

RETTENS DOM (Ottende Afdeling)

24. marts 2011 *

I sagerne T-443/08 og T-455/08,

Freistaat Sachsen (Tyskland),

Land Sachsen-Anhalt (Tyskland),

ved advokat U. Soltész,

sagsøgere i sag T-443/08,

Mitteldeutsche Flughafen AG, Leipzig (Tyskland),

Flughafen Leipzig-Halle GmbH, Leipzig,

ved advokat M. Núñez-Müller,

sagsøgere i sag T-455/08,

* * Processprog: tysk.

støttet af:

Forbundsrepublikken Tyskland ved M. Lumma og B. Klein, som befuldmægtigede,

Arbeitsgemeinschaft Deutscher Verkehrsflughäfen eV (ADV) ved advokat
L. Giesberts,

intervenienter,

mod

Europa-Kommissionen ved K. Gross, B. Martenczuk og E. Righini, som
befuldmægtigede,

sagsøgt,

vedrørende en påstand om delvis annullation af Kommissionens beslutning 2008/948/
EF af 23. juli 2008 om Tysklands foranstaltninger til fordel for DHL og Leipzig/Halle
Lufthavn (EUT L 346, s. 1),

har

RET TEN (Ottende Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M.E. Martins Ribeiro, og dommerne Papasavvas (refererende dommer) og A. Dittrich,

justitssekretær: fuldmægtig C. Heeren,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 2. juli 2010,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

- 1 DHL-koncernen (herefter »DHL«) er en af de førende koncerner inden for ekspres-pakkesektoren. Den ejes 100 % af Deutsche Post AG.
- 2 Efter forhandlinger med flere lufthavne besluttede DHL i 2005 at flytte sit europæiske luftfragtknudepunkt fra Bruxelles (Belgien) til Leipzig/Halle (Tyskland) fra 2008 at regne.

- 3 Leipzig/Halle Lufthavn drives af Flughafen Leipzig-Halle GmbH (herefter »FLH«), som er et datterselskab af Mitteldeutsche Flughafen AG (herefter »MF«). MF ejer 94 % af kapitalandelene i FLH. De øvrige selskabsdeltagere i FLH er delstaten Sachsen (5,5 %), amtet Nordsachsen (0,25 %) samt byen Schkeuditz (0,25 %). Selskabsdeltagerne i MF er delstaterne Sachsen (76,64 %), Sachsen-Anhalt (18,54 %), samt byerne Dresden (2,52 %), Halle (0,2 %) og Leipzig (2,1 %). MF har ingen private aktionærer.
- 4 Den 4. november 2004 besluttede MF at anlægge en ny sydlig start- og landingsbane (herefter »den sydlige bane«). Denne skulle finansieres med en kapitaltilførsel på et beløb af 350 mio. EUR til MF eller til FLH fra deres offentlige aktionærer (herefter »kapitaltilførslen«).
- 5 Den 21. september 2005 underskrev FLH, MF og DHL Hub Leipzig GmbH en rammeaftale (herefter »rammeaftalen«). Ifølge rammeaftalen er FLH forpligtet til at anlægge den nye sydlige bane og at opfylde yderligere tilsagn i hele løbetiden. Blandt disse er sikringen af kontinuerlige flyvninger på den sydlige bane 24 timer i døgnet og 7 dage om ugen samt sikring af, at mindst 90 % af de af eller for DHL gennemførte lufttransporter kan gennemføres fra nævnte bane på ethvert tidspunkt. Rammeaftalen fastsætter de betingelser, der er garanteret af FLH og MF, i forbindelse med påbegyndelsen af anlæg og drift af det nye knudepunkt samt den senere drift heraf. Rammeaftalen indeholder aftaler om driftsbetingelser, lufthavnsafgifter og udlejning af grunde. Hvad angår de efterfølgende garantier om ibrugtagelsen af det nye knudepunkt fastsætter rammeaftalen, at hvis FLH ikke opfylder de deri indeholdte driftsbetingelser, efter nævnte ibrugtagelse, er FLH og MF forpligtet til at yde erstatning over for DHL Hub Leipzig for alle skader og tab, der måtte opstå for DHL Hub Leipzig. I tilfælde af en væsentlig begrænsning af sin drift kan DHL Hub Leipzig også opsige rammeaftalen og kræve erstatning for alle direkte og indirekte omkostninger ved flytningen til en anden lufthavn. Såfremt DHL Hub Leipzig blev nødt til at skifte til en anden lufthavn på grund af et forbud fra myndighederne mod natflyvninger, kan FLH forpligtes til at betale erstatning.

- 6 Den 21. december 2005 udstedte delstaten Sachsen en administrativ hensigtserklæring til fordel for FLH og DHL Hub Leipzig (herefter »den administrative erklæring«). Denne indeholder en garanti for FLH's økonomiske resultater i rammeaftalens løbetid og forpligter delstaten Sachsen til at yde erstatning til DHL Hub Leipzig, såfremt Leipzig/Halle Lufthavn ikke længere kan benyttes som planlagt.
- 7 Den 5. april 2006 anmeldte Forbundsrepublikken Tyskland i overensstemmelse med artikel 2, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af artikel [88 EF] (EFT L 83, s. 1) rammeaftalen og den administrative erklæring til Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber.
- 8 Den 27. april 2006 anmodede Kommissionen om yderligere oplysninger, som de tyske myndigheder tilstillede den 24. juli 2006.
- 9 Den 26. juli og den 21. august 2006 fandt der møder sted mellem Kommissionens tjenestegrene, FLH, MF, DHL og de tyske myndigheder.
- 10 Kommissionen underrettede ved skrivelse af 23. november 2006 Forbundsrepublikken Tyskland om sin beslutning om at indlede proceduren i artikel 88, stk. 2, EF. Skrivelsen omfattede rammeaftalen, den administrative erklæring samt kapitaltilførslen. Nævnte beslutning såvel som opfordringen til de interesserede parter til at fremsende deres bemærkninger vedrørende den påtænkte støtte blev offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* den 2. marts 2007 (EFT C 48, s. 7).

- 11 Forbundsrepublikken Tyskland fremsendte sine bemærkninger den 23. februar 2007. Kommissionen modtog fra interesserede tredjeparter bemærkninger, som den ved skrivelse af 16. maj 2007 videresendte til de tyske myndigheder med anmodning om eventuelle kommentarer inden for en måned. Kommissionen modtog kommentarer fra nævnte myndigheder ved skrivelse af 13. juni 2007.
- 12 Efter anmodning fra Forbundsrepublikken Tyskland blev der afholdt møder den 18. juni og den 25. september 2007. Til opfølgning af disse møder fremsendte de tyske myndigheder yderligere oplysninger til Kommissionen den 19. oktober, den 7. og 18. december 2007 samt den 17. marts og den 9. april 2008.

Beslutning

- 13 Den 23. juli 2008 vedtog Kommissionen beslutning 2008/948/EF om Tysklands foranstaltninger til fordel for DHL og Leipzig/Halle Lufthavn (EUT L 346, s. 1, herefter »beslutningen«).
- 14 Vedrørende kapitaltilførslen har Kommissionen i beslutningen fastslået, at den af Forbundsrepublikken Tyskland påtænkte statsstøtte på 350 mio. EUR til DHL til anlæggelse af en ny sydlig start- og landingsbane og de tilhørende lufthavnsfaciliteter var forenelig med fællesmarkedet efter artikel 87, stk. 3, litra c), EF.
- 15 For så vidt angår rammeaftalen og den administrative erklæring har Kommissionen vurderet, at dels de ubegrænsede garantier i rammeaftalen, dels nævnte administrative erklæring udgjorde statsstøtte efter artikel 87, stk. 1, EF, i det omfang delstaten Sachsen, MF og FLH dækker kommercielle risici i forbindelse med DHL på

betingelser, som ingen privat investor, der handler under normale markedsøkonomiske betingelser (herefter »privat investor«), havde accepteret. Da DHL allerede havde modtaget maksimumsbeløbet i forbindelse med en investeringsstøtte, der var tilladt i henhold til artikel 87, stk. 3, litra a), EF, fandt Kommissionen, at de ubegrænsede garantier i rammeaftalen og den administrative erklæring måtte betragtes som uforenelige med fællesmarkedet.

16 Beslutningens dispositive del lyder således:

»Artikel 1

Den af [Forbundsrepublikken] Tyskland påtænkte statsstøtte på 350 mio. [EUR] til anlæggelse en ny sydlig start- og landingsbane og de tilhørende lufthavnsfaciliteter i Leipzig/Halle Lufthavn er forenelig med fællesmarkedet efter artikel 87, stk. 3, litra c), EF.

Artikel 2

Den af [Forbundsrepublikken] Tyskland påtænkte statsstøtte i form af den administrative erklæring til fordel for DHL er ikke forenelig med fællesmarkedet. Støtten må derfor ikke ydes.

Artikel 3

[Forbundsrepublikken] Tysklands statsstøtte til fordel for DHL i form af ubegrænsede garantier (i henhold til afsnit 8 og 9 i rammeaftalen) er ikke forenelig med fællesmarkedet. Disse ubegrænsede garantier i rammeaftalen skal derfor ophæves.

Artikel 4

1. [Forbundsrepublikken] Tyskland tilbagesøger den del af den i artikel 3 nævnte støtte, der allerede er stillet til rådighed for DHL (dvs. garantigebyret for perioden fra den 1.10.2007 indtil ophævelsen af de ubegrænsede garantier).

[...]«

De faktiske omstændigheder efter beslutningen

¹⁷ Den 18. og 27. november 2008 indgik MF's og FLH's aktionærer aftaler om finansiering af den sydlige bane på 350 mio. EUR.

¹⁸ De tyske myndigheder anmeldte ved skrivelse af 23. december 2008 disse aftaler til Kommissionen.

- 19 Denne anmeldelse blev registreret under sag nr. N 665/2008.
- 20 Efter udveksling af korrespondance og et møde med de tyske myndigheder vedtog Kommissionen den 30. september 2009 beslutning K(2009) 7185 vedrørende statsstøtte nr. N 665/2008 (Tyskland — Leipzig/Halle Lufthavn), hvormed den erklærer, at den anmeldte foranstaltning ikke udgør ny støtte i henhold til artikel 1, litra c), i forordning nr. 659/1999. Kommissionen vurderede i det væsentligste, dels at eftersom de tyske myndigheder havde bekræftet, at anmeldelsen vedrørte de samme finansieringsforanstaltninger som dem, der var godkendt med beslutningen, angik nævnte anmeldelse en støtteforanstaltning, som allerede var tilladt i henhold til artikel 1, litra b), nr. ii), i nævnte forordning, dels at nævnte anmeldelse ikke angik en ændring af en eksisterende støtte i henhold til artikel 4, stk. 1, i denne forordning.

Retsforhandlinger

- 21 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 6. oktober 2008 anlagde sagsøgerne, Freistaat Sachsen, Land Sachsen-Anhalt, MF og FLH, denne sag.
- 22 Ved begæringer indleveret til Rettens Justitskontor den 28. januar 2009 anmodede Forbundsrepublikken Tyskland om tilladelse til at indtræde i nærværende sager til støtte for sagsøgernes påstande.
- 23 Ved begæringer indleveret til Rettens Justitskontor den 30. januar 2009 anmodede Arbeitsgemeinschaft Deutscher Verkehrsflughäfen eV (ADV) om tilladelse til at indtræde i nærværende sager til støtte for sagsøgernes påstande.

- ²⁴ Ved kendelser af 30. marts 2009 tog formanden for Rettens Ottende Afdeling Forbundsrepublikken Tysklands og ADV's interventionsbegæring til følge.
- ²⁵ ADV indleverede interventionsindlæg den 11. maj 2009. Forbundsrepublikken Tyskland indgav ikke interventionsindlæg inden for den fastsatte frist.
- ²⁶ Sagsøgerne indgav deres bemærkninger vedrørende ADV's interventionsindlæg den 26. maj 2009 (sag T-455/08) og den 27. maj 2009 (sag T-443/08).
- ²⁷ Kommissionen fremsatte bemærkninger til ADV's interventionsindlæg den 29. juli 2009.
- ²⁸ Ved kendelse af 24. juni 2010 besluttede formanden for Rettens Ottende Afdeling, efter at have hørt parterne, at forene sagerne med henblik på den mundtlige forhandling.
- ²⁹ På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Ottende Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling.
- ³⁰ Under retsmødet, som foregik den 2. juli 2010, og som Forbundsrepublikken Tyskland ikke deltog i, afgav parterne mundtlige indlæg og besvarede spørgsmål fra Retten. Ved denne lejlighed fremlagde de en dom fra Bundesgerichtshof (Forbundsdomstolen, Tyskland) af 4. april 2003, som Retten besluttede at tilføre sagens akter.

- ³¹ Efter at parterne var hørt herom, fandt Retten, at der var grundlag for at forene sagerne med henblik på dommen i henhold til artikel 50 i procesreglementet.

Parternes påstande

- ³² Sagsøgerne har, støttet af ADV, nedlagt følgende påstande:

- Artikel 1 i beslutningen annulleres, for så vidt som Kommissionen deri fastslår, dels at kapitaltilførslen udgør statsstøtte som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF, dels at nævnte statsstøtte beløber sig til 350 mio. EUR.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

- ³³ Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
- Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

- 34 Kommissionen har i sine bemærkninger til ADV's interventionsindlæg ligeledes nedlagt påstand om, at ADV tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Formaliteten

- 35 Kommissionen har, uden at den dog formelt har fremsat en formalitetsindsigelse, gjort gældende, at sag T-443/08 bør afvises, da sagsøgerne i denne sag ikke er individuelt berørt og ikke har retlig interesse, hvilket disse bestrider. I den forbindelse er parterne ligeledes uenige om retsvirkningerne af beslutningen.

- 36 Retten har fundet det hensigtsmæssigt først at påkende denne afvisningspåstand om manglende retlig interesse.

Parternes argumenter

- 37 Hvad angår beslutningens retsvirkninger har sagsøgerne indledningsvis i sag T-443/08 gjort gældende, for det første, at kvalificeringen af kapitaltilførslen som statsstøtte medfører dens ugyldighed i medfør af tysk ret. Det fremgår nemlig af praksis fra Bundesgerichtshof, at en kontrakt, som tildeler en støtte, før anmeldelsen af denne er

foretaget, rammes af absolut ugyldighed i medfør af § 134 i den tyske Bürgerliches Gesetzbuch som følge af tilsidesættelse af artikel 88, stk. 3, tredje punktum, EF. Denne ugyldighed kan ikke efterfølgende afhjælpes af en beslutning fra Kommissionen, der erklærer støtten forenelig med fællesmarkedet, eller af en kontraktmæssig bekræftelse af den ugyldige retsakt. I modsætning til, hvad Kommissionen har oplyst, vil denne ugyldighed endvidere ikke berøve beslutningen dens effektive virkning. At fastslå nævnte ugyldighed har nemlig en afskrækkende og derfor præventiv virkning ved at styrke effektiviteten af forbuddet mod gennemførelsen som indeholdt i artikel 8, stk. 3, EF.

- 38 Sagsøgerne i sag T-443/08 fremlægger, for det andet, de konsekvenser, som ugyldigheden af kapitaltilførslen kunne medføre, især på området for selskabsret og konkurslovgivning. For det første anfører de, at hvis beslutningen var endelig, ville FLH og MF være truet af konkurs. Ugyldigheden af kapitaltilførslen medfører udbetaling af høje renter for perioden mellem tildeling af støtten og beslutningen og en anmodning om tilbagebetaling af støtten til en størrelse af 350 mio. EUR. Sidstnævnte kunne medførte FLH's konkurs. Med hensyn til den omstændighed, at EU-retten ikke kræver tilbagebetaling af den samlede støtte, har sagsøgerne i sag T-443/08 heroverfor i den forbindelse anført, at dette ikke indebærer, at den forbyder det, idet medlemsstaterne kan opfylde de forpligtelser, som kan udledes af EU-retten, ved at gå længere end disse. FLH's konkurs kunne føre til MF's konkurs, eftersom denne er forpligtet til i henhold til tysk lov at dække sit datterselskabs årlige underskud. MF's konkurs kunne igen medføre konkurs for andre datterselskaber, henset til de kontrakter, som indebærer kontrol og overførsel af goder, og som er indgået mellem MF og dets datterselskaber. For det andet har sagsøgerne i sag T-443/08 understreget, at FLH's konkurs kunne berøve Leipzig/Halle Lufthavn dens driftstilladelse. Ifølge tysk lov kan en driftstilladelse inddrages, når betingelserne for udstedelse af tilladelsen, herunder operatørens økonomiske rentabilitet, ikke længere er opfyldt. Dette ville imidlertid være tilfældet, hvis FLH gik konkurs. Uden en driftstilladelse ville lufthavnen være truet af lukning, hvilket ville medføre et tab af mange arbejdspladser. For det tredje har sagsøgerne i sag T-443/08 anført de eventuelle konsekvenser af ugyldigheden af kapitaltilførslen for retvisende årsregnskaber for FLH og MF og deres godkendelse samt af deres bestyrelsesmedlemmers eventuelle tilsidesættelse af deres forpligtelser til at erklære disse selskaber konkurs. For det fjerde har sagsøgerne gjort gældende, at

FLH's og MF's bestyrelsesmedlemmer, i henhold til tysk lov, kunne løbe en risiko på det civilretlige plan som følge af betalingsstandsning eller overdreven gældsætning.

39 Endvidere har sagsøgerne i sag T-443/08 hævdet, at de i den foreliggende sag har retlig interesse.

40 I første række har sagsøgerne gjort gældende, at der er retlig interesse, når en beslutning fra Kommissionen ikke imødekommer anmodningerne fra de personer, som har deltaget i den administrative procedure. Sagsøgerne har imidlertid i den foreliggende sag T-443/08 i løbet af den administrative procedure forsvaret den anskuelse, at finansiering af infrastrukturer ikke udgør statsstøtte, mens Kommissionen vurderer, at dette er tilfældet. Ifølge sagsøgerne er der forskel på godkendelse af en støtte og konstateringen af, at der ikke er blevet tildelt nogen støtte. Endvidere er kvalificeringen af en foranstaltning som støtte i henhold til artikel 87, stk. 1, EF relevant, eftersom den udstyrer Kommissionen med en stor skønsmargen til at vurdere, om foranstaltningen er forenelig med fællesmarkedet i henhold til artikel 87, stk. 3, EF, og til at undergive dens godkendelse visse betingelser. Endelig er den omstændighed, at Kommissionen ved at godkende en foranstaltning kan fratage den interesserede part ethvert retsmiddel, ikke foreneligt med traktaternes retsmiddelsystem.

41 For det andet hævder sagsøgerne i sag T-443/08, at kvalificeringen af kapitaltilførsel som statsstøtte påfører dem væsentlige negative virkninger, som kun kan afhjælpes ved delvis annullation af beslutningen.

42 Sagsøgerne har i den forbindelse for det første lagt vægt på, at ifølge retspraksis udgør kvalificeringen af en foranstaltning som statsstøtte en bebyrdende beslutning. Således kan annullation af en beslutning om bl.a. kvalificering af en foranstaltning som statsstøtte være relevant, herunder også hvis støtten efterfølgende erklæres forenelig. Det fremgår ligeledes af retspraksis, at retlig interesse kan anerkendes, når

Kommissionens beslutning først efter en tid forekommer at være fordelagtig, men efterfølgende viser sig at være en ulempe som følge af omstændigheder, der ikke er indeholdt i beslutningen. Endelig fremgår det særegne i den foreliggende sag, i forhold til den mest restriktive retspraksis, af den uforudsigelige karakter, i medfør af tysk ret, af konsekvenserne af tilsidesættelsen af forpligtelsen til at anmelde kapitaltilførslen (jf. præmis 38 ovenfor).

- 43 For det andet henviser sagsøgerne i sag T-443/08 til, at der hersker uvished med hensyn til støttens størrelse. På trods af den omstændighed, at Kommissionen anser de 350 mio. EUR i kapitaltilførsel for overhovedet ikke at være omfattet af bestemmelserne om statsstøtte, eftersom visse udgifter stammer fra en offentlig tjenesteydelse, anfører den ikke desto mindre i beslutningens artikel 1, at støtten på 350 mio. EUR er forenelig med fællesmarkedet. Spørgsmålet om, hvilken del af dette beløb der ikke er omfattet af bestemmelserne om statsstøtte, forbliver derfor åbent. Ugyldigheden af kapitaltilførslen i medfør af national ret samt dens konsekvenser gælder imidlertid kun for den del, som betragtes som statsstøtte. I mangel af nærmere angivelse vil de interesserede parter ikke kunne være bekendt med, hvilken del af beløbet der er omfattet af artikel 87 EF, og omfanget af de pågældende konsekvenser. Det medfører ifølge sagsøgerne i sag T-443/08 en retsusikkerhed som direkte følge af beslutningen. Derfor kan sagsøgerne i sag T-443/08 i mangel af angivelse i beslutningen ikke ad retslig vej synliggøre følgerne i tysk ret, og kun en dom afsagt af Retten vil give dem mulighed for efterfølgende at handle ifølge de gældende bestemmelser.

- 44 Hvad angår Kommissionens argument om manglende krænkelse af deres rettigheder har sagsøgerne i sag T-443/08 gjort gældende, at kvalificeringen af kapitaltilførslen som statsstøtte medfører ugyldighed af den kontrakt, som ligger til grund, med de skadelige virkninger, der heraf følger. Derudover medfører denne kvalificering en tilsidesættelse af artikel 88, stk. 3, EF, hvormed der foreligger en »ulovligheds-mangel«. Nævnte kvalificering krænker oven i købet sagsøgernes retlige situation i sag T-443/08 i det omfang, hvor de vil skulle anmelde de fremtidige finansieringer

af lufthavnsstrukturer til Kommissionen. Ydermere afhænger spørgsmålet af, om sådanne finansieringer udspringer af bestemmelserne i EF-traktaten, og om Kommissionen råder over de kompetencer, der er indeholdt i artikel 88 EF, ligeledes af denne kvalificering. I øvrigt vil de foranstaltninger, der udgør statsstøtte, og de, som ikke udgør det, være underlagt forskellige bestemmelser. Tillige skal ved støtte, der er godkendt som eksisterende støtte, enhver ændring i finansieringen af infrastrukturer anmeldes. Endelig vil den omhandlede kvalificering have negative indvirkninger på lovligheden af fremtidig støtte som følge af den akkumulering, som det vil medføre.

- ⁴⁵ Kommissionen anfægter den beskrivelse af de retlige virkninger af beslutningen, som er foretaget af sagsøgerne i sag T-443/08, og hævder, at de ikke har retslig interesse i forhold til beslutningens artikel 1.

Rettens bemærkninger

- ⁴⁶ Det skal påpeges, at et annulationssøgsmål anlagt af en fysisk eller juridisk person kun kan antages til realitetsbehandling, såfremt sagsøgeren har interesse i, at den anfægtede retsakt annulleres. Det skal herved godtgøres, at den pågældende har en eksisterende og faktisk interesse, og interessen skal bedømmes på det tidspunkt, hvor søgsmålet er anlagt (Rettens dom af 14.4.2005, sag T-141/03, Sniace mod Kommissionen, Sml. II, s. 1197, præmis 25, og af 20.9.2007, sag T-136/05, Salvat père & fils m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 4063, præmis 34).
- ⁴⁷ I den foreliggende sag har sagsøgerne i sag T-443/08 nedlagt påstand om annulation af beslutningens artikel 1, det omfang den udtaler dels, at kapitaltilførslen udgør en statsstøtte efter artikel 87, stk. 1, EF, dels at nævnte støtte andrager 350 mio. EUR.

- 48 I den forbindelse skal det erindres, at den af Forbundsrepublikken Tyskland påtænkte statsstøtte på 350 mio. EUR til anlæggelse af den ny sydlige bane og de tilhørende lufthavnsfaciliteter i Leipzig/Halle Lufthavn, jf. nævnte artikel, er forenelig med fællesmarkedet i henhold til artikel 87, stk. 3, litra c), EF.
- 49 Den blotte omstændighed, at beslutningen kender den anmeldte støtte forenelig med fællesmarkedet og således i princippet ikke er bebyrdende for sagsøgerne i sag T-443/08, fritager dog ikke EU's retsinstanser for at undersøge, om Kommissionens vurdering skaber bindende retsvirkninger, som kan berøre sagsøgernes interesser (jf. i denne retning Rettens dom af 30.1.2002, sag T-212/00, *Nuove Industrie Molisane mod Kommissionen*, Sml. II, s. 347, præmis 38, og dommen i sagen *Salvat père & fils m.fl. mod Kommissionen*, nævnt i præmis 46 ovenfor, præmis 36).
- 50 For det første har sagsøgerne i sag T-443/08 fremført argumenter af proceduremæssig karakter. Herved har de for det første anført, at beslutningen ikke opfylder de krav, som de har fremlagt under den administrative procedure. I den forbindelse skal det bemærkes, at ifølge fast retspraksis er proceduren for kontrol med statsstøtte nemlig, henset til dens almindelige opbygning, en procedure, der indledes over for den medlemsstat, som er ansvarlig for at have ydet statsstøtten (Domstolens dom af 24.9.2002, forenede sager C-74/00 P og C-75/00 P, *Falck og Acciaierie di Bolzano mod Kommissionen*, Sml. I, s. 7869, præmis 81; jf. ligeledes i denne retning Domstolens dom af 10.7.1986, sag 234/84, *Belgien mod Kommissionen*, Sml. I, s. 2263, præmis 29). De virksomheder, der har modtaget støtte, og de lokale eller regionale enheder under statsligt niveau, som har ydet støtten, betragtes, ligesom støttemodtagernes konkurrenter, alene som »interesserede parter« i denne procedure (jf. Rettens dom af 6.3.2003, forenede sager T-228/99 og T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale og Land Nordrhein-Westfalen mod Kommissionen*, Sml. II, s. 435, præmis 122 og den deri nævnte retspraksis), og denne retspraksis tildeler i det væsentlige sidstnævnte parter den rolle at tjene som oplysningskilder (jf. dommen i sagen *Westdeutsche Landesbank Girozentrale og Land Nordrhein-Westfalen mod Kommissionen*, præmis 125). Også den kendsgerning, at beslutningen ikke stemmer overens med den holdning, som er udtrykt af sagsøgerne i sag T-443/08 under den administrative procedure, skaber i sig selv ingen retligt forpligtende virkning af en sådan art, som

kan have indflydelse på deres interesser. Den kan derfor ikke i sig selv udgøre noget grundlag for retlig interesse.

- 51 For det andet hvad angår argumentationen om, at kvalificeringen af kapitaltilførslen som statsstøtte medfører, at sagsøgerne i sag T-443/08 vil skulle anmelde fremtidige finansieringer af lufthavnsstrukturer, må det fastslås, at den ikke kan lægges til grund. Forpligtelsen til at anmelde foranstaltninger, som udgør statsstøtte, udspringer nemlig direkte af EF-traktaten og navnlig af artikel 88, stk. 3, EF ikke af beslutningen, som under hensyn til omstændighederne i den foreliggende sag fastslår, at den pågældende foranstaltning udgør statsstøtte.
- 52 For det tredje — vedrørende argumentationen om, at nævnte kvalificering har gjort det muligt for Kommissionen at udøve sine beføjelser, efter bestemmelserne på området for statsstøtte, og at undersøge foreneligheden af den pågældende støtte — skal det først bemærkes, at den omstændighed at Kommissionen, efter at have kvalificeret den pågældende foranstaltning som statsstøtte, har kunnet undersøge foreneligheden af denne med fællesmarkedet, ikke i sig selv er afgørende ved undersøgelsen af retlig interesse, eftersom Kommissionen ubetinget har erklæret, at nævnte støtte var forenelig med fællesmarkedet, hvilket i princippet ikke er bebyrdende, således som det fremgår af retspraksis nævnt ovenfor i præmis 49.
- 53 Endvidere kan det i det omfang, hvori sagsøgernes argumentation i sag T-443/08 vedrører bestemmelserne på området for eksisterende støtteordninger og de pligter, som udløber heraf, især den om at forelægge årsrapporter for ordningen, konstateres, at denne ikke er relevant. Kapitaltilførslen udgør en individuel støtte, og ikke en støtteordning, som, når den først er godkendt, ikke kan betragtes som en eksisterende støtteordning. De gældende bestemmelser for eksisterende støtteordninger og de pligter, der udløber heraf, er derfor ikke relevante i den foreliggende sag.

54 Endelig kan argumentet om, at den pågældende kvalificering kunne have indflydelse på fremtidig støtte på grund af anvendelsen af antikumulationsreglen, ikke lægges til grund. Sagsøgerne har i sag T-443/08 nemlig ikke påberåbt sig nogen bestemmelse, som på området for lufthavnsinfrastrukturer forbyder akkumulering af støtte over tid. Hverken meddelelsen fra Kommissionen om anvendelse af artikel 87 EF og 88 EF og artikel 61 i EØS-aftalen i forbindelse med statsstøtte i luftfartssektoren (EFT C 350, s. 7, herefter »1994-meddelelsen«) eller EF-retningslinjer for finansiering af lufthavne og statslig startstøtte til luftfartsselskaber, som opererer fra regionale lufthavne (EFT 2005 C 312, s. 1, herefter »2005-retningslinjerne«) indeholder bestemmelser om en antikumulationsregel for så vidt angår statsstøtte til fordel for lufthavnsinfrastrukturer.

55 For det fjerde skal det hvad angår argumentet om, at Kommissionen ved at godkende kapitaltilførslen ikke kan afskære sagsøgerne i sag T-443/08 fra retsmidler til prøvelse af kvalificeringen af denne som statsstøtte, påpeges, at Unionen er en retlig union, inden for hvilken dens institutioner er undergivet kontrol af, om dens retsakter er forenelige med EF-traktaten og med de almindelige retsgrundsætninger, som de grundlæggende rettigheder er en del af. Borgerne skal derfor have adgang til en effektiv domstolsbeskyttelse af de rettigheder, som tilkommer dem i medfør af unionsretten, idet retten til en sådan beskyttelse hører til de almindelige retsgrundsætninger, der udspringer af medlemsstaternes fælles forfatningstraditioner. Denne ret er tillige fastslået i artikel 6 og 13 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 (Domstolens dom af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 18, af 27.11.2001, sag C-424/99, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9285, præmis 45, og af 25.7.2002, sag C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet, Sml. I, s. 6677, præmis 38 og 39). Dog vil sagsøgerne i den foreliggende sag T-443/08 langt fra være frataget enhver effektiv retsbeskyttelse. Selv om det foreliggende søgsmål afvises, afskærer intet sagsøgerne fra i forbindelse med en retstvist ved en national domstol, hvor de eventuelt må svare for at påtage sig følgerne af den påståede ugylidighed af kapitaltilførslen, som de påberåber sig, at foreslå en præjudiciel forelæggelse i medfør af artikel 234 EF med henblik på at drage gyldigheden af beslutningen i tvivl, for så vidt som den erklærer, at den pågældende foranstaltning udgør en statsstøtte

(jf. i denne retning dommen i sagen Sniace mod Kommissionen, nævnt i præmis 46 ovenfor, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis), og for vidt som den erklærer, at nævnte statsstøtte beløber sig til 350 mio. EUR.

56 For det andet har sagsøgerne i sag T-443/08 henvist til de væsentlige negative virkninger, som kvalificeringen af kapitaltilførslen som statsstøtte medfører. I den forbindelse støtter de sig dels til den uforudsigelige karakter af de retlige konsekvenser af nævnte kvalificering, dels til usikkerheden med hensyn til statsstøttens størrelse.

57 Hvad for det første angår den uforudsigelige karakter må det fastslås, at den ikke kan underbygge sagsøgernes retlige interesse i sag T-443/08.

58 Det fremgår af en fast retspraksis, at en sagsøger ikke kan påberåbe sig fremtidige og uvisse situationer med henblik på at godtgøre sin interesse i at kræve annullation af den anfægtede retsakt (Rettens dom af 17.9.1992, sag T-138/89, NBV og NVB mod Kommissionen, Sml. II, s. 2181, præmis 33, dommen i sagen Sniace mod Kommissionen, nævnt i præmis 46 ovenfor, præmis 26, og dommen i sagen Salvat père & fils m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 46 ovenfor, præmis 47).

59 Imidlertid har sagsøgerne i sag T-443/08 begrænset sig til at anføre, at i overensstemmelse med retspraksis fra den tyske forbundsdomstol vedrørende ulovlig statsstøtte medfører kvalificering af kapitaltilførsel som statsstøtte dennes absolutte ugyldighed i tysk ret, og til at beskrive »mulige« konsekvenser. De forelægger dog intet belæg for, at den påberåbte ugyldighed og dens påståede konsekvenser i det foreliggende tilfælde skulle udgøre elementer af en eksisterende og faktisk interesse i henhold til retspraksis.

60 I den forbindelse skal der indledningsvis peges på, at når en støtte i henhold til fast retspraksis er tildelt en modtager i strid med artikel 88, stk. 3, sidste punktum, EF, kan den nationale ret efter anmodning fra en anden erhvervsdrivende, selv efter vedtagelsen af en positiv beslutning fra Kommissionens side, træffe afgørelse om gennemførelsesbestemmelsernes gyldighed og om tilbagesøgning af den tildelte økonomiske støtte. Det fremgår af Domstolens dom af 12. februar 2008, CELF og ministre de la Culture et de la Communication (sag C-199/06, Sml. I, s. 469, præmis 46, herefter »CELF-dommen«), at i et sådant tilfælde pålægger EU-retten den nationale domstol at træffe passende foranstaltninger for effektivt at afhjælpe virkningerne af ulovligheden, men at den nationale domstol selv ikke i fravær af særlige omstændigheder pålægges en forpligtelse til at anordne tilbagesøgning af hele den ulovlige støtte. I et sådant tilfælde skal den nationale domstol i henhold til EU-retten pålægge støttemodtageren at betale renter for den periode, hvor der forelå ulovlighed. Inden for rammerne af national lovgivning kan den nationale domstol i givet fald anordne tilbagesøgning af ulovlig støtte, uden at dette har betydning for medlemsstatens ret til på et senere tidspunkt på ny at gennemføre støtten. Den kan endvidere foranlediges til at tage stilling til påstande om erstatning for tab lidt som følge af støtteforanstaltningens ulovlige karakter. Det ses således, at EU-retten i tilfælde af en ulovlig gennemførelse af en støtte, der efterfølges af en positiv beslutning fra Kommissionens side, ikke er til hinder for, at en støttemodtager for det første kan kræve udbetaling af den skyldige fremtidige støtte og for det andet kan beholde den støtte, der blev tildelt før en positiv beslutning, med forbehold af de konsekvenser, som efter de betingelser, der er fastsat i CELF-dommen, følger af, at for tidligt udbetalt støtte er ulovlig (jf. Domstolens dom af 18.12.2008, sag C-384/07, Wienstrom, Sml. I, s. 10393, præmis 27-30 og den deri nævnte retspraksis).

61 I den foreliggende sag, der dels handler om den påståede ugyldighed af kapitaltilførslen, skal det anføres, uden at der er anledning til at udtale sig om de retlige konsekvenser i medfør af tysk ret af kapitaltilførselens ulovlighed, at sagsøgerne i sag T-443/08 ikke angiver, hvordan denne, ud over de påståede konsekvenser, som udspringer af denne ugyldighed (jf. efterfølgende, præmis 62), som sådan skulle være i stand til at påvirke deres interesser i medfør af den retspraksis, der er omhandlet i præmis 46 ovenfor.

62 Hvad dels videre angår de påståede konsekvenser af ugyldigheden skal sagsøgernes argumentation i sag T-443/08 forkastes. De påberåbte konsekvenser ville ikke, uanset om de måtte være indtruffet, berøre sagsøgerne direkte, men ville påvirke FLH og MF. Således som sidstnævnte har oplyst som svar på et skriftligt spørgsmål fra Retten, er det i øvrigt dem og ikke sagsøgerne i sag T-443/08, som har måttet betale renter af beløbet for kapitaltilførslen for perioden imellem udbetalingen af sidstnævnte og den anfægtede beslutning, og dette i overensstemmelse med CELF-dommen, således som Kommissionen har anført i sin beslutning af 30. september 2009 (jf. præmis 20 ovenfor). Det er imidlertid en betingelse for, at et søgsmål med påstand om annullation, der anlægges af en fysisk eller juridisk person, kan antages til realitetsbehandling, at denne godtgør at have en personlig interesse i at opnå annullation af den anfægtede retsakt (jf. Rettens kendelse af 29.4.1999, sag T-78/98, *Unione provinciale degli agricoltori de Firenze m.fl. mod Kommissionen*, Sml. II, s. 1377, præmis 30). Hvad angår den omstændighed, som er påberåbt af sagsøgerne i sag T-443/08, om, at disse er aktionærer i FLH og MF og deltager i udpegelsen af deres bestyrelsesmedlemmer, godtgør intet, at de har en særlig interesse, der er forskellig fra støttemodtagerens, i at kræve annullation af beslutningen. Medmindre en person kan påvise en retlig interesse, der er forskellig fra den, som den virksomhed har, der er berørt af en EU-retsakt, og hvori personen har kapitalinteresser, kan denne person ikke varetage sine interesser i relation til denne retsakt på anden måde end ved at udøve sine interesser som medejer af virksomheden, der selv har ret til at anlægge sag (Rettens dom af 20.6.2000, sag T-597/97, *Euromin mod Rådet*, Sml. II, s. 2419, præmis 50).

63 Under alle omstændigheder skal det for fuldstændighedens skyld fremhæves, at de af sagsøgerne i sag T-443/08 påberåbte konsekvenser er fremtidige, hypotetiske og usikre og således ikke kan udgøre et grundlag for deres retlige interesse, i henhold til den ovenfor i præmis 58 nævnte retspraksis. Indledningsvis skal det bemærkes, at sagsøgerne i stævningen i sag T-443/08 henviser til »mulige« konsekvenser af den påståede ugyldighed af kapitaltilførslen på området for selskabsret og konkursret, men ikke til sikre konsekvenser. Hvad først angår FLH's risiko for konkurs anfører sagsøgerne, at det er en anmodning om tilbagebetaling af den pågældende statsstøtte, som »ville kunne medføre dennes [konkurs]« og følgelig også MF's konkurs. Adspurgt herom i den forbindelse af Retten, har sagsøgerne dog ikke henvist til noget sagsanlæg ved et

nationalt forum, hvis formål skulle være tilbageførsel af den pågældende statsstøtte, hvilket i øvrigt ikke er påkrævet af EU-retten, således som det fremgår af den ovenfor i præmis 60 nævnte retspraksis. Endvidere har sagsøgerne i sag T-443/08 ikke fremlagt belæg for, at betaling af renter for perioden mellem udbetalingen af statsstøtten og beslutningen skulle være i stand til at udsætte FLH og MF for konkurs. Hvad angår argumentet om, at konkurs ville risikere at frarøve Leipzig/Halle Lufthavn dens driftstilladelse, må dette forkastes, eftersom risikoen for konkurs ikke er bevist. Hvad herefter angår de påberåbte konsekvenser på regnskabsområdet fremgår det af stævningen, at retsstillingen i tysk ret ikke er sikker, hverken hvad angår retspraksis eller retsdoktrin, og at sagsøgerne i sag T-443/08 kun henviser til hypotetiske situationer, herunder også hvad angår tilsidesættelsen af forpligtelsen til at erklære sig konkurs (jf. præmis 38 ovenfor), men ikke til virkelige situationer. Hvad endelig angår konsekvenserne af civilretligt erstatningsansvar har sagsøgerne i sag T-443/08 ikke henvist til noget sagsanlæg for nationalt forum med henblik på at fastslå FLH's, MF's eller deres ledes rolle i den forbindelse.

⁶⁴ Endelig må det fastslås, at den retspraksis på området for statsstøtte, som sagsøgerne i sag T-443/08 henviser til for at begrunde en realitetspåkendelse af søgsmålet, er uden relevans i den foreliggende sag. Hvad angår Rettens dom af 10. april 2008, sag T-233/04, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. II, s. 591, præmis 41, vedrørte denne en medlemsstats søgsmål til prøvelse af en beslutning fra Kommissionen, hvorefter den pågældende foranstaltning i denne sag indebar en statsstøtte i henhold til artikel 87, stk. 1, EF, der blev betragtet som forenelig med fællesmarkedet efter artikel 87, stk. 3, EF. Det skal imidlertid allerførst anføres, at andet afsnit i artikel 230 EF gør det muligt for enhver medlemsstat med et annullationssøgsmål at anfægte lovligheden af Kommissionens beslutninger, uden at udøvelsen af denne ret er betinget af en retlig interesse, således at denne dom vedrører en anden situation end den, der undersøges i den foreliggende sag. I modsætning til det, som sagsøgerne har anført i sag T-443/08 i replikken, fremgår det i øvrigt ikke af denne dom, at kvalificeringen af den pågældende foranstaltning som statsstøtte i sig selv er tilstrækkelig til at anerkende en retlig interesse, når medlemsstaten har anmeldt en foranstaltning til Kommissionen med anmodning til denne om at fastslå, at den ikke udgør en statsstøtte. Ydermere var den pågældende foranstaltning i dommen i sagen Nederlandene mod

Kommissionen, i modsætning til i den foreliggende sag, en støtteordning, således at Kommissionens beslutning medførte en efterfølgende anvendelse af bestemmelser på området for eksisterende støtteordninger. Endelig medførte kvalificeringen af den pågældende foranstaltning i nævnte sag, ligeledes i modsætning til den foreliggende sag, konsekvenser med hensyn til anvendelsen af et regelsæt, der forbyder at akkumulere statsstøtte.

⁶⁵ Hvad angår Rettens dom af 12. december 2000, *Alitalia mod Kommissionen* (sag T-296/97, Sml. II, s. 3871), skal det understreges, at i lighed med den pågældende sag i nævnte dom har kvalificeringen af kapitaltilførslen som statsstøtte gjort det muligt for Kommissionen at undersøge foranstaltningens forenelighed med fællesmarkedet. Til forskel fra den pågældende situation i denne dom har Kommissionen i den foreliggende sag dog godkendt kapitaltilførslen uden at pålægge den mindste betingelse.

⁶⁶ Hvad angår Rettens dom af 9. juli 2009, *Alitalia mod Kommissionen* (sag T-301/01, Sml. II, s. 1753), er det tilstrækkeligt at fastslå, at Kommissionens beslutning, som kvalificerer den pågældende foranstaltning som statsstøtte, havde den virkning, at den betingede udbetalingen af den tredje rate af denne statsstøtte af godkendelse fra Kommissionen. Det er imidlertid ikke tilfældet i den foreliggende sag.

⁶⁷ Hvad for det andet angår usikkerheden med hensyn til størrelsen af den pågældende statsstøtte skal det bemærkes, at i det omfang fastsættelsen af dette beløb kunne have en indflydelse på tilbageførslen af den ulovlige statsstøtte eller på betaling af renter, ville dette berøre FLH's og MF's situation, som alene kunne pålægges denne tilbageførsel

eller denne betaling, og ikke direkte på sagsøgernes situation i sag T-443/08. Denne usikkerhed kan derfor ikke skabe en retlig interesse.

- ⁶⁸ Det fremgår af alle ovenstående betragtninger, at sagsøgerne i sag T-443/08 ikke har påvist en eksisterende og faktisk interesse i at anfægte beslutningens artikel 1 i det omfang, hvor den anfører, dels at kapitaltilførslen udgør statsstøtte i medfør af artikel 87 stk. 1, EF, dels at nævnte statsstøtte beløber sig til 350 mio. EUR.
- ⁶⁹ Sag T-443/08 bør derfor afvises, uden at det er nødvendigt at undersøge Kommissionens formalitetsindsigelse vedrørende den omstændighed, at sagsøgerne ikke er individuelt berørt.

Om realiteten

- ⁷⁰ Til støtte for påstanden i sag T-455/08 har sagsøgerne i denne sag (herefter »sagsøgerne«) gjort otte anbringender gældende, hvoraf det første i det væsentlige vedrører tilsidesættelse af artikel 87, stk. 1, EF, det andet, at FLH ikke kunne være modtager af en statsstøtte, det tredje om umuligheden af at kvalificere FLH både som giver og modtager af statsstøtte, det fjerde om tilsidesættelse af forbuddet mod retsreglers tilbagevirkende kraft, af retssikkerhedsprincippet, af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og af ligebehandlingsprincippet, det femte om tilsidesættelse af den primære ret med 2005-retningslinjerne, det sjette, subsidiært, om en rettergangsfejl, det syvende om en tilsidesættelse af kompetencefordelingen i medfør af EF-traktaten, og det ottende om den selvmodsigende og utilstrækkelige karakter af begrundelsen for beløbet for den påståede statsstøtte.

Det første anbringende om tilsidesættelse af artikel 87, stk. 1, EF

Parternes argumenter

- ⁷¹ Sagsøgerne gør gældende, at Kommissionen med urette er kommet frem til, at finansieringen af den sydlige bane udgjorde en statsstøtte.
- ⁷² I første række gør sagsøgerne gældende, at begrebet virksomhed i medfør af artikel 87, stk. 1, EF ikke finder anvendelse på regionale lufthavne, i det mindste ikke hvad angår finansiering af lufthavnsinfrastrukturer.
- ⁷³ Anlæggelsen af disse infrastrukturer udgør for det første ikke en økonomisk virksomhed, men er omfattet af transportpolitikken, den økonomiske politik og regionalpolitik. I øvrigt har Kommissionen i den foreliggende sag anerkendt denne politiske rolle med anlæggelsen af den sydlige bane (261. og 262. betragtning til beslutningen). Desuden fremgår det af Kommissionens meddelelse af 24. januar 2007 med titlen »Handlingsplan for kapacitet, effektivitet og sikkerhed i Europas lufthavne« (KOM(2006) 819 endelig), at indretningen af lufthavne tjener Unionens interesser.
- ⁷⁴ For det andet udgør anlæggelsen af den sydlige bane ikke en økonomisk virksomhed, eftersom en privat investor ikke udøver en sådan virksomhed. Der eksisterer ikke nogen rentabilitetsudsigt for investeringen på grund af manglende mulighed for at fordele anlægsudgifterne på brugerne af lufthavnen via lufthavnsafgifter. Denne

umulighed udspringer ifølge sagsøgerne af den omstændighed, at i Tyskland er disse afgifter betinget af godkendelse fra lufthavnsmyndigheden i den delstat, hvor lufthavnen er placeret, da de private investorer ikke har nogen indflydelse på størrelsen af disse afgifter. Den kan derfor ikke frit fastsættes af operatøren ud fra økonomiske betragtninger og har ikke nogen forbindelse til investeringsomkostningerne. Herefter udgør de afgifter, der er betalt af brugerne af lufthavnsinfrastrukturerne, ikke en modydelse for anlæggelsen af disse, som Kommissionen med urette har ladet forstå. Med hensyn til de arealer, der er lejet ud til kommerciel anvendelse, ud over driften af luftfartøjer, er disse arealer uden relevans, eftersom den foreliggende sag vedrører den sydlige bane, som udelukkende anvendes til drift af luftfartøjer.

75 Ved at antage, at driften ikke er rentabel for en privat investor, anerkender Kommissionen ifølge sagsøgerne, at det er umuligt at anlægge en regional lufthavn, såsom den i Leipzig/Halle, ved udelukkende at basere sig på private investeringer, da denne aktivitet ikke udgør en økonomisk virksomhed, men er omfattet af en foranstaltning vedrørende strukturpolitik. I den forbindelse tilføjer sagsøgerne, at ved at Kommissionen udifferentieret sidestiller offentlige lufthavne med private virksomheder, ser den bort fra deres særlige opgave, der er karakteriseret ved en begrænset økonomisk handlefrihed. Først må de bære faste omkostninger, som ligger over gennemsnittet med hensyn til installationer, drift og personale. Endvidere er deres handlefrihed begrænset af omfanget af forpligtelser og de strenge juridiske betingelser. Endelig burde de offentlige infrastrukturomkostninger i princippet dækkes af samfundet, hvilket Kommissionen i øvrigt har anerkendt, bl.a. med hensyn til havne. Kommissionen kan imidlertid ikke behandle havne forskelligt fra lufthavne.

76 For det tredje udgør den økonomiske virksomhed ikke et hovedformål for lufthavne, og den omstændighed, at de konkurrerer, tillader ikke at slutte, at de udgør virksomheder. I øvrigt var Kommissionen selv af den opfattelse, at der må skelnes imellem de forskellige former for driftsvirksomhed for en lufthavn (178. betragtning til

beslutningen), som ikke alle er af økonomisk art. I den foreliggende sag vedrører investeringen kun infrastruktur, dvs. den sydlige bane. Imidlertid har ingen privat investor nogensinde investeret i denne. Kommissionen har imidlertid ikke taget højde herfor, men har baseret sig på lufthavnens overordnede formål, forstået som en virksomhed.

77 I den forbindelse har sagsøgerne i replikken tilføjet, at indretningen af lufthavnsinfrastruktur og drift af disse infrastrukturer udgør to forskellige virksomheder, hvis økonomiske karakter Kommissionen positivt må påvise for hver af disse, da nødvendigheden af sondringen bl.a. er blevet bekræftet ved Rettens dom af 17. december 2008, Ryanair mod Kommissionen (sag T-196/04, Sml. II, s. 3643). I den foreliggende sag har Kommissionen ikke foretaget denne sondring, og ved at udlede den økonomiske karakter af anlæggelsen af den sydlige bane ved at henvise til den økonomiske karakter af lufthavnens drift har Kommissionen ikke påvist den økonomiske karakter af nævnte anlæggelse.

78 Derudover har Kommissionen ikke ført noget bevis for netop det faktum, at det var umuligt at adskille anlægsvirksomhed og drift af lufthavnsinfrastruktur. I den forbindelse har sagsøgerne afvist argumentet om, at anlæggelse er en nødvendig forudsætning for drift, ved bl.a. at anføre, at det relevante spørgsmål vedrører umuligheden af at adskille former for virksomheder som sådan og ikke deres art. Under alle omstændigheder er dette argument forkert, eftersom der eksisterer utallige forudgående betingelser, uden hvilke en økonomisk virksomhed ikke kan udøves, da opfyldelsen af nævnte forudgående betingelser ikke automatisk udgør en økonomisk virksomhed. I den forbindelse har sagsøgerne afvist Kommissionens påstand om, at driften af en installation nødvendigvis må finansiere dens anlæggelse med udgangspunkt i konkrete eksempler (museer, skoler eller offentlige universiteter og motorvejsrestauranter).

Videre fremhæver sagsøgerne, at anlæggelsen og driften vedrører forskellige aktører og forskellige sektorer. I øvrigt har de gjort gældende, at sondringen mellem anlæg-gelse, drift og benyttelsen af infrastrukturer er et grundlæggende princip i Kom-missionens praksis hvad angår undersøgelse, under hensyntagen til bestemmelserne på området for statsstøtte, af de offentlige myndigheders finansiering af infrastrukturer. Imidlertid er kriteriet for anvendelsen af dette princip i den foreliggende sag opfyldt, eftersom alle potentielle brugere har lige og udiskrimineret adgang til den syd-lige bane, således at kapitaltilførslen unddrages bestemmelserne om statsstøtte, hvis nævnte princip finder anvendelse,. Endelig kunne den manglende omstændighed, at det var umuligt at adskille former for virksomhed, føre til en generaliseret kontrol af medlemsstaternes infrastrukturpolitik, eftersom Kommissionen med hensyn til reg-lerne om statsstøtte kunne kontrollere finansieringen af infrastrukturer i alle sektorer. I den sammenhæng anfægter sagsøgerne den påstand, at den manglende karakter af statsstøtte til finansiering af indretningen af infrastrukturer giver medlemsstaterne mulighed for til stadighed at skabe nye konkurrenter ved at angive, at den ikke svarer til virkeligheden, idet anlæggelsen af en lufthavn er usædvanlig.

- 79 For det andet har sagsøgerne fremhævet, at anlæggelsen af lufthavne ikke foretages af private aktører. Inden for EU findes der således intet eksempel på, at private in-vestorer har selvfinansieret anlæggelsen af en lufthavn eller en væsentlig udvidelse af samme. Endvidere findes der ingen beslutning, hvori Kommissionen har konkluderet, at kriteriet om den private investor er opfyldt. Derimod har Kommissionen i beslutning 2004/393/EF af 12. februar 2004 om de fordele, som regionen Vallonien og Brussels South Charleroi Airport har indrømmet luftfartsselskabet Ryanair ved selskabets etablering i Charleroi (EUT L 137, s. 1), anerkendt, at der ikke findes noget eksempel i Europa på en privat lufthavn, der fra bunden af er anlagt helt uden offent-lige tilskud. Indretningen af lufthavsinfrastrukturer udgør derfor en del af de former for virksomhed, som altid har været udøvet af offentlige virksomheder og nødvendig-vis bør udføres af disse. Dens økonomiske karakter kan derfor udelukkes som følge af et manglende tilsvarende marked.

80 I den forbindelse nævner sagsøgerne for det første, at hvad angår påstanden i 169. betragtning til beslutningen om, at private investorer har udvist stor interesse i lufthavne, angiver Kommissionen ikke, om denne interesse vedrørte regionale lufthavne eller store lufthavne, ej heller om det drejede sig om en deltagelse i allerede eksisterende lufthavne eller lufthavne, som endnu ikke var anlagt. Kommissionen nævner i øvrigt ikke noget eksempel for at underbygge sine påstande. Derudover foretager Kommissionen ikke nogen sondring efter, om det drejer sig om investeringer i lufthavne som helhed eller udelukkende investeringer i transportinfrastruktur som sådan, idet sidstnævnte tilfælde dog er det eneste, der kan sammenlignes med den foreliggende sag.

81 For det andet konstaterer sagsøgerne, at Kommissionen ikke har ført noget bevis for sin påstand, som fremgår af 170. betragtning til beslutningen, om, at myndighederne har ændret deres holdning over for private investorers deltagelse i lufthavnene.

82 For det tredje afviser sagsøgerne med støtte i beslutning 2004/393 og en universitetsundersøgelse af 2001 med titlen »Konkurrence mellem lufthavne og anvendelse af reglerne om statsstøtte« (herefter »2001-undersøgelsen«) Kommissionens påstand om, at lufthavne i udpræget grad er anlagt takket være private midler. Dette er fejlagtigt, også selv om der kun er taget højde for situationen i Tyskland. Først er deltagelsen af private partnere i lufthavne, herunder også de, som tilbyder internationale ruter, en minoritetskapitalandel. Hvis visse lufthavne herefter bliver delvist privatiserede, har de private investorer imidlertid ikke deltaget i deres anlæggelse. Endelig er forsøgene på privatdrift af regionale lufthavne mislykkedes gentagne gange. Det er derfor praktisk umuligt i Tyskland at anlægge en regional lufthavn på privat basis uden offentlig støtte.

- 83 For det fjerde afviser sagsøgerne relevansen i de eksempler om lufthavnsinfrastrukturer, som er indrettet takket være private midler, og nævnt af Kommissionen, dvs. lufthavnen i Ciudad Real (Spanien), terminal 5 i Heathrow-lufthavnen (Det Forenede Kongerige) samt lufthavnene i Wien (Østrig) og Frankfurt-sur-Main (Tyskland).
- 84 For det tredje anser sagsøgerne referencen for at være irrelevant, i 2005-retningslinjerne og i beslutningen, i Rettens dom af 12.12.2000, sag T-128/98, Aéroports de Paris mod Kommissionen, Sml. II, s. 3929, bekræftet af Domstolens dom af 24.10.2002, sag C-82/01 P, Aéroports de Paris mod Kommissionen, Sml. I, s. 9297, herefter »ADP-retspraksis«). Først vedrører den ikke indretning af lufthavnsinfrastrukturer, men driften af disse. Herudover vedrører den ikke fortolkningen af begrebet virksomhed i henhold til artikel 87 EF, men omhandler en tilsidesættelse af forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling i henhold til artikel 82 EF. Endelig vedrører den aktiviteten i en stor international lufthavn, som er en anden end i regionale lufthavne, såsom den i Leipzig/Halle.
- 85 ADV har tilsluttet sig sagsøgernes bemærkninger. For det første har ADV gjort gældende, at indretning af lufthavnsinfrastruktur ikke udgør en økonomisk virksomhed. For det andet har ADV understreget, at adskillelsen mellem udøvelsen af beføjelser som offentlig myndighed, inden for rammerne af finansiering af infrastruktur, og udøvelsen af økonomiske aktiviteter inden for rammerne af dens drift ikke står i modsætning til ADP-retspraksis. For det tredje fremhæver ADV, at denne funktionelle adskillelse er anerkendt i retspraksis og i Kommissionens beslutningsmæssige praksis. For det fjerde anfører ADV, at de offentlige finansieringer af projekter af generel interesse må forblive mulige.
- 86 Kommissionen har bestridt sagsøgernes og intervenientens argumentation.

Rettens bemærkninger

- ⁸⁷ Det må påpeges, at for at en støtte kan anses for statsstøtte i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 87, stk. 1, EF, skal alle betingelser i denne bestemmelse være opfyldt. For det første skal der være tale om statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler. For det andet skal denne støtte kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. For det tredje skal den være til fordel for modtageren ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner. For det fjerde skal støtten fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene (jf. Rettens dom af 22.2.2006, sag T-34/02, *Le Levant* 001 m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 267, præmis 110 og den deri nævnte retspraksis).
- ⁸⁸ Hvad angår begrebet virksomhed må der lægges vægt på, at dette inden for konkurrencerettens område omfatter enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde (jf. Domstolens dom af 10.1.2006, sag C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze* m.fl., Sml. I, s. 289, præmis 107 og den deri nævnte retspraksis; jf. ligeledes Domstolens dom af 11.7.2006, sag C-205/03 P, *FENIN* mod Kommissionen, Sml. I, s. 6295, præmis 25, og af 1.7.2008, sag C-49/07, *MOTOE*, Sml. I, s. 4863, præmis 21).
- ⁸⁹ Ifølge fast retspraksis udgør enhver virksomhed, hvorved der udbydes varer og tjenesteydelser på et bestemt marked, en økonomisk virksomhed (jf. dommen i sagen *Cassa di Risparmio di Firenze* m.fl., nævnt i præmis 88 ovenfor, præmis 108 og den deri nævnte retspraksis; jf. ligeledes dommen i sagen *FENIN* mod Kommissionen, nævnt i præmis 88 ovenfor, præmis 25, og i *MOTOE*-sagen, nævnt i præmis 88 ovenfor, præmis 22).
- ⁹⁰ Der skal tillige peges på, at begrebet statsstøtte efter definitionen i EF-traktaten har en retlig karakter og skal fortolkes på grundlag af objektive elementer. Af denne grund skal Unionens retsinstanser principielt under hensyntagen såvel til de konkrete omstændigheder i den sag, der verserer for dem, som til Kommissionens vurderingers tekniske eller indviklede karakter gennemføre en fuldstændig efterprøvelse af, om en

foranstaltning henhører under artikel 87, stk. 1, EF. Det følger heraf, at det påhviler EU's retsinstans at prøve, om de omstændigheder, der er fremført af Kommissionen, er materielt rigtige, og at de er af en sådan karakter, at det kan fastslås, at alle betingelserne for at kvalificere en »støtte« efter traktatens artikel 87, stk. 1, er opfyldt. Da der herved er tale om en kompliceret økonomisk bedømmelse, bemærkes ligeledes, at Domstolens prøvelse af en kommissionsretsakt, der hviler på en sådan bedømmelse, ifølge fast retspraksis må begrænses til en kontrol af, om procedure- og begrundelsesforskrifterne er overholdt, om de faktiske omstændigheder, på grundlag af hvilke det anfægtede valg er foretaget, er materielt rigtige, samt til, om der foreligger en åbenbar fejl ved vurderingen af de nævnte faktiske omstændigheder, eller om der er begået magtfordrejning (jf. Domstolens dom af 1.7.2008, forenede sager C-341/06 P og C-342/06 P, Chronopost mod UFEX m.fl., Sml. I, s. 4777, præmis 141-143).

- ⁹¹ Da begrebet statsstøtte endvidere skal anvendes på en objektiv situation, der skal bedømmes på det tidspunkt, hvor Kommissionen vedtager sin beslutning, er det de vurderinger, som er foretaget på dette tidspunkt, der skal tages i betragtning med henblik på gennemførelse af denne domstolsprøvelse (dommen i sagen Chronopost mod UFEX m.fl., nævnt i præmis 90 ovenfor, præmis 144).
- ⁹² På baggrund af disse principper skal det foreliggende anbringende undersøges, inden for rammerne af hvilket sagsøgerne i det væsentlige har gjort gældende, at Kommissionen med urette har konkluderet, at kapitaltilførslen udgjorde en statsstøtte i henhold til artikel 87, stk. 1, EF, eftersom lufthavnene, når det drejer sig om en udvidelse af de regionale lufthavnsinfrastrukturer, ikke udgør virksomheder i denne bestemmelses forstand, da denne aktivitet ikke udgør en økonomisk virksomhed.
- ⁹³ I den forbindelse skal det først og fremmest bemærkes, at inden for rammerne af driften af Leipzig/Halle Lufthavn udøver FLH en økonomisk virksomhed. Det fremgår af retspraksis, at forvaltningen af lufthavnsinfrastrukturer udgør en økonomisk virksomhed (jf. dommen i sagen Ryanair mod Kommissionen, nævnt i præmis 77 ovenfor,

præmis 88 og den deri nævnte retspraksis). Dette bekræftes i den foreliggende sag af den omstændighed, at FLH tilbyder lufthavnstjenester imod betaling af bl.a. lufthavnsafgifter, idet disse må anses for at udgøre en modydelse for de tjenesteydelser, som præsteres af lufthavnens koncessionshaver (jf. i den retning dommen i sagen Ryanair mod Kommissionen, nævnt i præmis 77 ovenfor, præmis 90). Den omstændighed, at FLH forvalter en regional lufthavn og ikke en international lufthavn, kan ikke så tvivl om den økonomiske karakter af FLH's virksomhed, eftersom den økonomiske karakter består i at tilbyde tjenester imod betaling på markedet for regionale lufthavnstjenester. I øvrigt er eksistensen af et sådant marked i den foreliggende sag bevist af den omstændighed, at Leipzig/Halle Lufthavn var i konkurrence med andre regionale lufthavne, i særdeleshed lufthavnen i Vatry (Frankrig), om oprettelsen af DHL's europæiske luftfragtknudepunkt, således som det fremgår bl.a. af ottende betragtning til beslutningen. I øvrigt var den pågældende lufthavn i den sag, som førte til dommen i sagen Ryanair mod Kommissionen, nævnt i præmis 77 ovenfor, ligeledes en regional lufthavn. Med hensyn til den retspraksis, der er fremlagt ovenfor i præmis 89, leder samtlige disse elementer frem til at kvalificere FLH's aktivitet med driften af Leipzig/Halle Lufthavn som en økonomisk virksomhed.

- 94 For det andet må det fastslås, at driften af den sydlige bane vil bidrage til FLH's økonomiske virksomhed. Som det fremgår af 177. betragtning til beslutningen, er den sydlige bane nemlig en infrastruktur, der vil blive drevet kommercielt af FLH, som ikke vil stille nævnte bane gratis til rådighed i den almindelige interesse, men vil kræve afgifter til gengæld for banens brug. I den forbindelse skal det anføres, at den primære indtægtskilde til finansieringen af den nye sydlige bane vil være lufthavnsafgifterne, således som Kommissionen har anført i 15. betragtning til beslutningen. Anlæggelsen og udvidelsen af nævnte bane vil derfor gøre det muligt for FLH at øge kapaciteten og sin økonomiske virksomhed ved driften af Leipzig/Halle Lufthavn.

- 95 For det tredje skal det bemærkes, at med henblik på undersøgelsen af den økonomiske karakter af FLH's virksomhed i sammenhæng med den offentlige finansiering af udvidelsen af den sydlige bane kan den virksomhed, der består i at anlægge eller

udvide en infrastruktur, i den foreliggende sag den sydlige bane, ikke adskilles fra den brug, der efterfølgende gøres heraf, og at det er den økonomiske eller ikke-økonomiske karakter af den efterfølgende anvendelse af den anlagte infrastruktur, der nødvendigvis bestemmer karakteren af den virksomhed, som består i udvidelse (jf. i denne retning og analogt dommen i sagen FENIN mod Kommissionen, nævnt i præmis 88 ovenfor, præmis 26).

- ⁹⁶ Landingsbaner og startbaner er grundlæggende elementer for den økonomiske virksomhed, som udøves af en lufthavnsoperatør. Anlæggelse af landings- og startbaner gør det muligt for en lufthavn at udøve sin grundlæggende økonomiske virksomhed, eller, når det drejer sig om anlæggelse af en yderligere bane eller udvidelse af en eksisterende bane, at udvikle denne virksomhed.
- ⁹⁷ Sagsøgerne har derfor med urette gjort gældende, at den økonomiske karakter af en virksomhed kun giver mulighed for at konkludere vedrørende den økonomiske karakter af en anden virksomhed, hvis de to virksomheder ikke kan adskilles fra hinanden og ikke kan differentieres, og hvis de kan udøves af en og samme enhed, da Kommissionen har bevisbyrden for, at disse to kriterier er opfyldt. Denne argumentation er der i øvrigt intet konkret belæg for i retspraksis.
- ⁹⁸ Ganske vist er ikke alle en lufthavnsoperatørs aktiviteter nødvendigvis af økonomisk art. Der foreligger ikke en økonomisk karakter, som begrundet anvendelsen af EF-traktatens konkurrenceregler, i forbindelse med aktiviteter, der henhører under udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer (jf. MOTOE-dommen, nævnt i præmis 88 ovenfor, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis). Spørgsmålet, om en virksomhed skal betegnes som henhørende under udøvelsen af offentlige myndighedsbeføjelser eller som en økonomisk virksomhed, skal nemlig foretages særskilt for hver enkelt virksomhed, der udøves af en given enhed (MOTOE-dommen, nævnt i præmis 88 ovenfor, præmis 25).

⁹⁹ I sagen her bemærkes dog, at når anlæggelsen og udvidelsen i den foreliggende sag af den sydlige bane hvad angår art og formål ikke som sådan udspringer af de offentlige myndigheders prærogativer, hvilket sagsøgerne i øvrigt ikke direkte har anført, er det med rette, at Kommissionen for at fastslå den økonomiske karakter af FLH's virksomhed ikke har foretaget en sontring mellem anlæggelse og udvidelse af den sydlige bane, på den ene side, og driften af denne, på den anden side. Hvad angår påstanden om, at Kommissionen i beslutningens 178. betragtning har anerkendt nødvendigheden af at skelne mellem de forskellige former for driftsvirksomhed, skal den forkastes, eftersom Kommissionen i nævnte betragtning blot i det væsentlige har begrænset sig til at henvise til principperne ifølge den retspraksis, der er anført ovenfor i præmis 98.

¹⁰⁰ Det følger af det foranstående, at i det omfang FLH varetager driften af den sydlige bane, udøver FLH en økonomisk virksomhed, hvorfra den, der består i anlæggelsen af nævnte bane, ikke kan udskilles. Retten skal således forkaste argumentationen om, at nævnte udvidelse af lufthavnsstrukturer ikke udgør en økonomisk virksomhed, eftersom den økonomiske karakter af denne virksomhed ikke kan undersøges særskilt i forhold til den økonomiske karakter af driften af infrastruktur.

¹⁰¹ Disse konklusioner afsvækkes ikke af nogen af sagsøgernes argumenter.

¹⁰² For det første må Retten forkaste argumentet om, at anlæggelsen eller udvidelsen af den sydlige bane udspringer af regionalpolitik, økonomisk politik og af transportpolitik. Fast retspraksis lader forstå, dels at artikel 87, stk. 1, EF ikke sondrer ud fra grundene til eller formålet med de statslige interventioner, men bestemmelsen definerer disse i kraft af deres virkninger (Domstolens dom af 2.7.1974, sag 173/73, Italien mod Kommissionen, Sml. s. 709, præmis 27, og af 26.9.1996, sag C-241/94, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 4551, præmis 20, samt Rettens dom af 6.9.2006, forenede sager T-304/04 og T-316/04, Italien og Wam mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 63), dels at kapitaltilførsler fra offentlige myndigheder

skal vurderes i forhold til kriteriet om den private investor, idet der herved skal ses bort fra ethvert socialt, politisk eller regionalt hensyn til den pågældende sektor (jf. Rettens dom af 24.9.2008, sag T-20/03, Kahla/Thüringen Porzellan mod Kommissionen, Sml. II, s. 2305, præmis 242 og den deri nævnte retspraksis). Dog er det forhold, at opførelsen eller driften af den sydlige bane svarer til en almindelig interesse og navnlig regionaludvikling, blevet anerkendt af Kommissionen og er et kriterium, som denne har taget højde for ved vurderingen af støttens forenelighed med fællesmarkedet, hvilket fremgår af 258.-263. betragtning til beslutningen.

- ¹⁰³ Det skal imidlertid anføres, således som det fremgår af punkt 12 i 1994-meddelelsen, at Kommissionen tidligere var af den opfattelse, at udførelse eller udvidelse af infrastrukturprojekter udgjorde en almen politisk foranstaltning, der ikke kunne kontrolleres af Kommissionen i medfør af EF-traktatens statsstøtteregler.
- ¹⁰⁴ Det bør dog erindres, for det første, at spørgsmålet, om støtten udgør statsstøtte som omhandlet i EF-traktaten, afhænger af objektive omstændigheder, der vurderes på det tidspunkt, hvor Kommissionen vedtager sin beslutning (jf. i denne retning Domstolens dom af 22.6.2006, forenede sager C-182/03 og C-217/03, Belgien og Forum 187 mod Kommissionen, Sml. I, s. 5479, præmis 137, og dommen i sagen Chronopost mod UFEX m.fl., nævnt i præmis 90 ovenfor, præmis 95), og, for det andet, at Kommissionen, selv om den er bundet af de rammebestemmelser og meddelelser, som den vedtager om statsstøtte, kun er bundet i det omfang, hvori disse tekster ikke afviger fra en korrekt anvendelse af EF-traktatens bestemmelser, idet de nævnte tekster ikke kan fortolkes på en måde, der begrænser anvendelsesområdet for artikel 87 EF og 88 EF, eller som er i strid med formålene heri (jf. Domstolens dom af 11.9.2008, forenede sager C-75/05 P og C-80/05 P, Tyskland m.fl. mod Kronofrance, Sml. I, s. 6619, præmis 65 og den deri nævnte retspraksis).
- ¹⁰⁵ Imidlertid har lufthavnssektoren undergået en udvikling, der nævnes i 169. og 171. betragtning til beslutningen, vedrørende især dens organisation samt dens økonomiske og konkurrencemæssige situation. Ydermere anerkendte ADP-retspraksis

allerede i 2006, at en lufthavns driftsselskab i princippet udøver økonomisk virksomhed efter EF-traktatens artikel 87, stk. 1, som statsstøttere reglerne finder anvendelse på, hvilket er blevet bekræftet med dommen i sagen Ryanair mod Kommissionen, nævnt i præmis 77 ovenfor (præmis 88).

¹⁰⁶ I betragtning af den ovenfor i præmis 104 anførte retspraksis burde Kommissionen følgelig med af vedtagelsen af beslutningen tage højde for denne udvikling og dens fortolkning såvel som disses indvirkninger hvad angår anvendelsen af artikel 87, stk. 1, EF ved finansiering af infrastrukturer, der er forbundet med udøvelsen af virksomhedsformer for lufthavnsdrift, selv om punkt 12 i 1994-meddelelsen ikke ville blive anvendt. Henset til de forudgående betragtninger, er Kommissionen derfor med rette kommet frem til i 174. betragtning til beslutningen, at det ikke længere var muligt umiddelbart at udelukke statsstøttere reglerne anvendelse på lufthavne fra 2000.

¹⁰⁷ Herved bør det tilføjes, at eftersom en lufthavnsoperatør ikke udelukkende udøver virksomhed, der bl.a. udspringer af fysisk planlægning eller transport, men også, som det er blevet fremhævet, en økonomisk aktivitet, bør operatøren med egne midler finansiere omkostningerne til anlæg, som ligger til grund for dennes økonomiske virksomhed. Herefter må Retten forkaste argumentationen for, at omkostningerne til offentlig infrastruktur bør dækkes af samfundet. I øvrigt er den omstændighed, at finansiering af infrastrukturer nødvendiggør offentlige midler, ikke som sådan eller i sig selv relevant. Det er nemlig kun, når der stilles kapital til rådighed fra staten til en virksomhed, direkte eller indirekte, under omstændigheder, som svarer til normale markedsvilkår, at denne intervention fra det offentlige kan undgå kvalifikation som statsstøtte.

¹⁰⁸ For det andet må Retten også forkaste sagsøgernes argumenter om, at anlægsvirksomhed og drift af lufthavnsinfrastrukturer ikke kan udskilles.

109 Hvad i første række angår sagsøgernes påstand i replikken om, at sondringen mellem indretning, drift og benyttelse af en infrastruktur er et grundlæggende princip i Kommissionens praksis, herunder også på andre områder end lufthavnsområdet, hvor anvendelseskriteriet i den foreliggende sag er opfyldt, må det konstateres, at den bør forkastes, eftersom kriteriet om gennemførelsen af dette påståede grundlæggende princip, således som det er påberåbt af sagsøgerne (jf. præmis 78 ovenfor), ikke er relevant i den foreliggende sag. Som Kommissionen har understreget, kan den omstændighed, at benyttelsen af en infrastruktur er åben for alle potentielle brugere på lige vilkår og uden diskriminering, nemlig være et relevant kriterium, som giver adgang til at udelukke forekomsten af en statsstøtte til fordel for de pågældende brugere af den pågældende infrastruktur. Derimod giver det ikke adgang til at fastslå, om den offentlige finansiering af denne infrastruktur, som i den foreliggende sag, udgør en statsstøtte til fordel for operatøren af denne infrastruktur. Uden at det er nødvendigt at udtale sig om forekomsten af den påståede praksis, må det ydermere fastslås, at den under alle omstændigheder ikke kan så tvivl om konstateringen ovenfor i præmis 100, ifølge hvilken FLH udøver en økonomisk virksomhed, hvoraf den, der består i anlæggelsen af nævnte bane, ikke kan udskilles. Begrebet statsstøtte, der har en retlig karakter og skal fortolkes på grundlag af objektive elementer (jf. i denne retning dommen i sagen Chronopost/UFEX m.fl., nævnt i præmis 90 ovenfor, præmis 141), kan ikke afhænge af Kommissionens subjektive vurdering og skal fastsættes uafhængigt af enhver tidligere praksis fra denne institution.

110 Hvad for det andet angår de af sagsøgerne nævnte konkrete eksempler, såsom driften af et cafeteria på et museum eller driften af en restaurant ved en motorvej, giver disse ikke mulighed for at konkludere, at virksomhedsformerne for drift, på den ene side, og anlæggelse, på den anden side, skal undersøges særskilt. De udskiller ikke hovedvirksomheden fra de dermed forbundne virksomhedsformer, som er underlagt den. Et museums hovedvirksomhed er ikke driften af et cafeteria, og en motorvejsoperatørs hovedvirksomhed er ikke driften af en landevejsrestaurant. Derimod er formålet med anlæggelsen af en landingsbane forbundet med en lufthavns grundlæggende økonomiske virksomhed, dvs. leveringen af lufthavnstjenester.

- 111 Hvad for det tredje angår argumentet om, at virksomhedsformerne for anlæggelse og drift vedrører forskellige aktører og sektorer, er det uden indflydelse på nødvendigheden af at undersøge karakteren af den indledende aktivitet til udøvelsen af en økonomisk virksomhed samlet under ét på grund af den forbindelse, der er mellem de to virksomhedsformer, da anlæggelsen og udvidelsen af banen er forudgående præliminære betingelser for dens drift. Under alle omstændigheder er de pågældende enheder, i den særlige kontekst med kapitaltilførsel, de samme, da det er MF og FLH (sidstnævnte ejes af førstnævnte), som er modtagere af nævnte kapitaltilførsel med henblik på anlæggelse af den sydlige bane, og som i øvrigt vil stå for driften af denne.
- 112 Hvad for det fjerde angår argumentet om, at Kommissionen ikke har ført bevis for den uadskillelige karakter af indretningen og driften af lufthavnsinfrastrukturer, skal det fremhæves, at når de ikke har karakter af offentlige myndigheds prerogativer, er Kommissionen ikke forpligtet til at føre bevis for den økonomiske karakter af samtlige virksomhedsformer i en virksomhed, da disse bidrager til dennes almindelige økonomiske aktiviteter og er forbundet med hinanden. I et sådant tilfælde kan Kommissionen begrænse sig til at fremlægge sine bevæggrunde for at konkludere, at virksomheden udøver en økonomisk virksomhed, samt til at angive årsagerne til, at de pågældende virksomhedsformer bidrager til denne virksomhed.
- 113 Under alle omstændigheder bemærkes, henset til udviklingen som omtalt i 169.-171. betragtning til beslutningen, at Kommissionen anfører i 172. betragtning, at det ikke længere er muligt at betragte anlæggelse og drift af lufthavne som en offentlig forvaltningsopgave, der principielt ikke er omfattet af statsstøttekontrollen. Det må herefter konstateres, at det fremgår af 177. betragtning til beslutningen, at Kommissionen har kvalificeret FLH som en virksomhed i medfør af artikel 87, stk. 1, EF, idet den baserer sig på den omstændighed, at den pågældende infrastruktur vil blive drevet kommercielt af DHL, og at der dermed er tale om en infrastruktur, som kan udnyttes kommercielt. Herefter må det konkluderes, at Kommissionen har fremlagt tilstrækkeligt

bevismateriale til støtte for forbindelsen mellem udvidelsen og driften af den sydlige bane inden for konteksten af kvalificeringen af kapitaltilførslen som statsstøtte.

- 114 Hvad for det tredje angår argumenterne for, at anlæggelsen af lufthavne ikke er varetaget af private operatører, og at anlæggelsen af den sydlige bane ikke kan udgøre en økonomisk virksomhed, eftersom en privat investor ikke udøver denne virksomhed på grund af dens manglende rentabilitet, skal det påpeges, at således som det fremgår af det foranstående, udgør udvidelsen af den sydlige bane en aktivitet med direkte tilknytning til forvaltningen af lufthavnsinfrastrukturer, der udgør en økonomisk virksomhed.
- 115 Ydermere er den omstændighed, at en virksomhed ikke varetages af private operatører, eller at den ikke er rentabel, ikke relevante kriterier for kvalificeringen af den økonomiske virksomhed. Med henblik på denne kvalifikation er det nemlig ikke et udtrykkeligt krav ifølge retspraksis (jf. præmis 89 ovenfor), at den pågældende virksomhed er udøvet af private operatører, eller at den er rentabel. Det samme gælder i øvrigt med hensyn til kvalificeringen af virksomhed (jf. præmis 88 ovenfor).
- 116 Disse argumenter må således forkastes som irrelevante.
- 117 Hvad for det fjerde angår argumenterne for at så tvivl om relevansen af ADP-retspraksis skal det først anføres, at begreberne virksomhed og økonomisk virksomhed er identiske på alle områder inden for konkurrenceretten, og at det drejer sig om bestemmelser, som henvender sig til virksomheder, eller om bestemmelser, der henvender sig til medlemsstaterne, eftersom alle disse bestemmelser bidrager til realiseringen af et eneste formål, dvs. det, der fremgår af artikel 3, litra g), EF, som består i gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes. Således henviser den retspraksis, der er anført ovenfor i præmis 88, til begrebet virksomhed inden for konteksten af konkurrenceret uden at skelne imellem, om det drejer sig om dispositioner, som er henvendt til virksomheder, eller om bestemmelser, der er henvendt til medlemsstaterne. Som Kommissionen har understreget,

har Domstolen i øvrigt selv inden for konteksten af statsstøtte henvist til begrebet virksomhed, der er anvendt på kartelområdet (jf. i den forbindelse dommen i sagen *Cassa di Risparmio di Firenze m.fl.*, nævnt i præmis 88 ovenfor, præmis 107). Følgelig har den omstændighed, at ADP-retspraksis vedrører anvendelsen af artikel 82 EF og ikke artikel 87 EF, ingen virkning. Af samme årsag må Retten forkaste sagsøgernes argumenter for at anfægte relevansen af dommen i sagen *FENIN* mod Kommissionen, nævnt i præmis 88 ovenfor.

- 118 Selv om ADP-retspraksis ganske vist vedrører en stor international lufthavn, er den dog efterfølgende blevet bekræftet af dommen i sagen *Ryanair* mod Kommissionen, nævnt i præmis 77 ovenfor, som omhandlede en regional lufthavn.
- 119 Endelig skal det nævnes, at selv om den pågældende retspraksis ikke henviser til virksomhedsformer for indretning af infrastrukturer, forholder det sig ikke desto mindre sådan, at denne omstændighed ikke sår tvivl om de forudgående konklusioner, som er baseret på umuligheden af at adskille forvaltningsvirksomhed og drift af en lufthavn fra indretning eller udvidelse af dens infrastrukturer.
- 120 Det fremgår af alt det foranstående, at Kommissionen med rette har konkluderet, at kapitaltilførslen udgjorde en statsstøtte i henhold til artikel 87, stk. 1, EF.
- 121 Følgelig bør det første anbringende forkastes i det hele.

Det andet anbringende om, at FLH ikke kunne være modtager af statsstøtte

Parternes argumenter

- ¹²² Sagsøgerne har understreget, at FLH ikke kan være modtager af statsstøtte, eftersom der er tale om et offentligt investeringsselskab [»single purpose vehicle« (statsligt selskab med et enkelt formål), herefter »SPV«]. Sagsøgerne har nemlig gjort gældende, at selv om FLH er en privatretlig juridisk person, der er forskellig fra de statslige myndigheder, som ejer det, er det eneste formål med og den eneste genstand for dets oprettelse forvaltning og drift af Leipzig/Halle Lufthavns offentlige infrastrukturer. FLH er derfor kun oprettet med henblik på at administrere denne lufthavn og at foretage de nødvendige transaktioner i dette øjemed. Den måtte derfor anses for en SPV. Hvad angår Kommissionens argument om, at FLH varetager en lang række opgaver, har sagsøgerne indvendt, at Kommissionen ikke forstår, at indretning af en lufthavnsinfrastruktur må betragtes anderledes end dens drift.
- ¹²³ Sagsøgerne har understreget, at Kommissionen på området for statsstøtte har anerkendt princippet om oprettelsen af en SPV, der kun har offentlige aktieindehavere, såsom forvaltningsselskaber. Ifølge sagsøgerne er disse SPV'er oprettet af de statslige myndigheder for at opfylde et særligt formål og er tilføjet de nødvendige kapitalmidler for at kunne administreres i den offentlige interesse. De intervenserer således på selvstændig vis over for tredjemand, men ikke over for de offentlige myndigheder, der stiller midler til rådighed. På trods af rådighedsstillelse af offentlige kapitalmidler, som de skal administrere, er disse virksomheder ikke af Kommissionen kvalificeret som modtagere af statsstøtte. Ifølge sagsøgerne er FLH's situation og disse selskabers situation sammenlignelige, da den forpligter til at stille lufthavnsinfrastruktur til rådighed for potentielle brugere på åben og ikke-diskriminerende vis. FLH har ikke

nogen iværksætterfunktion vedrørende disse infrastrukturer, da disse ikke er blevet betroet FLH til fri anvendelse, men med henblik på drift heraf i aktionærernes navn og ifølge disses instruktioner.

¹²⁴ Eftersom delstaten Sachsen og dens samarbejdspartnere ifølge sagsøgerne valgte at bemyndige FLH til at gennemføre udvidelsen af den sydlige bane, skulle de således skaffe de nødvendige økonomiske midler til gennemførelsen heraf. Som samarbejdspartner var staten ligeledes forpligtet hertil i henhold til tysk lov. Finansieringen, der var tilvejebragt af staten som ejer af SPV'en og reserveret til indretning af infrastrukturer, udgør ikke en statsstøtte i henhold til artikel 87, stk. 1, EF. Denne konklusion er i overensstemmelse med ADP-retspraksis, som ikke vedrører forsyningen af infrastrukturer til lufthavnsvirksomheder, men omhandler lufthavnsvirksomheders ageren over for tredjemand. Selv under forudsætning af, at en lufthavn er en operatør på markedet i forhold til tredjemand, indebærer det under alle omstændigheder ikke, at den virksomhed, der er overdraget infrastrukturer, ligeledes skal betragtes som en virksomhed i sine relationer med ejerne, i det foreliggende tilfælde de statslige myndigheder.

¹²⁵ Sagsøgerne har tilføjet, at betragtningerne vedrørende kontrollen med FLH viser den upræcise karakter af Kommissionens indfaldsvinkel. FLH er 100 % ejet af de statslige myndigheder. Hvis disse selv havde anlagt og administreret lufthavnen, ville finansieringen af infrastrukturer imidlertid ikke være blevet anset for at være en statsstøtte, men for at være en simpel finansiering internt i administrationen af en public service-opgave. Ifølge sagsøgerne er forholdet det samme, når de statslige myndigheder betror denne opgave til en selvstændig juridisk enhed, der er oprettet til dette formål, i det foreliggende tilfælde FLH. I den forbindelse har sagsøgerne fundet belæg herfor med Kommissionens beslutning af 5. oktober 2001 K(2001) 2967 vedrørende statsstøtte (NN 86/2001 — Irland — Aer Rianta).

¹²⁶ Endelig er sagsøgerne af den opfattelse, at Kommissionen med konklusionen om, at den har kompetence til at kontrollere den offentlige administrations foranstaltninger, har overskredet de beføjelser, som er blevet den tildelt. I mangel af tildeling af

kompetence til Unionen fortsætter den administrative organisation med at være omfattet medlemsstaternes kompetence i medfør af artikel 5, stk. 1 og 2, EF, herunder også anvendelsen af EU-retten. Medlemsstaterne vil derfor være frit stillet med at bestemme, om deres infrastrukturer skal forvaltes direkte af en offentlig myndighed eller af en virksomhed, der er oprettet til dette formål. Hvis en sådan virksomhed skulle anses for modtager af statsstøtte, ville det imidlertid ifølge sagsøgerne føre til, at staten fratages muligheden for at oprette driftsvirksomheder. Dette ville derfor have en indvirkning på medlemsstaternes administrative strukturer, hvilket ikke er omfattet af de kompetencer, der er tildelt Kommissionen.

¹²⁷ Kommissionen har tilbagevist sagsøgernes argumentation.

Rettens bemærkninger

¹²⁸ Det bemærkes atter, at inden for konkurrencerettens område omfatter begrebet virksomhed enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde (jf. dommen i sagen *Cassa di Risparmio di Firenze m.fl.*, nævnt i præmis 88 ovenfor, præmis 107 og den deri nævnte retspraksis). Det skal i denne forbindelse gøres klart, at artikel 87 EF omfatter samtlige private eller offentlige virksomheder og samtlige produktioner i disse virksomheder, alene med forbehold af artikel 86, stk. 2 (jf. Domstolens dom af 15.3.1994, sag C-387/92, *Banco Exterior de España*, Sml. I, s. 877, præmis 11).

¹²⁹ Det bemærkes endvidere, at spørgsmålet om, hvorvidt et organ, der i henhold til national ret er udpeget til at udøve økonomisk virksomhed, er en selvstændig juridisk person i forhold til staten, er uden indflydelse på, om der består økonomiske forbindelser mellem staten og dette organ (jf. i denne retning Domstolens dom af 16.6.1987,

sag 118/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2599, præmis 10 og 13), og dermed muligheden for, at nævnte organ kan tildeles statsstøtte efter artikel 87, stk. 1, EF.

- ¹³⁰ Ligesom det ikke bør være muligt at omgå statsstøttereglerne blot ved at oprette selvstændige institutioner, der foretager støttetildelingen (Domstolens dom af 16.5.2002, sag C-482/99, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 4397, præmis 23), bør det heller ikke accepteres, at blot ved at oprette en SPV vil denne falde inden for de nævnte regler. Det bør nemlig undersøges, om denne enhed udøver økonomisk aktivitet og dermed kan kvalificeres som en virksomhed, og om den er blevet tildelt statsmidler (jf. i denne retning dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen, præmis 24).

- ¹³¹ Denne fortolkning bekræftes af Kommissionens vurderinger på området for investeringsselskaber og investeringsfonde, som sagsøgerne i øvrigt selv henviser til. Således som det fremgår af EF-retningslinjer for statsstøtte til fremme af risikokapitalinvesteringer i små og mellemstore virksomheder (EUT 2006 C 194, s. 2), udelukker Kommissionen ikke, at en investeringsfond eller investeringsselskab kan betragtes som en virksomhed, der modtager statsstøtte. Den konkluderer derimod i punkt 3.2, første afsnit, i nævnte retningslinjer, at det er nødvendigt at overveje, om dette kan være tilfældet. Kommissionen anfører i femte afsnit under dette punkt, at den som helhed er af den opfattelse, at en investeringsfond eller et investeringsselskab er et foreløbigt instrument for overførsel af støtte til investorer og/eller virksomheder, der investeres i, snarere end en støttemodtager i sig selv. Dog udelukker den ikke, at dette kan være tilfældet i visse situationer, således som det fremgår af punkt 3.2, femte afsnit, i nævnte retningslinjer, især under visse betingelser ved foranstaltninger, der indebærer direkte overførsler til fordel for investeringsselskaber eller eksisterende fonde med mange og forskelligartede investorer, som har karakter af selvstændige virksomheder.

- 132 Som det fremgår af gennemgangen af det første anbringende, udøver FLH i den foreliggende sag en økonomisk virksomhed og bør dermed betragtes som en virksomhed efter artikel 87, stk. 1, EF, der er aktiv på lufthavnsmarkedet. Det er derudover ubestridt, at den er modtager af offentlig finansiering i form af kapitaltilførsel, som er blevet bevilget direkte til FLH af offentlige enheder. Uden at det er nødvendigt at udtale sig om spørgsmålet, om FLH er en SPV, må under disse omstændigheder og i betragtning af det ovenfor i præmis 130 nævnte princip Retten forkaste argumentationen om, at FLH ikke kan betragtes som modtager af kapitaltilførslen, fordi der er tale om en SPV. Det samme gælder argumentet om, at hvis de tyske myndigheder selv havde anlagt og administreret lufthavnen, ville finansieringen ikke være blevet betragtet som en statsstøtte.
- 133 Hvad angår beslutning K(2001) 2967, som sagsøgerne henviser til (jf. præmis 125 ovenfor), kan den ikke underbygge deres argumentation. Denne beslutning vedrørte bl.a. ændringen i ejerskabet af lufthavnen, der blev overført af staten til en infrastrukturforvalter, hvilket i dette tilfælde ikke udgjorde en statsstøtte, eftersom Kommissionen havde konkluderet, at artikel 87 EF ikke hindrede medlemsstaterne i at anvende statsmidler til at oprette og eje en virksomhed. Derimod tillader denne beslutning ikke at antage, at en overførsel af statsmidler til en virksomhed, der er oprettet af de offentlige myndigheder med henblik på at administrere en lufthavn, på grund af denne eneste omstændighed falder uden for kvalificeringen som statsstøtte.
- 134 Det fremgår af det foregående, at sagsøgerne med urette har gjort gældende, at FLH ikke kunne være modtager af statsstøtte. Under forudsætning af, at Kommissionen har kompetence til at kontrollere den offentlige administrations foranstaltninger, omfattes klagepunktet om, at Kommissionen har overskredet sine beføjelser, af gennemgangen af det første klagepunkt i det syvende anbringende (jf. præmis 203-206 nedenfor), hvorfor der henvises hertil.
- 135 Med dette forbehold må det andet anbringende forkastes.

Det tredje anbringende om umuligheden af at kvalificere FLH både som giver og som modtager af statsstøtte

Parternes argumenter

- ¹³⁶ Sagsøgerne har gjort gældende, at beslutningen er selvmodsigende, da FLH betragtes både som modtager og som giver af støtten. Kommissionen fandt, at FLH, på den ene side, er modtager af kapitaltilførslen og, på den anden side, inden for konteksten af rammeaftalen var giver af støtte til DHL. Imidlertid er disse to funktioner uforenelige. Kommissionens beslutningsmæssige praksis på området for kapitalrisiko viser, at de udelukker hinanden, eftersom giveren af en statsstøtte kun kan tildele eller overføre støtte til en anden virksomhed.
- ¹³⁷ Sagsøgerne har understreget, at hvis Kommissionens opfattelse, hvorefter en privat investor ikke ville have udstedt en ubegrænset garanti til fordel for DHL, er begrundet, viser dette, at FLH ikke agerer som markedsaktør. FLH kunne derfor eventuelt yde støtte, men kunne ikke samtidigt være modtager af støtte. Ydermere viser opfattelsen, hvorefter FLH har ydet støtte, at det ikke er en virksomhed i henhold til artikel 87, stk. 1, EF. En virksomhed tildeler ikke støtte, da det i sin natur drejer sig om et tilskud uden tilbagebetalingspligt, og ingen virksomhed leverer en tjenesteydelse uden vederlag.
- ¹³⁸ Hvad angår Kommissionens argument om, at den har undersøgt de pågældende forskellige foranstaltninger særskilt, har sagsøgerne svaret, at den omstændighed, at Kommissionen i realiteten ikke har foretaget den påkrævede differentiering, skyldes, at den med urette har fastslået en økonomisk karakter af indretning af infrastrukturer på grundlag af den økonomiske karakter af aktiviteten med at drive lufthavnen. Ved at

knytte disse to aktivitetsformer til hinanden sætter Kommissionen FLH i en dobbeltrolle som giver og som modtager af støtte samtidig med, at denne dobbeltfunktion logisk er udelukket.

139 Kommissionen har bestridt sagsøgernes argumentation.

Rettens bemærkninger

140 Først påpeges, at FLH var modtager af kapitaltilførslen, der blev betragtet som en statsstøtte i henhold til artikel 87, stk. 1, EF, således som det fremgår af 165.-224. betragtning til beslutningen.

141 Det skal derefter nævnes, at ifølge 225.-252. betragtning til beslutningen var DHL modtager af de ubegrænsede garantier, der var ydet i henhold til ottende og niende afsnit i rammeaftalen, og den administrative erklæring, hvilke udgør statsstøtte efter artikel 87, stk. 1, EF, der er tildelt af delstaten Sachsen, MF og FLH. Det skal især nævnes, at rammeaftalen blev indgået imellem på den ene side FLH og MF og på den anden side DHL.

142 Det må derfor fastslås, at Kommissionen har fundet, at FLH var modtager af statsstøtte, i det foreliggende tilfælde kapitaltilførslen, samt i øvrigt var en af de enheder, der havde tildelt anden statsstøtte, dvs. de garantier, der var udstedt med rammeaftalen og den administrative erklæring.

143 Selv om den pågældende statsstøtte var forskellig og i øvrigt var genstand for en særskilt undersøgelse i beslutningen, kan det ikke desto mindre ikke antages, som sagsøgerne har hævdet, at kvalificeringen som modtager og giver af støtte i det foreliggende tilfælde er uforenelig. En offentlig virksomhed kan, som det fremgår af den ovenfor i præmis 128 nævnte retspraksis, være modtager af statsstøtte, når det drejer sig om en aktiv virksomhed på markedet. Dog udelukker intet, at nævnte virksomhed ligeledes, inden for konteksten af en særskilt foranstaltning, kan tildele støtte. Således kan en statsstøtte ydes ikke kun direkte af staten, men også af offentlige eller private organer, som staten opretter eller udpeger med henblik på at administrere støtten (jf. i denne retning dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen, nævnt i præmis 130 ovenfor, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis). Når staten udøver en dominerende indflydelse på offentlige virksomheder, er den nemlig fuldt ud i stand til at træffe bestemmelse om anvendelsen af disses midler, herunder om de i givet fald skal anvendes til at finansiere særlige fordele for andre virksomheder (jf. i denne retning dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen, nævnt i præmis 130 ovenfor, præmis 38). Sagsøgerne hævder derfor med urette, at virksomheder i henhold til artikel 87 EF ikke kan tildele statsstøtte, og at FLH enten burde være statsligt forbundet eller burde betragtes som en virksomhed.

144 Det skal tilføjes, at i modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende, giver Kommissionens beslutningspraksis på området for kapitalrisiko ikke mulighed for at påvise uforeneligheden af modtagerens funktioner og tilsvarende for giveren af støtten. Intet i nævnte praksis giver mulighed for at konkludere, at Kommissionen betingelsesløst har udelukket, at en modtager af en foranstaltning, der udgør statsstøtte, samtidig kan være giver af en anden foranstaltning, som også udgør en statsstøtte. Det fremgår faktisk i det væsentlige af de af sagsøgerne påberåbte beslutninger såvel som af EF-retningslinjerne for statsstøtte til fremme af risikokapitalinvesteringer i små og mellemstore virksomheder, at Kommissionen i hvert enkelt tilfælde og under hensyn til de særlige karakteristika for hver påtænkt foranstaltning undersøger, om der kan være tale om en statsstøtte på investorniveau, på investeringsfondsniveau og på virksomhedsniveau, hvor investeringen er foretaget. I det foreliggende tilfælde har Kommissionen i sin beslutning K(2007) 2329 af 29. maj 2007 vedrørende statsstøtte nr. 732/2006 (Nederlandene — startkapitalrisiko »BioGeneration Venture Fund«)

antaget, at det ikke kan udelukkes, at der eksisterer støtte på fondsniveau og på virksomhedsniveau, hvor investeringen foretages.

¹⁴⁵ I betragtning af det foranstående såvel som af den omstændighed, at de pågældende støtteforanstaltninger er forskellige fra hinanden, findes intet at være til hinder for, at FLH, på den ene side, i sin egenskab af en offentlig enhed kan være giver af den statsstøtte, der er modtaget af DHL i medfør af rammeaftalen og den administrative erklæring og, på den anden side, i sin egenskab af en aktiv virksomhed på lufthavnsmarkedet kan være modtager af statsstøtte, i det foreliggende tilfælde en kapitaltilførsel. Det fremgår imidlertid af det første og andet anbringende, at Kommissionen med rette har vurderet, på den ene side, at FLH udøver en økonomisk aktivitet og udgør en virksomhed i medfør af artikel 87, stk. 1, EF, og, på den anden side, at FLH er modtager af statsstøtte i form af kapitaltilførsel. Desuden kan intet forhold så tvivl om den omstændighed, at FLH i sin egenskab af undertegner af rammeaftalen må betragtes som giver af den støtte, der her er relativ, ej heller Kommissionens skøn, der fremgår af 227. betragtning, ifølge hvilken rammeaftalen og den administrative erklæring finansieres af offentlige midler, og at beslutningerne om ydelsen af disse statsmidler kan tilskrives offentlige myndigheder. Sagsøgerne har i øvrigt ikke anfægtet dette under sagen.

¹⁴⁶ I modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende, følger det heraf, at beslutningen ikke er selvmodsigende, når den kvalificerer FLH som både modtager og giver af støtte. Det følger ligeledes heraf, at Retten må forkaste argumentet om, at når Kommissionen har antaget, at en privat investor ikke har udstedt garanti til DHL, kan FLH ikke betragtes som en entreprenør på markedet, da FLH ikke kan være modtager af støtte.

¹⁴⁷ Henset til det foregående, må det tredje anbringende forkastes.

Det fjerde anbringende om tilsidesættelse af det principielle forbud mod at give retsregler tilbagevirkende kraft, retssikkerhedsprincippet, princippet om beskyttelsen af den berettigede forventning og lighedsprincippet

Parternes argumenter

- ¹⁴⁸ Sagsøgerne har gjort gældende, at den foreliggende anvendelse af 2005-retningslinjerne tilsidesætter det principielle forbud mod retsreglers tilbagevirkende kraft, retssikkerhedsprincippet, princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og lighedsprincippet.
- ¹⁴⁹ Hvad for det første angår tilsidesættelse af det principielle forbud mod retsreglers tilbagevirkning har sagsøgerne indledningsvis gjort gældende, at i modsætning til, hvad Kommissionen har hævdet, har den i sagen anvendt 2005-retningslinjerne. Det fremgår af 30. betragtning til beslutningen samt af den i flere henseender selvmodsigende karakter af denne hvad angår henvisningerne til 2005-retningslinjerne (30., 174., 176. og 195. betragtning).
- ¹⁵⁰ Sagsøgerne har herefter gjort gældende, at 2005-retningslinjerne ikke kunne finde anvendelse, eftersom det relevante tidspunkt for at vurdere tildelingen af kapitaltilførsel ligger før deres ikrafttrædelse. De bestemmer nemlig, at de finder anvendelse på støtte, tildelt efter deres offentliggørelse, den 9. december 2005, og udelukker således klart muligheden for en anvendelse med tilbagevirkende kraft. I det foreliggende tilfælde er det efter en beslutning af 4. november 2004 i MF's bestyrelse, at MF's aktionærer besluttede at stille kapitaltilførslen til rådighed for FLH. Kapitaltilførslen blev derfor tildelt FLH før ikrafttrædelsen af 2005-retningslinjerne på et tidspunkt, hvor kun 1994-meddelelsen var gyldig. Følgelig har Kommissionen ved at fremhæve kapitaltilførslen i 2005-retningslinjerne tilsidesat det principielle forbud mod tilbagevirkning.

- 151 Sagsøgerne har tilføjet, at ifølge retspraksis skal et nyt regelsæt, som medlemsstaten havde kendskab til på projektstadiet, ikke finde anvendelse med tilbagevirkende kraft. Derfor kan 2005-retningslinjerne, som mere end et år efter tildelingen ændrer de kriterier, som gør det muligt at afgøre, om kapitaltilførslen udgør en statsstøtte, og hvor projektet først er blevet offentliggjort over for medlemsstaterne flere måneder efter nævnte kapitaltilførsel, så meget desto mindre have tilbagevirkende kraft.
- 152 Hvad for det andet angår tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og retssikkerhedsprincippet har sagsøgerne gjort gældende, at i forbindelse med vedtagelsen den 4. november 2004 af beslutningen om den sydlige bane kunne det ikke forudses, at Kommissionen ville ændre sit skøn med hensyn til bestemmelserne på området for statsstøtte vedrørende finansieringen af regionale lufthavnsinfrastrukturer. Teorien om, at denne finansiering kunne udgøre en statsstøtte, dukkede først op i 2005, dvs. efter tildelingen af kapitaltilførslen. Frem til vedtagelsen af 2005-retningslinjerne var der faktisk ingen fast praksis for Kommissionen i den henseende, og der rådede en betydelig retsusikkerhed. Selv om det antages, at der eksisterede en praksis, kunne de tyske myndigheder eller sagsøgerne ikke have haft kendskab hertil, eftersom de pågældende beslutninger dels udelukkende var blevet offentliggjort på Kommissionens internethjemmeside, men ikke i *Den Europæiske Unions Officielle Tidende*, dels ikke var blevet offentliggjort på tysk, hvorfor de ikke var forståelige for sagsøgerne. Under disse omstændigheder finder sagsøgerne, at den opståede ændring i fortolkningen af artikel 87, stk. 1, EF ikke var forudsigelig.
- 153 Sagsøgerne har i øvrigt understreget, at denne udvikling ikke kan udledes af Kommissionens beslutningspraksis, af retspraksis eller af 2001-undersøgelsen. I den forbindelse har sagsøgerne især fremhævet, at hvis ADP-retspraksis kunne udvide anvendelsesområdet for bestemmelser på området for statsstøtte til alle de foranstaltninger, der er truffet i lufthavnssektoren, kunne Kommissionen fra dette tidspunkt ophæve 1994-meddelelsen eller ændre den med henblik på at sikre retssikkerheden. Dette var imidlertid ikke tilfældet, eftersom retspraksis før beslutningen ikke kunne fortolkes i den forstand, at anlæggelsen af regionale infrastrukturer var omfattet af bestemmelserne om statsstøtte, men at principperne i 1994-meddelelsen fortsat fandt anvendelse. Hvad angår den omstændighed, som er påberåbt af Kommissionen, om, at de tyske

myndigheder før vedtagelsen af 2005-retningslinjerne anmeldte foranstaltningerne vedrørende anlæggelsen eller udviklingen af regionale lufthavne (statsstøtte nr. 644 i 2002), har sagsøgerne heroverfor anført, at medlemsstaterne regelmæssigt anmelder foranstaltninger af retssikkerhedsmæssige årsager, skønt de vurderer, at der ikke er tale om statsstøtte. Det kan derfor ikke udledes af denne anmeldelse, at før projektet vedrørende finansiering af den sydlige bane kunne de tyske myndigheder gå ud fra princippet om, at det kunne dreje sig om en statsstøtte.

- 154 Sagsøgerne har endelig hævdet, at eftersom 2005-retningslinjerne på detaljeret vis regulerer deres tidsmæssige anvendelse, har Kommissionen ved at anvende dem på en dato forud for deres ikrafttrædelse tilsidesat sine egne undersøgelseskriterier, som den er forpligtet til at overholde, og som økonomiske operatører og medlemsstaterne burde kunne sætte deres lid til. I den forbindelse har sagsøgerne i replikken præciseret, at ved at Kommissionen har undergivet kapitaltilførslen bestemmelserne på området for statsstøtte, når den ikke kunne anvende 2005-retningslinjerne, har den tilsidesat 1994-meddelelsen og dermed princippet om forvaltningens selvbegrænsning. Kommissionen er forpligtet af sine egne retningslinjer, så længe de ikke går imod den primære ret. Imidlertid tilsidesatte 1994-meddelelsen på tidspunktet for beslutningen om kapitaltilførslen ikke den primære ret, da retspraksis ikke kræver anvendelse af bestemmelser på området for statsstøtte over for foranstaltninger vedrørende lufthavnsinfrastrukturer, hvilket Kommissionen har bekræftet.

- 155 Hvad for det tredje angår tilsidesættelse af lighedsprincippet har sagsøgerne gjort gældende, at et stort antal lufthavnsoperatører fik tildelt den offentlige støtte til anlæggelse og indretning af infrastrukturer. Med hensyn til lighedsprincippet kan FLH derfor ikke være den eneste, der er berørt af ændringen i Kommissionens

politik, som bestod i at anvende bestemmelser på området for statsstøtte på regionale lufthavne.

¹⁵⁶ Kommissionen har bestridt sagsøgernes argumenter.

Rettens bemærkninger

¹⁵⁷ Hvad angår i første række klagepunktet om tilsidesættelse af det principielle forbud mod at give retsregler tilbagevirkende kraft må det fastslås, at vedrørende kvalificeringen af kapitaltilførslen som statsstøtte efter artikel 87, stk. 1, EF er der ikke noget element i beslutningen, der gør det muligt at konstatere, at Kommissionen har anvendt 2005-retningslinjerne.

¹⁵⁸ Hvad først angår kriteriet virksomhed og økonomisk virksomhed har Kommissionen anført i 173. betragtning til beslutningen, at det fremgår af ADP-retspraksis, at lufthavnsoperatørerne i princippet udøver en økonomisk virksomhed efter artikel 87, stk. 1, EF, som falder ind under bestemmelserne om statsstøtte. På baggrund af disse nylige ændringer i sektoren har Kommissionen vurderet som angivet i 174. betragtning til beslutningen, at fra 2000, året for Rettens dom i sagen *Aéroports de Paris* mod Kommissionen, nævnt i præmis 84 ovenfor, var det ikke længere muligt umiddelbart at udelukke statsstøttereglernes anvendelse på lufthavne. Kommissionen har derfor konkluderet i 176. betragtning til beslutningen, at fra tidspunktet for nævnte dom skulle statsstøttereglerne anvendes på denne sektor, med understregning af, at dette ikke udgjorde en anvendelse med tilbagevirkende kraft af 2005-retningslinjerne, eftersom Domstolen blot foretog en præcisering.

- 159 Denne indfaldsvinkel tiltrædes, eftersom den fortolkning, som Domstolen foretager af en EU-retlig regel, begrænser sig til at belyse og præcisere betydningen og rækkevidden af den pågældende regel, således som den skal forstås og anvendes, henholdsvis burde have været forstået og anvendt fra sin ikrafttræden (jf. Rettens dom af 12.2.2008, sag T-289/03, BUPA m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 81, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis).
- 160 Det følger heraf, at hvad angår vurderingen af kriteriet om økonomisk virksomhed har Kommissionen gyldigt kunnet gennemføre de principper, der udspringer af ADP-retspraksis, ved at anvende dem på omstændighederne i den foreliggende sag, især med hensyn til finansieringen af lufthavnsinfrastrukturer, hvilket ikke udgør en anvendelse med tilbagevirkende kraft af 2005-retningslinjerne.
- 161 Derudover er der ingen betragtning til beslutningen vedrørende kriterierne virksomhed og økonomisk virksomhed, som udtrykkeligt angiver, at Kommissionen har anvendt 2005-retningslinjerne med tilbagevirkende kraft, idet 176. betragtning i øvrigt udtrykkeligt angiver det modsatte. I den forbindelse skal det anføres, at henvisningen til nævnte retningslinjer i 30. betragtning til beslutningen vedrører vurderingen ved den indledende undersøgelse af kapitaltilførsels forenelighed med fællesmarkedet og ikke kvalificeringen af denne som statsstøtte. Ligeledes giver bekræftelsen i 174. betragtning til beslutningen — om, at henset til udviklingen i lufthavssektoren udvidede Kommissionen i sine 2005-retningslinjer den tilgang, der er fulgt i ADP-retspraksis, til at omfatte alle lufthavnstyper — ikke mulighed for at antage, at Kommissionen har anvendt de nævnte retningslinjer her, da denne omtale i virkeligheden angiver, at de kodificerer den retsstilling, der har hersket siden nævnte retspraksis, ved udtrykkeligt at nævne visse af disse indvirkninger, især for de regionale lufthavne.
- 162 Hvad herefter angår kriteriet om en økonomisk fordel angiver beslutningen ikke, at 2005-retningslinjerne har fundet anvendelse. Den udtaler tværtimod i 195. betragtning, at anvendeligheden af privatinvestorprincippet ikke skyldes 2005-retningslinjerne,

men udviklingen i retspraksis og Kommissionens beslutninger, hvilket aspekt af beslutningen sagsøgerne i øvrigt ikke har anfægtet.

- 163 Hvad endelig angår kriterierne om statstilregnelser, specificering af bevillinger og konkurrenceforvridning samt om påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstaterne indeholder beslutningen ikke noget element, hvorefter Kommissionen skal have anvendt elementer vedrørende nævnte kriterier, der er indeholdt i 2005-retningslinjerne, hvilket sagsøgerne i øvrigt ikke påstår.
- 164 Det følger af det foranstående, at hvad angår kvalificeringen af kapitaltilførslen som statsstøtte efter artikel 87, stk. 1, EF har Kommissionen ikke anvendt 2005-retningslinjerne. Det skal tilføjes, at da sagsøgerne ikke har anfægtet beslutningen for så vidt angår vurderingen af foreneligheden af kapitaltilførslen med fællesmarkedet, er det ufornuddent i denne sag ved foretagelsen af denne vurdering at undersøge, om Kommissionen har anvendt 2005-retningslinjerne med tilbagevirkende kraft.
- 165 I betragtning af det ovenstående skal Retten forkaste klagepunktet om anvendelse med tilbagevirkende kraft af 2005-retningslinjerne ved anlæggelsen og finansiering af den sydlige bane.
- 166 Hvad for det andet angår klagepunkterne om tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og retssikkerhedsprincippet er det tilstrækkeligt at bemærke, at eftersom Kommissionen hvad angår kvalificeringen af kapitaltilførslen som statsstøtte ikke har anvendt 2005-retningslinjerne, bør nævnte klagepunkter forkastes. De hviler på den fejlagtige forudsætning om anvendelse med tilbagevirkende kraft af nævnte retningslinjer.

167 Under alle omstændigheder savner disse klagepunkter grundlag. ADP-retspraksis, hvoraf fremgår, at der i forbindelse med driften af en lufthavn er tale om økonomisk virksomhed, går tilbage til 2000. Derudover har dommen i sagen Ryanair mod Kommissionen, nævnt i præmis 77 ovenfor, som vedrørte situationen forud for vedtagelsen af 2005-retningslinjerne, bekræftet ADP-retspraksis hvad angår driften af en regional lufthavn. I øvrigt fremgår det af Kommissionens beslutning SG(2001) D/286839 af 13. marts 2001 om statsstøtte nr. 58/2000 (Italien — Fremme af lufthavnene i Piemonte), at Kommissionen på det tidspunkt ikke udelukkede, at en foranstaltning til udvikling af regionale lufthavnsinfrastrukturer eventuelt kunne udgøre en statsstøtte. I denne beslutning, som i modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende, ligeledes drejede sig om finansiering af lufthavnsinfrastrukturer, har Kommissionen i det væsentlige vurderet, jf. bl.a. 17. betragtning, at hvis den pågældende foranstaltning skulle anses for en statsstøtte, ville den være forenelig med fællesmarkedet efter artikel 87, stk. 3, litra c), EF. Endelig bemærkes, at når de tyske myndigheder i 2002 anmeldte statsstøtten nr. 644i/2002 af retssikkerhedsmæssige grunde, som sagsøgerne har oplyst (jf. præmis 153), skyldtes det, at de forudså muligheden for, at de pågældende foranstaltninger, som havde til formål at forbedre den regionale lufthavnsinfrastruktur, havde kunnet udgøre en statsstøtte. I øvrigt meddelte Kommissionen den 30. juni 2003, under proceduren vedrørende nævnte støtte, de tyske myndigheder i det væsentlige under henvisning til ADP-retspraksis, at det ikke var sikkert, at »støtten til anlæggelsen og udviklingen af regionale lufthavne kunne [...] anses for en generel foranstaltning vedrørende infrastrukturer uden relevans hvad angår statsstøtte«.

168 Under disse omstændigheder har sagsøgerne med urette gjort gældende, at det på tidspunktet for beslutningen om anlæggelsen af den sydlige bane i december 2004 ikke kunne forudses, at vurderingen af reglerne på området for statsstøtte i forhold til statsstøtte af finansieringsforanstaltninger til regionale lufthavnsinfrastrukturer ændrede sig. Det samme gælder påstanden om, at antagelsen af, at finansieringen af anlæggelsen af regionale lufthavne kunne udgøre en statsstøtte, først dukkede op i 2003 efter udbetaling af kapitaltilførslen.

169 Det fremgår heraf, at klagepunkterne vedrørende tilsidesættelse af princippet om beskyttelsen af den berettigede forventning og retssikkerhedsprincippet må afvises.

- 170 Hvad for det tredje og sidste angår klagepunktet om tilsidesættelse af lighedsprincippet skal det bemærkes, at den omstændighed, at finansieringen af regionale lufthavninfrastrukturer eventuelt kan udgøre en statsstøtte, vedrører alle lufthavne fra 2000, således at FLH ikke kan anses for at være den eneste lufthavnsoperatør, der er berørt af ændringen, således som sagsøgerne har gjort gældende. Den omstændighed, at lufthavne før dette tidspunkt har nydt godt af finansieringsforanstaltninger, sår ikke tvivl om den kendsgerning, at alle regionale lufthavne fremover kan se frem til, at finansieringen af deres infrastrukturer bliver undersøgt i forhold til statsstøttere reglerne.
- 171 Klagepunktet om, at der foreligger en tilsidesættelse af lighedsprincippet, må følgelig forkastes.
- 172 Henset til ovenstående betragtninger, bør det fjerde anbringende forkastes.

Det femte anbringende om tilsidesættelse af den primære ret med 2005-retningslinjerne

Parternes argumenter

- 173 Sagsøgerne er af den opfattelse, at 2005-retningslinjerne tilsidesætter den primære ret af to grunde.

- 174 For det første er 2005-retningslinjerne upræcise, eftersom indretning og tilpasning af lufthavnsinfrastrukturer ikke udgør en økonomisk virksomhed. De strider her- efter imod den primære ret og kan ikke udgøre tilstrækkeligt retligt grundlag for beslutningen.
- 175 For det andet er 2005-retningslinjerne selvmodsigende og tilsidesætter følgelig klarhedsprincippet og retssikkerhedsprincippet. Punkt 12 i 1994-meddelelsen, som anfører, at opførelse eller udvidelse af infrastrukturprojekter udgør en almen foran- staltning i økonomisk politik, der ikke kan kontrolleres af Kommissionen i medfør af traktatens statsstøttere- gler, er ikke blevet ophævet. Det er derfor ikke muligt at konstatere, i hvilket omfang indretningen og tilpasningen af lufthavnsinfrastrukturer er omfattet af statsstøttere- glerne.
- 176 I den forbindelse har sagsøgerne understreget, at ved at gå ud fra, at 2005-retnings- linjerne »fuldender« 1994-meddelelsen, erkender Kommissionen, at den ikke har ønsket at så tvivl om det princip, der er fastsat i sidstnævnte, og som Kommissio- nen i øvrigt henviser til i 2005-retningslinjerne. Dog har Kommissionen indledt med at rejse tvivl i det omfang, hvori 2005-retningslinjerne finder anvendelse på sam- tlige lufthavnsaktiviteter, herunder indretning af infrastrukturer. Derudover angiver retningslinjerne, i modsætning til 1994-meddelelsen, at »en lufthavnsoperatør bør, i og med at den udøver en økonomisk virksomhed [...], finansiere omkostningerne til anvendelsen eller opførelsen af infrastruktur, som den forvalter, med sine egne midler«. Idet sagsøgerne har fremhævet, at Kommissionen i den forbindelse henvi- ser til ADP-retspraksis, gør de opmærksom på, at nævnte retspraksis har præciseret, at driften af en stor international lufthavn kan anses for en økonomisk virksomhed, men har ikke givet nogen vejledning vedrørende regionale lufthavne. Eftersom Kom- missionen ikke længere synes at ville udelukke indretning af infrastrukturer fra sin kontrol, hvilket var tilfældet i medfør af 1994-meddelelsen, er 2005-retningslinjerne

ifølge sagsøgerne selvmodsigende. Hvis Kommissionen var af den opfattelse, at finansieringsforanstaltningerne til indretning og tilpasning af regionale lufthavnsinfrastrukturer udgør en statsstøtte, skulle den udtrykkeligt have ophævet 1994-meddelelsen og vedtaget en ny.

- 177 Hvad angår Kommissionens bekræftelse af, at punkt 12 i 1994-meddelelsen blev fjernet og ophævet med 2005-retningslinjerne, finder sagsøgerne disse ukorrekte. Punkt 18 og 19 i 2005-retningslinjerne klarlægger nemlig ikke tydeligt deres forbindelse til 1994-meddelelsen. Ifølge sagsøgerne er 2005-retningslinjerne forvirrende, eftersom de dels ikke tydeligt ophæver punkt 12 i 1994-meddelelsen, dels ser bort fra den. Denne modsigelse gør 2005-retningslinjerne uanvendelige på finansieringerne af infrastrukturer og bekræfter, at de tilsidesætter artikel 87 EF.
- 178 Hvad endelig angår argumentet om, at beslutningen ikke bygger på 2005-retningslinjerne, henviser sagsøgerne til, at Kommissionen faktisk har anvendt disse (jf. præmis 149 ovenfor).
- 179 ADV tilslutter sig sagsøgernes betragtninger. ADV finder ikke, at 2005-retningslinjerne kan finde anvendelse. I den forbindelse har ADV gjort gældende, at Kommissionen ikke i retningslinjerne kan fastslå de elementer, som udgør statsstøtte, i det foreliggende tilfælde begrebet om eksistensen af en økonomisk virksomhed, ved tilsidesættelse af den primære ret.
- 180 Kommissionen har bestridt sagsøgernes og ADV's argumentation.

Rettens bemærkninger

181 Da Kommissionen, således som det er blevet fremhævet under gennemgangen af det fjerde anbringende, ikke har anvendt 2005-retningslinjerne hvad angår kvalificeringen af kapitaltilførslen som statsstøtte efter artikel 87, stk. 1, EF, må det konstateres, at det foreliggende anbringende er irrelevant.

182 Med dette anbringende, som svarer til en ulovlighedsindsigelse, har sagsøgerne gjort gældende, dels at 2005-retningslinjerne er uklare, eftersom indretning og tilpasning af lufthavnsinfrastrukturer ikke udgør en økonomisk virksomhed, dels at nævnte retningslinjer er selvmodsigende og følgelig tilsidesætter klarhedsprincippet og retssikkerhedsprincippet for så vidt angår anvendelsen af statsstøttereglerne ved finansiering af lufthavnsinfrastrukturer. Da 2005-retningslinjerne i den forbindelse ikke har fundet anvendelse i den foreliggende sag, er de af sagsøgerne hermed fremsatte klagepunkter imidlertid irrelevante.

183 Under disse omstændigheder må det femte anbringende forkastes.

Det sjette anbringende vedrørende en procedurefejl

Parternes argumenter

184 Subsidiært er sagsøgerne af den opfattelse, at Kommissionen ikke har anvendt den rette procedure. I den forbindelse har de gjort gældende, at hvad angår regionale

lufthavne, såsom den i Leipzig/Halle, eksisterede der ikke et marked på tidspunktet for vedtagelse af beslutningen om indretning af den sydlige bane i 2004. Disse lufthavne udøvede ikke økonomisk virksomhed og var ikke i konkurrence med andre lufthavne. I øvrigt er dette i tilfælde af, at regionale lufthavne den dag i dag er i konkurrence, at der eksisterer et marked, og at statsstøttereglerne kan finde anvendelse, under alle omstændigheder et resultat af den nylige udvikling, som Kommissionen erkender i 2005-retningslinjerne. Selv om det antages, at kapitaltilførslen udgør en statsstøtte, burde den dog under alle omstændigheder kvalificeres som eksisterende støtte i henhold til artikel 1, litra b), nr. v), i forordning nr. 659/1999. Eftersom Kommissionen i den foreliggende sag ikke har anvendt den procedure, der er foreskrevet i nævnte forordning for eksisterende støtte, bl.a. i forordningens artikel 17-19, er beslutningen følgelig behæftet med en procedurefejl.

185 Hvad angår Kommissionen udsagn om, at artikel 17-19 i forordning nr. 659/1999 kun kan finde anvendelse på statsstøtteordninger, ikke på individuelle støtteformer, fører dette til, hvis det antages at være korrekt, at Kommissionen ikke har kunnet kontrollere den pågældende foranstaltning i den foreliggende sag. Dels eksisterede der ikke foranstaltninger i henhold til artikel 88, stk. 1, EF, dels havde Kommissionen ikke beføjelse til at kontrollere en individuel støtte i henhold til forordning nr. 659/1999.

186 Kommissionen har påstået dette anbringende forkastet.

Rettens bemærkninger

187 Det må påpeges, at i henhold til EF-traktaten gælder der forskellige fremgangsmåder alt efter, om der er tale om eksisterende eller ny støtte. Mens ny støtte i henhold til traktatens artikel 88, stk. 3, EF på forhånd skal anmeldes til Kommissionen og

ikke kan gennemføres, før fremgangsmåden har ført til en endelig beslutning, kan eksisterende støtte i medfør af artikel 88, stk. 1, EF løbende gennemføres, for så vidt som Kommissionen ikke har fastslået, at den er uforenelig med fællesmarkedet (dommen i sagen *Banco Exterior de España*, nævnt ovenfor i præmis 128, præmis 22, og Rettens dom af 15.6.2000, forenede sager T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 — T-607/97, T-1/98, T-3/98 — T-6/98 og T-23/98, *Alzetta m.fl. mod Kommissionen*, Sml. II, s. 2319, præmis 148). Eksisterende støtte kan således i givet fald kun være genstand for en beslutning om, at støtten ikke er forenelig med fællesmarkedet, der har virkning for fremtiden (dommen i sagen *Alzetta m.fl. mod Kommissionen*, præmis 147).

¹⁸⁸ I overensstemmelse med artikel 1, litra b), nr. v), i forordning nr. 659/1999 udgør eksisterende støtte enhver støtte, »hvorom det kan godtgøres, at der ikke var tale om støtte, da den blev indført, men at den blev til støtte på grund af udviklingen på fællesmarkedet, uden at medlemsstaten havde foretaget nogen ændringer«. Begrebet »udviklingen på fællesmarkedet« kan forstås som en ændring af den økonomiske og retlige kontekst i den sektor, der berøres af den pågældende foranstaltning. En sådan ændring kan navnlig være et resultat af liberaliseringen af et marked, som oprindeligt var lukket for konkurrence.

¹⁸⁹ I den foreliggende sag bør det fremhæves, at således som det fremgår af 174. og 176. betragtning til beslutningen — udviklingen i lufthavnssektoren og i ADP-retspraksis taget i betragtning — fandt Kommissionen, at det fra 2000 ikke længere var muligt umiddelbart at udelukke statsstøttereglernes anvendelse på lufthavne. Det fremgår i øvrigt af beslutning SG(2001) D/286839 (jf. præmis 167), at Kommissionen i 2001 overvejede, om finansieringen af lufthavnsinfrastrukturer kunne udgøre en statsstøtte. De tyske myndigheder overvejede ligeledes denne mulighed, eftersom de i 2002 anmeldte statsstøtte nr. 644i/2002, da Kommissionen desuden under den til denne støtte tilhørende procedure havde informeret nævnte myndigheder i 2003 om sin tvivl om muligheden for, at de pågældende foranstaltninger kunne udgøre generelle infrastrukturforanstaltninger (jf. præmis 167).

- 190 Imidlertid blev kapitaltilførslen udbetalt i november 2004, dvs. på et tidspunkt, hvor Kommissionen allerede havde oplyst, at en sådan finansiering kunne udgøre en statsstøtte.
- 191 Med hensyn til sagsøgernes argumentation om, for så vidt angår regionale lufthavne, såsom den i Leipzig/Halle, at der ikke eksisterede et marked på tidspunktet for vedtagelse af beslutningen om indretning af den sydlige bane, da disse lufthavne ikke udøvede økonomisk virksomhed og ikke var i konkurrence med hinanden, er det tilstrækkeligt at bemærke, at det i forbindelse med det første anbringende er blevet fastslået, at FLH udøver en økonomisk virksomhed og er i konkurrence med andre lufthavne (jf. præmis 93), og det er tilstrækkeligt at konstatere, at der ikke er nogen dokumentation for, at dette ikke var tilfældet ved tildelingen af kapitaltilførslen. Vedrørende den af Kommissionen i 2005-retningslinjerne påberåbte udvikling går denne forud for beslutningen om at finansiere den sydlige bane i 2004. Kommissionen henviser i punkt 5 i disse retningslinjer til en udvikling, der har fundet sted »i de seneste år«. I øvrigt påberåbte Kommissionen sig allerede denne udvikling i 2001 i beslutning SG(2001) D/286839, i særdeleshed i 11. betragtning.
- 192 Under disse forhold kan det ikke antages, at der med kapitaltilførslen ikke var tale om støtte, da den blev tildelt, men at den blev til støtte på grund af udviklingen på fællesmarkedet.
- 193 Det fremgår af de foranstående bemærkninger, at kapitaltilførslen ikke var en eksisterende støtte efter artikel 1, litra b), nr. v), i forordning nr. 659/1999.
- 194 Det skal tilføjes, at det ganske vist er korrekt, at beslutningen ikke specifikt vedrører det argument, som de tyske myndigheder havde fremført under den formelle

undersøgelsesprocedure, ifølge hvilken kapitaltilførslen udgjorde en eksisterende støtte (70. betragtning til beslutningen), men Kommissionen er ikke desto mindre ikke forpligtet til at tage stilling til alle de argumenter, som de interesserede har fremført for den; den skal kun redegøre for de faktiske omstændigheder og retlige betragtninger, der har været afgørende med henblik på beslutningens opbygning (jf. Rettens dom af 15.6.2005, sag T-349/03, Corsica Ferries France mod Kommissionen, Sml. II, s. 2197, præmis 63 og 64 og den deri nævnte retspraksis). I sagen her indeholder beslutningen de nødvendige elementer, i særdeleshed i 174.-176. betragtning, til at forstå baggrunden for, at støtten ikke kan anses for en eksisterende støtte i henhold til artikel 1, litra b), nr. v), i forordning nr. 659/1999.

¹⁹⁵ Henset til det foregående, må det sjette anbringende forkastes.

Det syvende anbringende om tilsidesættelse af den kompetencefordeling, der følger af EF-traktaten

Parternes argumenter

¹⁹⁶ Sagsøgerne har gjort gældende, at med sin fortolkning af begrebet virksomhed har Kommissionen tilsidesat den primære ret, eftersom den undergiver statslige foranstaltninger, der ikke er omfattet af statsstøtte, kontrol.

197 Sagsøgerne hævder for det første, at Kommissionen har tilsidesat medlemsstaternes kompetencer. Hvad angår foranstaltninger om regionalpolitik og økonomisk politik råder medlemsstaterne over en enekompetence vedrørende indretning af infrastruktur, og Kommissionen har slet ingen kompetence på området. Med den udvidede definition af begrebet virksomhed, som er indeholdt i 2005-retningslinjerne, lod Kommissionen imidlertid sådanne foranstaltninger omfatte af konkurrencebestemmelser, med hensyn til hvilke Kommissionen er blevet tildelt beføjelser. Kommissionen tildelte sig således en kontrolbeføjelse, der gav den mulighed for at undersøge, og eventuelt forkaste de af medlemsstaterne udarbejdede forslag. Den beføjelse er endda videre end beføjelsen for de tyske forvaltningsdomstole. Ved at definere begrebet statsstøtte således, at det griber ind i medlemsstaternes kompetence, således som det bl.a. fremgår af 261. betragtning til beslutningen, tilsidesætter Kommissionen herefter subsidiaritetsprincippet. Eftersom Kommissionen ikke er i stand til at sikre en bedre kontrol på EU-plan end den, som kan udføres på nationalt plan, tilsidesætter den endvidere artikel 5, stk. 2, EF. I den forbindelse gør sagsøgerne det klart, at garantien for den ikke-diskriminerende adgang for brugere af infrastrukturer ikke retfærdiggør Kommissionens kontrol. Dels er en sådan adgang sikret via forpligtelsen til offentlig tjeneste, dels er opkrævningen underlagt de offentlige myndigheders godkendelse efter høring af brugerne og med respekt for lighedsprincippet.

198 For det andet er sagsøgerne af den opfattelse, at Kommissionen ikke på bindende vis kan udvide kriterierne i artikel 87, stk. 1, EF via retningslinjerne. Disse er foranstaltninger i henhold til artikel 88, stk. 1, EF eller henstillinger i henhold til artikel 249, stk. 5, EF, som skal være i overensstemmelse med EU-retten. Ved at udvide begrebet virksomhed i 2005-retningslinjerne til at omfatte alle lufthavnstyper har Kommissionen imidlertid overskredet denne grænse og tilsidesat artikel 88, stk. 1, EF.

199 ADV har tilsluttet sig sagsøgernes betragtninger. Ifølge ADV giver den i EU-retten indeholdte kompetencefordeling ikke adgang til konsekvent at underlægge indretningen af lufthavnsinfrastruktur statsstøtteordningen.

200 Kommissionen har bestridt sagsøgernes og ADV's argumentation.

Rettens bemærkninger

201 Først bør det fremhæves, at artikel 7, stk. 1, andet afsnit, EF stiller krav om, at hver institution handler inden for rammerne af de beføjelser, som er tillagt den ved EF-traktaten.

202 Det skal endvidere bemærkes, at EF-traktaten, der ved artikel 88 overlader den løbende undersøgelse og kontrollen med støtteordninger til Kommissionen, forudsætter, at konstateringen af en støtteordnings uforenelighed med fællesmarkedet skal ske under Rettens og Domstolens kontrol og i henhold til en særlig procedure, hvis gennemførelse påhviler denne institution. Artikel 87 EF og 88 EF tillægger således Kommissionen en central beføjelse til at afgøre, om en støtteforanstaltning eventuelt er uforenelig (jf. bl.a. dom af 21.11.1991, sag C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, Sml. I, s. 5505, præmis 9 og 14).

203 I denne sag skal Retten hvad for det første angår klagepunktet om, at Kommissionen har tilsidesat medlemsstaternes kompetencer, udtale, jf. herved påkendelsen af det første anbringende, at Kommissionen med rette er kommet frem til, at kapitaltilførslen udgjorde en statsstøtte i henhold til artikel 87, stk. 1, EF. Følgelig havde Kommissionen beføjelse til at foretage en vurdering i henhold til nævnte artikels stk. 2 og 3 i

overensstemmelse med den i foregående præmis nævnte retspraksis. Kommissionen har derfor ikke tilsidesat medlemsstaternes kompetence i den forbindelse.

- 204 Med hensyn til påstanden om, at regionalpolitikken og den økonomiske politik, som indretningen af den sydlige bane indgår under, udelukkende er omfattet af medlemsstaternes kompetence, må det fastslås, at selv om den måtte være berettiget, kan den omstændighed ikke føre til, at Kommissionen fratages statsstøttekontrolbeføjelser, som artiklerne 87 EF og 88 EF tillægger den, i tilfælde af, at tildelte finansieringer inden for rammerne af de nævnte politikker udgør en statsstøtte i henhold til artikel 87, stk. 1, EF.
- 205 Hvad endelig angår den omstændighed, at Kommissionen ikke er i stand til at sikre en bedre kontrol på EU-plan end den, som kan udføres på nationalt plan, hvilket påkræves ved artikel 5, stk. 1, EF, må det fastslås, at dette argument ikke er relevant, da det er godtgjort, at Kommissionen i medfør af EF-traktaten havde beføjelse til at kontrollere den pågældende foranstaltning i den foreliggende sag, eftersom det drejede sig om en statsstøtte.
- 206 Det første klagepunkt må således forkastes. Af de samme årsager må Retten forkaste det klagepunkt, der er fremsat med det andet anbringende, hvorefter Kommissionen ved at antage, at den er kompetent til at udøve kontrol af den offentlige administrations foranstaltninger, har overskredet de beføjelser, som er blevet den tildelt med den begrundelse, at medlemsstaterne ellers ville være frit stillet med hensyn til at bestemme, om deres infrastrukturer skal forvaltes direkte af en offentlig myndighed eller af en virksomhed, der er oprettet til dette formål.

207 Hvad for det andet angår klagepunktet om, at Kommissionen ikke kan udvide kriterierne i artikel 87, stk. 1, EF via retningslinjerne, bemærkes blot, at Kommissionen i den foreliggende sag ikke har anvendt 2005-retningslinjerne hvad angår kvalificeringen af kapitaltilførslen som statsstøtte.

208 I modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende, udgør sådanne retningslinjer under alle omstændigheder ikke nyttige foranstaltninger i henhold til artikel 88, stk. 1, EF. Dels henviser de foranstaltninger, der er omfattet af nævnte artikel, nemlig til foranstaltninger, som er påkrævet af hensyn til fællesmarkedets funktion eller gradvise udvikling, som Kommissionen foreslår medlemsstaterne inden for rammerne af en løbende undersøgelse af de eksisterende støtteordninger i disse stater. Imidlertid udgør kapitaltilførslen i den foreliggende sag en ny, individuel støtte og ikke en eksisterende støtteordning. Dels fremgår det klart af deres art og indhold, at 2005-retningslinjerne for Kommissionen udgør en retningslinje for udøvelsen af dens skønsmæssige beføjelse på området for statsstøtte inden for lufthavnssektoren, med hvilken retningslinje Kommissionen har pålagt sig en begrænsning med hensyn til nævnte beføjelse. Kommissionen kan pålægge sig selv retningslinjer for udøvelsen af sit skøn ved retsakter såsom retningslinjer, for så vidt som disse retsakter indeholder vejledende regler om den praksis, som institutionen vil følge, og de ikke indebærer en fravigelse af bestemmelserne i EF-traktaten. Når Kommissionen vedtager retningslinjer, som under overholdelse af EF-traktaten skal præcisere de kriterier, den agter at anvende ved udøvelsen af sin skønsmæssige beføjelse, følger det heraf, at den har pålagt sig selv en begrænsning i sin kompetence, da det påhviler den at overholde de vejledende regler, som den har pålagt sig selv (jf. i denne retning Rettens dom af 1.12.2004, sag T-27/02, Kronofrance mod Kommissionen, Sml. II, s. 4177, præmis 79 og den deri nævnte retspraksis). Således som det fremgår i det væsentlige af gennemgangen af det første anbringende, er der imidlertid intet grundlag for at antage, at Kommissionen ved at udvide begrebet virksomhed til at omfatte alle lufthavne, herunder de regionale, har overskredet sin beføjelse.

209 Det andet klagepunkt bør herefter ligeledes forkastes, såvel som, i konsekvens heraf, det syvende anbringende i sin helhed.

Det ottende anbringende om den modsigende karakter og manglende begrundelse for beløbet for den påståede støtte

Parternes argumenter

- ²¹⁰ Sagsøgerne har gjort gældende, at beslutningen er selvmodsigende. På den ene side fastsætter den størrelsen af beløbet for den påståede støtte (artikel 1) til 350 mio. EUR, og på den anden side anfører den, at visse omkostninger, som udspringer af en offentlig forvaltningsopgave, og som er vurderet til 108,2 mio. EUR, ikke kan anses for statsstøtte efter artikel 87, stk. 1, EF (182. betragtning ff.). Denne selvmodsigelse medfører alvorlige retlige konsekvenser for sagsøgerne. I henhold til retspraksis skal de betale renter af beløbet for støtten for perioden imellem tildelingen og godkendelsen af støtten, hvilket ikke er tilfældet for godtgørelse af omkostninger ved en offentlig forvaltningsopgave. I den foreliggende sag beløber forskellen sig til ca. 25 mio. EUR. Ydermere er denne modsigelse til hinder for, at sagsøgerne og deres selskabsdeltagere kan kvalificere finansieringen af kommende infrastrukturer juridisk korrekt, eftersom Kommissionen i beslutningen kvalificerer kompensationsydelser, som er ydet til en offentlig forvaltningsopgave, som statsstøtte, og dermed undergiver dem kravet om meddelelse.
- ²¹¹ Ifølge sagsøgerne må den selvmodsigende karakter af beslutningen føre til dens annullation, da det spørgsmål endvidere må rejses, om beslutningen ikke juridisk set burde anses for en nullitet. Derudover er sagsøgerne af den opfattelse, at de selvmodsigende angivelser i beslutningen på grund af dens alvorlige uregelmæssighed udgør en fejlagtig begrundelse og derfor en tilsidesættelse af artikel 253 EF, hvilket ligeledes bør føre til dens annullation. Dels burde sagsøgerne samt delstaten Sachsen og Forbundsrepublikken Tyskland kunne fastslå på grundlag af beslutningen, hvilken del af den pågældende foranstaltning der er kvalificeret som statsstøtte, og hvilken

del der er kvalificeret som kompensationsydelse, som ikke udgør en sådan støtte, dels er Retten ikke i stand til på grund af beslutningens selvmodsigende karakter at udøve sin kontrol.

- 212 Hvad angår Kommissionens argumentation om, at den kunne stille den størrelsesmæssige opgørelse af omkostningerne ved den offentlige forvaltningsopgave i bero, har sagsøgerne heroverfor anført, at Kommissionen udtrykkeligt har sat tal på den påståede støtte i artikel 1 i den anfægtede beslutnings artikel 1, men at den til gengæld ikke har fratrasket kompensationsydelserne, som den anerkender. Følgelig er spørgsmålet, om sagsøgerne kunne udmønte den påståede støtte i tal, ikke afgørende.
- 213 Hvad angår retspraksis, ifølge hvilken beslutningen blot skal indeholde anvisninger, hvorved beslutningens adressat uden overdrevne vanskeligheder selv kan fastslå beløbet for støtten, har sagsøgerne gjort gældende, at den ikke giver mulighed for at udelukke klagepunktet om beslutningens modsigende karakter. Ydermere vedrører denne retspraksis kun negative beslutninger og ikke positive beslutninger, hvorfor den ikke er relevant. Under alle omstændigheder støtter den sagsøgernes argumentation, eftersom beslutningen ikke indeholder konsekvente anvisninger, hvorved beslutningens adressat eller sagsøgerne uden overdrevne vanskeligheder kan fastslå beløbet. Følgelig kan selv en national ret ikke udøve de hverv, som er blevet den tildelt, men må søge bistand hos Kommissionen. Imidlertid vil den mulighed ikke afhjælpe beslutningens selvmodsigende karakter.
- 214 Hvad angår argumentet om, at kompensationsydelserne først er blevet påberåbt på et sent stadium, retfærdiggør det ikke vedtagelsen af en selvmodsigende beslutning. Dels havde sagsøgerne ingen indflydelse i den forbindelse, dels var de pågældende oplysninger blevet samlet i sagen måneder inden beslutningens vedtagelse og kunne derfor ikke tages i betragtning. Selv om disse argumenter først var blevet fremført kort tid forinden vedtagelsen af beslutningen, har Kommissionen ikke desto mindre

været forpligtet til at afholde proceduren på passende vis og derfor, i den foreliggende sag, at skride til supplerende undersøgelser uden at være bundet af nogen frist.

- 215 Kommissionen påpeger først, at den i beslutningen kunne stille den størrelsesmæssige opgørelse af omkostningerne ved de offentlige forvaltningsopgaver i bero, eftersom denne ikke havde indflydelse på resultatet af dens undersøgelse. Uanset hvor stor en del af den støtteberettigede del, der udgør de af de tyske myndigheder påberåbte udgifter til finansiering af de nævnte opgaver, har Kommissionen således ikke rejst nogen indsigelse over for denne finansiering. Den skulle derfor ikke endeligt afgøre, i hvilket omfang denne offentlige finansiering ikke udgjorde en statsstøtte eller udgjorde en godkendt statsstøtte.
- 216 Kommissionen bemærker endvidere, at ifølge retspraksis kræver ingen EU-retlig bestemmelse, at Kommissionen skal fastlægge det støttebeløb, der skal tilbagebetales, når den træffer bestemmelse om tilbagebetaling af støtte, som er uforenelig med fællesmarkedet. Det er tilstrækkeligt, at dens beslutning indeholder anvisninger, hvorved beslutningens adressat uden overdrevne vanskeligheder selv kan fastslå beløbet. Selv i tilfælde af en ulovlig støtte er det imidlertid ikke obligatorisk, at det nøjagtige beløb for støtten er angivet i beslutningen, idet et sådant krav ikke kan stilles i tilfælde af en positiv beslutning.
- 217 I øvrigt har Kommissionen understreget, at de tyske myndigheder først på et sent stadium af proceduren har anført, at en væsentlig del af den offentlige finansiering er rettet mod udøvelsen af de aktiviteter, der henhører under udøvelsen af offentligretlige beføjelser. En komplet beregningsanalyse af de omkostninger, som er fremlagt af nævnte myndigheder, har således forsinket beslutningens vedtagelse.

- 218 Derudover anerkender Kommissionen, at ifølge retspraksis i tilfælde af ulovlig støtte, som den godkender, er en national retsinstans forpligtet til at træffe afgørelse om betaling af renter for perioden imellem tildelingen og dens godkendelse af Kommissionen. For at kunne udføre den opgave må nævnte instans også kunne sætte tal på den del af støtten, der er ulovlig, men forenelig. I et sådant tilfælde kan dommeren imidlertid henvende sig til Kommissionen for at opnå dennes assistance i henhold til princippet om gensidig assistance, der fremgår af artikel 10 EF, og i henhold til Meddelelse om samarbejdet mellem de nationale domstole og Kommissionen på statsstøtteområdet (EFT L 1995 C 312, s. 8). I henhold til kompetencefordelingen mellem de nationale retter og Kommissionen som forudset i retspraksis er det også tilstrækkeligt, at Kommissionen angiver de relevante kriterier, således som den har gjort i beslutningen. Det vil til gengæld ikke være et krav, at den i den positive beslutning detaljeret fastsætter den ulovlige støttes andel — dog forenelig for så vidt angår det totale tildelte beløb — dvs. at den fastsætter beløbet for renter, der skal tilbageføres, fordi støtten er ydet forhastet.
- 219 Under disse omstændigheder er beslutningen ikke selvmodsigende, idet Kommissionen kan begrænse sig til at opgive maksimumsbeløbet for den tildelte støtte, dvs. 350 mio. EUR, som er foreneligt med fællesmarkedet, uden endeligt at skulle fastsætte, i hvilket omfang visse dele af dette beløb skulle anses for ikke at udgøre en statsstøtte.
- 220 Kommissionen har tilføjet, at ved fortolkning af beslutningens dispositive del under hensyn til dens betragtninger er det klart, at den godkender en støtte til et beløb på maksimum 350 mio. EUR til indretning af den sydlige bane. En samlet fortolkning af beslutningen efterlader således ikke nogen tvivl om indholdet af dens dispositive del. Sagsøgernes vanskeligheder vedrører derfor ikke fortolkningen af beslutningen, men spørgsmålet, om Kommissionen inden for rammerne af eventuelle sager ved de nationale retter nøjagtigt vil skulle sætte tal på den del af kapitaltilførslen, der ikke udgør en statsstøtte. Imidlertid afviser Kommissionen en sådan antagelse på grundlag

af adskillelsen af opgaver mellem EU-retsinstansen og den nationale instans samt på grundlag af retspraksis, hvorefter den selv i tilfælde af en negativ beslutning ikke er forpligtet til at sætte tal på det støttebeløb, der skal tilbagebetales.

- 221 Eftersom Kommissionen i sin beslutning om at indlede den formelle undersøgelses-procedure har undersøgt FLH's virksomhed og dermed anvendelsen af artikel 87, stk. 1, EF, og eftersom den har henvist til anvendelsen af princippet vedrørende den private investor, har Kommissionen endelig tilbagevist argumentet om, at sagsøgerne har fremlagt de tilhørende oplysninger før vedtagelsen af beslutningen. Hvis Kommissionen havde rejst det spørgsmål på dette stadium af sagen, ville det have forsinket sagen. Hvad angår bemærkningen om, at Kommissionen ikke er forpligtet af bindende tidsfrister, har den fremhævet, at den i det væsentlige bestræber sig på at træffe afgørelse så hurtigt som muligt.

Rettens bemærkninger

- 222 Det påpeges, at en selvmodsigelse i begrundelsen for en beslutning udgør en tilsidesættelse af forpligtelsen i henhold til artikel 253 EF, som kan påvirke gyldigheden af den omhandlede retsakt, såfremt det godtgøres, at adressaten for retsaksen på grund af selvmodsigelsen helt eller delvis er afskåret fra at gøre sig bekendt med den egentlige begrundelse for beslutningen, og at der derfor ikke er nogen som helst retlig støtte for retsaktens konklusion eller dele heraf (Rettens dom af 30.3.2000, sag T-65/96, Kish Glass mod Kommissionen, Sml. II, s. 1885, præmis 85).
- 223 Derudover er det alene en retsakts dispositive del, der kan have retsvirkninger (jf. i denne retning Domstolens dom af 15.5.1997, sag C-355/95, TWD mod Kommissionen, Sml. I, s. 2549, præmis 21, og Rettens dom af 20.11.2002, sag T-251/00, Lagardère og Canal+ mod Kommissionen, Sml. II, s. 4825, præmis 67).

224 I den foreliggende sag skal det anføres, at efter beslutningens artikel 1 er den af Forbundsrepublikken Tyskland påtænkte statsstøtte på 350 mio. EUR til anlæggelse af en ny sydlig bane og de tilhørende lufthavnsfaciliteter i Leipzig/Halle Lufthavn forenelig med fællesmarkedet i henhold til EF-traktatens artikel 87, stk. 3, litra c).

225 Det må konstateres, at Kommissionen i 12. betragtning til beslutningen har anført, at ved indledningen af den formelle undersøgelsesprocedure beregnede den, at anlæggelsen af den nye sydlige bane, der beløb sig til 350 mio. EUR, blev finansieret ved hjælp af en offentlig kapitaltilførsel. Efter at have påpeget i 180. betragtning til beslutningen, at finansieringen af funktioner, som betragtes som offentlige opgaver, eller af infrastrukturer, der er forbundet hermed, ikke udgør statsstøtte, har Kommissionen i 182. betragtning til beslutningen anerkendt, at i den foreliggende sag henhører visse omkostninger under det offentliges opgaver. Disse omkostninger vedrører sikkerheds- og politifunktioner, foranstaltninger vedrørende brandbeskyttelse og offentlig sikkerhed, driftssikkerhed, Deutscher Wetterdienst og Deutsche Flugsicherung. Kommissionen har således konkluderet i 183. betragtning til beslutningen, at i det omfang disse derfor henhører under det offentliges opgaver, skal de pågældende omkostninger ikke betragtes som statsstøtte efter artikel 87, stk. 1, EF. I den forbindelse har Kommissionen anført, at uanset om den måtte følge de tyske myndigheders argumentation om, at omkostningerne på ingen måde kan betragtes som statsstøtte, berører dette ikke den endelige vurdering af den foreliggende sag, og selv hvis disse omkostninger udgjorde statsstøtte, ville der være tale om tilladt støtte. Kommissionen har derfor fundet, at det ikke er nødvendigt at nå frem til en endelig vurdering i dette spørgsmål.

226 På den baggrund må det fastslås, at når Kommissionen i 182. og 183. betragtning til beslutningen erkender, at visse omkostninger vedrørende kapitaltilførslen henhørte under det offentliges opgaver og ikke kunne betragtes som statsstøtte i henhold til

artikel 87, stk. 1, EF, har den ikke desto mindre konkluderet i beslutningens artikel 1, at hele kapitaltilførslen udgjorde en statsstøtte.

- 227 Det er korrekt, at ingen bestemmelse i EU-retten kræver, at Kommissionen, når den fastslår, at en støtte, som er erklæret uforenelig med fællesmarkedet, skal tilbagebetales, skal fastsætte den nøjagtige størrelse af det tilbagebetalingspligtige støttebeløb. Det er tilstrækkeligt, at Kommissionens beslutning indeholder anvisninger, hvorved beslutningens adressat uden overdrevne vanskeligheder selv kan fastslå beløbet (jf. Domstolens dom af 13.7.1988, sag 102/87, Frankrig mod Kommissionen, Sml. s. 4067, præmis 33).
- 228 Uden at det er nødvendigt at undersøge, om et sådant princip også finder anvendelse, når Kommissionen kender en støtte forenelig med fællesmarkedet, må det dog antages, at i tilfælde af, at Kommissionen beslutter at angive beløbet som en statsstøtte efter artikel 87, stk. 1, EF i den dispositive del af beslutningen, må den opgive det nøjagtige beløb for denne statsstøtte.
- 229 Det af Kommissionen angivne nøjagtige beløb for en ulovlig støtte i en endelig beslutning, der fastslår, at nævnte støtte er forenelig med fællesmarkedet i artikel 87 EF's forstand, er så meget desto mere vigtig, som den kan have en konsekvens for beløbet for renter, som modtageren kan komme til at betale. Den nationale domstol skal i henhold til EU-retten pålægge støttemodtageren at betale renter for den periode, hvor der forelå ulovlighed (jf. CELF-dommen, nævnt ovenfor i præmis 60, præmis 55). Imidlertid vil beløbet for disse renter bl.a. afhænge af beløbet for statsstøtten i sig selv. Det er på grundlag af det totale statsstøttebeløb i henhold til artikel 87, stk. 1, EF og ikke på grundlag af den ene del af den ulovlige støtte, der er betragtet som forenelig med fællesmarkedet, at de pågældende renter skal beregnes. I øvrigt har sagsøgerne i den foreliggende sag under retsmødet anført, at det er på grundlag af totalbeløbet på 350 mio. EUR, som er anført i beslutningens artikel 1, at de har betalt renter for den periode, hvor der forelå ulovlighed.

- 230 Imidlertid ses beløbet for statsstøtten, som er angivet i beslutningens artikel 1, at være fejlagtigt, sammenholdt med begrundelserne i 182. og 183. betragtning, da det fremgår af disse, således som det er blevet nævnt, at de beløb, der dækker offentlige opgaver, ikke udgør en statsstøtte og således skulle fratrækkes det totale beløb for kapitaltilførslen, dvs. 350 mio. EUR, der er kvalificeret som statsstøtte.
- 231 Kommissionens argument om, at de tyske myndigheder først på et sent stadium af proceduren har anført, at en væsentlig del af den offentlige finansiering er rettet mod de aktiviteter, der henhører under udøvelsen af offentlige myndighedsprærogativer, bør forkastes. Dels fremgår det nemlig udtrykkeligt at 183. betragtning til beslutningen, at Kommissionen med overlæg har antaget, at der ikke var grund til, at den udtalte sig om spørgsmålet om, hvorvidt finansieringen af visse omkostninger udgør en statsstøtte, med den begrundelse, at hvis dette måtte være tilfældet, ville der være tale om tilladt støtte. Kommissionen har til gengæld ikke påberåbt sig den sene fremsendelse af oplysninger. Dels var Kommissionen ikke forpligtet, som sagsøgerne har fremhævet, og som det fremgår af artikel 13, stk. 2, i forordning nr. 659/1999 — stillet over for en ulovlig støtte — af nogen ufravigelig eller vejledende frist for vedtagelsen af sine beslutninger.
- 232 I øvrigt må Retten forkaste Kommissionens argument, hvorefter det ved fortolkning af den dispositive del af beslutningen med hensyn til dens betragtninger er klart, at den godkender en støtte til et beløb af maksimum 350 mio. EUR til indretning af den sydlige bane. Som det fremgår af det foranstående, er det relevante spørgsmål i den foreliggende sag nemlig ikke at kende beløbet for den forenelige støtte, men beløbet for støtten som sådan. Af 182. og 183. betragtning samt af beslutningens artikel 1 set under ét opstår der imidlertid en selvmodsigelse, der er fremhævet i præmis 226 ovenfor, i og med at Kommissionen med urette har antaget, at beslutningen ikke efterlader nogen tvivl med hensyn til den dispositive del. Under alle omstændigheder er der, når beslutningens dispositive del er klar og entydig, hvor den fastsætter beløbet for den pågældende støtte til 350 mio. EUR, ingen grund til at fortolke nævnte dispositive del i forhold til beslutningens begrundelse. Alene i tilfælde af, at de i den dispositive del anvendte formuleringer ikke er klare, er det nødvendigt at fortolke dem ved

hjælp af betragtningerne til den anfægtede beslutning (Rettens dom af 11.12.2003, sag T-59/99, Ventouris mod Kommissionen, Sml. II, s. 5257, præmis 31).

- ²³³ Det følger af de ovenstående bemærkninger, at beslutningens artikel 1 bør annulleres, for så vidt som den fastsætter beløbet for statsstøtten til 350 mio. EUR, som Forbundsrepublikken Tyskland påtænker at yde til anlæggelse af en ny sydlig bane og de tilhørende lufthavnsfaciliteter i Leipzig/Halle Lufthavn.

Sagens omkostninger

- ²³⁴ I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 3, første afsnit, kan Retten desuden fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter, eller hvor der foreligger ganske særlige grunde. Endelig bærer i henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 4, første og tredje afsnit, medlemsstater og institutioner, der er indtrådt i en sag, deres egne omkostninger.
- ²³⁵ Da sagsøgerne i sag T-443/08 har tabt sagen, bør det pålægges dem at bære deres egne omkostninger og at betale Kommissionens omkostninger i denne sag i overensstemmelse med dennes påstand herom.

- ²³⁶ Da sagsøgerne i sag T-455/08 delvist har tabt sagen, finder Retten det derfor ud fra en vurdering af sagens omstændigheder korrekt at pålægge hver part at bære sine egne omkostninger.
- ²³⁷ Endelig bærer intervenienterne i henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 4, første og tredje afsnit, deres egne omkostninger i sagerne T-443/08 og T-455/08.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Ottende Afdeling):

- 1) **Sagerne T-443/08 og T-455/08 forenes med henblik på dommen.**
- 2) **Sag T-443/08 afvises.**
- 3) **Artikel 1 i Kommissionens beslutning 2008/948/EF af 23. juli 2008 om Tysklands foranstaltninger til fordel for DHL og Leipzig/Halle Lufthavn annulleres, for så vidt som den fastsætter beløbet for statsstøtten til 350 mio. EUR, som Forbundsrepublikken Tyskland påtænker at yde til anlæggelse af en ny sydlig bane og de tilhørende lufthavnsfaciliteter i Leipzig/Halle Lufthavn.**

- 4) I øvrigt frifindes Europa-Kommissionen i sag T-455/08.
- 5) Delstaterne Freistaat Sachsen og Sachsen-Anhalt bærer deres egne omkostninger og betaler Kommissionens omkostninger i sag T-443/08.
- 6) Mitteldeutsche Flughafen AG og Flughafen Leipzig-Halle GmbH bærer deres egne omkostninger.
- 7) Kommissionen bærer sine egne omkostninger i sag T-455/08.
- 8) Forbundsrepublikken Tyskland og Arbeitsgemeinschaft Deutscher Verkehrsflughäfen eV (ADV) bærer deres egne omkostninger i sagerne T-443/08 og T-455/08.

Martins Ribeiro

Papasavvas

Dittrich

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 24. marts 2011.

Underskrifter

Indhold

Sagens baggrund	II - 1321
Beslutning	II - 1324
De faktiske omstændigheder efter beslutningen	II - 1326
Retsforhandlinger	II - 1327
Parternes påstande	II - 1329
Formaliteten	II - 1330
Parternes argumenter	II - 1330
Rettens bemærkninger	II - 1334
Om realiteten	II - 1343
Det første anbringende om tilsidesættelse af artikel 87, stk. 1, EF	II - 1344
Parternes argumenter	II - 1344
Rettens bemærkninger	II - 1350
Det andet anbringende om, at FLH ikke kunne være modtager af statsstøtte	II - 1361
Parternes argumenter	II - 1361
Rettens bemærkninger	II - 1363
Det tredje anbringende om umuligheden af at kvalificere FLH både som giver og som modtager af statsstøtte	II - 1366
Parternes argumenter	II - 1366
Rettens bemærkninger	II - 1367

Det fjerde anbringende om tilsidesættelse af det principielle forbud mod at give retsregler tilbagevirkende kraft, retssikkerhedsprincippet, princippet om beskyttelsen af den berettigede forventning og lighedsprincippet	II - 1370
Parternes argumenter	II - 1370
Rettens bemærkninger	II - 1373
Det femte anbringende om tilsidesættelse af den primære ret med 2005-retningslinjerne	II - 1377
Parternes argumenter	II - 1377
Rettens bemærkninger	II - 1380
Det sjette anbringende vedrørende en procedurefejl	II - 1380
Parternes argumenter	II - 1380
Rettens bemærkninger	II - 1381
Det syvende anbringende om tilsidesættelse af den kompetencefordeling, der følger af EF-traktaten	II - 1384
Parternes argumenter	II - 1384
Rettens bemærkninger	II - 1386
Det ottende anbringende om den modsigende karakter og manglende begrundelse for beløbet for den påståede støtte	II - 1389
Parternes argumenter	II - 1389
Rettens bemærkninger	II - 1393
Sagens omkostninger	II - 1397