und über die Höhe des Mindestpachtzinses, den tatsächlich gezahlten Pachtzins und den prozentualen Anteil vor. Die Kommission fordert daher die deutschen Behörden auf, ihr alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die sie für eine Prüfung der Pachtverträge nach den Vorschriften für staatliche Beihilfe benötigt.

Staatliche Mittel und Zurechenbarkeit zum Staat

- (145) Eigentümer der Flughafeninfrastruktur war die FSBesitzG bis daraus die FSG wurde.
- (146) Die FSBesitzG befand sich zu 100 % im Eigentum der öffentlichen Hand (0,1 % gehörten dem Land Saarland und 99,9 % der vh Saar, die selbst zu 100 % im Eigentum des Landes Saarland steht). Daher handelt es sich eindeutig um ein öffentliches Unternehmen nach Artikel 2 Buchstabe b der Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen⁽²²⁾. Wenn die FSBesitzG in einen Pachtzins einwilligt, der unter dem marktüblichen Entgelt liegt, dann bedeutet dies einen Einnahmenverzicht für die Gesellschaft und für ihren Eigentümer, d. h. letztlich für das Land Saarland. Ein derartiger nicht den Marktgepflogenheiten entsprechender Pachtzins wäre daher dem Staat zuzurechnen und wäre aus staatlichen Mitteln finanziert.
- (147) Allerdings hat der Gerichtshof auch entschieden, dass auch dann, wenn der Staat in der Lage ist, ein öffentliches Unternehmen zu kontrollieren und einen beherrschenden Einfluss auf dessen Tätigkeiten auszuüben, nicht ohne weiteres vermutet werden kann, dass diese Kontrolle in einem konkreten Fall tatsächlich ausgeübt wird. Ein öffentliches Unternehmen kann je nach dem Maß an Selbständigkeit, das ihm der Staat belässt, mehr oder weniger unabhängig handeln. Die bloße Tatsache, dass ein öffentliches Unternehmen unter staatlicher Kontrolle steht, genügt daher nicht, um Maßnahmen dieses Unternehmens wie den fraglichen Vertrag dem Staat zuzurechnen.
- (148) Indizien hierfür sind beispielsweise die Eingliederung des Unternehmens in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung, die Art seiner Tätigkeit und deren Ausübung auf dem Markt unter normalen Bedingungen des Wettbewerbs mit privaten Wirtschaftsteilnehmern, der Rechtsstatus des Unternehmens, ob es also dem öffentlichen Recht oder dem allgemeinen Gesellschaftsrecht unterliegt, die Intensität der behördlichen Aufsicht über die Unternehmensführung oder jedes andere Indiz, das im konkreten Fall auf eine Beteiligung der Behörden oder auf die Unwahrscheinlichkeit einer fehlenden Beteiligung am Erlass einer Maßnahme hinweist, wobei auch deren Umfang, ihr Inhalt oder ihre Bedingungen zu berücksichtigen sind.⁽²³⁾
- (149) Hinsichtlich der Aufsicht über die Tätigkeit der FSBesitzG durch das Land Saarland stellt die Kommission fest, dass nach Artikel 12 der Satzung der FSBesitzG die Mitglieder des Aufsichtsrats von der saarländischen Landesregierung ernannt werden und der Aufsichtsratsvorsitzende von dem für den Luftverkehr zuständigen Ministerium ernannt wird. Außerdem wird nach Artikel 8 der Satzung der FSBesitzG die Geschäftsführung von der Gesellschafterversammlung ernannt, die sich zu 99 % aus Vertretern

⁽²²⁾ ABl. L 318 vom 17.11.2006, S. 17.

⁽²³⁾ Urteil in der Rechtssache Stardust Marine, Randnrn. 55 und 56.

der saarländischen Landesregierung und zu 1 % aus Vertretern der Landeshauptstadt Saarbrücken zusammensetzt.

- (150) Hieraus ergibt sich der Eindruck, dass das Land Saarland in der Lage ist, die Tätigkeit der FSBesitzG zu kontrollieren. Der Abschluss des Pachtvertrags war an die Zustimmung des Aufsichtsrats geknüpft, der die saarländische Landesregierung vertritt. Der erste Pachtvertrag war von dieser Zustimmungspflicht ausgenommen, war jedoch bereits in der Aufteilung der FSG in die FSBesitzG und die FSBG vorgesehen. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt hat es den Anschein, als ob das Land durch seine Vertreter im Aufsichtsrat die Kontrolle über den Abschluss des Pachtvertrags ausgeübt hat. Daher gelangt die Kommission zu dem vorläufigen Ergebnis, dass der Beschluss zur Durchführung des Vertrags den staatlichen Behörden zuzurechnen ist. Die Kommission fordert daher Deutschland auf, Informationen zur Klärung dieses Aspekts vorzulegen.

Wirtschaftliche Tätigkeit und Unternehmensbegriff

- (151) Gegenstand der FSBG ist der Betrieb des Flughafens. In seinem Urteil in der Rechtssache *Flughafen Leipzig/Halle* bestätigte das Gericht, dass der Betrieb eines Flughafens eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt und der Bau der Flughafeninfrastruktur ein nicht trennbarer Bestandteil dieser Tätigkeit ist.⁽²⁴⁾ Wenn ein Flughafenbetreiber eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, dann ist er – unabhängig von seiner Rechtsform und der Art seiner Finanzierung – als ein Unternehmen im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV anzusehen und es sind daher die Bestimmungen des Vertrags über staatliche Beihilfen anwendbar.⁽²⁵⁾
- (152) Hierzu stellt die Kommission fest, dass die FSBG, die Gegenstand des vorliegenden Beschlusses ist, auf einer gewerblichen Grundlage tätig sind. Die Kommission betrachtet die FSBG daher ab dem Jahr 2000 als ein Unternehmen im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts. Bislang liegen der Kommission keine Informationen vor, wann und für welche Dauer der Pachtvertrag abgeschlossen wurde und ob und wann eine Kündigung möglich war. Die Kommission kann daher zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht feststellen, ob der bis 2006 gültige Vertrag eine bestehende Beihilfe darstellte, was der Fall sein könnte, wenn er vor 2001 geschlossen wurde. Die Kommission fordert daher die deutschen Behörden auf, ihr die im Zeitraum 2000 bis 2011 gültigen Pachtverträge vorzulegen.

Wirtschaftlicher Vorteil

- (153) Um prüfen zu können, ob eine staatliche Maßnahme als Beihilfe zu werten ist, muss festgestellt werden, ob dem begünstigten Unternehmen ein wirtschaftlicher Vorteil gewährt wird, den es unter normalen Marktbedingungen

nicht erhalten hätte. Somit ist die Frage zu stellen, ob die FSBG einen Pachtzins in marktüblicher Höhe zahlt.

- (154) Ausgehend von den ihr vorliegenden Informationen hat die Kommission Zweifel daran, dass der Pachtzins, der der FSBG vom Eigentümer der Flughafeninfrastruktur berechnet wird, dem marktüblichen Preis entspricht.
- (155) Die Kommission fordert Deutschland und die Beteiligten auf, sich hierzu zu äußern und weitere Einzelheiten zu der finanziellen Beziehung zwischen der FSBesitzG und der FSBG, insbesondere alle vertraglichen Vereinbarungen zwischen der FSBesitzG und der FSBG, den zugrunde liegenden Geschäftsplan oder sonstige Berechnungen zur Festsetzung der Höhe des Pachtzinses, sowie zu jeder anderen Form der Unterstützung, dem Verfahren, nach dem der Pachtzins festgelegt wurde, sowie sonstige diesbezügliche Informationen vorzulegen. Ferner ist zu erläutern, weshalb die FSBesitzG dadurch, dass die Höhe des Pachtzinses vom Betriebsergebnis der FSBG abhängig gemacht wurde, das Risiko des wirtschaftlichen Erfolgs der FSBG übernehmen sollte. Darüber hinaus fordert die Kommission Deutschland auf, sich zu den Ausgaben für Investitionen in die Infrastruktur und deren Kosten zu äußern.

Selektivität

- (156) Der verminderte Pachtzins wird ausschließlich der FSBG gewährt. Damit ist die Maßnahme selektiv im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV.

Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des Handels

- (157) Hier trifft die gleiche Argumentation zu wie beim Ergebnisabführungsvertrag.

Schlussfolgerung

- (158) Daher gelangt die Kommission zu dem vorläufigen Ergebnis, dass der von der FSBG an die FSBesitzG für die Jahre 2001 bis 2008 gezahlte verminderte Pachtzins eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV darstellt.

4.7. Der Beihilfecharakter der zum 1. April 2007 eingeführten Rabatte auf die Flughafenentgelte der FSBesitzG/FSG

Staatliche Mittel und Zurechenbarkeit zum Staat

- (159) Im vorliegenden Fall wurden die Rabatte von der FSBesitzG eingeführt und anschließend von ihrer Rechtsnachfolgerin, der FSG, angewandt.
- (160) Im Falle der FSBesitzG ist hinsichtlich der Zurechenbarkeit der Maßnahmen der FSBesitzG zum Staat die gleiche Argumentation anwendbar wie bei der Grundstückspacht zwischen FSBesitzG und FSBG.
- (161) Die FSG steht zu 100 % im Eigentum der vh Saar und ist daher nach Artikel 2 Buchstabe b der Richtlinie 2006/111/EG der Kommission ein öffentliches Unternehmen. Hinsichtlich der FSG trifft auf den Grad der

⁽²⁴⁾ Verbundene Rechtssachen T-455/08, Flughafen Leipzig/Halle GmbH und Mitteldeutsche Flughafen AG/Kommission, und T-443/08, Freistaat Sachsen und Land Sachsen-Anhalt/Kommission (im Folgenden „Rechtssache Flughafen Leipzig/Halle“), 2011, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht, siehe auch Rechtssache T-128/89, Aéroports de Paris/Kommission, Slg. 2000, II-3929, bestätigt durch den EuGH, Rechtssache C-82/01P, Slg. 2002, I-9297, und Rechtssache T-196/04, Ryanair/Kommission, Slg. 2008, II-3643, Randnr. 88.

⁽²⁵⁾ Rechtssachen C-159/91 und C-160/91, Poucet/AGF und Pistre/Cancava, Slg. 1993, I-637.

Aufsicht durch das Land durch den Aufsichtsrat und den Einfluss der Geschäftsführung nach den Artikeln 5 und 8 der Satzung der FSG dasselbe zu wie auf die FSBesitzG (siehe oben); daher trifft die gleiche Argumentation zu wie bei der FSBesitzG.

Unternehmensbegriff und wirtschaftliche Tätigkeit

- (162) Bei den Fluggesellschaften, die den Flughafen nutzen, handelt es sich um Unternehmen im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts.

Wirtschaftlicher Vorteil

- (163) Die deutschen Behörden machen geltend, dass der Flughafen als privater Kapitalgeber gehandelt habe, legen aber keine Rentabilitätsberechnungen vor, sondern verweisen lediglich auf die Randnummern 20 und 21 der Flughafen-Leitlinien von 2005 und erläutern, dass der Flughafen als kleiner Regionalflughafen zu betrachten sei. Sie zitieren Randnummer 20 der Leitlinien: „Sie verfügen unter Umständen nicht über das zum Erreichen der kritischen Größe und der Attraktivitätsschwelle notwendige Fluggastaufkommen. Ein Regionalflughafen muss zudem die Nachteile ausgleichen, die er wegen des geringeren Bekanntheitsgrads und schlechteren Images gegenüber einem größeren Flughafen hat, sei es wegen seiner extremen Randlage in der Gemeinschaft (z. B. die Azoren) oder seiner Lage inmitten einer von der Wirtschaftskrise betroffenen Region (z. B. das ehemalige Kohlerevier um Charleroi).“ Die deutschen Behörden verweisen darauf, dass die Region Saarbrücken als ehemaliges Kohlerevier immer noch unter dem Strukturwandel leide.
- (164) Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber kann unter Umständen aus betriebswirtschaftlichen Gründen Rabatte gewähren, sofern diese von begrenzter Dauer sind und dabei nicht zwischen den Nutzern der Flughafeninfrastruktur unterschieden wird und wenn diese Rabatte die Wirtschaftlichkeit des Flughafens nicht gefährden, sondern vielmehr verbessern. In jedem Fall sollten Preisnachlässe und Rabatte Größenvorteile oder sonstige Kosteneinsparungen für den Flughafenbetreiber widerspiegeln oder sich auf sonstige wirtschaftliche Überlegungen stützen, so dass ihre Gewährung für den Flughafenbetreiber wirtschaftlich zweckmäßig ist. ⁽²⁶⁾
- (165) Darüber hinaus wären Rabatte, die dazu führen, dass die von den Fluggesellschaften gezahlten Flughafenentgelte geringer sind als die Kosten der zugrunde liegenden Leistung, die vom Flughafen für die Fluggesellschaften erbracht wird, aus wirtschaftlicher Sicht nicht sinnvoll, insbesondere wenn sich der Betreiber in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet, da sie lediglich dazu führen würden, dass dem Flughafenbetreiber noch höhere Verluste entstehen. Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber würde daher unter normalen Marktbedingungen in der Regel keine Rabatte gewähren. Hieraus ergibt sich, dass durch derartige Rabatte für die Fluggesellschaften ein Vorteil entstehen würde, den sie unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätten.

- (166) Um einschätzen zu können, ob die Rabatte nach Marktbedingungen gewährt wurden, muss die Kommission prüfen, ob sie unter Umständen gewährt wurden, die für einen Kapitalgeber unter normalen Marktbedingungen und unter Berücksichtigung der zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Verträge verfügbaren Informationen und absehbaren Entwicklungen akzeptabel gewesen wären.

- (167) Der Kommission liegen keine Hinweise vor, dass die deutschen Behörden eine Vorausberechnung der geschätzten Einnahmen und Kosten des Flughafens über den Zeitraum der Gewährung der in Rede stehenden Rabatte vorgenommen hätten. Insbesondere wurde von den deutschen Behörden kein Geschäftsplan vorgelegt, den die FSBesitzG/FSG bei ihrer Entscheidung, ab 2007 Rabatte auf die Entgelte zu gewähren, berücksichtigt hätte. Den von Deutschland vorgetragenen Argumente mit Verweis auf gegenteilige Ausführungen in den Luftverkehrsleitlinien ist zu entnehmen, dass es sich bei den Rabatten tatsächlich um Beihilfen handelt, die gewährt wurden, um den Flughafen Saarbrücken für Fluggesellschaften attraktiv zu machen, die ohne diese Beihilfen den Flughafen nicht anfliegen würden. Auf diesen Aspekt wird daher bei der Prüfung der Vereinbarkeit weiter unten eingegangen. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt liegen der Kommission zudem keine Informationen darüber vor, wie die einschlägigen Einnahmen- und Kostenposten ermittelt wurden.

- (168) Es ist fraglich, ob mit den rabattierten Entgelten die Kosten gedeckt werden konnten, die einem Flughafenbetreiber bei der Erbringung seiner Leistungen entstehen. Ferner stellt die Kommission fest, dass der Flughafen seit jeher Verluste erwirtschaftet hat, seit 2006 mit steigender Tendenz. Diese Verluste wurden durch Zahlungen des öffentlichen Anteilseigners gedeckt.

- (169) Folglich hätte ein marktwirtschaftlich handelnder Eigentümer prüfen müssen, ob die Schließung des Flughafens nicht günstiger wäre als die Fortführung der Tätigkeit. Die deutschen Behörden werden aufgefordert, Informationen über die Kosten einer Schließung des Flughafens im Vergleich zu den Kosten der Fortführung der Tätigkeit vorzulegen.

- (170) Hinsichtlich der Rentabilität des Flughafens fordert die Kommission die deutschen Behörden auf, für jedes Jahr des Zeitraums 2007 bis 2010 die Gesamtkosten für den Flughafen Saarbrücken anzugeben – untergliedert in Investitionskosten und Betriebskosten, wobei die Investitionskosten weiter aufzuschlüsseln sind, Abschreibungskosten und die Kosten für die Finanzierung des Anlagevermögens, einschließlich folgender Angaben:

— die jährliche technische Kapazität in Passagierzahlen und Zahl der Hin- und Rückflüge am Flughafen im Zeitraum 2007-2011 unter Berücksichtigung von Kapazitätseinschränkungen wie Zeitnischen, Sicherheitsaspekte, Umweltbelange usw.;

⁽²⁶⁾ Beschluss der Kommission vom 18. Februar 2011, Staatliche Beihilfen NN 26/2009 – Griechenland – Ausbau des Flughafens Ioannina.

- der jährliche Anteil der Flughafenkapazität nach Passagierzahl und Flugzeugbewegungen, der von jeder Fluggesellschaft, die von den Rabatten profitierte, im selben Zeitraum genutzt wurde;
 - die jährliche Höhe der vom Flughafen getragenen Investitionskosten im selben Zeitraum;
 - der Anteil der jährlichen Investitionskosten des Flughafens, der von jeder Fluggesellschaft, die von den Rabatten profitierte, tatsächlich gezahlt wurde;
 - die jährliche Höhe der vom Flughafen getragenen Betriebskosten im selben Zeitraum;
 - der Anteil der jährlichen Betriebskosten des Flughafens, der von jeder Fluggesellschaft, die von den Rabatten profitierte, tatsächlich gezahlt wurde.
- (171) Die deutschen Behörden werden außerdem aufgefordert, die Nettozahlungen jeder Fluggesellschaft, die von den Rabatten profitierte, pro Jahr für jedes Betriebsjahr am Flughafen Saarbrücken anzugeben.
- (172) Die Kommission fordert die deutschen Behörden auf, für jedes Jahr des Zeitraums 2007 bis 2010 die Höhe des Betrags anzugeben, den jeder Passagier jeder Fluggesellschaft, die von den Rabatten profitierte, am Flughafen Saarbrücken in Form nicht luftfahrtbezogener Einnahmen einbrachte (z. B. durch Zahlung von Parkgebühren, Einkäufe, sonstige Ausgaben). Die deutschen Behörden werden außerdem aufgefordert, die Gründe dafür anzugeben, weshalb bestimmte Flugverbindungen der Fluggesellschaften eingestellt wurden, und genau auszuführen, ob vor der Einstellung der Flugverbindungen Verhandlungen stattgefunden hatten. Die Kommission fordert die deutschen Behörden auf, einen Überblick über Passagierzahlen und Auslastung für jeden Monat für jede ab dem Flughafen Saarbrücken angebotene Flugverbindung jeder Fluggesellschaft, die von den Rabatten profitierte, seit Inkrafttreten der Rabattregelung zu geben.
- (173) Die Kommission fordert die deutschen Behörden auf, weitere Einzelheiten dazu anzugeben, ob für alle Fluggesellschaften, die die Flughafeninfrastruktur nutzen, derselbe einheitliche und diskriminierungsfreie Zugang zu dieser Infrastruktur besteht und ob alle für dasselbe Dienstleistungsniveau dieselben Entgelte zahlen wie die übrigen Nutzer.
- (174) Zum gegenwärtigen Zeitpunkt hat die Kommission erhebliche Zweifel, ob die von den Fluggesellschaften, die von den Rabatten profitierten, gezahlten verminderten Entgelte von einem marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber genauso und zu den gleichen Bedingungen wie in der Entgeltordnung von 2007 angegeben angeboten worden wären.
- (175) Die Kommission zweifelt daran, dass derartige Rabatte durch eine objektive Begründung gerechtfertigt sein könnten, die ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsteilnehmer akzeptieren würde. Die Kommission kann nicht ausschließen, dass den Fluggesellschaften,

die von den Rabatten profitierten, ein selektiver wirtschaftlicher Vorteil gewährt wurde. Die Kommission fordert daher die deutschen Behörden auf, einen Geschäftsplan vorzulegen, der von dem Flughafen bei Abschluss der Verträge mit den verschiedenen Fluggesellschaften erstellt wurde.

Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des Handels

- (176) Verstärkt eine von einem Mitgliedstaat gewährte Finanzierung die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern im innergemeinschaftlichen Handel, muss dieser als von der Beihilfe beeinflusst erachtet werden. ⁽²⁷⁾ Nach ständiger Rechtsprechung ⁽²⁸⁾ liegt eine Verfälschung des Wettbewerbs oder die Gefahr einer solchen Verfälschung bereits dann vor, wenn der Begünstigte der Beihilfe in einer durch intensiven Wettbewerb gekennzeichneten Branche tätig ist.
- (177) Durch die Minderung der Flughafenentgelte werden die normalen Betriebskosten der Fluggesellschaften, die von dieser Minderung profitieren, verringert. Damit sind diese Fluggesellschaften in der Lage, ihre Stellung am Markt zu stärken. Hinzu kommt, dass der Verkehrssektor durch intensiven Wettbewerb zwischen den Betreibern aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist – insbesondere seit Inkrafttreten der dritten Stufe der Liberalisierung des Luftverkehrs („Drittes Paket“) am 1. Januar 1993 ⁽²⁹⁾. Daher beeinträchtigen die Rabatte auf die Flughafenentgelte den Handel zwischen Mitgliedstaaten und verfälschen den Wettbewerb im Luftverkehr oder drohen ihn zu verfälschen.

Schlussfolgerung

- (178) Unter diesen Voraussetzungen gelangt die Kommission zu dem vorläufigen Ergebnis, dass die den Fluggesellschaften gewährten Rabatte auf die Flughafenentgelte eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV darstellen.

4.8. Der Beihilfecharakter des Anlauffinanzierungsvertrags zwischen der FSBesitzG und Cirrus

Staatliche Mittel und Zurechenbarkeit zum Staat

- (179) Hier trifft die gleiche Argumentation zu wie bei den Flughafenentgelten und den von der FSBesitzG gewährten Rabatten.

Unternehmensbegriff und wirtschaftliche Tätigkeit

- (180) Cirrus ist im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts ein Unternehmen.

Wirtschaftlicher Vorteil

- (181) Um festzustellen, ob Cirrus durch den Abschluss des Vertrags ein wirtschaftlicher Vorteil entstanden ist, wendet die Kommission als Kriterium den „Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ an.

⁽²⁷⁾ Rechtssache 730/79, Philip Morris, Slg.1980, I-2671, Randnr. 11.

⁽²⁸⁾ Rechtssache T-214/95, Het Vlaams Gewest/Kommission, Slg. 1998, II-717, Randnr. 46.

⁽²⁹⁾ Regulation 1008/2008

- (182) Nach den in der Rechtsprechung festgelegten Grundsätzen muss die Kommission das Verhalten der FSBesitzG mit dem eines marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsteilnehmers vergleichen, der sich von Rentabilitätsaussichten leiten lässt. ⁽³⁰⁾ Nach ständiger Rechtsprechung muss geprüft werden, ob ein privater Flughafenbetreiber unter vergleichbaren Umständen und insbesondere unter Berücksichtigung der zum betreffenden Zeitpunkt verfügbaren Informationen und absehbaren Entwicklungen gleiche oder ähnliche geschäftliche Vereinbarungen wie die FSG getroffen hätte. ⁽³¹⁾
- (183) Bei der Prüfung sind etwaige positive Auswirkungen auf die Wirtschaft der Region, in der sich der Flughafen befindet, außer Acht zu lassen, da die Kommission bei der Prüfung der Frage, ob eine Maßnahme eine staatliche Beihilfe darstellt, prüft, ob „ein privater Investor in einer vergleichbaren Lage unter Zugrundelegung der Rentabilitätsaussichten und unabhängig von allen sozialen oder regionalpolitischen Überlegungen oder Erwägungen einer sektorbezogenen Politik eine solche Kapitalhilfe gewährt hätte.“ ⁽³²⁾
- (184) Bei der Anwendung des Grundsatzes des privaten Kapitalgebers muss die Kommission den Zeitpunkt berücksichtigen, zu dem der Vertrag unterzeichnet wurde. Die FSG unterzeichnete den Vertrag am 27. Januar 2005 und die Änderungsverträge am 26. Oktober 2005 bzw. 1. September 2005. Die Kommission muss bei ihrer Prüfung auch die Informationen und Annahmen zugrunde legen, die der FSG zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung bekannt waren.
- (185) Die deutschen Behörden haben keine Erklärung dazu abgegeben, aus welchen Motiven der Vertrag mit Cirrus geschlossen wurde. Die Kommission fordert daher die deutschen Behörden auf sich dazu zu äußern, ob ihrer Ansicht nach die FSBesitzG als marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber gehandelt hat, und der Kommission einen dem in Rede stehenden Vertrag zugrunde liegenden Geschäftsplan oder Rentabilitätsberechnungen vorzulegen.
- (186) Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist es der Kommission anhand der ihr vorliegenden Informationen nicht möglich, die genaue Höhe der Beträge zu prüfen, die infolge des Vertrags von der FSG an Cirrus gezahlt wurden. Die Kommission fordert die deutschen Behörden auf, ihr Angaben über die Höhe der Zahlungen vorzulegen, die im Rahmen des Vertrags geleistet wurden.
- (187) Der Kommission liegen keine Angaben darüber vor, dass die deutschen Behörden auf der Grundlage des Geschäftsplans der FSG eine Vorausberechnung der geschätzten Einnahmen und Kosten des Flughafens während der Laufzeit des Vertrags vorgenommen hätten. Ferner liegen der Kommission gegenwärtig auch keine Angaben darüber vor, wie die betreffenden Einnahmen- und Kostenposten dem Vertrag zugerechnet wurden.
- (188) Aufgrund dieser Sachlage gelangt die Kommission zu dem vorläufigen Ergebnis, dass der Vertrag mit Cirrus

nicht unter normalen Marktbedingungen geschlossen wurde. Daher vertritt die Kommission die vorläufige Auffassung, dass Cirrus ein selektiver wirtschaftlicher Vorteil verschafft wurde.

Selektivität

- (189) Nach Artikel 107 Absatz 1 AEUV muss eine Maßnahme, damit sie als staatliche Beihilfe gilt, „bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige“ begünstigen. In dem in Rede stehenden Fall stellt die Kommission fest, dass der Vertrag nur für Cirrus gilt. Somit ist er im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV als selektiv zu werten.

Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des Handels

- (190) Hier trifft die gleiche Argumentation zu wie bei den Flughafenentgelten und den Rabatten.

Schlussfolgerung

- (191) Daher gelangt die Kommission zu der vorläufigen Auffassung, dass der Vertrag eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV darstellt.

4.9. Der Beihilfecharakter des Marketingvertrags zwischen der FSG und Air Berlin

Staatliche Mittel und Zurechenbarkeit zum Staat

- (192) Hier trifft die gleiche Argumentation zu wie bei den Flughafenentgelten und den von der FSG gewährten Rabatten.

Spezifischer wirtschaftlicher Vorteil

- (193) Hier trifft die gleiche Argumentation zu wie beim Vertrag mit Cirrus. Air Berlin war die einzige Fluggesellschaft, mit der ein solcher Vertrag abgeschlossen wurde. Bislang hat Air Berlin im Rahmen des Vertrags 900 000 EUR erhalten.
- (194) Um festzustellen, ob einem Unternehmen durch den Abschluss des Vertrags ein wirtschaftlicher Vorteil entstanden ist, wendet die Kommission – wie weiter oben beschrieben – als Kriterium den „Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ an.
- (195) Die deutschen Behörden machen geltend, dass beim Abschluss des Vertrags die Voraussetzungen des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers zugrunde gelegt wurden und dass die FSG eine Kosten-Nutzen-Analyse vorgenommen habe, bei der sie zu einem für die FSG positiven Ergebnis gelangt sei. Ihren Angaben zufolge zahlt sich die Investition langfristig aus, da der Flughafen von den Marketingaktivitäten profitieren und Touristen anziehen wird, die über die Luftverkehrsdienstleistungen des Flughafens zuvor gar nicht oder nur unvollständig informiert waren.

⁽³⁰⁾ Rechtssache C-305/89, Italien/Kommission („Alfa Romeo“), Slg. 1991, I-1603, Randnr. 20; Rechtssache T-296/97, Alitalia/Kommission, Slg. 2000, II-3871, Randnr. 84.

⁽³¹⁾ Ebd., Randnr. 70, siehe auch Rechtssache C-261/89, Italien/Kommission, Slg. 1991, I-4437, Randnr. 8; Rechtssache C-42/93, Spanien/Kommission, Slg. 1994, I-4175, Randnr. 13.

⁽³²⁾ Siehe Flughafen-Leitlinien von 2005, Randnr. 46.

(196) Da von den deutschen Behörden keine Unterlagen vorgelegt wurden, die diese Behauptung untermauern, liegen der Kommission keine Angaben darüber vor, wie die geschätzten Einnahmen und Kosten des Flughafens während der Laufzeit des Vertrags auf der Grundlagen des Geschäftsplans des Flughafens vorausberechnet wurden und wie die betreffenden Einnahmen- und Kostenposten dem Vertrag zugerechnet wurden.

(197) Die Kommission stellt fest, dass [...] die Marketingaktivitäten hauptsächlich in Form einer Frequenzerhöhung durchgeführt werden. Die [...] Marketingaktivitäten betreffen ausschließlich die Flüge von Air Berlin und verschaffen daher der FSG offenbar keinen weiteren Vorteil als eine mögliche Steigerung der Passagierzahlen auf den Flügen von Air Berlin von und nach Saarbrücken. Die Entgelte für Marketingaktivitäten, die an Air Berlin gezahlt werden, erscheinen damit lediglich als Mittel für einen Sonderrabatt auf die Flughafenentgelte. Die Kommission stellt fest, dass diese Rabatte zusätzlich zu den in der Flughafenentgeltordnung von 2007 vorgesehenen Rabatten gewährt werden.

(198) Aufgrund dieser Sachlage gelangt die Kommission zu dem vorläufigen Ergebnis, dass der Vertrag mit Air Berlin nicht unter normalen Marktbedingungen geschlossen wurde. Daher vertritt die Kommission die vorläufige Auffassung, dass Air Berlin ein selektiver wirtschaftlicher Vorteil verschafft wurde.

(199) Die Kommission fordert die deutschen Behörden auf, ihr alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die benötigt werden, um die durch den Vertrag mit Air Berlin entstandenen Kosten und erwirtschafteten Einnahmen zu berechnen.

Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des Handels

(200) Hier trifft die gleiche Argumentation zu wie beim Vertrag mit Cirrus.

Schlussfolgerung

(201) Daher gelangt die Kommission zu der vorläufigen Auffassung, dass der Vertrag mit Air Berlin eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV darstellt.

5. PRÜFUNG DER VEREINBARKEIT DER BEIHILFEMASSNAHMEN

(202) Die Kommission muss prüfen, ob die vorstehend beschriebenen Beihilfemaßnahmen mit dem Binnenmarkt vereinbar sind. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist der Mitgliedstaat verpflichtet, mögliche Gründe für die Vereinbarkeit anzuführen und nachzuweisen, dass die Voraussetzungen für die Vereinbarkeit vorliegen.⁽³³⁾ Sofern die Beihilfe als Betriebsbeihilfe einzustufen ist, erinnert die Kommission daran, dass derartige Beihilfen nach der Rechtsprechung nicht nach Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden können, da sie grundsätzlich die Wettbewerbsbedingungen in den Wirtschaftszweigen, in denen sie gewährt werden, verfälschen, ohne insoweit ihrer Natur nach geeignet zu sein, einen der in den

genannten Ausnahmebestimmungen festgesetzten Zwecke zu erreichen.⁽³⁴⁾

(203) In Artikel 107 Absatz 3 AEUV werden bestimmte Ausnahmen von der in Artikel 107 Absatz 1 AEUV festgelegten allgemeinen Regel der Unvereinbarkeit genannt, so heißt es dort, dass „Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft“, als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden können.

(204) Somit bieten die Flughafen-Leitlinien von 2005 eine Grundlage für die Prüfung, ob Beihilfen an Flughafenbetreiber und Fluggesellschaften nach Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden können.

5.1. Die Finanzierung der vh Saar und der FSG/FSBesitzG durch das Land Saarland

(205) Die deutschen Behörden bringen vor, dass durch die Deckung der Verluste die Infrastruktur und der Betrieb der Infrastruktur finanziert werden sollen.

(206) Ihrer Auffassung nach stellt der Betrieb des Flughafens eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse dar, allerdings räumen sie ein, dass kein förmlicher Betrauungsakt besteht.

Vereinbarkeit aufgrund des Ausgleichs für die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)

(207) Die deutschen Behörden machen geltend, dass der Betrieb des Flughafens eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse darstellt. Nach den Flughafen-Leitlinien von 2005 kann es sich bei bestimmten Flughafentätigkeiten um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handeln. Die Behörden erlegen dann dem Flughafenbetreiber eine Reihe gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen auf. In diesem Fall kann dem Flughafenbetreiber für die zusätzlichen Kosten, die ihm durch deren Erbringung entstehen, ein Ausgleich gewährt werden. Nach den Flughafen-Leitlinien von 2005 kann in Ausnahmefällen auch der Betrieb eines Flughafens insgesamt als eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrachtet werden. Ein derartiger besonderer Umstand wäre beispielsweise die Abgelegenheit der betreffenden Region.⁽³⁵⁾ Ferner ist dort festgelegt, dass bestimmte Aktivitäten, die außerhalb der Kernfunktionen des Flughafens angesiedelt sind, nicht als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gelten und daher nicht subventioniert werden dürfen. Wie aus den zur Verfügung stehenden Informationen hervorgeht, werden offenbar die Kosten für alle Tätigkeiten des Flughafens Saarbrücken subventioniert. Da ein förmlicher Betrauungsakt nicht erfolgt ist, wurden keine spezifischen Bestimmungen getroffen, um die förderfähigen Kosten auf die Kerntätigkeiten des

⁽³³⁾ Rechtssache C-364/90, Italien/Kommission, Randnr. 20.

⁽³⁴⁾ Rechtssache T-459/93, Siemens SA/Kommission, Slg. 1995, II-01675, Randnr. 48.

⁽³⁵⁾ Siehe Randnr. 34 der Flughafen-Leitlinien von 2005.

Flughafens zu beschränken. Bereits aus diesem Grund hat die Kommission zum gegenwärtigen Zeitpunkt Zweifel daran, dass die Betriebsbeihilfe als Ausgleichszahlung für die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden kann.

- (208) Ferner können nach Randnummer 63 der Flughafen-Leitlinien von 2005 Betriebsbeihilfen auf der Grundlage von Artikel 106 Absatz 2 AEUV für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden, wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen, durch die gewährleistet ist, dass sie für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse notwendig sind und die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigen, das dem Interesse der EU zuwiderläuft. Diese Voraussetzungen sind unter den Randnummern 64 bis 68 der Flughafen-Leitlinien von 2005 festgelegt. Sie sind mit den in der DAWI-Entscheidung von 2005 festgelegten Voraussetzungen vergleichbar. Aus den in den Randnummern (107) bis (114) dargelegten Gründen vertritt die Kommission die vorläufige Auffassung, dass diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind.
- (209) Die Kommission macht die deutschen Behörden und die Beteiligten darauf aufmerksam, dass seit dem 31. Januar 2012 die in den Randnummern 63 bis 68 der Flughafen-Leitlinien von 2005 festgelegten Vorschriften durch den DAWI-Rahmen von 2012 ⁽³⁶⁾ ergänzt werden. Unter Randnummer 69 des DAWI-Rahmens von 2012 ist festgelegt, dass die Kommission diese Grundsätze auf alle rechtswidrigen Beihilfen anwendet, über die sie nach dem 31. Januar 2012 entscheidet, selbst wenn die Beihilfe vor dem genannten Datum gewährt wurde. Allerdings finden bestimmte Grundsätze keine Anwendung. Die deutschen Behörden hatten bisher noch keine Gelegenheit, zu diesen Grundsätzen Stellung zu nehmen, da sie erst am 31. Januar 2012 in Kraft traten. Die Kommission fordert die deutschen Behörden daher zur Stellungnahme auf.
- (210) Ferner macht die Kommission die deutschen Behörden und die Beteiligten darauf aufmerksam, dass in dem Fall, dass die Zahlungen auf der Grundlage der DAWI-Entscheidung von 2005 von der Anmeldepflicht befreit waren, dies jedoch nach dem DAWI-Entscheidung von 2012 ⁽³⁷⁾ nicht mehr zutrifft, die Zahlungen für einen weiteren Zeitraum von zwei Jahren mit dem Binnenmarkt vereinbar werden und von der Anmeldepflicht befreit sind, das heißt bis längstens zum 31. Januar 2014 (zwei Jahre nach Inkrafttreten des DAWI-Beschlusses von 2012). Für den Zeitraum ab dem 31. Januar 2014 müsste für Zahlungen, die nach dem DAWI-Beschluss von 2012 nicht von der Anmeldepflicht befreit waren, die Vereinbarkeit der Ausgleichszahlungen auf der Grundlage der Randnummern 64 bis 68 der Flughafen-Leitlinien von 2005 und des DAWI-Rahmens von 2012

geprüft werden. In diesem Fall würde die Betriebsbeihilfe ab dem 31. Januar 2014 als neue Beihilfe betrachtet, daher wären alle Grundsätze des DAWI-Rahmens von 2012 darauf anwendbar.

Vereinbarkeit auf der Grundlage von Abschnitt 4.1 der Flughafen-Leitlinien von 2005

- (211) Ferner vertreten die deutschen Behörden die Auffassung, dass die Finanzierung die Voraussetzungen für die Finanzierung von Flughafen-Infrastruktureinrichtungen gemäß der Randnummern 55 bis 61 der Flughafen-Leitlinien von 2005 erfüllt. Für den Zeitraum vor dem Inkrafttreten der Flughafen-Leitlinien von 2005 ist Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV unmittelbar anwendbar. Die Kommission stellt fest, dass die Gewinn- und Verlustübertragung nicht dazu dient, in die Infrastruktur zu investieren, sondern lediglich dazu bestimmt ist, sämtliche Verluste, unabhängig von deren Ursache, zu decken. Zudem ist ausgeschlossen, dass ein derartiges Instrument im Hinblick auf Investitionen eine Anreizwirkung hat. Die deutschen Behörden erwarten außerdem lediglich das Erreichen eines positiven EBITDA für 2020 nicht jedoch ein positives Gesamtergebnisses. Zudem scheint der Betrieb des Flughafens den Betrieb des lediglich 39 km entfernten Flughafens Zweibrücken zu beeinträchtigen. Daher hat die Kommission Zweifel, dass im vorliegenden Fall die in den Flughafen-Leitlinien von 2005 und in Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV festgelegten Kriterien erfüllt sind.

Vereinbarkeit auf der Grundlage der Leitlinien zur Rettung und Umstrukturierung

- (212) Die jährlichen Beiträge, die für den Betrieb des Flughafens an die FSG/FSBesitzG gezahlt wurden, könnten Beihilfen zur Rettung und/oder Umstrukturierung darstellen.
- (213) Gemäß Abschnitt 2.2. der Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten (im Folgenden „Leitlinien zur Rettung und Umstrukturierung“) ⁽³⁸⁾ ist eine Rettungsbeihilfe ihrem Wesen nach eine vorübergehende, reversible Unterstützungsmaßnahme. Sie soll ein Unternehmen, das sich in Schwierigkeiten befindet, so lange über Wasser halten, bis ein Umstrukturierungs- oder Liquidationsplan erstellt worden ist. Sobald ein Umstrukturierungs- oder Liquidationsplan, für den eine Beihilfe beantragt worden ist, erstellt ist und durchgeführt wird, gilt jede weitere Beihilfe als Umstrukturierungsbeihilfe.
- (214) Um nach den Leitlinien zur Rettung und Umstrukturierung als Beihilfeempfänger in Betracht zu kommen, muss es sich bei einem Unternehmen um ein Unternehmen in Schwierigkeiten im Sinne der Leitlinien handeln. ⁽³⁹⁾ Nach den Leitlinien zur Rettung und Umstrukturierung geht die Kommission davon aus, dass sich ein Unternehmen in Schwierigkeiten befindet, wenn es nicht in der Lage ist, mit eigenen finanziellen Mitteln oder

⁽³⁶⁾ Mitteilung der Kommission, Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, ABl. C 8 vom 11.1.2012, S. 15-22.

⁽³⁷⁾ Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl. L 7 vom 11.1.2012, S. 3-10.

⁽³⁸⁾ ABl. C 244 vom 1.10.2004, S. 2.

⁽³⁹⁾ Randnummern 9 bis 13 der Leitlinien zur Rettung und Umstrukturierung.

Fremdmitteln, die ihm von seinen Eigentümern/Anteilseignern oder Gläubigern zur Verfügung gestellt werden, Verluste aufzufangen, die das Unternehmen auf kurze oder mittlere Sicht so gut wie sicher in den wirtschaftlichen Untergang treiben werden, wenn der Staat nicht eingreift.

- (215) Nach den vorliegenden Informationen erscheint es wahrscheinlich, dass die FSG/FSBesitzG als Unternehmen in Schwierigkeiten betrachtet werden könnte. Nach Angaben der deutschen Behörden erwirtschaftete die FSG/FSBesitzG stets Verluste.
- (216) Die Kommission fordert daher die deutschen Behörden auf, diesen Aspekt zu klären und zu erläutern, ob Maßnahmen entsprechend der Leitlinien zur Rettung und Umstrukturierung ergriffen wurden.

Schlussfolgerung

- (217) Gegenwärtig vertritt die Kommission die vorläufige Auffassung, dass die jährlichen Subventionen, die der vh Saar und der FSG/FSBesitzG gewährt wurden, Beihilfen darstellen, die die laufenden Ausgaben des Flughafenbetreibers mindern. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt zweifelt die Kommission daran, dass die Beihilfen mit dem Binnenmarkt vereinbar sind.

5.2. Die Finanzierung der FSG/FSBesitzG durch die vh Saar

- (218) Hinsichtlich der Vereinbarkeit der Finanzierung der FSG/FSBesitzG durch die vh Saar mit dem Binnenmarkt gelten die vorstehend in Abschnitt 5.1 getroffenen Feststellungen.

5.3. Der Pachtvertrag zwischen der FSBesitzG und der FSBG

- (219) Im Einklang mit den in Abschnitt 5.1.2 getroffenen Feststellungen vertritt die Kommission den vorläufigen Standpunkt, dass der verminderte Pachtzins, den die FSBG an die FSBesitzG zahlt, eine Betriebsbeihilfe darstellt, durch die jedes Jahr die Ausgaben der FSBG gemindert wurden. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind derartige Betriebsbeihilfen mit dem Binnenmarkt nicht vereinbar.
- (220) Die Kommission fordert die deutschen Behörden auf darzulegen, ob die Maßnahme den Leitlinien zur Rettung und Umstrukturierung entspricht.
- (221) Auf der Grundlage der verfügbaren Informationen hat die Kommission ferner Zweifel, ob die in Rede stehende Beihilfe mit dem AEUV vereinbar ist. Sie fordert daher die deutschen Behörden auf, zusätzliche Informationen vorzulegen, die es ermöglichen zu prüfen, ob die Maßnahme mit dem Binnenmarkt vereinbar ist.

5.4. Die Grundstücksübertragungen durch das Land Saarland an die FSG/FSBesitzG

- (222) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs⁽⁴⁰⁾ ist der Mitgliedstaat verpflichtet, mögliche Gründe für die Ver-

einbarkeit anzuführen und nachzuweisen, dass die Voraussetzungen für die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt erfüllt sind.

- (223) Hinsichtlich der Grundstücksübertragungen an die FSG/FSBesitzG, die Gegenstand des vorliegenden Beschlusses ist, stellt die Kommission fest, dass, da die deutschen Behörden nicht der Auffassung sind, dass es sich hierbei um eine staatliche Beihilfe handelt, keine Argumente hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt vorgetragen wurden. In diesem Zusammenhang verweist die Kommission Deutschland auf Randnummer 40 der Flughafen-Leitlinien von 2005: *„Neben diesen allgemeinen Indikatoren gibt es jedoch keine Bewertungsmethode, die den verschiedenen Situationen, insbesondere in Bezug auf Flughäfen der Kategorien C und D, gerecht würde. Deshalb müssen Maßnahmen, die möglicherweise eine staatliche Beihilfe für einen Flughafen darstellen, notifiziert werden, damit ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten untersucht werden können und gegebenenfalls ihre Zulässigkeit festgestellt werden kann.“*

- (224) Die Kommission gelangt zu dem vorläufigen Ergebnis, dass die Grundstücksübertragungen an die FSG/FSBesitzG Beihilfen darstellen, die die laufenden Ausgaben der FSG mindern.

- (225) Die Kommission fordert die deutschen Behörden auf darzulegen, ob die Maßnahme den Leitlinien zur Rettung und Umstrukturierung entspricht. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt hat die Kommission Zweifel daran, dass die Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar ist.

5.5. Die Bürgschaften des Landes Saarland zugunsten der FSG/FSBesitzG

- (226) Die deutschen Behörden haben angegeben, dass das durch die Bürgschaft besicherte Darlehen in Höhe von 11,453 Mio. EUR für die Finanzierung des Baus eines neuen Flughafenabfertigungsgebäudes bestimmt war. Die Bürgschaft wurde 2001 gewährt. Die Flughafen-Leitlinien von 2005 traten am 9.12.2005 in Kraft. Für den Zeitraum vor Inkrafttreten der Flughafen-Leitlinien von 2005, d. h. die Jahre 2000 bis 2005, wendet die Kommission Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV unmittelbar im Hinblick auf die Vereinbarkeit der Maßnahme an; dabei berücksichtigt sie insbesondere ihre bisherige Praxis auf diesem Gebiet. Diesbezüglich stellt die Kommission fest, dass sie am 19. Januar 2005 einen Beschluss zu einem Rahmenplan für die Errichtung und den Ausbau von Regionalflughäfen in Deutschland⁽⁴¹⁾ annahm, in dem sie zu dem Schluss gelangte, dass die Errichtung und der Ausbau von Regionalflughäfen Bedenken im Hinblick auf staatliche Beihilfen hervorrufen könnte, dass dies jedoch unter bestimmten Voraussetzungen für mit dem EG-Vertrag vereinbar erklärt werden könnte. In den Flughafen-Leitlinien von 2005 werden diese Voraussetzungen aufgegriffen und die diesbezügliche Praxis der Kommission zusammengefasst. Die Kommission nimmt daher nur auf die Flughafen-Leitlinien von 2005 Bezug.

⁽⁴⁰⁾ Rechtssache C-364/90, Italien/Kommission, Randnr. 20.

⁽⁴¹⁾ Staatliche Beihilfe N644i/2002 Deutschland.

— *Der Bau und Betrieb der Infrastruktur dient einem klar definierten Ziel von allgemeinem Interesse (Regionalentwicklung, Zugänglichkeit usw.)*

(227) Die deutschen Behörden haben erklärt, dass der Flughafen Saarbrücken dem Interesse der Regionalentwicklung dient. Der Kommission liegen keine hinreichenden Informationen vor, die den Schluss nahelegen würden, dass die Flughäfen der Umgebung für die Zugänglichkeit der Region nicht ausreichen, daher hat die Kommission Zweifel daran, dass diese Voraussetzung erfüllt ist.

— *Die Infrastruktur ist für die Erreichung des beabsichtigten Ziels notwendig und angemessen.*

(228) Die Kommission fordert die deutschen Behörden auf zu erklären, inwieweit das neue Abfertigungsgebäude für das Funktionieren des Flughafens Saarbrücken notwendig war und ob dieses Gebäude nicht unverhältnismäßig groß und aufwändig ist.

— *Die mittelfristigen Perspektiven für die Nutzung der Infrastruktur, insbesondere der bestehenden, sind zufriedenstellend.*

(229) Nach den Ausführungen der deutschen Behörden wird der Flughafen die Kapazität, für die das Abfertigungsgebäude ausgelegt ist, erst im Jahr 2020 erreichen. Die Kommission fordert die deutschen Behörden auf zu erklären, welche mittelfristigen Perspektiven für die Nutzung bestehen und insbesondere, wann ihren Erwartungen zufolge der Flughafen die Rentabilitätsschwelle erreichen wird. Da nach Angaben der deutschen Behörden bis dahin lediglich mit einem positiven EBITDA gerechnet wird, zweifelt die Kommission daran, dass diese Voraussetzung erfüllt ist.

— *Alle potenziellen Nutzer erhalten einheitlichen und diskriminierungsfreien Zugang zu der Infrastruktur.*

(230) Die Kommission hat Zweifel daran, dass die Vorteile, die Cirrus und Air Berlin gewährt werden, wirtschaftlich gerechtfertigt sind und sieht daher eine mögliche Diskriminierung anderer Fluggesellschaften, die den Flughafen nutzen.

— *Die Entwicklung des Handelsverkehrs wird nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt, das dem gemeinschaftlichen Interesse zuwiderläuft.*

(231) Hinsichtlich der übrigen Flughäfen in der Region zweifelt die Kommission daran, dass diese Voraussetzung – insbesondere mit Blick auf die benachbarten Flughäfen – erfüllt ist.

5.6. Die Patronatserklärungen des Landes Saarland zugunsten der vh Saar

(232) Die deutschen Behörden haben keine Angaben darüber gemacht, welchem Zweck das Darlehen dient, der durch die Patronatserklärungen besichert wurde. Auf diesen Aspekt trifft daher die gleiche Argumentation zu wie hinsichtlich der Vereinbarkeit der Grundstücksübertragun-

gen mit dem Binnenmarkt, und die Kommission gelangt zu dem vorläufigen Ergebnis, dass die Beihilfe mit dem Binnenmarkt nicht vereinbar war.

5.7. Die in der Flughafenentgeltordnung von 2007 vorgesehenen Rabatte, der Anschubfinanzierungsvertrag zwischen der FSBesitzG und Cirrus und der Marketingvertrag zwischen der FSG und Air Berlin

(233) Hinsichtlich der Finanzierung der in der Flughafenentgeltordnung von 2007 vorgesehenen Rabatte und des Vertrags mit Cirrus sowie des Vertrags mit Air Berlin muss die Kommission auf die Flughafen-Leitlinien von 2005 Bezug nehmen.

(234) Die Flughafen-Leitlinien von 2005 berücksichtigen, dass kleinere Flughäfen häufig nicht über das zum Erreichen der kritischen Größe und der Rentabilitätsschwelle notwendige Passagieraufkommen verfügen und dass deshalb, wie in Randnummer 74 der Flughafen-Leitlinien von 2005 ausgeführt, „die Luftfahrtunternehmen nicht immer bereit [sind], ohne entsprechenden Anreiz das Risiko einzugehen, Flugverbindungen von unbekanntem oder noch nicht getesteten Flughäfen aus zu eröffnen.“ Die Kommission erhebt daher unter bestimmten Voraussetzungen keine Einwände dagegen, dass staatliche Beihilfen gewährt werden, um einen Anreiz zu schaffen, „neue Flugverbindungen oder neue Frequenzen von Regionalflughäfen aus anzubieten, um ein Fluggastaufkommen anzuziehen und nach einer bestimmten Zeit die Rentabilitätsschwelle zu erreichen.“

(235) Nach Randnummer 75 der Flughafen-Leitlinien von 2005 ist es nicht hinnehmbar, Anlaufbeihilfen für neue Flugverbindungen zu gewähren, auf denen bereits entsprechende Hochgeschwindigkeitszugverbindungen bestehen. Die Kommission fordert daher die deutschen Behörden auf klarzustellen, ob diese Voraussetzung erfüllt ist.

(236) In den Flughafen-Leitlinien von 2005 werden eine Reihe von Voraussetzungen genannt, die erfüllt sein müssen, damit Anlaufbeihilfen nach Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar sind. Die Kommission fordert die deutschen Behörden auf, ihr alle Informationen vorzulegen, die sie benötigt um zu prüfen, ob die in Rede stehenden Maßnahmen als mit dem Luftverkehrsleitlinien vereinbar betrachtet werden können. Unter Randnummer 79 der Flughafen-Leitlinien von 2005 heißt es:

(237) (a) „... Empfänger der Beihilfen sind Luftfahrtunternehmen, die im Besitz einer gültigen Betriebsgenehmigung sind, die ihnen von einem Mitgliedstaat gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 2407/92⁽⁴²⁾ des Rates über die Erteilung von Betriebsgenehmigungen an Luftfahrtunternehmen erteilt wurde.“

(238) Die deutschen Behörden haben erklärt, dass alle Fluggesellschaften, die den Flughafen nutzen, im Besitz einer gültigen Betriebsgenehmigung sind.

⁽⁴²⁾ Verordnung (EWG) Nr. 2407/92 des Rates vom 23. Juli 1992 über die Erteilung von Betriebsgenehmigungen an Luftfahrtunternehmen, ABl. L 240 vom 24.8.1992, S. 8.

- (239) (b) „... Die Beihilfen werden für Flugdienste zwischen Regionalflughäfen der Kategorien C und D und anderen Flughäfen in der EU gewährt.“
- (240) Der Flughafen Saarbrücken ist ein Flughafen der Kategorie D („kleiner Regionalflughafen“) mit einem jährlichen Passagieraufkommen von weniger als 1 Million.
- (241) (c) „... Die Beihilfen werden nur für die Eröffnung neuer Flugverbindungen oder für neue Frequenzen (gemäß Definition in den Flughafen-Leitlinien von 2005) gezahlt, die einen Anstieg des Nettopassagieraufkommens bewirken. Die Beihilfe darf nicht dazu führen, dass Verkehrsanteile lediglich zwischen verschiedenen Verbindungen oder Luftfahrtunternehmen umverteilt werden. Sie darf vor allem zu keiner ungerechtfertigten Beeinträchtigung der Frequenzen oder der Wirtschaftlichkeit bestehender Verbindungen führen, die bereits von einem anderen Flughafen derselben Stadt, desselben Ballungsgebiets oder Flughafen-Systems aus nach demselben oder einem vergleichbaren Zielort bedient werden.“
- (242) Hinsichtlich des Vertrags mit Cirrus ist festzuhalten, dass die Flugverbindung [...] offenbar bereits bestand. Der Kommission liegen keine Angaben dazu vor, inwieweit neue Frequenzen eingeführt wurden, die zu einem Anstieg des Nettopassagieraufkommens führen werden. Die Kommission zweifelt daher daran, dass diese Voraussetzung vollständig erfüllt ist. Die Kommission fordert die deutschen Behörden auf, weitere Informationen dazu vorzulegen, inwiefern und in welchem Umfang neue Frequenzen eingeführt wurden.
- (243) Hinsichtlich des Vertrags mit Air Berlin wird [...] als Ziel eine Erhöhung der Frequenzen [...] genannt.
- (244) Hinsichtlich der 2007 eingeräumten Rabatte haben die deutschen Behörden erklärt, dass diese Voraussetzung für die Fluggesellschaften, für die die Rabatte gelten, de facto erfüllt sei. Die Kommission fordert die deutschen Behörden auf Unterlagen vorzulegen, die diese Behauptung stützen, und sicherzustellen, dass die Regelung die Voraussetzungen erfüllt. Der Rabatt auf erhöhte Passagieraufkommen scheint die Voraussetzung nicht zu erfüllen, da er nicht auf neue Frequenzen beschränkt ist.
- (245) (d) „... Die geförderte Verbindung muss langfristig rentabel, d. h. ohne Beihilfe kostendeckend, sein. Anlaufbeihilfen müssen deshalb degressiv gestaffelt und zeitlich begrenzt sein.“
- (246) Hinsichtlich des Vertrags mit Cirrus scheint die Beihilfe zeitlich nicht begrenzt zu sein, da der Vertrag bereits verlängert wurde. Zudem ist er auch nicht degressiv gestaffelt, die Berechnungsformel basiert lediglich auf Ertrag und Passagierzahlen. Im zweiten Änderungsvertrag wird eine Verringerung erwähnt, allerdings nur im Zusammenhang mit einer positiven Entwicklung.
- (247) Der Vertrag mit Air Berlin ist bis 2014 befristet. In den Jahren 2011 und 2012 ist keine degressive Staffelung vorgesehen, doch erfolgen 2013 und 2014 offenbar keine Zahlungen.
- (248) Gegenwärtig liegen der Kommission keine Informationen vor, ob Cirrus und Air Berlin auf der Grundlage eines Geschäftsplans die Rentabilität der Strecke nach Ablauf des Beihilfezeitraums über längere Zeit nachgewiesen haben.
- (249) Degressiv gestaffelt und zeitlich begrenzt sind nur die Rabatte für neue Fluggesellschaften und neu angeflogene Ziele, nicht hingegen der Rabatt für ein erhöhtes Passagieraufkommen.
- (250) Die Kommission hat daher Zweifel daran, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind.
- (251) (e) „... Beihilfefähig sind nur die zusätzlichen Anlaufkosten, die sich aus der Einrichtung der neuen Verbindung oder Frequenz ergeben und die dem Luftfahrtunternehmen nicht dauerhaft entstehen.“
- (252) Weder der Vertrag mit Cirrus noch der Vertrag mit Air Berlin sieht eine Begrenzung der Finanzierung auf die zusätzlichen Anlaufkosten vor, die sich aus der Einrichtung der neuen Verbindung oder Frequenz ergeben. Die Kommission kann gegenwärtig nicht ausschließen, dass Zahlungen für reguläre Betriebskosten geleistet werden.
- (253) Die Kommission hat daher Zweifel daran, dass diese Voraussetzung erfüllt ist.
- (244) (f) „... Die degressiv gestaffelte Beihilfe kann für maximal drei Jahre gewährt werden. Die Beihilfe darf pro Jahr 50 % der beihilfefähigen Kosten des betreffenden Jahres und über den gesamten Beihilfezeitraum durchschnittlich 30 % der beihilfefähigen Kosten nicht übersteigen.“
- (255) Der Vertrag mit Cirrus wurde verlängert, seine endgültige Gesamtlaufzeit ist nicht bekannt. Der Vertrag sieht keinerlei Begrenzung der Beihilfe abhängig von den Kosten vor.
- (256) Der neu abgeschlossene Vertrag mit Air Berlin hat eine Laufzeit von mehr als drei Jahren, Zahlungen sind jedoch nur in den ersten zwei Jahren vorgesehen. Eine Begrenzung der Beihilfe abhängig von den Kosten ist nicht vorgesehen.
- (257) Die Kommission hat daher Zweifel daran, dass diese Voraussetzung erfüllt ist.
- (258) (f), dritter Absatz: „In jedem Fall muss die Laufzeit einer Startbeihilfe wesentlich kürzer sein als der Zeitraum, für den das Luftfahrtunternehmen sich laut Geschäftsplan [...] verpflichtet, seine Flugdienste von dem betreffenden Flughafen aus durchzuführen. Darüber hinaus ist die Beihilfe einzustellen, wenn das angestrebte Fluggastaufkommen erreicht oder die Rentabilität der Verbindung sichergestellt ist, auch wenn dies vor dem Ende des ursprünglich vorgesehenen Beihilfezeitraums der Fall sein sollte.“
- (259) Zum gegenwärtigen Zeitpunkt hat die Kommission Zweifel daran, dass der Zeitraum, während dessen Cirrus und Air Berlin Beihilfe gewährt wird, wesentlich kürzer ist als der Zeitraum, für den sich die betreffende Fluggesellschaft verpflichtet, ihre Flugdienste von dem Flughafen aus durchzuführen.

- (260) Bei dem Rabatt, der nach der Flughafen-Entgeltordnung von 2007 für neue Fluggesellschaften und neu angeflogene Ziele gewährt wird, ist diese Voraussetzung eindeutig nicht erfüllt, da die Fluggesellschaften den Rabatt über einen Zeitraum von drei Jahren erhalten, den Rabatt aber nur zurückzahlen müssen, wenn sie ihre Flugdienste von dem Flughafen vor Ablauf des Dreijahreszeitraums einstellen. Für den Rabatt für erhöhte Passagieraufkommen wird gar keine Mindestpräsenzdauer vorgeschrieben.
- (261) (g) „... Die Beihilfe muss sich nach der Entwicklung der Fluggastzahlen bemessen.“
- (262) Die Beihilfe im Rahmen des Vertrags mit Air Berlin ist nicht an die Entwicklung der Nettopassagierzahlen gekoppelt.
- (263) Die Beihilfe im Rahmen des Vertrags mit Cirrus verhält sich offenbar umgekehrt proportional zur Entwicklung der Nettopassagierzahlen.
- (264) Bei den Rabatten, die nach der Flughafen-Entgeltordnung von 2007 gewährt werden, ist diese Voraussetzung nur bei dem Rabatt auf ein erhöhtes Passagieraufkommen erfüllt.
- (265) (h) „... Öffentliche Stellen, die beabsichtigen, einem Unternehmen, sei es über einen Flughafen oder anderweitig, eine Startbeihilfe für die Eröffnung einer neuen Flugverbindung zu gewähren, müssen dies rechtzeitig und hinreichend bekannt geben, damit alle interessierten Luftfahrtunternehmen ihre Dienste anbieten können. Die Bekanntgabe muss insbesondere eine Beschreibung der betreffenden Strecke sowie objektive Kriterien für den Betrag und die Dauer der Beihilfe beinhalten. Gegebenenfalls sind dabei die Regeln und Grundsätze für die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen zu beachten.“
- (266) Die Kommission zweifelt daran, dass die Verträge mit Cirrus und Air Berlin vor dem Vertragsabschluss bekannt gegeben wurden und allen Fluggesellschaften zugänglich waren.
- (267) Die Rabattregelung nach der Flughafen-Entgeltordnung von 2007 ist auf der Website des Flughafens einsehbar. Diese Voraussetzung ist demnach offenbar erfüllt.
- (268) (i) „... Luftfahrtunternehmen, die eine Startbeihilfe für einen von einer öffentlichen Stelle ausgeschriebenen Verkehrsdienst beantragen, müssen ihrem Antrag einen Geschäftsplan beifügen, in dem dargelegt ist, wie die Rentabilität der betreffenden Strecke nach Ablauf des Beihilfezeitraums über längere Zeit sichergestellt wird. Vor Gewährung der Startbeihilfe muss die öffentliche Stelle untersuchen, welche Auswirkungen sich durch die neue Flugverbindung auf die konkurrierenden Strecken ergeben.“
- (269) Die Kommission hat Zweifel daran, dass der FSG im Zusammenhang mit den Verträgen mit Cirrus ein Geschäftsplan vorgelegen hat. Außerdem hat die Kommission Zweifel daran, dass der Flughafen untersucht hat, welche Auswirkungen sich durch die neuen Flugverbindungen auf die konkurrierenden Strecken ergeben.
- (270) Hinsichtlich des Vertrags mit Air Berlin haben die deutschen Behörden erklärt, dass ein Geschäftsplan erstellt wurde, um die Rentabilität des Vertrags zu prüfen. Der Kommission ist nicht bekannt, ob dieser Geschäftsplan die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt.
- (271) Nach der Rabattregelung von 2007 ist die vorherige Vorlage eines Geschäftsplans nicht vorgesehen. Die deutschen Behörden haben erklärt, dass aufgrund des allgemeinen und abstrakten Charakters der Regelung eine vorherige Rentabilitätsprüfung nicht möglich sei. Die nachträgliche Kontrolle für die Rabatte für neue Fluggesellschaften und neu angeflogene Ziele scheint sogar noch strenger zu sein, doch erscheint in Anbetracht der Laufzeit der Beihilfe von drei Jahren das Fortbestehen der Flugverbindung über drei Jahre nach Auslaufen der Beihilfe nicht wesentlich. Bei dem Rabatt für ein erhöhtes Passagieraufkommen ist die Voraussetzung eindeutig nicht erfüllt.
- (272) (j) „... Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass für jeden Flughafen jedes Jahr eine Liste der bezuschussten Flugverbindungen veröffentlicht wird. Dabei sind für jede Strecke die Finanzquelle, das begünstigte Unternehmen, die Höhe der Beihilfe und die Fluggastzahlen anzugeben.“
- (273) Der Kommission liegen zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine Angaben darüber vor, ob die FSG eine Liste der bezuschussten Flugverbindungen veröffentlicht, aus der für jede Strecke die Finanzquelle, das begünstigte Unternehmen, die Höhe der Beihilfe und die Passagierzahlen hervorgehen.
- (274) Die Kommission hat daher Zweifel daran, dass die Voraussetzungen erfüllt sind.
- (275) (k) „... (sofern anwendbar), müssen in den einzelnen Mitgliedstaaten Nachprüfungsverfahren vorgesehen werden, um sicherzustellen, dass die Beihilfen ohne Diskriminierung gewährt werden.“
- (276) Die Kommission hat gegenwärtig Zweifel daran, dass die deutschen Behörden Nachprüfungsverfahren für die Bearbeitung möglicher Beschwerden hinsichtlich des Vertrags mit Cirrus und des Vertrags mit Air Berlin sowie der Rabattregelung von 2007 vorgesehen haben. Daher zweifelt die Kommission, dass diese Voraussetzung erfüllt ist.
- (277) Hinsichtlich der Rabattregelung von 2007 haben die deutschen Behörden erklärt, dass gegen diese Regelung in zivilrechtlichen Verfahren Rechtsmittel eingelegt werden können.
- (278) (l) „... Sollte ein Luftfahrtunternehmen den Verpflichtungen, die es gegenüber einem Flughafen bei der Zahlung der Beihilfe eingegangen ist, nicht nachkommen, so sind Sanktionsmechanismen vorzusehen.“
- (279) Der Kommission liegen zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine Angaben darüber vor, ob die FSG Sanktionsmechanismen eingeführt hat. Die Kommission zweifelt daher daran, dass diese Voraussetzung erfüllt ist.

- (280) Ferner ist unter Randnummer 80 der Flughafen-Leitlinien von 2005 Folgendes festgelegt: „Anlaufbeihilfen dürfen nicht mit anderen Finanzhilfen für den Betrieb einer Strecke kumuliert werden, beispielsweise Beihilfen sozialer Art für bestimmte Kategorien von Fluggästen oder Ausgleichszahlungen für die Übernahme gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen. Beihilfen sind auch dann unzulässig, wenn der Zugang zu einer Strecke nach Artikel 4 der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92, insbesondere Absatz 1 Buchstabe d, einem einzigen Luftfahrtunternehmen vorbehalten wird. Entsprechend den Verhältnismäßigkeitsregeln dürfen sie auch nicht mit anderen Beihilfen für dieselben Kosten kumuliert werden, auch dann nicht, wenn diese Beihilfen in einem anderen Mitgliedstaat gezahlt werden.“
- (281) Der Kommission liegen gegenwärtig keine Informationen darüber vor, ob die Beihilfen mit anderen Beihilfen kombiniert werden können. Es hat allerdings den Anschein, dass die Rabattregelung von 2007 mit den Beihilfen kombiniert werden können, die Cirrus und Air Berlin erhalten. Die Kommission zweifelt daher daran, dass diese Voraussetzung erfüllt ist.
- (282) Die Kommission vertritt daher zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Auffassung, dass im vorliegenden Fall nicht alle in den Flughafen-Leitlinien von 2005 festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind.
- (283) Entsprechend hat die Kommission Zweifel daran, dass die im Rahmen des Vertrags mit Cirrus und des Vertrags mit Air Berlin sowie der Rabattregelung von 2007 gewährten Beihilfen als nach Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden können.
- (284) Für die Maßnahmen können offenbar keine anderen nach dem Vertrag vorgesehenen Ausnahmeregelungen in Anspruch genommen werden. Daher kann die Kommission gegenwärtig nicht ausschließen, dass der Vertrag mit Cirrus und der Vertrag mit Air Berlin sowie die Rabattregelung von 2007 rechtswidrige und mit dem Binnenmarkt unvereinbare staatliche Beihilfen beinhalten.

6. BESCHLUSS

In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen fordert die Kommission Deutschland gemäß dem Verfahren nach Artikel 108 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf, Stellung zu nehmen und jegliche zur Bewertung der Beihilfe/Maßnahmen zweckdienlichen Informationen binnen eines Monats nach Erhalt des vorliegenden Schreibens zu übermitteln. Deutschland wird der Kommission eine nichtvertrauliche Fassung seiner Stellungnahme und der relevanten Informationen übermitteln.

Die Kommission fordert Deutschland auf, den potentiellen Begünstigten unverzüglich eine Kopie dieses Schreibens zu übermitteln. In diesem Zusammenhang muss Deutschland sicherstellen, dass Informationen über andere Unternehmen, die unter das Berufsgeheimnis im Sinne der Mitteilung der Kommission C(2003)4582 vom 1. Dezember 2003 zum Berufsgeheimnis in Beihilfeentscheidungen ⁽⁴³⁾ fallen, nicht offengelegt werden.

Die Kommission erinnert Deutschland an die aufschiebende Wirkung des Artikels 108 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und verweist auf Artikel 14 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates, wonach alle rechtswidrigen Beihilfen von den Empfängern zurückgefordert werden können.

Die Kommission macht Deutschland darauf aufmerksam, dass sie alle Beteiligten durch die Veröffentlichung des vorliegenden Schreibens und einer aussagekräftigen Zusammenfassung im *Amtsblatt der Europäischen Union* unterrichten wird. Außerdem wird sie Beteiligte in den EFTA-Staaten, die das EWR-Abkommen unterzeichnet haben, durch die Veröffentlichung einer Bekanntmachung in der EWR-Beilage zum *Amtsblatt der Europäischen Union* und die EFTA-Überwachungsbehörde durch die Übermittlung einer Kopie dieses Schreibens von dem Vorgang in Kenntnis setzen. Alle vorerwähnten Beteiligten werden aufgefordert, sich innerhalb eines Monats ab dem Datum dieser Veröffentlichung zu äußern. Die Beteiligten werden gebeten, auch eine nichtvertrauliche Fassung ihrer Stellungnahmen zu übermitteln.«

⁽⁴³⁾ ABl. C297 vom 9. Dezember 2003, S. 6.

STATSSTØTTESAG — POLEN

Statsstøttesag SA.33113 (2012/C) (ex 2011/NN) — Påstået støtte til skibsværftet Nauta — Opfordring til at fremsætte bemærkninger efter artikel 108, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde

(EØS-relevant tekst)

(2012/C 213/02)

Ved brev af 25. januar 2012, der er gengivet på det autentiske sprog efter dette resumé, meddelte Kommissionen Polen, at den havde besluttet at indlede proceduren efter artikel 108, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde over for ovennævnte støtteforanstaltning.

Interesserede parter kan senest en måned efter offentliggørelsen af nærværende resumé og det efterfølgende brev sende deres bemærkninger til de støtteforanstaltninger, over for hvilke Kommissionen indleder proceduren, til:

Europa-Kommissionen
Generaldirektorat for Konkurrence
Registreringskontoret for statsstøtte
1049 Bruxelles/Brussel
Belgien
Fax: (32-2) 296 12 42

Disse bemærkninger vil blive videresendt til Polen. Interesserede parter, der fremsætter bemærkninger til sagen, kan skriftligt anmode om at få deres navne hemmeligholdt. Anmodningen skal være begrundet.

1. BESKRIVELSE AF FORANSTALTNINGEN

Den 6. november 2008 vedtog Kommissionen to afgørelser om tilbagebetaling⁽¹⁾ om ulovlig statsstøtte til skibsværfterne i Gdynia og Szczecin (herefter benævnt »Gdynia skibsværft« og »Szczecin skibsværft«), hvori den tillod en særlig salgsprocedure, dvs. de polske myndigheder fik mulighed for at sælge værfternes aktiver i bundter i åbne, gennemsigtige, ubetingede og ikkediskriminerende udbud. Den første udbudsrunde, som startede i marts 2009, var uden resultat. Anden udbudsrunde fandt sted i november og december 2009. Efter denne udbudsrunde blev tre bundter af aktiver af Gdynia skibsværft solgt til Nauta S.A. Repair Shipyard (herefter benævnt »Nauta« eller »selskabet«) for 57,7 mio. PLN (12,9 mio. EUR).

Nautas forretningsstrategi for perioden 2009-2012 kan opdeles på følgende måde: 1) Nauta udsteder obligationer til en værdi af 120 mio. PLN (26,7 mio. EUR) til en årlig rente på 5,15 %, tegnet af statens udviklingsagentur for industrien (Agencja Rozwoju Przemysłu - i det følgende benævnt »ARP«), 2) Nauta køber de tre bundter af aktiver af Gdynia skibsværft, 3) Nautas forretningssted flyttes til området, hvor de købte aktiver befinder sig, 4) grunden, hvor Nauta har forretningssted i dag, sælges, 5) obligationerne indløses fra ARP i 2011.

Nautas har endnu ikke solgt grunden, hvor selskabet har forretningssted, og kan derfor ikke indløse de af ARP tegnede obligationer. ARP har derfor indgået en ny kontrakt med selskabet og er gået med til at forlænge indløsningen af obligationerne til

november 2013 under nye betingelser, herunder en ny obligationsrente og yderligere sikkerhed i forhold til, hvad der blev stillet ved den oprindelige obligationstegning.

Der er to mulige statsstøtteforanstaltninger: Den første foranstaltning er ARP's betaling af 120 mio. PLN til Nauta som modydelse for obligationer udstedt af Nauta og tegnet af ARP. Den anden vedrører de nye betingelser i handelen mellem ARP og Nauta.

2. VURDERING AF STØTTEFORANSTALTNINGEN

Kommissionen nærer tvivl om, hvorvidt foranstaltningen, som består i Nautas udstedelse af obligationer og ARP's tegning heraf, giver Nauta en fordel, idet Kommissionen er i tvivl om, hvorvidt en privat investor ville have accepteret at yde en sådan finansiering. Derfor opfordrer Kommissionen interesserede parter til at fremsætte deres bemærkninger.

Vedrørende forlængelse af obligationernes indløsningsperiode for ARP nærer Kommissionen tvivl om, hvorvidt en privat investor ville have accepteret en sådan forlængelse til november 2013 med nye betingelser. Derfor opfordrer Kommissionen interesserede parter til at fremsætte deres bemærkninger.

⁽¹⁾ Kommissionens beslutning af 6. november 2008 om Polens statsstøtte C 19/05 (ex N 203/05) til Stocznia Szczecińska, EUT L 5 af 8.2.2010, s. 1, og Kommissionens beslutning af 6. november 2008 om statsstøtte C 17/05 (ex N 194/05 og PL 34/04) til Stocznia Gdynia, EUT L 33 af 4.2.2010, s. 1.

Kommissionen er derfor i tvivl om, hvorvidt de to ovennævnte tiltag udgør statsstøtte til Nauta efter artikel 107, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde.

3. STØTTENS FORENELIGHED I LYSET AF RETSGRUNDLAGET, HERUNDER KOMMISSIONENS TVIVLSERKLÆRING, MED DIREKTE HENVISNING TIL DE SPECIFIKKE BESTEMMELSER I DE RELEVANTE RETNINGSLINJER/RAMMEBESTEMMELSER

Viser det sig, at foranstaltningen må betragtes som statsstøtte, tvivler Kommissionen i øjeblikket stærkt på, at den kan være forenelig med det indre marked efter undtagelserne i artikel 107, stk. 2 og 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde eller Kommissionens retningslinjer i henhold til traktatens artikel 107, stk. 3, litra c), særlig rammebestemmelserne for statsstøtte til skibsbygning.

I henhold til artikel 14 i forordning (EF) nr. 659/1999 kan ulovlig støtte kræves tilbagebetalt fra støtte-modtageren.

TEKST TIL BREV

»Komisja pragnie poinformować Polskę, że po przeanalizowaniu przekazanych przez władze polskie informacji na temat wyżej wymienionych środków pomocy, podjęła decyzję o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego określonego w art. 108 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

I. PROCEDURA

(1) W dniu 6 listopada 2008 r. Komisja przyjęła dwie decyzje o odzyskaniu pomocy⁽¹⁾ w odniesieniu do niezgodnej z prawem pomocy państwa na rzecz stoczni w Gdyni i Szczecinie („Stoczni Gdynia” i „Stoczni Szczecińskiej”) umożliwiające zastosowanie szczególnej procedury zbycia. Władze polskie miały możliwość zbycia aktywów stoczni w pakietach w drodze otwartych, przejrzystych, bezwarunkowych i niedyskryminujących procedur przetargowych. Zbycie majątku i rozpoczęcie postępowania upadłościowego w odniesieniu do reszty majątku stoczni powinny zostać zakończone do końca czerwca 2009 r. Władze polskie składały wielokrotnie wnioski o przedłużenie tego terminu. Ostatnio termin ten został przedłużony przez Komisję do dnia 31 marca 2011 r.

(2) Kontynuując proces odzyskiwania środków, Komisja zażądała wyjaśnień dotyczących procedur przetargowych. Wniosek o udzielenie informacji został przesłany przez Komisję dnia 10 czerwca 2010 r., a władze polskie ustosunkowały się do niego w dniu 9 lipca 2010 r., wraz z późniejszymi informacjami przesyłanymi w dniach 30 lipca 2010 r., 3 września 2010 r., 4 października 2010 r. i 16 grudnia 2011 r.

(3) Komisja spotkała się z władzami polskimi w dniach 15 lipca 2010 r., 10 września 2010 r., 22 października 2010 r. i 6 grudnia 2011 r.

(4) W dniu 28 czerwca 2011 r., wiceprzewodniczący Almunia skierował pismo do polskiego Ministra Skarbu, Aleksandra Grada, na które ten ostatni udzielił odpowiedzi w dniu 18 lipca 2011 r. Na następne pismo wiceprzewodniczącego Almunii z dnia 7 października 2011 r. Minister Grad odpowiedział w dniu 25 października 2011 r. i poinformował Komisję o zakończeniu postępowania likwidacyjnego, zaplanowanego na koniec 2011 r., w odniesieniu do Stoczni Gdynia i Stoczni Szczecińskiej.

II. OPIS

1. OPIS BENEFICJENTA

(5) Stocznia Remontowa Nauta S.A. (zwana dalej „Nautą” lub „spółką”), utworzona w 1926 r., jest jedną z najstarszych polskich stoczni. W latach 1945-2010 Nauta prowadziła działalność jako przedsiębiorstwo będące w całości i bezpośrednio własnością Skarbu Państwa. W dniu 12 stycznia 2010 r., państwowa Agencja Rozwoju Przemysłu (dalej „ARP”) została akcjonariuszem Nauty poprzez

nabycie 93,15% jej akcji za kwotę [80 – 140] (*) mln PLN⁽²⁾ ([17 – 31] mln EUR⁽³⁾).

(6) Główną dziedzinę działalności spółki jest naprawa i przebudowa małych i średnich statków, budowa małych specjalistycznych statków oraz produkcja konstrukcji stalowych.

(7) Nauta to spółka holdingowa grupy składającej się z 13 spółek zależnych i powiązanych. Działalność spółek zależnych i powiązanych związana jest głównie z przemysłem stoczniowym. Nauta działa w ramach grupy jako centrum administracyjne w następujących obszarach: marketing, pozyskiwanie zamówień, dostawa energii i innych zasobów, zarządzanie projektami.

(8) Przychody ze sprzedaży, koszty operacyjne i wyniki finansowe spółki za lata 2006–2009 przedstawiono w poniższej tabeli (w tysiącach PLN):

Tabela 1

| | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 |
|--------------------------------|---------|--------|---------|--------|
| Przychody netto ze sprzedaży | 127 121 | 87 954 | 136 988 | 93 576 |
| Koszty operacyjne | 114 538 | 81 546 | 132 528 | 84 305 |
| Zysk ze sprzedaży | 12 583 | 6 408 | 4 460 | 9 271 |
| Rentowność sprzedaży | 9,9% | 7,3% | 3,3% | 10,1% |
| Pozostałe przychody operacyjne | 5 448 | 533 | 545 | 1 361 |
| Pozostałe koszty operacyjne | 561 | 26 | 1 026 | 126 |
| Przychody finansowe | 3 628 | 5 085 | 9 334 | 2 317 |
| Inne koszty finansowe | 1 441 | 639 | 13 236 | 12 554 |
| Wyniki zdarzeń nadzwyczajnych | - 534 | 2 | 6 | 16 |

(*) Informacje poufne

(2) Zgodnie z wyceną rzeczoznawcy z kwietnia 2009 r. wartość Nauty została oszacowana na [90 - 150] mln PLN, a zgodnie ze zaktualizowaną wersją z dnia 21 kwietnia 2010 r. – na [90 - 150] mln EUR.

(3) Podane w niniejszej decyzji dane w EUR są jedynie wartościami przybliżonymi podanymi w celach orientacyjnych. Wszystkie wartości w PLN są przeliczane na EUR po kursie wymiany z dnia 2 grudnia 2011 r.: 1 EUR = 4,49 PLN.

(1) Decyzja Komisji z dnia 6 listopada 2008 r. w sprawie pomocy państwa C 19/05 (ex N 203/05) udzielonej przez Polskę dla Stoczni Szczecińskiej, Dz.U. L 5 z 8.1.2010, s. 1, i decyzja Komisji z dnia 6 listopada 2008 r. w sprawie pomocy państwa C 17/05 (ex N 194/05 i PL 34/04) udzielonej przez Polskę Stoczni Gdynia, Dz.U. L 33 z 4.2.2010, s. 1.

| | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 |
|--|--------|--------|-------|-------|
| Zysk/strata brutto | 19 123 | 11 363 | 83 | 285 |
| Podatek dochodowy | 2 215 | 1 592 | - 164 | - 246 |
| Pozostałe obowiązkowe zmniejszenia zysku | 2 614 | 1 453 | 0 | 0 |
| Zysk/strata netto | 14 294 | 8 318 | 248 | 531 |

- (9) Wyjaśniając pogarszającą się sytuację spółki w 2009 r., władze polskie podkreślają fakt, że na wyniki finansowe za 2009 r. znacząco wpłynął światowy kryzys finansowy i związane z nim wahania kursów walut.

2. OPIS STRATEGII DZIAŁALNOŚCI BENEFICJENTA NA LATA 2009-2012

2.1. Krótki opis strategii działalności beneficjenta

- (10) Według polskich władz strategię działalności Nauty na lata 2009–2012 można podzielić na kilka etapów:

- wyemitowanie przez Nautę obligacji o wartości 120 mln PLN (26,7 mln EUR), objętych przez ARP;
- nabycie przez Nautę aktywów Stoczni Gdynia;
- przeniesienie przez Nautę miejsca prowadzenia działalności na obszar, na którym położone są nabyte aktywa;
- sprzedaż gruntów, na których Nauta obecnie prowadzi działalność;
- wykup obligacji od ARP najpóźniej w listopadzie w 2011 r.

2.2. Wyceny gruntów, na których Nauta obecnie prowadzi działalność

- (11) Spółka jest właścicielem gruntów, na których obecnie prowadzi działalność. Grunty te położone są w centrum Gdyni i obejmują 84 497 metrów kwadratowych. Zgodnie z informacjami przekazanymi przez polskie władze spółka jako przesłankę ekonomiczną tej transakcji przytacza założenie, że zgodnie z uchwałą nr XVII/400/08 Rady Miasta Gdyni z dnia 27 lutego 2008 r. w sprawie zagospodarowania przestrzennego Gdyni grunty, na których spółka obecnie prowadzi działalność, miały zmienić przeznaczenie z przemysłowego na biznesowo-usługowe. Gdyby Nauta pozostała w obecnej lokalizacji, miałyby ograniczone możliwości rozwoju działalności, ponieważ obszar ten zmieni swoje przeznaczenie na biznesowo-usługowy.

- (12) Jednakże w piśmie z dnia 18 lipca 2011 r., władze polskie wyjaśniły, że władze lokalne nie osiągnęły jeszcze ostatecz-

nego porozumienia w sprawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Podczas spotkania z przedstawicielami Komisji, które miało miejsce w dniu 6 grudnia 2011 r., oraz w piśmie z dnia 16 grudnia 2011 r., władze polskie potwierdziły, że nadal nie nastąpiła zmiana przeznaczenia gruntów w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego.

- (13) Według władz polskich w świetle przeprowadzanych obecnie zmian dotyczących zagospodarowania miasta Gdyni obecna szacunkowa wartość gruntów wyniosłaby [1 700 - 3 300] PLN ([378 - 733]EUR) za metr kwadratowy, tj. od [143,6] mln PLN ([31,9] mln EUR) do [278,8] mln PLN ([62] mln EUR). W wycenie tych gruntów sporządzonej w dniu 21 października 2009 r. przez niezależnego rzeczoznawcę majątkowego (dalej zwanej „wyceną rzeczoznawcy”) ich wartość szacuje się na [> 150 mln PLN ([>33,3] mln EUR).

- (14) Wycena rzeczoznawcy na [> 150 mln]PLN wynika ze zsumowania wycen wartości 6 mniejszych działek, z których jedną (działka numer 29/2) oszacowano na [> 3 000] PLN ([> 666,6] EUR) za metr kwadratowy. W wycenie innego niezależnego rzeczoznawcy, sporządzonej konkretnie dla działki nr 29/2 w dniu 21 kwietnia 2009 r., cenę tej samej działki oszacowano na [<1 000] PLN ([< 222] EUR) za metr kwadratowy.

- (15) Podczas spotkania Komisji z władzami polskimi, które miało miejsce dnia 6 grudnia 2011 r., władze polskie oświadczyły, że zgodnie z ostatnią wyceną gruntu, na którym spółka obecnie prowadzi działalność, jego wartość wynosi [60 - 100] mln PLN (przed zmianą miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego).

- (16) Ponadto polskie władze przekazały w dniu 16 grudnia 2011 r. streszczenie dodatkowej wyceny gruntu, na którym Nauta prowadzi obecnie działalność, sporządzonej w dniu 17 października 2011 r., którą to wycenę – według polskich władz – sporządzono przy założeniu, że nie nastąpi zmiana miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego Miasta Gdyni. Nie przedłożono pełnej wyceny. W wycenie tej wartość gruntu szacuje się dwiema metodami: tzw. metodą mieszaną i tzw. metodą porównawczą, która polega na porównaniu poszczególnych działek gruntu. Szacunkowa cena przy zastosowaniu obu metod wynosi odpowiednio [> 140] mln PLN i [> 140] mln PLN. Władze polskie nie przedłożyły Komisji informacji o wycenie wartości gruntu przy założeniu, że nie nastąpi zmiana przeznaczenia gruntu w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego.

2.3. Nabycie aktywów Stoczni Gdynia

- (17) Po dwóch ostatecznych negatywnych decyzjach przyjętych przez Komisję⁽⁴⁾, dotyczących niezgodnej z prawem pomocy państwa na rzecz Stoczni Gdynia i Stoczni Szczecińskiej, rozpoczęto procedury przetargowe. Pierwsza tura przetargu, rozpoczęta w marcu 2009 r., okazała się nieskuteczna. Zwycięski oferent dla większości aktywów w ramach tego pierwszego przetargu nie był ostatecznie w stanie nabyć aktywów.

⁽⁴⁾ Zob. przypis 1 powyżej.

(18) Drugą turę przetargu przeprowadzono w okresie od listopada do grudnia 2009 r.

(19) W ramach tej tury, dotyczącej jedynie pakietów aktywów, które nie znalazły nabywców w pierwszej turze, trzy pakiety aktywów Stoczni Gdynia bezpośrednio związanych z przemysłem stoczniowym sprzedano spółce Nauta. Spółka zapłaciła łącznie kwotę 57,7 mln PLN (12,9 mln EUR) za:

- a) obszar montażowy (2 nabrzeża z infrastrukturą, hala prefabrykacyjna, dźwigi, obiekty socjalne dla pracowników, w tym stołówka), za które zapłaciła kwotę 34,6 mln PLN (7,7 mln EUR);
- b) obszar zewnętrzny (wyposażony w dźwigi używane do produkcji odcinków trójwymiarowych) za 5 mln PLN (1,1 mln EUR);
- c) część budynku oraz infrastruktura montażowa wraz z dźwigami, w tym dwie hale produkcyjne, za 18,1 mln PLN (4,0 mln EUR).

(20) Nauta nie uczestniczyła w trzeciej, ostatniej turze przetargu.

3. OPIS ŚRODKA

3.1. Pierwszy środek

(21) Pierwszym środkiem objętym postępowaniem jest płatność dokonana przez ARP na rzecz Nauty w zamian za obligacje wyemitowane przez Nautę i objęte przez ARP.

(22) W listopadzie 2009 r., Nauta wyemitowała obligacje o wartości 120 mln PLN (26,7 mln EUR), których ARP była jedynym subskrybentem. Obligacje te wygasły dwa lata później, tj. w dniu 30 listopada 2011 r. Stopa oprocentowania była oparta na stopie oprocentowania dwuletnich obligacji Skarbu Państwa równej 4,75%, powiększonej o marżę 0,4%. Należne odsetki oblicza się corocznie i podlegają one kapitalizacji. Dlatego obligacje były oprocentowane w wysokości 5,15% rocznie w pierwszym roku, natomiast w drugim roku oprocentowanie wynosiło 5,42%. Zatem według władz polskich efektywna roczna stopa oprocentowania wynosiła 5,28%.

(23) Polskie władze podkreślają, że hipoteka na gruntach, na których przedsiębiorstwo prowadzi obecnie działalność, powinno być podstawowym zabezpieczeniem emisji tych obligacji. Wartość tych gruntów rzeczoznawca oszacował na [$>$ 150 mln] PLN ([$>$ 33,3] mln EUR) (zob. pkt 14 powyżej).

(24) Według władz polskich, zgodnie ze strategią działalności Nauty kwota 120 mln PLN (26,7 mln EUR) wpłacona

przez ARP została przeznaczona przez spółkę na nabycie 3 wspomnianych powyżej pakietów aktywów.

3.2. Drugi środek

(25) Podczas spotkania z władzami polskimi, które odbyło się w dniu 6 grudnia 2011 r., Komisja dowiedziała się o drugim potencjalnym środku pomocy państwa dla Nauty.

(26) Władze polskie wskazały, że ponieważ nadal nie doszło do zmiany przeznaczenia gruntów w odnośnym miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego (zob. pkt 12), Nauta nadal nie sprzedała gruntów, na których obecnie prowadzi działalność. W związku z tym przedsiębiorstwo nie ma niezbędnych środków do wykupu obligacji objętych przez ARP.

(27) W związku z tym, według władz polskich, ARP zawarła nową umowę ze spółką przewidującą przedłużenie wykupu obligacji do listopada 2013 r. na nowych warunkach, w tym dotyczących nowej wysokości stopy oprocentowania i dodatkowego zabezpieczenia w stosunku do zabezpieczenia ustanowionego w ramach pierwotnej subskrypcji obligacji.

(28) Nowa stopa oprocentowania jest równa jednomiesięcznej stopie WIBOR⁽⁵⁾ powiększonej o marżę w wysokości [2 – 5] %⁽⁶⁾, a dodatkowe zabezpieczenie będzie stanowiła hipoteka na nabytych aktywach (zob. pkt 19 powyżej). Nadal jako zabezpieczenie utrzymana zostanie hipoteka na gruntach, na których spółka obecnie prowadzi działalność. Do tego celu sporządzono zaktualizowaną wersję wyceny gruntu (zob. pkt 16 powyżej).

III. UWAGI POLSKI

(29) Władze polskie twierdzą, że zakup majątku Stoczni Gdynia oparty był na rzeczywistych potrzebach gospodarczych Nauty i był poprzedzony sporządzeniem odpowiedniego biznes planu przez zarząd Nauty z udziałem niezależnego konsultanta. Władze polskie twierdzą, że przedłożony Komisji biznes plan wyraźnie wskazuje na rentowność inwestycji i płynność finansową projektu, mierzone równowagą łącznych przyszłych przepływów pieniężnych.

(30) Władze polskie przedstawiły krótkie sprawozdanie pt. „Założenia programu rozwoju Stoczni Remontowej Nauta S.A. w Gdyni w latach 2009-2012” (dalej „sprawozdanie”) sporządzone przez ARP, w którym – zdaniem władz polskich – wykazano racjonalność ekonomiczną tej inwestycji ARP.

(31) Sprawozdanie zawiera prognozę finansową wskazującą na bardzo duży wzrost przychodów (w tysiącach PLN):

⁽⁵⁾ Ang. Warsaw interbank reference rate.

⁽⁶⁾ W dniu 14 grudnia 2011 r. stopa oprocentowania była równa [6,5 – 10,5]%

Tabela 2

| | 2010 | 2011 | 2012 |
|---------------------------------|-----------------------|-------------------------|---------------------|
| Przychody ze sprzedaży | [100 000 – 140 000] | [140 000 – 180 000] | [160 000 – 200 000] |
| Koszty operacyjne | [125 000 – 175 000] | [140 000 – 170 000] | [150 000 – 180 000] |
| Zysk ze sprzedaży | [- 50 000 – - 30 000] | [7 000 – 12 000] | [12 000 – 17 000] |
| Pozostałe przychody operacyjne | - | [150 000 – 190 000] (*) | - |
| Pozostałe koszty operacyjne | - | 18 003,6 | - |
| Zysk z działalności operacyjnej | [- 40 000 – - 20 000] | [140 000 – 180 000] | [12 000 – 18 000] |
| Przychody finansowe | - | - | - |
| Koszty finansowe | [5 000 – 8 000] | [5 000 – 8 000] | - |
| Zysk/strata brutto | [- 50 000 – - 30 000] | [130 000 – 180 000] | [12 000 – 18 000] |
| Podatek dochodowy | - | 29 318,5 | 2 819,7 |
| Zysk/strata netto | [30 000 – 50 000] | [100 000 – 150 000] | [9 000 – 14 000] |

(*) Dane te dotyczą sprzedaży nieruchomości, na której obecnie spółka prowadzi działalność.

(32) W sprawozdaniu prognozuje się, że realizacja strategii działalności doprowadzi do znaczącego wzrostu przychodów Nauty, sprzedaż ma wzrosnąć z 94 mln PLN (21 mln EUR) w 2009 r. do [160 – 200] mln PLN ([36 - 44] mln EUR) w 2012 r. Prognozy te są znacząco wyższe w stosunku do przychodów Nauty przewidywanych w ramach niezależnej analizy wartości spółki sporządzonej w kwietniu 2009 r. (zob. pkt 5), w której to analizie przewiduje się przychody w wysokości [80 - 130] mln PLN ([17,8 - 29] mln EUR) w 2012 r.

(33) Według sprawozdania, zakładając przewidywany bardzo duży wzrost przychodów i planowaną sprzedaż aktywów, na których przedsiębiorstwo obecnie prowadzi działalność⁽⁸⁾, realizacja strategii działalności powinna przynieść zysk brutto w wysokości [12 - 18] mln PLN ([2,7 - 4] mln EUR) po zakończeniu inwestycji i sprzedaży obecnych aktywów.

(34) Strategia działalności przewiduje w 2012 r. rentowność sprzedaży na poziomie [7 - 10]%, a wskaźnik rentowności, czyli stosunek zysku netto do całkowitych przychodów, na poziomie [5 - 8]%. Analiza rentowności inwestycji w latach 2009–2016 wskazuje na wewnętrzną stopę zwrotu (dalej „IRR”) na poziomie [7 - 10]%

(35) W analizie wrażliwości wydaje się, że w sprawozdaniu akceptuje się fakt, że przyjęta strategia działalności jest bardzo wrażliwa zarówno na spadek przychodów, jak i na wzrost ogólnych kosztów w przyszłości. W związku

z tym władze polskie twierdzą, że wysokie przychody operacyjne zostały celowo przyjęte jako założenie, w celu zapewnienia wystarczającej płynności finansowej projektu. Spadek przychodów o 6% lub wzrost kosztów o 6% doprowadziłyby do ujemnego IRR.

(36) Według władz polskich parametry te uzasadniają realizację strategii działalności przez Nautę oraz udział ARP w jej finansowaniu. Według władz polskich analiza *ex ante* planowanej subskrypcji obligacji wykazała rentowność tej strategii działalności. Stopa oprocentowania tych papierów wartościowych została wynegocjowana przez strony umowy na wyższym poziomie w stosunku do referencyjnej stopy oprocentowania obligacji Skarbu Państwa. Odnośne środki finansowe zostały zatem udostępnione na warunkach rynkowych. Ponadto obligacje Nauty zostały zabezpieczone nieruchomościami o wysokiej wartości.

(37) Aby zobrazować te fakty, Polska przedstawiła cotygodniowe sprawozdanie ARP na temat rynku obligacji (sporządzone przez ARP w dniu wydania decyzji o zakupie obligacji wyemitowanych przez Nautę), które przedstawia sytuację na rynku finansowym oraz pokazuje przykłady transakcji przeprowadzanych w okresie bezpośrednio poprzedzającym emisję obligacji przez Nautę. Władze polskie przyznają jednak, że w analizowanym okresie nie było innych instrumentów finansowych porównywalnych do obligacji objętych przez ARP. Dlatego według władz polskich jako punkt odniesienia można przyjąć jedynie obligacje Skarbu Państwa.

(8) Wartość tych aktywów szacuje się na [> 150] mln PLN (zob. pkt 23 powyżej).

- (38) Podczas spotkania z przedstawicielami Komisji w dniu 6 grudnia 2011 r. władze polskie oświadczyły, że w momencie kiedy ARP postanowiła objąć obligacje Nauty, decydującym czynnikiem pozwalającym stwierdzić, że odnośna strategia działalności jest rentowna, była wycena rzeczoznawcy, który oszacował wartość gruntu, na którym spółka obecnie prowadzi działalność, na kwotę [$>$ 150] mln PLN.
- (39) Władze polskie przedłożyły pismo Prezydenta Gdyni do Ministra Skarbu z dnia 25 listopada 2011 r., w którym wyraża on opinię, że miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego powinien zostać wprowadzony w życie w styczniu 2012 r., jednak podkreślając, że proces ten może przedłużyć się o kilka miesięcy.

IV. OCENA

1. ISTNIENIE POMOCY PAŃSTWA W ROZUMIENIU ART. 107 UST. 1 TFUE

- (40) Zgodnie z art. 107 ust. 1 TFUE, wszelka pomoc przyznawana przez państwo członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi.
- (41) Aby środek krajowy został uznany za pomoc państwa, należy spełnić wszystkie następujące warunki: (1) środek przynosi korzyść przy użyciu zasobów państwowych; (2) korzyść jest przyznawana w sposób selektywny; oraz (3) środek zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji i może wpłynąć na wymianę handlową między państwami członkowskimi.

1.1. Istnienie korzyści

1.1.1. Pierwszy środek

- (42) Komisja ma wątpliwości, czy Nauta byłby w stanie uzyskać tak znaczne środki finansowe, opisane jako środek nr 1 (zob. pkt 22 powyżej) na podobnych warunkach na rynku i na podstawie wspomnianego powyżej biznes planu.
- (43) Komisja uważa, że rentowność transakcji opierała się głównie na dwóch elementach:
- bardzo optymistycznym scenariuszu zakładającym znaczny wzrost przychodów i zysków;
 - niepewnych założeniach dotyczących przyszłości, polegających m.in. na tym, że jako przychody niezbędne do zapewnienia wystarczająco wysokich przepływów pieniężnych pozwalających wykupić obligacje Nauty w oparciu o bardzo optymistyczną wycenę tej nieruchomości.

1.1.1.1. Zbyt optymistyczne prognozy wzrostu przychodów

- (44) Po pierwsze, władze polskie nie przedstawiły wyjaśnień w kwestii raczej optymistycznych danych dotyczących

prognozowanych przyszłych przychodów (zob. pkt 31 powyżej). Wydaje się, że władze polskie zgadzają się, że przedmiotowa strategia działalności była raczej ryzykowna, a optymistyczną prognozę przyszłych przychodów przyjęto jako założenie zapewniające wysoką płynność finansową projektu (zob. pkt 35 powyżej). Komisja ma poważne wątpliwości, czy dane te były realistyczne, jako że spółka prowadzi działalność w sektorze posiadającym nadwyżkę zdolności produkcyjnych.

- (45) Jeśli chodzi o analizę rynku, władze polskie zawarły w sprawozdaniu bardzo niewiele informacji o rynku remontów statków, który jest głównym obszarem działalności spółki. Władze polskie twierdzą, że spółka ma silną konkurencję ze strony rosyjskich przedsiębiorstw remontujących statki, które ponoszą znacznie niższe koszty działalności. Przy tym jeśli chodzi o działalność stoczniową, władze polskie przytaczają różne analizy ekspertów, zgodnie z którymi rynek stoczniowy ma nadwyżki zdolności produkcyjnych w wysokości 20-40%. Ponadto władze polskie nadmieniają, że wzrost cen stali coraz bardziej podnosi ryzyko działalności w tym sektorze.

- (46) Oprócz tego wydaje się, że władze polskie nie uwzględniły sytuacji spółki. Podczas gdy Polska nie została tak mocno dotknięta kryzysem finansowym z 2008 r. jak wiele innych krajów OECD, władze polskie wyjaśniły, że przedstawiony w tabeli 1 powyżej znaczący spadek przychodów z 137 mln PLN (30,5 mln EUR) w 2008 r. do 94 mln PLN (21 mln EUR) w 2009 r. wynika z ogólnosiwiatowego spowolnienia gospodarczego i związanych z tym wahań kursów wymiany walut. Jednak w sprawozdaniu nie uwzględniono ryzyka ewentualnego ponownego wystąpienia w przyszłości tych dwóch czynników zewnętrznych.

- (47) W rzeczywistości w listopadzie 2009 r., gdy środek został przyjęty przez ARP, nadal trwał kryzys finansowy.

- (48) Władze polskie przyznają, że wrażliwość strategii działalności na wahania kosztów i przychodów spółki jest bardzo wysoka (zob. pkt 35). W związku z powyższym Komisja jest zdania, że władze polskie nie dokonały właściwej oceny ryzyka.

1.1.1.2. Zbyt optymistyczne założenia dotyczące przyszłej sprzedaży gruntów

- (49) Po drugie, Komisja ma wątpliwości, czy ryzyko związane ze sprzedażą gruntów, na których spółka obecnie prowadzi działalność, zostało należycie uwzględnione przez ARP. Komisja ma również wątpliwości, czy wycena rzeczoznawcy została przeprowadzona z zachowaniem ostrożności.

- (50) Sprawozdanie nie obejmowało oceny ryzyka związanego ze sprzedażą gruntów. Komisja jest zdania, że ryzyko opóźnienia się lub braku ostatecznego porozumienia w sprawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego (zob. pkt (12) powyżej) nie zostało w ogóle uwzględnione w sprawozdaniu. Władze polskie nie przedstawiły żadnych informacji wskazujących, że ARP przeprowadziła analizę *ex ante* tego ryzyka, tj. w momencie objęcia obligacji Nauty.

- (51) Władze polskie nie wyjaśniły, dlaczego w wycenie rzeczoznawcy cenę za metr kwadratowy oszacowano na kwotę [$> 3\ 000$] PLN ([$> 666,6$] EUR), natomiast w poprzedniej wycenie z dnia 21 kwietnia 2009 r. przedłożonej przez władze polskie cenę za metr kwadratowy tej samej działki oszacowano na [$< 1\ 000$] PLN ([< 222] EUR) (zob. pkt 14 powyżej).
- (52) Komisja nie kwestionuje zasadności założenia, że ewentualna zmiana przeznaczenia gruntów w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego, o którym mowa w pkt 11 powyżej, mogłaby doprowadzić do określonego wzrostu wartości tych gruntów. Komisja ma jednak wątpliwości, czy prywatny inwestor podjąłby decyzję o udostępnieniu Nauce środków finansowych na podstawie wyceny rzeczoznawcy z dnia 21 października 2009 r. („wycena rzeczoznawcy” – zob. pkt 13 powyżej). Na podstawie tej wyceny, sporządzonej w pełni kryzysu finansowego, wartość gruntu rzekomo znacząco wzrosła w ciągu zaledwie kilku miesięcy: w wycenie rzeczoznawcy z dnia 21 października oszacowano wartość ponad trzykrotnie wyższą niż w dniu 21 kwietnia 2009 r. Tak drastycznego wzrostu nie można uzasadnić oczekiwaną zmianą przeznaczenia gruntu, ponieważ poprzednia wycena z kwietnia 2009 r. również została sporządzona już po przyjęciu przez Radę Miasta Gdyni uchwały nr XVII/400/08 oraz nie wystąpiły nowe czynniki dotyczące sytuacji prawnej lub gospodarczej, uzasadniające zmianę wartości gruntu.
- (53) Komisja stwierdza, że tak istotny wzrost wartości gruntu jest tym bardziej wątpliwy, że w momencie sporządzania obu wycen władze lokalne nie osiągnęły jeszcze ostatecznego porozumienia w kwestii miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego (zob. pkt 12-14 powyżej). Prywatny inwestor działający w warunkach gospodarki rynkowej nie uznałby za pewną informacji o tak znaczącym wzroście wartości gruntu i uwzględniłby ryzyko, że ostateczne porozumienie dotyczące miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego nie zostanie osiągnięte w odpowiednim terminie. Ponadto władze polskie nie przedstawiły innego uzasadnionego czynnika zewnętrznego, który mógłby stanowić wyjaśnienie tak znaczącego wzrostu szacowanej wartości gruntu.
- (54) Komisja ma również wątpliwości, czy wycena rzeczoznawcy nie była zbyt optymistyczna, ponieważ wartość gruntu oszacowano w niej na kwotę [> 150] mln PLN ([$> 33,3$] mln EUR), trudną do pogodzenia z wyceną wartości Nauty sporządzoną w kwietniu 2009 r., w której wartość całej spółki oszacowano na [80 - 140] mln PLN ([17 - 31] mln EUR) (zob. pkt 5), podczas gdy zobowiązania spółki w tamtym momencie nie przekraczały 20 mln PLN (4,5 mln EUR).
- (55) Uwzględniając wszystkie wyżej wymienione powody, Komisja ma wątpliwości co do wiarygodności wyceny rzeczoznawcy.
- (56) Wiarygodność wyceny rzeczoznawcy ma duże znaczenie, ponieważ władze polskie same stwierdziły, że prognozowane przychody ze sprzedaży gruntu, która miała nastąpić przed momentem wykupu obligacji, tj. do listopada 2011 r., były niezbędne do zapewnienia ogólnej rentowności strategii działalności spółki (zob. pkt 38). Komisja jest zatem zdania, że brak wiarygodności wyceny rzeczoznawcy podaje w wątpliwość ogólną strategię działalności spółki.

1.1.1.3 Stopa oprocentowania

- (57) Komisja ma wątpliwości, czy stopa oprocentowania przyjęta do objęcia przez ARP obligacji Nauty odpowiada rynkowej stopie oprocentowania, ponieważ władze polskie nie przedstawiły informacji dotyczących ratingu spółki i poziomu zabezpieczenia w kontekście rynkowej wartości odniesienia do stawek stosowanych na rynku instrumentów dłużnych o podobnej charakterystyce. W związku z tym Komisja nie jest obecnie w stanie ustalić, czy stopa oprocentowania przyjęta do objęcia przez ARP obligacji Nauty jest zgodna z testem prywatnego inwestora.
- (58) W komunikacie Komisji w sprawie zmiany metody ustalania stóp referencyjnych i dyskontowych (dalej zwanym „komunikatem w sprawie stóp referencyjnych”) ⁽⁹⁾ ustanowiono metodę ustalania stóp referencyjnych, które Komisja może stosować zastępczo dla stopy rynkowej oraz do mierzenia ekwiwalentu dotacji pomocy w szczególności w przypadku, gdy wypłaca się ją w kilku transzach, a także do obliczania elementu pomocy będącego pochodną programów dotacji na spłatę oprocentowania. Stosuje się je również do sprawdzania zgodności z zasadą *de minimis* oraz z rozporządzeniami o wyłączeniach grupowych.
- (59) Komisja pragnie podkreślić, że komunikat w sprawie stóp referencyjnych stosuje się jedynie zastępczo ⁽¹⁰⁾ i nie jest on wiążący dla Komisji podczas stosowania przez nią testu prywatnego inwestora, zwłaszcza w przypadkach dostępnosci rzeczywistych danych rynkowych, które są wyraźnie inne niż dane, które wskazuje komunikat w sprawie stóp referencyjnych ⁽¹¹⁾. Jest to szczególnie istotne w przypadku większych kredytów, przyznanych poza zakresem obowiązywania zgłoszonych programów pomocy lub rozporządzeń o wyłączeniach grupowych.
- (60) Zgodnie z komunikatem w sprawie stóp referencyjnych, odpowiednia stopa referencyjna powstaje poprzez dodanie marży do stopy bazowej odpowiadającej jednorocznej stopie IBOR (jednoroczna stopa na rynku pieniężnym w danym państwie członkowskim). Przyjęta marża zależy od ratingu odnośnego przedsiębiorstwa i od zabezpieczenia.

⁽⁹⁾ Dz.U. C 14 z 19.1.2008, s.6.

⁽¹⁰⁾ Zgodnie z pierwszym akapitem komunikatu w sprawie stóp referencyjnych: „W ramach kontrolowania przez Wspólnotę pomocy państwa Komisja korzysta ze stóp referencyjnych [...]. Stopy referencyjne [...] stosuje się zastępczo dla stopy rynkowej [...]”.

⁽¹¹⁾ Zob. pkt 137 decyzji Komisji z dnia 22 czerwca 2011 r. w sprawie SA.32600 (11/C) – SeaFrance – Plan restrukturyzacji, Dz.U. C 208 z 17.7.2011, s. 8.

Tabela 3:

Marże kredytów w punktach bazowych zgodnie z komunikatem w sprawie stóp referencyjnych

| Kategoria ratingu | Poziom zabezpieczeń | | |
|---|---------------------|-------------|-------|
| | Wysoki | Standardowy | Niski |
| Wysoki (AAA-A) | 60 | 75 | 100 |
| Dobry (BBB) | 75 | 100 | 220 |
| Zadawalający (BB) | 100 | 220 | 400 |
| Niski (B) | 220 | 400 | 650 |
| Zły/Trudności finansowe (CCC i poniżej) | 400 | 650 | 1000 |

- (61) Uwzględniając fakt, że stopa bazowa w Polsce w listopadzie 2009 r. wynosiła 4,53%⁽¹²⁾, stopa zastosowana przez ARP do objęcia obligacji Nauty (5,15%) byłaby wyższa od mającej zastosowanie stopy referencyjnej jedynie w przypadku, gdyby w momencie przyznania środka rating Nauty był „wysoki” (AAA-A) i poziom zabezpieczenia „wysoki”⁽¹³⁾.
- (62) Władze polskie nie wskazały Komisji, jaki był konkretnie rating Nauty. Z analizy sprawozdań finansowych spółki Komisja wnioskuję, że spółka zaledwie przekroczyła próg rentowności w 2008 r. i 2009 r. Komisja ma zatem poważne wątpliwości, czy można uznać że spółka miała rating „wysoki”.
- (63) Władze polskie nie przedstawiły również informacji dotyczących poziomu zabezpieczeń w rozumieniu komunikatu w sprawie stóp referencyjnych. Ponadto władze polskie wskazały, że grunt, na którym spółka prowadzi obecnie działalność, stanowi zabezpieczenie obligacji Nauty objętych przez ARP. Stąd wątpliwa wiarygodność wyceny rzeczoznawcy podaje również w wątpliwość fakt, czy ustanowione zabezpieczenie dla obligacji Nauty było wystarczające. Komisja ma zatem wątpliwości, czy można uznać, że poziom zaproponowanego zabezpieczenia był „standardowy” w rozumieniu komunikatu w sprawie stóp referencyjnych. Oczywiście tym bardziej wątpliwe jest uznanie poziomu tego zabezpieczenia za „wysoki”.
- (64) W związku z powyższym Komisja jest zdania, iż warunki udzielonej pożyczki nie są zgodne z warunkami rynkowymi ustalonymi na podstawie komunikatu w sprawie stóp referencyjnych, nawet w przypadku, gdyby można było zastosować ten komunikat zastępczo w celu oceny zgodności udzielonej pożyczki z warunkami rynkowymi.
- (65) Ponadto Komisja odnotowuje, że ryzyko związane z objęciem obligacji jest wyższe niż ryzyko związane z kredytem bankowym, w przypadku którego spłata pierwszej raty następuje przeważnie w bardzo krótkim czasie po udzieleniu kredytu. Nauta była zobowiązana do spłaty nominalnej wartości obligacji dopiero po dwóch latach, tj. w listopadzie 2011 r. Komisja ma wątpliwości, czy prywatny inwestor zaakceptowałby to dodatkowe ryzyko.

1.1.1.4. Wnioski

(66) W związku z powyższym, biorąc pod uwagę fakt, że przedsiębiorstwo działa w sektorze posiadającym nadmierne zdolności produkcyjne, strategia działalności była oparta na nadmiernie optymistycznych założeniach dotyczących zarówno przyszłych przychodów, jak i szacunkowej wartości gruntu, a wartość zabezpieczenia mogła być zawyżona, Komisja ma wątpliwości co do tego, czy inwestor prywatny wyraziłby zgodę na udostępnienie Nauce środków finansowych na warunkach i zasadach podobnych do tych, jakie miały miejsce w przypadku przedmiotowego środka.

(67) W rzeczywistości wysokość stopy oprocentowania obligacji Nauty objętych przez ARP (zob. pkt 22 powyżej) można podzielić na oprocentowanie dwuletnich obligacji Skarbu Państwa (równą 4,75%), którą można uznać za prawie pozbawioną ryzyka, powiększoną o marżę 0,4%, która powinna określać wysokość istniejącego ryzyka dla tej transakcji związanej z rynkiem stocznym borykającym się z nadmiernymi zdolnościami produkcyjnymi, ogólną trudną sytuacją gospodarczą i z brakiem stabilności finansowej spółki. Przedstawiona powyżej argumentacja wskazuje, że wszystkie wymienione trzy rodzaje ryzyka, jakie poniosła ARP finansując tę transakcję, były znacząco wysokie. Dlatego Komisja ma wątpliwości, czy marża w wysokości 0,4% pokrywa wspomniane ryzyko objęcia obligacji przez ARP.

1.1.2. Drugi środek

(68) O drugim środku Komisja dowiedziała się dopiero podczas spotkania z polskimi władzami w dniu 6 grudnia 2011 r. Dotyczy on nowej umowy między ARP i Nautą podpisaną w listopadzie 2011 r., przewidującej przedłużenie terminu wykupu obligacji do listopada 2013 r. (zob. pkt 27 powyżej).

(69) Władze polskie potwierdziły podczas spotkania z przedstawicielami Komisji w dniu 6 grudnia 2011 r., że ostatnia wycena gruntu, na którym spółka prowadzi obecnie działalność, opiewa na kwotę [60 - 100] mln PLN (zob. pkt 15 powyżej). Ponieważ informacja ta jest dostępna dopiero *ex post*, czyli po pierwotnej transakcji⁽¹⁴⁾, i nie unieważnia ona bezpośrednio wycen *ex ante* pierwszego środka, wydaje się, że potwierdza ona ryzyko, które inwestor prywatny powinien był uwzględnić najpóźniej w momencie przyznania drugiego środka pomocy.

⁽¹²⁾ Stopę bazową dla Polski obowiązującą w listopadzie 2009 r., obliczoną zgodnie z komunikatem w sprawie stóp referencyjnych, można znaleźć na stronie internetowej Komisji: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/reference_rates.html

⁽¹³⁾ Dla ratingu „wysoki” i poziomu zabezpieczenia „wysoki” stopa referencyjna wynosiłaby $(4,53 + 0,60) = 5,13\%$, tak więc byłaby to stopa nieznacznie niższa od stopy przyjętej przez ARP do objęcia obligacji Nauty (5,15% w pierwszym roku).

⁽¹⁴⁾ Komisja nie dysponuje informacjami wskazującymi, jakoby ARP posiadała taką wycenę *ex ante*, tj. wycenę sporządzoną w momencie podjęcia decyzji o inwestycji w obligacje Nauty.

(70) Według władz polskich zgodnie z nową umową stopa oprocentowania jest wyższa oraz ustanowiono dodatkowe zabezpieczenie. Jednakże Komisja nie posiada wystarczających informacji na temat ekonomicznego uzasadnienia przedłużenia terminu wykupu obligacji. W związku z tym Komisja ma wątpliwości co do tego, czy uzgodnione w nowej umowie przedłużenie wykupu obligacji do listopada 2013 r. zostałyby zaakceptowane przez inwestora prywatnego.

1.2. Zasoby państwowe i możliwość przypisania pomocy państwu

(71) Środek wiąże się z wykorzystaniem zasobów państwowych udostępnionych przez ARP, która jest podmiotem publicznym kontrolowanym przez państwo. Dlatego też finansowanie w formie obligacji udzielane jest z zasobów państwowych i można je przypisać państwu. Wszystkie akcje ARP należą do Skarbu Państwa, a prawo do głosowania na walnych zgromadzeniach wykonuje Minister Skarbu. Komisja stwierdziła już w poprzednich decyzjach, że środki podjęte przez ARP można przypisać państwu⁽¹⁵⁾. Polskie władze nigdy nie zakwestionowały tych ustaleń.

1.3. Selektowność

(72) Nauta jest jedynym beneficjentem środka. Dlatego środek pomocy ma charakter selektywny, ponieważ faworyzuje tylko jednego uczestnika rynku w przedmiotowym sektorze gospodarki.

1.4. Wpływ na wymianę handlową

(73) Domniemany beneficjent działa w sektorze stoczniowym, dla którego wyraźnie istnieje rynek Unii Europejskiej. Istnieje możliwość konkurowania z innymi stoczniami działającymi w Unii Europejskiej w różnych segmentach rynków stoczniowych, co zostało potwierdzone przez władze polskie. Komisja jest zatem zdania, że zgłoszone środki pomocy mogą wpływać na wymianę handlową między państwami członkowskimi.

1.5. Wnioski

(74) W związku z powyższym Komisja uważa, że omawiany środek pomocy stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE.

2. ZGODNOŚĆ Z POSTANOWIENIAMI TRAKTATU

(75) Biorąc pod uwagę, że środek pomocy stanowi pomoc w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, należy zbadać, czy jest on zgodny z rynkiem wewnętrznym w świetle odstępstw, o których mowa w art. 107 ust. 2 i ust. 3 TFUE.

(76) W niniejszym przypadku nie mają zastosowania odstępstwa określone w art. 107 ust. 2 TFUE dotyczące pomocy o charakterze socjalnym przyznawanej indywidualnym konsumentom, pomocy mającej na celu naprawienie

szkod spowodowanych klęskami żywiołowymi lub innymi zdarzeniami nadzwyczajnymi oraz pomocy przyznawanej gospodarce niektórych regionów Republiki Federalnej Niemiec.

(77) Zgodnie z Zasadami ramowymi dotyczącymi pomocy państwa dla przemysłu stoczniowego⁽¹⁶⁾, pomoc dla przemysłu stoczniowego może być uznana za pomoc regionalną zgodną ze wspólnym rynkiem jedynie, jeżeli została „przyznana na inwestycje przeznaczone na polepszenie stanu infrastruktury lub modernizację istniejących stocznii, niezwiązane z finansową restrukturyzacją danych stocznii, których celem jest poprawienie produktywności istniejących instalacji”. Warunek ten nie jest spełniony, gdyż celem środka pomocy nie są inwestycje przeznaczone na polepszenie stanu infrastruktury lub modernizację stocznii spółki. W związku z powyższym przedmiotowa pomoc nie może zostać uznana za zgodną z rynkiem wewnętrznym na podstawie art. 107 ust. 3 lit. a) i c) TFUE jako pomoc państwa przeznaczona na sprzyjanie rozwojowi gospodarczemu określonych niekorzystnie położonych regionów w Unii Europejskiej.

(78) Środek pomocy nie wchodzi w zakres kategorii projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania, do których stosuje się odstępstwo, o którym mowa w art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE, ani nie jest przeznaczony na wspieranie kultury i zachowanie dziedzictwa kulturowego, tak więc nie kwalifikuje się do objęcia odstępstwem przewidzianym w art. 107 ust. 3 lit. d) TFUE.

(79) Wreszcie, należy zbadać, czy do środka pomocy stosuje się odstępstwo, o którym mowa w art. 107 ust. 3 lit. c) TFUE, zgodnie z którym zezwala się na udzielanie pomocy przeznaczonej na ułatwianie rozwoju niektórych działań gospodarczych lub niektórych regionów gospodarczych, o ile nie zmienia ona warunków wymiany handlowej w zakresie sprzecznym ze wspólnym interesem.

(80) W tym kontekście Komisja uznaje, że środek pomocy nie jest objęty żadnymi wytycznymi Komisji, na podstawie których pomoc państwa może zostać uznana za zgodną z rynkiem wewnętrznym na mocy art. 107 ust. 3 lit. c) TFUE.

(81) W szczególności wydaje się, że przedmiotowa pomoc nie jest powiązana z inwestycjami na badania i rozwój w rozumieniu Wspólnotowych zasad ramowych dotyczących pomocy państwa na działalność badawczą, rozwojową i innowacyjną⁽¹⁷⁾, z inwestycjami na ochronę środowiska, jak przewidziano w Wytycznych wspólnotowych w sprawie pomocy państwa na ochronę środowiska⁽¹⁸⁾ lub w celu ratowania lub restrukturyzacji podmiotów znajdujących się w trudnej sytuacji (ponieważ nie wydaje się, by przedsiębiorstwo znajdowało się w trudnej sytuacji w rozumieniu pkt 2.1 Wytycznych wspólnotowych dotyczących pomocy państwa w celu ratowania i restrukturyzacji zagrożonych przedsiębiorstw)⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁵⁾ Decyzja Komisji z dnia 20 kwietnia 2009 r. w sprawie pomocy państwa nr N 116/2009 udzielanej przez Polskę na rzecz przedsiębiorstwa Diara Swidnica Sp. z o.o., Dz.U. C 143 z 24.6.2009, s. 6.

⁽¹⁶⁾ Dz.U. C 317 z 30.12.2003, s. 11.

⁽¹⁷⁾ Dz.U. C 323 z 30.12.2006, s. 1.

⁽¹⁸⁾ Dz.U. C 82 z 1.4.2008, s. 1.

⁽¹⁹⁾ Dz. U. C 244, 1.10.2004, s. 2.

- (82) Zdaniem Komisji środek pomocy dotyczy jedynie udostępnienia przez ARP środków finansowych Naucie w zamian za wyemitowanie przez Naucę obligacji objętych przez ARP. Prawdopodobne jest zatem, że pozwoliło to obniżyć koszty, które przedsiębiorstwo musiałoby ponieść w normalnej sytuacji. Środek ten można w związku z tym uznać za pomoc operacyjną. W tym kontekście Komisja przypomina, że zgodnie z orzecznictwem sądów Unii, pomoc operacyjna, czyli taka, której celem jest uwolnienie przedsiębiorstwa od kosztów, które musiałoby ono samo ponosić w ramach bieżącego zarządzania lub zwykłej działalności, co do zasady nie jest objęta zakresem stosowania art. 107 ust. 3 TFUE, ponieważ skutkiem tego rodzaju pomocy jest zasadniczo zakłócenie konkurencji w sektorach, w których pomoc jest przyznana, jednocześnie jednak, ze względu na swój charakter, nie służy osiągnięciu jednego z celów odstępstw przewidzianych w art. 107 ust. 3 TFUE ⁽²⁰⁾.
- (83) W związku z powyższym Komisja jest zdania, że środek pomocy ma negatywny wpływ na warunki wymiany handlowej w stopniu sprzecznym ze wspólnym interesem, i że w związku z tym nie kwalifikuje się do objęcia odstępstwem, o którym mowa w art. 107 ust. 3 lit. c) TFUE.
- (84) Biorąc pod uwagę, że środek pomocy nie kwalifikuje się do objęcia go odstępstwami, o których mowa w art. 107 TFUE, jest on niezgodny z rynkiem wewnętrznym.

V. WNIOSKI

- (85) W świetle powyższych ustaleń Komisja, działając zgodnie z procedurą określoną w art. 108 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zwraca się do władz polskich o przedłożenie uwag i dostarczenie wszelkich informacji, jakie mogą być pomocne w ocenie przedmiotowych środków pomocy, w terminie jednego miesiąca od daty otrzymania niniejszego pisma. Komisja prosi władze polskie o niezwłoczne przesłanie kopii niniejszego pisma do potencjalnego beneficjenta pomocy.
- (86) Komisja pragnie przypomnieć Polsce, że art. 108 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej ma skutek zawieszający i pragnie zwrócić uwagę na art. 14 rozporządzenia Rady (WE) nr 659/1999, który stanowi, że wszelka pomoc udzielona bezprawnie może zostać odzyskana od beneficjenta.
- (87) Komisja uprzedza władze polskie, że udostępni zainteresowanym stronom informacje, publikując niniejsze pismo wraz z jego streszczeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Poinformuje również zainteresowane strony w państwach EFTA, będących sygnatariuszami porozumienia EOG, publikując zawiadomienie w Suplemencie EOG do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej oraz poinformuje Urząd Nadzoru EFTA, przesyłając kopię niniejszego pisma. Wszystkie zainteresowane strony zostaną zaproszone do przedstawienia uwag w ciągu jednego miesiąca od dnia publikacji.»

⁽²⁰⁾ Sprawa C-156/98 Niemcy przeciwko Komisji, Rec. s. I-6857, pkt 30; sprawa T-459/93 Siemens SA przeciwko Komisji, Rec. [1995] s. II-1675, pkt 48; sprawa T-396/08 Freistaat Sachsen und Land Sachsen-Anhalt przeciwko Komisji, Rec. [2010] s. II-0000, pkt 46 do 48.

STATSSTØTTESAG — SPANIEN

Statsstøttesag SA.32619 (2012/C) (ex 2011/N) — Kompensation i forbindelse med frigørelsen af digitaliseringsdividenden — Opfordring til at fremsætte bemærkninger efter artikel 108, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde

(EØS-relevant tekst)

(2012/C 213/03)

Ved brev af 25. april 2012, der er gengivet på det autentiske sprog efter dette resumé, meddelte Kommissionen Spanien, at den havde besluttet at indlede proceduren efter artikel 108, stk. 2, i TEUF over for en del af ovennævnte støtteforanstaltning.

Kommissionen besluttede ved samme lejlighed, at den ikke ville gøre indsigelse mod visse andre støtteforanstaltninger, der er beskrevet i det brev, der følger efter nedenstående resumé.

Interesserede parter kan senest en måned efter offentliggørelsen af nedenstående resumé og det efterfølgende brev sende eventuelle bemærkninger til den støtteforanstaltning, over for hvilken Kommissionen indleder proceduren, til:

Europa-Kommissionen
Generaldirektoratet for Konkurrence
Registreringskontoret for Statsstøtte
1049 Bruxelles/Brussel
Belgien

Fax nr.: 32 2 29 61 242

Disse bemærkninger vil blive videresendt til Spanien. Interesserede parter, der fremsætter bemærkninger til sagen, kan skriftligt anmode om at få deres navne hemmeligholdt. Anmodningen skal være begrundet.

RESUMÉ

1. SAGSFORLØB

Den 5. juli 2011 underrettede de spanske myndigheder Kommissionen om kompensationsordningen i forbindelse med frigørelsen af digitaliseringsdividenden (dvs. 790-862 MHz-båndet). Den består af to foranstaltninger: I henhold til foranstaltning I kompenseres beboere i ejendomme med flere husstande for ekstraomkostningerne ved at tilpasse deres fælles tv-modtagelsesinfrastruktur, så de fortsat har adgang til tv-tjenester, eller ved at skifte til en anden platform. Foranstaltning II har til formål at kompensere tv-selskaber for ekstraomkostninger ved samsending på to frekvensbånd. Den 26. august 2011 og den 7. februar 2012 anmodede Kommissionen de spanske myndigheder om oplysninger. De spanske myndigheder besvarede henvendelserne den 20. september 2011 og den 17. februar 2012.

2. BESKRIVELSE AF FORANSTALTNINGEN OG
INVESTERINGSPROJEKTET

Den anmeldte ordning anvendes i forbindelse med frigørelsen af digitaliseringsdividenden, hvorved frekvenserne omallokeres. Ordningen har til formål at sikre kontinuitet i tv-spredningen i overgangsperioden frem til den 31. december 2014.

I Spanien er frigørelsen af digitaliseringsdividenden omfattet af kongelig anordning 365/2010. Kompensationsbeløbet er fast-

lagt ved lov 2/2011 om bæredygtig økonomi og ved forslaget til kongeligt anordning, der indeholder regler om tildeling af direkte tilskud til samsending af tv-programmer i forbindelse med frigørelsen af digitaliseringsdividenden.

Det samlede budget for ordningen anslås til 600-800 mio. EUR, hvoraf 500-600 mio. EUR tildeles foranstaltning I og de resterende 100-200 mio. EUR foranstaltning II. Midlerne tilvejebringes ved en auktion over de frekvenser, der frigøres til teleoperatørerne, og de udbetales i form af direkte tilskud fra statskassen. Kompensationen må ikke overstige 100 %, og for så vidt angår foranstaltning II begrænser den sig til tv-selskabernes ekstraordinære omkostninger ved forpligtelsen til samsending på to frekvensbånd i overensstemmelse med kravet om minimumsdækning. For så vidt angår foranstaltning I, som Kommission ikke gør indsigelse imod, begrænser kompensationen sig til omkostningerne for beboere i ejendomme med flere husstande ved at tilpasse deres eksisterende fælles tv-modtagelsesinfrastruktur, så de fortsat kan have adgang til tv-tjenester, eller ved at skifte til en anden platform efter eget valg.

Det er foranstaltning II – kompensation for tv-selskabers ekstraomkostninger ved forpligtelsen til samsending på to frekvensbånd under omallokeringen af frekvenserne – der er genstand for denne undersøgelse.

Kompensationsmodtagerne under foranstaltning II er såvel offentlige som private tv-selskaber, der producerer jordbaseret digital-tv, nationalt, regionalt og lokalt. Støtten begrænser sig til at dække omkostningerne ved samsending i de områder af Spanien, hvor omkostningerne ved jordbaseret digital-tv-dækning i omstillingsperioden bæres af tv-selskaberne og ikke finansieres af offentlige midler.

3. VURDERING AF STØTTEFORANSTALTNINGENS FORENELIGHED

Ifølge de spanske myndigheder opfylder ordningen ikke kriterierne for statsstøtte i artikel 107, stk. 1, i TEUF, fordi støtte-modtagerne ikke opnår nogen fordel, men blot kompenseres for en del af ekstraomkostningerne.

For det tilfælde at Kommissionen ikke måtte dele denne opfattelse, anfører de spanske myndigheder, at foranstaltningen er forenelig efter artikel 107, stk. 2, litra b), i TEUF, idet de opfatter frigørelsen af digitaliseringsdividenden som en usædvanlig begivenhed. For det tilfælde at denne undtagelse ikke kan anvendes i dette tilfælde, er de spanske myndigheder af den opfattelse, at Kommissionen har tilstrækkeligt med grunde til at konkludere, at foranstaltningerne er i overensstemmelse med målene i artikel 107, stk. 3, litra c), i TEUF.

Kommissionen når frem til den foreløbige konklusion, at foranstaltning II udgør statsstøtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, i TEUF. Kommissionen finder, at offentlig støtte giver tv-selskaberne en direkte fordel, idet foranstaltningen fritager dem fra omkostningerne ved samsending på flere frekvenser. Det er Kommissionens praksis, at omkostninger, der følger af

forskriftsmæssige forpligtelser normalt bæres af virksomhederne i den pågældende sektor, og det er netop det, der er tale om i dette tilfælde. Hertil kommer, at det ikke kan udelukkes, at operatører af jordbaserede digital-tv-platformer opnår en indirekte fordel, fordi foranstaltningen sikrer dem indtægter, som, såfremt foranstaltningen ikke var truffet, ville være faldende eller endog slet ikke findes. Derfor er der tale om potentielle fordrejninger af konkurrencevilkårene for tv-selskaber og muligvis blandt operatører af platforme.

Kommissionen mener ikke, at undtagelsen ved særlige omstændigheder i henhold til artikel 107, stk. 2, litra b), kan anvendes i dette tilfælde.

For så vidt angår forenelighedsvurderingen af støtten efter artikel 107, stk. 3, litra c), i TEUF nærer Kommissionen tvivl om, hvorvidt kompensationsforanstaltningen har en incitamentsvirkning, eftersom nødvendigheden af den på nuværende tidspunkt endnu ikke er tilstrækkeligt godtgjort. Hertil kommer, at eftersom foranstaltningen udelukkende har omfattet de platforme, der er jordbaserede, tvivler Kommissionen på, at proportionalitetsprincippet er overholdt. Udelukkelsen af ikke-jordbaserede platforme er tilsyneladende også i modstrid med princippet om teknologisk neutralitet.

I lyset af den tvivl, som Kommissionen nærer om, hvorvidt foranstaltningen er forenelig efter undtagelsesbestemmelserne i artikel 107, stk. 2, litra b), og artikel 107, stk. 3, litra c), i TEUF, har Kommissionen besluttet at indlede den formelle undersøgelsesprocedure i henhold til artikel 108, stk. 2, i TEUF.

TEKST TIL BREV

»La Comisión desea informar a España de que, tras haber examinado la información facilitada por sus autoridades en relación con la medida citada en el encabezamiento, ha decidido:

- no formular objeciones con respecto a la medida I: subvenciones para comunidades de propietarios de edificios que, con objeto de garantizar la continuidad de la recepción de los canales emitidos en abierto hasta la fecha en la banda de 790-862 MHz, necesiten modernizar la infraestructura actual de TDT o cambiar a otra plataforma de su elección, e
- incoar el procedimiento previsto en el artículo 108, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con la medida II: compensación de los costes adicionales en que se incurra debido a la obligación de emitir simultáneamente durante el proceso de liberación del dividendo digital.

I. PROCEDIMIENTO

- 1) A raíz de las conversaciones previas a la notificación, el 5 de julio de 2011, las autoridades españolas notificaron ⁽¹⁾ a la Comisión las medidas mencionadas anteriormente. Los días 26 de agosto de 2011 y 7 de febrero de 2012, la Comisión envió sendas solicitudes de información a las autoridades españolas, que respondieron los días 20 de septiembre de 2011 y 17 de febrero de 2012.

II. DESCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS DE AYUDA

Contexto de las medidas

- 2) Las medidas notificadas se aplicarán en el contexto de la liberación del dividendo digital, con objeto de que España pueda cumplir los compromisos internacionales, a más tardar antes de que finalice el año 2015.
 - a) *Política europea en materia de liberación del dividendo digital*
- 3) En los últimos años el sector de la radiodifusión ha experimentado cambios profundos como resultado de la introducción de las tecnologías digitales. En comparación con la televisión analógica, la transmisión de televisión digital ofrece una mejor utilización del escaso espectro de frecuencias y puede dar cabida a un mayor número de canales de televisión. En 2003 se publicó la «Comunicación sobre la transición de la radiodifusión analógica a la digital (de la conversión al sistema digital al cierre del analógico)» ⁽²⁾. En ella se destacaban los beneficios de la transición a la radiodifusión digital y se abría el debate sobre las orientaciones políticas de la UE en aspectos tales como la proporción del espectro que se debía liberar, sus usos futuros y el cierre de la televisión analógica terrestre.
- 4) El paso de la radiodifusión analógica a la digital supuso la liberación de una parte del espectro de radiofrecuencia (denominada en lo sucesivo, la «RF») que hasta entonces

se utilizaba para la difusión de televisión. Ello era posible gracias a la mayor eficiencia de la señal digital en comparación con la analógica. La parte excedente del espectro resultante de esta mejora se ha llamado «dividendo digital».

- 5) La existencia de esta parte excedente era de conocimiento público a partir del momento en que se consideró el cambio a la tecnología digital a escala europea. Sin embargo, en aquel momento la totalidad del espectro utilizado por las emisiones analógicas ya estaba asignada a los servicios de televisión digital terrestre («TDT»), a raíz de los compromisos internacionales contraídos en el marco de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT). Como consecuencia, durante la planificación de la transición de una tecnología a otra, no se prestó especial atención a la posibilidad de dedicar una parte del espectro liberado a ningún otro tipo de señal que no fuera la televisión terrestre. Por consiguiente, varios Estados miembros, entre ellos España, planificaron la asignación de la banda de frecuencias de TDT, sin considerar la posibilidad de reutilizar para otras actividades el espectro excedente.
- 6) Hacia finales de 2007, a la luz del incremento mundial de las necesidades de espectro de RF y de los resultados obtenidos gracias a las tecnologías de compresión, la Comisión Europea estudió las posibilidades y el enorme potencial, tanto comercial como de innovación y crecimiento, que estas bandas excedentes del espectro podían ofrecer si prestaran servicios avanzados de comunicación electrónica (el llamado «dividendo»). Posteriormente, se concluyó que para aprovechar este dividendo era necesario que todos los Estados miembros liberasen de forma simultánea la misma banda de frecuencias (800 MHz) en el plazo más breve posible (antes de 2015).
- 7) La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada «Transformar el dividendo digital en beneficios sociales y crecimiento económico» [COM(2009) 586] (denominada en lo sucesivo, la «Comunicación») recomendaba a los Estados miembros que dejaran de utilizar la subbanda de 790-862 MHz (denominada en lo sucesivo, la «banda de 800 MHz») para los servicios de radiodifusión de alta potencia y aplicasen plenamente la decisión de armonización técnica de la UE a partir de cierta fecha que se acordaría a nivel de la UE.
- 8) Por último, la propuesta de Decisión de la Comisión Europea ⁽³⁾ por la que se establece un primer programa de política del espectro radioeléctrico y su reciente aprobación mediante la Decisión 243/2012/UE por la que se

⁽¹⁾ España considera que la compensación no constituye ayuda estatal pero, no obstante, la ha notificado por razones de seguridad jurídica.

⁽²⁾ Comunicación sobre la transición de la radiodifusión analógica a la digital (de la conversión al sistema digital al cierre del analógico), COM(2003) 541 final, de 22 de septiembre de 2003.

⁽³⁾ Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un primer programa de política del espectro radioeléctrico, COM(2010) 471 final, publicada el 20 de septiembre de 2010. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0471:FIN:ES:PDF>

establece un programa plurianual de política del espectro radioeléctrico⁽⁴⁾ requerían que todos los Estados miembros pusiesen la banda de 800 MHz a disposición de las comunicaciones electrónicas a partir del 1 de enero de 2013. La Comisión puede autorizar excepciones hasta 2015 cuando existan circunstancias excepcionales de índole local o nacional o problemas de coordinación transfronteriza de las frecuencias⁽⁵⁾.

b) *Evolución del dividendo digital en España*

9) España finalizó su transición a la TDT el 3 de abril de 2010, dando por concluidas las emisiones analógicas. Dado que la base jurídica de la transición de la radiodifusión analógica a la digital terrestre - Plan técnico nacional de la televisión digital terrestre («PTN») - data de 2005, en aquel momento no se planeó utilizar para otros fines el espectro (reservado por la UIT para la televisión terrestre)⁽⁶⁾. Este hecho tuvo dos consecuencias:

— En 2005 todo el espectro que se liberaría tras la desconexión analógica estaba reservado exclusivamente a los servicios de televisión terrestre, con objeto de aumentar el número de canales disponibles.

— Dado que en España no se utilizaba la banda de 800 MHz, en 2005 se tomó la decisión de utilizar la banda para el despliegue de las primeras estaciones de TDT. Dicha decisión facilitó la introducción de la nueva tecnología digital, ya que no necesitaba una liberación previa del espectro.

10) El PTN y las posteriores medidas reguladoras dividieron en la práctica el territorio de España en tres zonas:

a) Zona I – que abarcaba el 96 % de la población española, en la que los radiodifusores corrían con los costes de transición. Por lo que se refiere a esta zona, la transición a la televisión terrestre era ineludible debido a la obligación de cobertura y no se concedió financiación pública. Correspondía a los radiodifusores y/o operadores de plataformas invertir en la digitalización de la red.

b) Zona II – áreas menos urbanizadas y apartadas, que abarcaban alrededor del 2,5 % de la población, en las que los radiodifusores no tenían interés en prestar su servicio. Debido a la oposición de los organismos de radiodifusión a participar financieramente en la modernización de los centros de transmisión necesaria para transmitir sus señales, el Estado financió la ampliación de la cobertura⁽⁷⁾.

c) Zona III – en la que, debido a la topografía, no es posible prestar servicios a través de la plataforma de televisión terrestre y se prestan vía satélite.

11) La conversión al sistema digital también impuso algunos costes a los telespectadores. Los hogares situados en las zonas I y II tuvieron que pagar el descodificador para adaptar sus televisores a la TDT. Las comunidades de propietarios tuvieron que pagar además por la adaptación de su infraestructura de recepción de la señal digital. Por su parte, los residentes en la zona III tuvieron que adquirir equipos de recepción vía satélite, en algunos casos con la financiación parcial o total de las autoridades regionales o locales⁽⁸⁾.

12) En noviembre de 2007, más de dos años después de la aprobación del PTN, la UIT aprobó el uso de la banda de 800 MHz para los servicios de comunicaciones electrónicas. En esa fecha, la cobertura de TDT en la banda de 800 MHz en España ya abarcaba entre el 80 % y el 90 % de la población.

13) Después de 2008, varios Estados miembros anunciaron que iban a asignar la banda de 800 MHz para las comunicaciones electrónicas, siguiendo las propuestas de la Comisión. Sumándose a esta tendencia y con arreglo a las recomendaciones de la Comisión, en mayo de 2009 España anunció que reservaría la banda de 800 MHz para los servicios de comunicaciones electrónicas. El anuncio contaba con el respaldo jurídico de la Ley de Economía Sostenible («LES») ⁽⁹⁾. La LES establece que la banda de frecuencias de 800 MHz se utilizará principalmente para la prestación de servicios avanzados de comunicación electrónica, en línea con los usos armonizados que se acuerden en la Unión Europea.

14) En 2011, España decidió subastar la banda de frecuencias de 800MHz a los operadores de telecomunicaciones⁽¹⁰⁾. Los operadores de telecomunicaciones a los que se asignaron las nuevas frecuencias debían terminar de pagarlas a finales de junio de 2012 y debían también alcanzar una cobertura (a través de otras tecnologías o en otra banda de frecuencias) que permitiese el acceso a velocidades de

⁽⁴⁾ Decisión 243/2012/UE por la que se establece un programa plurianual de política del espectro radioeléctrico, de 14 de marzo de 2012, DO L 81 de 21.3.2012, p. 7. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:081:0007:0017:ES:PDF>

⁽⁵⁾ El artículo 6, apartado 4 de la Decisión 243/2012/UE contempla la aplicación de excepciones específicas. En la notificación de las medidas, España se basa en esta excepción y alega que se le debe aplicar una excepción especial debido a las dificultades derivadas de la liberación del espectro: más de 1 300 canales de televisión previstos (a escala nacional, regional y local), compleja orografía española que dificulta la planificación del espectro, necesidad de coordinación internacional con los países vecinos de Europa y del norte de África, etc. Sin embargo, España aun no ha solicitado formalmente a la Comisión la aplicación de la excepción extraordinaria. Además, según afirmó el 13 de marzo de 2012 el Ministro de Industria, Energía y Turismo, España desea liberar las frecuencias del dividendo digital un año antes, es decir para finales de 2013. <http://www.minetur.gob.es/es-ES/GabinetePrensa/Disursos/Lists/Disursos/Attachments/318/discurso%20ministro%20desayuno%20informativo%20intereconomia13032012.mp3>

⁽⁶⁾ Real Decreto 944/2005, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital terrestre, de 29 de julio de 2005.

⁽⁷⁾ La Comisión está investigando las medidas tomadas por las autoridades españolas para ampliar la cobertura de la TDT en la zona II; véase la Decisión de la Comisión en el asunto C 23/2010, C (2010) 6465 final.

⁽⁸⁾ Véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión C(2012)540, de 8 de febrero de 2012, en el asunto «Captación de televisión digital en Cantabria»: http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/comp-2011/sa28685-2011nn.pdf.

⁽⁹⁾ Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible: <http://www.boe.es/boe/dias/2011/03/05/pdfs/BOE-A-2011-4117.pdf>

⁽¹⁰⁾ Real Decreto 458/2011, de 1 de abril, sobre actuaciones en materia de espectro radioeléctrico para el desarrollo de la sociedad digital, artículo 6, apartado 2: <http://www.boe.es/boe/dias/2011/04/02/pdfs/BOE-A-2011-5936.pdf>

30 Mbps o más al menos del 90 % de los ciudadanos de unidades poblacionales de menos de 5 000 habitantes antes del 1 de enero de 2020.

- 15) Dado que actualmente la banda de 800 MHz se utiliza para emisiones de TDT, es necesario transferir las emisiones de los canales actuales a otros canales situados por debajo de los 790 MHz, a más tardar, a finales de 2014. Este proceso se ejecutará de conformidad con el Real Decreto 365/2010, de 26 de marzo de 2010, por el que se regula la asignación de los múltiples de la Televisión Digital Terrestre tras el cese de las emisiones de televisión terrestre con tecnología analógica ⁽¹¹⁾.
- 16) El Real Decreto 365/2010 implica el suministro de otros cinco múltiples digitales para sustituir a los que están actualmente en uso en la banda de 800 MHz ⁽¹²⁾. Esta migración plantea las siguientes dificultades:
- Necesidad de un periodo transitorio durante el cual las señales de televisión digital se emitan simultáneamente en ambos canales (emisión simultánea), ya que no es posible migrar de forma instantánea a los nuevos múltiples.
 - El nuevo múltiple corresponde a canales de RF que actualmente no se usan para la difusión de TDT. Debido a ello, en la mayoría de las comunidades de propietarios habrá que adaptar la infraestructura de recepción de TV a la nueva situación ⁽¹³⁾.

Descripción del mercado

- 17) El presente procedimiento tiene su origen en las medidas previstas por la administración española con el fin de liberar la banda de 800 MHz, que se utiliza actualmente para la difusión de la TDT. Por lo tanto, afecta al sector de la radiodifusión, en el que la cadena de productos de radiodifusión tiene como mínimo tres niveles distintos: i) radiodifusores de canales de televisión, ii) operadores de plataformas, y iii) proveedores de equipos de telecomunicación.
- 18) Los radiodifusores son los editores de canales de televisión. Compran o producen internamente contenidos de televisión, los agrupan en canales y los suministran al público a través de distintas plataformas, (satélite, TDT, cable o televisión por IP) ⁽¹⁴⁾.
- 19) El legislador ha establecido que la difusión gratuita para los telespectadores de canales nacionales, regionales y locales «en abierto» efectuada por los organismos públicos de radiodifusión (a nivel nacional es RTVE) constituye un servicio público. En cambio, la difusión de canales en

abierto por parte de los operadores privados no es un servicio público ⁽¹⁵⁾. Sin embargo, se concedieron a estos radiodifusores licencias para la difusión en las frecuencias asignadas, que expiran, como muy pronto, en 2025.

- 20) Con el fin de garantizar que la población se pueda beneficiar realmente de los servicios de televisión, la ley obliga a los radiodifusores públicos y privados a garantizar una cobertura mínima a través de la red terrestre. Estas obligaciones de cobertura se imponen en la misión de servicio público encomendada a los radiodifusores públicos y en la concesión de licencias a los operadores privados. Los radiodifusores públicos deben abarcar al menos el 98 % de la población española, mientras que los privados deberán cubrir al menos el 96 % de la población. Además de la difusión a través de la TDT, los radiodifusores también podrán emitir sus canales a través de otras plataformas.
- 21) Además de los radiodifusores que ofrecen sus canales a través de la plataforma de TDT, otros ofrecen canales de pago por visión o en abierto en otras plataformas — por ejemplo Digital Plus que lo hace vía satélite.
- 22) Los operadores de plataformas son entidades privadas o públicas que explotan las infraestructuras tecnológicas necesarias para transportar y difundir al público los canales producidos por los radiodifusores. En los inicios de la industria de la televisión, la única plataforma disponible era la analógica terrestre. Con el perfeccionamiento de la tecnología, han aparecido más plataformas en el mercado y, en la actualidad, hay en España cuatro plataformas de difusión:
- i) terrestre, que actualmente distribuye en la banda de 800 MHz cerca de 30 canales nacionales, y otros canales regionales y locales en abierto así como dos cadenas de televisión de pago;
 - ii) vía satélite, que distribuye en otra radiofrecuencia varias ofertas (incluidos canales en abierto y de pago);
 - iii) por cable, que distribuye a los abonados varios canales de televisión (con inclusión de la mayoría de los canales disponibles en abierto a través de la TDT);
 - iv) por IPTV, que puede distribuirse por las tecnologías FTTH y XDSL a través de la conexión de banda ancha de al menos 8 Mbps para transmitir señales de televisión. Emite para los abonados a canales de televisión, con inclusión de la mayoría de los canales disponibles en abierto a través de la TDT.

- 23) La TDT es la plataforma dominante en España y el principal distribuidor de televisión en abierto. La red terrestre consta de infraestructura de transporte y centros de difusión (que, a su vez, consisten en torres, transmisores, etc.). Los centros de radiodifusión son propiedad de los

⁽¹¹⁾ Real Decreto 365/2010, de 26 de marzo, por el que se regula la asignación de los múltiples de la Televisión Digital Terrestre tras el cese de las emisiones de televisión terrestre con tecnología analógica.

⁽¹²⁾ El múltiple es una señal generada mediante la agregación de otras señales para mejorar su transporte y difusión. En España hay en total 8 múltiples con cobertura nacional (2 para la televisión pública y 6 para la privada).

⁽¹³⁾ Las antenas individuales no pueden obtener ayuda en virtud de la medida I descrita en detalle más adelante, ya que se pueden ajustar para las nuevas frecuencias.

⁽¹⁴⁾ Televisión por Internet («IPTV»).

⁽¹⁵⁾ La licencia estatal incluye la asignación de una frecuencia para la radiodifusión terrestre. Los radiodifusores nacionales privados son: Antena 3, Mediaset España (Telecinco + Cuatro), La Sexta, Veo Televisión y Net TV. Aparte de los radiodifusores nacionales privados, existe también un cierto número de radiodifusores privados regionales y locales.

operadores nacionales y regionales de plataformas y del Estado (ayuntamientos o gobiernos autonómicos). Debido a las restricciones técnicas, la televisión terrestre no llega a la totalidad de la población de España (por ejemplo, algunas zonas poco pobladas o montañosas no reciben la señal). Sin embargo, gracias a las obligaciones de cobertura impuestas legalmente a los organismos de radiodifusión y, en algunos casos, gracias a los esfuerzos de los ayuntamientos que han construido centros emisores, su cobertura abarca aproximadamente el 98,85 % de la población⁽¹⁶⁾. En el estado actual de la tecnología, el satélite es la única plataforma técnicamente capaz de difundir la señal a toda la población de España⁽¹⁷⁾.

24) Por lo que respecta a las otras plataformas, según datos correspondientes a 2010 de la autoridad reguladora española de telecomunicaciones, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), la red de televisión por cable ya desplegada podía abarcar un poco más del 20 % de la población y la red de banda ancha ya desplegada (para FTTH y XDSL) podía ofrecer servicios de televisión por IP al 16,5 % de la población⁽¹⁸⁾.

25) Los operadores de plataforma, de los que Abertis es el principal, prestan el servicio de transporte y distribución de la señal de TDT⁽¹⁹⁾. La CMT constató que en el mercado español de servicios de radiodifusión a través de la tecnología terrestre, Abertis tiene un poder de mercado significativo en diez de diecinueve Comunidades Autónomas. En una reciente decisión, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) señaló que, debido a su posición dominante en el mercado del suministro de distribución de TDT, Abertis está en condiciones de aplicar un estrechamiento de márgenes⁽²⁰⁾. De resultados de ello, Abertis puede obstaculizar la competencia y, de este modo, aplicar unos precios más elevados a la prestación de sus servicios.

26) En torno al 9 % de la población española está abonada a la televisión de pago⁽²¹⁾. La mayor parte de los canales

en abierto disponibles por la TDT también se emiten (gratuitamente o como parte de un paquete de suscripción) en estas plataformas. La plataforma de la televisión de pago preferida es vía satélite⁽²²⁾, con tres operadores de plataforma distintos: Eutelsat, Hispasat y Astra⁽²³⁾.

27) Los proveedores de equipos son fabricantes y/o instaladores de infraestructuras y dispositivos necesarios para acceder a las distintas plataformas. En el presente asunto, los proveedores de equipos suministran a las comunidades de propietarios los equipos necesarios para reajustar las infraestructuras existentes de TDT a la nueva banda de frecuencias, o equipos nuevos de recepción para otras plataformas.

Marco jurídico de los servicios de radiodifusión en España

28) El legislador español definió en 2006 el vigente estatuto jurídico del organismo público de radiodifusión en la Ley de la radio y la televisión de titularidad estatal, que define el servicio de radiodifusión como servicio público⁽²⁴⁾. La definición del servicio público de radiodifusión abarca solo los servicios de radio y televisión y no vincula el mandato de servicio público a ninguna plataforma. Sin embargo, el PTN, que regula la televisión terrestre, impone al organismo público de radiodifusión la obligación de que sus servicios abarquen al menos el 98 % de la población. Por lo tanto, el organismo de radiodifusión de servicio público parece estar obligado a prestar sus servicios al 98 % de la población a través de la plataforma terrestre. Esto no es óbice, sin embargo, para que además envíe su señal a través de otras plataformas. De hecho, actualmente todos los canales de RTVE (salvo TVE-HD) están disponibles en todas las plataformas, ya sea por cable, satélite o IPTV. El organismo público de radiodifusión está totalmente financiado con cargo al presupuesto nacional, por lo que los costes de la emisión simultánea correrán, en todo caso, a cargo de los fondos públicos. Al ser enteramente propiedad del Estado, RTVE no tiene derecho a una compensación del Estado en caso de costes adicionales imprevistos resultantes de actos reglamentarios.

29) Por lo que respecta a los radiodifusores privados nacionales a través de la plataforma terrestre, sus derechos y obligaciones se establecen en una serie de actos jurídicos: concesiones que se les otorgan para la prestación de servicios de televisión, sus respectivas renovaciones y las subsiguientes licencias. Los radiodifusores privados que

⁽¹⁶⁾ Sin embargo, solo el 93,5 % de la población la utiliza para ver la televisión. El 5,35 % restante prefiere acceder a los servicios de televisión a través de otras plataformas.

⁽¹⁷⁾ La plataforma vía satélite consta de una estación terrestre, un satélite y, al nivel del receptor, una antena parabólica y un descodificador. Para ampliar la cobertura vía satélite en una región, la antena parabólica y el descodificador tienen que estar instalados en los locales del cliente.

⁽¹⁸⁾ En 2010, 855 584 hogares habían contratado IPTV, y 1 586 573 estaban abonados al cable. La población total de España era de 47 021 031 habitantes. Para más detalles, véase el informe anual de la CMT: <http://informeanual.cmt.es/>

⁽¹⁹⁾ Otros operadores de plataforma de TDT, son Itelazpi, Opatel y Telecom Castilla La Mancha.

⁽²⁰⁾ Expediente de la CNC S/0207/09 TRANSPORTE TELEVISIÓN. En virtud de la normativa de la CMT, Abertis está obligada a permitir el acceso a su red de retransmisión de señales de TDT, porque es un activo irreplicable que es esencial para poder prestar servicios de transporte de distribución de las señales de TDT. Abertis presta asimismo estos servicios a los radiodifusores, también con una posición dominante. Tras un análisis pormenorizado de los costes e ingresos de Abertis, la CNC concluyó que, con los precios a los que la empresa presta servicios de acceso a sus centros y habida cuenta de las condiciones acordadas con los clientes del mercado minorista, los competidores que sean tan eficientes como Abertis no disponen de ningún margen de supervivencia en el mercado del transporte y distribución de la señal de TDT.

⁽²¹⁾ Datos de 2009 presentados por las autoridades españolas.

⁽²²⁾ En 2009, los espectadores se repartieron entre las plataformas de televisión de pago de la manera siguiente: satélite: 43,6 %; cable: 34 %; TDT (dos cadenas de televisión de pago): 3,6 %; e IPTV: 18,8 %.

⁽²³⁾ EUTELSAT distribuye canales internacionales en abierto y canales internacionales de RTVE. Hispasat distribuye canales del radiodifusor español vía satélite Digital Plus y presta este servicio a cerca del 25 % de los abonados a Digital Plus, así como una serie de canales de televisión internacionales en abierto y de pago. Astra es el principal distribuidor Digital Plus, distribuyéndolo al 75 % de sus abonados, y emite asimismo una serie de canales de televisión internacionales en abierto y de pago. Digital Plus ofrece al menos 16 de los canales en abierto disponibles a través de la TDT.

⁽²⁴⁾ La Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, establece que «El servicio público de radio y televisión de titularidad del Estado es un servicio esencial para la comunidad [...] que tiene por objeto la producción, edición y difusión de un conjunto de canales».

deseaban utilizar la escasa frecuencia recibieron en primer lugar concesiones, tras un concurso convocado por las autoridades. Para participar en ese concurso tenían que presentar ofertas que cumplieran las condiciones especificadas en la licitación ⁽²⁵⁾. A continuación, se concedió a los radiodifusores el derecho a difundir sus cadenas por las frecuencias de la red terrestre, de capacidad limitada y regulada por el Estado. Posteriormente, se renovaron las concesiones y, en 2010, se transformaron en licencias, que no expirarán antes de 2025 ⁽²⁶⁾. Aparentemente, el Estado está vinculado por la duración de las licencias y solo puede revocarlas en caso de que los radiodifusores incumplan sus obligaciones (por ejemplo, si dejan de emitir durante 15 o más días). Los radiodifusores pueden renunciar a las licencias si no están en condiciones de cumplir con sus obligaciones.

30) A cambio del derecho a emitir en las frecuencias terrestres asignadas, los operadores de radiodifusión deben cumplir una serie de obligaciones. Por ejemplo, deben prestar el servicio con continuidad, con la calidad recomendada por la UIT y el CCIR (Comité Consultivo Internacional de Radiocomunicaciones) y en línea con los avances tecnológicos ⁽²⁷⁾. Los radiodifusores privados también están obligados a prestar servicios a través de la red terrestre a un porcentaje mínimo de población, fijado en 2006 en el 96 % ⁽²⁸⁾. En el presente asunto, las disposiciones nacionales pertinentes significan conjuntamente que, de hecho, durante los periodos de transición los radiodifusores tienen que emitir sus canales de forma simultánea. Sin embargo, en 2010 el Real Decreto 365/2010 introdujo una obligación explícita importante al establecer que, en el marco de la liberación del diviendo digital, los radiodifusores deberán efectuar la difusión simultánea en ambas frecuencias hasta que se asignen los múltiples digitales definitivos ⁽²⁹⁾.

31) Por lo que respecta a la posibilidad de recibir una compensación por el cambio de frecuencias, como en el presente asunto, parece que las concesiones iniciales otorgadas a los radiodifusores para la prestación de servicios de televisión, sus respectivas renovaciones y licencias subsiguientes no incluían referencia alguna a una compensación por el coste de la migración o reordenación de uso del espectro. Además, el PTN señalaba que las autoridades pueden establecer condiciones especiales para la radiodifusión, no previstas en las concesiones, en caso de que

sea necesario cambiar el modo de emisión debido a la evolución del mercado y el desarrollo tecnológico ⁽³⁰⁾. La disposición tampoco establece ningún derecho de compensación para los radiodifusores en ese caso.

Las medidas de ayuda

32) En este contexto, para garantizar la misma cobertura de la señal de televisión y garantizar la adecuada reordenación de frecuencias en el marco de la liberación del diviendo digital, España ha diseñado dos medidas:

— Subvenciones para comunidades de propietarios de edificios que, con objeto de garantizar la continuidad de la recepción de los canales emitidos en abierto hasta la fecha en la banda de 800 MHz, necesiten modernizar la infraestructura actual de TDT o cambiar a otra plataforma de su elección (**medida I**).

— Una medida financiera para compensar los costes adicionales en que incurran los radiodifusores que están obligados ⁽³¹⁾ a difundir simultáneamente los mismos programas en dos bandas de frecuencia para garantizar la cobertura obligatoria (**medida II**).

33) **La base jurídica** de las medidas notificadas es:

— el Artículo 106.2 de la Constitución española;

— la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992;

— el Real Decreto 429/1993 por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial, de 26 de marzo de 1993;

— el Real Decreto 365/2010, por el que se regula la asignación de los múltiples de la Televisión Digital Terrestre tras el cese de las emisiones de televisión con tecnología analógica, de 26 de marzo de 2010;

— la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, de 4 de marzo de 2011;

— la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual, de 31 de marzo de 2010;

⁽²⁵⁾ Resolución de 25 de enero de 1989, de la Secretaría General de Comunicaciones, por la que se publica el acuerdo por el que se aprueba el pliego de bases del concurso para la adjudicación del Servicio Público de Televisión, en gestión indirecta, y se dispone la convocatoria del correspondiente concurso público, Título III, Derechos y obligaciones de los concesionarios.

⁽²⁶⁾ La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, ofrece una base jurídica para transformar el título habilitante para la prestación de servicios audiovisuales de comunicación: las concesiones válidas a 1 de mayo de 2010 se transformaban en licencias. A continuación, se transformaban las concesiones válidas en licencias por medio de acuerdos individuales con los radiodifusores correspondientes (véase el Acuerdo de 11 de julio de 2010, con Antena 3, Telecinco, La Sexta y Veo, y el Acuerdo de 28 de mayo de 2010 con Sogecable).

⁽²⁷⁾ Esta obligación se deriva de las condiciones establecidas en la convocatoria de licitación realizada a raíz de la Resolución de 25 de enero de 1989.

⁽²⁸⁾ Real Decreto 944/2005 y Real Decreto 920/2006.

⁽²⁹⁾ Véase la nota a pie de página 11.

⁽³⁰⁾ Real Decreto 944/2005, disposición adicional decimocuarta: «Condiciones especiales de emisión. En función de la evolución del mercado, de las posibilidades tecnológicas y del desarrollo de la televisión digital terrestre, el Gobierno podrá decidir el establecimiento de condiciones especiales de emisión en línea con las prácticas de los principales países europeos, no previstas en los actuales contratos concesionales».

⁽³¹⁾ Esta obligación está contemplada en el artículo 4.1.a) del Real Decreto 365/2010.

- el Borrador de Real Decreto xxx/201x, por el que se aprueban las bases para la concesión directa de subvenciones destinadas a la difusión simultánea de programas de televisión durante el proceso de liberación del dividendo digital con cargo al Programa xxx;
- el Borrador de Real Decreto xxx/201x, por el que se aprueban las bases para la concesión directa de subvenciones destinadas a la adaptación de las infraestructuras de recepción para el dividendo digital con cargo al Programa xxx.
- 34) **El objetivo de las medidas** es cubrir el coste de la conversión necesario a nivel doméstico y garantizar la continuación de los servicios de radiodifusión durante un periodo transitorio. La medida I garantizará que, durante y después del proceso de reordenación, los hogares de las comunidades de propietarios no se vean privados de la recepción de los canales en abierto emitidos hasta ahora en la banda de 800 MHz. La medida II compensará los costes adicionales derivados de la emisión simultánea durante la reordenación de la banda de frecuencias que sean soportados por los radiodifusores de TDT.
- 35) **Duración:** el régimen se aplicará después de su aprobación por la Comisión y estará en vigor hasta el 31 de diciembre de 2014. Las autoridades españolas calculan que el periodo de emisión simultánea debería durar de seis a veinticuatro meses según el territorio. Cuando la adaptación de la infraestructura de recepción de los usuarios finales haya alcanzado mediante la emisión en la nueva banda de frecuencias un nivel que permita abarcar la misma población que con la emisión en la banda de 800 MHz, el periodo de emisión simultánea finalizará en ese territorio.
- 36) **Beneficiarios:** la medida I se dirige a comunidades de propietarios de edificios y a propietarios de una infraestructura común para la recepción de la señal digital ⁽³²⁾ que necesiten modificar esa infraestructura o cambiar a otra plataforma de su elección, a fin de garantizar la continuidad de la recepción del servicio de televisión ⁽³³⁾. Las autoridades españolas estiman que afectará a 1,4 millones de edificios. La adaptación será efectuada por instaladores homologados que deben estar inscritos en el registro oficial de instaladores de equipos de telecomunicaciones ⁽³⁴⁾.
- 37) La medida II está dirigida a los radiodifusores afectados por la obligación de emitir simultáneamente durante el reordenamiento del espectro debido a la liberación del dividendo digital. Son beneficiarios de las compensaciones los radiodifusores a nivel nacional, regional y local, tanto públicos como privados. A nivel nacional, España ha mencionado siete beneficiarios: Corporación RTVE, Antena 3 de TV, Telecinco, Sogecable, La Sexta, Net TV y Veo TV. Otros 15 radiodifusores se beneficiarán de la medida a nivel regional y 45 a nivel local.
- 38) Tal y como se señala en la descripción del mercado, además de la TDT hay en España otras plataformas de difusión alternativas tales como el satélite o el cable (coaxial, de cobre y de fibra óptica). Estas plataformas no se ven afectadas por el cambio de canales necesario para liberar el dividendo digital y, por lo tanto, no pueden optar a las medidas compensatorias. Por norma general, los radiodifusores de TDT que utilicen actualmente una banda de frecuencias diferente de 800 MHz no pueden optar a una compensación concedida en virtud de este régimen, salvo que tengan necesidad de modificar su frecuencia como consecuencia de la liberación del dividendo digital y de los requisitos de coordinación internacional.
- 39) **Presupuesto e instrumento de financiación:** el presupuesto total estimado es de 600 a 800 millones EUR, de los que entre 500 y 600 millones EUR se asignarán a la medida I y entre 100 y 200 millones EUR a la medida II. Estos fondos procederán de la subasta de las frecuencias liberadas entre los operadores de telecomunicaciones y serán abonados con cargo al presupuesto del Estado en forma de subvención directa ⁽³⁵⁾.
- 40) **Costes subvencionables:** las comunidades de propietarios, pueden obtener subvenciones al amparo de la medida I ya sea para i) adaptar las infraestructuras existentes a la recepción de canales en abierto en la nueva banda de frecuencias, o ii) instalar infraestructura de recepción de la señal de televisión a través de otras plataformas, o iii) recibir acceso a los servicios de televisión a través de otra plataforma ⁽³⁶⁾. Los costes subvencionables deberán estar relacionados directamente con la adaptación o instalación de las infraestructuras o el acceso a la recepción de los programas de televisión que se emiten actualmente en las frecuencias que se liberarán. Las antenas individuales no pueden optar a la ayuda, ya que se pueden ajustar para las nuevas frecuencias. Los beneficiarios deben justificar mediante factura los costes que hayan abonado.
- 41) Por lo que respecta a los radiodifusores (medida II), la compensación recibida se limitará estrictamente a los gastos extraordinarios que deban soportar debido a la obligación de emisión simultánea y únicamente en el
-
- ⁽³²⁾ Las autoridades españolas han explicado que esta categoría de beneficiarios se refiere a los propietarios de aquellos conjuntos de viviendas o locales que, sin constituir formalmente una comunidad de propietarios, comparten la propiedad de una infraestructura de recepción de televisión para uso propio.
- ⁽³³⁾ Las casas individuales están adaptadas para la TDT mediante sus amplificadores de banda ancha, y, por lo tanto, solo tendrán que resintonizar las cadenas de televisión, pero no deberían tener que introducir cambios en sus equipos de recepción.
- ⁽³⁴⁾ Registro de empresas instaladoras de telecomunicación, creado por el Real Decreto 244/2010, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de la actividad de instalación y mantenimiento de equipos y sistemas de telecomunicación. Este Real Decreto se adoptó de conformidad con la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, DO L 376 de 27.12.2006, p. 36.
- ⁽³⁵⁾ Las autoridades españolas han confirmado que el proceso de subasta ha terminado y generado unos fondos disponibles de 1 305 millones EUR por lo que el importe no será detractor de otros recursos estatales.
- ⁽³⁶⁾ Si, por ejemplo, los habitantes deciden renunciar a la TDT, pero en cambio se abonan a la IPTV, puede que no sea necesario instalar nuevas infraestructuras sino recibir acceso a los servicios.

ámbito de aplicación de la obligación de cobertura mínima (cobertura del 98 % para los radiodifusores públicos y del 96 % para los privados) ⁽³⁷⁾. Por consiguiente, la compensación se determinará exclusivamente en función del coste de la emisión simultánea (costes cobrados por los operadores de plataforma que incluyan: transmisores nuevos y servicios asociados del operador de plataforma, por ejemplo, consumo de electricidad, alquiler del espacio, mantenimiento, etc.). No se incluyen los gastos de readaptación de equipos de transmisión y otros gastos no excepcionales relacionados con la reordenación de frecuencias.

- 42) **Intensidad de la ayuda:** las subvenciones/compensaciones no excederán del 100 % de los costes adicionales que los radiodifusores tengan que soportar como resultado de la obligación de emisión simultánea y de los costes que tengan que soportar las comunidades de propietarios de edificios para adaptar o adquirir infraestructuras o para tener acceso a la recepción de los canales emitidos en abierto hasta ahora en la banda de 800 MHz. La subvención/compensación no puede superar el coste de la solución tecnológica más económica ⁽³⁸⁾. Para la medida I, el importe se calculará basándose en el precio de mercado de la solución tecnológica más económica, el tipo de infraestructura de recepción que se adoptará ⁽³⁹⁾ y el número de canales emitidos afectados. El importe de la subvención concedida a cada radiodifusor con arreglo a la medida II se calculará basándose en el precio de mercado de la solución tecnológica más económica, la duración del periodo de emisión simultánea y la zona exacta que se debe cubrir ⁽⁴⁰⁾.
- 43) **Seguimiento y exceso de compensación:** el Ministerio de Industria, Energía y Turismo (MINETUR) establecerá los procedimientos de control necesarios para garantizar que los beneficiarios cumplen las condiciones definidas. Si se prueba el incumplimiento de dichos requisitos durante los controles subsiguientes habrá que devolver el importe percibido más los correspondientes intereses. En el caso excepcional de que se detecte un exceso de compensación, los afectados deberán devolver la cantidad percibida en exceso más los intereses pertinentes.
- 44) **Ámbito geográfico de las medidas:** las medidas notificadas se aplicarán exclusivamente en aquellas zonas del territorio español en que los costes de cobertura de TDT durante el proceso de transición hayan sido sufragados por los propios radiodifusores y no mediante recursos públicos. La ampliación de la cobertura está explícitamente excluida de la medida. En otras palabras, las medidas de compensación solo se aplican en la denominada Zona I.

⁽³⁷⁾ La compensación relacionada con la ampliación de la cobertura está explícitamente excluida de esta medida.

⁽³⁸⁾ El Ministerio de Industria, Energía y Turismo realizará previamente una consulta pública sobre los costes de las diferentes tecnologías. En el caso de la radiodifusión terrestre los precios de referencia son supervisados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT).

⁽³⁹⁾ A este efecto las autoridades españolas distinguen entre edificios con amplificación de banda ancha, con amplificación mediante centralita programable y con amplificación mediante amplificadores monocanal.

⁽⁴⁰⁾ La superficie exacta cubierta no se tiene en cuenta en el caso de la emisión vía satélite.

45) **Neutralidad tecnológica:** dado que la reordenación de las frecuencias afecta únicamente a la banda de frecuencia de 800 MHz utilizada para la radiodifusión terrestre digital, otras plataformas (tales como el satélite, el cable o la IPTV) no se verán afectadas por la liberación del dividendo digital. Como no utilizan esa banda radioeléctrica, sus plataformas seguirán operando sin inversiones adicionales.

46) **Acumulación:** la ayuda concedida en virtud de la medida I podrá acumularse con otras fuentes de financiación concedidas para el mismo fin por cualquier otra institución pública o privada, siempre que no se supere el 100 % de los costes de las actividades subvencionadas.

47) Sin embargo, la ayuda con cargo a la medida II no podrá acumularse con otras fuentes de financiación concedidas para el mismo fin por cualquier otra institución pública o privada, a nivel nacional, internacional o de la UE.

48) **Consulta:** las autoridades españolas realizaron una consulta pública general sobre la liberación del dividendo digital en junio de 2010 ⁽⁴¹⁾. El objeto principal de esta consulta era la subasta de frecuencias (forma de la subasta, limitación cuantitativa de la frecuencia, calendario, interferencias). Se efectuará otra consulta pública a escala nacional (para toda la Zona I) una vez que la Comisión autorice el régimen, para determinar el coste de la solución más barata en el mercado de la retransmisión así como para asegurar la continuidad de la recepción de servicios de televisión en los edificios de viviendas (medida I) ⁽⁴²⁾.

Posición de las autoridades españolas

49) **Medida I:** las autoridades españolas alegan, en primer lugar, que la medida I no constituye ayuda estatal. Consideran justo compensar a los residentes afectados directamente por las medidas administrativas, ya que durante el periodo en cuestión se verán obligados, como consecuencia de dichas medidas, a hacer frente a gastos imprevistos. Según España, esta circunstancia no supone una ventaja selectiva para los beneficiarios ya que únicamente se les compensa por los perjuicios resultantes de un acto oficial, y la compensación es el resultado directo de este acto oficial de conformidad con un régimen general de compensaciones que se deriva directamente del derecho constitucional a la propiedad.

50) En caso de que la Comisión no comparta esta opinión, las autoridades españolas consideran que la ayuda puede ser compatible con el artículo 107, apartado 2, letra b), del TFUE, puesto que la liberación del dividendo digital es, según las autoridades, un acontecimiento de carácter excepcional. La aparición del espectro excedente, las actuaciones de las administraciones públicas y la liberación de este espectro han dado lugar a acontecimientos cuya peculiaridad en el tiempo y carácter extraordinario permiten considerarlos excepcionales.

⁽⁴¹⁾ http://www.minetur.gob.es/telecomunicaciones/es-es/participacion/documents/espectro/consulta_espectro.pdf

⁽⁴²⁾ Consulta organizada y gestionada por la SETSI (Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, que es el órgano competente de la Administración General del Estado).

- 51) En caso de que esta excepción no se aplique en el presente caso, las autoridades españolas consideran que hay argumentos suficientes para que la Comisión concluya que las medidas se ajustan a los objetivos establecidos en el artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE. Esto se debe a que la medida garantiza la continuidad de la recepción de canales de televisión afectados por la liberación del dividendo digital sin falsear la competencia ni alterar las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común.
- 52) Las autoridades españolas sostienen que la medida I es el instrumento apropiado para alcanzar un objetivo de interés común (liberación del dividendo digital) dado que:
- i) Se aplicará únicamente a los residentes que deban hacer frente a costes extraordinarios para disfrutar de la continuidad de recepción de canales de televisión.
 - ii) Se limitará estrictamente a cubrir solo el importe de estos costes.
 - iii) Su objetivo es promover medidas para garantizar la continuidad de la recepción de canales de televisión afectados por la liberación del dividendo digital con antelación suficiente, de tal modo que el acceso a los programas de televisión de las comunidades de propietarios no se vea obstaculizado a partir del 1 de enero de 2015.
 - iv) La medida tiene un efecto incentivador ya que, si no existiera la compensación, es probable que al menos algunos de los usuarios de televisión no hubiera tomado dichas medidas en la fecha límite; esto supondría que, o bien habría que aplazar la liberación del dividendo digital o bien muchos ciudadanos dejarían de recibir, durante un periodo de tiempo considerable, una parte sustancial de los canales de TDT que reciben actualmente.
 - v) La medida es necesaria dada la situación económica actual, que se caracteriza por una reducción de la renta disponible de las familias españolas. El Gobierno español opina que las medidas compensatorias lograrán evitar la creación de un vacío en el acceso a la información debido a la falta de actualización de los equipos de recepción de los hogares de los ciudadanos.
 - vi) Es proporcional, puesto que la financiación se aplicará única y exclusivamente a los costes necesarios que los residentes deban abonar para mantener la continuidad de la recepción de canales de televisión afectados por la liberación del dividendo digital; además, el importe máximo de la compensación que se abonará se determinará antes de su pago y los beneficiarios deberán demostrar que han utilizado los fondos para los fines para los que se han concedido, lo que garantiza que no se paga indebidamente ninguna compensación que pueda afectar negativamente a la competencia.
 - vii) La medida es tecnológicamente neutra ya que el importe de la subvención no depende del tipo de tecnología utilizada y se calcula de acuerdo con la modalidad menos costosa de entre las soluciones consideradas eficaces y técnicamente viables.
- 53) Medida II: las autoridades españolas creen que esta medida no entra en el ámbito de aplicación del artículo 107, apartado 1, del TFUE, habida cuenta de que la transición a una banda de frecuencia menor no entraña ninguna ventaja para los beneficiarios. Estos obtienen la misma cantidad de espectro radioeléctrico, con las mismas características técnicas y en las mismas condiciones económicas. Según las autoridades españolas, al igual que en el caso de la medida I, esta situación no implica una ventaja selectiva para los beneficiarios, ya que únicamente se les compensa por los perjuicios resultantes de un acto oficial y la compensación es el resultado directo de este acto oficial de conformidad con régimen general de compensaciones que se deriva directamente del derecho constitucional a la propiedad.
- 54) Efectivamente, España considera que estas compensaciones pueden considerarse una responsabilidad patrimonial de la administración pública, según lo establecido en el artículo 106.2 de la Constitución española ⁽⁴³⁾, que establece una obligación general de reparar cualquier daño causado por una medida administrativa, aun cuando no sea posible determinar las responsabilidades.
- 55) Si, no obstante, se considerase que existe ayuda estatal, esta sería compatible, según España, con arreglo al artículo 107, apartado 2, letra b), por las mismas razones expuestas para la medida I. Alternativamente, la ayuda puede declararse compatible en virtud del artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE por las razones siguientes:
- i) La medida se enmarca en la estrategia europea de transformación del dividendo digital en beneficios sociales y crecimiento económico de la Unión Europea.
 - ii) La medida soluciona una deficiencia del mercado de la comunicación electrónica (escasez de espectro adecuado) para ofrecer servicios de comunicación electrónica.
 - iii) La compensación directa para los operadores de radiodifusión es el instrumento adecuado, ya que solo se aplicará a aquellos operadores de radiodifusión que se vean forzados a incurrir en costes no deseados debido a la obligación de emisión simultánea. La compensación se limitará estrictamente al importe de estos gastos excepcionales.
 - iv) La medida supone un incentivo para que los organismos de radiodifusión liberen el dividendo digital en el plazo contemplado en los compromisos internacionales y con la antelación suficiente para poder realizar los ajustes de los equipos de los ciudadanos.

⁽⁴³⁾ El artículo 106.2 de la Constitución establece que «Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

Dado que el beneficio de la liberación del dividendo digital favorece a los operadores de telecomunicaciones, las autoridades españolas han alegado que los radiodifusores terrestres pueden ser reacios a participar en la reordenación del espectro y garantizar la emisión simultánea. En realidad, no se beneficiarán de la medida, ya que obtendrán la misma cantidad de espectro, con las mismas características y con las mismas condiciones y costes económicos, sin hacer posible ninguna oferta adicional de servicios o cadenas. Por el contrario, la reordenación de frecuencias y la emisión simultánea implican importantes costes y dificultades para los radiodifusores⁽⁴⁴⁾.

- v) La medida es proporcional, pues solo cubre los costes adicionales soportados por los radiodifusores debido a la reordenación de los canales. La compensación solo se aplicará durante el periodo de emisión simultánea y su cuantía se establecerá *a priori* y tras la consulta pública.
- vi) La medida es tecnológicamente neutra: dado que la reordenación de las frecuencias solo afecta a la banda de frecuencias de 800 MHz utilizada para la radiodifusión digital terrestre, las medidas de compensación están concebidas para compensar los costes adicionales derivados de la liberación del dividendo digital por los radiodifusores de TDT. Otras plataformas (tales como el satélite, el cable o la IPTV) no se verán afectadas por el cambio de canales necesario para liberar el dividendo digital, ya que no utilizan dicha banda radioeléctrica de tal modo que seguirán operando sus plataformas sin inversiones adicionales.

Además, los beneficiarios de la medida pueden elegir la tecnología que se utilizará (satélite, cable, IPTV, TDT, etc.) para acceder a los contenidos de los radiodifusores. El importe de la compensación se fijará de acuerdo con la solución de mercado más eficiente económicamente, que será elegida tras una consulta pública. Por lo tanto, los precios propuestos para las diferentes tecnologías aplicables serán revisados utilizando la más barata como coste de referencia. Si un beneficiario utiliza una solución de mayor coste, la compensación no se incrementará y el beneficiario tendrá que soportar los costes de la diferencia entre la solución elegida y la de referencia. En consecuencia, los beneficiarios de las medidas tendrán derecho a los importes de compensación con el mismo límite máximo, con independencia de la tecnología elegida, lo que garantiza la neutralidad tecnológica de las medidas.

- vii) La medida no falsea la competencia: con objeto de promover la equidad y preservar la situación actual del mercado, las autoridades españolas estiman necesario compensar a las partes implicadas a fin de

evitar un futuro falseamiento de la competencia. Dado que los radiodifusores deben hacer frente a los costes derivados de medidas, esto frustraría sus expectativas de crecimiento y beneficiaría a los operadores de otros mercados.

En efecto, las externalidades positivas resultantes de la liberación del dividendo digital supondrán una ventaja para los operadores de comunicaciones electrónicas y para la economía en general. Sin embargo, los radiodifusores terrestres se verán afectados de forma negativa por la liberación del dividendo digital y no podrán integrar los beneficios de esta. Por el contrario, tendrán que soportar los costes de adaptación del equipo de transmisión a las nuevas frecuencias y, además, deberán cumplir las obligaciones que se les imponen (emisión simultánea). Por lo tanto, según las autoridades españolas, la medida no falsea la competencia en favor de los radiodifusores de TDT, sino que les permite situarse en pie de igualdad con otros operadores no afectados por la liberación del dividendo digital.

III. EVALUACIÓN PRELIMINAR

1. EXISTENCIA DE AYUDA

- 56) El artículo 107, apartado 1, del TFUE establece que «serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones». En consecuencia, para considerar que la medida constituye ayuda estatal, deben cumplirse las condiciones acumulativas siguientes: 1) se debe conceder mediante fondos estatales; 2) debe conceder una ventaja económica a las empresas; 3) la ventaja debe ser selectiva y falsear o amenazar falsear la competencia; 4) debe afectar al comercio intracomunitario.

Recursos estatales

- 57) La Comisión observa que las medidas de ayuda notificadas se financian directamente a través del presupuesto de España. Por lo tanto, pueden considerarse recursos estatales.

Ventaja económica y selectividad

Medida I:

- 58) Las autoridades españolas conceden los fondos a las comunidades de propietarios de edificios o a los propietarios de una infraestructura común de recepción de televisión digital. Componen esta segunda categoría de beneficiarios los propietarios de conjuntos de viviendas que, sin constituir formalmente una comunidad de propietarios, comparten la propiedad de una infraestructura de recepción de televisión. A este respecto, ninguna categoría de beneficiarios puede considerarse una empresa que ejerza una actividad económica que entre en el ámbito de aplicación del artículo 107, apartado 1, del TFUE, ya que simplemente representan a los propietarios y no ofrecen ningún servicio o bien ni a sus miembros ni a cualquier otra persona.

⁽⁴⁴⁾ Las autoridades españolas estiman que para un radiodifusor nacional el coste de la emisión simultánea asciende a 15 millones EUR. Dependiendo del radiodifusor, esto representa desde el 2,5 % (Telecinco) hasta el 60 % (Vevo Televisión) de sus ingresos. Dado que los costes medios del funcionamiento normal ascienden a 20 millones EUR y que deberían añadirse al importe antes citado, estos gastos podrían poner en peligro la viabilidad de la empresa. Los radiodifusores locales y regionales que tienen ingresos escasos debido a su audiencia limitada se encontrarían en una situación similar.

59) Sin embargo, la financiación pública puede constituir una ayuda indirecta ⁽⁴⁵⁾ a los instaladores registrados que reajusten o instalen infraestructuras nuevas de recepción de televisión digital y a los proveedores de equipos necesarios para estas actividades ⁽⁴⁶⁾. La ayuda permitirá a las comunidades de propietarios efectuar una inversión para adaptar la actual infraestructura común de TDT o cambiar a otra plataforma de su elección, con objeto de recibir los canales en abierto que estaban antes disponibles en la banda de frecuencias de 800 MHz. Es posible que sin la medida cierto número de propietarios de viviendas en comunidades de propietarios no estuviera interesado en recibir la televisión digital y podría negarse a contribuir a la adaptación de la infraestructura colectiva. En este sentido, en comparación con una situación carente de subvención, los instaladores y proveedores de equipos podrán obtener unos beneficios que no hubieran obtenido en condiciones normales de mercado. Por lo tanto, se benefician indirectamente de la financiación pública concedida al amparo de la medida I.

60) En la medida en que la subvención altera el comportamiento de los consumidores, los operadores de plataformas también puede ser beneficiarios indirectos de la medida. Si no se concediera la subvención, algunos hogares podrían optar por renunciar al acceso a la televisión a través de la TDT y por no contribuir a la adaptación de los equipos colectivos; de esta manera, obstaculizarían el acceso de sus vecinos al servicio de televisión. Otros hogares podrían optar por recurrir a medios alternativos para acceder a los canales de televisión que desean ⁽⁴⁷⁾. En tales casos, el número de hogares conectados al servicio de TDT y, por tanto, los correspondientes ingresos de los operadores de la plataforma de TDT, podrían descender.

61) Por otro lado, la manera en que la medida I está concebida también puede redundar en beneficio de los operadores de otras plataformas, en comparación con la situación que existiría si no se concediese ninguna subvención. La medida concede a los beneficiarios directos la posibilidad de utilizar las subvenciones para financiar (al menos parcialmente) el cambio a otra plataforma para la recepción de televisión. En efecto, esta opción puede inducir a muchas comunidades de propietarios, especialmente los que ya tienen conexión por cable, satélite, antena colectiva o banda ancha, a abandonar la TDT y, en su lugar, a acceder a la prestación de servicios de televisión, ins-

talando o adaptando la infraestructura necesaria para recibir la televisión a través del cable, el satélite o la IPTV ⁽⁴⁸⁾. Esto significa que estas otras plataformas podrían ganar nuevos clientes gracias a las subvenciones concedidas por el Estado.

62) En el mismo orden de cosas, es también probable que los radiodifusores obtengan una ventaja indirecta, ya que muy probablemente conservarán la mayoría de su audiencia, lo que no ocurriría necesariamente si, a falta de la medida, algunos hogares renunciaran al servicio de televisión.

63) El régimen tiene también carácter selectivo, ya que los beneficios indirectos derivados de las subvenciones solo confieren una ventaja a las empresas que operan en el sector del transporte y la difusión de la televisión digital ⁽⁴⁹⁾.

Medida II:

64) Como se ha explicado anteriormente, las autoridades españolas consideran que los radiodifusores no reciben ninguna ventaja por el hecho de pasar a una banda de frecuencia más baja y que simplemente se les compensa por los costes adicionales que deben soportar de resultas de un cambio reglamentario.

65) No obstante, según la práctica decisoria, suele ser la empresa afectada la que asume los costes relacionados con una obligación legal, por tanto, cualquier medida compensatoria en este contexto se considera ayuda ⁽⁵⁰⁾. Así por ejemplo, en la sentencia, *Fleuren Compost BV contra Comisión* ⁽⁵¹⁾, el TJCE manifestó que «es indiferente que el objetivo de la aplicación de dicho régimen sea ayudar a las empresas a cumplir sus obligaciones legales en materia de protección del medio ambiente. En efecto, según reiterada jurisprudencia, el artículo 87 CE, apartado 1, no establece una distinción según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que las define en función de sus efectos. [...] sin perjuicio de la aplicabilidad al caso de autos de las directrices sobre ayudas al medio ambiente, [...], el hecho de que los subsidios concedidos en virtud del régimen BPM favorezcan el mejor respeto del medio ambiente, no basta para que escapen desde un principio a la calificación de ayudas en el sentido del artículo 87 CE».

66) Asimismo, en el asunto *Francia contra Comisión* ⁽⁵²⁾, el TJCE especificó que los gastos de las empresas resultantes de medidas reguladoras se incluyen por su naturaleza en

⁽⁴⁵⁾ Una ayuda estatal indirecta no requiere necesariamente que exista ayuda estatal directa al destinatario inmediato de la medida en cuestión.

⁽⁴⁶⁾ En casos similares anteriores, la Comisión consideró que los proveedores de equipos eran beneficiarios indirectos de la ayuda. Véanse, por ejemplo, las decisiones de la Comisión C (2006) 6634, de 24 de enero de 2007, relativa a la ayuda estatal concedida por la República Italiana para la adquisición subvencionada de descodificadores digitales (Mediaset), apartado 99; C (2005) 586, de 16 de marzo de 2005, Austria – Fondo de digitalización, apartado 16; y C (2012) 540, de 8 de febrero de 2012, en el asunto «Captación de televisión digital en Cantabria», apartado 35, http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/comp-2011/sa28685-2011nn.pdf.

⁽⁴⁷⁾ Por ejemplo, para ahorrarse el coste de adaptación a la TDT, los hogares que tienen ya un receptor individual de satélite, podrán optar por renunciar al acceso a la TDT. Otros podrán optar por renunciar a la TDT y escoger la solución de la IPTV.

⁽⁴⁸⁾ Por ejemplo, algunos hogares pueden tener acceso a la banda ancha pero sin estar abonados a la IPTV. Gracias a la medida I podrían utilizar la subvención para abonarse a la IPTV.

⁽⁴⁹⁾ Véase también el razonamiento seguido en la Decisión de la Comisión C (2005) 586, Austria – Fondo de digitalización, apartado 16.

⁽⁵⁰⁾ En las sentencias C-222/04, de 10 de enero de 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze*, apartado 131; C-126/01, de 20 de noviembre de 2003, *GEMO SA*, apartado 28; C-53/00, de 22 de noviembre de 2001, *Ferring SA*, apartado 19 y siguientes; C-143/99, de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline*, apartado 38; y C-310/99, *Italia/Comisión*, apartado 251.

⁽⁵¹⁾ Asunto T-109/01, de 14 de enero de 2004, *Fleuren Compost BV/Comisión*, apartado 54.

⁽⁵²⁾ Asunto, C-251/97, de 5 de octubre de 1999, *Francia/Comisión*, apartado 40.

los presupuestos de las empresas y declaró que «debe recordarse que los costes para las empresas [...] resultan de acuerdos colectivos, celebrados entre los empresarios y los sindicatos, que las empresas están obligadas a respetar, bien en virtud de la adhesión a tales acuerdos, bien por la extensión de la aplicación de éstos por vía reglamentaria. Dichos costes recaen, por su naturaleza, sobre el presupuesto de las empresas».

- 67) Puesto que los costes derivados de una norma están, por su naturaleza, incluidos en los presupuestos de las empresas, entran en el ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas estatales. En el asunto *Cassa di Risparmio di Firenze* ⁽⁵³⁾, el TJCE declaró a este respecto que «[...] el concepto de ayuda es más general que el de subvención, ya que **comprende no solo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa** y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos».
- 68) Por lo tanto, puede concluirse que las obligaciones derivadas de una reglamentación entran dentro de la responsabilidad normal de las empresas que operan en el sector. En el presente asunto, la medida reguladora impone a los radiodifusores la obligación de emitir simultáneamente en dos bandas de frecuencia. La Comisión duda de que estas medidas deban recibir una consideración diferente y justifiquen el reembolso/compensación que cubre un coste que normalmente tendría que incluirse en el presupuesto de los radiodifusores.
- 69) Cabe considerar la obligación contractual del Estado de compensar los costes adicionales de los radiodifusores derivada, por ejemplo, de las licencias. Si bien es cierto que el artículo 10 de la Resolución, de 25 de enero de 1989, en la que se basan las concesiones y consiguientes licencias de los radiodifusores privados que tienen encomendada la obligación de servicio público, obliga a los radiodifusores a prestar el servicio (es decir, la radiodifusión) con continuidad y también a soportar todos los gastos derivados de las concesiones ⁽⁵⁴⁾, ni la Resolución ni las propias concesiones y licencias obligan al Estado a compensar los costes relacionados con aquel.
- 70) En el presente asunto, el Estado indemniza a los radiodifusores los costes que tendrían que soportar normalmente con cargo a su propio presupuesto. Gracias a la financiación recibida, se entiende que los radiodifusores cumplen las obligaciones que les impone la ley y, por tanto, conservan sus licencias, su audiencia y los correspondientes ingresos por publicidad. Sin embargo, parece que, aunque no existiera la medida, también estarían obligados, por los simples actos reglamentarios, a cumplir estas obligaciones. En estas circunstancias, cabe concluir que obtienen una ventaja que no tendrían si no existiera la medida notificada.
- 71) Por consiguiente, el régimen notificado confiere una ventaja económica a los beneficiarios directos de la medida, es decir, a los radiodifusores. Estos reciben una subven-

ción que reduce efectivamente el coste que normalmente deberían soportar.

- 72) Además, no se descarta que los operadores de plataforma elegidos por los radiodifusores obtengan una ventaja indirecta derivada de la subvención.
- 73) En primer lugar, habida cuenta de que los radiodifusores privados y públicos están obligados a prestar el servicio al 96 % y el 98 % de la población respectivamente, a través de la TDT, es probable tengan mayor tendencia a seguir utilizando esta plataforma.
- 74) En segundo lugar, por el hecho de que los radiodifusores de TDT emitan simultáneamente, los operadores de la plataforma de TDT obtienen una ventaja adicional en forma de ingresos garantizados, que no obtendrían en el mismo grado si no existiera la medida. Esos operadores dejarían de obtener los ingresos adicionales de los radiodifusores que, en ausencia de la medida, no podrían financiar la emisión simultánea y, por consiguiente, perderían la licencia y cambiarían a otra plataforma o quebrarían.
- 75) En tercer lugar, como ya se ha señalado, la autoridad española de competencia ha concluido que Abertis ha abusado de su posición dominante. Dado que el Estado compensa el coste de emisión simultánea de TDT, no cabe excluir la posibilidad de que este operador de plataforma haya fijado unas tarifas de transmisión superiores a las que los radiodifusores estarían dispuestos a pagar si no existiera la subvención (y si tuvieran la posibilidad de cambiar a otra plataforma).
- 76) Por último, puesto que la medida se dirige solamente a la plataforma terrestre y desplaza a los radiodifusores a otra banda de frecuencia terrestre, cabe alegar que garantiza unos ingresos a los operadores de la plataforma terrestre al menos hasta la fecha de expiración de las vigentes licencias de los radiodifusores, es decir, hasta 2025.
- 77) Por consiguiente, puede concluirse que el régimen notificado es selectivo puesto que está orientado parcialmente hacia las empresas que operan en los sectores relacionados con servicios de transmisión de emisiones de televisión. La medida confiere una ventaja a un sector específico.

Falseamiento de la competencia

Medida I:

- 78) Cuando la ayuda estatal refuerza la posición de una empresa con respecto a otras empresas competidoras, se debe considerar que estas últimas se ven afectadas por la ayuda. La ayuda refuerza la posición de los beneficiarios indirectos respecto de otras empresas competidoras, permitiendo que los proveedores de equipos de telecomunicación/instaladores readapten y/o instalen equipos de recepción de TV, que los radiodifusores mantengan su audiencia y que los operadores de plataformas conserven la mayoría de sus clientes o adquieran otros nuevos. La competencia entre las empresas que se beneficiarán del régimen y las que no lo harán se verá falseada.

⁽⁵³⁾ Asunto, C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, apartado 131.

⁽⁵⁴⁾ Véase la nota a pie de página 25.

79) También existen posibles falseamientos de la competencia en el mercado del transporte y la radiodifusión de televisión digital, puesto que el régimen, a través del apoyo a los consumidores finales, beneficia indirectamente a los prestadores de servicios que compiten entre sí. Por consiguiente, se falseará la competencia entre los que se benefician del régimen y los que no. Esto es válido para los operadores de redes y los radiodifusores, pero también para los proveedores y los instaladores de los respectivos equipos técnicos.

Medida II:

80) Como ya se ha concluido anteriormente, la medida favorece los radiodifusores de TDT e, indirectamente, a los operadores de plataformas de TDT. Los costes derivados de la reglamentación suelen ser sufragados por las empresas que operan en el sector. Por lo tanto, hay posibles falseamientos de la competencia entre los operadores de radiodifusión y potencialmente entre los operadores de plataformas. La competencia entre las empresas que se beneficiarán del régimen y las que no recibirán financiación también se falseará. Por lo tanto, la ayuda del Estado tendrá el efecto de falsear la competencia.

Efecto sobre el comercio entre Estados miembros

81) La Comisión considera que ambas medidas afectan al comercio entre Estados miembros.

82) Los posibles beneficiarios directos e indirectos de la medida operan en los mercados europeos e internacionales. Los radiodifusores operan en los mercados de la publicidad y adquieren derechos de contenidos a escala transfronteriza, en competencia con empresas de otros Estados miembros. Los mercados españoles de la radiodifusión y los operadores de plataforma cuentan con operadores extranjeros (por ejemplo, proveedores de contenidos y anunciantes). Los operadores de plataformas de transmisión de radiodifusión compiten a escala transfronteriza entre sí y con otros operadores de plataformas de comunicaciones electrónicas.

Conclusión

83) Habida cuenta de todo lo anterior, la Comisión considera que las medidas conceden una ventaja económica selectiva a los beneficiarios directos del régimen notificado, así como a algunos posibles beneficiarios indirectos, tal como se ha indicado anteriormente. Estos regímenes se financian con fondos públicos, falsean la competencia y afectan a los intercambios comerciales entre Estados miembros. Por lo tanto, la Comisión considera que las medidas notificadas constituyen una ayuda estatal en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE. Tras haber comprobado que los proyectos implican ayuda a los beneficiarios en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE, es necesario examinar si las medidas pueden considerarse compatibles con el mercado interior.

2. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN SUSPENSIVA

84) La Comisión observa que España no ha concedido la ayuda al amparo de ninguna de las dos medidas, cumpliendo así su obligación de suspender la concesión, establecida en el artículo 3 del Reglamento 659/1999⁽⁵⁵⁾.

3. EVALUACIÓN DE LAS MEDIDAS: EVALUACIÓN DE COMPATIBILIDAD

Compatibilidad con el artículo 106, apartado 2, del TFUE

85) Hasta el momento las autoridades españolas no han alegado que la ayuda sea necesaria como compensación por un servicio de interés general («SIEG») por lo que respecta a los radiodifusores públicos (RTVE y canales regionales y locales) que tienen una obligación de servicio público.

86) Por consiguiente, la Comisión no puede concluir que la medida notificada sea compatible por lo que respecta a los citados radiodifusores, con arreglo al artículo 106, apartado 2, del TFUE.

Compatibilidad con el artículo 107, apartado 2, letra b), del TFUE

87) Las medidas de ayuda estatal destinadas a «reparar los perjuicios causados por desastres naturales u otros acontecimientos de carácter excepcional» son compatibles con el mercado común de conformidad con el artículo 107, apartado 2, letra b). En el caso que nos ocupa, las autoridades españolas aducen que debe considerarse que la liberación del dividendo digital es un acontecimiento de carácter excepcional.

88) Sin embargo, al examinar las excepciones al principio general establecido en el artículo 107, apartado 1, de que las ayudas estatales son incompatibles con el mercado común, la Comisión considera que el concepto de «acontecimiento de carácter excepcional» contenida en el artículo 107, apartado 2, letra b), debe interpretarse de forma restrictiva. Hasta ahora, la Comisión ha aceptado como acontecimientos de carácter excepcional las guerras, los desórdenes internos y las huelgas y, con algunas reservas y en función de su magnitud, los accidentes nucleares o industriales graves y los incendios que provocan pérdidas importantes. Por el contrario, la Comisión no considera excepcionales los acontecimientos previsibles o imprevisibles que se enmarcan en los riesgos soportados normalmente por las empresas. Lo mismo cabe decir de los acontecimientos relacionados con errores políticos, empresariales o de otro tipo y de los acontecimientos atribuidos los riesgos empresariales normales o de otra índole.

89) En el presente caso la liberación del dividendo digital era efectivamente un acontecimiento imprevisible debido a las decisiones adoptadas por las autoridades públicas. De resultas de estas decisiones surgió la necesidad de reordenar el espectro, lo que tendrá un impacto en las obligaciones de las empresas del sector de la radiodifusión. Sin embargo, al no haber duda de que tales

⁽⁵⁵⁾ Reglamento (CE) n° 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE, DO L 83 de 27.3.1999, p. 1.

obligaciones se derivan de medidas reguladoras, no pueden ser consideradas acontecimientos excepcionales. Tal como se ha analizado anteriormente, las obligaciones y los costes vinculados con las obligaciones legales suelen ser asumidos por las empresas del sector correspondiente y, por su naturaleza, se incluyen en los presupuestos de esas empresas.

- 90) Así pues, la Comisión no comparte la opinión de las autoridades españolas de que las medidas proyectadas contribuyen a reparar los perjuicios causados por acontecimientos de carácter excepcional y, por consiguiente, no son compatibles con el artículo 107, apartado 2, letra b).

Compatibilidad con el artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE

- 91) Por lo que respecta a las medidas notificadas, la Comisión reconoce que las directrices y marcos vigentes que interpretan el artículo 107, apartado 3, del TFUE, no pueden aplicarse para evaluar las medidas de ayuda. Por lo tanto, la Comisión considera que la evaluación de la compatibilidad de las medidas con el mercado interior debe basarse directamente en el artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE.

- 92) El artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE establece que podrán considerarse compatibles con el mercado interior «las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común».

La prueba de sopesamiento

- 93) Para evaluar si una medida es compatible con el mercado interior en virtud del artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE, la Comisión sopesa los efectos positivos de la medida de ayuda de cara a alcanzar un objetivo de interés común y sus posibles efectos secundarios negativos, tales como el falseamiento del comercio y la competencia. Al aplicar la prueba de sopesamiento, la Comisión evalúa las siguientes cuestiones:

- 1) ¿La medida de ayuda está dirigida a un objetivo bien definido de interés común (es decir, la ayuda propuesta se dirige a resolver una deficiencia de mercado u otro objetivo)?
- 2) ¿La ayuda está bien concebida para alcanzar el objetivo de interés común? En particular:
 - a) ¿La medida de ayuda es un instrumento adecuado?
 - b) ¿Hay un efecto de incentivo, es decir, la ayuda cambia el comportamiento de las empresas?
 - c) ¿La medida de ayuda es proporcional, es decir, podría obtenerse el mismo cambio de comportamiento con menos ayuda?
- 3) ¿Los falseamientos de la competencia y el efecto sobre el comercio son limitados de modo que el balance general sea positivo?

- 94) Además de la prueba de sopesamiento, la Comunicación de 2003⁽⁵⁶⁾ estableció los criterios que se deben respetar a la hora de abonar subvenciones en el marco de la conversión al sistema digital; concretamente, las medidas han de respetar los principios de proporcionalidad y neutralidad tecnológica.

- 95) Los tribunales europeos⁽⁵⁷⁾ también han corroborado el respeto de principio de neutralidad tecnológica establecido en la Comunicación de 2003 para evaluar la legalidad de la ayuda estatal.

- 96) La Comisión opina que estos criterios también deben aplicarse en el caso de la liberación del dividendo digital y, por lo tanto, los aplicará por separado a las medidas I y II.

Evaluación de la medida I:

A. Objetivo de la medida

La ayuda se ajusta a la política de la Unión Europea

- 97) El régimen de ayuda tiene por objeto garantizar la continuidad de la recepción de los canales en abierto disponibles anteriormente en la banda de frecuencias de 800 MHz para las comunidades de propietarios. Estos usuarios han soportado en el pasado el coste de adaptar el equipo de recepción durante la fase del cierre analógico. A este respecto, el objetivo de la medida es garantizar el acceso a la televisión sin necesidad de soportar nuevos costes adicionales asociados a la liberación del dividendo digital.

- 98) La Comisión ha admitido la importancia del dividendo digital en su primera Comunicación sobre el dividendo digital⁽⁵⁸⁾ en la que declaraba que había que considerar el dividendo digital en la óptica más amplia del equilibrio global entre la oferta y la demanda de espectro de

⁽⁵⁶⁾ COM(2003) 541 final, Comunicación sobre la transición de la radiodifusión analógica a la digital (de la conversión al sistema digital al cierre del analógico), punto 2.1.3.

⁽⁵⁷⁾ Véase la sentencia de 15 de junio de 2010, Mediaset/Comisión (T-177/07, Rec. 2010, p. II-02341). La sentencia establece, en el apartado 127, que la ayuda concedida a los consumidores no justificaba «la discriminación entre las diferentes plataformas, dado que no era necesario orientar a los consumidores hacia una plataforma digital específica», lo que no ocurre en el caso de la presente medida. El Tribunal de Justicia ratificó la sentencia en la sentencia de 28 de julio de 2011, Mediaset/Comisión (C-403/10, DO C 298 de 8.10.2011, p. 9). También en la sentencia de 15 de septiembre de 2011, Alemania/Comisión (C-544/09, DO C 319 de 29.10.2011, p. 5) el Tribunal manifestó en el apartado 80 que, en el asunto en cuestión, no se había demostrado que el apoyo a una tecnología en perjuicio de otra fuera necesario para resolver un problema estructural. Asimismo, en la sentencia de 6 de octubre de 2009, Alemania/Comisión (T-21/06, Rec. 2009, p. II-00197) relativa al asunto DVB-T – Berlín/ Brandeburgo (DO C 51 de 27.2.2010, p. 25), el Tribunal abordó los criterios de neutralidad tecnológica en el apartado 69 y especificó que, a la hora de pasar de la radiodifusión analógica a la digital, deben tenerse en cuenta todas las plataformas de transmisión por ejemplo, cable, satélite o redes terrestres.

⁽⁵⁸⁾ COM(2007) 700 final, «Aprovechar plenamente las ventajas del dividendo digital en Europa: un planteamiento común del uso del espectro liberado por la conversión al sistema digital».

radiofrecuencias y destacaba la necesidad para Europa de garantizar el mejor uso posible del dividendo digital. La Comunicación de la Comisión «Transformar el dividendo digital en beneficios sociales y crecimiento económico»⁽⁵⁹⁾ insistía en fomentar el uso coordinado del dividendo digital. La liberación del dividendo digital es un factor importante que contribuye a la consecución de los objetivos de la Agenda Digital para Europa⁽⁶⁰⁾, que es una de las iniciativas emblemáticas de la estrategia Europa 2020⁽⁶¹⁾. Uno de los objetivos de dicha Agenda Digital para Europa es garantizar la cobertura universal de banda ancha con velocidades cada vez mayores, para lo que se proponía utilizar determinadas frecuencias del dividendo digital para la banda ancha inalámbrica⁽⁶²⁾. A este respecto, la Decisión 243/2012/UE por la que se establece un programa plurianual de política del espectro radioeléctrico⁽⁶³⁾ exige a todos los Estados miembros que permitan el uso de la banda de 790-862 MHz para los servicios de comunicaciones electrónicas a partir del 1 de enero de 2013. La Comisión podrá autorizar excepciones hasta 2015 en circunstancias excepcionales nacionales o locales.

99) En su Plan de acción de ayudas estatales⁽⁶⁴⁾ la Comisión explica su enfoque general aplicable a las ayudas estatales orientadas al crecimiento sostenible, la competitividad y la cohesión. Señala que los Estados miembros pueden utilizar las ayudas estatales para corregir deficiencias del mercado o garantizar la cohesión regional o social. En tales casos, sin embargo, debe demostrarse que la ayuda es el instrumento apropiado para resolver el problema, que se limita al mínimo necesario y que no falsea indebidamente la competencia. La Comisión reconoce que los vecinos de comunidades de propietarios que ya han sufragado el coste de adaptar la infraestructura de recepción de televisión a la tecnología digital, pueden ser reacios a aceptar la necesidad de tener que soportar los gastos adicionales de modificar dicha infraestructura tras el cambio de las radiofrecuencias utilizadas por los radiodifusores. Así pues, la intervención pública puede ser beneficiosa para los particulares mediante la ayuda financiera para la adaptación de la infraestructura existente (de TDT) o incentivándolas a cambiar a otra plataforma.

100) A la luz de las consideraciones anteriores, la medida examinada contribuye a la realización del objetivo de interés común, que es la liberación del dividendo digital. La liberación de la banda de frecuencias de 800 MHz no solo aumentará la competencia en el mercado entre los distintos operadores de redes de comunicaciones electrónicas,

sino que también fomentará la innovación en los sectores de las comunicaciones electrónicas.

B. Ayuda bien concebida

La ayuda es el instrumento apropiado

- 101) Al conceder apoyo financiero a los usuarios finales, la ayuda estatal se considera una medida adecuada para garantizar a las comunidades de propietarios el acceso a los canales en abierto que estaban antes disponibles en la banda de frecuencias de 800 MHz.
- 102) Los usuarios finales españoles ya han soportado en los últimos años los costes de adaptación de su equipo de recepción durante la fase de conversión y la situación económica actual limita la renta disponible de los hogares españoles. Solo mediante medidas de financiación se evitará la creación de un vacío en el acceso a la información que se producirá si no se actualizan los equipos de recepción existentes o se instalan otros nuevos, o si se carece de acceso a los servicios de televisión en las comunidades de propietarios. En este caso, la compensación directa también es el instrumento adecuado, ya que está garantizado que solo se aplicará a los usuarios que deban adaptar sus actuales equipos de recepción, instalar uno nuevo o contratar los servicios pertinentes. En el contexto de la conversión al sistema digital, la Comisión reconoció que era necesario ofrecer una compensación a los consumidores que necesitasen actualizar su equipo analógico para que el proceso de transición se desarrollase sin problemas⁽⁶⁵⁾. Por analogía, la Comisión considera que la ayuda que nos ocupa es la medida apropiada para permitir que las comunidades de propietarios tengan acceso al servicio público esencial de televisión a través de la plataforma de su elección, sin discriminación alguna por razón del lugar donde residan.
- 103) En conclusión, la Comisión considera que la medida en forma de ayuda a los consumidores es un instrumento adecuado para acompañar el proceso de liberación del dividendo digital, pues exige a los hogares de una parte del coste de los equipos y fomenta, por ende, la adopción y la utilización efectiva de la banda de 800 MHz para los servicios de comunicaciones electrónicas.

La ayuda tiene un efecto incentivador

- 104) El objetivo de la medida I es facilitar la modificación de los equipos de recepción con la antelación suficiente para hacer posible la liberación del dividendo digital a finales de 2014, de tal modo que dicha liberación no obstaculice el acceso a los canales en abierto. Dado que se subvencionará el coste de adaptación del material a la recepción de canales en abierto, existen incentivos para llevar a cabo estas adaptaciones a fin de que el dividendo digital pueda liberarse a tiempo. Si no existiera dicha compensación, es probable que algunos usuarios no hubieran terminado de adaptar sus equipos en el plazo establecido (finales de 2014) debido, por ejemplo, a los complicados debates y conflictos de intereses en las comunidades de propietarios de viviendas. Esto podría significar que la

⁽⁵⁹⁾ COM(2009) 586 final, «Transformar el dividendo digital en beneficios sociales y crecimiento económico».

⁽⁶⁰⁾ COM(2010) 245 final, «Una Agenda Digital para Europa».

⁽⁶¹⁾ COM(2010) 2020 final, «Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador».

⁽⁶²⁾ «Una política europea del espectro orientada al futuro debería, además de hacer sitio a la radiodifusión, fomentar una gestión eficiente del espectro imponiendo la utilización de determinadas frecuencias del dividendo digital para la banda ancha inalámbrica en la fecha futura que se indique, garantizando cierta flexibilidad adicional (permitiendo también el comercio de espectro) y respaldando la competencia y la innovación».

⁽⁶³⁾ Véase la nota a pie de página 4.

⁽⁶⁴⁾ Véase «Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa de trabajo para la reforma de las ayudas estatales 2005 – 2009». <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0107:FIN:ES:HTML>

⁽⁶⁵⁾ Véase la Decisión de la Comisión C (2006) 6634, relativa a la ayuda estatal concedida por la República Italiana para la adquisición subvencionada de decodificadores digitales (Mediaset), apartado 148.

liberación del dividendo digital necesitaría más tiempo de lo previsto, ya que los radiodifusores tendrían que emitir simultáneamente hasta que el equipo de recepción colectiva fuese el adecuado.

- 105) Los consumidores solo se benefician de la subvención si llevan a cabo la adaptación necesaria en un determinado plazo. Como consecuencia, esta medida permite acortar el periodo de emisión simultánea, reduciendo así los costes correspondientes. Los radiodifusores pueden prever sus inversiones destinadas a ajustar su equipo de transmisión para emitir por las nuevas frecuencias de la red terrestre y negociar con otros operadores de plataforma las condiciones de difusión de sus canales. Los operadores de la red de TDT pueden adaptar sus redes a las nuevas frecuencias más rápidamente. Además, otros operadores de plataforma pueden estar dispuestos a presentar condiciones atractivas para los radiodifusores de canales en abierto con el fin de mejorar su oferta de los canales en abierto disponibles hasta ese momento en la banda 800 MHz y, de esta manera, captar una parte de los telespectadores de la TDT.

Proporcionalidad

- 106) En consonancia con su Comunicación sobre la interoperabilidad de los servicios de televisión digital interactiva⁽⁶⁶⁾ y con su análisis de las subvenciones para el fomento y el desarrollo de la televisión digital en Austria⁽⁶⁷⁾, la Comisión afirma que las subvenciones a consumidores para realizar adquisiciones han de respetar los principios de proporcionalidad y de neutralidad tecnológica. A continuación se evaluará en primer lugar el cumplimiento del principio de neutralidad tecnológica.
- 107) La neutralidad tecnológica es una piedra angular de la política de la Comisión en la transición a la tecnología digital. En particular, la Comunicación de 2003 de la Comisión sobre la transición a la radiodifusión digital prevé que, para lograr la transición a la norma digital, hay que tener en cuenta todos los modos de transmisión.
- 108) En su Decisión DVB-T Brandeburgo, la Comisión concluyó que la tecnología de la TDT no es superior a otras soluciones tecnológicas. El apoyo a esta plataforma sería una excepción injustificada al principio de neutralidad tecnológica y podría impedir la expansión de otras plataformas. En su sentencia T-21/06, el Tribunal remitía a la Comunicación de 2003 y consideraba que, puesto que era evidente que la DVB-T solo apoyaba la red terrestre, esta medida no cumplía el requisito de neutralidad⁽⁶⁸⁾.
- 109) En el asunto Mediaset (T-177/07), relativo a las subvenciones a los usuarios para la compra de decodificadores para televisión digital terrestre y por cable, el Tribunal General confirmó la conclusión de la Comisión de que la exclusión de la subvención de los decodificadores para televisión vía satélite suponía una discriminación que infringía el principio de neutralidad tecnológica y, de este modo, impedía que la medida controvertida fuera compatible con el mercado interior.

- 110) En relación con la medida I, el cumplimiento de este principio tiene que examinarse en relación con los beneficiarios indirectos, en particular los operadores de plataforma. La Comisión ha manifestado en su práctica casuística anterior que, si bien el argumento de la transición sin problemas a la televisión digital justifica el apoyo, no permite por lo general discriminar a una plataforma en detrimento de otra⁽⁶⁹⁾. La necesidad de atenerse al principio de neutralidad tecnológica según se establece en la Comunicación de 2003⁽⁷⁰⁾ también ha sido corroborada por los tribunales europeos al evaluar la legalidad de las ayudas estatales⁽⁷¹⁾.
- 111) La Comisión señala que algunos pasajes del proyecto de Real Decreto hacen referencia a la infraestructura de telecomunicaciones de la televisión digital terrestre. Las autoridades españolas han aclarado que estas referencias pueden explicarse por la obligación de liberar la banda de frecuencia terrestre de 800 MHz. Sin embargo, la medida está concebida de tal manera que se respeta el principio de neutralidad tecnológica.
- 112) En primer lugar, el objetivo del Real Decreto estriba en garantizar la continuidad de la recepción de los canales en abierto que existían con anterioridad en la banda de frecuencias de 800 MHz (es decir, a través de la plataforma terrestre). Esto no significa, sin embargo, que solo se tome en consideración la plataforma terrestre para la radiodifusión de estos canales. En todo el texto del Real Decreto se utiliza el concepto de «televisión digital» sin hacer referencia a una solución técnica concreta.
- 113) En segundo lugar, el Real Decreto establece el principio de neutralidad tecnológica de forma expresa en su artículo 3.2⁽⁷²⁾.
- 114) En tercer lugar, los criterios para optar a la subvención son neutros y no benefician a ninguna tecnología en particular. Se concederán fondos a las comunidades de propietarios que compartan una infraestructura común de recepción de televisión digital. Sin embargo, las actividades que pueden obtener financiación incluyen no solo la adaptación de las infraestructuras que, por definición, conlleva la existencia previa de una infraestructura (que suele ser una infraestructura de TDT). Por el contrario, las

⁽⁶⁶⁾ COM(2004) 541 final, Comunicación sobre la interoperabilidad de los servicios de televisión digital interactiva, punto 3.4.2.

⁽⁶⁷⁾ Decisión de la Comisión C (2005) 586 final, ayuda estatal N 622/03, Austria – Fondo de digitalización.

⁽⁶⁸⁾ Véase el asunto T-21/06, Alemania/Comisión, apartado 69.

⁽⁶⁹⁾ Decisión de la Comisión C (2006) 6634, relativa a la ayuda estatal concedida por la República Italiana para la adquisición subvencionada de decodificadores digitales (Mediaset); Decisión de la Comisión (2006/513/CE), ayuda estatal C 25/2004, DVB-T en Berlín-Brandeburgo, DO L 200, de 22.7.2006.

⁽⁷⁰⁾ COM(2003) 541 final, Comunicación sobre la transición de la radiodifusión analógica a la digital (de la conversión al sistema digital al cierre del analógico).

⁽⁷¹⁾ Véase el asunto T-177/07 Mediaset/Comisión. La sentencia establece, en el apartado 127, que la ayuda concedida a los consumidores no justifica «la discriminación entre las diferentes plataformas, dado que no era necesario orientar a los consumidores hacia una plataforma digital específica», lo que no ocurre en el caso de la presente medida. El Tribunal de Justicia ratificó la sentencia en el asunto C-403/10 Mediaset/Comisión. También en el asunto C-544/09, Alemania/Comisión, el Tribunal manifestó en el apartado 80 que, en el asunto en cuestión, no se había demostrado que el apoyo a una tecnología en perjuicio de otra fuera necesario para resolver un problema estructural.

⁽⁷²⁾ «Las actuaciones (subvencionables) anteriores respetarán los principios de neutralidad tecnológica de manera que no se favorezca a una plataforma en particular.»

actividades que pueden obtener financiación incluyen también la instalación de nuevos equipos o activación de servicios para la recepción de los canales disponibles anteriormente en la banda de frecuencias de 800 MHz. Dado que no hay obligación alguna de seguir recibiendo los canales en abierto a través de la plataforma terrestre, los habitantes de algunos edificios podrán, por ejemplo, optar por instalar una infraestructura común de recepción por satélite, una conexión a la televisión por cable o activar el servicio de IPTV, especialmente si se encuentran en una zona en la que ya está desplegada la infraestructura correspondiente. Aun cuando no todas estas plataformas ofrezcan hoy en día la gama completa de canales en abierto disponibles en la banda de 800 MHz, es probable que en un futuro próximo sí lo hagan. Además, incluso en el caso de que estas plataformas no necesariamente ofrezcan todos los canales pertinentes en abierto, sino que sean de pago, algunos hogares pueden estar dispuestos a abonarse a un servicio que, junto a la oferta estándar disponible hasta ahora en 800 MHz, les da acceso a muchos más canales y servicios. Para facilitar la solicitud de fondos en este tipo de situación, el Real Decreto contempla en un apartado específico las modalidades con arreglo a las cuales los beneficiarios podrán optar por una solución técnica diferente a la de referencia ⁽⁷³⁾

- 115) A la luz de las consideraciones anteriores, la Comisión acepta el argumento de que la medida prevista es tecnológicamente neutra.
- 116) **Proporcionalidad:** A este respecto, la Comisión reconoce que el régimen de ayuda se limita únicamente a los costes necesarios y realizados realmente de adaptación de la infraestructura común para la recepción de los canales disponibles anteriormente en la banda de frecuencias de 800 MHz. El importe se concede en relación con los costes de instalación o adaptación y no los supera, y no hay peligro de compensación excesiva. El importe máximo de compensación se fijará antes de conceder financiación alguna. De hecho, la solución tecnológica más barata disponible en el mercado servirá como referencia para los costes subvencionables y se determinará tras una consulta pública.
- 117) Además, la financiación estará limitada en el tiempo y solo los beneficiarios que la hayan solicitado a tiempo podrán optar a ella.

Conclusión

- 118) Habida cuenta de todo lo anterior, la Comisión estima que la intervención se ha diseñado de tal manera que no falsee la competencia en una medida contraria al interés común. Por consiguiente, la medida puede considerarse compatible con el mercado interior de conformidad con el artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE.

⁽⁷³⁾ Las autoridades llevarán a cabo una consulta pública para determinar la solución tecnológica más adecuada que servirá de referencia para determinar la cuantía de las subvenciones.

Evaluación de la medida II:

A. Objetivo de la medida

La ayuda se ajusta a la política de la Unión Europea

- 119) Al igual que la medida I, la medida II contribuye a la realización de un objetivo de interés común, a saber, la liberación del dividendo digital. Por lo tanto, el uso de la banda de frecuencias de 800 MHz por los operadores de telecomunicaciones forma parte de un objetivo político que puede considerarse conforme a los intereses y prioridades de la UE.

La deficiencia del mercado

- 120) Las autoridades españolas alegan que la medida soluciona una deficiencia del mercado de las comunicaciones electrónicas, a saber, la escasez de espectro disponible para la prestación adecuada de servicios de comunicaciones electrónicas, en particular para el desarrollo de aplicaciones para la próxima generación (4G) de servicios inalámbricos de banda ancha. La Comisión ha reconocido esta escasez en su Comunicación y, por ello, recomendó liberar la banda de frecuencias de 800 MHz, que es la más adecuada para los servicios de comunicaciones electrónicas.
- 121) La liberación del dividendo digital presenta similitudes con la conversión al sistema digital que supuso la necesidad de liberar las frecuencias analógicas terrestres y el paso de la transmisión a las frecuencias digitales terrestres. En asuntos relacionados con la conversión al sistema digital, la Comisión ha admitido que podía surgir una deficiencia del mercado si, por ejemplo, los operadores del mercado no estuvieran dispuestos a acordar un calendario común para la conversión de un ancho de banda a otro (problema de coordinación), o si los operadores del mercado no tuvieran en cuenta los efectos positivos de este proceso para el conjunto de la sociedad al carecer de los incentivos adecuados para hacerlo (externalidades positivas).
- 122) Teniendo en cuenta la necesidad de coordinación entre los Estados miembros, España debe liberar la banda de frecuencias de 800 MHz antes de 2015. Debido a la limitada gama de frecuencias, el proceso de reordenación debería llevarse a cabo gradualmente, lo que podría causar algunos problemas de coordinación entre los operadores de radiodifusión. Por lo tanto, es necesario un periodo de emisión simultánea con el fin de garantizar que la difusión en abierto sea la principal fuente de información para la población. Según España, dicho periodo es también necesario con objeto de que los vecinos de comunidades de propietarios adapten sus infraestructuras para conservar el acceso a la información a través de la televisión en abierto.
- 123) Las externalidades positivas derivadas de la liberación del dividendo digital beneficiarán a los operadores de comunicaciones electrónicas y a la economía en general y no a los radiodifusores terrestres.

124) La Comisión reconoce que lo más probable es que la reordenación de las frecuencias no se realizaría en absoluto o se aplazaría si se dejase enteramente a las fuerzas del mercado. Los radiodifusores presentes en la banda de 800 MHz no saldrían de ella por su propia voluntad para dejar espacio a los proveedores de servicios de telecomunicaciones⁽⁷⁴⁾. Sin embargo, una vez decidida la liberación del dividendo digital, parece que los radiodifusores garantizarían la emisión simultánea, ya que la legislación en vigor les obliga a hacerlo. La Comisión entiende que si los radiodifusores privados y públicos no garantizaran la continuidad y la calidad del servicio al 96 % (privado) y el 98 % (público) de la población respectivamente, correrían el riesgo de perder sus licencias. Asimismo, los radiodifusores realizarían probablemente la emisión simultánea aunque no estuviesen legalmente obligados a ello con objeto de conservar su audiencia.

125) A la luz de las consideraciones anteriores, la Comisión considera que no se puede excluir que exista una deficiencia del mercado.

B. Ayuda bien concebida

La ayuda es el instrumento apropiado

126) La Comisión decidió evaluar si la ayuda estatal era el remedio apropiado, en caso de que se demostrase la deficiencia del mercado.

127) Además de la intervención financiera, las autoridades públicas tienen distintas posibilidades de facilitar y fomentar la reordenación de frecuencias y la subsiguiente emisión simultánea, por ejemplo, a través de mecanismos de coordinación o medios reglamentarios. Sin embargo, en el presente caso, las autoridades españolas decidieron aplicar dos tipos de instrumentos: actos reguladores y la compensación financiera.

128) Por lo que respecta a la intervención reguladora, las autoridades españolas ya habían previsto en el artículo 4 del Real Decreto 365/2010, la reordenación de frecuencias y su calendario⁽⁷⁵⁾. Además, ese artículo impone a los radiodifusores la obligación de emitir simultáneamente

hasta que se les asignen múltiples definitivos⁽⁷⁶⁾ en la nueva banda de frecuencia, es decir, hasta que el número de infraestructuras de recepción (antenas de transmisión) adecuado para los nuevos múltiples sea el mismo que el de los múltiples anteriores (asignados en la fase de conversión). Por tanto, es probable que la intervención reguladora baste para resolver el problema de coordinación y el eventual retraso en la reordenación debido a la falta de concienciación ante los efectos externos positivos para la sociedad mencionados anteriormente en la sección relativa a la deficiencia del mercado.

129) No obstante, la Comisión ha decidido evaluar también la idoneidad de la intervención financiera.

130) Las autoridades españolas aducen que la compensación financiera es el instrumento adecuado, ya que solo se aplicará a los radiodifusores terrestres que se vean obligados a incurrir en costes no deseados debidos a la obligación de emitir simultáneamente.

131) La Comisión observa que la medida notificada pretende contribuir a los costes adicionales de los organismos de radiodifusión que surgen por razón de esta obligación de emisión simultánea. Sin embargo, como se explica en los apartados 64) a 68), el hecho de cumplir las obligaciones reglamentarias y de soportar sus costes suele formar parte de la responsabilidad normal de las empresas que operan en un sector determinado. Asimismo, parece que las concesiones iniciales y las posteriores licencias⁽⁷⁷⁾ para la prestación de servicios de televisión concedidas a los radiodifusores en España no dan a los organismos de radiodifusión el derecho a obtener una compensación. Las autoridades españolas no han facilitado hasta ahora pruebas suficientes que demuestren la necesidad de dicho apoyo. Por consiguiente, en la fase actual parece que podrían lograrse los mismos resultados únicamente a través de un acto reglamentario, sin necesidad de conceder una ayuda estatal.

132) A la luz de las consideraciones anteriores, la Comisión duda de que la ayuda financiera sea el instrumento adecuado para paliar las posibles deficiencias del mercado.

Efecto de incentivo y necesidad

133) Por lo que respecta al efecto incentivador de la medida, hay que comprobar si los radiodifusores podrían cumplir con la obligación de emitir simultáneamente y si lo harían en el mismo plazo sin ayuda estatal.

134) Según las autoridades españolas, los radiodifusores no estaban dispuestos a emitir de forma simultánea (durante un periodo de hasta 24 meses), pues ya habían financiado

⁽⁷⁴⁾ Cabría alegar que la situación es la misma que en el caso de la conversión de la difusión analógica a la tecnología digital en el que los radiodifusores estaban obligados también a la emisión simultánea cuyos costes corrían a cargo de los radiodifusores. No obstante, la conversión y la reordenación de frecuencias resultante del dividendo digital difieren entre sí. En efecto, la conversión al sistema digital generó beneficios para los radiodifusores gracias al cambio a una nueva tecnología. De hecho, al pasar de la tecnología analógica a la digital, los radiodifusores se beneficiaron de la reducción de los costes de transmisión lo que les permitió proporcionar contenido variado a un número máximo de espectadores al mismo tiempo, con mejor calidad de imagen y de sonido. Además, la conversión también les permitía ofrecer más servicios interactivos. En cambio, en el presente asunto los radiodifusores ya se han pasado a la tecnología digital, por lo que ya están utilizando las ventajas de la radiodifusión digital. El paso a otra banda de frecuencias no les beneficia ya que recibirán la misma cantidad de espectro, con las mismas características y con las mismas condiciones y costes económicos, sin permitirles ofrecer servicios o canales adicionales.

⁽⁷⁵⁾ A efectos de la reordenación, España planea usar cinco nuevos múltiples (financiados por los radiodifusores).

⁽⁷⁶⁾ En el proceso de conversión de la radiodifusión analógica a la digital, España ha asignado múltiples transitorios a los radiodifusores (fase I). Tras la liberación del dividendo digital, se les asignarán múltiples definitivos (fase II).

⁽⁷⁷⁾ La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, ofrece una base jurídica para transformar el título habilitante para la prestación de servicios audiovisuales de comunicación: las concesiones válidas a 1 de mayo de 2010 se transformaban en licencias. A continuación, se transformaban las concesiones válidas en licencias por medio de dos acuerdos individuales con los radiodifusores correspondientes (véase el Acuerdo de 11 de julio de 2010, con Antena 3, Telecinco, La Sexta y Veo, y el Acuerdo de 28 de mayo de 2010 con Sogecable).

la costosa transición de la televisión analógica a la digital y habían resuelto los problemas derivados de la transición, por ejemplo, las interferencias en los canales digitales terrestres que se les asignaron originariamente. Además no reciben ningún beneficio adicional por el hecho de desplazarse a otra banda de frecuencias. En efecto, la reordenación no genera ningún beneficio para los radiodifusores, puesto que reciben la misma cantidad de espectro, con las mismas características y en las mismas condiciones económicas, y no les permite ofrecer servicios o canales adicionales.

- 135) Sin embargo, la Comisión duda de que la ayuda tenga un efecto de incentivo. A pesar de las afirmaciones anteriores, no se ha demostrado debidamente que los radiodifusores no fueran a liberar la banda de 800 MHz y se opondrían a emitir simultáneamente si no existiera la ayuda⁽⁷⁸⁾. En primer lugar, no tienen un derecho de propiedad de la banda de 800MHz por lo que no se pueden negar a liberarla. Además, en opinión de la Comisión, es probable que, para garantizar una correcta liberación del dividendo digital, bastaría con imponer a los operadores de radiodifusión a través de un acto reglamentario la obligación de correr con los gastos de la emisión simultánea. La Comisión entiende que esta obligación podría basarse en el Título III de la Resolución de 25 de enero de 1989⁽⁷⁹⁾. Este último establece la obligación de prestar el servicio con continuidad y calidad [...] y de abonar todos los gastos derivados de la concesión. Por consiguiente, la obligación de prestar el servicio con continuidad y calidad implicaría pagar el coste de emisión simultánea durante el periodo de transición de un cambio de ancho de banda.
- 136) Por lo tanto, las autoridades españolas no han demostrado que la ayuda tenga un efecto de incentivo para los radiodifusores, que, en cualquier caso, han de cumplir sus obligaciones reglamentarias. En conclusión, en este momento la Comisión considera que las autoridades españolas no han demostrado suficientemente la necesidad, la adecuación y el efecto de incentivo de la medida II.

Proporcionalidad

- 137) En el contexto de un ejercicio de sopesamiento, es importante evaluar si la medida adoptada por las autoridades es proporcional a la necesidad de solucionar una deficiencia del mercado y fomentar la competencia en el mercado. Por lo que se refiere a la proporcionalidad, en su decisión DVB-T Brandeburgo⁽⁸⁰⁾, la Comisión consideró necesario comparar la medida adoptada con otras posibles alternativas: «La regulación estatal no debería ni perjudicar ni beneficiar a la utilización de un medio de transmisión digital determinado, como el cable, el satélite, la vía terrenal o la televisión vía DSL y, por tanto, debería respetar el principio de "neutralidad tecnológica". Como

se explicaba en la Directiva marco, esto no excluye que un Estado miembro adopte las medidas adecuadas para fomentar determinados servicios específicos cuando esté justificado, por ejemplo, en el caso de la televisión digital como instrumento para mejorar la eficiencia del espectro. Esto significa que, en principio, cada red debería participar en el mercado según sus propias posibilidades pero podrían considerarse intervenciones destinadas a corregir fallos del mercado específicos de una red. En definitiva, deberían imponerse en el mercado las redes que más beneficien a los consumidores». La Comisión concluyó que la ayuda no era necesaria ni proporcional.

- 138) En el presente asunto, la Comisión toma nota de que el régimen de ayuda se limita a los gastos extraordinarios que los radiodifusores tendrán que soportar debido a la obligación de emisión simultánea y únicamente en el ámbito de aplicación de la obligación de cobertura mínima (el 98 % para los radiodifusores públicos y el 96 % para los privados). El importe de la compensación se establece exclusivamente para el coste de la emisión simultánea. No se incluirán los gastos de reajuste del equipo de transmisión y otros gastos no excepcionales relacionados con la reordenación de las frecuencias. Por otra parte, el importe máximo de la subvención se establecerá de acuerdo con la solución de mercado más eficiente en términos de costes.
- 139) Sin embargo, basándose en la información disponible, no es posible evaluar si no se podrían utilizar menos recursos estatales para paliar la deficiencia del mercado. Las autoridades españolas deben facilitar pruebas más convincentes, por ejemplo un estudio de costes, que demuestre que la opción de reasignar las frecuencias de 800 MHz a otra banda de frecuencia terrestre era la solución menos cara y más rápida para liberar el dividendo digital. Dicho estudio de costes deberá comparar, por ejemplo, los costes de reordenación de la banda de 800 MHz con la migración de la televisión a otras plataformas tecnológicas alternativas.

- 140) Además, es importante mencionar que la Comisión ha aprobado anteriormente, con arreglo al artículo 107, apartado 3, letra c), regímenes de ayuda para la emisión simultánea durante el proceso de conversión de la difusión analógica a la tecnología digital⁽⁸¹⁾. En esos casos, los radiodifusores financiaban parcialmente los costes relacionados con la conversión a la difusión digital (la ayuda ascendería como máximo al 50 %), dado que se beneficiaban de la conversión a la radiodifusión digital. Gracias a la reducción de los costes de transmisión podían fácilmente proporcionar contenido variado a un número máximo de espectadores al mismo tiempo, con mejor calidad de imagen y sonido. Además, la conversión les permitía ofrecer más servicios interactivos. En cambio, en el presente caso, los radiodifusores no obtienen beneficio alguno al cambiar de una frecuencia a otra⁽⁸²⁾.

⁽⁷⁸⁾ Las autoridades españolas hacen referencia a una consulta pública celebrada en junio de 2010, que supuestamente demuestra la reticencia de los radiodifusores a la emisión simultánea. Sin embargo, la Comisión considera que la consulta estudiaba los pasos prácticos de la licitación de frecuencias más que la necesidad de la ayuda.

⁽⁷⁹⁾ Véase la nota a pie de página 25.

⁽⁸⁰⁾ DO L 200 de 22.7.2006, p. 14, Decisión de la Comisión de 9 de noviembre de 2005, relativa a la ayuda estatal concedida por la República Federal de Alemania a favor de la introducción de la televisión digital terrenal (DVB-T) en Berlín-Brandeburgo

⁽⁸¹⁾ N 622/03 Fondo de digitalización – Austria, 16 de marzo de 2005 (DO C 228 de 17.9.2005, p. 12); y N671b/2009 - Conversión a la radiodifusión de televisión digital en Eslovaquia – Funcionamiento paralelo, 17 de noviembre de 2010 (DO C 39 de 18.2.2011, p.1).

⁽⁸²⁾ Para una explicación detallada, véase la nota a pie de página 71.

- 141) Con arreglo al presente régimen, el Gobierno español prevé compensar el 100 % de los costes adicionales relacionados con la emisión simultánea. Las autoridades españolas argumentan que la compensación del 100 % de los costes adicionales es necesaria debido a la situación financiera de los radiodifusores que han financiado la conversión digital y también utilizarán sus fondos propios para cubrir todos los costes necesarios de adaptación de su infraestructura durante el proceso de liberación. Además afirman que, sin la financiación de la medida II, determinados radiodifusores locales se verían abocados a la quiebra⁽⁸³⁾. Si bien no puede excluirse que la intensidad del 100 % de la medida II esté justificada, en esta fase la Comisión opina que las autoridades españolas no han presentado pruebas suficientemente convincentes para justificar una ayuda de tal magnitud.
- 142) Habida cuenta de todo lo anterior y de la información que obra en poder de la Comisión, no es posible llegar a una conclusión relativa a la necesidad de la ayuda. Tampoco cabe excluir que la posible deficiencia del mercado pudiera paliarse con una ayuda de menor cuantía, ya fuera dirigiéndola únicamente a las empresas que pudieran demostrar la necesidad de la ayuda o acortando el periodo de emisión simultánea.

Neutralidad tecnológica

- 143) Como se ha explicado anteriormente, los radiodifusores pagan por la transmisión de sus contenidos a los operadores de plataforma los cuales, por lo tanto, se benefician indirectamente de la medida. Así pues, el cumplimiento del principio de neutralidad tecnológica ha de examinarse en relación con los operadores de plataforma. A este nivel existen distintas plataformas de transmisión que podrían ser una alternativa para remediar la escasez de frecuencias en el mercado. Esto podría reportar el beneficio adicional de liberar también la banda de frecuencia más baja (que también es un recurso escaso) reservada para la TDT⁽⁸⁴⁾. En el caso de la transmisión vía satélite, lo más probable es que en el futuro no sea necesario readaptar el espectro.
- 144) En el asunto que nos ocupa, la elección tecnológica se tomó al principio mismo del proceso administrativo, cuando se aprobó el Real Decreto 365/2010. Mientras el Real Decreto prevé reasignar la frecuencia exclusivamente a una banda de frecuencia terrestre más baja, el artículo 51 de la LES contempla una ayuda financiera para los costes relativos a esta reasignación (y, de este modo, a la emisión simultánea de los radiodifusores terrestres). Al parecer, las autoridades españolas no han analizado otras alternativas para remediar la escasez de frecuencias adecuadas, tales como el desplazamiento de los radiodifusores a una plataforma diferente (por ejemplo, el satélite), donde las frecuencias no sean escasas.
- 145) Las autoridades españolas argumentan que la medida en cuestión es solo una compensación por los daños derivados de la reasignación de las frecuencias terrestres. Otras plataformas (satélite, cable, IPTV, etc.) no se ven afectadas ya que no necesitan hacer el cambio de canales necesario para liberar el dividendo digital y por lo tanto no necesitan esta medida compensatoria.
- 146) Asimismo, alegan⁽⁸⁵⁾ que el satélite no es tan adecuado para la transmisión de programas locales y regionales como la plataforma terrestre. También indican que algunos contenidos de gran valor adquiridos por los radiodifusores de TDT están destinados a ser difundidos de forma exclusiva en el territorio español o incluso solo a través de la difusión terrestre. Por último, añaden que casi todos los hogares están equipados para recibir las emisiones de TDT.
- 147) Con respecto a estas alegaciones, cabe destacar que las autoridades españolas no han realizado una consulta pública invitando a los interesados a presentar sus observaciones sobre estos aspectos, ni tampoco han efectuado un estudio de costes/beneficios comparando las soluciones alternativas. No se ha analizado ninguna alternativa a la reordenación de las frecuencias, si bien parece que las autoridades españolas podrían, por ejemplo, considerar la posibilidad de organizar una licitación que especifique los requisitos necesarios como, por ejemplo, garantizar el acceso gratuito de todos los hogares a los canales en abierto, emitir los canales regionales y locales, etc., invitando a los operadores de plataforma a participar en la licitación.
- 148) A ese respecto, se solicita a las autoridades españolas que expliquen por qué sería más eficiente cambiar a una banda de frecuencias terrestres que probablemente lleguen también a ser escasas en el futuro, en lugar de cambiar a otras plataformas de transmisión. A falta de una investigación previa convincente (por ejemplo, a través de una licitación) de los elementos de coste y calidad de la transmisión digital terrestre y de la transmisión alternativa, se podría considerar que la medida falsea la competencia e incumple el principio de neutralidad tecnológica.

C. Falseamiento de la competencia

- 149) Durante los últimos años, la Comisión ha examinado una serie de medidas de ayuda relacionadas con la conversión a la tecnología digital. La Comisión ha declarado que los Estados miembros tienen distintas posibilidades para conceder financiación pública a dicha conversión (incluidas las subvenciones para compensar los costes adicionales de transmisión durante la emisión simultánea), siempre que las medidas no originen un falseamiento innecesario entre tecnologías o empresas y se limiten al mínimo necesario. Por analogía con la conversión a la tecnología digital, deben aplicarse estas mismas condiciones a la medida de compensación notificada en el marco del presente régimen.

⁽⁸³⁾ Respuesta de las autoridades españolas de 20 de septiembre de 2011.

⁽⁸⁴⁾ Existe un debate sobre un «segundo» dividendo digital, ya que es posible que en el futuro también sea necesaria la banda de frecuencia inferior, que actualmente se prevé utilizar para la TDT, para los servicios de «evolución a largo plazo» (LTE) de transmisión de datos móviles:
<http://www.cullen-international.com/ressource/366/0/orhid-may.pdf>

⁽⁸⁵⁾ Respuesta de las autoridades españolas, de 20 de septiembre de 2011, a la solicitud de información.

- 150) En el presente asunto, el falseamiento de la competencia puede tener lugar en distintos niveles debido a que, presumiblemente, existen beneficiarios directos e indirectos de la ayuda.
- 151) Falseamiento de la competencia al **nivel de los radiodifusores**: Como ya se ha concluido, los radiodifusores obtienen una ventaja puesto que se les compensan unos costes que tendrían que soportar en condiciones normales. La medida notificada altera el comportamiento de los radiodifusores en condiciones normales de mercado. En efecto, según han señalado las autoridades españolas ⁽⁸⁶⁾, si no existiera la compensación algunos de los radiodifusores no podrían financiar la emisión simultánea y se verían abocados a la quiebra, lo que daría lugar a la devolución de su licencia. En tal caso, otros radiodifusores podrían solicitar la licencia disponible. Sin embargo, gracias a la medida, los radiodifusores terrestres conservan su situación actual y también las escasas licencias terrestres, por lo que la medida impide la entrada en el mercado de otros radiodifusores. Por tanto, es probable que la medida falsee la competencia al nivel de los radiodifusores.
- 152) Falseamiento de la competencia al **nivel de la ayuda indirecta a los operadores de plataforma**.
- 153) La medida se dirige exclusivamente a la plataforma terrestre, sin que ninguna consulta previa o estudio de costes justifiquen dicha limitación. Si no existiera la obligación de utilizar la plataforma terrestre establecida en el Real Decreto 365/2010 y en el PTN y sin ninguna medida compensatoria, los radiodifusores podrían devolver sus licencias y elegir otra plataforma tecnológica para prestar su servicio, dado que en la actualidad ya utilizan estas plataformas ⁽⁸⁷⁾. Como consecuencia de ello, se puede afirmar que la medida garantiza a los operadores de la plataforma de TDT la continuidad de la demanda de sus servicios. Como se ha indicado anteriormente, si no existiera la medida, una parte de los radiodifusores de TDT podría quebrar y dejaría de utilizar la plataforma de TDT. En consecuencia, podría disminuir el número de radiodifusores conectado al servicio de TDT y, por ende, los correspondientes ingresos de los operadores de plataformas de TDT.
- 154) Además, dado que los radiodifusores privados están obligados a prestar el servicio al 96 % de la población a través de la TDT, tenderán a seguir utilizando esta plataforma si no quieren perder sus licencias.
- 155) En conclusión, la ventaja concedida a los operadores de plataforma podría perjudicar a las otras plataformas tecnológicas que compiten en el mismo mercado. Por lo tanto la medida no parece ser tecnológicamente neutra y plantea dudas de que se limite al mínimo necesario. Así pues, no cabe excluir que la medida tenga carácter falseador.

Conclusión preliminar

MEDIDA II

La Comisión tiene dudas sobre la compatibilidad de la medida II. En la fase actual, el punto de vista preliminar de la Comisión es que la medida concedida por el Gobierno español beneficia a determinadas empresas y, por lo tanto, falsea la competencia en el mercado interior de la UE. Basándose en la información existente, esa ayuda puede no ser compatible salvo que se adopten las medidas adecuadas, en particular, para solucionar el efecto de falseamiento de la competencia entre los operadores de plataforma.

IV. DECISIÓN

A la luz de las consideraciones expuestas, la Comisión:

- a) ha decidido que la medida I (subvenciones para comunidades de propietarios de edificios que, con objeto de garantizar la continuidad de la recepción de los canales emitidos en abierto hasta la fecha en la banda de 790-862 MHz, necesiten modernizar la infraestructura actual de TDT o cambiar a otra plataforma de su elección) es compatible con el artículo 107, apartado 3, del TFUE, y
- b) de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 108, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, solicita a España que presente sus observaciones respecto de la medida II y facilite toda la información que pueda contribuir a evaluar la medida, en el plazo de un mes a partir de la fecha de recepción de la presente carta.
 - Consulta pública o análisis de la necesidad: se ruega a las autoridades españolas que presenten documentos (tales como correspondencia con los radiodifusores, declaraciones) que demuestren que estos no están en condiciones de financiar el periodo de emisión simultánea mediante sus recursos propios. Además, se ruega que faciliten información sobre el resultado de la consulta llevada a cabo sobre el Real Decreto 365/2010 antes de su adopción.
 - Además, se ruega que faciliten pruebas (tales como licitaciones, análisis previo de costes/beneficios, consulta pública al respecto, etc.) que justifiquen la elección de la plataforma terrestre (reordenación de la difusión terrestre a la banda inferior de frecuencias terrestres) para solucionar el problema de la escasez de frecuencias.
 - Se ruega a las autoridades españolas que faciliten un resumen de los derechos y obligaciones de los radiodifusores con arreglo a las actuales licencias y concesiones, los supuestos en que se pueden modificar estas licencias y concesiones, y las consecuencias de tales modificaciones (tanto para el Estado como para los radiodifusores). Se ruega que expliquen si el Estado tiene la posibilidad de retirar las licencias a un radiodifusor antes de su expiración en caso de que esté cumpliendo sus obligaciones. En caso afirmativo, ¿en qué circunstancias y qué compensación debería abonar el Estado? También se invita a las autoridades españolas a aclarar si, a tenor de las actuales licencias, los radiodifusores privados (que no tengan una obligación o misión de servicio público) pueden negarse a cambiar a las nuevas frecuencias o a realizar la emisión

⁽⁸⁶⁾ Véase la nota a pie de página 44.

⁽⁸⁷⁾ Véase la nota a pie de página 23.

simultánea. En caso afirmativo, ¿en qué condiciones se encontrarían y a qué sanciones se enfrentarían si no cumplieren sus obligaciones (por ejemplo, si dejasen de emitir)?

- Dado que las autoridades españolas afirman que el coste de adaptación de la infraestructura corre a cargo de los radiodifusores, la Comisión desea analizar con más detalle su participación en los costes relacionados con la liberación del dividendo digital. La Comisión desea tener una visión de conjunto pormenorizada de los gastos vinculados a la adaptación de la infraestructura que cada radiodifusor financia con sus propios recursos. La Comisión también desea una información similar sobre el coste de conversión que los organismos de radiodifusión han soportado en el pasado.
- Según afirmó el Ministro de Industria, Energía y Turismo el 13 de marzo de 2012, España pretende liberar el espectro del dividendo digital el 1 de enero de 2014 en lugar del 1 de enero de 2015 previsto anteriormente. ¿Cómo afectará ese calendario a la presente notificación en lo que se refiere a la duración prevista de la emisión simultánea? ¿Qué tipo de incentivo se ofrecerá a los radiodifusores para que estén dispuestos a liberar las frecuencias con un año de antelación?
- La Comisión desea recibir más información sobre la posibilidad de que los radiodifusores de canales de televi-

sión de pago que emiten actualmente a través de la TDT se beneficien de la compensación. En particular, se solicita a España que explique si dichos radiodifusores también están obligados a ofrecer cobertura al 96 % de la población y si podrían beneficiarse de ayuda con arreglo a la medida II.

La Comisión insta a sus autoridades a enviar de inmediato una copia de la presente carta a los posibles beneficiarios de la ayuda.

La Comisión desea recordar a España el efecto suspensivo del artículo 108, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y llama su atención sobre el artículo 14 del Reglamento (CE) n.º 659/1999 del Consejo, que prevé que toda ayuda concedida ilegalmente podrá recuperarse de su beneficiario.

Por la presente, la Comisión advierte a España que informará a los interesados mediante la publicación de la presente carta y de un resumen significativo en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. Asimismo, informará a los interesados en los Estados miembros de la AELC signatarios del Acuerdo EEE mediante la publicación de una comunicación en el suplemento EEE del citado *Diario Oficial* y al Órgano de Vigilancia de la AELC mediante copia de la presente. Se invitará a todos los interesados mencionados a presentar sus observaciones en un plazo de un mes a partir de la fecha de publicación de la presente.»

STATSSTØTTE — BELGIEN

Statsstøtte SA.33927 (2012/C) (ex 2011/NN) — Garantiordning til beskyttelse af enkeltmedlemmers andele i finansielle kooperativer — Opfordring til at fremsætte bemærkninger efter artikel 108, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (EUF-traktaten)

(EØS-relevant tekst)

(2012/C 213/04)

Ved brev af 3. april 2012, der er gengivet på det autentiske sprog efter dette resumé, meddelte Kommissionen Belgien, at den havde besluttet at indlede proceduren efter EUF-traktatens artikel 108, stk. 2, over for ovennævnte foranstaltning.

Interesserede parter kan senest en måned efter offentliggørelsen af dette resumé og det efterfølgende brev fremsætte deres bemærkninger til den foranstaltning, over for hvilken Kommissionen indleder proceduren, til:

Europa-Kommissionen
Generaldirektorat for Konkurrence
Registreringskontoret for Statsstøtte
Kontor: J70 03/225
1049 Bruxelles/Brussel

Fax: +32 2 296 12 42

Disse bemærkninger vil blive videresendt til Belgien. Interesserede parter, der fremsætter bemærkninger til sagen, kan skriftligt anmode om at få deres navne hemmeligholdt. Anmodningen skal være begrundet.

1. SAGSFORLØB

Den 7. november 2011 anmeldte den belgiske stat - af hensyn til retssikkerheden - en udvidelse af indskudsgarantiordningen (i det følgende benævnt »garantiordningen for kooperativer«), som beskytter enkeltmedlemmers andele i anerkendte finansielle kooperativer.

2. BESKRIVELSE

For finansielle kooperativer er deltagelsen i garantiordningen for kooperativer frivillig. Det belgiske ministerråd tager efter anmodning stilling til, om et finansielt kooperativ kan deltage i garantiordningen for kooperativer, eventuelt på visse betingelser.

ARCO Group var det første anerkendte finansielle kooperativ, som anmodede om beskyttelse under garantiordningen for kooperativer, og er indtil videre stadig det eneste kooperativ, som er omfattet af ordningen.

Udbetalinger fra garantiordningen for kooperativer kan kun ske til enkeltmedlemmer og ikke institutionelle investorer. Foranstaltningen omfatter den kapital, som er indbetalt af medlemmet, men ikke (eventuelle) kapitalgevinster, og er begrænset til et maksimumbeløb på 100 000 EUR. Endvidere omfatter foranstaltningen kun andele i kooperativet, som er udstedt inden ikrafttrædelsen af det kongelige dekret af 10. oktober 2011.

Garantiordningen for kooperativer finansieres med årlige bidrag og engangsgebyrer ved indtrædelse. Derudover kan det finansielle kooperativ også pålægges at betale en afgift på kapitalgevinster.

Hvis garantiordningen for kooperativer (via en såkaldt særlig beskyttelsesfond) ikke råder over tilstrækkelige midler til at kunne opfylde sin funktion, stilles de nødvendige midler til rådighed af den belgiske stat. Disse midler betales senere tilbage med bidrag fra medlemmer, som er forpligtet til at deltage i garantiordningen for kooperativer, og bidrag, som skal betales af alle finansielle kooperativer.

3. VURDERING

Kommissionen finder på nuværende tidspunkt, at de midler, som er blevet stillet til rådighed af den særlige beskyttelsesfond til finansiering af garantiordningen for kooperativer, udgør statsstøtte.

Garantiordningen for kooperativer kan have hjulpet kooperativer med at tiltrække ny kapital eller opretholde eksisterende kapital ved at overbevise eksisterende medlemmer af kooperativet om ikke at udtræde af kooperativet. Dette gjaldt især i perioden mellem efteråret 2008 og oktober 2011, hvor de skrøbelige markeder i almindelighed og finansielle institutioner i særdeleshed måske ellers ville have fået investorerne til at trække sig eller finde alternative og sikrere investeringsprodukter end investeringer i andele (i kooperativer). Kommissionen har derfor foreløbig konkluderet, at garantiordningen for kooperativer har hjulpet finansielle kooperativer med at opretholde eller forbedre deres markedsposition.

Kommissionen bemærker, at finansielle kooperativer har retlige muligheder for i en vis udstrækning at begrænse de eksisterende medlemmers udtræden.

Kommissionen konkluderer desuden på nuværende tidspunkt, at garantiordningen for kooperativer er en foranstaltning, der finansieres ved hjælp af statsmidler, og som giver finansielle kooperativer en selektiv fordel, samtidig med at den fordrejer eller har fordrejet den sædvanlige konkurrenceudvikling og påvirker samhandelen inden for EU.

TEXT OF LETTER

»The Commission wishes to inform Belgium that it has decided to open the procedure laid down in Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

The Commission has also decided to issue a suspension injunction in accordance with Article 11(1) of Council Regulation (EC) N° 659/1999 ('the Procedural Regulation' ⁽¹⁾) to ensure that the Belgian State does not make pay-outs in relation to the guarantee scheme and to prevent the admission by the Belgian State of new cooperatives to that scheme.

1. PROCEDURE

- (1) On 7 November 2011, the Belgian State notified – for reasons of legal certainty – an extension of the Deposit Guarantee Scheme (hereafter 'the cooperative guarantee scheme') protecting shares held by individual shareholders in recognised cooperatives ⁽²⁾ which are either under prudential supervision of the National Bank of Belgium (hereafter the 'NBB') or which have invested at least half of their assets in an institution subject to such prudential supervision (hereafter 'financial cooperatives').
- (2) The Commission indicated to the Belgian State – by letter of 6 December 2011 – that the measure might represent unlawful State aid and urged the Belgian State to refrain from further steps to implement the measure, invoking the possibility of a suspension injunction in accordance with Article 11(1) of the Procedural Regulation. The Commission invited the Belgian State to comment on its preliminary findings, which the Belgian State did by letter of 22 December 2011.
- (3) On 25 January 2012, a follow-up meeting took place between the Commission and representatives of the Belgian State and of ARCO ⁽³⁾. During that meeting, ARCO indicated that it would provide the Commission with additional background information about the undertaking.

⁽¹⁾ OJ L 83, 27.3.1999, p.1

⁽²⁾ To be recognised, cooperatives must fulfil certain formal conditions (see Act of 20 July 1955 on a National Council for Cooperatives and Royal Decree of 8 January 1962 on the conditions for recognition of the national groups of cooperative companies and the cooperative companies, *Moniteur Belge* of 19 January 1962). This National Council ensures that its members abide by the spirit and rules of cooperative companies (voluntary membership; equality or limitation of the right to vote at the general meetings; appointment of the board of directors and the statutory auditor by the general meeting; position as a board member is, in principle, unpaid (attendance fees are permitted); payment of moderate interest (dividend) on the share certificates, the relevant percentage is limited by law to 6% per annum). A recognised cooperative enjoys certain tax benefits and is also exempted from publishing a prospectus when making public offerings.

⁽³⁾ The Arco group is an entity that includes several Belgian cooperative holdings. Among others, it includes the financial cooperatives Arcopar, Arcoplus and Arcofin. ARCO will be described more in detail in recital (19) and following.

- (4) On 16 February 2012, the Commission was provided with a copy of ARCO's statutes, ARCO's balance sheet as of 31 October 2011, a recent annual report of ARCO, the press release of the Belgian Ministry of Finance of 10 October 2008 (by which the cooperative guarantee scheme was announced) and a general overview document on the structure of ARCO.

2. DESCRIPTION

2.1 Guarantee scheme protecting individual shareholders of financial cooperatives

Timeline

- (5) In application of Directive 94/19/EC on Deposit Guarantee Schemes ⁽⁴⁾, Belgium has put in place in 1998 a Deposit Guarantee Scheme covering aggregate deposits of a depositor in case of unavailability. Coverage was initially of EUR 20.000, and was successively raised to EUR 50.000 and EUR 100.000 as a result of Directive 2009/14/EC ⁽⁵⁾. The Belgium Deposit Guarantee Scheme ⁽⁶⁾ was entrusted to a deposit guarantee fund (hereafter 'the Fund') abounded by credit institutions (banks, savings banks, investment banks and stockbroking firms). For those companies, participation in the Fund is an indispensable condition to obtain accreditation from NBB.
- (6) In a press release dated 10 October 2008 ⁽⁷⁾, the Belgian government made public its intention to increase the amounts covered by the Deposit Guarantee Scheme and to extend the protection of the Fund to 'branch 21' ⁽⁸⁾ life insurance products and shares in financial cooperatives.
- (7) By law of 15 October 2008 ⁽⁹⁾, the Belgian State took measures to preserve financial stability. That law provided that the government could develop by Royal Decree a State system guaranteeing the commitments taken by institutions under financial supervision.

⁽⁴⁾ Directive 94/19/EC of the European Parliament and of the Council of 30 May 1994 on deposit-guarantee schemes, OJ L 135 of 31.05.1994, p 5.

⁽⁵⁾ Directive 2009/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2009 amending Directive 94/19/EC on deposit-guarantee schemes as regards the coverage level and the pay-out delay, OJ L 68 of 13.03.2009, p. 3.

⁽⁶⁾ Up to an amount of EUR 50 000

⁽⁷⁾ <http://www.minfin.fgov.be/portail2/fr/downloads/composition/mp-fonds.pdf>

⁽⁸⁾ 'Branch 21' insurance savings are a form of life insurance that returns the capital to the investor at maturity or immediately upon death of the investor to the beneficiary of the investor. The capital of the investment is guaranteed. Often a minimum return is also guaranteed, although this can contractually be set a 0%. The biggest part of the return comes from a performance related premium, which is not limited by law. The best performing part of branch 21 insurance savings products had on average a return of around 5.50% – 6.25% per annum over the period 2005-2007. The maturity of 'branch 21' insurance savings products can be freely established, but the benefit from a tax advantage (exemption from withholding tax) only applies if the maturity exceeds 8 years and 1 month. Early withdrawals are possible, subject to a (usually declining) exit fee.

⁽⁹⁾ *Moniteur Belge*, 17.10.2008, Ed.2, N.2008 – 3690 [2008/03425]; http://www.ejustice.just.fgov.be/mopdf/2008/10/17_2.pdf

- (8) The Royal Decree of 14 November 2008⁽¹⁰⁾ implementing the law of 15 October 2008 created the new guarantee regime for 'branch 21' life insurance products. It also created a 'Special Protection Fund'. The Special Protection Fund covers the tranche between EUR 50,000 and EUR 100,000 for deposits on the one hand⁽¹¹⁾, and life insurance products up to EUR 100,000 for the 'branch 21' guarantee scheme on the other hand.⁽¹²⁾
- (9) On 14 April 2009, the Belgian State published another law with new legal provisions on financial supervision. That law provided that the government could also by Royal Decree put in place a system to guarantee the paid-up capital of individual shareholders in financial cooperatives.
- (10) By Royal Decree of 10 October 2011, the Belgian State modified the Royal Decree of 14 November 2008 which contains the details on the new cooperative guarantee scheme. The Royal Decree of 10 October 2011 and the law of 14 April 2009 completed the implementation of the policy which had been announced by the Belgian State on 10 October 2008 and on 21 January 2009⁽¹³⁾ by extending State guarantee not only to deposits and 'branch 21' life insurance products but also to shares in financial cooperatives. The extended scheme for financial cooperatives entered into force on 10 October 2011.

Characteristics of the guarantee scheme for cooperatives' members (cooperative guarantee scheme)

- (11) Participation in the Special Protection Fund is mandatory for those institutions that already participate in the Fund and for life insurance companies offering 'branch 21' insurance products. For financial cooperatives, participation in the Special Protection Fund is optional. Cooperative companies willing to participate in the Special Protection Fund have to send an official request via a registered letter to the Minister of Finance. Within one month, the Council of Ministers will decide whether or not to allow the financial cooperative in the cooperative guarantee scheme, if necessary under certain conditions. Those conditions can include
- a) the obligation to reserve future public offerings to institutional shareholders,
 - b) the commitment of all institutional shareholders not to withdraw shares or any money paid to the cooperative company and not to resign as a shareholder unless by way of transfer of shares,
 - c) and a cap of 4.5% p.a on interests to be paid to shareholders.
- (12) The participation in the Special Protection Fund is mandatory for one year (defined as 31 December of the year following the year in which the protection entered into force). The cooperative can terminate its participation in the Special Protection Fund after that period by giving three months' notice to the Special Protection Fund prior to the end of the protection period, without being able to reclaim any of the contributions and fees paid to the Special Protection Fund. If a cooperative leaves the protection scheme, it must wait for three years before being able to participate again.
- (13) The cooperative guarantee scheme is only available to individual shareholders and not to institutional shareholders of financial cooperatives. The measure covers the paid-up capital of the cooperative shareholder but does not include (potential) capital gains and is limited to a maximum amount of EUR 100,000. Moreover, the measure only covers cooperative shares issued before the entry into force of the Royal Decree of 10 October 2011. Shares issued after that date are not covered by the measure.
- (14) The Special Protection Fund's financing comes from:
- (i) an annual contribution of 0.15% of the protected amount (payable by all participants)
 - (ii) a one-off entry fee of 0.10% of the protected amount (payable by cooperatives).
- (15) In addition, cooperative companies can also be required to pay a capital gains contribution to the Special Protection Fund in connection with their listed equity holdings. The capital gains contribution corresponds to up to 10% of the difference between (i) the sale price of the relevant shares (or, if no sale occurs during a period of three years after the cessation of the protection system, the closing average stock price of the relevant share during a 30-day period before the said third anniversary) and the reference price fixed by the government upon adherence to the protection scheme.
- (16) The Special Protection Fund will start making payments if the financial cooperative is bankrupt or if the financial supervisor has alerted the Special Protection Fund that the financial cooperative can no longer repay its shareholders wishing to exit.
- (17) If the Special Protection Fund has insufficient means to fulfil its duties, the Deposit and Consignment Office – a governmental body without legal status – will advance the necessary means. Depending on whether the failed institution is a mandatory participant or a cooperative company, this advance will later be reimbursed by

— allocating 50 % of the annual contributions to be paid by mandatory participants;

⁽¹⁰⁾ Moniteur Belge, 17.11.2008, Ed.2, N.2008 – 4088 [2008/03450]; http://www.ejustice.just.fgov.be/mopdf/2008/11/17_2.pdf

⁽¹¹⁾ The first tranche being already covered by the Fund (see recital 5)

⁽¹²⁾ <http://www.fondsspecialdeprotection.be/fr/Intro.htm>

⁽¹³⁾ The financial cooperative ARCO informed its shareholders on 21 January 2009 of the commitment of the State by providing its shareholders on its website with a link to the government press release (<http://www.groeparco.be/news/be-nl/145/detail/item/1614/navigationcats/510>).

- allocating a special annual contribution to be paid by cooperatives

If the Special Protection Fund intervenes, it takes over the rights of the individual cooperative shareholder, ranking *pari passu* with the other remaining shareholders. That feature differs from the Deposit Guarantee Scheme where the Fund ranks *pari passu* with the other creditors of the relevant company.

2.2 The direct and indirect beneficiaries

- (18) The individual shareholders of financial cooperatives are the direct beneficiaries of the cooperative guarantee scheme, but financial cooperatives – like ARCO Group – also seem to have benefited indirectly from the measure.
- (19) ARCO Group (hereafter ‘ARCO’) – or more precisely its three subsidiaries ARCOPAR⁽¹⁴⁾, ARCOPLUS⁽¹⁵⁾ and ARCOFIN⁽¹⁶⁾ – was the first recognised financial cooperative to ask for protection under the cooperative guarantee scheme, and so far is still the only cooperative covered.
- (20) ARCO sought to participate in the cooperative guarantee scheme on 13 October 2011, at a time when it was already clear that ARCO would have to be liquidated because of its Dexia exposure. In spite of that prospect, the Belgian State accepted ARCO’s request to enter the cooperative guarantee scheme.
- (21) ARCO has more than 800,000 members, of which 99% are physical persons. The average capital contribution is EUR 1,860 per person, representing an aggregate capital contribution of approximately EUR 1.5 billion. External legal entities have subscribed approximately EUR 600 million.
- (22) ARCO’s shareholders received each year a dividend – which was financed via cash flows coming from the investment portfolio – and on top of that members received a number of advantages in kind. They included for instance advantages for certain products of Dexia Bank Belgium and Dexia Insurance Belgium⁽¹⁷⁾.

3. POSITION OF THE MEMBER STATE

- (23) According to the Belgian State, the cooperative guarantee scheme is not State aid but a general measure aiming to protect the deposits of individual savers and helping to preserve financial stability.

⁽¹⁴⁾ ARCOPAR’s cooperative capital amounts to EUR 1.3 billion of which 95% is held by individual persons. ARCOPAR holds a diversified investment portfolio, including a majority participation in ARCOFIN and energy investments.

⁽¹⁵⁾ ARCOPLUS’s cooperative capital amounts to EUR 80 million, 58% held by individual persons and 42% by legal entities.

⁽¹⁶⁾ ARCOFIN is the core financial holding of the group. ARCOPAR and ARCOPLUS are important shareholders with stakes of respectively 56% and 10.5%.

⁽¹⁷⁾ https://www.dexia.be/info/FR/Media/ARCO%20Q%26A%20FR_tcm_10-25987.pdf

- (24) The Belgian State underlines that the cooperative guarantee scheme does not discriminate. It argues that there is no preferential treatment for specific entities or instruments and that coverage is limited to products with characteristics similar to those of savings deposits. According to the Belgian State, the shares of the financial cooperatives fit in that category. According to the Belgian State, those shares have no speculative character but have the same function as traditional savings deposits. To support its claim, the Belgian State points at the following elements: dividends of financial cooperatives and interest received on savings accounts are fiscally treated in a similar way⁽¹⁸⁾; individual shareholders in financial cooperatives can only subscribe to cooperative shares for a limited amount; and cooperative shares are registered shares, which cannot be transferred. The claim that cooperative shareholders may have on the reserves of the financial cooperatives⁽¹⁹⁾ is in case of liquidation governed by the cooperatives’ statutes.
- (25) The Belgian State also points out that the cooperative guarantee scheme is open to all recognised Belgian financial cooperative companies and adds that the procedure to become a recognised cooperative is objective, non-discriminatory and non-discretionary.
- (26) The Belgian State considers that, even if the Commission were to conclude that the cooperative guarantee scheme constituted State aid, the measure should be declared compatible with the internal market on the basis of Article 107(3)(b) TFEU, which foresees the possibility to allow aid to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State. The Belgian State claims that the cooperative guarantee scheme was necessary, limited to the minimum necessary and did not lead to distortions of competition.
- (27) The Belgian State believes that the cooperative guarantee scheme was necessary to preserve financial stability.
- (28) Concretely, the Belgian State points to the fact that financial cooperatives invested heavily in the financial sector and that financial cooperatives used the retail network distribution of the financial institution in which they invested as distribution channel for those cooperatives’ shares. According to the Belgian State, those elements enhance the quasi-saving deposit status of the cooperative shares and the shareholders’ understanding that those placements are actually savings deposits.

⁽¹⁸⁾ Income received from savings deposits, dividends from recognized cooperative undertakings and interests and dividends from undertakings with a social character all benefit from a tax exemption up to a certain amount.

⁽¹⁹⁾ The statutes of for example ARCOPLUS contain a provision in Article 35, which reads as follows: ‘Sauf si l’Assemblée générale en décide autrement, tous les actifs de la société sont réalisés. Au cas où les parts ne sont pas toutes libérées dans la même mesure, les liquidateurs restaurent l’équilibre, soit en demandant des versements supplémentaires, soit en effectuant des paiements préalables. Après paiement des dettes et des charges sociales, le solde servira d’abord au remboursement des sommes libérées sur les parts. En tout cas, le solde éventuel de la liquidation doit être affecté en tenant compte des objectifs de la société.’

- (29) The Belgian State also highlights the importance of the cooperative shares for the Belgian financial sector. It believes that not providing protection to those products would entail the same risk as not providing protection to saving deposits.
- (30) The Belgian State also believes that the cooperative guarantee scheme is in line with the minimum necessary principle and contains sufficient burden-sharing elements.
- (31) Concretely, the cooperative guarantee scheme covers only cooperative shares issued before the entry into force of the Royal Decree of 10 October 2011. The pay-outs are limited to the nominal amount of paid-up capital (not including the reserves), up to a maximum of EUR 100,000 per shareholder per financial cooperative.
- (32) The Belgian State adds that the contribution obligations – as described in recitals (14) and (15) – provide for burden-sharing.

4. ASSESSMENT

4.1. Existence of aid

- (33) As stated in Article 107(1) TFEU, any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the internal market, save as otherwise provided in the Treaty.

— State resources and imputability

- (34) The Commission has to assess whether the cooperative guarantee scheme is financed through State resources.
- (35) According to settled case-law, all financial means by which the public sector may actually support undertakings, irrespective of whether or not those means are permanent assets of the public sector, fall under Article 107(1) TFEU, provided that they constantly remain under public control, and remain therefore available to the competent national State.
- (36) In particular, State aid is involved when funds come from contributions imposed by State legislation and when those funds are managed and apportioned in accordance with provisions of that legislation, even if they are administered

by institutions separate from the State⁽²⁰⁾. The status of the body or undertaking granting the aid in question is not regarded as a determining factor for the application of State aid rules; otherwise, given the growing interpenetration of the public and private sectors of the economy, a significant portion of State measures having the effects of State aid would escape the scrutiny of the Union's institutions⁽²¹⁾.

- (37) In the present case, State resources are involved in two ways in the funding of the measure.
- (38) First, the Commission observes that the Deposit and Consignment Office – a governmental body without legal status – plays a key role in the Special Protection Fund's financing. As described in recital (17), the Deposit and Consignment Office will – if necessary – advance funds to the Special Protection Fund. Those funds shall be recouped *ex post* either (i) by allocating 50% of the (ordinary) annual contributions from mandatory participants; or (ii) by allocating a special annual contribution to be paid by cooperatives, depending on whether the failing institution falls within the first or second category.
- (39) However, if the Deposit and Consignment Office had to advance funds, it is not clear how it would ever be able to actually recoup those funds. The only cooperative currently in the cooperative pillar of the Special Protection Fund is ARCO, which due to its liquidation will not contribute to the funding and had not contributed before calling the funds⁽²²⁾, as it applied only once in liquidation. In light of the overall amount that the Deposit and Consignment office will have to advance it seems furthermore questionable whether other cooperatives would have sufficient financial capacities available to *ex post* replace the advanced funds over time. Finally, effective refinancing of the Special Protection Fund is hindered by the fact that participation is optional for cooperatives. They might be hesitant to take over associated costs, in particular if coverage by the Special Protection Fund can still be achieved by entering the cooperative guarantee scheme at the very last moment.
- (40) Second, the funds of the Special Protection Fund are considered to be State resources anyhow. Belgian legislation determines the contribution that participants have to pay and Belgian legislation also determines how those funds will be used. Therefore, the funds of the Special Protection Fund are considered to be State resources, even if they originally stemmed from private sources.⁽²³⁾

⁽²⁰⁾ See Case 173/73 *Italy v Commission* [1974] ECR 709, paragraph 16.

⁽²¹⁾ See Case 78/76 *Steinike & Weinlig v Federal Republic of Germany* [1977] ECR 595, paragraph 21 and Opinion of Advocate General Poaires Maduro in Case C-237/04 *Enirisorse* [2006] ECR I-2843, paragraph 50.

⁽²²⁾ Except for an entry fee and one year of guarantee fee, which were paid at the time of entry.

⁽²³⁾ See also Denmark Decision SA.33001 (2011/N) – Part B of 01.08.2011 OJ C 271, 14.9.2011, p. 4.

- (41) In light of the above, the Commission considers at this stage that the funds of the Special Protection Fund are imputable to the State and that the cooperative guarantee scheme involves State resources within the meaning of Article 107(1) TFEU ⁽²⁴⁾.

Selective advantage

- (42) The shareholders of financial cooperatives benefit from the measure because they will be protected against losses up to the current limit of EUR 100,000. Since the shareholders benefitting from the measure are exclusively individuals, the advantage to them is not within the scope of this decision. ⁽²⁵⁾
- (43) The Commission has to assess however whether the cooperative guarantee scheme confers (indirect) selective advantages to undertakings.
- (44) *Prima facie*, the financial cooperatives are undertakings, carrying out economic activities. Indeed, financial cooperatives offer their cooperative share as an investment product, thereby competing with other providers of savings and investment products in the Belgian market. The Commission needs to further assess whether financial cooperatives are financial institutions ⁽²⁶⁾ in the meaning of the 4th Capital Requirements Directive and whether, as a result, the Banking Communication ⁽²⁷⁾ would apply. It is possible that a distinction will have to be made between those financial cooperatives which are supervised by the NBB themselves and those who merely invest more than half of their assets in such a supervised institution.
- (45) The Commission has doubts whether the cooperative guarantee scheme does not entail aid to financial cooperatives. The cooperative guarantee scheme may have helped cooperatives to either attract new capital or maintain existing capital, convincing existing cooperative shareholders not to withdraw from the cooperative. That was especially relevant in the period between autumn 2008 and the date on which the Royal Decree was adopted (10 October 2011) ⁽²⁸⁾, when fragility of the markets in

general and financial institutions in particular might otherwise have encouraged investors to withdraw or to find alternative investment products that were safer than the investment in (cooperative) shares. Therefore the Commission has come to the preliminary conclusion that the cooperative guarantee scheme has helped financial cooperatives to maintain or improve their market position. The Commission invites interested parties to comment on that preliminary finding of the Commission.

- (46) In any event, the Commission notes that financial cooperatives have statutory possibilities to limit exits of existing shareholders to some extent, which could be considered as an alternative for the measure. The Commission invites interested parties to comment on that preliminary finding.
- (47) The Commission also remarks that the Belgian State allows entry into the cooperative guarantee scheme at any time, irrespective of the financial health of the applicant cooperative. That fact is well illustrated by the example of ARCO. In fact, ARCO was allowed to enter into the scheme when it was already insolvent. Thus, ARCO shareholders would be fully indemnified even though ARCO has not made financial contributions to the scheme, apart from the entry fee and the first-year annual contribution.

Distortion of competition and effect on trade between Member States

- (48) The cooperative guarantee scheme has provided cooperatives which competed on the market for retail investment products with a selective advantage that was not available to other market players with similar products. Therefore, the Commission has doubts whether the measure has not distorted competition.
- (49) The Commission also observes that the cooperative guarantee scheme only covered shareholdings in recognized cooperatives, prior to 10 October 2011. Therefore, it seems plausible that distortive effects have mainly occurred in the period between the announcement in the press release of 10 October 2008 and the implementation through the Royal Decree of 10 October 2011.
- (50) The Commission also believes that the cooperative guarantee scheme has an impact on intra-EU trade. Many international providers of investment products are active on the Belgian market and the market share that ARCO or any other financial cooperative is able to preserve thanks to the measure does not become available to them.
- (51) The Commission concludes at this stage that the cooperative guarantee scheme is a measure financed by State resources, giving financial cooperatives a selective advantage, while distorting or having distorted the normal competitive process and affecting trade inside the EU. Therefore, the cooperative guarantee scheme may constitute unlawful State aid in the meaning of Article 107(1) TFEU. The Commission invites interested parties to comment on that preliminary finding.

⁽²⁴⁾ The Commission further notes that the Conseil d'État has also pointed out that the measure concerned might have State aid implications, see the reference to the general observations in the Avis du Conseil d'État N° 46.121/2 of 4 March 2009, displayed in the publication by the Chambre des Représentants de Belgique of 17 March 2009, Doc 52 1887/001, p. 9.

⁽²⁵⁾ State aid refers to aid to 'undertakings'. An undertaking is defined as any entity, regardless of its legal status, which is engaged in economic activity and where there is a market in comparable goods or services. It does not have to be profit-making as long as the activity carried out is one which in principle has commercial competitors. It can include voluntary and non-profit-making public or private bodies when they are engaged in economic activity.

⁽²⁶⁾ The question raised refers to whether the principal activity of financial cooperatives is the acquisition of holdings (as per article 4 of CRD IV) and/or the trading for their own account in transferable securities (point 7 of Annex I) and / or portfolio management (point 11 of Annex I).

⁽²⁷⁾ Communication from the Commission – The application of State aid rules to measures taken in relation to financial institutions in the context of the current global financial crisis, OJ C 270, 25.10.2008

⁽²⁸⁾ The Commission recalls that the announcement date of the measure determines when the measure starts to have an impact on the behaviour on market participants and to potentially distort competition. See Case N428/2008: Restructuring of Lloyds Bank, OJ C 46, 24.02.2010, p. 2, paragraph 124

4.2 Compatibility of the aid

- (52) If the cooperative guarantee scheme involves State aid within the meaning of Article 107(1) TFEU, the Commission must establish if that aid could be found compatible with the TFEU.
- (53) Article 107(1) TFEU provides that State aid shall be incompatible with the TFEU and therefore be prohibited, save as otherwise provided in the TFEU. Article 107(2) and 107(3) subsequently define two categories of compatible aid.
- (54) First, Article 107(2) TFEU lists categories of State aid that are automatically exempted from the prohibition principle, but the cooperative guarantee scheme does not fit in one of those categories.
- (55) Second, Article 107(3) TFEU covers several categories of aid that – under certain conditions – may be considered compatible with the TFEU. In theory, subparagraphs (b) or (c) of Article 107(3) TFEU could apply.
- (56) With respect to Article 107(3)(c), the Commission has explained in guidelines how it will apply the exemption laid down in Article 107(3)(c) to certain types of aid. The Commission observes, however, that the measure does not correspond to any of the types of aid covered by those guidelines.
- (57) With respect to Article 107(3)(b), the Commission observes that the Belgian State argues that, should the Commission conclude that the cooperative guarantee scheme involves State Aid in the meaning of Article 107 TFEU, it should be evaluated under Article 107(3)(b), which allows aid to be declared compatible with the internal market if the aid is needed to remedy a serious disturbance of the economy of a Member State. However, Article 107(3)(b) TFEU necessitates a restrictive interpretation of what can be considered a serious disturbance of a Member State's economy. The disturbance in question must affect the whole of the economy of a Member State and not merely the economy of one of its regions or areas of territory.⁽²⁹⁾
- (58) When the financial crisis reached its first culmination point in the autumn of 2008, the Commission decided in the Banking Communication⁽³⁰⁾ that Article 107(3)(b) would become available to evaluate State aid measures undertaken to address the problems of financial institutions⁽³¹⁾. At first sight, however, it is questionable that the financial cooperatives are financial institutions. At this

stage, it is not clear that the activities of the financial cooperatives sufficiently match with those of a typical financial institution, as defined in Annex I of the Banking Directive⁽³²⁾. More importantly, the fact that financial cooperatives are not directly under financial supervision of the regulatory authority (i.e. in Belgium the NBB) also seems to indicate that financial cooperatives are not treated as financial institutions. Consequently, it seems that the Banking Communication – which also provides guidance on the required characteristics of guarantees on debt instruments of financial institutions and on the winding-up of financial institutions – cannot be used directly to evaluate the compatibility of the measure for those financial cooperatives.

- (59) Outside the financial sector, the Commission developed – also under Article 107(3)(b) of the TFEU – the Temporary Union framework for State aid measures to support access to finance in the current financial and economic crisis⁽³³⁾, but also that framework does not seem to apply for the measure at stake. It rather aims at the real economy by enabling Member States to take suitable measures to improve access to finance for undertakings during the financial crisis. Moreover, the cooperative guarantee scheme does not seem to fit in the aid categories discussed in that framework.
- (60) As financial cooperatives do not seem to be financial institutions in the meaning of the Banking Communication, the aid would have to be evaluated directly under the Treaty. To comply with the general criteria for compatibility under Article 107(3) TFEU, the measure has to comply with the following conditions⁽³⁴⁾:
- a. *Appropriateness*: The aid has to be well targeted in order to be able to effectively achieve the objective of remedying a serious disturbance in the economy. It would not be the case if the measure were not appropriate to remedy the disturbance.
 - b. *Necessity*: The aid measure must, in its amount and form, be necessary to achieve the objective. Thus, it must be of the minimum amount necessary to reach the objective, and take the most appropriate form to remedy the disturbance.
 - c. *Proportionality*: The positive effects of the measure must be properly balanced against the distortions of competition, in order for the distortions to be limited to the minimum necessary to reach the measure's objectives.

⁽²⁹⁾ See also Joined cases T-132/96 and T-143/96, Freistaat Sachsen, Volkswagen AG and Volkswagen Sachen GmbH v Commission, [1999], ECR UU-3663, at para 167.

⁽³⁰⁾ Communication from the Commission – The application of State aid rules to measures taken in relation to financial institutions in the context of the current global financial crisis, OJ C 270, 25.10.2008, p.8

⁽³¹⁾ At the same time, recital (11) of the the Banking Communication added that the use of Article 107(3)(b) should not be generalised beyond the financial sector.

⁽³²⁾ See also footnote 26.

⁽³³⁾ OJ C 83, 7.4.2009, p. 1

⁽³⁴⁾ See Case 730/79 Philip Morris [1980] ECR 2671

- (61) At first sight, the cooperative guarantee scheme is mainly meant to protect financial cooperatives and their members from the consequences of their past investments in financial companies and therefore, the Commission is at this stage not convinced that the measure was appropriate to remedy a serious disturbance of the Belgian economy. The Commission also points out that the financial cooperatives are at first sight not financial institutions and – also taken into account their size compared to the Belgian GDP – do not seem of systemic importance. The Belgian authorities are invited to explain via which channels investment losses – which also incurred for investors of e.g. mutual funds – would have created important negative spill-over effects to the Belgian economy to justify the need for a guarantee to shareholders of financial cooperatives.
- (62) The Commission is also not convinced that the cooperative guarantee scheme was necessary to avoid a serious disturbance of the Belgian economy. The Commission observes for instance that Belgium has put in place already other measures to stabilise the financial institutions in which financial cooperatives were investing. The Belgian Deposit Guarantee Scheme protected deposits up to a limit of EUR 100,000 and the Belgian State helped Fortis, KBC, Dexia and Ethias with recapitalisation, liquidity measures, impaired asset measures and ad hoc measures. At this stage, it is not clear to the Commission why – on top of all those measures – the Belgian authorities also deemed it necessary to protect shareholdings in financial cooperatives. The Commission also doubts whether it is necessary to avoid a serious disturbance of the Belgian economy to offer protection to shareholders of financial cooperatives.⁽³⁵⁾
- (63) Finally, the Commission has also doubts that the cooperative guarantee scheme was proportionate. First, it is at this stage not clear to the Commission whether the financial cooperatives will have to pay a fair remuneration for the guarantee. It is not clear whether the levels currently foreseen are sufficiently close to what can be considered market rates. Second, the Commission observes that the discretion to enter and the lack of a viability check in the entry procedure of the Belgian State imply that financial cooperatives have an incentive to enter only once it is clear that the guarantee will be triggered. In such a scenario, the beneficiary can use the guarantee, while avoiding to a large extent the guarantee fees to be paid. Third, the Commission doubts whether the cooperative guarantee scheme does not distort competition excessively as it might have influenced or continue to influence the investment behaviour of retail clients.

⁽³⁵⁾ The Commission observes that under the Banking Communication, financial institutions are not allowed to use guarantees for capital instruments. Recital (23) of the Banking Communication explains for instance that protecting shareholders would ‘merely tend to safeguard the interests of shareholders and other risk capital investors’. Also in wind-down scenarios, the Banking Communication argues – in recital (46) – that ‘particular care has to be taken to minimize moral hazard, notably by excluding shareholders and possibly certain types of creditors from receiving the benefit of any aid in the context of the controlled winding-up procedure.’

- (64) In conclusion, the Commission has doubts that the measure is compatible with the internal market.

5. SUSPENSION INJUNCTION

- (65) The Commission has timely indicated by letter of 6 December 2011 to the Belgian state that the cooperative guarantee scheme might represent unlawful State aid and therefore asked to refrain from further steps to implement the measure.
- (66) In light of the doubts set out in this decision, the Commission considers it to be crucial to suspend the cooperative guarantee scheme before new cooperatives seek to enter the scheme which may create expectations among shareholders of the cooperatives.
- (67) Furthermore, should the Commission come to the final conclusion that the cooperative guarantee scheme is not compatible with the internal market, it will have to adopt a negative decision with a recovery order for any payments eventually made. In practice, however, the recovery of payments may be virtually impossible in light of the very large number of individual recipients, who are not themselves undertakings benefitting from State aid.
- (68) Therefore, the Commission decided that it is necessary to issue a suspension injunction in accordance with Article 11(1) of the Procedural Regulation.

6. CONCLUSION

- (69) The Commission has doubts that the cooperative guarantee scheme is compatible with the internal market. Consequently, the Commission also has doubts as to the compatibility of the coverage of ARCO shareholders under the cooperative guarantee scheme.
- (70) Since the cooperative guarantee scheme was notified to the Commission only after its entry into force, Belgium has not respected the standstill obligation and the measure might constitute unlawful aid.

7. DECISION

In the light of the foregoing considerations, the Commission, acting under the procedure laid down in Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union, requests Belgium to submit its comments and to provide all such information as may help to assess the aid measures, within one month of the date of receipt of this letter. It requests your authorities to forward a copy of this letter to the potential recipient of the aid immediately.

The Commission reminds Belgium that Article 108(3) TFEU has a suspensory effect, and draws your attention to Article 14 of Council Regulation (EC) No 659/1999 which provides that unlawful aid may be recovered from recipients.

The Commission enjoins Belgium in accordance with Article 11(1) of Council Regulation (EC) No 659/1999 to suspend any unlawful aid until the Commission has taken a decision on the compatibility of the aid with the internal market (suspension injunction). The Commission requires Belgium to immediately cease any action which would further implement the cooperative guarantee scheme and to abstain from any payments under the scheme.

The Commission warns Belgium that it will inform interested parties by publishing this letter and a meaningful summary of it in the Official Journal of the European Union. It will also inform interested parties in the EFTA countries which are signatories to the EEA Agreement, by publishing a notice in the EEA Supplement to the Official Journal of the European Union, and will inform the EFTA Surveillance Authority by sending a copy of this letter. All such interested parties will be invited to submit their comments within one month of the date of such publication.

The Commission notes that Belgium accepts exceptionally that the present decision be adopted in English.«

ABONNEMENTSPRISER 2012 (ekskl. moms, inkl. normale forsendelsesomkostninger)

| | | |
|---|--|------------------|
| EU-Tidende, L- + C-udgaven, kun papirudgave | 22 officielle EU-sprog | 1 200 EUR pr. år |
| EU-Tidende, L- + C-udgaven, papirudgave + årlig dvd | 22 officielle EU-sprog | 1 310 EUR pr. år |
| EU-Tidende, L-udgaven, kun papirudgave | 22 officielle EU-sprog | 840 EUR pr. år |
| EU-Tidende, L- + C-udgaven, månedlig kumulativ dvd | 22 officielle EU-sprog | 100 EUR pr. år |
| Supplement til EUT (S-udgaven), udbud og offentlige kontrakter, dvd, 1 udgave pr. uge | Flersproget: 23 officielle EU-sprog | 200 EUR pr. år |
| EU-Tidende, C-udgaven — udvælgelsesprøver | Sprog iht. udvælgelsesprøve(r) | 50 EUR pr. år |

Den Europæiske Unions Tidende, der udkommer på EU's officielle sprog, fås i abonnement i 22 sprogudgaver. EU-Tidende omfatter L-udgaven (retsforskrifter) og C-udgaven (meddelelser og oplysninger).

Der abonneres særskilt på hver sprogudgave.

I henhold til Rådets forordning (EF) nr. 920/2005, offentliggjort i EU-Tidende L 156 af 18. juni 2005, er Den Europæiske Unions institutioner midlertidigt fritaget for forpligtelsen til at udarbejde og offentliggøre alle retsakter på irsk. Irske udgaver af EU-Tidende vil derfor blive markedsført særskilt.

Abonnementet på supplementet til EU-Tidende (S-udgaven (udbud og offentlige kontrakter)) omfatter alle udgaver på de 23 officielle sprog på én dvd.

Abonnenter på *Den Europæiske Unions Tidende* kan uden ekstra omkostninger rekvirere eksemplarer af diverse bilag til EU-Tidende (C ... A-udgaver). Abonnenterne gøres opmærksom på udgivelsen af bilagene ved hjælp af »meddelelser til læserne« i *Den Europæiske Unions Tidende*.

Salg og abonnementer

Betalingsabonnementer på diverse tidsskrifter, som f.eks. *Den Europæiske Unions Tidende*, kan købes gennem vore salgsagenter. Listen over salgsagenterne findes på internettet:

http://publications.europa.eu/others/agents/index_da.htm

EUR-Lex (<http://eur-lex.europa.eu>) giver direkte og gratis adgang til EU-retten. Via dette netsted kan man konsultere *Den Europæiske Unions Tidende*, og netstedet indeholder endvidere traktaterne, retsforskrifter, retspraksis og forberedende retsakter.

Yderligere oplysninger om Den Europæiske Union findes på: <http://europa.eu>



Den Europæiske Unions Publikationskontor
2985 Luxembourg
LUXEMBOURG

DA