



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
G. PITRUZZELLA
van 11 maart 2021¹

Gevoegde zaken C-174/19 P en C-175/19 P

**Scandlines Danmark ApS,
Scandlines Deutschland GmbH (C-174/19 P)
Stena Line Scandinavia AB (C-175/19 P)
tegen**

Europese Commissie

„Hogere voorziening – Beroep tot nietigverklaring – Staatssteun –
Individuele steunmaatregelen – Overheidsfinanciering van de vaste spoorverbinding over de
Fehmarn Belt – Besluit waarbij na afloop van de inleidende onderzoeksfase wordt verklaard dat
een maatregel geen staatssteun vormt – Vereiste dat de mededinging kan worden vervalst –
Wettelijk monopolie – Incidentele hogere voorziening – Ontvankelijkheid”

1. De onderhavige conclusie betreft twee zaken waarin twee vrijwel identieke hogere voorzieningen aan de orde zijn die zijn ingesteld door twee zeevervoersondernemingen (Scandlines Danmark ApS en Scandlines Deutschland GmbH enerzijds, en Stena Line Scandinavia AB anderzijds; hierna: „rekwirantes”) die actief zijn op de Fehmarn Belt, een zee-engte tussen het Duitse eiland Fehmarn en het Deense eiland Lolland. De twee hogere voorzieningen (hierna: „principale hogere voorzieningen”) strekken tot vernietiging van twee eveneens vrijwel identieke arresten van het Gerecht van de Europese Unie² houdende gedeeltelijke verwerping van de door rekwirantes ingestelde beroepen tot nietigverklaring van het besluit waarbij de Europese Commissie na afloop van de inleidende onderzoeksfase heeft besloten om geen bezwaar te maken tegen de door het Koninkrijk Denemarken vastgestelde maatregelen voor een project betreffende een vaste verbinding over de Fehmarn Belt (hierna: „litigieus besluit”)³.

2. In beide zaken heeft de Commissie een incidentele hogere voorziening ingesteld (hierna: „incidentele hogere voorzieningen”) waarmee zij betwist dat de door rekwirantes bij het Gerecht ingestelde beroepen ontvankelijk waren.

¹ Oorspronkelijke taal: Italiaans.

² Arresten van 13 december 2018, Scandlines Danmark en Scandlines Deutschland/Commissie (T-630/15, niet gepubliceerd, EU:T:2018:942; hierna: „eerste bestreden arrest”), en Stena Line Scandinavia/Commissie (T-631/15, niet gepubliceerd, EU:T:2018:944; hierna: „tweede bestreden arrest”). In het vervolg verwijs ik naar de twee arresten samen als de „bestreden arresten”.

³ Besluit C(2015) 5023 final van de Commissie van 23 juli 2015 inzake staatssteun SA.39078 (2014/N) (Denemarken) tot financiering van de vaste verbinding over de Fehmarn Belt (PB 2015, C 325, blz. 5).

3. De onderhavige zaken zijn niet alleen belangrijk wegens de grote omvang van het project voor de Fehmarn Belt dat het voorwerp van het litigieuze besluit is, maar bieden het Hof ook de gelegenheid om indicaties te geven ten aanzien van de voorwaarde, waaraan moet zijn voldaan om een nationale maatregel als staatssteun te kunnen aanmerken, dat deze maatregel de mededinging kan verstoren, met name met betrekking tot een situatie waarin er sprake is van een wettelijk monopolie. De onderhavige zaken roepen, wat het gedeelte over de incidentele hogere voorzieningen betreft, eveneens interessante vragen op over de ontvankelijkheid van dit soort hogere voorzieningen.

I. Voorgeschiedenis

4. De voorgeschiedenis van de onderhavige gedingen is uiteengezet in de bestreden arresten, waarnaar ik voor meer bijzonderheden verwijs.⁴ Ten behoeve van de onderhavige procedures breng ik uitsluitend het volgende in herinnering.

A. Project voor een verbinding over de Fehmarn Belt

5. De Bondsrepubliek Duitsland en het Koninkrijk Denemarken hebben in 2008 een internationaal verdrag gesloten waarbij zij het project voor een verbinding over de Fehmarn Belt (hierna: „project”) hebben goedgekeurd.

6. Het project bestaat uit twee delen: een onderwatertunnel tussen de kusten (*coast-to-coast*) die de plaats Rødby op het eiland Lolland met de plaats Puttgarden op het eiland Fehmarn verbindt door middel van een geëlektrificeerde spoorweg en een autosnelweg (hierna: „vaste verbinding”), en weg- en spoorwegverbindingen met het Deense achterland (hierna: „verbindingen met het achterland”).

7. In het bijzonder bestaan de werken voor de verbindingen met het achterland via het spoor (hierna: „spoorverbindingen met het achterland”) in de uitbreiding en verbetering van de bestaande spoorverbinding tussen Ringsted en Rødby – een traject van ongeveer 120 km – die toebehoort aan Banedanmark, de publieke exploitant van de openbare spoorweginfrastructuur in Denemarken.⁵

8. Overeenkomstig het internationale verdrag en een Deense wet uit 2015 inzake de bouw en het beheer van de vaste verbinding en de verbindingen met het achterland⁶ zijn twee Deense overheidsondernemingen belast met de uitvoering van het project. De eerste, A/S Femern, is

⁴ Zie de punten 2-22 van beide bestreden arresten. Zie voor nadere details de overwegingen 4-28 van het litigieuze besluit.

⁵ Meer in het bijzonder ziet het project erop dat de huidige enkelspoorverbinding tussen de steden Vordingborg en Rødby wordt omgezet in een dubbelspoorverbinding, en dat het spoortraject tussen Ringsted en Rødby wordt geëlektrificeerd en voorzien van nieuwe systemen voor seingeving (zie overweging 5 van het litigieuze besluit). Wegverbindingen met het achterland zijn in de onderhavige zaken niet aan de orde.

⁶ Lov n° 575 om anlæg og drift af en fast forbindelse over Femern Bælt med tilhørende landanlæg i Danmark (wet nr. 575 betreffende de bouw en de exploitatie van de vaste verbinding over de Fehmarn Belt en de verbindingen met het Deense achterland) van 4 mei 2015 (hierna: „bouwwet”).

belast met de financiering, de bouw en de exploitatie⁷ van de vaste verbinding, terwijl de tweede, A/S Femern Landanlæg, is belast met de financiering, de bouw en de exploitatie van de verbindingen met het achterland. Femern is een dochteronderneming van Femern Landanlæg, die op haar beurt weer een dochteronderneming is van een vennootschap die in handen van de Deense Staat is.

9. Wat specifiek de spoorverbindingen met het achterland betreft⁸, zal Femern Landanlæg verantwoordelijk zijn voor de bouw en het beheer daarvan, met inbegrip van het onderhoud. De werkzaamheden ter verbetering van deze verbindingen zullen worden verricht door Banedanmark, die zal worden belast met de exploitatie van die verbindingen onder dezelfde voorwaarden als die welke van toepassing zijn op de andere delen van het Deense openbare spoorwegsysteem.⁹ Na de voltooiing van het project zal de eigendom van de spoorverbindingen met het achterland worden verdeeld tussen Banedanmark (20 %) en Femern Landanlæg (80 %). Banedanmark zal de kosten voor de exploitatie van de spoorverbindingen met het achterland dragen, terwijl de kosten voor het onderhoud daarvan tussen Femern Landanlæg en Banedanmark zullen worden verdeeld naar evenredigheid van hun aandeel in de eigendom.

10. Het project wordt gefinancierd door Femern en Femern Landanlæg. Met betrekking daartoe hebben de Deense autoriteiten maatregelen vastgesteld die een kapitaalinbreng in Femern alsmede staatsgaranties en staatsleningen ten behoeve van Femern en Femern Landanlæg omvatten. Meer bepaald worden de planning, de bouw en de exploitatie van zowel de vaste verbinding als de verbindingen met het achterland gefinancierd door middel van op internationale financiële markten verkregen leningen met een staatsgarantie van de Deense Staat of, als alternatief, door middel van subleningen van de Deense nationale bank.

11. Femern zal de door de gebruikers van de vaste verbinding betaalde vergoedingen innen om haar schuld af te betalen, en aan Femern Landanlæg dividenden betalen die laatstgenoemde zal gebruiken om haar eigen schuld af te betalen. Femern Landanlæg ontvangt meer dan 80 % van de vergoedingen die de spoorwegmaatschappijen betalen voor het gebruik van de spoorverbindingen met het achterland, die door Banedanmark worden geïnd naar evenredigheid van de verdeling van de eigendom van die infrastructuur tussen Femern Landanlæg en Banedanmark.

⁷ Wat de terminologie betreft moet meteen worden verduidelijkt dat, zoals het Gerecht in punt 100 van het eerste bestreden arrest en in punt 75 van het tweede bestreden arrest heeft opgemerkt, in de onderhavige zaken onder de term „exploitatie” (in het Engels „operation”, in het Frans „exploitation”) van de spoorweginfrastructuur wordt verstaan dat deze infrastructuur, tegen betaling, ter beschikking wordt gesteld aan ondernemingen die spoorvervoersdiensten verlenen, terwijl onder het begrip „beheer” (in het Engels „management”, in het Frans „gestion”) de bouw en het onderhoud van de fysieke infrastructuur wordt verstaan. Zoals blijkt uit de punten 99-107 van het eerste bestreden arrest en de punten 74-82 van het tweede bestreden arrest komt de betekenis van die termen niet noodzakelijkerwijs overeen met die in richtlijn 2012/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte (PB 2012, L 343, blz. 32, in de oorspronkelijke versie ervan, zonder rekening te houden met latere wijzigingen, zoals van toepassing op het moment van vaststelling van het litigieuze besluit).

⁸ De wegverbindingen zullen rechtstreeks door de Deense Staat worden aangelegd en kosteloos aan alle gebruikers ter beschikking worden gesteld (zie punt 9 van de bestreden arresten).

⁹ Blijkens overweging 53 van het litigieuze besluit omvat de exploitatie van de infrastructuur tevens het beheer van de capaciteit, de toewijzing van de slots in de spoorweginfrastructuur en de inning van de betalingen van de spoorwegmaatschappijen die de lijnen gebruiken.

B. Litigieus besluit

12. Na een aantal klachten te hebben ontvangen over de verenigbaarheid met het Unierecht op het gebied van staatssteun van de maatregelen die de Deense autoriteiten met betrekking tot het project hadden vastgesteld, en nadat deze maatregelen overeenkomstig artikel 108, lid 3, VWEU door deze autoriteiten waren aangemeld, heeft de Commissie op 23 juli 2015 het litigieuze besluit vastgesteld.

13. Het litigieuze besluit valt uiteen in twee onderdelen.

14. In het eerste onderdeel heeft de Commissie besloten dat de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen ter financiering van de planning, de bouw en de exploitatie van de verbindingen met het achterland geen staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU vormen.¹⁰

15. Specifiek ten aanzien van de spoorwegverbindingen met het achterland heeft de Commissie in dat besluit vastgesteld dat het nationale spoorwegnet in Denemarken wordt geëxploiteerd en beheerd in een markt die niet openstaat voor mededinging. Meer bepaald heeft de Commissie overwogen, na te hebben opgemerkt dat Banedanmark zou worden belast met de verbetering en de exploitatie van die verbindingen onder dezelfde voorwaarden als die welke van toepassing zijn op de andere delen van het Deense openbare spoorwegsysteem, dat gezien de aard van de nationale spoorweginfrastructuur in Denemarken geen mededinging bestaat *op* of *om* de markt voor de exploitatie en het beheer van het nationale spoorwegnet.¹¹ Daarnaast heeft de Commissie overwogen dat aangezien de exploitatie en het beheer van het betrokken nationale spoornet worden verricht in een nationale, afzonderlijke en geografisch gesloten markt, de aan Femern Landanlæg verleende financiële steun niet van invloed kan zijn op het handelsverkeer tussen de lidstaten.¹²

16. In het tweede deel van het litigieuze besluit¹³, inzake de aan Femern toegekende maatregelen ter financiering van de planning, de bouw en de exploitatie van de vaste verbinding, is de Commissie tot de slotsom gekomen dat ook indien deze maatregelen als staatssteun werden aangemerkt, de overheidsfinanciering aan Femern hoe dan ook verenigbaar is met de interne markt in de zin van artikel 107, lid 3, onder b), VWEU.

II. Procedure bij het Gerecht en de bestreden arresten

17. Bij verzoekschriften, neergelegd ter griffie van het Gerecht op respectievelijk 10 en 11 november 2015, hebben rekwirantes bij het Gerecht twee afzonderlijke beroepen tot nietigverklaring van het litigieuze besluit ingesteld, die zijn geregistreerd onder de nummers T-630/15 en T-631/15.

18. Tijdens de procedures bij het Gerecht hebben Naturschutzbund Deutschland eV (hierna: „NABU”), Föreningen Svensk Sjöfart (hierna: „FSS”) geïntervenieerd aan de zijde van rekwirantes. Het Koninkrijk Denemarken heeft geïntervenieerd aan de zijde van de Commissie.

19. Bij de bestreden arresten heeft het Gerecht het litigieuze besluit gedeeltelijk nietig verklaard.

¹⁰ Overwegingen 50-57 van het litigieuze besluit.

¹¹ Zie de overwegingen 53-55 van het litigieuze besluit en punt 19 van de bestreden arresten.

¹² Zie overweging 55 van het litigieuze besluit en punt 19 van de bestreden arresten.

¹³ Overwegingen 58-124 van het litigieuze besluit.

20. In de eerste plaats heeft het de door rekwirantes aangevoerde middelen met betrekking tot het deel van het litigieuze besluit betreffende de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen ter financiering van de planning, de bouw en de exploitatie van de spoorverbindingen met het achterland, ongegrond verklaard.¹⁴

21. Het Gerecht heeft de beroepen van rekwirantes daarentegen toegewezen voor zover zij betrekking hadden op de analyse van de aan Femern verleende overheidsfinanciering voor het deel van het project betreffende de vaste verbinding, door te oordelen dat de Commissie de op haar rustende en uit artikel 108, lid 2, VWEU voortvloeiende verplichting niet was nagekomen om, aangezien er sprake was van ernstige moeilijkheden, een formele onderzoeksprocedure in te leiden.¹⁵

22. Nadat de bestreden arresten waren geweest, heeft de Commissie een formele onderzoeksprocedure overeenkomstig artikel 108, lid 2, VWEU ingeleid, en een nieuw besluit vastgesteld. Tegen dit besluit zijn drie beroepen tot nietigverklaring ingesteld, die momenteel bij het Gerecht aanhangig zijn.¹⁶

III. Procedure bij het Hof en conclusies van partijen

23. Met de principale hogere voorzieningen verzoeken Scandlines Danmark en Scandlines Deutschland in zaak C-174/19 P enerzijds, en Stena Line Scandinavia in zaak C-175/19 P anderzijds, het Hof in essentie om, in de eerste plaats, respectievelijk het eerste en het tweede bestreden arrest te vernietigen voor zover het Gerecht de middelen die zij daarin hadden aangevoerd heeft afgewezen, en in de tweede plaats, de Commissie te verwijzen in de kosten. Rekwirantes verzoeken eveneens om de door de Commissie ingestelde incidentele hogere voorzieningen af te wijzen en haar te verwijzen in de kosten.

24. De Commissie verzoekt het Hof om de principale hogere voorzieningen af te wijzen en rekwirantes te verwijzen in de kosten. Daarnaast verzoekt zij het Hof met haar incidentele hogere voorzieningen ten eerste om nietigverklaring van de stilzwijgende beslissing waarbij het Gerecht de beroepen van rekwirantes, voor zover zij de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen betroffen, ontvankelijk heeft verklaard. Ten tweede verzoekt zij het Hof om het beroep niet-ontvankelijk te verklaren voor zover dat op deze maatregelen betrekking heeft, en ten derde om rekwirantes te verwijzen in de kosten van de procedures bij het Gerecht en bij het Hof.

25. Het Koninkrijk Denemarken verzoekt het Hof om de principale hogere voorzieningen van rekwirantes af te wijzen en de door de Commissie ingestelde incidentele hogere voorzieningen toe te wijzen.

26. De conclusies van NABU en FSS, die in de procedure bij het Gerecht hebben geïntervenieerd aan de zijde van rekwirantes, komen in wezen overeen met de door rekwirantes ingediende conclusies.

¹⁴ Zie de punten 78-134 van de bestreden arresten.

¹⁵ Zie de punten 135-280 van de bestreden arresten.

¹⁶ Besluit (EU) 2020/1472 van de Commissie van 20 maart 2020 betreffende de steunmaatregel SA.39078 (2019/C) (ex 2014/N) ten uitvoer gelegd door Denemarken ten gunste van Femern A/S (PB 2020, L 339, blz. 1). Bij dit besluit heeft de Commissie verklaard dat een aantal van de aan Femern toegekende maatregelen geen staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU vormen, en dat andere maatregelen wel staatssteun in de zin van die bepaling vormen, doch verenigbaar zijn met de interne markt op grond van artikel 107, lid 3, onder b), VWEU (zie de artikelen 1 en 2 van het besluit). Tegen dit besluit is beroep ingesteld in de zaken T-364/20, Denemarken/Commissie; T-390/20, Scandlines Danmark en Scandlines Deutschland/Commissie, en T-391/20, Stena Line Scandinavia/Commissie.

27. Bij beschikking van de president van het Hof van 22 oktober 2019 zijn Rederi AB Nordö-Link (hierna: „Rederi”), Trelleborg Hamn AB (hierna: „Trelleborg”) en Aktionsbündnis gegen eine feste Fehmarnbeltquerung eV (hierna: „Aktionsbündnis”) in zowel zaak C-174/19 P als in zaak C-175/19 toegelaten tot interventie aan de zijde van rekwirantes. Hun conclusies komen in wezen overeen met de door rekwirantes ingediende conclusies.

IV. Analyse

28. In hun – inhoudelijk vrijwel identieke – principale hogere voorzieningen voeren rekwirantes zeven middelen aan.

29. De eerste twee middelen hebben betrekking op de onderdelen van de bestreden arresten waarin de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen betreffende de spoorverbindingen met het achterland worden geanalyseerd. Met die middelen voeren rekwirantes aan dat het Gerecht, in strijd met artikel 107, lid 1, en artikel 108, lid 2, VWEU, blijkt heeft gegeven van onjuiste rechtsopvattingen door te oordelen dat de Commissie geen fouten had gemaakt en geen ernstige moeilijkheden had ondervonden bij haar vaststelling dat deze maatregelen geen staatssteun vormden aangezien zij niet tot vervalsing van de mededinging konden leiden (eerste middel) en niet van invloed konden zijn op het handelsverkeer tussen de lidstaten (tweede middel).

30. De overige vijf door rekwirantes aangevoerde middelen in hogere voorziening betreffen daarentegen de delen van de bestreden arresten die betrekking hebben op de analyse van de aan Femern toegekende maatregelen betreffende de vaste verbinding.

31. In haar – inhoudelijk identieke – incidentele hogere voorzieningen voert de Commissie één middel aan, waarmee zij stelt dat rekwirantes geen procesbevoegdheid hadden om bij het Gerecht beroep in te stellen tegen het litigieuze besluit voor zover dat betrekking heeft op de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen.

32. Overeenkomstig het verzoek van het Hof zal ik mijn analyse toespitsen op de incidentele hogere voorzieningen en de eerste twee middelen van de principale hogere voorzieningen.

A. Incidentele hogere voorzieningen

1. Argumenten van partijen

33. Met haar incidentele hogere voorzieningen betwist de Commissie, daarin ondersteund door het Koninkrijk Denemarken, de stilzwijgende beslissingen die het Gerecht volgens haar in de bestreden arresten heeft genomen ten aanzien van de ontvankelijkheid van de beroepen van rekwirantes voor zover deze betrekking hadden op het deel van het litigieuze besluit dat de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen betreft.

34. Om te beginnen voert de Commissie aan dat haar incidentele hogere voorzieningen ontvankelijk zijn. Zij erkent dat, volgens de rechtspraak die is terug te voeren op het arrest van 26 februari 2002, Raad/Boehringer (C-23/00 P, EU:C:2002:118; hierna: „arrest Boehringer”), tegen een beslissing van het Gerecht waarbij een exceptie van niet-ontvankelijkheid met de zaak ten gronde wordt gevoegd zonder een uitspraak te doen over deze exceptie, geen hogere

voorziening kan worden ingediend. Volgens de Commissie is deze rechtspraak echter uitsluitend van toepassing op principale hogere voorzieningen, en niet op incidentele hogere voorzieningen, die thans worden geregeld door artikel 178, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering. Volgens deze bepaling kan namelijk een hogere voorziening worden ingesteld tegen een stilzwijgende beslissing over de ontvankelijkheid van een bij het Gerecht ingesteld beroep.

35. Ten gronde voert de Commissie in haar incidentele hogere voorzieningen aan dat de door rekwirantes bij het Gerecht ingestelde beroepen niet-ontvankelijk waren voor zover zij betrekking hadden op de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen, aangezien rekwirantes niet individueel door deze maatregelen werden geraakt. Rekwirantes hebben namelijk niet aangetoond, zoals de rechtspraak vereist, dat het betrokken deel van het litigieuze besluit hen individueel raakt, en met name dat hun marktpositie door dat deel van het litigieuze besluit ernstig wordt aangetast. Om dezelfde redenen kunnen rekwirantes niet de procedurele rechten invoeren die artikel 108, lid 2, VWEU aan belanghebbenden garandeert, aangezien zij met betrekking tot de maatregelen betreffende de spoorverbinding met het achterland niet als zodanig kunnen worden aangemerkt.

36. Rekwirantes, ondersteund door FSS en NABU, werpen de exceptie op dat de incidentele hogere voorzieningen van de Commissie niet-ontvankelijk zijn en stellen dat zij in elk geval ongegrond zijn.

2. Beoordeling

a) Ontvankelijkheid van de incidentele hogere voorzieningen

37. De incidentele hogere voorzieningen van de Commissie zijn gericht tegen de stilzwijgende beslissingen die het Gerecht volgens haar in de bestreden arresten heeft genomen ten aanzien van de ontvankelijkheid van de onderdelen van het beroep van rekwirantes die betrekking hadden op de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen.

38. Vooreerst moet worden nagegaan of de incidentele hogere voorzieningen van de Commissie ontvankelijk zijn.

39. Uit de bestreden arresten blijkt dat het Koninkrijk Denemarken voor het Gerecht vraagtekens heeft gezet bij de ontvankelijkheid van de door rekwirantes ingestelde beroepen voor zover deze betrekking hadden op aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen, omdat zij geen individueel belang hadden bij de bestrijding van het deel van het litigieuze besluit dat op deze maatregelen betrekking heeft.¹⁷

40. In de bestreden arresten heeft het Gerecht het door het Koninkrijk Denemarken aangevoerde punt over de ontvankelijkheid evenwel niet geanalyseerd. Het Gerecht heeft verklaard – overigens zonder uitdrukkelijk te verwijzen naar de rechtspraak die is terug te voeren tot het voornoemde arrest Boehringer – dat „in de eerste plaats de door verzoeksters aangevoerde argumenten [moeten] worden onderzocht”¹⁸, en heeft deze argumenten vervolgens ten gronde afgewezen.

¹⁷ Zie punt 80 van het eerste bestreden arrest en punt 55 van het tweede bestreden arrest.

¹⁸ Zie punt 81 van het eerste bestreden arrest en punt 56 van het tweede bestreden arrest.

41. Volgens de Commissie heeft het Gerecht aldus een stilzwijgende beslissing genomen over de ontvankelijkheid van de beroepen van rekwirantes betreffende het deel van het litigieuze besluit dat betrekking heeft op de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen. Zij stelt dat op grond van artikel 178, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering een incidentele hogere voorziening tegen deze stilzwijgende beslissing kan worden ingesteld.

42. Ik herinner eraan dat volgens die bepaling de conclusies van de incidentele hogere voorziening kunnen strekken tot vernietiging van een uitdrukkelijke of stilzwijgende beslissing betreffende de ontvankelijkheid van het beroep voor het Gerecht.

43. In de onderhavige zaak heeft het Gerecht evenwel besloten – net als in de zaak die tot het arrest Boehringer heeft geleid, en zoals de Commissie overigens zelf erkent – de middelen die rekwirantes hadden aangevoerd tegen het onderdeel van het besluit dat betrekking heeft op de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen, ten gronde af te wijzen, zonder uitspraak te doen over de ontvankelijkheid van dat onderdeel van het beroep. Met andere woorden, net als in het arrest Boehringer heeft het Gerecht het in de bestreden arresten om redenen van proceseconomie gerechtvaardigd geacht ten gronde uitspraak te doen zonder uitspraak te doen over de ontvankelijkheid.

44. Uit het arrest Boehringer¹⁹ blijkt dat indien het volgens het Gerecht in het belang van een goede rechtsbedeling is geen uitspraak te doen over de exceptie van niet-ontvankelijkheid omdat de vorderingen hoe dan ook ten gronde moeten worden afgewezen, het Gerecht geen enkele – uitdrukkelijke dan wel stilzwijgende – beslissing neemt die een einde maakt aan het procesincident ter zake van niet-ontvankelijkheid. Hieruit volgt dat een beroep dat ertoe strekt een dergelijke beslissing te betwisten niet-ontvankelijk moet worden geacht, aangezien er geen enkele voor hogere voorziening vatbare beslissing van het Gerecht is.²⁰

45. Hieruit volgt dat, aangezien het Gerecht in de onderhavige zaak geen enkele – ook geen stilzwijgende – voor hogere voorziening vatbare beslissing heeft genomen over de ontvankelijkheid van de beroepen, dienaangaande geen principale noch incidentele hogere voorziening kan worden ingesteld. De verwijzing van de Commissie naar artikel 178, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering kan de ontvankelijkheid van de incidentele hogere voorziening dus niet rechtvaardigen.

46. Uit de bovenstaande overwegingen volgt mijns inziens dat de incidentele hogere voorzieningen van de Commissie niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.

47. Daarnaast moet overigens nog in herinnering worden gebracht dat het Hof, indien daarbij een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie aanhangig is, volgens vaste rechtspraak inderdaad gehouden is om, desnoods ambtshalve, te oordelen over de ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring en, derhalve, over het middel van openbare orde met betrekking tot schending van de in artikel 263, vierde alinea,

¹⁹ Zoals ik onlangs reeds heb kunnen opmerken (zie voetnoot 114 van mijn conclusie van 21 januari 2021 in de gevoegde zaken World Duty Free Group/Commissie (C-51/19 P en C-64/19 P, EU:C:2021:51), wordt de uit het arrest Boehringer voortvloeiende rechtspraak, hoewel meerdere advocaten-generaal er kritiek op hebben, nog steeds toegepast door zowel het Gerecht als het Hof (zie voor een recente toepassing in het kader van een procedure in hogere voorziening het arrest van 21 december 2016, Club Hotel Loutraki e.a./Commissie, C-131/15 P, EU:C:2016:989, punt 68).

²⁰ Zie de punten 50-54 van het arrest Boehringer.

VWEU gestelde voorwaarde dat een verzoeker alleen de nietigverklaring van een beslissing die niet tot hem is gericht kan vorderen indien hij daardoor rechtstreeks en individueel wordt geraakt.²¹

48. Indien het Hof, anders dan ik in overweging geef, oordeelt dat de incidentele hogere voorzieningen ontvankelijk zijn, of hoe dan ook besluit ambtshalve de ontvankelijkheid te onderzoeken van de beroepen van rekwirantes voor het Gerecht voor zover zij betrekking hebben op de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen, zijn de volgende overwegingen mijns inziens relevant.

b) Procesbevoegdheid van rekwirantes voor het Gerecht ten aanzien van het litigieuze besluit voor zover dat betrekking heeft op de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen

49. In casu staat vast dat het deel van het litigieuze besluit dat betrekking heeft op de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen een na de inleidende onderzoeksfase vastgesteld besluit is²², waarin de Commissie tot de slotsom is gekomen dat de betrokken maatregelen geen staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU vormen, en bijgevolg heeft besloten geen formele onderzoeksprocedure in de zin van artikel 108, lid 2, VWEU in te leiden.²³ Dit besluit is gericht tot het Koninkrijk Denemarken.

50. Aangezien het litigieuze besluit geen regelgevingshandeling in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU vormt omdat het geen handeling van algemene strekking is²⁴, moet worden nagegaan of dit besluit rekwirantes rechtstreeks en individueel raakt als bedoeld in die bepaling.

51. In dit verband herinner ik eraan dat volgens vaste rechtspraak van het Hof, die teruggaat tot het bekende arrest van 15 juli 1963, Plaumann/Commissie²⁵, zij die niet de adressaten van een besluit zijn, slechts kunnen stellen dat zij individueel worden geraakt indien dit besluit hen betreft uit hoofde van bepaalde bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie die hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert en daardoor individualiseert op soortgelijke wijze als de adreessaat.²⁶

52. Uit de rechtspraak blijkt overigens dat op het gebied van staatssteun bij het bepalen van de procesbevoegdheid van een verzoeker die niet de adreessaat van het besluit is en die opkomt tegen een besluit van de Commissie om de in artikel 108, lid 2, VWEU bedoelde formele onderzoeksprocedure niet in te leiden, twee situaties moeten worden onderscheiden.

²¹ Zie arresten van 29 november 2007, Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a./Commissie (C-176/06 P, niet gepubliceerd, EU:C:2007:730, punt 18), en 29 juli 2019, Bayerische Motoren Werke en Freistaat Sachsen/Commissie (C-654/17 P, EU:C:2019:634, punt 44).

²² In het kader van de procedure van toezicht op steunmaatregelen in de zin van artikel 108 VWEU moet een onderscheid worden gemaakt tussen, enerzijds, de in lid 3 van dit artikel bedoelde inleidende fase van het onderzoek van steunmaatregelen, die er slechts toe dient de Commissie in staat te stellen zich een eerste oordeel te vormen over de gedeeltelijke of volledige verenigbaarheid van de betrokken steun, en, anderzijds, de onderzoeksfase van lid 2 van datzelfde artikel. Zie arrest van 17 september 2015, Mory e.a./Commissie (C-33/14 P, EU:C:2015:609, punt 94 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

²³ Volgens artikel 4, lid 2, van verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van [artikel 108 VWEU] (PB 1999, L 83, blz. 1), dat inmiddels is ingetrokken bij verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 [VWEU] (PB 2015, L 248, blz. 9). Zie met name overweging 57 en het eerste streepje van het dispositief van het litigieuze besluit.

²⁴ Zie dienaangaande arrest van 6 november 2018, Scuola Elementare Maria Montessori/Commissie, Commissie/Scuola Elementare Maria Montessori en Commissie/Ferracci (C-622/16 P–C-624/16 P, EU:C:2018:873, punten 29 e.v.).

²⁵ 25/62, EU:C:1963:17, blz. 232.

²⁶ Zie op het gebied van staatssteun bijvoorbeeld arrest van 17 september 2015, Mory e.a./Commissie (C-33/14 P, EU:C:2015:609, punt 93 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

53. Indien de verzoeker beroep heeft ingesteld om zijn aan artikel 108, lid 2, VWEU ontleende procedurele rechten te doen eerbiedigen, volstaat de loutere hoedanigheid van belanghebbende in de zin van die bepaling en artikel 1, onder h), van verordening nr. 659/1999 om hem op soortgelijke wijze als de adressaat van het bestreden besluit te individualiseren, met als gevolg dat een dergelijk beroep tot nietigverklaring ontvankelijk moet worden verklaard.²⁷

54. Indien de verzoeker daarentegen opkomt tegen de gegrondheid van een besluit op grond van artikel 108, lid 3, VWEU waarbij de steun wordt beoordeeld (of ook tegen een aan het einde van de formele onderzoeksprocedure vastgesteld besluit), kan het enkele feit dat hij als belanghebbende in de zin van artikel 108, lid 2, VWEU kan worden aangemerkt, niet volstaan om het beroep ontvankelijk te verklaren. Verzoeker moet dan een bijzondere status in de zin van het in punt 51 hierboven genoemde arrest Plaumann aantonen.²⁸

55. Zoals duidelijk blijkt uit de bestreden arresten²⁹, hebben rekwirantes in hun beroep voor het Gerecht de gegrondheid betwist van het deel van het litigieuze besluit dat betrekking heeft op de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen (in het kader van het eerste middel in beroep), en tevens aangevoerd dat er inbreuk was gemaakt op de procedurele rechten die zij ontleen aan artikel 108, lid 2, VWEU omdat de Commissie haar verplichting om de formele onderzoeksprocedure in te leiden niet was nagekomen (in het kader van het derde middel in beroep). Het Gerecht heeft evenwel besloten om deze middelen gezamenlijk te analyseren³⁰ en heeft die ten gronde afgewezen zonder de vraag over de ontvankelijkheid te behandelen, zoals in de punten 40 en 43 hierboven is vastgesteld.

56. In deze context moet om de ontvankelijkheid van de beroepen van rekwirantes te beoordelen in de eerste plaats worden nagegaan of zij procesbevoegdheid hebben – overeenkomstig het in punt 51 hierboven genoemde arrest Plaumann – om de gegrondheid te betwisten van het litigieuze besluit voor zover dat betrekking heeft op de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen. Mocht dat niet het geval zijn, dan moet in de tweede plaats worden nagegaan of zij op grond van de in punt 53 hierboven genoemde rechtspraak in elk geval als belanghebbenden procesbevoegdheid hebben om hun aan artikel 108, lid 2, VWEU ontleende procedurele rechten te doen eerbiedigen.

57. Wat in de eerste plaats de procesbevoegdheid van rekwirantes betreft om de gegrondheid te betwisten van het deel van het litigieuze besluit dat betrekking heeft op de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen, merk ik op dat zij voor het Gerecht ter staving van hun individuele belang om tegen het litigieuze besluit op te komen hebben aangevoerd dat zij als zeevervoersondernemingen concurrenten van de vaste verbinding zijn, en dat zij actief hebben deelgenomen aan de door de Commissie gevoerde inleidende onderzoeksprocedure. Zij hebben eveneens vermeld dat de uit de omstreden maatregelen voortvloeiende financieringen zijn gebruikt om spoorwegtoegangen (rails en station) te verwijderen uit havens waar treinpassagiers op veerboten kunnen overstappen. Voor het Hof voeren zij eveneens aan rechtstreekse concurrenten te zijn van het project als geheel.

²⁷ Zie in die zin arresten van 24 mei 2011, Commissie/Kronoply en Kronotex (C-83/09 P, EU:C:2011:341, punt 48), en 17 september 2015, Mory e.a./Commissie (C-33/14 P, EU:C:2015:609, punt 95 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie voor de toepasbaarheid van deze beginselen op krachtens artikel 4, lid 2, van verordening nr. 659/1999 vastgestelde besluiten, arrest van 17 juli 2008, Athinaïki Techniki/Commissie (C-521/06 P, EU:C:2008:422, punt 53).

²⁸ Zie bijvoorbeeld arrest van 17 september 2015, Mory e.a./Commissie (C-33/14 P, EU:C:2015:609, punt 97 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

²⁹ Zie punt 36 van het eerste bestreden arrest en punt 32 van het tweede bestreden arrest.

³⁰ Zie punt 39 van het eerste bestreden arrest en punt 33 van het tweede bestreden arrest.

58. In dit verband merk ik op dat in de vaste rechtspraak is erkend dat met het oog op de betwisting van de gegrondheid van een besluit van de Commissie waarin een steunmaatregel wordt beoordeeld, niet alleen de begunstigde onderneming individueel door dat besluit wordt geraakt, maar ook de hiermee concurrerende ondernemingen die in het kader van de betrokken procedure een actieve rol hebben gespeeld, voor zover hun marktpositie merkbaar wordt aangetast door de steunmaatregel waarop het betrokken besluit betrekking heeft.³¹

59. In de onderhavige zaak staat vast dat de begunstigde van de maatregelen die in de betrokken onderdelen van de beroepen zijn betwist Femern Landanlæg is, die – zoals blijkt uit punt 8 hierboven – is belast met de financiering, de bouw en de exploitatie van de verbindingen, waaronder de spoorverbindingen, met het achterland. Ook indien de markt voor de exploitatie en het beheer van de spoorweginfrastructuur, wat de spoorverbindingen met het achterland betreft, werd geacht voor mededinging open te staan – anders dan het Gerecht heeft geoordeeld in de bestreden arresten³² –, moet evenwel worden vastgesteld dat rekwirantes, als zeevervoersondernemingen die in de Fehmarn Belt werkzaam zijn, niet hebben aangetoond dat zij werkzaam zijn op een markt waarop Femern Landanlæg ook actief is, en dus evenmin dat zij haar concurrenten zijn.

60. In dit verband merk ik op dat de in de rechtspraak van het Hof gehanteerde benadering enigszins restrictief is. Het Hof heeft namelijk kunnen preciseren dat de enkele omstandigheid dat een handeling enige invloed kan uitoefenen op de concurrentieverhoudingen zoals die op de relevante markt bestaan en dat de betrokken onderneming op enigerlei wijze concurreert met de begunstigde van deze handeling, in elk geval niet volstaat om deze onderneming als individueel geraakt te kunnen beschouwen.³³

61. In deze optiek kan noch met het argument dat de uit de omstreden maatregelen voortvloeiende financiering wordt gebruikt voor de verwijdering van spoorwegtoegangen, noch met de in punt 57 hierboven genoemde argumenten betreffende het geïntegreerde karakter van het project, worden aangetoond dat rekwirantes en de begunstigde van de omstreden maatregelen, te weten Femern Landanlæg, rechtstreekse concurrenten zijn.

62. Wat voorts de actieve betrokkenheid bij de inleidende onderzoeksfase betreft, blijkt uit de rechtspraak dat betrokkenheid bij de procedure geen noodzakelijke voorwaarde is om aan te tonen dat een concurrent individueel wordt geraakt, maar in dit verband louter een „relevant element” vormt.³⁴

63. Uit de bovenstaande overwegingen volgt mijns inziens dat rekwirantes geen procesbevoegdheid hebben om de gegrondheid van het litigieuze besluit te betwisten voor zover dat betrekking heeft op de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen.

³¹ Deze rechtspraak gaat terug tot het arrest van 28 januari 1986, Cofaz e.a./Commissie (169/84, EU:C:1986:42, punt 25). Zie ook arrest van 17 september 2015, Mory e.a./Commissie (C-33/14 P, EU:C:2015:609, punt 97 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie voor een zeer recent volledig onderzoek van deze rechtspraak de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de zaak Deutsche Lufthansa/Commissie (C-453/19 P, EU:C:2020:862, punten 39 e.v.).

³² Zie dienaangaande punt 101 e.v. hieronder.

³³ Zie onder andere arrest van 22 december 2008, British Aggregates/Commissie (C-487/06 P, EU:C:2008:757, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

³⁴ Zie naar analogie arrest van 22 november 2007, Sniace/Commissie (C-260/05 P, EU:C:2007:700, punten 56 en 57), alsook punt 41 van de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de in punt 31 hierboven genoemde zaak Deutsche Lufthansa/Commissie.

64. In de tweede plaats moet evenwel nog worden nagegaan of zij eventueel procesbevoegdheid hebben om de procedurele rechten te beschermen die hun zouden kunnen toekomen in de hoedanigheid van „belanghebbenden” als bedoeld in de in punt 53 hierboven genoemde rechtspraak.

65. Dienaangaande herinner ik eraan dat artikel 1, onder h), van verordening nr. 659/1999, waarin in wezen de reeds in de rechtspraak van het Hof³⁵ ontwikkelde definitie is overgenomen, het begrip „belanghebbende” is gedefinieerd als „een persoon, onderneming of ondernemersvereniging waarvan de belangen door de toekenning van steun kunnen worden getroffen, in het bijzonder de begunstigde van de steun, concurrerende ondernemingen en beroepsverenigingen”.

66. Volgens vaste rechtspraak sluit deze definitie niet uit dat een onderneming die geen rechtstreekse concurrent van de begunstigde van de steun is, als belanghebbende wordt aangemerkt, voor zover zij aanvoert dat haar belangen door de steunverlening nadelig kunnen worden beïnvloed.³⁶ Terwijl een concurrerende onderneming van de begunstigde van een steunmaatregel onbetwistbaar behoort tot de „belanghebbenden” in de zin van artikel 108, lid 2, VWEU³⁷, kan een entiteit die niet met de begunstigde van de steun concurreert slechts worden aangemerkt als „belanghebbende” voor zover zij heeft aangevoerd dat haar belangen door de steunverlening kunnen worden beïnvloed, hetgeen volgens de rechtspraak veronderstelt dat de maatregel haar situatie concreet dreigt te beïnvloeden³⁸.

67. Zo heeft het Hof bijvoorbeeld erkend dat een onderneming die niet direct met de begunstigde van de steun concurreerde, maar voor haar productieproces wel dezelfde grondstof nodig had, als belanghebbende werd aangemerkt voor zover zij betoogde dat haar belangen door de steunverlening nadelig konden worden beïnvloed en rechtens genoegzaam aantoonde dat de steun haar situatie concreet dreigde te beïnvloeden.³⁹

68. In de onderhavige zaak wordt met de in punt 57 hierboven in herinnering gebrachte argumenten van rekwirantes weliswaar niet bewezen dat zij rechtstreeks met Femern Landanlæg concurreren, maar wordt wel rechtens genoegzaam aangetoond dat de belangen van rekwirantes door de aan Femern Landanlæg verleende steunmaatregelen nadelig kunnen worden beïnvloed en eveneens dat deze steunmaatregelen hun situatie concreet dreigen te beïnvloeden. Daarom rechtvaardigen deze argumenten mijns inziens dat rekwirantes als belanghebbenden worden aangemerkt.

69. Naar mijn mening volgt uit deze overwegingen dat rekwirantes, als belanghebbenden, procesbevoegdheid hebben om op te komen tegen het deel van het litigieuze besluit dat betrekking heeft op de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen, voor zover hun beroepen ertoe strekken hun aan artikel 108, lid 2, VWEU ontleende procedurele rechten te doen

³⁵ Zie arrest van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France (C-367/95 P, EU:C:1998:154, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

³⁶ Zie arrest van 27 oktober 2011, Austria/Scheucher-Fleisch e.a. (C-47/10 P, EU:C:2011:698, punt 132 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

³⁷ Arrest van 3 september 2020, Vereniging tot Behoud van Natuurmonumenten in Nederland e.a./Commissie (C-817/18 P, EU:C:2020:637, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

³⁸ Zie met name arresten van 24 mei 2011, Commissie/Kronoply en Kronotex (C-83/09 P, EU:C:2011:341, punt 65), en 27 oktober 2011, Austria/Scheucher-Fleisch e.a. (C-47/10 P, EU:C:2011:698, punt 132). Zie eveneens de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de zaak Vereniging tot Behoud van Natuurmonumenten in Nederland e.a./Commissie (C-817/18 P, EU:C:2020:255, punten 36 e.v. en aldaar aangehaalde rechtspraak).

³⁹ Zie arrest van 24 mei 2011, Commissie/Kronoply en Kronotex (C-83/09 P, EU:C:2011:341, punten 64 en 65).

eerbiedigen. Zij hebben daarentegen geen procesbevoegdheid om de gegrondheid van dit deel van het litigieuze besluit te betwisten. Zoals ik hieronder zal specificeren, zal ik met deze vaststellingen rekening houden bij de analyse van de principale hogere voorzieningen.

B. Eerste twee middelen van de principale hogere voorzieningen

1. Voorafgaande opmerkingen

70. In het kader van de eerste twee middelen van hun respectieve principale hogere voorzieningen voeren rekwirantes aan – daarin ondersteund door NABU, FSS, Rederi, Trelleborg en Aktionsbündnis – dat het Gerecht in de bestreden arresten, in strijd met artikel 107, lid 1, en artikel 108, lid 2, VWEU, blijk heeft gegeven van onjuiste rechtsopvattingen door te oordelen dat de Commissie geen fouten had gemaakt en geen ernstige moeilijkheden had ondervonden bij haar oordeel dat de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen niet tot vervalsing van de mededinging konden leiden en evenmin van invloed konden zijn op het handelsverkeer tussen de lidstaten, en dat deze maatregelen derhalve niet als staatssteun konden worden aangemerkt.

71. Vooraf moet ten eerste in herinnering worden gebracht dat volgens vaste rechtspraak voor de kwalificatie van een nationale maatregel als „staatssteun” niet hoeft te worden vastgesteld dat de betrokken steun het handelsverkeer tussen de lidstaten werkelijk heeft beïnvloed en de mededinging daadwerkelijk heeft vervalst, maar enkel dient te worden nagegaan of die steun dat handelsverkeer ongunstig kan beïnvloeden en de mededinging kan vervalsen.⁴⁰

72. Ten tweede blijkt uit de analyse in de punten 49 tot en met 69 hierboven dat rekwirantes uitsluitend procesbevoegdheid hebben om op te komen tegen het deel van het litigieuze besluit dat betrekking heeft op de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen voor zover hun beroepen ertoe strekken hun aan artikel 108, lid 2, VWEU ontleende procedurele rechten te doen eerbiedigen, maar niet om de gegrondheid van dat deel van het litigieuze besluit te betwisten.

73. Zoals blijkt uit punt 55 hierboven heeft het Gerecht, dat niet is ingegaan op het vraagstuk inzake de ontvankelijkheid van de beroepen, de middelen betreffende de schending van de procedurele rechten en de gegrondheid van het betrokken deel van het litigieuze besluit gezamenlijk behandeld. Deze keuze van het Gerecht heeft rekwirantes ertoe gebracht in hun hogere voorzieningen de analyse van beide aspecten aan te vechten.

74. In dit verband moet evenwel worden opgemerkt dat volgens vaste rechtspraak een verzoeker die de nietigverklaring vordert van een besluit om geen bezwaar te maken, in wezen opkomt tegen het feit dat de Commissie het besluit over de steun in kwestie heeft vastgesteld zonder de formele onderzoeksprocedure in te leiden, waardoor zij de procedurele rechten van de verzoeker heeft geschonden. Om de toewijzing van zijn verzoek tot nietigverklaring te verkrijgen, kan de verzoeker elk middel aanvoeren waarmee aannemelijk kan worden gemaakt dat de beoordeling van de gegevens en elementen waarover de Commissie tijdens de inleidende fase van het onderzoek van de aangemelde maatregel beschikte, bij haar twijfel over de verenigbaarheid van die maatregel met de interne markt had moeten oproepen. Het gebruik van dergelijke argumenten mag evenwel niet leiden tot wijziging van het voorwerp van het beroep of van de

⁴⁰ Zie bijvoorbeeld arrest van 27 juni 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, punt 78 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

voorwaarden voor de ontvankelijkheid ervan. Integendeel, opdat wordt aangetoond dat de Commissie verplicht was om de formele onderzoeksprocedure van artikel 108, lid 2, VWEU in te leiden, dient juist het bewijs te worden geleverd dat er twijfel bestond over die verenigbaarheid.⁴¹

75. Het Hof heeft voorts verduidelijkt dat de rechtmatigheid van een besluit om geen bezwaar te maken afhangt van het antwoord op de vraag of de beoordeling van de gegevens en de elementen waarover de Commissie tijdens de inleidende onderzoeksfase van de aangemelde maatregel beschikte, objectief gezien twijfel had moeten doen rijzen over de verenigbaarheid van deze maatregel met de interne markt, aangezien bij twijfel in die zin een formele onderzoeksprocedure moet worden ingeleid, waaraan de in artikel 1, onder h), van die verordening bedoelde belanghebbenden kunnen deelnemen. Dezelfde beginselen zijn ook van toepassing wanneer de Commissie twijfels heeft over de kwaliteit van de steun zelf in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, van de onderzochte maatregel.⁴²

76. In deze context blijkt uit de rechtspraak dat het criterium inzake ernstige moeilijkheden een objectief criterium is, zodat de vraag of dergelijke moeilijkheden zich hebben voorgedaan niet alleen moet worden beantwoord tegen de achtergrond van de omstandigheden waarin het besluit van de Commissie na het eerste onderzoek is vastgesteld, maar ook tegen de achtergrond van de beoordelingen waarop de Commissie zich heeft gebaseerd.⁴³

77. Uit het bovenstaande volgt dat, gelet op mijn vaststelling in de punten 69 en 72 hierboven, de eerste twee middelen van de respectieve principale hogere voorzieningen – waarin rekwirantes aanvoeren dat het Gerecht ook blijk heeft gegeven van onjuiste rechtsopvattingen met betrekking tot de schending van hun aan artikel 108, lid 2, VWEU ontleende procedurele rechten – uitsluitend vanuit dit gezichtspunt moeten worden geanalyseerd. De middelen die ertoe strekken de analyse van het Gerecht met betrekking tot de gegrondheid van dit deel van het litigieuze besluit in twijfel te trekken, zijn daarentegen niet-ontvankelijk. Tegen de achtergrond van de in de punten 74 tot en met 76 hierboven genoemde rechtspraak kan en moet het onderzoek dat het Gerecht heeft verricht met betrekking tot de beoordelingen waarop de Commissie haar litigieuze besluit had gebaseerd evenwel worden geanalyseerd teneinde na te gaan of deze beoordelingen de vaststelling rechtvaardigden dat er zich geen ernstige moeilijkheden hadden voorgedaan bij de beoordeling of de onderzochte maatregelen konden worden aangemerkt als steun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

2. Eerste middel: het Gerecht heeft blijk gegeven van onjuiste rechtsopvattingen bij het onderzoek of de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen de mededinging kunnen vervalsen

78. Het eerste middel dat elk van de rekwirantes heeft aangevoerd, is gericht tegen respectievelijk de punten 87 tot en met 127 van het eerste bestreden arrest en de punten 62 tot en met 102 van het tweede bestreden arrest, en valt uiteen in vier onderdelen die overeenkomen met vier onjuiste rechtsopvattingen waarvan het Gerecht volgens hen blijk heeft gegeven.

⁴¹ Zie in die zin arrest van 3 september 2020, Vereniging tot Behoud van Natuurmonumenten in Nederland e.a./Commissie (C-817/18 P, EU:C:2020:637, punt 81 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁴² Arrest van 21 december 2016, Club Hotel Loutraki e.a./Commissie (C-131/15 P, EU:C:2016:989, punten 32 en 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁴³ Arrest van 21 december 2016, Club Hotel Loutraki e.a./Commissie (C-131/15 P, EU:C:2016:989, punt 31).

a) Eerste onderdeel van de respectieve eerste middelen, inzake de geïntegreerde aard van het project

1) Samenvatting van de argumenten van partijen

79. In het eerste onderdeel van het eerste middel van hun respectieve hogere voorzieningen betwisten rekwirantes, daarin ondersteund door de aan hun zijde interveniërende partijen, het deel van de bestreden arresten⁴⁴ waarin het Gerecht hun argument heeft afgewezen dat, aangezien de vaste verbinding en de verbindingen met het achterland één geïntegreerd project vormen en aangezien de maatregelen die aan Femern voor de vaste verbinding zijn toegekend volgens de Commissie de mededinging konden vervalsen, ook de maatregelen die aan Femern Landanlæg voor de spoorverbindingen met het achterland zijn toegekend moeten worden geacht de mededinging te kunnen vervalsen.

80. Onder verwijzing naar het arrest van 16 mei 2013, Commissie/Ryanair (C-615/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:310)⁴⁵, voeren rekwirantes aan dat het uitgangspunt van de redenering van het Gerecht, te weten dat de activiteiten van Femern Landanlæg beperkt blijven tot het beheer van de verbindingen met het achterland en niet tevens de verlening van vervoersdiensten over de Fehmarn Belt omvatten, berust op een onjuiste juridische kwalificatie van de feiten. Uit de aard en de doelen van het project blijkt namelijk dat de vaste verbinding en de verbindingen met het achterland deel uitmaken van één geïntegreerd project, en dat de verbindingen met het achterland worden aangelegd met het doel vervoersdiensten over de Fehmarn Belt te verlenen. Vanuit financieel oogpunt wordt niet betwist dat de tol die voor de vaste verbinding wordt betaald ook de kosten voor de verbindingen met het achterland zal dekken, aangezien Femern dividenden moet betalen aan Femern Landanlæg. Vanuit praktisch oogpunt is de vaste verbinding afhankelijk van de verbindingen met het achterland en zou Femern zonder die verbindingen niet in staat zijn vervoersdiensten te verlenen. Vice versa zouden de verbindingen met het achterland bovendien niet bestaan indien er geen vaste verbinding was. De voor de verbindingen met het achterland toegekende maatregelen zijn dus maatregelen die noodzakelijk zijn voor de vaste verbinding. Hieruit volgt dat indien de aan Femern verleende maatregelen de mededinging kunnen vervalsen, datzelfde geldt voor de aan Femern Landanlæg verleende maatregelen. Daarnaast heeft het Gerecht duidelijk blijk gegeven van een onjuiste opvatting door te oordelen dat de twee maatregelen verschillende doelen hebben.⁴⁶ Zij hebben namelijk hetzelfde doel: Femern in staat stellen vervoersdiensten over de Fehmarn Belt te verlenen.

81. NABU, FSS en Aktionsbündnis voegen daaraan toe dat het onrechtmatig zou zijn om één project kunstmatig in meerdere delen op te splitsen om te voorkomen dat het, indien het als één geheel wordt beoordeeld, als staatssteun wordt aangemerkt. Daarnaast wijst NABU erop dat de vaste verbinding en de verbindingen met het achterland als één project moeten worden beschouwd, niet alleen wegens de economische kenmerken ervan, maar ook wegens de milieukenmerken. Rederi en Aktionsbündnis wijzen erop dat de spoorverbindingen met het achterland essentiële infrastructuur vormen om de spoorvervoersdienst over de Fehmarn Belt te kunnen garanderen, en dat de bouw daarvan helpt de concurrentiepositie van Femern te verbeteren. Hieruit volgt dat de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen duidelijk van invloed zijn op de markt voor vervoersdiensten over de Fehmarn Belt.

⁴⁴ De punten 87-93 van het eerste bestreden arrest en de punten 62-68 van het tweede bestreden arrest.

⁴⁵ Rekwirantes verwijzen naar punt 32 van dat arrest.

⁴⁶ Zie punt 88 van het eerste bestreden arrest en punt 63 van het tweede bestreden arrest.

82. De Commissie stelt dat de grieven in het eerste onderdeel van het eerste middel van de respectieve principale hogere voorzieningen niet-ontvankelijk zijn omdat rekwirantes, in strijd met artikel 169, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, niet hebben aangegeven in welke punten van de bestreden arresten de onjuiste rechtsopvattingen van het Gerecht te vinden zijn. Verder bestrijdt de Commissie de argumenten van rekwirantes en van de aan hun zijde interveniërende partijen ten gronde.

83. Het Koninkrijk Denemarken betoogt dat de voornoemde grieven niet-ontvankelijk zijn omdat daarmee ten eerste louter een reeds door het Gerecht afgewezen middel wordt herhaald, en ten tweede feitelijke vraagstukken waarop het Gerecht reeds heeft beslist in twijfel worden getrokken, zonder aan te voeren dat deze feiten onjuist zijn opgevat. Verder bestrijdt het Koninkrijk Denemarken de argumenten van rekwirantes en van de aan hun zijde interveniërende partijen ten gronde.

2) *Beoordeling*

84. In het eerste onderdeel van het eerste middel van hun respectieve hogere voorzieningen komen rekwirantes op tegen de afwijzing in de bestreden arresten van het door hen aangevoerde argument betreffende het geïntegreerde karakter van het project. Voor het Gerecht hebben zij in essentie aangevoerd dat wegens dat geïntegreerde karakter de vaststelling dat de aan Femern toegekende maatregelen met betrekking tot de vaste verbinding de mededinging kunnen vervalsen, een soort „besmettingseffect”⁴⁷ met zich brengt waardoor ook de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen met betrekking tot de verbindingen met het achterland de mededinging kunnen vervalsen, met name wat de vervoersdiensten over de Fehmarn Belt betreft.

85. Dienaangaande moet eraan worden herinnerd dat het Gerecht in de bestreden arresten op dit argument heeft geantwoord dat niet kan worden geconcludeerd dat de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen met betrekking tot de verbindingen met het achterland staatssteun vormen enkel omdat zij zijn vastgesteld in het kader van hetzelfde project waarin aan Femern maatregelen zijn toegekend die betrekking hebben op de vaste verbinding, en deze laatste maatregelen als staatssteun zijn aangemerkt. Volgens het Gerecht betreffen deze twee maatregelen namelijk weliswaar hetzelfde project, maar hebben zij verschillende doelen en begunstigden.⁴⁸

86. Allereerst moeten de door respectievelijk de Commissie en het Koninkrijk Denemarken aangevoerde argumenten worden behandeld waarmee zij de ontvankelijkheid van de grieven in de betrokken onderdelen in twijfel trekken omdat rekwirantes hebben nagelaten de relevante punten van de bestreden arresten aan te geven en simpelweg reeds door het Gerecht afgewezen argumenten hebben herhaald.

87. Dienaangaande kan ik mij ten eerste niet vinden in het standpunt van de Commissie dat niet is voldaan aan de vereisten van artikel 169, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering. In het eerste onderdeel van het eerste middel van hun respectieve hogere voorzieningen hebben rekwirantes immers vermeld welke punten van de bestreden arresten zij met hun argumenten wensen te betwisten⁴⁹, en het lijkt geen twijfel dat met die argumenten de redenering van het Gerecht in die punten in twijfel wordt getrokken.

⁴⁷ Deze uitdrukking heeft het Koninkrijk Denemarken in zijn schriftelijke opmerkingen gebruikt.

⁴⁸ Zie met name punt 88 van het eerste bestreden arrest en punt 63 van het tweede bestreden arrest.

⁴⁹ Zie voetnoot 44 hierboven.

88. Ten tweede merk ik op dat hoewel een middel in hogere voorziening waarmee simpelweg de reeds voor het Gerecht aangevoerde middelen en argumenten worden herhaald, volgens vaste rechtspraak inderdaad niet-ontvankelijk is⁵⁰, rekwirantes in de betrokken onderdelen evenwel, anders dan het Koninkrijk Denemarken stelt, niet louter een in eerste aanleg aangevoerd argument opnieuw aanvoeren, maar opkomen tegen de redenering waarmee het Gerecht dit argument in de bestreden arresten heeft afgewezen en de wijze waarop het Gerecht het Unierecht heeft toegepast. In dit verband herinner ik eraan dat volgens vaste rechtspraak van het Hof de in eerste aanleg onderzochte rechtspunten in hogere voorziening opnieuw kunnen worden behandeld, omdat de procedure van hogere voorziening ten dele aan betekenis zou verliezen indien een partij haar hogere voorziening niet zou kunnen baseren op middelen en argumenten die reeds voor het Gerecht zijn aangevoerd.⁵¹

89. Ten gronde voeren rekwirantes aan dat de redenering van het Gerecht in de bestreden arresten is gebaseerd op een onjuiste juridische kwalificatie van de feiten met betrekking tot de omvang van de activiteiten van Femern Landanlæg.

90. In dit verband ben ik ten eerste van mening dat de verwijzing naar punt 32 van het arrest van 16 mei 2013, Commissie/Ryanair (C-615/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:310), dat betrekking had op bepalingen die in de onderhavige zaken niet relevant zijn en waarin is vastgesteld dat het Gerecht geen fout had gemaakt bij de juridische kwalificatie van een onderdeel daarvan, niet ter zake doet. Deze verwijzing kan de argumenten van rekwirantes hoe dan ook op geen enkele wijze onderbouwen.

91. Ten tweede ben ik van oordeel dat voor zover de door rekwirantes aangevoerde grief aldus moet worden opgevat dat zij gericht is tegen de vaststelling van het Gerecht dat de activiteiten van Femern Landanlæg beperkt bleven tot de markt voor de exploitatie en het beheer van de spoorweginfrastructuur met betrekking tot de spoorverbindingen met het achterland en zich niet uitstrekten tot de verlening van vervoersdiensten over de Fehmarn Belt – zelfs indien het Gerecht inderdaad een dergelijke vaststelling heeft verricht, wat volgens mij niet uit de betwiste punten van de bestreden arresten blijkt – deze grief niet-ontvankelijk moet worden geacht. Met deze grief wordt het Hof namelijk in wezen verzocht om feitelijke vaststellingen en beoordelingen van het Gerecht – met name met betrekking tot de omvang van de activiteiten van Femern Landanlæg – opnieuw te beoordelen, zonder evenwel aan te voeren dat uit de overgelegde stukken blijkt dat de feiten inhoudelijk onjuist zijn of onjuist zijn opgevat, wat volgens vaste rechtspraak in het kader van een hogere voorziening niet is toegestaan.⁵²

92. Overigens kunnen de argumenten van rekwirantes dat het project een geïntegreerd karakter heeft en dat de aan Femern en Femern Landanlæg toegekende maatregelen hetzelfde doel hebben, niet de stelling bevestigen dat het Gerecht zich heeft gebaseerd op een onjuiste juridische kwalificatie van de feiten met betrekking tot de omvang van de activiteit van Femern Landanlæg. Noch uit het geïntegreerde karakter van het project in financieel en praktisch opzicht, noch uit een eventueel identiek doel van de aan Femern en Femern Landanlæg toegekende maatregelen kan namelijk op enigerlei wijze worden afgeleid dat de activiteiten van laatstgenoemde ook het aanbieden van vervoersdiensten over de Fehmarn Belt omvatten.

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld beschikking van 3 september 2019, ND en OE/Commissie (C-317/19 P, niet gepubliceerd, EU:C:2019:688, punten 27 en 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁵¹ Arrest van 21 december 2016, Club Hotel Loutraki e.a./Commissie (C-131/15 P, EU:C:2016:989, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁵² Zie laatstelijk bijvoorbeeld arrest van 9 december 2020, Groupe Canal +/Commissie (C-132/19 P, EU:C:2020:1007, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie dienaangaande ook punt 122 hieronder.

93. Ten derde, zelfs indien de door rekwirantes in het kader van het voornoemde eerste onderdeel aangevoerde grief – enigszins geforceerd – aldus werd uitgelegd dat daarmee wordt aangevoerd dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omdat het niet heeft erkend dat uit het geïntegreerde karakter van het project een „besmettingseffect” voortvloeit, en dat het Gerecht dus ten onrechte heeft nagelaten vast te stellen dat, aangezien de aan Femern toegekende maatregelen de mededinging op de markt voor vervoersdiensten over de Fehmarn Belt kunnen verstoren, datzelfde moet gelden voor de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen, ben ik van mening dat deze grief niet kan worden aanvaard.

94. Zoals blijkt uit punt 85 hierboven heeft het Gerecht in de bestreden arresten – zonder mijns inziens blijk te hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting – op dit argument namelijk geantwoord dat aangezien de aan Femern en Femern Landanlæg toegekende maatregelen weliswaar deel uitmaken van hetzelfde project, doch twee afzonderlijke steunmaatregelen vormen waarvan de begunstigden, het voorwerp en het doel verschillen, de erkenning dat een van die maatregelen als steun wordt aangemerkt niet automatisch – of om de woorden van het Gerecht te gebruiken, „uitsluitend om die reden” – kan inhouden dat ook de andere maatregel als steun wordt aangemerkt.

95. In dit verband moet worden vastgesteld dat rekwirantes niet opnieuw ter discussie hebben gesteld dat de Commissie, en bijgevolg het Gerecht, de maatregelen als twee afzonderlijke steunmaatregelen hebben behandeld hoewel zij betrekking hebben op één project. Noch in hun beroep voor het Gerecht, noch voor het Hof hebben zij aangevoerd dat de betrokken maatregelen gezamenlijk hadden moeten worden onderzocht of dat zij één staatssteunmaatregel vormden die gezamenlijk had moeten worden geanalyseerd. Zij betwisten evenmin de vaststelling van het Gerecht dat de maatregelen, hoewel vaststaat dat zij met elkaar verbonden zijn, verschillende begunstigden hebben.⁵³

96. Alleen FSS, en NABU op minder uitdrukkelijke wijze, hebben in hun bij het Hof ingediende memories van antwoord aangevoerd dat het project als één geheel had moeten worden onderzocht zonder het kunstmatig op te splitsen. Geen van deze twee interveniërende partijen heeft dit argument evenwel voor het Gerecht aangevoerd. Bovendien hebben voor het Gerecht noch rekwirantes, noch de interveniërende partijen duidelijk en uitdrukkelijk aangevoerd dat eventueel een fout is gemaakt omdat geen rekening is gehouden met de gevolgen die de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen als zodanig hebben gehad voor de mededinging op de markt voor vervoersdiensten over de Fehmarn Belt.⁵⁴

⁵³ Aangezien al deze aspecten niet zijn betwist, konden zij niet worden geanalyseerd door het Gerecht, en kunnen zij zeker niet door het Hof in hogere voorziening worden beoordeeld.

⁵⁴ Rekwirantes hebben dit argument evenmin voor het Hof aangevoerd. Pas in hun antwoorden op de incidentele hogere voorzieningen van de Commissie hebben zij, louter ter staving van de argumenten inzake de ontvankelijkheid, aangevoerd dat „de ingebruikneming van de spoorverbindingen met het achterland gevolgen heeft voor de markt voor vervoer over de Fehmarn Belt”. Enkele interveniërende partijen – waaronder Rederi, die ter terechtzitting heeft verwezen naar het arrest van 28 juli 2011, Mediaset/Commissie (C-403/10 P, niet gepubliceerd, EU:C:2011:533) – hebben voor het Hof aangevoerd dat de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen de mededinging vervalsen van de „verwante” markt voor vervoersdiensten over de Fehmarn Belt, aangezien zij de positie van Femern versterken of leiden tot een grotere vraag op die markt. In casu moet evenwel worden vastgesteld dat die argumenten niet voor het Gerecht zijn aangevoerd, en daarom nieuwe argumenten vormen die overeenkomstig de in punt 97 vermelde rechtspraak niet-ontvankelijk zijn in het kader van een hogere voorziening. Hetzelfde geldt voor het argument dat de spoorverbindingen met het achterland een essentiële infrastructuur vormen om spoorvervoer over de Fehmarn Belt te kunnen verzekeren. In dit verband wijs ik er nogmaals op dat rekwirantes niet alleen niet hebben aangevoerd dat de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen de concurrentiepositie van Femern hebben verbeterd, maar, zoals blijkt uit de stukken van de zaak in eerste aanleg, zelfs niet het argument van de Commissie hebben betwist dat de betrokken maatregelen uitsluitend ten goede komen aan Banedanmark en Femern Landanlæg, en niet aan Femern. Zie dienaangaande met name punt 8 van de memorie van repliek die bij het Gerecht is ingediend.

97. In dit verband moet eraan worden herinnerd dat het Hof volgens vaste rechtspraak in beginsel enkel bevoegd is om te oordelen over de rechtsbeslissing die is gegeven ten aanzien van de middelen die voor de rechters in eerste aanleg zijn bepleit.⁵⁵ Het Gerecht kan derhalve niet worden verweten blij te hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet te repliceren op middelen die partijen niet hebben ingediend. Nieuwe argumenten die niet aan het Gerecht zijn voorgelegd moeten in hogere voorziening dus niet-ontvankelijk worden verklaard.⁵⁶

98. Voor het Gerecht hebben rekwirantes het geïntegreerde karakter van het project uitsluitend aangevoerd om hun argument te onderbouwen dat er sprake is van een soort „automatisch besmettingseffect”, te weten dat aangezien de aan Femern toegekende maatregelen van invloed kunnen zijn op de mededinging op de markt voor vervoersdiensten over de Fehmarn Belt, ook de andere maatregelen die in het kader van hetzelfde project zijn toegekend, maar dan aan Femern Landanlæg, een dergelijke invloed kunnen hebben.⁵⁷ Zoals gezegd in punt 94 hierboven heeft het Gerecht in zijn antwoord op dit argument mijns inziens geen blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Uit de enkele omstandigheid dat in het kader van hetzelfde project twee maatregelen met verschillende begunstigden en een verschillend voorwerp⁵⁸ zijn vastgesteld, en dat één daarvan staatssteun vormt, kan immers niet worden afgeleid dat beide maatregelen automatisch staatssteun vormen.

99. Wat voorts de argumenten van rekwirantes betreft inzake het doel van het project en van de in dat kader aan Femern en Femern Landanlæg toegekende maatregelen, voeg ik toe – louter volledigheidshalve en zonder een standpunt te willen innemen ten aanzien van feitelijke kwesties die buiten de bevoegdheid van het Hof in procedures in hogere voorziening vallen – dat het project als geheel weliswaar ongetwijfeld tot doel heeft de voorwaarden voor passagiers- en goederenvervoer voor de Noordse staten en Midden-Europa te verbeteren⁵⁹, doch dat het onomstreden is, zoals het Koninkrijk Denemarken aanvoert, dat de spoorverbindingen met het achterland zullen worden gebruikt in het kader van het regionale spoorvervoer, los van het gebruik van de vaste verbinding. Daaruit blijkt dat het doel van de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen weliswaar deels overeenstemt met dat van de aan Femern toegekende maatregelen, voor zover de verwezenlijking van de verbindingen met het achterland het mogelijk maakt de vaste verbinding te gebruiken, maar toch in bepaalde opzichten eigen kenmerken vertoont. Hieruit volgt dat het Gerecht geen blij heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat deze maatregelen verschillende doelen hebben.

100. In het licht van het bovenstaande ben ik van oordeel dat het eerste onderdeel van het eerste middel van de respectieve principale hogere voorzieningen moet worden afgewezen.

⁵⁵ Zie in dit verband bijvoorbeeld arresten van 28 november 2019, Brugg Kabel en Kabelwerke Brugg/Commissie (C-591/18 P, niet gepubliceerd, EU:C:2019:1026, punt 70 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 11 december 2008, Commissie/Département du Loiret (C-295/07 P, EU:C:2008:707, punt 95 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁵⁶ Zie onder andere arrest van 28 november 2019, Brugg Kabel en Kabelwerke Brugg/Commissie (C-591/18 P, niet gepubliceerd, EU:C:2019:1026, punt 70 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁵⁷ Zie de punten 38 en 39 van de verzoekschriften en punt 7 van de bij het Gerecht ingediende memories van repliek.

⁵⁸ In dit verband is niet betwist dat de twee maatregelen een verschillend voorwerp hebben: voor de aan Femern toegekende maatregelen is dat de financiering, de bouw en de exploitatie van de vaste verbinding, en voor de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen de financiering, de bouw en de exploitatie van de verbindingen met het achterland.

⁵⁹ Zie overweging 6 van het litigieuze besluit.

b) Tweede en derde onderdeel van de respectieve eerste middelen, inzake de vraag of de markt voor de exploitatie en het beheer van de spoorweginfrastructuur in Denemarken rechtens en feitelijk openstaat voor mededinging

1) Samenvatting van de argumenten van partijen

101. In het tweede en het derde onderdeel van het eerste middel van hun respectieve principale hogere voorzieningen betwisten rekwirantes, daarin ondersteund door de aan hun zijde interveniërende partijen, de delen van de bestreden arresten waarin het Gerecht de grieven heeft afgewezen waarmee zij hadden aangevoerd dat de conclusie van de Commissie dat er geen mededinging „op” en „om” de markt voor het nationale spoorwegnet in Denemarken bestaat, onjuist is. Volgens rekwirantes staat de markt voor de exploitatie en het beheer van de spoorweginfrastructuur in Denemarken namelijk rechtens en feitelijk open voor mededinging.⁶⁰

102. In het kader van het tweede onderdeel van hun respectieve eerste middelen voeren rekwirantes aan dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de omstandigheid dat volgens de Deense spoorwegwet⁶¹ elke onderneming die aan bepaalde voorwaarden voldoet een vergunning kan verkrijgen voor de exploitatie, het beheer en het onderhoud van een spoorweginfrastructuur in Denemarken, niet inhoudt dat de markt voor de exploitatie en het beheer van de spoorweginfrastructuur openstaat voor mededinging.⁶² Dat een dergelijke vergunning kan worden verkregen, toont volgens rekwirantes aan dat in Denemarken de markt voor de exploitatie en het beheer van de spoorweginfrastructuur rechtens in elk geval voor wat de mededinging „om” de markt betreft, voor mededinging openstaat. Wat in dit verband telt is volgens hen de mogelijkheid voor een onderneming om een eigen infrastructuur aan te leggen en te beheren, of om op bestaande infrastructuren, ook de openbare infrastructuur, diensten te verlenen.

103. Deze benadering strookt met het standpunt van de Commissie dat de markt voor de exploitatie en het beheer van de spoorweginfrastructuur volgens het Unierecht uitsluitend kan worden geacht niet voor mededinging open te staan indien die activiteiten zijn onderworpen aan een wettelijk monopolie dat niet alleen de mededinging „op” de markt, maar ook die „om” de markt uitsluit.⁶³

104. Daarvan is volgens rekwirantes in Denemarken evenwel geen sprake. In Denemarken heeft namelijk geen enkele onderneming het exclusieve recht of het wettelijke monopolie op de exploitatie of het beheer van de spoorweginfrastructuur. Integendeel, Deense spoorwegwet nr. 1249/10 voorziet in het voornoemde vergunningsstelsel dat uitdrukkelijk elke onderneming de mogelijkheid biedt om de spoorwegnetten te exploiteren en te beheren, mits aan bepaalde veiligheidsvereisten is voldaan. Ten eerste garandeert dit vergunningsstelsel dat concurrerende ondernemingen met elkaar kunnen concurreren, aangezien zij zelf natuurlijke monopolies

⁶⁰ Zie respectievelijk de punten 108-116 en 117-120 van het eerste bestreden arrest en de punten 83-91 en 92-95 van het tweede bestreden arrest. In hun hogere voorzieningen verklaren rekwirantes dat zij tevens opkomen tegen respectievelijk punt 96 van het eerste bestreden arrest en de punten 69 en 70 van het tweede bestreden arrest – waarin het Gerecht heeft geoordeeld dat de spoorverbindingen met het achterland deel uitmaken van het nationale spoorwegnet – doch daartoe voeren zij geen enkel specifiek argument aan. Zie in dit verband punt 132 hieronder.

⁶¹ Bekendtgørelse af lov no 1249 om jernbane (wet nr. 1249 inzake de spoorwegen) van 11 november 2010 (hierna: „Deense spoorwegwet nr. 1249/10”).

⁶² De punten 108 e.v. van het eerste bestreden arrest en de punten 83 e.v. van het tweede bestreden arrest.

⁶³ Rekwirantes verwijzen naar een document van de Commissie met de titel „Infrastructure Analytical Grid for Railway, Metro and Local Transport Infrastructure”, dat kan worden gedownload op https://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/grid_rail_metro_en.pdf.

kunnen vormen door een infrastructuur aan te leggen. Aldus had een andere onderneming dan Femern Landanlæg kunnen worden geselecteerd waaraan de financiering voor de bouw van de spoorverbindingen met het achterland had kunnen worden verleend. Ten tweede laat een dergelijk stelsel zien dat concurrerende ondernemingen op natuurlijke monopolies van anderen kunnen werken. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn indien Femern Landanlæg of Banedanmark de bouw of het beheer van de infrastructuur van de spoorverbindingen met het achterland uitbesteedt.

105. Overigens blijkt uit de arresten van 19 december 2019, Arriva Italia e.a. (C-385/18, EU:C:2019:1121; hierna: „arrest Arriva Italia”), en 29 juli 2019, Azienda Napoletana Mobilità (C-659/17, EU:C:2019:633; hierna: „arrest Azienda Napoletana Mobilità”), dat volgens het Hof de rechtstreekse gunning van exclusieve rechten de mededinging om de markt specifiek niet uitsluit indien de staat niet wordt verhinderd aanbestedingen uit te schrijven met betrekking tot de exploitatie en het beheer van de spoorwegen.

106. Net als in andere economische sectoren waarin het gebruik van een netwerkinfrastructuur wordt verondersteld, zoals de telecommunicatie-, de elektriciteits- of de gassector, waar de markten voor mededinging zijn opengesteld door exploitanten eenvoudigweg toe te staan op delen van de netwerkinfrastructuur diensten te verlenen, moet – aangezien in het Deense rechtskader voor het beheer van de spoorinfrastructuur voorwaarden zijn gesteld voor de exploitatie en het beheer van bestaande (ook openbare) spoorwegnetwerken – de markt voor het beheer van de spoorweginfrastructuur in Denemarken, in elk geval voor wat de mededinging „om” de markt betreft, worden geacht voor mededinging open te staan in de zin van het Unierecht.

107. Om dezelfde redenen is de redenering van het Gerecht volgens welke andere ondernemingen dan Banedanmark die de voornoemde vergunningen hebben verkregen, actief zijn op lokale delen van het spoorwegnet die natuurlijke monopolies vormen, onjuist.⁶⁴ Ook de argumenten in de bestreden arresten dat exploitanten uit andere lidstaten een vergunning hebben⁶⁵ en dat het niet verplicht is de spoorwegsector te liberaliseren⁶⁶, doen niet ter zake aangezien het Deense vergunningsstelsel aantoont dat de markt openstaat voor mededinging en geliberaliseerd is.

108. In het kader van het derde onderdeel van hun respectieve eerste middelen voeren rekwirantes aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de markt voor de exploitatie en het beheer van de spoorweginfrastructuur in Denemarken feitelijk niet voor mededinging openstaat. In zijn redenering houdt het Gerecht namelijk geen rekening met het fundamentele aspect dat, aangezien er geen wettelijk monopolie is en er een vergunningsstelsel bestaat dat elke onderneming de mogelijkheid biedt spoorweginfrastructuur te beheren, het niet relevant is waar de infrastructuur zich bevindt of wie de eigenaar daarvan is. Dat er op enkele onderdelen van het spoorwegnet concurrenten zijn, wat in de bestreden arresten is erkend, is het ultieme bewijs dat de markt ook feitelijk voor mededinging openstaat. Een aantal eigenaren van het net kan er weliswaar voor kiezen delen van het net zelf te beheren, doch dit doet niets af aan het feit dat de markt openstaat voor mededinging, juist omdat de ondernemingen kunnen concurreren om eigenaar van een natuurlijk monopolie te worden door zelf een netwerk te bouwen.

⁶⁴ Punt 112 van het eerste bestreden arrest en punt 87 van het tweede bestreden arrest.

⁶⁵ Punt 113 van het eerste bestreden arrest en punt 88 van het tweede bestreden arrest.

⁶⁶ Punt 111 van het eerste bestreden arrest en punt 86 van het tweede bestreden arrest.

109. Tot slot stellen rekwirantes, die met betrekking tot dit punt worden ondersteund door enkele aan hun zijde interveniërende partijen, dat ook indien werd geconcludeerd dat de maatregelen ten gunste van Femern Landanlæg de mededinging op de markt voor de exploitatie en het beheer van de spoorweginfrastructuur niet kunnen vervalsen, het in elk geval geen twijfel lijdt dat deze maatregelen de mededinging vervalsen op de stroomopwaartse markt (de markt voor de levering van materialen voor de bouw van spoorweginfrastructuren) en de stroomafwaartse markt (de markten voor de levering van spoorwegdiensten in Denemarken).

110. NABU, FSS, Rederi, Trelleborg en Aktionsbündnis voeren met die van rekwirantes vergelijkbare argumenten aan.

111. Zo voert NABU aan dat er in het Unierecht, om een markt als gesloten voor mededinging te kunnen aanmerken, sprake moet zijn van een wettelijk verbod voor elke andere exploitant om op die markt te concurreren, en dat een dergelijk verbod in Denemarken niet bestaat. In dezelfde zin wijzen Rederi, Aktionsbündnis en Trelleborg erop dat de Commissie zelf heeft aangegeven dat er slechts sprake is van een wettelijk monopolie wanneer een bepaalde dienst bij wet of bestuursrechtelijke maatregel is voorbehouden aan één dienstverlener en de verlening daarvan uitdrukkelijk aan andere exploitanten is verboden.⁶⁷ Rederi en Aktionsbündnis stellen dat in de onderhavige zaak het aan Banedanmark verleende recht op de exploitatie en het beheer van de spoorweginfrastructuren geen exclusief recht is, wat wordt aangetoond door het feit dat andere – zowel nationale als buitenlandse – spoorwegexploitanten een vergunning hebben om spoorweginfrastructuren te beheren, en er geen enkel wettelijk verbod is om spoorweginfrastructuren in Denemarken te beheren. Rederi voegt daaraan toe dat ook indien dit wel een exclusief recht was – wat niet het geval is – het Deense recht geenszins mededinging „om” de markt uitsluit, aangezien elke onderneming met een vergunning aan de aanbestedingsprocedure kan deelnemen en kan mededingen naar de exploitatie en het beheer van zowel openbare als particuliere spoorweginfrastructuren.

112. Rederi en Trelleborg betogen daarnaast dat de conclusie van het Gerecht dat de aanwezigheid van particuliere exploitanten op de netwerken die in handen van plaatselijke entiteiten zijn niet aantoonde dat er sprake is van mededinging, erop neerkomt dat de markt uitsluitend voor mededinging kan ontstaan indien ondernemingen de spoorweginfrastructuren van de staat in concurrentie met andere ondernemingen beheren. Dat zou echter niet juist zijn, aangezien de betrokken infrastructuur niet in handen zijn van de staat, maar van Femern Landanlæg, en het deel van het spoorwegnet van de staat volledig geïntegreerd is met de gemeentelijke en de particuliere spoorwegnetten. Daarnaast stelt zowel Rederi als Trelleborg dat het Gerecht geen rekening heeft gehouden met de potentiële mededinging.

113. Ter terechtzitting heeft Rederi aangevoerd dat ook indien de Deense wet het beheer van een deel van de spoorweginfrastructuur overdraagt aan een exploitant (Banedanmark), de markt voor de exploitatie en het beheer van de spoorweginfrastructuren in Denemarken niet kan worden geacht te zijn gemonopoliseerd. Ten eerste blijkt uit de rechtspraak dat een monopolie op slechts een deel van de markt niet volstaat om uit te sluiten dat de mededinging wordt verstoord⁶⁸ en ten tweede dat in Denemarken meerdere ondernemingen deze diensten op de markt kunnen

⁶⁷ Rederi, Trelleborg en Aktionsbündnis verwijzen naar punt 11 van het in voetnoot 63 hierboven vermelde document, waarvan alleen een Engelstalige versie bestaat, en naar voetnoot 272 in punt 188, onder a), van de mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, [VWEU] (PB 2016, C 262, blz. 1; hierna: „mededeling betreffende het begrip „staatssteun”).

⁶⁸ Rederi verwees naar punt 39 van het arrest van 23 januari 2019, Fallimento Traghetti del Mediterraneo (C-387/17, EU:C:2019:51).

aanbieden en dat feitelijk ook doen. Dienaangaande voegt Trelleborg daaraan toe dat wegens de geïntegreerde aard van spoorwegnetten slechts een deel van het spoorwegnet voor mededinging open hoeft te staan om het gehele net als voor mededinging openstaand te beschouwen.

114. FSS stelt dat de mogelijkheid om een vergunning te verkrijgen, die voor elke nationale of buitenlandse exploitant openstaat, automatisch inhoudt dat er mededinging „om” de markt bestaat, aangezien de exploitatie en het beheer van spoorverbindingen met het achterland, met de bijbehorende financieringsmiddelen, volgens de wet aan elke belangstellende ondernemer kan worden gegund. Dus hoewel elke spoorweginfrastructuur de kenmerken van een natuurlijk monopolie heeft, betekent dit niet dat exploitanten van infrastructuur niet kunnen concurreren „om” de markt. FSS voert daarnaast aan dat de financiering van de spoorverbindingen met het achterland een grotere impact zal hebben op het concurrentievermogen van het spoorvervoer ten nadele van andere wijzen van vervoer, zoals wegvervoer, luchtvervoer of zeevervoer.

115. De Commissie voert vooreerst aan dat de grieven in het tweede onderdeel van de respectieve eerste middelen niet-ontvankelijk zijn. In de bestreden arresten is immers nergens vastgesteld dat de markt voor de exploitatie en het beheer van de spoorweginfrastructuur in Denemarken rechtens niet voor mededinging openstaat. Een middel dat tegen een dergelijke vaststelling is gericht is dus niet-ontvankelijk. Bovendien moet volgens de Commissie naast het eerste onderdeel ook het derde onderdeel van de respectieve eerste middelen niet-ontvankelijk worden verklaard, aangezien het niet voldoet aan de in punt 82 hierboven genoemde vereisten van artikel 169, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering. Voorts betwist de Commissie de argumenten van rekwirantes en van de aan hun zijde interveniërende partijen ten gronde.

116. Het Koninkrijk Denemarken stelt dat zowel het tweede als het derde onderdeel van de respectieve eerste middelen niet-ontvankelijk is, aangezien daarmee louter de in eerste aanleg voor het Gerecht aangehaalde middelen worden herhaald. Verder bestrijdt het Koninkrijk Denemarken de argumenten van rekwirantes en van de aan hun zijde interveniërende partijen ten gronde.

2) Beoordeling

117. In het tweede en het derde onderdeel van hun respectieve eerste middelen betwisten rekwirantes, ondersteund door de aan hun zijde interveniërende partijen, de delen van de bestreden arresten waarin het Gerecht de argumenten heeft afgewezen dat de markt voor de exploitatie en het beheer van de spoorweginfrastructuur in Denemarken rechtens en feitelijk voor mededinging openstaat.

i) Samenvatting van de redenering van het Gerecht

118. In dit verband moet eraan worden herinnerd dat het Gerecht in de bestreden arresten ten eerste heeft geoordeeld dat de door rekwirantes ingeroepen bepalingen van de Deense wet⁶⁹ niet inhouden dat de exploitatie en het beheer van de spoorweginfrastructuur voor mededinging openstaan, en dat de mogelijkheid om een vergunning te verkrijgen voor het beheer van spoorweginfrastructuur niet inhoudt dat er sprake is van mededinging „op” of „om” de markt voor de exploitatie en het beheer van het nationale Deense spoorwegnet, inclusief de spoorverbindingen met het achterland.⁷⁰ Het feit dat enkele ondernemingen die deze vergunning

⁶⁹ Te weten, hoofdstuk 3, § 3, leden 2 en 3, van de in voetnoot 61 hierboven genoemde Deense spoorwegwet nr. 1249/10.

⁷⁰ De punten 108-112 van het eerste bestreden arrest en de punten 83-87 van het tweede bestreden arrest.

hebben verkregen actief kunnen zijn op delen van het spoorwegnet, die naar hun aard natuurlijke monopolies naast het nationale spoorwegnet zijn, volstaat volgens het Gerecht niet om aan te tonen dat het nationale spoorwegnet, dat onder een wettelijk monopolie wordt beheerd door Banedanmark, voor mededinging openstaat. Dat geldt evenzeer voor de spoorverbindingen met het achterland, die ook de uitbreiding en de verbetering van de bestaande, reeds aan Banedanmark toebehorende infrastructuur omvatten en die na de verwezenlijking van het project gezamenlijk in handen van Banedanmark en Femern Landanlæg zullen zijn⁷¹ en integraal deel zullen blijven uitmaken van het bestaande nationale spoorwegnet⁷².

119. Ten tweede heeft het Gerecht overwogen dat het bestaan van plaatselijke netwerken – die natuurlijke monopolies naast de nationale spoorweginfrastructuur vormen, met inbegrip van de spoorverbindingen met het achterland – die worden beheerd door andere ondernemingen dan Banedanmark, niet aantoonde dat het beheer van de spoorverbindingen met het achterland eveneens, net als dat van die plaatselijke netwerken, na een mededingingsprocedure is toegekend, en evenmin dat Femern Landanlæg actief is op voor mededinging openstaande markten.⁷³

ii) Ontvankelijkheid en feitelijke vaststellingen van het Gerecht

120. Alvorens de grieven te onderzoeken die rekwirantes en de interveniërende partijen tegen deze redenering van het Gerecht hebben aangevoerd, moeten de door de Commissie en het Koninkrijk Denemarken opgeworpen excepties van niet-ontvankelijkheid worden afgewezen. Dienaangaande verwijs ik naar mijn overwegingen in de punten 87 en 88 hierboven en ben ik van mening dat om dezelfde redenen moet worden geoordeeld dat ook het tweede en het derde onderdeel van de respectieve eerste middelen voldoen aan de vereisten van artikel 169, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, en dat zij niet louter de in eerste aanleg aangevoerde argumenten herhalen.

121. Ook de exceptie van niet-ontvankelijkheid waarmee de Commissie aanvoert dat in de bestreden arresten nergens is vastgesteld dat de markt voor de exploitatie en het beheer van de spoorweginfrastructuur in Denemarken rechtens niet voor mededinging openstaat, moet mijns inziens worden afgewezen. Hoewel het Gerecht in de bestreden arresten inderdaad nergens uitdrukkelijk tot een dergelijke vaststelling is gekomen, lijdt het evenwel geen twijfel dat het de argumenten heeft afgewezen waarmee rekwirantes aanvoerden dat de betrokken markt rechtens voor mededinging openstaat, wat overigens kan worden afgeleid uit de titel van deel 2 boven punt 108 van het eerste bestreden arrest en punt 83 van het tweede bestreden arrest. Met het tweede onderdeel van hun respectieve eerste middelen betwisten rekwirantes de redenering van het Gerecht in dat deel van de bestreden arresten. Daarom zijn deze onderdelen ontvankelijk.

122. Eveneens met betrekking tot de ontvankelijkheid moet voorts in herinnering worden gebracht dat het Hof, zoals ik reeds in punt 91 hierboven heb opgemerkt, wanneer het Gerecht de feiten heeft vastgesteld of beoordeeld, volgens vaste rechtspraak krachtens artikel 256 VWEU enkel bevoegd is om toezicht uit te oefenen op de wijze waarop het Gerecht de feiten juridisch heeft gekwalificeerd en op de rechtsgevolgen die het daaraan heeft verbonden. Deze beoordeling,

⁷¹ Punt 112 van het eerste bestreden arrest en punt 87 van het tweede bestreden arrest.

⁷² Punt 95 van het eerste bestreden arrest en punt 70 van het tweede bestreden arrest.

⁷³ De punten 119 en 120 van het eerste bestreden arrest en de punten 94 en 95 van het tweede bestreden arrest.

zoals de vaststellingen van het Gerecht met betrekking tot de nationale wetgeving, levert dus geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof, behoudens in het geval van een onjuiste opvatting van de voor het Gerecht aangevoerde bewijzen.⁷⁴

123. Het Hof leidt daar overeenkomstig vaste rechtspraak uit af dat het, wat de uitlegging van het nationale recht door het Gerecht betreft, in hogere voorziening enkel bevoegd is om te onderzoeken of dit recht onjuist is opgevat, hetgeen duidelijk moet blijken uit de gegevens in het dossier.⁷⁵

124. In dit verband merk ik op dat het Gerecht in de bestreden arresten een aantal feitelijke vaststellingen heeft gedaan waarop het zijn conclusies heeft gebaseerd, en die op grond van de in de twee vorige punten genoemde rechtspraak in hogere voorziening niet opnieuw ter discussie kunnen worden gesteld.

125. Ten eerste heeft het Gerecht de feitelijke vaststelling gedaan dat er een aan Banedanmark verleend wettelijk monopolie op de openbare spoorweginfrastructuur in Denemarken bestaat⁷⁶ en dat Banedanmark op grond van de Deense wet inzake spoorwegrecht⁷⁷ verantwoordelijk is voor het beheer van de spoorweginfrastructuur van de staat en de spoorverbindingen met het achterland.⁷⁸

126. Ten tweede heeft het Gerecht de feitelijke vaststelling gedaan dat de spoorlijn tussen Ringsted en Rødby⁷⁹ – die reeds eigendom van Banedanmark was – waarop de uitbreidings- en verbeteringswerkzaamheden zullen worden uitgevoerd, integraal deel uitmaakt en zal blijven uitmaken van het bestaande nationale spoorwegnet, en net als voorheen door Banedanmark zal worden beheerd volgens de regels die van toepassing zijn op het hele nationale spoorwegnet.⁸⁰

127. Ten derde heeft het Gerecht in punt 109 en volgende van het eerste bestreden arrest en in punt 84 en volgende van het tweede bestreden arrest een uitlegging gegeven aan de bepalingen van Deense spoorwegwet nr. 1249/10 betreffende de vergunning voor de exploitatie en het beheer van spoorweginfrastructuren.⁸¹

128. Tegen de achtergrond van deze feitelijke vaststellingen moet dus worden nagegaan of de grieven en de argumenten van rekwirantes en de aan hun zijde interveniërende partijen de door hen betwiste redenering van het Gerecht in de bestreden arresten opnieuw ter discussie stellen.

129. In dit verband moet om te beginnen worden opgemerkt dat de argumenten van rekwirantes grotendeels zijn gebaseerd op het – meerdere malen uitdrukkelijk in hun schriftelijke stukken vermelde – uitgangspunt dat er in Denemarken geen wettelijk monopolie bestaat op de spoorweginfrastructuur in het algemeen. In het licht van de in de punten 122 en 123 hierboven

⁷⁴ Zie bijvoorbeeld arrest van 3 april 2014, Frankrijk/Commissie (C-559/12 P, EU:C:2014:217, punten 78 en 79 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁷⁵ Zie bijvoorbeeld arresten van 6 november 2018, Scuola Elementare Maria Montessori/Commissie, Commissie/Scuola Elementare Maria Montessori en Commissie/Ferracci, (C-622/16 P–C-624/16 P, EU:C:2018:873, punt 107), en 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck, (C-524/14 P, EU:C:2016:971, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁷⁶ Zie punt 112 van het eerste bestreden arrest en punt 87 van het tweede bestreden arrest.

⁷⁷ Hoofdstuk 5, § 16, van Jernbanelov no 686 (wet nr. 686 inzake spoorwegrecht) van 27 mei 2015 (hierna: „Deense spoorwegwet nr. 686/15”).

⁷⁸ Zie punt 114 van het eerste bestreden arrest en punt 89 van het tweede bestreden arrest.

⁷⁹ Zie punt 7 en voetnoot 5 hierboven.

⁸⁰ Zie punt 95 van het eerste bestreden arrest en punt 70 van het tweede bestreden arrest.

⁸¹ Hoofdstuk 3, §§ 2 en 3, van de in punt 61 hierboven genoemde Deense spoorwegwet nr. 1249/10.

genoemde rechtspraak is het evenwel duidelijk dat dit uitgangspunt, wat de openbare spoorweginfrastructuur betreft, niet verenigbaar is met de in punt 125 hierboven genoemde feitelijke vaststelling van het Gerecht, zodat de argumenten die op dit uitgangspunt berusten, niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.

130. In dit verband moet eveneens worden opgemerkt dat rekwirantes in hun hogere voorzieningen nergens hebben aangevoerd dat het Gerecht de feiten met betrekking tot dit punt onjuist heeft opgevat. Zij hebben geen grief aangevoerd volgens welke het Gerecht het Deense recht onjuist heeft opgevat door in de bestreden arresten vast te stellen dat Banedanmark een wettelijk monopolie op de nationale spoorweginfrastructuur heeft.⁸²

131. In hun repliek hebben rekwirantes een toelichting gegeven op de omvang van hun grieven met betrekking tot de uitlegging die het Gerecht aan het Deense recht heeft gegeven. Met deze grieven wordt aangevoerd dat het Gerecht een onjuiste juridische kwalificatie heeft gegeven aan de gevolgen van de feitelijke vaststellingen (te weten, de uitlegging van het nationale recht). Los van de omstandigheid dat een dergelijke grief volgens mij erop neerkomt dat de uitlegging die het Gerecht aan het nationale recht heeft gegeven opnieuw ter discussie wordt gesteld en dus, zoals gezegd, niet-ontvankelijk is, ben ik hoe dan ook van mening dat het Gerecht, net als overigens de Commissie in het litigieuze besluit, geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de kwalificatie van de rechtsgevolgen van de omstandigheid dat Banedanmark een wettelijk monopolie op de nationale spoorweginfrastructuur geniet. Uit die omstandigheid blijkt immers dat de exploitatie en het beheer van de openbare spoorweginfrastructuur niet kunnen worden aangemerkt als activiteiten die rechtens of feitelijk openstaan voor mededinging, aangezien wegens het bestaan van dat monopolie geen enkele andere ondernemer dan Banedanmark rechtens de exploitatie en het beheer van die spoorweginfrastructuur kan verzorgen.

132. Wat voorts de in punt 126 hierboven genoemde vaststelling van het Gerecht betreft dat de spoorverbindingen met het achterland deel uitmaken van het nationale spoorwegnet, merk ik op dat rekwirantes in hun hogere voorzieningen enkel hebben gesteld dat hun argumenten dat de markt voor de exploitatie en het beheer van de spoorweginfrastructuur rechtens openstaat voor mededinging, ook betrekking hebben op dit vraagstuk.⁸³ Dienaangaande hebben zij evenwel geen enkel specifiek argument aangevoerd, en evenmin gesteld dat de feiten onjuist zijn opgevat. Een dergelijke grief, die niet wordt ondersteund door enige – zelfs niet summiere – argumenten, is mijns inziens niet-ontvankelijk. Daarnaast is deze grief tevens niet-ontvankelijk voor zover zij gericht is tegen feitelijke vaststellingen van het Gerecht.

133. Tot slot moet worden opgemerkt dat de grieven waarmee rekwirantes en een aantal interveniërende partijen stellen dat de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen in elk geval de mededinging kunnen vervalsen op de markten stroomop- en -afwaarts van de markt voor de exploitatie en het beheer van de spoorweginfrastructuur, niet voor het Gerecht zijn aangevoerd. Dit zijn derhalve nieuwe middelen, die overeenkomstig de in punt 97 hierboven

⁸² Zie onder andere arrest van 21 december 2011, A2A/Commissie (C-320/09 P, niet gepubliceerd, EU:C:2011:858, punt 125). Voor een voorbeeld van een middel in hogere voorziening dat in een zaak betreffende staatssteun is aangevoerd inzake een onjuiste opvatting van het nationale recht door het Gerecht, zie punt 161 e.v. van de conclusie van advocaat-generaal Tachev in de zaak Commissie/Italië e.a. (C-425/19 P, EU:C:2020:878). Om dezelfde reden moet het argument niet-ontvankelijk worden verklaard waarmee Rederi ter terechtzitting heeft aangevoerd, zonder te stellen dat de feiten onjuist zijn opgevat, dat ingevolge hoofdstuk 5, § 16, van Deense spoorwegwet nr. 686/15 (zie voetnoot 77 hierboven) het aan Banedanmark toegekende wettelijke monopolie zich niet uitstrekt tot spoorverbindingen met het achterland.

⁸³ Zie punt 34 van de hogere voorziening van Scandlines Danmark en Scandlines Deutschland en punt 32 van de hogere voorziening van Stena Line Scandinavia.

genoemde rechtspraak niet-ontvankelijk zijn. Om dezelfde redenen acht ik het argument van FSS dat de financiering van de spoorverbindingen met het achterland gevolgen heeft voor het concurrentievermogen van het spoorvervoer ten koste van andere vormen van vervoer, niet-ontvankelijk.

iii) Ten gronde

134. Ten gronde moet om te beginnen worden ingegaan op een aantal grieven betreffende de vaststelling van het Gerecht dat Banedanmark een wettelijk monopolie heeft. Deze grieven zijn ontvankelijk, aangezien zij rechtsvragen oproepen.

135. Ik verwijz in de eerste plaats naar de argumenten waarmee rekwirantes en een aantal aan hun zijde interveniërende partijen aanvoeren dat het Gerecht een fout heeft gemaakt aangezien er volgens het Unierecht uitsluitend sprake is van een wettelijk monopolie wanneer een bepaalde dienst bij wet of andere bestuursrechtelijke maatregelen wordt voorbehouden aan één dienstverlener en het andere ondernemers uitdrukkelijk is verboden die dienst te verlenen, hetgeen in Denemarken niet het geval is aangezien een dergelijk verbod niet bestaat. Ter staving van hun argumenten verwijzen rekwirantes en die interveniërende partijen naar punt 188 van de mededeling betreffende het begrip „staatssteun” en het document van de Commissie met de titel „Infrastructure Analytical Grid for Railway, Metro and Local Transport Infrastructure”.⁸⁴

136. In dit verband merk ik in de eerste plaats op dat het Hof volgens de rechtspraak bij de uitlegging van het Unierecht geenszins aan de twee genoemde documenten gebonden is.⁸⁵

137. Voorts ben ik van mening dat per geval moet worden geanalyseerd of er op een bepaalde markt sprake is van een wettelijk monopolie als bedoeld in het Unierecht, en dat daarbij rekening moet worden gehouden met zowel de betrokken markt en de bijzondere kenmerken daarvan, als het toepasselijke nationale rechtskader.

138. Zoals gezegd in de punten 125 en 126 hierboven heeft het Gerecht in de onderhavige zaak geconstateerd dat Banedanmark ingevolge de Deense regelgeving verantwoordelijk is voor het beheer van de nationale spoorweginfrastructuur, waarvan de spoorverbindingen met het achterland deel uitmaken en dat zullen blijven doen. Uit deze vaststelling volgt dat, tenzij het Koninkrijk Denemarken besluit zijn regelgeving te wijzigen en de thans aan Banedanmark toevertrouwde taken via aanbestedingsprocedures voor mededinging open te stellen, geen enkele andere ondernemer dan Banedanmark diensten op het gebied van de exploitatie en het beheer van de nationale spoorweginfrastructuur kan aanbieden of verlenen. Hieruit volgt dat er met betrekking tot die infrastructuur in wettelijk opzicht geen mededinging „op” dan wel „om” de markt bestaat. Bovendien is niet betwist dat, zoals het Gerecht overigens heeft opgemerkt, het Unierecht de lidstaten niet verplicht de exploitatie en het beheer van die infrastructuur voor mededinging open te stellen.⁸⁶ In een dergelijke situatie kan het Gerecht mijns inziens niet worden verweten het Unierecht te hebben geschonden door vast te stellen dat er een wettelijk monopolie bestaat waardoor mededinging met betrekking tot de exploitatie en het beheer van de nationale spoorweginfrastructuur in Denemarken wordt uitgesloten.

⁸⁴ Zie met name de voetnoten 63 en 67 hierboven.

⁸⁵ Zie bijvoorbeeld arrest van 16 juli 2020, Nexans France en Nexans/Commissie (C-606/18 P, EU:C:2020:571, punt 104 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁸⁶ Zie punt 111 van het eerste bestreden arrest en punt 86 van het tweede bestreden arrest.

139. In de tweede plaats moet het argument worden behandeld waarmee rekwirantes hebben aangevoerd dat de bestreden arresten in strijd zijn met de rechtspraak die voortvloeit uit de arresten van het Hof in de zaken *Arriva Italia* en *Azienda Napoletana Mobilità*.⁸⁷

140. Dienaangaande merk ik op dat het arrest *Arriva Italia* een prejudiciële verwijzing betrof waarmee de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) onder andere van het Hof wenste te vernemen of de toewijzing van een geldbedrag aan een openbare spoorwegonderneming in ernstige financiële moeilijkheden die op grond van een overeenkomst met de regio Apulië het exclusieve recht had op de exploitatie en het onderhoud van een lokale spoorweginfrastructuur en op het openbaar personenvervoer per spoor over deze infrastructuur, kon worden aangemerkt als staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.⁸⁸

141. Met betrekking tot het vereiste dat de betrokken maatregel de mededingingsvoorwaarden kan vervalsen, was voor het Hof aangevoerd dat de gunning van deze taken aan die onderneming volgens Italiaans recht onder een wettelijk monopolie valt waardoor de mededinging op de relevante markt wordt uitgesloten.⁸⁹ Onder verwijzing naar punt 188, onder b), van de mededeling betreffende het begrip „staatssteun” heeft het Hof dit argument evenwel afgewezen.

142. Met betrekking daartoe heeft het Hof geoordeeld dat slechts kan worden uitgesloten dat er in dergelijke omstandigheden sprake is van een vervalsing van de mededinging indien het wettelijke monopolie niet alleen de concurrentie óp de markt uitsluit, maar ook de concurrentie óm de markt, in die zin dat het elke potentiële concurrentie uitsluit om de exclusieve aanbieder van de betrokken dienst te worden.⁹⁰ Voorts heeft het Hof geoordeeld dat er, om vast te stellen dat het om een markt gaat om welke mededinging is uitgesloten, moest worden aangetoond dat de regio Apulië op grond van wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen verplicht was om de exploitatie van de betrokken spoorweginfrastructuur en de dienstverlening op het gebied van personenvervoer per spoor uitsluitend aan de betrokken onderneming te gunnen, wat niet bleek uit het dossier waarover het Hof beschikte.⁹¹

143. In de onderhavige zaak moet evenwel worden opgemerkt dat de spoorverbindingen met het achterland een spoorweginfrastructuur vormen die, volgens de feitelijke vaststelling van het Gerecht en zoals vermeld in punt 126 hierboven, reeds vóór de verwezenlijking van het project deel uitmaakte van de nationale spoorweginfrastructuur die op grond van het voornoemde wettelijke monopolie door Banedanmark wordt beheerd, en die ook na de verwezenlijking van het project deel zal blijven uitmaken van die infrastructuur. In die omstandigheden lijkt het dus, anders dan het geval was in het arrest *Arriva Italia*, in juridisch opzicht uitgesloten dat in de onderhavige zaak het beheer van de betrokken spoorweginfrastructuur kan worden toegekend aan een andere onderneming dan Banedanmark.

144. In dezelfde zin onderscheidt de onderhavige zaak zich van de zaak die werd geanalyseerd in het voornoemde arrest *Azienda Napoletana Mobilità*, dat betrekking had op het beheer van plaatselijke openbare vervoersdiensten.

⁸⁷ Zie punt 105 hierboven.

⁸⁸ Zie de punten 13, 29, 30, en 58 van het arrest *Arriva Italia*.

⁸⁹ Zie punt 54 van het arrest *Arriva Italia*.

⁹⁰ Zie punt 57 van het arrest *Arriva Italia*.

⁹¹ Zie punt 58 van het arrest *Arriva Italia*.

145. Wat in de derde plaats het argument van Rederi betreft dat de verlening van een wettelijk monopolie voor slechts een deel van de spoorweginfrastructuur, in een situatie waarin meerdere ondernemingen diensten op het gebied van de exploitatie en het beheer van spoorweginfrastructuren kunnen verlenen en dat feitelijk ook doen, niet volstaat voor de vaststelling dat de markt gemonopoliseerd is en dat mededinging derhalve is uitgesloten, dit kan naar mijn mening niet worden aanvaard. Zoals het Gerecht in de bestreden arresten⁹² overigens heeft opgemerkt, staan de spoorwegnetten waarop de genoemde vergunninghouders in Denemarken actief zijn, los van de nationale spoorweginfrastructuur en vormen zij op zichzelf staande natuurlijke monopolies, en dit geldt los van de omstandigheid waarop Trelleborg heeft gewezen, dat deze netwerken op de openbare spoorweginfrastructuur zijn aangesloten. Hieruit blijkt dat het feit dat er ondernemingen bestaan die diensten op het gebied van de exploitatie en het beheer van die infrastructuur aanbieden, geenszins inhoudt dat de activiteit van exploitatie en beheer van het nationale spoorwegnet openstaat voor mededinging en dat maatregelen betreffende de financiering van die infrastructuur de mededinging bijgevolg kunnen vervalsen.

146. Hieruit volgt dat, hoewel volgens het arrest van 23 januari 2019, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo* (C-387/17, EU:C:2019:51), staatssteun de mededinging kan vervalsen ook al staat de betrokken markt nog maar gedeeltelijk open voor mededinging⁹³, dit beginsel evenwel niet van toepassing is op de onderhavige zaak. Dit arrest had overigens geen betrekking op de spoorwegsector, en evenmin op andere economische sectoren waarvoor een netwerkinfrastructuur vereist is, maar betrof een zaak waarin subsidies waren verleend vóór de liberalisering van een markt die aanvankelijk gesloten was voor mededinging.

147. Wat in de vierde plaats de verschillende argumenten van rekwirantes en de aan hun zijde interveniërende partijen betreft volgens welke het in de Deense wet geregelde vergunningsstelsel aantoonde dat in Denemarken de markt voor de exploitatie en het beheer van de spoorweginfrastructuur in elk geval voor wat de mededinging „om” de markt betreft rechte voor mededinging openstaat, zij opgemerkt dat deze argumenten alle zijn gebaseerd op de veronderstelling dat Banedanmark geen wettelijk monopolie heeft op het nationale spoorwegnet, met inbegrip van de spoorverbindingen met het achterland. Deze veronderstelling is onverenigbaar met de in punt 125 hierboven genoemde feitelijke vaststelling van het Gerecht.

148. Meer bepaald houdt het argument dat het gezien het vergunningsstelsel niet is uitgesloten dat ondernemingen een eigen infrastructuur bouwen en zelf natuurlijke monopoliehouders worden of de infrastructuur van anderen in een concurrerende markt beheren, geen rekening met het feit dat de spoorverbindingen met het achterland reeds bestonden en deel uitmaakten, en zullen blijven uitmaken, van het openbare nationale spoorwegnet waarop Banedanmark het voornoemde wettelijke monopolie uitoefent, en dat de – weliswaar zeer omvangrijke – werkzaamheden aan de spoorverbindingen met het achterland dienen ter uitbreiding en verbetering van reeds bestaande spoorlijnen die reeds vielen onder het voornoemde wettelijke monopolie ten gunste van Banedanmark. De feitelijke vaststelling van het Gerecht dat dit monopolie bestaat, sluit dus uit dat de exploitatie en het beheer van die lijnen aan anderen kunnen worden toevertrouwd.

149. Overigens is het argument dat elke onderneming met een vergunning in Denemarken kan deelnemen aan aanbestedingsprocedures voor de exploitatie en het beheer van openbare spoorweginfrastructuren niet onderbouwd. Ook de stelling dat op grond van het voornoemde

⁹² Zie punt 112 van het eerste bestreden arrest en punt 87 van het tweede bestreden arrest.

⁹³ Zie arrest van 23 januari 2019, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo* (C-387/17, EU:C:2019:51, punt 39).

vergunningsstelsel andere ondernemingen dan Banedanmark delen van de onder het genoemde wettelijke monopolie vallende nationale spoorweginfrastructuur kunnen bouwen of beheren, wordt volstrekt niet onderbouwd.

150. Met betrekking tot het argument van Rederi dat de spoorverbindingen met het achterland niet in handen zijn van de staat, maar van Femern Landanlæg, merk ik op dat hoewel de infrastructuur na de verwezenlijking van het project voor 80 % in handen zal zijn van Femern Landanlæg en voor 20 % in handen van Banedanmark, zoals blijkt uit punt 9 hierboven, moet worden geacht vast te staan⁹⁴ dat de spoorverbindingen met het achterland deel zullen uitmaken van het nationale spoorwegnet waarop Banedanmark het monopolie voor het beheer uitoefent, zoals het Gerecht feitelijk heeft vastgesteld. De omstandigheid dat het spoorwegnet van de staat is geïntegreerd met de gemeentelijke en de particuliere spoorwegnetten lijkt voor dit argument niet relevant.

151. Wat in de vijfde plaats de argumenten betreft die rekwirantes ontleen aan de analogie met andere economische sectoren waarin het gebruik van een netwerkinfrastructuur vereist is, zoals de telecommunicatie-, de elektriciteits- of de gassector, merk ik vooreerst op dat zij betrekking hebben op de levering van diensten op het netwerk en niet op het beheer daarvan, en mijns inziens dus niet ter zake doen. Bovendien blijkt uit de bovenstaande overwegingen dat het Gerecht geen fouten heeft gemaakt door te oordelen dat aangezien Banedanmark een wettelijk monopolie heeft, het beheer van het nationale spoorwegnet in Denemarken niet geliberaliseerd is. Geen enkele analogie met de juridische regeling in andere economische sectoren kan deze vaststelling in twijfel trekken.

152. Tot slot blijkt uit de bovenstaande overwegingen dat ook de argumenten van rekwirantes en de aan hun zijde interveniërende partijen dat er feitelijk mededinging bestaat, moeten worden afgewezen. Ook deze argumenten zijn namelijk gebaseerd op de veronderstelling dat Banedanmark in Denemarken geen wettelijk monopolie heeft. Zoals gezegd is deze veronderstelling niet verenigbaar met de in punt 125 hierboven vermelde feitelijke vaststelling van het Gerecht dat er een wettelijk monopolie op de nationale spoorweginfrastructuur bestaat, waarvan de exploitatie en het beheer derhalve niet aan mededinging onderhevig kunnen zijn, ondanks het door rekwirantes aangevoerde vergunningsstelsel.

153. In het licht van de bovenstaande analyse ben ik van mening dat ook het tweede en het derde onderdeel van beide eerste middelen moeten worden afgewezen.

c) Vierde onderdeel van de respectieve eerste middelen inzake het onderscheid tussen enerzijds bouw en onderhoud, en anderzijds exploitatie en beheer van spoorweginfrastructuur

1) Samenvatting van de argumenten van partijen

154. In het vierde onderdeel van het eerste middel van de respectieve principale hogere voorzieningen betwisten rekwirantes, ondersteund door de aan hun zijde interveniërende partijen, de delen van de bestreden arresten⁹⁵ waarin het Gerecht de argumenten heeft afgewezen

⁹⁴ Zie punt 132 hierboven.

⁹⁵ De punten 121-127 van het eerste bestreden arrest en de punten 96-102 van het tweede bestreden arrest.

dat de activiteiten van bouw en onderhoud van het spoorwegnet, die ontstaan voor mededinging, deel uitmaken van de activiteiten die vallen onder het begrip „exploitatie” van de spoornetinfrastructuur⁹⁶, waarmee Femern Landanlæg is belast op grond van de bouwwet⁹⁷.

155. Rekwirantes stellen ten eerste dat aangezien het in Deense spoorwegwet nr. 1249/10 geregelde vergunningsstelsel dat in punt 102 hierboven is genoemd, zonder onderscheid betrekking heeft op de bouw, de exploitatie en het onderhoud van het spoorwegnet, al deze activiteiten in Denemarken klaarblijkelijk ontstaan voor mededinging als bedoeld in het Unierecht.

156. Ten tweede stellen zij dat artikel 3, punt 2, gelezen in samenhang met artikel 7, lid 1, van richtlijn 2012/34⁹⁸ in tegenspraak is met de vaststelling van het Gerecht dat de activiteit van beheer en die van onderhoud van spoorweginfrastructuur twee afzonderlijke markten vormen. Uit artikel 3, punt 2, van richtlijn 2012/34 blijkt namelijk dat de officiële functies van een infrastructuurbeheerder zowel het beheer als het onderhoud van de spoorweginfrastructuur omvatten, hetgeen aantoont dat beide activiteiten deel uitmaken van dezelfde markt. Die conclusie wordt bevestigd door artikel 7, lid 1, van richtlijn 2012/34, waaruit volgt dat het onderscheid tussen essentiële en niet-essentiële taken niet relevant is voor de vaststelling of de activiteit van beheer al dan niet losstaat van die van onderhoud. In elk geval blijkt uit de wettelijke definitie van het begrip „infrastructuurbeheerder” in het Deense recht dat deze exploitanten zowel beheers- als onderhoudsactiviteiten verrichten. Daarnaast heeft het Gerecht niet uitgelegd om welke reden het heeft geoordeeld dat enerzijds de bouw en het onderhoud, en anderzijds de exploitatie en het beheer van de spoorweginfrastructuur twee afzonderlijke markten vormen.

157. Ten derde voeren rekwirantes aan dat de conclusie van het Gerecht dat uit de Deense wetbepalingen die het heeft aangehaald blijkt dat Femern Landanlæg niet in staat was de bouw en het onderhoud van het spoorwegnet in concurrentie met andere exploitanten te verrichten, onjuist is.⁹⁹ Uit de bouwwet blijkt namelijk dat Femern Landanlæg, net als Femern, bevoegd is om te bouwen. Het Gerecht heeft de bewijsmiddelen derhalve onjuist opgevat.

158. De door rekwirantes aangevoerde argumenten worden onderschreven door de aan hun zijde interveniërende partijen. Rederi en Trelleborg voegen daaraan toe dat, anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, bij besluit nr. 1222 betreffende de taken en de bevoegdheden van Banedanmark¹⁰⁰ laatstgenoemde niet is belast met de bouw, de verbetering en het onderhoud van de openbare spoorweginfrastructuren, maar uitsluitend van de spoorweginfrastructuren van de staat. De bouwwet vormt een *lex specialis* die de bepalingen van dat besluit vervangt, waarbij aan Femern Landanlæg het recht wordt verleend om de spoorverbindingen met het achterland aan te leggen en te beheren. Femern Landanlæg is in elk geval een potentiële concurrent van de andere beheerders van spoorweginfrastructuren.

⁹⁶ Zie over de omvang van de begrippen in de onderhavige zaken voetnoot 7 hierboven.

⁹⁷ Zie voetnoot 6 hierboven.

⁹⁸ In artikel 3, punt 2, van richtlijn 2012/34 wordt het begrip „infrastructuurbeheerder” gedefinieerd als „een instantie of onderneming die met name belast is met de aanleg, het beheer en het onderhoud van spoorweginfrastructuur, met inbegrip van het verkeersbeheer en de besturing en seingeving. De taken van de infrastructuurbeheerder op een net of een deel van een net kunnen aan verschillende instanties of ondernemingen worden toegewezen”. Artikel 7, lid 1, van die richtlijn luidt als volgt: „De lidstaten zorgen ervoor dat de essentiële taken die voor eerlijke en niet-discriminerende toegang tot de infrastructuur bepalend zijn, worden toevertrouwd aan instanties of ondernemingen die zelf geen spoorvervoersdiensten verlenen.”

⁹⁹ Zie punt 125 van het eerste bestreden arrest en punt 100 van het tweede bestreden arrest. Rekwiranten betwisten om dezelfde redenen ook de conclusie in punt 127 en punt 102 van de respectieve bestreden arresten.

¹⁰⁰ Bekendtgørelse n° 1222 om Banedanmarks opgaver og beføjelser van 21 november 2014. Zie punt 124 van het eerste bestreden arrest en punt 99 van het tweede bestreden arrest.

159. De Commissie en het Koninkrijk Denemarken betwisten de argumenten van rekwirantes en de interveniërende partijen ten gronde.

2) *Beoordeling*

160. Vooreerst moet erop worden gewezen dat het Gerecht in de bestreden arresten heeft aangegeven dat partijen het erover eens waren dat de markten voor de bouw en het onderhoud van de spoorweginfrastructuren openstaan voor mededinging. Volgens het Gerecht staan deze markten evenwel los van die van de exploitatie en het beheer van de spoorweginfrastructuren in strikte zin, en is Femern Landanlæg op die markten niet actief.

161. Vervolgens heeft het Gerecht geoordeeld dat uit de bepalingen van de wet inzake de planning van de vaste verbinding¹⁰¹, de bouwwet, de statuten van Femern Landanlæg en het voornoemde besluit nr. 1222 inzake de taken en de bevoegdheden van Banedanmark blijkt dat hoewel deze bepalingen de verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de bouw en de exploitatie van de spoorverbindingen met het achterland aan Femern Landanlæg toevertrouwen, deze onderneming niet in staat is de bouw en het onderhoud in concurrentie met andere ondernemingen te verrichten. Op grond van die overwegingen is het Gerecht, los van de vraag of het onderhoud van de infrastructuur in technische zin deel uitmaakt van de exploitatie of het beheer daarvan, tot de slotsom gekomen dat Femern Landanlæg noch die activiteit, noch die van de bouw direct verricht, en dat voorts de verwijzingen in het litigieuze besluit naar de activiteiten van exploitatie en beheer van het spoorwegnet niet de bouw en het onderhoud omvatten.

162. In dit verband merk ik in de eerste plaats met betrekking tot het argument van rekwirantes inzake het in Deense spoorwegwet nr. 1249/10 geregelde vergunningsstelsel op dat het is gebaseerd op de veronderstelling dat dit stelsel de markt voor de exploitatie en het beheer van de spoorweginfrastructuur in Denemarken voor mededinging heeft opengesteld. Deze veronderstelling is wat de spoorverbindingen met het achterland betreft, weerlegd door mijn analyse van het tweede en het derde onderdeel van het eerste middel in de punten 124 tot en met 153 hierboven. Dit argument kan bijgevolg niet slagen.

163. In de tweede plaats moet mijns inziens ook het argument van rekwirantes worden afgewezen dat de vaststelling van het Gerecht dat de markten van de bouw en het onderhoud van het spoorwegnet losstaan van die van de exploitatie en het beheer van de spoorweginfrastructuur, in strijd is met andere bepalingen van richtlijn 2012/34.

164. Dienaangaande merk ik om te beginnen op dat het feit dat aan een exploitant als „infrastructuurbeheerder” in de zin van artikel 3, punt 2, van richtlijn 2012/34 meerdere taken kunnen worden toegewezen, geenszins inhoudt dat die taken per definitie moeten worden geacht deel uit te maken van één relevante markt. Eén exploitant kan heel goed op verschillende relevante markten actief zijn. Overigens blijkt uit de laatste volzin van die bepaling dat de daarin vermelde taken kunnen worden toegewezen aan meerdere ondernemingen. In dezelfde optiek wordt de stelling dat de betrokken taken deel uitmaken van één relevante markt geenszins bevestigd door de bepaling over de essentiële taken in artikel 7, lid 1, van richtlijn 2012/34. Mijns inziens kunnen rekwirantes deze bepalingen van richtlijn 2012/34 dus niet inroepen om te beweren dat het Gerecht dienaangaande een fout heeft gemaakt.

¹⁰¹ Lov no 285 om projektering af fast forbindelse over Femern Bælt med tilhørende landanlæg i Danmark van 15 april 2009.

165. Wat de grief betreft dat de betreden arresten gebrekkig zijn gemotiveerd, herinner ik eraan dat volgens vaste rechtspraak van het Hof de op het Gerecht rustende verplichting om zijn arresten te motiveren niet inhoudt dat het Gerecht bij zijn redenering alle door de partijen bij het geding uiteengezette argumenten één voor één uitputtend dient te behandelen. De motivering kan dus impliciet zijn, mits de belanghebbenden de redenen kunnen kennen waarop het Gerecht zich baseert en het Hof over voldoende elementen beschikt om zijn toezicht in het kader van een hogere voorziening uit te oefenen.¹⁰²

166. In casu kan worden volstaan met de vaststelling dat de redenering van het Gerecht in de punten 121 tot en met 127 van het eerste bestreden arrest en de punten 96 tot en met 102 van het tweede bestreden arrest zowel rekwirantes in staat stelt de redenen te kennen waarom het Gerecht hun argumenten heeft afgewezen, als het Hof in staat stelt over voldoende elementen te beschikken om zijn rechterlijk toezicht uit te oefenen. Uit deze redenering volgt namelijk ondubbelzinnig dat het Gerecht ten eerste heeft geoordeeld dat, hoewel niet is uitgesloten dat onderhoud in technische zin onder het algemenere begrip „netwerkbeheer” kan vallen, de bouw en het onderhoud van spoorweginfrastructuur specifieke activiteiten zijn die op zichzelf staande markten vormen die verschillen van de markten voor de exploitatie en het beheer van spoorweginfrastructuur, en ten tweede dat Femern Landanlæg deze activiteiten wegens de in punt 161 hierboven genoemde bepalingen niet in concurrentie met andere exploitanten kan verrichten. De grief inzake het gestelde motiveringsgebrek moet mijns inziens dus worden afgewezen.

167. Tot slot en in de derde plaats doet de grief volgens welke het bewijs dat betrekking heeft op de bouwwet onjuist is opgevat, naar mijn mening niet ter zake. Zoals uit punt 161 hierboven blijkt, heeft het Gerecht zich ter staving van zijn oordeel dat Femern Landanlæg niet in staat is om de bouw en het onderhoud van het spoorwegnet in concurrentie met andere ondernemingen uit te voeren namelijk gebaseerd op meerdere wetsbepalingen, en niet alleen op de bouwwet. In hun hogere voorzieningen leggen rekwirantes nergens uit waarom, zelfs indien het Gerecht de betekenis van de bouwwet onjuist heeft opgevat, de andere bepalingen waarop het zich heeft gebaseerd zijn oordeel niet kunnen bevestigen.

168. Dienaangaande moet overigens worden opgemerkt dat, zoals Rederi en Trelleborg in hun aanvullende argumenten hebben erkend, het voornoemde besluit nr. 1222 inzake de taken en de bevoegdheden van Banedanmark de verantwoordelijkheid voor de bouw, de verbetering en het onderhoud van de openbare spoorweginfrastructuren aan die onderneming heeft toevertrouwd. In dit verband heb ik in punt 126 hierboven gewezen op de feitelijke vaststelling van het Gerecht dat de spoorverbindingen met het achterland deel uitmaken van het nationale openbare spoorwegnet, welke vaststelling rekwirantes blijkens punt 132 hierboven niet ter discussie hebben gesteld. Hieruit volgt dat het Gerecht geen fouten heeft gemaakt door vast te stellen dat Femern Landanlæg op basis van de in punt 161 hierboven genoemde bepalingen niet in staat is om de bouw en het onderhoud van het spoorwegnet met betrekking tot de spoorverbindingen met het achterland in concurrentie met andere exploitanten te verrichten.

169. Wat het argument betreft dat de bouwwet een *lex specialis* is die de bepalingen van besluit nr. 1222 inzake de taken en de bevoegdheden van Banedanmark vervangt, dit is een nieuw argument waarmee wordt beoogd de door het Gerecht verrichte beoordelingen van het nationale recht in twijfel te trekken. Dit argument is derhalve niet-ontvankelijk overeenkomstig de in de punten 122 en 123 hierboven vermelde rechtspraak.

¹⁰² Zie bijvoorbeeld arrest van 25 november 2020, Commissie/GEA Group (C-823/18 P, EU:C:2020:955, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

170. Uit de bovenstaande overwegingen blijkt dat ook het vierde onderdeel van beide eerste middelen moet worden afgewezen.

171. Hieruit volgt dat mijns inziens beide eerste middelen in hun geheel moeten worden afgewezen.

3. Tweede middel: het Gerecht heeft blijk gegeven van onjuiste opvattingen bij de beoordeling van de vraag of de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen van invloed kunnen zijn op het handelsverkeer tussen de lidstaten

a) Argumenten van partijen

172. Met het tweede middel van de respectieve principale hogere voorzieningen voeren rekwirantes, daarin ondersteund door FSS en Rederi, aan dat het Gerecht, in strijd met artikel 107, lid 1, VWEU en artikel 108, lid 2, VWEU, in de bestreden arresten ten onrechte heeft geconcludeerd¹⁰³ dat de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen niet van invloed konden zijn op het handelsverkeer tussen de lidstaten. Rekwirantes beperken zich ertoe ten eerste aan te geven dat deze maatregelen om de redenen die in het kader van de beide eerste middelen in hogere voorziening zijn uiteengezet – en met name omdat de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen de mededinging kunnen beïnvloeden op zowel de markt voor het beheer van de spoorweginfrastructuur als de markt voor het vervoer over de Fehmarn Belt – van invloed kunnen zijn op het handelsverkeer tussen de lidstaten, en ten tweede dat het project betrekking heeft op de bouw en de exploitatie van een infrastructuur die twee lidstaten verbindt.

173. De Commissie en het Koninkrijk Denemarken stellen dat het tweede middel van de respectieve principale hogere voorzieningen niet-ontvankelijk is omdat ook in dit geval niet is voldaan aan de vereisten van artikel 169, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, en betwisten deze middelen daarnaast ten gronde.

b) Beoordeling

174. In dit verband ben ik om te beginnen van mening dat, om dezelfde redenen als ik in punt 87 hierboven heb gegeven, de exceptie van niet-ontvankelijkheid ook met betrekking tot het tweede middel van de respectieve principale hogere voorzieningen op grond van artikel 169, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moet worden afgewezen.

175. In de bestreden arresten heeft het Gerecht de argumenten volgens welke de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen van invloed kunnen zijn op het handelsverkeer tussen de lidstaten afgewezen op grond van de overweging dat door het ontbreken van mededinging op de markt voor het beheer van de nationale spoorweginfrastructuur overige, in andere lidstaten gevestigde ondernemingen deze markt niet kunnen betreden, en dat op grond van de in punt 161 hierboven vermelde wet inzake de planning Femern Landanlæg geen andere activiteiten kan verrichten dan die met betrekking tot de spoorverbindingen met het achterland.

176. In dit verband wijs ik erop dat de bovenstaande overwegingen van het Gerecht in wezen feitelijke vaststellingen zijn die door de argumenten van rekwirantes, die niet hebben aangevoerd dat de feiten onjuist zijn opgevat, niet in twijfel kunnen worden getrokken. Daarnaast moet

¹⁰³ De punten 128-132 van het eerste bestreden arrest en de punten 103-107 van het tweede bestreden arrest.

worden opgemerkt dat de aan Femern Landanlæg toegekende maatregelen betrekking hebben op de financiering van een infrastructuur, te weten de spoorverbindingen met het achterland, die zich in slechts één lidstaat bevindt en geen rechtstreekse verbinding tussen twee lidstaten vormt. Deze infrastructuur heeft dus niet het grensoverschrijdende karakter dat rekwiranten daaraan toekennen. Bovendien hebben rekwirantes, zoals vastgesteld in punt 95 hierboven, niet betwist dat de maatregelen die in het kader van het project aan verschillende begunstigden zijn toegekend en verschillende doelen hebben, als één geheel moeten worden geanalyseerd.

177. Uit het bovenstaande blijkt dat ook het tweede middel van de respectieve principale hogere voorzieningen moet worden afgewezen.

V. Conclusie

178. Op grond van het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

- 1) de incidentele hogere voorzieningen van de Commissie niet-ontvankelijk te verklaren;
- 2) het eerste en het tweede middel van de principale hogere voorzieningen van Scandlines Danmark ApS, Scandlines Deutschland GmbH en Stena Line Scandinavia AB af te wijzen.