ARREST VAN HET GERECHT (Achtste kamer)

24 maart 2011 *

In de zaken T-443/08 en T-455/08,

Freistaat Sachsen (Duitsland),

Land Sachsen-Anhalt (Duitsland),

vertegenwoordigd door U. Soltész, advocaat,

verzoekers in zaak T-443/08,

Mitteldeutsche Flughafen AG, gevestigd te Leipzig (Duitsland),

Flughafen Leipzig-Halle GmbH, gevestigd te Leipzig,

vertegenwoordigd door M. Núñez-Müller, advocaat,

verzoeksters in zaak T-455/08,

* Procestaal: Duits.

ondersteund door

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door M. Lumma en B. Klein als gemachtigden,

Arbeitsgemeinschaft Deutscher Verkehrsflughäfen eV (ADV), vertegenwoordigd door L. Giesberts, advocaat,

interveniënten,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door K. Gross, B. Martenczuk en E. Righini als gemachtigden,

verweerster,

betreffende een beroep tot gedeeltelijke nietigverklaring van beschikking 2008/948/EG van de Commissie van 23 juli 2008 betreffende maatregelen van Duitsland ten gunste van DHL en Flughafen Leipzig/Halle GmbH (PB L 346, blz. 1),

wijst

HET GERECHT (Achtste kamer),

samengesteld als volgt: M. E. Martins Ribeiro, kamerpresident, S. Papasavvas (rapporteur) en A. Dittrich, rechters,

griffier: C. Heeren, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 2 juli 2010,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 De DHL-groep (hierna: „DHL") is een van de grootste concerns in de sector expres-pakketten. Zij is voor 100 % in handen van Deutsche Post AG.

2 Na onderhandelingen met meerdere luchthavens besloot DHL in 2005 haar Europese luchtvrachthub met ingang van 2008 van Brussel (België) naar Leipzig-Halle (Duitsland) te verplaatsen.

3 De luchthaven Leipzig-Halle wordt geëxploiteerd door Flughafen Leipzig-Halle GmbH (hierna: „FLH"), een dochteronderneming van Mitteldeutsche Flughafen AG (hierna: „MF"). MF heeft een belang van 94 % in FLH. De overige aandeelhouders van FLH zijn de Freistaat Sachsen (5,5 %), de Landkreis Nordsachsen (0,25 %) en de stad Schkeuditz (0,25 %). De aandeelhouders van MF zijn de Freistaat Sachsen (76,64 %) en de deelstaat Sachsen-Anhalt (18,54 %) alsmede de steden Dresden (2,52 %), Halle (0,2 %) en Leipzig (2,1 %). MF heeft geen particuliere aandeelhouders.

4 Op 4 november 2004 besloot MF een nieuwe start- en landingsbaan zuid (hierna: „zuidelijke baan") aan te leggen. Deze moest worden gefinancierd door een kapitaalinjectie ten bedrage van 350 miljoen EUR door de publieke aandeelhouders in MF of FLH (hierna: „kapitaalinjectie").

5 Op 21 september 2005 tekenden FLH, MF en DHL Hub Leipzig GmbH een raamovereenkomst (hierna: „raamovereenkomst"). Op grond van de raamovereenkomst is FLH verplicht de zuidelijke baan aan te leggen en gedurende de looptijd daarvan andere toezeggingen na te komen, onder meer het garanderen van ononderbroken toegang tot de zuidelijke baan 24 uur per dag en 7 dagen per week, en het veiligstellen van de mogelijkheid dat op zijn minst 90 % van het luchtvervoer door of voor DHL te allen tijde vanaf die baan plaatsvindt. In de raamovereenkomst zijn de door FLH en MF gegarandeerde voorwaarden voor het begin van de bouw en de inbedrijfstelling van de nieuwe hub en de verdere exploitatie ervan vastgelegd. De raamovereenkomst bevat ook andere overeenkomsten met betrekking tot de exploitatievoorwaarden, de luchthavengelden en de verhuur van terreinen. Aangaande de garanties na de inbedrijfstelling van de nieuwe hub bepaalt de raamovereenkomst dat wanneer FLH na die inbedrijfstelling niet aan de daarin voorziene exploitatievoorwaarden voldoet, FLH en MF DHL Hub Leipzig schadeloos moeten stellen voor alle ontstane schade en verliezen. Ingeval DHL Hub Leipzig haar operaties substantieel beperkt ziet, kan zij de raamovereenkomst ook opzeggen en schadevergoeding eisen voor alle rechtstreekse en indirecte kosten van de verhuizing naar een andere luchthaven. Ingeval DHL Hub Leipzig door een bestuurlijk verbod op nachtvluchten naar een andere luchthaven moet verhuizen, kan FLH verplicht worden haar schadeloos te stellen.

6 Op 21 december 2005 gaf de Freistaat Sachsen een patronaatsverklaring (Patronatserklärung) ten faveure van FLH en DHL Hub Leipzig af (hierna: „patronaatsverklaring"). Deze strekt ertoe voor de looptijd van de raamovereenkomst de financiële levensvatbaarheid van FLH te garanderen en verplicht de Freistaat Sachsen tot betaling van een schadevergoeding aan DHL Hub Leipzig ingeval de luchthaven Leipzig-Halle niet meer volgens planning kan worden gebruikt.

7 Op 5 april 2006 meldde de Bondsrepubliek Duitsland de raamovereenkomst en de patronaatsverklaring bij de Commissie van de Europese Gemeenschappen aan overeenkomstig artikel 2, lid 1, van verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel [88 EG] (PB L 83, blz. 1).

8 Op 27 april 2006 verzocht de Commissie om verdere inlichtingen, die de Duitse autoriteiten haar op 24 juli 2006 verstrekten.

9 Op 26 juli en 21 augustus 2006 vonden bijeenkomsten plaats van de diensten van de Commissie, FLH, MF, DHL en de Duitse autoriteiten.

10 Bij schrijven van 23 november 2006 stelde de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland in kennis van haar besluit om de procedure van artikel 88, lid 2, EG in te leiden. Deze had betrekking op de raamovereenkomst, de patronaatsverklaring en de kapitaalinjectie. Dit besluit en de uitnodiging aan de belanghebbenden om hun opmerkingen in te dienen over de voorgenomen steunmaatregelen, werden bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 2 maart 2007 (PB C 48, blz. 7).

11 De Bondsrepubliek Duitsland diende haar opmerkingen in op 23 februari 2007. De Commissie ontving opmerkingen van andere belanghebbenden, die zij bij schrijven van 16 mei 2007 doorzond aan de Duitse autoriteiten, waarbij zij hun de gelegenheid gaf binnen een maand daarop te reageren. De Commissie ontving de opmerkingen van die autoriteiten bij brief van 13 juni 2007.

12 Op verzoek van de Bondsrepubliek Duitsland vonden op 18 juni en 25 september 2007 bijeenkomsten plaats. In aansluiting op deze bijeenkomsten zonden de Duitse autoriteiten de Commissie op 19 oktober, 7 en 18 december 2007 alsmede op 17 maart en 9 april 2008 aanvullende inlichtingen.

Beschikking

13 Op 23 juli 2008 gaf de Commissie beschikking 2008/948/EG betreffende maatregelen van Duitsland ten gunste van DHL en Flughafen Leipzig/Halle GmbH (PB L 346, blz. 1; hierna: „bestreden beschikking").

14 Wat de kapitaalinjectie betreft, stelde de Commissie zich in de bestreden beschikking op het standpunt dat de staatssteun ten bedrage van 350 miljoen EUR die de Bondsrepubliek Duitsland voornemens was aan FLH te verlenen ten behoeve van de aanleg van de zuidelijke baan en de bouw van de bijbehorende luchthaveninstallaties, overeenkomstig artikel 87, lid 3, sub c, EG verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt.

15 Wat de raamovereenkomst en de patronaatsverklaring betreft, was de Commissie van mening dat de in die overeenkomst verleende onbeperkte garanties en die verklaring staatssteun vormden in de zin van artikel 87, lid 1, EG, omdat de Freistaat Sachsen, MF en FLH de zakelijke risico's van DHL afdekten tegen voorwaarden waarmee geen

onder normale voorwaarden van een markteconomie handelende particuliere investeerder (hierna: „particuliere investeerder") had ingestemd. Aangezien DHL al het uit hoofde van artikel 87, lid 3, sub a, EG toegestane maximumbedrag aan investeringssteun had ontvangen, waren volgens de Commissie de onbeperkte garanties uit de raamovereenkomst en de patronaatsverklaring niet verenigbaar met de gemeenschappelijke markt.

16 Het dispositief van de bestreden beschikking luidt als volgt:

„Artikel 1

De staatssteun die [de Bondsrepubliek] Duitsland voornemens is te verlenen ten behoeve van de bouw van een nieuwe start- en landingsbaan zuid en de bijbehorende luchthaveninstallaties op de luchthaven van Leipzig/Halle, ten bedrage van 350 miljoen EUR, is overeenkomstig artikel 87, lid 3, sub c, [EG] met de gemeenschappelijke markt verenigbaar.

Artikel 2

De staatssteun die [de Bondsrepubliek] Duitsland bij wege van de patronaatsverklaring ten gunste van DHL wil verlenen, is onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt. Deze staatssteun mag bijgevolg niet worden toegekend.

Artikel 3

De staatssteun die [de Bondsrepubliek] Duitsland door het verlenen van onbeperkte garanties (overeenkomstig de delen 8 en 9 van de raamovereenkomst) ten gunste van DHL wil verlenen, is onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt. De in de raamovereenkomst vastgestelde onbeperkte garanties worden bijgevolg ongedaan gemaakt.

Artikel 4

1. [De Bondsrepubliek] Duitsland vordert de in artikel 3 bedoelde steun, die DHL reeds ter beschikking is gesteld (nl. de garantiepremie voor de periode vanaf 1 oktober 2007 tot en met de intrekking van de onbeperkte garanties), terug.

[...]"

Feiten die zich na de bestreden beschikking hebben voorgedaan

17 Op 18 en 27 november 2008 hebben de aandeelhouders van MF en FLH overeenkomsten voor de financiering van de zuidelijke baan gesloten voor een bedrag van 350 miljoen EUR.

18 Bij brief van 23 december 2008 hebben de Duitse autoriteiten die overeenkomsten bij de Commissie aangemeld.

19 Die aanmelding is geregistreerd onder N 665/2008.

20 Op 30 september 2009 heeft de Commissie, na een briefwisseling en een bijeenkomst met de Duitse autoriteiten, beschikking C(2009) 7185 betreffende steunmaatregel N 665/2008 (Duitsland — Luchthaven Leipzig-Halle) vastgesteld, waarbij zij heeft verklaard dat de aangemelde maatregel geen nieuwe steun vormt in de zin van artikel 1, sub c, van verordening nr. 659/1999. Zij heeft zich in wezen op het standpunt gesteld dat, aangezien de Duitse autoriteiten hadden bevestigd dat de aanmelding betrekking had op dezelfde financieringsmaatregelen als die welke waren goedgekeurd bij de bestreden beschikking, die aanmelding betrekking had op een reeds goedgekeurde steunmaatregel in de zin van artikel 1, sub b-ii, van die verordening, en voorts dat die aanmelding geen betrekking had op een wijziging van een bestaande steunmaatregel in de zin van artikel 4, lid 1, van die verordening.

Procesverloop

21 Bij verzoekschriften, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 6 oktober 2008, hebben verzoekers, te weten de Freistaat Sachsen, het Land Sachsen-Anhalt, MF en FLH, de onderhavige beroepen ingesteld.

22 Bij akten, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 28 januari 2009, heeft de Bondsrepubliek Duitsland verzocht om toelating tot interventie in de onderhavige zaken aan de zijde van de conclusies van verzoekers.

23 Bij akten, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 30 januari 2009, heeft de Arbeitsgemeinschaft Deutscher Verkehrsflughäfen eV (ADV) verzocht om toelating tot interventie in de onderhavige zaken aan de zijde van de conclusies van verzoekers.

24 Bij beschikkingen van 30 maart 2009 heeft de president van de Achtste kamer van het Gerecht de verzoeken om toelating tot interventie van de Bondsrepubliek Duitsland en ADV ingewilligd.

25 ADV heeft haar memories in interventie op 11 mei 2009 neergelegd. De Bondsrepubliek Duitsland heeft geen memorie in interventie neergelegd binnen de gestelde termijn.

26 Verzoekers hebben hun opmerkingen over de memories in interventie van ADV neergelegd op 26 mei (zaak T-455/08) en 27 mei 2009 (zaak T-443/08).

27 De Commissie heeft haar opmerkingen over de memories in interventie van ADV neergelegd op 29 juli 2009.

28 Bij beschikking van 24 juni 2010 heeft de president van de Achtste kamer van het Gerecht, na partijen te hebben gehoord, beslist de onderhavige zaken te voegen voor de mondelinge behandeling.

29 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Achtste kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan.

30 Ter terechtzitting van 2 juli 2010, waaraan de Bondsrepubliek Duitsland niet heeft deelgenomen, hebben partijen pleidooi gehouden en geantwoord op de vragen van het Gerecht. Daarbij hebben zij tevens een uitspraak van het Bundesgerichtshof van 4 april 2003 overgelegd, die het Gerecht bij het dossier heeft gevoegd.

31 Nadat partijen hierover ter terechtzitting zijn gehoord, acht het Gerecht termen aanwezig om de onderhavige zaken overeenkomstig artikel 50 van het Reglement voor de procesvoering te voegen voor het arrest.

Conclusies van partijen

32 Verzoekers, ondersteund door ADV, concluderen dat het het Gerecht behage:

— artikel 1 van de bestreden beschikking nietig te verklaren, voor zover de Commissie daarin vaststelt dat de kapitaalinjectie staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG vormt en voorts dat die staatssteun 350 miljoen EUR bedraagt;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

33 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekers te verwijzen in de kosten.

34 In haar opmerkingen over de memories in interventie van ADV heeft de Commissie tevens geconcludeerd tot verwijzing van ADV in de kosten van de interventie.

Ontvankelijkheid

35 Zonder formeel een exceptie van niet-ontvankelijkheid op te werpen, stelt de Commissie dat het beroep in zaak T-443/08 niet-ontvankelijk is op grond dat verzoekers in die zaak niet individueel worden geraakt en geen procesbelang hebben, wat deze betwisten. In dit kader zijn partijen het tevens oneens over de rechtsgevolgen van de bestreden beschikking.

36 Het Gerecht acht het opportuun om allereerst de exceptie van niet-ontvankelijkheid wegens het ontbreken van procesbelang te onderzoeken.

Argumenten van partijen

37 Vooraf stellen verzoekers in zaak T-443/08 met betrekking tot de rechtsgevolgen van de bestreden beschikking in de eerste plaats dat de kwalificatie van de kapitaalinjectie als staatssteun naar Duits recht de nietigheid daarvan meebrengt. Blijkens de rechtspraak van het Bundesgerichtshof is een overeenkomst waarbij steun wordt

toegekend voordat deze is aangemeld, namelijk op grond van § 134 van het Duits Burgerlijk wetboek absoluut nietig wegens schending van artikel 88, lid 3, derde volzin, EG. Deze nietigheid kan niet a posteriori worden geregulariseerd door een Commissiebeschikking waarbij de steun verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard of door een contractuele bevestiging van de nietige handeling. Anders dan de Commissie aangeeft, ontneemt deze nietigheid voorts niet het nuttig effect aan de bestreden beschikking. Het feit dat die nietigheid wordt gelast heeft namelijk een afschrikkend en dus preventief effect, waardoor de doeltreffendheid wordt versterkt van het in artikel 88, lid 3, EG neergelegde verbod op het tot uitvoering brengen.

38 Verzoekers in zaak T-443/08 zetten in de tweede plaats de gevolgen uiteen die de nietigheid van de kapitaalinjectie zou kunnen hebben, met name op het gebied van het vennootschaps- en het insolventierecht. Ten eerste zou FLH en MF, zo de bestreden beschikking definitief was, insolventie boven het hoofd hangen. De nietigheid van de kapitaalinjectie impliceert namelijk dat voor de periode tussen de toekenning van de steun en de bestreden beschikking hoge rente wordt betaald en de steun ten bedrage van 350 miljoen EUR wordt teruggevorderd. Dit laatste zou kunnen leiden tot de insolventie van FLH. In dit verband brengen verzoekers in zaak T-443/08 tegen het feit dat het recht van de Unie niet de terugbetaling van de volledige steun verlangt, in dat dit niet inhoudt dat het Unierecht zulks verbiedt, aangezien de lidstaten aan de uit het recht van de Unie voortvloeiende verplichtingen kunnen voldoen door verder dan deze te gaan. De insolventie van FLH zou die van MF kunnen meebrengen, omdat deze naar Duits recht is gehouden om het jaarlijks tekort van haar dochteronderneming te dekken. De insolventie van MF zou op haar beurt kunnen leiden tot die van andere dochterondernemingen, aangezien er tussen MF en haar dochterondernemingen overeenkomsten inzake toezicht en winstoverdracht zijn gesloten. Ten tweede zou de insolventie van FLH ertoe kunnen leiden dat de luchthaven Leipzig-Halle haar exploitatievergunning verliest. Naar Duits recht wordt een exploitatievergunning namelijk ingetrokken wanneer niet langer wordt voldaan aan de voorwaarden voor verlening daarvan, onder meer de economische rentabiliteit van de exploitant. Dit zou het geval zijn bij insolventie van FLH. Zonder exploitatievergunning zou de luchthaven met sluiting worden bedreigd, waardoor een groot aantal banen verloren zou gaan. Ten derde gaan verzoekers in zaak T-443/08 in op de eventuele gevolgen van de nietigheid van de kapitaalinjectie voor de juistheid van de jaarrekeningen van FLH en MF en de rectificatie daarvan, alsmede op de eventuele schending door hun bestuurders van de verplichting om het faillissement van die ondernemingen aan te vragen. Ten vierde zouden de bestuurders van FLH en MF naar Duits recht civielrechtelijk risico's

kunnen lopen, wanneer de onderneming niet meer aan de betalingsverplichtingen kan voldoen of de schuldenlast te hoog is opgelopen.

39 Voorts stellen verzoekers in zaak T-443/08 dat zij in casu een procesbelang hebben.

40 In de eerste plaats is er sprake van een procesbelang wanneer een Commissiebeschikking niet voldoet aan de vorderingen van hen die aan de administratieve procedure hebben deelgenomen. In casu hebben verzoekers in zaak T-443/08 in de loop van de administratieve procedure het standpunt verdedigd dat de financieringen van infrastructuur geen staatssteun vormen, terwijl dit volgens de Commissie wel het geval is. Huns inziens is de goedkeuring van een steunmaatregel iets anders dan de vaststelling dat geen steun is toegekend. Voorts is de kwalificatie van een maatregel als steun in de zin van artikel 87, lid 1, EG relevant, omdat de Commissie daardoor een ruime discretionaire bevoegdheid wordt toegekend voor de beoordeling of de maatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt in de zin van artikel 87, lid 3, EG en om de goedkeuring daarvan aan bepaalde voorwaarden te binden. Ten slotte is het feit dat de Commissie met de goedkeuring van een maatregel de belanghebbende elk rechtsmiddel kan ontnemen, niet verenigbaar met het in de Verdragen neergelegde stelsel van rechtsbescherming.

41 In de tweede plaats brengt de kwalificatie van de kapitaalinjectie als staatssteun voor hen aanzienlijke nadelige gevolgen mee, die alleen kunnen worden verholpen door gedeeltelijke nietigverklaring van de bestreden beschikking.

42 Dienaangaande volgt ten eerste uit de rechtspaak dat de kwalificatie van een maatregel als staatssteun een bezwarend besluit vormt. Derhalve zou de nietigverklaring van een beschikking waarbij ook een maatregel als staatssteun wordt gekwalificeerd, van belang kunnen zijn, ook wanneer de steun vervolgens verenigbaar wordt verklaard. Uit de rechtspraak volgt tevens dat er sprake kan zijn van procesbelang

wanneer de Commissiebeschikking in eerste instantie een voordeel lijkt op te leveren, maar vervolgens wegens daarin niet vervatte feiten een nadeel blijkt te zijn. Ten slotte volgt de bijzonderheid van het onderhavige geval vergeleken met de meest restrictieve rechtspraak uit het feit dat naar Duits recht de gevolgen van de schending van de verplichting tot aanmelding van de kapitaalinjectie niet kunnen worden voorzien (zie punt 38 supra).

43 Ten tweede bestaat er onzekerheid met betrekking tot het bedrag van de steun. Hoewel volgens de Commissie de kapitaalinjectie niet voor de volledige 350 miljoen EUR onder de bepalingen inzake staatssteun valt, aangezien sommige uitgaven bij een taak van openbare dienstverlening horen, verklaart zij namelijk in artikel 1 van de bestreden beschikking dat een steun van 350 miljoen EUR verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. De vraag welk deel van dit bedrag niet onder de bepalingen inzake staatssteun valt, blijft dus open. De nietigheid van de kapitaalinjectie naar Duits recht en de gevolgen daarvan kunnen evenwel enkel gelden voor het deel dat als staatssteun wordt beschouwd. Bij gebreke van een aanwijzing kunnen de belanghebbenden niet weten welk bedrag onder artikel 87 EG valt en tot hoever de betrokken gevolgen reiken. Dat leidt tot een rechtsonzekerheid die rechtstreeks voortvloeit uit de bestreden beschikking. Nu de bestreden beschikking geen aanwijzing bevat, kunnen zij derhalve niet door de rechter laten uitmaken welke gevolgen naar Duits recht daaruit voortvloeien en kan alleen een arrest van het Gerecht hen in staat stellen om naderhand in overeenstemming met de geldende bepalingen te handelen.

44 Wat het argument van de Commissie betreft dat zij niet in hun rechten zijn aangetast, wijzen zij erop dat de kwalificatie van de kapitaalinjectie als staatssteun de nietigheid van de daaraan ten grondslag liggende overeenkomst meebrengt, met de schadelijke gevolgen van dien. Voorts houdt deze kwalificatie een schending van artikel 88, lid 3, EG in en gaat zij dus mank aan een „gebrek van onwettigheid". Bovendien maakt die kwalificatie inbreuk op de rechtspositie van verzoekers in zaak T-443/08, voor zover zij toekomstige financieringen voor luchthaveninfrastructuur bij de Commissie

zullen moeten aanmelden. Daarnaast hangt de vraag of dergelijke financieringen onder de bepalingen van het EG-Verdrag vallen en of de Commissie over de in artikel 88 EG bedoelde bevoegdheden beschikt, eveneens van deze kwalificatie af. Verder zijn op maatregelen die wel en op maatregelen die geen staatssteun vormen, verschillende voorschriften van toepassing. Aangezien het bij de goedgekeurde steun om bestaande steun gaat, moet elke wijziging in de financiering voor infrastructuur worden aangemeld. Ten slotte heeft de betrokken kwalificatie wegens de daarmee gepaard gaande cumulatie negatieve gevolgen voor de toelaatbaarheid van toekomstige steunmaatregelen.

45 De Commissie betwist de beschrijving van de rechtsgevolgen van de bestreden beschikking door verzoekers in T-443/08 en stelt dat zij er geen belang bij hebben om tegen artikel 1 van de bestreden beschikking op te komen.

Beoordeling door het Gerecht

46 Er zij aan herinnerd dat een door een natuurlijke of rechtspersoon ingesteld beroep tot nietigverklaring slechts ontvankelijk is, indien de verzoeker belang heeft bij de nietigverklaring van de bestreden handeling. Dit belang moet reëel en daadwerkelijk zijn en moet worden beoordeeld naar de dag waarop het beroep is ingesteld (arresten Gerecht van 14 april 2005, Sniace/Commissie, T-141/03, Jurispr. blz. II-1197, punt 25, en 20 september 2007, Salvat père & fils e.a./Commissie, T-136/05, Jurispr. blz. II-4063, punt 34).

47 In casu vorderen verzoekers in zaak T-443/08 nietigverklaring van artikel 1 van de bestreden beschikking, voor zover daarin wordt vastgesteld dat de kapitaalinjectie staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG vormt en voorts dat die steun 350 miljoen EUR bedraagt.

48 Volgens dit artikel is de staatssteun die de Bondsrepubliek Duitsland voornemens is te verlenen ten behoeve van de aanleg van de zuidelijke baan en de bouw van de bijbehorende luchthaveninstallaties op de luchthaven Leipzig-Halle, ten bedrage van 350 miljoen EUR, overeenkomstig artikel 87, lid 3, sub c, EG met de gemeenschappelijke markt verenigbaar.

49 De enkele omstandigheid dat de bestreden beschikking de steunmaatregel verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaart en in beginsel dus niet bezwarend voor verzoekers in zaak T-443/08 is, ontslaat de rechter van de Unie evenwel niet van de verplichting te onderzoeken of de beoordeling van de Commissie bindende rechtsgevolgen teweegbrengt die verzoekers belangen raken (zie in die zin arrest Gerecht van 30 januari 2002, Nuove Industrie Molisane/Commissie, T-212/00, Jurispr. blz. II-347, punt 38, en arrest Salvat père & fils e.a./Commissie, punt 46 supra, punt 36).

50 In de eerste plaats voeren verzoekers in zaak T-443/08 argumenten van procedurele aard aan. In dit kader stellen zij ten eerste dat de bestreden beschikking niet voldoet aan het door hen in de administratieve procedure gevorderde. Dienaangaande moet erop worden gewezen dat volgens vaste rechtspraak de procedure van controle van staatssteun, gelet op de algemene opzet ervan, een procedure is die wordt ingeleid jegens de lidstaat die verantwoordelijk is voor de toekenning van de steun (arrest Hof van 24 september 2002, Falck en Acciaierie di Bolzano/Commissie, C-74/00 P en C-75/00 P, Jurispr. blz. I-7869, punt 81; zie eveneens in die zin arrest Hof van 10 juli 1986, België/Commissie, 234/84, Jurispr. blz. 2263, punt 29). De steunontvangende ondernemingen en de lagere territoriale lichamen die de steun binnen de staat toekennen, evenals de concurrenten van de steunontvangers, worden in deze procedure slechts als „belanghebbenden" beschouwd (zie arrest Gerecht van 6 maart 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale en Land Nordrhein-Westfalen/Commissie, T-228/99 en T-233/99, Jurispr. blz. II-435, punt 122 en aldaar aangehaalde rechtspraak), waarbij de rechtspraak laatstgenoemde vooral de rol toekent van informatiebron (arrest Westdeutsche Landesbank Girozentrale en Land Nordrhein-Westfalen/Commissie, reeds aangehaald, punt 125). Het feit dat de bestreden beschikking niet strookt met het door verzoekers in zaak T-443/08 tijdens de administratieve procedure ingenomen standpunt, brengt op zichzelf dan ook geen enkel bindend rechtsgevolg

teweeg dat hun belangen raakt. Het kan dus niet als zodanig ten grondslag worden gelegd aan hun procesbelang.

51 Ten tweede moet het argument dat de kwalificatie van de kapitaalinbreng als staatssteun impliceert dat verzoekers in zaak T-443/08 toekomstige financieringen voor luchthaveninfrastructuur zullen moeten aanmelden, van de hand worden gewezen. De verplichting tot aanmelding van de maatregelen die staatssteun vormen, vloeit immers rechtstreeks voort uit het EG-Verdrag, inzonderheid uit artikel 88, lid 3, EG, en niet uit de bestreden beschikking, waarin wordt vastgesteld dat, gelet op de omstandigheden van het concrete geval, de betrokken maatregel een steunmaatregel vormt.

52 Wat ten derde het argument betreft dat de Commissie door die kwalificatie in staat was om de haar op grond van de bepalingen inzake staatssteun toekomende bevoegdheden uit te oefenen en om na te gaan of de betrokken steun verenigbaar is, moet om te beginnen worden opgemerkt dat het feit dat de Commissie, na de betroken maatregel als staatssteun te hebben gekwalificeerd, heeft kunnen nagaan of die verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, op zich niet doorslaggevend is in het kader van het onderzoek van het procesbelang, aangezien de Commissie onvoorwaardelijk heeft verklaard dat die steun verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt, wat in beginsel niet bezwarend kan zijn, zoals volgt uit de in punt 49 hierboven aangehaalde rechtspraak.

53 Vervolgens is het betoog van verzoekers in zaak T-443/08, voor zover het betrekking heeft op de bepalingen inzake bestaande steunregelingen en de daaruit voortvloeiende verplichtingen, in het bijzonder die om jaarlijkse verslagen over de regeling in te dienen, niet ter zake dienend. De kapitaalinjectie vormt immers individuele steun en geen steunregeling, zodat zij, wanneer zij eenmaal is goedgekeurd, niet als een bestaande steunregeling kan worden beschouwd. De voor de bestaande steunregelingen toepasselijke bepalingen en de daaruit voortvloeiende verplichtingen zijn in casu dus niet relevant.

54 Ten slotte moet het argument van de hand worden gewezen dat de betrokken kwalificatie van invloed zou kunnen zijn op toekomstige steunmaatregelen wegens de toepassing van een non-cumulatieregel. Verzoekers in zaak T-443/08 hebben immers geen enkele bepaling aangevoerd die het op het gebied van luchthaveninfrastructuur zou verbieden om steun in de tijd te cumuleren. Overigens bevatten noch de mededeling van de Commissie inzake de toepassing van de artikelen [87 EG en 88 EG] en van artikel 61 van de EER-Overeenkomst op steunmaatregelen van de staten in de luchtvaartsector (PB 1994, C 350, blz. 5; hierna: „mededeling van 1994"), noch de communautaire richtsnoeren voor financiering van luchthavens en aanloopsteun van de overheid voor luchtvaartmaatschappijen met een regionale luchthaven als thuishaven (PB 2005, C 312, blz. 1; hierna: „richtsnoeren van 2005") bepalingen over een anticumulatie-regel met betrekking tot staatssteun ten gunste van luchthaveninfrastructuur.

55 Wat ten vierde het argument betreft dat de Commissie met de goedkeuring van de kapitaalinjectie verzoekers in zaak T-443/08 niet de mogelijkheid kan ontnemen om op te komen tegen de kwalificatie daarvan als staatssteun, moet worden opgemerkt dat de Unie een rechtsunie is in die zin dat de instellingen niet ontkomen aan het toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met het EG-Verdrag en met de algemene rechtsbeginselen, waaronder de grondrechten. Particulieren moeten zich bijgevolg daadwerkelijk voor de rechter kunnen beroepen op door hen aan de rechtsorde van de Unie ontleende rechten, aangezien het recht op een daadwerkelijke rechterlijke bescherming een van de algemene rechtsbeginselen is die voortvloeien uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten. Dit recht is eveneens neergelegd in de artikelen 6 en 13 van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (arresten Hof van 15 mei 1986, Johnston, 222/84, Jurispr. blz. 1651, punt 18; 27 november 2001, Commissie/Oostenrijk, C-424/99, Jurispr. blz. I-9285, punt 45, en 25 juli 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Raad, C-50/00 P, Jurispr. blz. I-6677, punten 38 en 39). In casu is verzoekers in zaak T-443/08 evenwel geenszins hun recht op effectieve rechterlijke bescherming ontnomen. Ook al wordt het onderhavige beroep niet-ontvankelijk verklaard, dan belet namelijk niets hun in een geding voor een nationale rechter, waarin zij eventueel zouden worden geroepen teneinde de door hen aan de orde gestelde gevolgen van de vermeende nietigheid van de kapitaalinjectie te dragen, deze laatste voor te stellen tot een prejudiciële verwijzing overeenkomstig artikel 234 EG over te gaan, om de geldigheid van de bestreden beschikking aan

de orde te stellen voor zover daarbij wordt vastgesteld dat de betrokken maatregel een steunmaatregel is (zie in die zin arrest Sniace/Commissie, punt 46 supra, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak) en dat die steun 350 miljoen EUR bedraagt.

56 In de tweede plaats verwijzen verzoekers in zaak T-443/08 naar de aanzienlijke negatieve gevolgen die de kwalificatie van de kapitaalinjectie als staatssteun zou meebrengen. In dit verband baseren zij zich enerzijds op de onvoorzienbaarheid van de rechtsgevolgen van die kwalificatie en anderzijds op de onzekerheden met betrekking tot het bedrag van de steun.

57 Wat ten eerste die onvoorzienbaarheid betreft, moet worden vastgesteld dat daarop geen procesbelang van verzoekers in zaak T-443/08 kan worden gebaseerd.

58 Volgens vaste rechtspraak kan een verzoeker zich namelijk niet op toekomstige en onzekere situaties beroepen om zijn belang bij de nietigverklaring van de bestreden handeling te rechtvaardigen (arrest Gerecht van 17 september 1992, NBV en NVB/Commissie, T-138/89, Jurispr. blz. II-2181, punt 33; arresten Sniace/Commissie, punt 46 supra, punt 26, en Salvat père & fils e.a./Commissie, punt 46 supra, punt 47).

59 Verzoekers in zaak T-443/08 beperken zich evenwel tot de stelling dat overeenkomstig de rechtspraak van het Bundesgerichtshof inzake onrechtmatige steun de kwalificatie van de kapitaalinjectie als staatssteun naar Duits recht de absolute nietigheid daarvan meebrengt en tot de beschrijving van de „mogelijke" gevolgen daarvan. Zij voeren evenwel niets aan op grond waarvan kan worden aangenomen dat de ingeroepen nietigheid en de vermeende gevolgen daarvan in casu een reëel en daadwerkelijk belang in de zin van de rechtspraak zouden opleveren.

60 In dit verband moet vooraf erop worden gewezen dat volgens vaste rechtspraak, wanneer steun zonder inachtneming van artikel 88, lid 3, laatste zin, EG aan de begunstigde is toegekend, de nationale rechter ten gevolge van een verzoek van een andere marktdeelnemer genoodzaakt kan zijn om, zelfs nadat de Commissie een positieve beschikking heeft gegeven, uitspraak te doen over de geldigheid van de uitvoeringshandelingen en over de terugvordering van de toegekende financiële steun. Uit het arrest van het Hof van 12 februari 2008, CELF en ministre de la Culture et de la Communication (C-199/06, Jurispr. blz. I-469, punt 46; hierna: „arrest CELF"), blijkt dat het Unierecht de nationale rechter in een dergelijk geval verplicht om passende maatregelen te nemen om de gevolgen van de onrechtmatigheid daadwerkelijk op te heffen, maar hem, ook wanneer er geen sprake is van uitzonderlijke omstandigheden, niet verplicht om de onrechtmatige steun volledig te doen terugbetalen. In dat geval is de nationale rechter op grond van het Unierecht verplicht om de ontvanger van de steun te gelasten rente te betalen ter zake van het tijdvak van onrechtmatigheid. In het kader van zijn nationale rechtsorde kan hij bovendien in voorkomend geval de terugvordering van de onrechtmatige steun gelasten, onverminderd het recht van de lidstaat om deze steunmaatregel later opnieuw tot uitvoering te brengen. Hij kan tevens genoopt zijn verzoeken tot vergoeding van de schade die is ontstaan wegens de onrechtmatigheid van de steunmaatregel, toe te wijzen. Wanneer het onrechtmatig tot uitvoering brengen van een steunmaatregel wordt gevolgd door een positieve beschikking van de Commissie, staat het Unierecht dus niet eraan in de weg dat de begunstigde enerzijds betaling vordert van de steun die hem voor de toekomst verschuldigd is, en anderzijds de beschikking over de vóór de positieve beschikking ontvangen steun behoudt, onverminderd de gevolgen die overeenkomstig het arrest CELF aan de onrechtmatigheid van de te vroeg betaalde steun dienen te worden verbonden (zie arrest Hof van 18 december 2008, Wienstrom, C-384/07, Jurispr. blz. I-10393, punten 27-30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

61 Zonder dat behoeft te worden ingegaan op de rechtsgevolgen naar Duits recht van de onrechtmatigheid van de kapitaalinjectie, moet in casu met betrekking tot enerzijds de vermeende nietigheid van de kapitaalinjectie worden opgemerkt dat verzoekers in zaak T-443/08 niet aangeven in hoeverre die nietigheid, afgezien van de vermeende gevolgen die daaruit zouden voortvloeien (zie punt 62 infra), als zodanig hun belangen in de zin van de in punt 46 hierboven bedoelde rechtspraak kan raken.

62 Wat anderzijds de vermeende gevolgen van de nietigheid betreft, moet het argument van verzoekers in zaak T-443/08 van de hand worden gewezen. De aan de orde gestelde gevolgen, zo zij al zouden vaststaan, zouden namelijk niet rechtsreeks die verzoekers treffen, maar FLH en MF raken. Voorts moesten laatstgenoemden, zoals zij hebben aangegeven in antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht, en niet verzoekers in zaak T-443/08, rente over het bedrag van de kapitaalinjectie betalen voor de periode tussen de toekenning van de kapitaalinjectie en de bestreden beschikking, en wel in overeenstemming met het arrest CELF, zoals de Commissie heeft opgemerkt in haar beschikking van 30 september 2009 (zie punt 20 supra). De ontvankelijkheid van een door een natuurlijke of rechtspersoon ingestelde vordering tot nietigverklaring hangt evenwel af van de voorwaarde dat deze doet blijken van een persoonlijk belang bij de nietigverklaring van de bestreden handeling (zie beschikking van het Gerecht van 29 april 1999, Unione provinciale degli agricoltori di Firenze e.a./Commissie, T-78/98, Jurispr. blz. II-1377, punt 30). Wat het door verzoekers in zaak T-443/08 aan de orde gestelde feit betreft dat zij aandeelhouders zijn van FLH en MF en betrokken zijn bij de benoeming van hun bestuurders, wordt door niets aangetoond dat zij daardoor een eigen belang, los van dat van de begunstigde, krijgen om nietigverklaring van de bestreden beschikking te vorderen. Behoudens in het geval dat iemand een procesbelang geldend kan maken dat losstaat van dat van een door een handeling van de Unie geraakte onderneming waarvan die persoon een deel van het kapitaal in handen heeft, kan iemand zijn belangen wat die handeling betreft evenwel enkel verdedigen door zijn rechten uit te oefenen als vennoot van die onderneming die een beroepsrecht heeft (arrest Gerecht van 20 juni 2000, Euromin/Raad, T-597/97, Jurispr. blz. II-2419, punt 50).

63 Hoe dan ook moet ten overvloede worden opgemerkt dat de door verzoekers in zaak T-443/08 aan de orde gestelde gevolgen toekomstig, hypothetisch en onzeker zijn, zodat zij overeenkomstig de in punt 58 hierboven bedoelde rechtspraak hun procesbelang daarop niet kunnen doen steunen. Vooraf moet namelijk erop worden gewezen dat verzoekers in zaak T-443/08 in hun verzoekschrift spreken van „mogelijke" vennootschapsrechtelijke en insolventierechtelijke gevolgen van de vermeende nietigheid van de kapitaalinjectie, en niet van zekere gevolgen. Wat om te beginnen het gevaar voor insolventie van FLH betreft, zijn zij van mening dat juist een verzoek om teruggave van de betrokken steun „zou kunnen leiden" tot insolventie van FLH en bijgevolg tot die van MF. Door het Gerecht hierover ondervraagd, hebben zij

evenwel geen gewag gemaakt van enige bij een nationale rechterlijke instantie ingestelde vordering tot terugbetaling van de betrokken steun, die overigens niet wordt voorgeschreven door het Unierecht, zoals volgt uit de in punt 60 hierboven bedoelde rechtspraak. Voorts hebben verzoekers in zaak T-443/08 niets aangevoerd waarmee kan worden aangetoond dat op grond van de betaling van rente voor de periode tussen de toekenning van de steun en de bestreden beschikking voor FLH en MF insolventie zou kunnen dreigen. Het argument dat de luchthaven Leipzig-Halle wegens de insolventie het gevaar zou lopen haar exploitatievergunning te verliezen, moet van de hand worden gewezen, aangezien het gevaar voor insolventie niet is aangetoond. Wat vervolgens de aan de orde gestelde boekhoudkundige gevolgen betreft, blijkt uit het verzoekschrift dat de rechtssituatie naar Duits recht in de rechtspraak en de doctrine niet duidelijk is, en dat verzoekers in zaak T-443/08, ook wat de schending betreft van de verplichting om het faillissement aan te vragen (zie punt 38 supra), enkel naar hypothetische situaties verwijzen, die evenwel niet zeker zijn. Wat ten slotte de gevolgen op het gebied van de civielrechtelijke aansprakelijkheid betreft, hebben verzoekers in zaak T-443/08 geen gewag gemaakt van enige bij een nationale rechterlijke instantie tegen FLH, MF of hun bestuurders ter zake aanhangig gemaakte procedure.

64 Ten slotte moet worden vastgesteld dat de rechtspraak inzake staatssteun waarnaar verzoekers in zaak T-443/08 verwijzen ter rechtvaardiging van de ontvankelijkheid van hun beroepen, in casu niet relevant is. Zo had het arrest van het Gerecht van 10 april 2008, Nederland/Commissie (T-233/04, Jurispr. blz. II-591), betrekking op het beroep van een lidstaat tegen een beschikking van de Commissie volgens welke de maatregel waarom het in die zaak ging staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG vormde, die overeenkomstig artikel 87, lid 3, EG verenigbaar werd geacht met de gemeenschappelijke markt. Om te beginnen moet evenwel worden opgemerkt dat de tweede alinea van artikel 230 EG lidstaten de bevoegdheid verleent om met een beroep tot nietigverklaring de wettigheid van beschikkingen van de Commissie te bestrijden zonder ter zake een procesbelang behoeven aan te tonen, zodat dit arrest een andere situatie betreft dan die welke in casu wordt onderzocht. Bovendien volgt, anders dan verzoekers in zaak T-443/08 in repliek stellen, uit dit arrest niet dat de kwalificatie van de betrokken maatregel als staatssteun op zich volstaat voor de erkenning van een procesbelang wanneer de lidstaat bij de Commissie een maatregel heeft aangemeld met het verzoek om vaststelling dat deze geen steun vormt. Vervolgens was

de maatregel waarom het in voormeld arrest Nederland/Commissie ging, anders dan in casu, een steunregeling, zodat de beschikking van de Commissie de latere toepassing van de bepalingen inzake bestaande steunregelingen impliceerde. Ten slotte riep de kwalificatie van de maatregel waarom het in die zaak ging, eveneens anders dan in casu, gevolgen in het leven voor de toepassing van een regeling die de cumulatie van staatssteun verbiedt.

65 Met betrekking tot het arrest van het Gerecht van 12 december 2000, Alitalia/Commissie (T-296/97, Jurispr. blz. II-3871), moet worden beklemtoond dat in dat arrest, net als in de zaak waarom het hier gaat, de Commissie op grond van de kwalificatie van de kapitaalinjectie als staatssteun in staat was om de verenigbaarheid van de maatregel met de gemeenschappelijke markt te onderzoeken. Anders dan de situatie die in dat arrest aan de orde was, heeft de Commissie evenwel in casu de kapitaalinjectie goedgekeurd zonder daaraan de minste voorwaarde te verbinden.

66 Met betrekking tot het arrest van het Gerecht van 9 juli 2008, Alitalia/Commissie (T-301/01, Jurispr. blz. II-1753), volstaat de vaststelling dat de Commissiebeschikking, waarbij de maatregel waarom het in die zaak ging als staatssteun werd gekwalificeerd, tot gevolg had dat de storting van de derde tranche van die steun aan goedkeuring door de Commissie was onderworpen. Dit is in casu evenwel niet het geval.

67 Wat ten tweede de onzekerheden met betrekking tot het bedrag van de betrokken steun betreft, moet worden opgemerkt dat, voor zover de bepaling van dat bedrag van invloed zou kunnen zijn op de terugvordering van de onrechtmatige steun of de betaling van rente, dat de situatie FLH en MF zou beïnvloeden, waarvan alleen die steun zou kunnen worden teruggevorderd of betaling van rente zou kunnen worden

verlangd, en niet rechtstreeks de situatie van verzoekers in zaak T-443/08. Op deze onzekerheden kan hun procesbelang dus niet worden gebaseerd.

68 Uit al deze overwegingen volgt dat verzoekers in zaak T-443/08 geen reëel en daadwerkelijk belang hebben aangetoond om op te komen tegen artikel 1 van de bestreden beschikking, voor zover daarin wordt vastgesteld dat de kapitaalinjectie staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG vormt en voorts dat die steun 350 miljoen EUR bedraagt.

69 Het beroep in zaak T-443/08 moet dus niet-ontvankelijk worden verklaard, zonder dat de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid die gebaseerd is op het feit dat verzoekers in die zaak niet individueel worden geraakt, hoeft te worden onderzocht.

Ten gronde

70 Verzoeksters in zaak T-455/08 (hierna: „verzoeksters") doen hun beroep op acht middelen steunen, te weten in wezen in de eerste plaats schending van artikel 87, lid 1, EG, in de tweede plaats dat FLH niet de begunstigde van staatssteun kan zijn, in de derde plaats dat FLH niet tegelijkertijd als verstrekker en begunstigde van staatssteun kan worden aangemerkt, in de vierde plaats schending van het verbod van terugwerkende kracht en het rechtszekerheids-, het vertrouwens- en het gelijkheidsbeginsel, in de vijfde plaats schending van het primaire recht door de richtsnoeren van 2005, in de zesde plaats, subsidiair, een procedurefout, in de zevende plaats schending van de uit het EG-Verdrag voortvloeiende bevoegdheidsverdeling en in de achtste plaats tegenstrijdige en ontoereikende motivering van het bedrag van de vermeende steun.

Eerste middel: schending van artikel 87, lid 1, EG

Argumenten van partijen

71 Volgens verzoeksters heeft de Commissie zich ten onrechte op het standpunt gesteld dat de financiering van de zuidelijke baan staatssteun vormde.

72 In de eerste plaats is het begrip onderneming in de zin van artikel 87, lid 1, EG niet van toepassing op regionale luchthavens, althans niet wat de financiering van de luchthaveninfrastructuur betreft.

73 Ten eerste vormt de aanleg van die infrastructuur namelijk geen economische activiteit, maar is hij onderdeel van het vervoer-, economische en regionale beleid. De Commissie heeft die politieke rol van de aanleg van de zuidelijke baan in casu overigens erkend (punten 261 en 262 van de bestreden beschikking). Bovendien blijkt uit de mededeling van de Commissie van 24 januari 2007 met het opschrift „Actieplan inzake de capaciteit, efficiëntie en veiligheid van de Europese luchthavens" [COM(2006) 819 def.] dat de uitbreiding van luchthavens eveneens beantwoordt aan de belangen van de Unie.

74 Ten tweede vormt de aanleg van de zuidelijke baan geen economische activiteit, omdat een particuliere investeerder die activiteit niet zou uitoefenen. Er bestaat immers wegens de onmogelijkheid om de aanlegkosten door middel van luchthavenheffingen af te wentelen op de gebruikers van de luchthaven, geen enkel uitzicht op rentabiliteit

van de investering. Deze onmogelijkheid vloeit volgens verzoeksters voort uit het feit dat in Duitsland voor die heffingen de goedkeuring nodig is van de luchthavenautoriteit van de deelstaat waar de luchthaven zich bevindt, waarbij particuliere investeerders geen enkele invloed hebben op de hoogte daarvan. Die heffing kan dus niet door de exploitant vrij worden vastgesteld aan de hand van economische overwegingen en houdt in feite geen verband met de investeringskosten. Derhalve zijn de door de gebruikers van luchthaveninfrastructuur betaalde heffingen geen tegenprestatie voor de aanleg daarvan, zoals de Commissie ten onrechte doet voorkomen. De buiten de vluchtafhandeling om voor commerciële doeleinden verhuurde oppervlakten zijn niet ter zake dienend, aangezien de onderhavige zaak betrekking heeft op de zuidelijke baan, die uitsluitend wordt gebruikt voor vluchtafhandeling.

75 Door zich op het standpunt te stellen dat de exploitatie voor een particuliere investeerder niet rendabel zou zijn, erkent de Commissie dat het onmogelijk is een regionale luchthaven als Leipzig-Halle alleen met particuliere investeringen aan te leggen, zodat die activiteit geen economische activiteit vormt, maar onderdeel is van een structuurpolitieke maatregel. Bovendien gaat de Commissie in dit verband, door openbare luchthavens zonder meer op één lijn met particuliere ondernemingen te stellen, voorbij aan de specifieke taak daarvan, die wordt gekenmerkt door een geringe economische speelruimte. Om te beginnen dragen zij namelijk hogere vaste kosten dan gemiddeld voor de voorzieningen, de exploitatie en het personeel. Voorts wordt hun speelruimte beperkt door de omvang van de lasten en de strikte juridische voorwaarden. Ten slotte moeten de kosten van publieke infrastructuur in beginsel door de gemeenschap worden gedragen, wat de Commissie overigens heeft erkend, met name wanneer het havens betreft. De Commissie kan evenwel havens en luchthavens niet verschillend behandelen.

76 Ten derde vormt de economische activiteit niet het voornaamste doel van de luchthavens en uit het feit dat zij mogelijkerwijs met elkaar concurreren kan niet worden afgeleid dat zij ondernemingen zijn. Voorts is de Commissie zelf van mening dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de verschillende activiteiten van de luchthavenexploitant (punt 178 van de bestreden beschikking), daar die niet alle

van economische aard zijn. In casu wordt enkel in de infrastructuur, hier de zuidelijke baan, geïnvesteerd. Geen enkele particuliere investeerder heeft hierin ooit geïnvesteerd. De Commissie heeft hiermee evenwel geen rekening gehouden, maar heeft zich gebaseerd op een totaalbeeld van de luchthaven, die wordt gezien als een onderneming.

77 In dit verband betogen verzoeksters in repliek bovendien dat het bij de aanleg en de exploitatie van luchthaveninfrastructuur om twee verschillende activiteiten gaat, voor elke waarvan de Commissie positief de economische aard moet aantonen; de noodzaak van die differentiatie is onder meer bevestigd door het arrest van het Gerecht van 17 december 2008, Ryanair/Commissie (T-196/04, Jurispr. blz. II-3643). In casu heeft de Commissie deze differentiatie niet aangebracht en heeft zij, door de economische aard van de aanleg van de zuidelijke baan af te leiden uit de economische aard van de exploitatie van de luchthaven, niet aangetoond dat die aanleg economisch van aard is.

78 Voorts heeft de Commissie niet het bewijs geleverd van het onlosmakelijke verband tussen de activiteiten van aanleg en exploitatie van luchthaveninfrastructuur. Dienaangaande weerleggen verzoeksters het argument dat de aanleg de conditio sine qua non voor de exploitatie is, door er met name op te wijzen dat het erop aankomt dat de activiteiten als zodanig en niet wat hun aard betreft onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Hoe dan ook is dit argument onjuist, aangezien er tal van prealabele voorwaarden bestaan zonder welke een economische activiteit niet zou kunnen worden uitgeoefend, zonder dat de invoering van die prealabele voorwaarden automatisch een economische activiteit vormt. In dit verband weerleggen verzoeksters aan de hand van concrete voorbeelden (musea, openbare scholen of universiteiten,

wegrestaurants) de stelling van de Commissie dat de exploitant van een voorziening noodzakelijkerwijs de aanleg daarvan moet financieren. Verder treden bij de aanleg en de exploitatie verschillende actoren in verschillende sectoren op. Voorts is het onderscheid tussen aanleg, exploitatie en gebruik van infrastructuur een fundamenteel beginsel van de praktijk van de Commissie bij de beoordeling van overheidsfinanciering van infrastructuur in het licht van de bepalingen inzake staatssteun. In casu is echter voldaan aan het criterium voor toepassing van dit beginsel, aangezien alle potentiële gebruikers zonder onderscheid dezelfde toegang tot de zuidelijke baan hebben, zodat ingeval van toepassing van dit beginsel de kapitaalinjectie zou zijn uitgesloten van de werkingssfeer van de bepalingen inzake staatssteun. Ten slotte zou de omstandigheid dat de activiteiten niet van elkaar zijn gescheiden kunnen leiden tot een algemene controle van de infrastructuurpolitiek van de lidstaten, aangezien de Commissie de financiering van infrastructuur in alle sectoren aan de staatssteunregels zou kunnen toetsen. In deze context betwisten verzoeksters de stelling dat de lidstaten door het ontbreken van het karakter van steun bij de financiering van de aanleg van infrastructuur permanent nieuwe concurrenten zouden kunnen creëren, en wijzen zij erop dat deze stelling niet strookt met de werkelijkheid, omdat de aanleg van een luchthaven de uitzondering is.

79 In de tweede plaats worden luchthavens niet door particuliere marktdeelnemers aangelegd. Zo bestaat er binnen de Unie geen enkel geval waarin particuliere investeerders de aanleg of een aanzienlijke uitbreiding van een luchthaven uit eigen middelen zouden hebben gefinancierd. Er is voorts geen enkele beschikking waarin de Commissie zich op het standpunt heeft gesteld dat was voldaan aan het criterium van de particuliere investeerder. Daarentegen heeft de Commissie in haar beschikking 2004/393/EG van 12 februari 2004 betreffende de voordelen die het Waals Gewest en Brussels South Charleroi Airport hebben verleend aan de luchtvaartmaatschappij Ryanair bij haar vestiging in Charleroi (PB L 137, blz. 1), erkend dat er geen enkel geval in Europa bestaat waarin een particuliere luchthaven ex nihilo zou zijn opgericht, zonder overheidsmiddelen. De aanleg van luchthaveninfrastructuur maakt dus deel uit van de activiteiten die altijd al zijn uitgeoefend en noodzakelijkerwijs moeten worden uitgeoefend door openbare inrichtingen. Die aanleg is dus niet economisch van aard, nu een overeenkomstige markt ontbreekt.

80 Ten eerste geeft de Commissie met betrekking tot de verklaring in punt 169 van de bestreden beschikking dat particuliere investeerders een grote belangstelling aan de dag zouden hebben gelegd voor de deelneming in luchthavens, niet aan of deze belangstelling was gericht op regionale dan wel grote luchthavens en evenmin of het ging om een deelneming in reeds bestaande dan wel nog niet aangelegde luchthavens. Zij voert overigens geen enkel voorbeeld aan om haar stellingen te onderbouwen. Zij maakt bovendien geen onderscheid naargelang het gaat om investeringen in luchthavens in hun geheel of enkel om investeringen in de transportinfrastructuur als zodanig, waarbij echter alleen dit laatste geval vergelijkbaar is met de onderhavige zaak.

81 Ten tweede levert de Commissie geen bewijs voor haar stelling in punt 170 van de bestreden beschikking dat de overheid een ander standpunt zou hebben ingenomen ten aanzien van de deelneming van particuliere investeerders in luchthavens.

82 Ten derde voeren verzoeksters beschikking 2004/393 en een universitaire studie van 2001, „Concurrentie tussen luchthavens en toepassing van de regels inzake staatssteun" (hierna: „studie van 2001"), aan om de verklaring van de Commissie te weerleggen dat luchthavens voor een aanzienlijk deel met particuliere middelen worden aangelegd. Dit is onjuist, zelfs al werd enkel rekening gehouden met de situatie in Duitsland. Om te beginnen gaat het bij de deelneming van particuliere partners in luchthavens, ook die welke internationale verbindingen aanbieden, om een minderheidsdeelneming. Voorts zijn bepaalde luchthavens weliswaar gedeeltelijk geprivatiseerd, maar waren geen particuliere investeerders betrokken bij de aanleg daarvan. Ten slotte zijn pogingen om regionale luchthavens particulier te exploiteren, herhaaldelijk op niets uitgelopen. Het is dus de facto in Duitsland onmogelijk om zonder overheidssteun een regionale luchthaven met particuliere middelen aan te leggen.

83 Ten vierde zijn de door de Commissie aangehaalde voorbeelden van luchthaveninfrastructuur die is aangelegd met particuliere middelen, te weten de luchthaven van Ciudad Real (Spanje), terminal 5 van de luchthaven Heathrow (Verenigd Koninkrijk) en de luchthavens van Wenen (Oostenrijk) en Frankfurt-am-Main (Duitsland), irrelevant.

84 In de derde plaats snijdt, aldus nog steeds verzoeksters, de verwijzing in de richtsnoeren van 2005 en de bestreden beschikking naar het arrest van het Gerecht van 12 december 2000, Aéroports de Paris/Commissie (T-128/98, Jurispr. blz. II-3929), bevestigd bij arrest van het Hof van 24 oktober 2002, Aéroports de Paris/Commissie (C-82/01 P, Jurispr. blz. I-9297; hierna: „rechtspraak ADP"), geen hout. Om te beginnen heeft die rechtspraak namelijk geen betrekking op de aanleg van luchthaveninfrastructuur, maar op de exploitatie daarvan. Voorts heeft zij geen betrekking op de uitlegging van het begrip onderneming in de zin van artikel 87 EG, maar betreft zij een schending van het verbod van misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG. Ten slotte ziet zij op de activiteit van een grote internationale luchthaven, die niet vergelijkbaar is met die van regionale luchthavens als Leipzig-Halle.

85 ADV onderschrijft de opmerkingen van verzoeksters. Ten eerste stelt zij dat de aanleg van luchthaveninfrastructuur geen economische activiteit vormt. Ten tweede is de scheiding tussen de vervulling van een overheidstaak in het kader van de financiering van infrastructuur en de uitoefening van economische activiteiten in het kader van de exploitatie daarvan, niet in tegenspraak met de rechtspraak ADP. Ten derde wordt deze functionele scheiding door de rechtspraak en de beschikkingspraktijk van de Commissie erkend. Ten vierde moet de overheidsfinanciering van projecten van algemeen belang mogelijk blijven.

86 De Commissie betwist het betoog van verzoeksters en interveniënte.

Beoordeling door het Gerecht

87 De kwalificatie als steun in de zin van artikel 87, lid 1, EG vereist dat aan alle in die bepaling bedoelde voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet het gaan om een optreden van staatswege dan wel een optreden dat met staatsmiddelen is bekostigd. Ten tweede moet deze bemoeienis het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Ten derde moet zij de begunstigde een voordeel verstrekken waardoor bepaalde ondernemingen of producties worden begunstigd. Ten vierde moet zij de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen (zie arrest Gerecht van 22 februari 2006, Le Levant 001 e.a./Commissie, T-34/02, Jurispr. blz. II-267, punt 110 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

88 In de context van het mededingingsrecht omvat het begrip onderneming elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm ervan en de wijze waarop zij wordt gefinancierd (zie arrest Hof van 10 januari 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a., C-222/04, Jurispr. blz. I-289, punt 107 en aldaar aangehaalde rechtspraak; zie eveneens arresten Hof van 11 juli 2006, FENIN/Commissie, C-205/03 P, Jurispr. blz. I-6295, punt 25, en 1 juli 2008, MOTOE, C-49/07, Jurispr. blz. I-4863, punt 21).

89 Volgens vaste rechtspraak wordt onder een economische activiteit verstaan iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt (zie arrest Cassa di Risparmio di Firenze e.a., punt 88 supra, punt 108 en aldaar aangehaalde rechtspraak; zie eveneens arresten FENIN/Commissie, punt 88 supra, punt 25, en MOTOE, punt 88 supra, punt 22).

90 Er moet eveneens aan worden herinnerd dat het begrip staatssteun, zoals omschreven in het EG-Verdrag, een juridisch begrip is en op basis van objectieve elementen moet worden uitgelegd. Om deze reden moet de Unierechter in beginsel, gelet op zowel de concrete gegevens van het hem voorgelegde geschil als het technische of ingewikkelde karakter van de door de Commissie verrichte beoordelingen, volledig

toetsen of een maatregel al dan niet binnen de werkingssfeer van artikel 87, lid 1, EG valt. Het staat bijgevolg aan de rechter om na te gaan of de door de Commissie aangevoerde feiten inhoudelijk juist zijn en het bewijs vormen dat is voldaan aan alle voorwaarden om te kunnen spreken van „steun" in de zin van artikel 87, lid 1, EG. Aangezien het hierbij om een ingewikkelde economische beoordeling gaat, dient de rechterlijke toetsing van een handeling van de Commissie die een dergelijke beoordeling impliceert, volgens vaste rechtspraak te worden beperkt tot de vraag of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten op grond waarvan de betwiste keuze is gemaakt, juist zijn vastgesteld, en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling van deze feiten dan wel van misbruik van bevoegdheid (arrest Hof van 1 juli 2008, Chronopost/UFEX e.a., C-341/06 P en C-342/06 P, Jurispr. blz. I-4777, punten 141-143).

91 Aangezien ten slotte het begrip staatssteun beantwoordt aan een objectieve situatie die wordt beoordeeld op de datum waarop de Commissie haar beschikking vaststelt, dient deze rechterlijke toetsing betrekking te hebben op de op deze datum verrichte beoordeling (arrest Chronopost/UFEX e.a., punt 90 supra, punt 144).

92 In het licht van deze beginselen moet het onderhavige middel worden onderzocht, in het kader waarvan verzoeksters in wezen stellen dat de Commissie zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de kapitaalinjectie een steunmaatregel van de staat in de zin van artikel 87, lid 1, EG was, aangezien luchthavens, waar het gaat om de uitbouw van regionale luchthaveninfrastructuur, geen ondernemingen in de zin van deze bepaling zijn, nu het hier geen economische activiteit betreft.

93 In dit verband moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat FLH in het kader van de exploitatie van de luchthaven Leipzig-Halle een economische activiteit uitoefent. Blijkens de rechtspraak is het beheer van de luchthaveninfrastructuur namelijk een economische activiteit (zie arrest Ryanair/Commissie, punt 77 supra, punt 88 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Dit wordt in casu bevestigd door het feit dat FLH

luchthavendiensten aanbiedt tegen een vergoeding die voornamelijk wordt opgebracht uit luchthavengelden, die als de tegenprestatie voor door de concessiehouder van de luchthaven verrichte diensten dienen te worden beschouwd (zie in die zin arrest Ryanair/Commissie, punt 77 supra, punt 90). Dat FLH een regionale en niet een internationale luchthaven beheert, kan niet afdoen aan de economische aard van haar activiteit, aangezien die bestaat in het tegen vergoeding aanbieden van diensten op de markt voor regionale luchthavendiensten. Voorts wordt het bestaan van een dergelijke markt in casu aangetoond door het feit dat de luchthaven Leipzig-Halle voor de vestiging van de Europese luchtvrachthub van DHL concurreerde met andere regionale luchthavens, met name die van Vatry (Frankrijk), zoals onder meer blijkt uit punt 8 van de bestreden beschikking. Overigens was ook de luchthaven waarom het ging in de zaak waarin het arrest Ryanair/Commissie, punt 77 supra, is gewezen, een regionale luchthaven. Gelet op de in punt 89 hierboven uiteengezette rechtspraak, kan op grond van al deze factoren de activiteit van exploitatie van de luchthaven Leipzig-Halle door FLH als economische activiteit worden gekwalificeerd.

94 In de tweede plaats moet worden vastgesteld dat de exploitatie van de zuidelijke baan deel is van de economische activiteit van FLH. Zoals blijkt uit punt 177 van de bestreden beschikking, is de zuidelijke baan namelijk een infrastructuur die door FLH zakelijk zal worden geëxploiteerd, aangezien FLH die baan niet gratis ter beschikking stelt in het algemeen belang, maar als tegenprestatie voor het gebruik daarvan gelden verlangt. In dit verband moet erop worden gewezen dat de belangrijkste bron van inkomsten voor de financiering van de nieuwe zuidelijke baan de luchthavengelden zullen zijn, zoals de Commissie te kennen heeft gegeven in punt 15 van de bestreden beschikking. Door de aanleg en de uitbouw van die baan zal FLH dus haar capaciteit kunnen opvoeren en haar economische activiteit van exploitatie van de luchthaven Leipzig-Halle kunnen uitbreiden.

95 In de derde plaats moet worden vastgesteld dat voor het onderzoek van de economische aard van de activiteit van FLH in de context van de overheidsfinanciering van de uitbouw van de zuidelijke baan, de activiteit bestaande in de aanleg of uitbreiding van een infrastructuur, in casu de zuidelijke baan, niet los mag worden gezien van het

latere gebruik ervan, en dat de al dan niet economische aard van het latere gebruik van de aangelegde infrastructuur noodzakelijkerwijs de aard van de uitbouwactiviteit bepaalt (zie in die zin en naar analogie arrest FENIN/Commissie, punt 88 supra, punt 26).

96 Start- en landingsbanen zijn immers van fundamenteel belang voor de economische activiteiten van een luchthavenexploitant. Zo stelt de aanleg van start- en landingsbanen een luchthaven in staat om haar voornaamste economische activiteit uit te oefenen of, wanneer het gaat om de aanleg van een extra baan of de uitbouw van een bestaande baan, die uit te breiden.

97 Verzoeksters stellen dus ten onrechte dat op grond van de economische aard van een activiteit enkel tot de economische aard van een andere activiteit kan worden geconcludeerd wanneer beide activiteiten niet scheidbaar en onderscheidbaar zijn en zij door een en dezelfde entiteit worden verricht, waarbij de Commissie moet aantonen dat aan beide criteria wordt voldaan. Overigens vindt dit argument geen uitdrukkelijke steun in de rechtspraak.

98 Het is juist dat niet alle activiteiten van een luchthavenbeheerder noodzakelijkerwijs economisch van aard zijn. Activiteiten houdende uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag hebben namelijk geen economisch karakter dat de toepassing van de mededingingsregels van het EG-Verdrag rechtvaardigt (zie arrest MOTOE, punt 88 supra, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak). De kwalificatie als activiteit die tot de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag behoort of als economische activiteit moet derhalve voor elke door een bepaalde entiteit uitgeoefende activiteit afzonderlijk gebeuren (arrest MOTOE, punt 88 supra, punt 25).

99 In casu heeft de Commissie evenwel, aangezien de aanleg en de uitbouw van de zuidelijke baan, gelet op de aard en het doel ervan, als zodanig niet onder bevoegdheden van openbaar gezag vallen, wat verzoeksters overigens niet met zoveel woorden beweren, geen fout gemaakt door voor de beoordeling van de economische aard van de activiteit van FLH geen onderscheid te maken tussen de aanleg en de uitbouw van de zuidelijke baan enerzijds en de exploitatie daarvan anderzijds. De stelling dat de Commissie in punt 178 van de bestreden beschikking de noodzaak zou hebben erkend om onderscheid te maken tussen de verschillende activiteiten van de exploitant, moet van de hand worden gewezen, aangezien de Commissie in dat punt de facto in wezen enkel heeft gewezen op de beginselen die voortvloeien uit de in punt 98 hierboven bedoelde rechtspraak.

100 Uit al het voorgaande volgt dat FLH, voor zover zij de zuidelijke baan exploiteert, een economische activiteit uitoefent, waarvan de activiteit bestaande in de aanleg van die baan niet los kan worden gezien. Derhalve kan het betoog dat de uitbouw van luchthaveninfrastructuur geen economische activiteit vormt, niet worden aanvaard, aangezien de economische aard van die activiteit niet los van die van de exploitatie van de infrastructuur kan worden onderzocht.

101 Geen van de door verzoeksters aangevoerde argumenten kan hieraan tornen.

102 In de eerste plaats moet het argument van de hand worden gewezen dat de aanleg of de uitbouw van de zuidelijke baan onderdeel is van het regionale, economische en vervoerbeleid. Uit vaste rechtspraak volgt namelijk enerzijds dat artikel 87, lid 1, EG geen onderscheid maakt naar de redenen of doeleinden van de maatregelen van de staten, doch ziet naar hun gevolgen (arresten Hof van 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, Jurispr. blz. 709, punt 27, en 26 september 1996, Frankrijk/Commissie, C-241/94, Jurispr. blz. I-4551, punt 20; arrest Gerecht van 6 september 2006, Italië en Wam/Commissie, T-304/04 en T-316/04, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 63), en anderzijds dat de inbreng van kapitaal door de overheidsinstanties moet

worden beoordeeld aan de hand van het criterium van de particuliere investeerder, afgezien van elke overweging van sociale aard of van regionaal of sectorieel beleid (zie arrest Gerecht 24 september 2008, Kahla/Thüringen Porzellan/Commissie, T-20/03, Jurispr. blz. II-2305, punt 242 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Overigens is het feit dat de aanleg en de exploitatie van de zuidelijke baan beantwoorden aan een algemeen belang, met name van regionale ontwikkeling, door de Commissie erkend en vormt het een criterium dat door haar in aanmerking is genomen in het kader van de beoordeling van de verenigbaarheid van de steun met de gemeenschappelijke markt, zoals blijkt uit de punten 258 tot en met 263 van de bestreden beschikking.

103 Het is juist dat de Commissie, zoals volgt uit punt 12 van de mededeling van 1994, zich in het verleden op het standpunt heeft gesteld dat de aanleg van nieuwe of de uitbreiding van bestaande infrastructuur een algemene beleidsmaatregel was waarop zij geen toezicht kon uitoefenen op grond van de voorschriften van het EG-Verdrag inzake steunmaatregelen van de staten.

104 Er zij evenwel op gewezen dat de vraag of steun een steunmaatregel is in de zin van het EG-Verdrag moet worden beantwoord aan de hand van objectieve factoren die worden beoordeeld op de datum waarop de Commissie haar beschikking vaststelt (zie in die zin arrest Hof van 22 juni 2006, België en Forum 187/Commissie, C-182/03 en C-217/03, Jurispr. blz. I-5479, punt 137, en arrest Chronopost/UFEX e.a., punt 90 supra, punt 95), en voorts dat hoewel de Commissie gebonden is aan de kaderregelingen en mededelingen die zij vaststelt op het gebied van staatssteun, dit uitsluitend geldt voor zover deze teksten niet afwijken van de juiste toepassing van de regels van het EG-verdrag, en dat die teksten niet aldus kunnen worden uitgelegd dat zij de draagwijdte van de artikelen 87 EG en 88 EG beperken of indruisen tegen de doelstellingen daarvan (zie arrest Hof van 11 september 2008, Duitsland e.a./Kronofrance, C-75/05 P en C-80/05 P, Jurispr. blz. I-6619, punt 65 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

105 De luchthavensector heeft evenwel ontwikkelingen doorgemaakt, waarvan in de punten 169 tot en met 171 van de bestreden beschikking gewag wordt gemaakt en die met name de organisatie en de economische en mededingingssituatie ervan betreffen. Voorts is in de rechtspraak ADP sinds 2000 erkend dat luchthavenexploitanten

in beginsel een economische activiteit in de zin van artikel 87, lid 1, EG uitoefenen, waarop de regels betreffende staatssteun van toepassing zijn, wat is bevestigd door het arrest Ryanair/Commissie, punt 77 supra (punt 88).

106 Derhalve moest de Commissie, gelet op de in punt 104 hierboven bedoelde rechtspraak, bij de vaststelling van de bestreden beschikking rekening houden met deze ontwikkeling en deze uitleg, alsmede met de gevolgen daarvan wat de toepassing betreft van artikel 87, lid 1, EG op de financiering van infrastructuur die verband houdt met de uitoefening van werkzaamheden van luchthavenbeheer, ook al werd hiermee geen toepassing gegeven aan punt 12 van de mededeling van 1994. Gelet op vorenstaande overwegingen, heeft de Commissie dus geen fout gemaakt door zich in punt 174 van de bestreden beschikking op het standpunt te stellen dat het vanaf 2000 niet langer mogelijk was om a priori de toepassing van staatssteunvoorschriften op luchthavens uit te sluiten.

107 In deze context moet hieraan worden toegevoegd dat een luchthavenexploitant, aangezien hij niet alleen taken uitvoert die met name vallen onder het ruimtelijkeordenings- of het vervoerbeleid, maar ook, zoals is opgemerkt, een economische activiteit uitoefent, de kosten van bouwwerken die de grondslag voor zijn economische activiteit vormen, uit eigen middelen zou moeten financieren. In deze omstandigheden moet het argument van de hand worden gewezen dat de kosten van openbare infrastructuur door de gemeenschap zouden moeten worden gedragen. Overigens is het feit dat voor de financiering van infrastructuur publieke middelen zijn vereist, als zodanig en op zich niet relevant. Enkel wanneer kapitaal onder met normale marktvoorwaarden overeenkomende omstandigheden, al dan niet rechtstreeks, door de staat ter beschikking van een onderneming wordt gesteld, kan deze overheidsmaatregel namelijk niet als staatssteun worden gekwalificeerd.

108 In de tweede plaats kunnen verzoeksters' argumenten dat de activiteiten van aanleg en van exploitatie van luchthaveninfrastructuur scheidbaar zouden zijn, evenmin worden aanvaard.

109 Ten eerste moet verzoeksters' stelling in repliek dat het onderscheid tussen de aanleg, de exploitatie en het gebruik van infrastructuur ook in andere sectoren dan de luchthavensector een fundamenteel beginsel van de praktijk van de Commissie is waarvan het toepassingscriterium in casu is vervuld, van de hand worden gewezen, omdat het criterium voor toepassing van dit vermeende fundamentele beginsel, zoals door verzoeksters aangevoerd (zie punt 78 supra), in casu niet ter zake dienend is. Zoals de Commissie beklemtoont, kan namelijk het feit dat het gebruik van infrastructuur voor alle potentiële gebruikers op dezelfde wijze en zonder discriminatie openstaat, een relevant criterium zijn om te kunnen uitsluiten dat er sprake is van steun ten gunste van de gebruikers van de betrokken infrastructuur. Daarentegen kan aan de hand van dit criterium niet worden vastgesteld of, zoals in casu, de openbare financiering van deze infrastructuur steun ten gunste van de exploitant daarvan vormt. Bovendien kan de gestelde praktijk, zonder dat uitspraak behoeft te worden gedaan over het bestaan daarvan, hoe dan ook niet afdoen aan de vaststelling in punt 100 hierboven dat FLH een economische activiteit uitoefent, die niet los kan worden gezien van de activiteit bestaande in de aanleg van die baan. Nu het begrip staatssteun een juridisch begrip is en op basis van objectieve elementen moet worden uitgelegd (zie in die zin arrest Chronopost/UFEX e.a., punt 90 supra, punt 141), kan het niet afhangen van een subjectieve beoordeling door de Commissie en moet het los van elke eerdere praktijk van die instelling worden bepaald.

110 Ten tweede wettigen de door verzoeksters aangevoerde concrete voorbeelden, zoals de exploitatie van een cafetaria in een museum of van een restaurant langs een autosnelweg, niet de conclusie dat de activiteiten van exploitatie enerzijds en die van aanleg anderzijds gescheiden van elkaar moeten worden onderzocht. Die voorbeelden onderscheiden de hoofdactiviteit namelijk niet van de daaraan ondergeschikte nevenactiviteiten. Zo bestaat de hoofdactiviteit van een museum niet in de exploitatie van een cafetaria en die van een autosnelwegbeheerder niet in de exploitatie van een wegrestaurant. Daarentegen houdt de met de aanleg van een landingsbaan nagestreefde doelstelling verband met de economische hoofdactiviteit van een luchthaven, namelijk het verlenen van luchthavendiensten.

111 Ten derde is het argument dat bij de aanleg en de exploitatie verschillende actoren in verschillende sectoren optreden, niet van invloed op de noodzaak om de aard van de activiteit ter voorbereiding van de uitoefening van een economische activiteit en de aard van laatstbedoelde activiteit wegens de band daartussen gezamenlijk te onderzoeken, waarbij de aanleg en de uitbouw van de baan voorafgaande voorwaarden voor de exploitatie daarvan zijn. In de specifieke context van de kapitaalinjectie zijn de betrokken entiteiten hoe dan ook dezelfde, nu MF en FLH (die in handen is van MF) de begunstigden waren van die kapitaalinjectie voor de aanleg van de zuidelijke baan en deze ook zullen gaan exploiteren.

112 Ten vierde moet met betrekking tot het argument dat de Commissie niet het bewijs heeft geleverd van het onlosmakelijke verband tussen de aanleg en de exploitatie van luchthaveninfrastructuur, worden opgemerkt dat de Commissie niet kan worden verplicht de economische aard van alle activiteitssegmenten van een onderneming aan te tonen, wanneer die segmenten niet het karakter van bevoegdheden van openbaar gezag vertonen, en behoren tot de algemene economische activiteit daarvan en verband met elkaar houden. In een dergelijk geval kan de Commissie zich namelijk beperken tot een uiteenzetting van de redenen waarom zij van menig is dat de onderneming een economische activiteit uitoefent en tot vermelding van de redenen waarom zij van menig is dat de betrokken activiteitssegmenten tot die activiteit behoren.

113 Hoe dan ook moet worden opgemerkt dat de Commissie, gelet op de in de punten 169 tot en met 171 van de bestreden beschikking vermelde ontwikkelingen, in punt 172 aangeeft dat het niet langer mogelijk is om de bouw en exploitatie van luchthavens te beschouwen als een overheidstaak die principieel niet onder het staatssteuntoezicht valt. Vervolgens moet worden vastgesteld dat blijkens punt 177 van de bestreden beschikking de Commissie FLH heeft gekwalificeerd als onderneming in de zin van artikel 87, lid 1, EG op basis van het feit dat de betrokken infrastructuur door FLH zakelijk wordt geëxploiteerd en het dus om zakelijk te gebruiken infrastructuur gaat. In die omstandigheden moet ervan worden uitgegaan dat de Commissie voldoende gegevens heeft verstrekt die de band tussen de uitbouw en de exploitatie van

de zuidelijke baan in de context van de kwalificatie van de kapitaalinjectie als staatssteun kunnen onderbouwen.

114 In de derde plaats moet met betrekking tot de argumenten dat luchthavens niet door particuliere marktdeelnemers worden aangelegd en dat de aanleg van de zuidelijke baan geen economische activiteit kan vormen, op grond dat een particuliere investeerder die activiteit niet zou uitoefenen omdat die niet rendabel is, erop worden gewezen dat, zoals uit het vorenstaande blijkt, de uitbouw van de zuidelijke baan een activiteit is die rechtstreeks verband houdt met het beheer van de luchthaveninfrastructuur, dat een economische activiteit is.

115 Dat een activiteit niet door particuliere marktdeelnemers wordt uitgevoerd of zij niet rendabel is, is voorts geen relevant criterium in het kader van de kwalificatie daarvan als economische activiteit. Voor die kwalificatie wordt in de rechtspraak (zie punt 89 supra) namelijk niet expliciet vereist dat de betrokken activiteit door particuliere marktdeelnemers wordt verricht en evenmin dat zij rendabel is. Dit geldt overigens ook voor de kwalificatie als onderneming (zie punt 88 supra).

116 Deze argumenten treffen dus geen doel.

117 Wat in de vierde plaats de argumenten betreft waarmee de relevantie van de rechtspraak ADP in twijfel moet worden getrokken, moet om te beginnen worden opgemerkt dat de begrippen onderneming en economische activiteit op alle gebieden van het mededingingsrecht identiek zijn, of het nu gaat om tot de ondernemingen dan wel tot de lidstaten gerichte bepalingen, aangezien al deze bepalingen bijdragen tot de verwezenlijking van één enkel doel, namelijk dat van artikel 3, sub g, EG, bestaande in de totstandbrenging een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst. Zo verwijst de in punt 88 hierboven bedoelde rechtspraak naar het begrip onderneming in de context van het mededingingsrecht, zonder onderscheid aan te brengen naargelang het gaat om tot de ondernemingen dan wel tot de lidstaten gerichte bepalingen. Zoals de Commissie heeft beklemtoond, heeft overigens het Hof zelf in de context van staatssteun verwezen naar

het in de context van mededingingsregelingen toegepaste begrip onderneming (zie daartoe arrest Cassa di Risparmio di Firenze e.a., punt 88 supra, punt 107). Derhalve is het van geen belang dat de rechtspraak ADP betrekking heeft op de toepassing van artikel 82 EG en niet op die van artikel 87 EG. Om dezelfde reden moeten verzoeksters' argumenten worden afgewezen die ertoe strekken om de relevantie te betwisten van het arrest FENIN/Commissie, punt 88 supra.

118 Vervolgens is de rechtspraak ADP, ook al betrof zij een grote internationale luchthaven, niettemin bevestigd bij het arrest Ryanair/Commissie, punt 77 supra, waarin het ging om een regionale luchthaven.

119 Hoewel ten slotte de betrokken rechtspraak geen betrekking heeft op de activiteiten van aanleg van infrastructuur, doet zulks niet af aan de voorgaande conclusies, die zijn gebaseerd op de omstandigheid dat de activiteiten van beheer en exploitatie van een luchthaven niet kunnen worden gescheiden van die van aanleg of uitbouw van de infrastructuur ervan.

120 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie terecht het standpunt heeft ingenomen dat de kapitaalinjectie staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG vormde.

121 Het eerste middel moet dan ook in zijn geheel worden afgewezen.

Tweede middel: FLH kan niet begunstigde van staatssteun zijn

Argumenten van partijen

122 Volgens verzoeksters kan FLH niet de begunstigde van staatssteun zijn, omdat zij een voor een bijzonder doel opgerichte onderneming is („single purpose vehicle"; hierna: „SPV"). Hoewel FLH een privaatrechtelijke rechtspersoon is die losstaat van de overheidsorganen die haar aandelen in handen hebben, is zij opgericht met als enig doel en enige taak het beheer en de exploitatie van de openbare infrastructuur van de luchthaven Leipzig-Halle. FLH is dus enkel opgericht met het oog op het beheer van deze luchthaven en het verrichten van de daartoe noodzakelijke transacties. Zij moet dus als een SPV worden beschouwd. Tegen het argument van de Commissie dat FLH tal van taken waarneemt, brengen zij in dat de Commissie voorbijgaat aan het feit dat de aanleg van de infrastructuur van een luchthaven los van de exploitatie daarvan moet worden beschouwd.

123 De Commissie heeft op het gebied van staatssteun in beginsel aanvaard dat SPV's worden opgericht waarvan de aandelen uitsluitend in handen zijn van de overheid, zoals ondernemingen voor vermogensbeheer. Deze SPV's worden door de overheid opgericht met één enkel doel en worden uitgerust met de nodige middelen in de vorm van kapitaal voor beheer in het algemeen belang. Zij opereren aldus autonoom ten opzichte van derden, maar niet ten opzichte van de overheid die hun de middelen ter beschikking stelt. In weerwil van het feit dat zij overheidskapitaal ter beschikking krijgen dat zij moeten beheren, worden deze ondernemingen door de Commissie niet als begunstigden van staatssteun aangemerkt. De situatie van FLH is vergelijkbaar met die van deze ondernemingen, aangezien zij potentiële gebruikers de luchthaven-infrastructuur open en op niet-discriminerende wijze ter beschikking moet stellen.

FLH komt niet de rol van ondernemer toe met betrekking tot deze infrastructuur, aangezien die haar niet is toevertrouwd voor vrij gebruik, maar met het oog op de exploitatie daarvan voor rekening en volgens de instructies van de aandeelhouders.

124 Aangezien de Freistaat Sachsen en haar aandeelhouders hebben besloten om FLH de opdracht te verstrekken voor de uitbouw van de zuidelijke baan, moesten zij haar de nodige financiële middelen daarvoor verschaffen. Als aandeelhouder was de staat naar Duits recht zelfs daartoe verplicht. Derhalve vormen de middelen die door de staat als eigenaar van de SPV zijn verstrekt en zijn bestemd voor de uitbreiding van de infrastructuur, geen staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG. Deze beoordeling strookt met de rechtspraak ADP, die niet handelt over de levering van infrastructuur aan luchthavenmaatschappijen, maar over het optreden van luchthavenmaatschappijen tegenover derden. Zelfs indien een luchthaven tegenover derden als ondernemer op de markt zou moeten worden beschouwd, betekent zulks niet dat de infrastructuurvennootschap hoe dan ook eveneens in haar betrekkingen met haar eigenaren, in casu de overheid, als een onderneming moet worden beschouwd.

125 Voorts tonen de overwegingen met betrekking tot de controle van FLH aan dat de benadering van de Commissie onjuist is. FLH wordt namelijk voor 100 % door de overheid gecontroleerd. Had de overheid de luchthaven zelf aangelegd en beheerd, dan zou de financiering van de infrastructuur niet als staatssteun zijn beschouwd, maar als een zuiver bestuurlijk interne financiering van een taak van openbare dienstverlening. Dit geldt ook wanneer de overheid die taak opdraagt aan een specifiek voor dat doel opgerichte autonome juridische entiteit, in casu FLH. Verzoeksters baseren zich hiervoor op beschikking C(2001) 2967 van de Commissie van 5 oktober 2001 betreffende steunmaatregel NN 86/2001 (Ierland — Aer Rianta).

126 Ten slotte overschrijdt de Commissie de haar verleende bevoegdheden door zich bevoegd te achten om de door de overheid getroffen maatregelen te controleren. Nu de Unie geen bevoegdheid is toegekend, blijft de bevoegdheid voor de bestuurlijke

organisatie overeenkomstig artikel 5, eerste en tweede alinea, EG namelijk bij de lidstaten, wat ook voor de toepassing van het Unierecht geldt. Derhalve kunnen de lidstaten zelfstandig bepalen of hun infrastructuur rechtstreeks door een overheidsorgaan dan wel door een daartoe opgerichte onderneming moet worden beheerd. Werd een dergelijke onderneming als begunstigde van staatssteun beschouwd, dan zou dit de lidstaten de mogelijkheid ontnemen om exploitatiemaatschappijen op te richten. Daardoor zou dus invloed worden uitgeoefend op de administratieve structuren van de lidstaten, waartoe de Commissie niet bevoegd is.

127 De Commissie weerspreekt verzoeksters' argumenten.

Beoordeling door het Gerecht

128 Er moet nogmaals aan worden herinnerd dat het begrip onderneming in de context van het mededingingsrecht elke entiteit omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm ervan en de wijze waarop zij wordt gefinancierd (zie arrest Cassa di Risparmio di Firenze e.a., punt 88 supra, punt 107 en aldaar aangehaalde rechtspraak). In dit verband moet worden gepreciseerd dat artikel 87 EG betrekking heeft op alle ondernemingen, particuliere zowel als openbare, en op alle producties van die ondernemingen, behoudens het in artikel 86, lid 2, EG gemaakte voorbehoud (arrest Hof van 15 maart 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, Jurispr. blz. I-877, punt 11).

129 Verder is het al dan niet bestaan van door het nationale recht verleende, van de staat onderscheiden rechtspersoonlijkheid aan een orgaan dat economische activiteiten verricht, niet van invloed op het bestaan van financiële betrekkingen bestaan tussen de staat en dat orgaan (zie in die zin arrest Hof van 16 juni 1987, Commissie/Italië,

118/85, Jurispr. blz. 2599, punt 13), en bijgevolg op de mogelijkheid voor dat orgaan om in aanmerking te komen voor staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG.

130 Evenmin als kan worden aanvaard dat louter door de oprichting van autonome, met de verdeling van de steun belaste instanties de regels betreffende staatssteun zouden kunnen worden omzeild (arrest Hof van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie, C-482/99, Jurispr. blz. I-4397, punt 23), kan derhalve niet worden geduld dat louter de omstandigheid dat een SPV wordt opgericht, ertoe kan leiden dat deze aan die regels ontkomt. Er moet namelijk worden nagegaan of deze entiteit een economische activiteit verricht en dus als onderneming kan worden gekwalificeerd, en of daaraan staatsmiddelen zijn overgedragen (zie in die zin arrest Frankrijk/Commissie, reeds aangehaald, punt 24).

131 Deze uitlegging wordt bevestigd door de beoordelingen van de Commissie ter zake van investeringsinstrumenten en investeringsfondsen, waarnaar verzoeksters overigens zelf verwijzen. Zoals blijkt uit de communautaire richtsnoeren inzake staatssteun ter bevordering van risicokapitaalinvesteringen in kleine en middelgrote ondernemingen (PB 2006, C 194, blz. 2), sluit de Commissie namelijk niet uit dat een investeringsfonds of -instrument kan worden aangemerkt als een onderneming die staatssteun geniet. Zij stelt zich integendeel in punt 3.2, eerste alinea, van deze richtsnoeren op het standpunt dat moet worden onderzocht of dit het geval kan zijn. In de vijfde alinea van dit punt geeft de Commissie aan dat zij in het algemeen een investeringsfonds of een investeringsinstrument beschouwt als een tussenconstructie om steun over te dragen aan de investeerders of aan de ondernemingen waarin wordt geïnvesteerd, en niet als de begunstigde van de steun zelf. Zij sluit evenwel niet uit dat hiervan in sommige gevallen sprake kan zijn, zoals blijkt uit punt 3.2, vijfde alinea, van die richtsnoeren, in het bijzonder, onder bepaalde voorwaarden, bij maatregelen waarbij rechtstreekse overdrachten gebeuren aan bestaande instrumenten of fondsen met talrijke, uiteenlopende investeerders die een onafhankelijke onderneming zijn.

132 Zoals uit het onderzoek van het eerste middel blijkt, verricht FLH in casu een economische activiteit en moet zij bijgevolg worden beschouwd als een op de luchthavenmarkt werkzame onderneming in de zin van artikel 87, lid 1, EG. Voorts staat vast dat zij de begunstigde is van de overheidsfinanciering in de vorm van de kapitaalinjectie, die haar rechtstreeks door overheidslichamen is verleend. Zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan op de vraag of FLH een SPV is, moet derhalve, gelet op het in punt 130 hierboven bedoelde beginsel, het argument van de hand worden gewezen dat FLH niet kan worden beschouwd als begunstigde van de kapitaalinjectie op grond dat het om een SPV gaat. Dit geldt ook voor het argument dat, zo de Duitse autoriteiten de luchthaven zelf hadden aangelegd en beheerd, de financiering niet als staatssteun zou zijn beschouwd.

133 Beschikking C(2001) 2967, waarnaar verzoeksters verwijzen (zie punt 125 supra), kan hun argumenten niet schragen. Deze beschikking handelde namelijk in het bijzonder over de overgang van de eigendom van de luchthaven, van de staat op een beheerder, wat in dat geval geen staatssteun was omdat volgens de Commissie artikel 87 EG niet eraan in de weg stond dat de lidstaten staatsmiddelen aanwendden om een onderneming op te richten en te bezitten. Daarentegen kan op grond van deze beschikking niet ervan worden uitgegaan dat een overdracht van staatsmiddelen aan een onderneming die door de overheid is opgericht voor het beheer van een luchthaven, alleen op die grond niet als staatssteun wordt gekwalificeerd.

134 Uit het voorgaande volgt dat verzoeksters ten onrechte stellen dat FLH niet de begunstigde van staatssteun kan zijn. De grief dat de Commissie de haar verleende bevoegdheden heeft overschreden door zich bevoegd te achten om de door de overheid getroffen maatregelen te controleren, valt onder het onderzoek van de eerste grief van het zevende middel (zie punten 203-206 infra), waarnaar dus wordt verwezen.

135 Onder dit voorbehoud moet het tweede middel worden afgewezen.

Derde middel: FLH kan niet tegelijkertijd als verstrekker en begunstigde van staatssteun worden aangemerkt

Argumenten van partijen

136 Volgens verzoeksters vertoont de bestreden beschikking een innerlijke tegenspraak, omdat FLH tegelijkertijd als begunstigde en verstrekker van de steun wordt beschouwd. De Commissie is namelijk ervan uitgegaan dat FLH enerzijds begunstigde van de kapitaalinjectie was en anderzijds in de context van de raamovereenkomst verstrekker van steun aan DHL. Deze beide rollen zijn niet met elkaar verenigbaar. De beschikkingspraktijk van de Commissie op het gebied van risicokapitaal laat immers zien dat beide rollen elkaar wederzijds uitsluiten, aangezien de verstrekker van steun de steun enkel aan een andere onderneming kan verlenen of overdragen.

137 Is de stelling van de Commissie juist dat een particuliere investeerder de onbeperkte garantie ten gunste van DHL niet zou hebben afgegeven, dan toont zulks aan dat FLH niet als een ondernemer op de markt handelt. FLH zou dus eventueel steun kunnen verlenen, maar niet tegelijkertijd de begunstigde van steun kunnen zijn. Voorts toont de stelling dat FLH steun heeft toegekend, aan dat zij geen onderneming is in de zin van artikel 87, lid 1, EG. Een onderneming verleent immers geen steun, aangezien het in de regel om een niet terug te betalen subsidie gaat en geen enkele onderneming een dienst zonder tegenprestatie levert.

138 Tegen het argument van de Commissie dat zij de verschillende betrokken maatregelen gescheiden van elkaar heeft onderzocht, brengen verzoeksters in dat het feit dat de Commissie in werkelijkheid niet de vereiste differentiaties heeft aangebracht het gevolg ervan is dat zij op basis van de economische aard van de activiteit van exploitatie van de luchthaven ten onrechte heeft geconcludeerd tot de economische aard van de activiteit van aanleg van infrastructuur. Door deze twee activiteiten met elkaar

te verbinden, plaatst zij FLH in een dubbelrol van verstrekker en begunstigde van de steun, hoewel die dubbele functie logischerwijs zou zijn uitgesloten.

139 De Commissie betwist de argumenten van verzoeksters.

Beoordeling door het Gerecht

140 Om te beginnen zij erop gewezen dat FLH de begunstigde van de kapitaalinjectie was, die, zoals uit de punten 165 tot en met 224 van de bestreden beschikking volgt, als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG werd beschouwd.

141 Vervolgens waren blijkens de punten 225 tot en met 252 van de bestreden beschikking ten gunste van DHL onbeperkte garanties overeenkomstig de delen 8 en 9 van de raamovereenkomst verleend en de patronaatsverklaring afgegeven, die door de Freistaat Sachsen, MF en FLH verleende steunmaatregelen in de zin van artikel 87, lid 1, EG zijn. In het bijzonder moet worden opgemerkt dat de raamovereenkomst tussen FLH en MF enerzijds en DHL anderzijds is gesloten.

142 Vastgesteld moet dus worden dat de Commissie zich op het standpunt heeft gesteld dat FLH de begunstigde van een steunmaatregel van de staat, in casu de kapitaalinjectie, was, en verder een van de entiteiten die andere staatssteun hebben verleend, namelijk de garanties op grond van de raamovereenkomst en de patronaatsverklaring.

143 Aangezien het bij de betrokken steunmaatregelen van de staat om afzonderlijke maatregelen ging en zij voorts los van elkaar in de bestreden beschikking waren onderzocht, kan evenwel niet ervan worden uitgegaan dat, zoals verzoeksters beweren, de kwalificaties als begunstigde en verstrekker van steun in casu onverenigbaar zijn. Een openbare onderneming kan namelijk, zoals blijkt uit de in punt 128 hierboven bedoelde rechtspraak, begunstigde van een steunmaatregel van de staat zijn, wanneer het een op een markt werkzame onderneming betreft. Niets staat evenwel eraan in de weg dat die onderneming in de context van een aparte maatregel eveneens steun kan verlenen. Zo kan staatssteun niet alleen rechtstreeks door de staat worden verleend, maar ook door van overheidswege ingestelde of aangewezen publiek- of privaatrechtelijke beheersorganen (zie in die zin arrest van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie, punt 130 supra, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak). De staat is immers perfect in staat, door zijn dominerende invloed op openbare ondernemingen het gebruik van hun middelen te sturen om, in voorkomend geval, specifieke voordelen voor andere ondernemingen te financieren (zie in die zin arrest van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie, punt 130 supra, punt 38). Verzoeksters stellen dus ten onrechte dat ondernemingen in de zin van artikel 87 EG geen steun kunnen verlenen en dat FLH hetzij met de staat zou moeten worden verbonden, hetzij als een onderneming zou moeten worden beschouwd.

144 Anders dan verzoeksters beweren, kan voorts aan de hand van de beschikkingspraktijk van de Commissie inzake risicokapitaal niet worden aangetoond dat de rol van begunstigde van steun onverenigbaar is met die van verstrekker van steun. Geen enkel aspect van die praktijk rechtvaardigt immers de conclusie dat de Commissie onvoorwaardelijk zou hebben uitgesloten dat een begunstigde van een maatregel in de vorm van een steunmaatregel van de staat tegelijkertijd verstrekker kan zijn van een andere maatregel die eveneens een steunmaatregel van de staat vormt. De facto blijkt in wezen uit de door verzoeksters genoemde beschikkingen alsmede uit de communautaire richtsnoeren inzake staatssteun ter bevordering van risicokapitaalinvesteringen in kleine en middelgrote ondernemingen, dat de Commissie in elk geval en gelet op de specifieke kenmerken van elke voorgenomen maatregel nagaat of er sprake kan zijn van staatssteun op het niveau van de investeerders, op het niveau van de investeringsfondsen en op het niveau van de ondernemingen waarin wordt geïnvesteerd. Overigens was de Commissie in haar beschikking C(2007) 2329 van 29 mei 2007 betreffende steunmaatregel N 732/2006 (Nederland — Risicokapitaalregeling „BioGeneration Venture Fund") van menig dat niet kan worden uitgesloten

dat er op het niveau van het fonds en op het niveau van de ondernemingen waarin wordt geïnvesteerd, sprake is van steun.

145 Gelet op het voorgaande en op het feit dat het bij de betrokken steunmaatregelen om afzonderlijke maatregelen gaat, moet worden vastgesteld dat niets eraan in de weg staat dat FLH enerzijds als openbare entiteit via de raamovereenkomst en de patronaatsverklaring verstrekker kan zijn van de door DHL ontvangen steun en anderzijds als op de luchthavenmarkt actieve onderneming begunstigde van een steunmaatregel van de staat kan zijn, in casu de kapitaalinjectie. Uit het onderzoek van het eerste en het tweede middel blijkt evenwel dat de Commissie terecht van mening was dat FLH enerzijds een economische activiteit verricht en een onderneming in de zin van artikel 87, lid 1, EG is, en anderzijds de begunstigde is van de steunmaatregel van de staat in de vorm van de kapitaalinjectie. Voorts is er niets dat kan afdoen aan het feit dat FLH als ondertekenaar van de raamovereenkomst moet worden geacht verstrekker van de desbetreffende steun te zijn, en evenmin aan de beoordeling van de Commissie in punt 227 van de bestreden beschikking dat de raamovereenkomst en de patronaatsverklaring uit overheidsmiddelen worden gefinancierd en dat de besluiten over de toekenning van deze staatsmiddelen aan overheidslichamen zijn toe te rekenen. Verzoeksters betwisten dit in casu overigens niet.

146 Anders dan verzoeksters beweren, vertoont de bestreden beschikking bijgevolg geen innerlijke tegenspraak doordat FHL daarin tegelijkertijd als begunstigde en verstrekker van steun wordt aangemerkt. Derhalve moet eveneens het argument van de hand worden gewezen dat, aangezien de Commissie van menig was dat een particuliere investeerder geen garantie aan DHL zou hebben verstrekt, FLH niet als een ondernemer op de markt kan worden beschouwd, zodat zij niet de begunstigde van steun zou kunnen zijn.

147 Gelet op het voorgaande, moet het derde middel worden afgewezen.

Vierde middel: schending van het verbod van terugwerkende kracht en het rechtszekerheids-, het vertrouwens- en het gelijkheidsbeginsel

Argumenten van partijen

148 Volgens verzoeksters is de toepassing in casu van de richtsnoeren van 2005 in strijd met het verbod van terugwerkende kracht en het rechtszekerheids-, het vertrouwens- en het gelijkheidsbeginsel.

149 Wat in de eerste plaats de schending van het verbod van terugwerkende kracht betreft, stellen verzoeksters om te beginnen dat de Commissie, anders dan zij betoogt, in casu de richtsnoeren van 2005 heeft toegepast. Dat blijkt uit punt 30 van de bestreden beschikking en uit het feit dat deze in meerdere opzichten een innerlijke tegenspraak vertoont waar het gaat om de verwijzingen naar de richtsnoeren van 2005 (punten 30, 174, 176 en 195).

150 Vervolgens konden de richtsnoeren van 2005 huns inziens niet worden toegepast omdat de relevante datum voor de beoordeling van de verlening van de kapitaalinjectie voor de inwerkingtreding daarvan is gelegen. In die richtsnoeren wordt namelijk bepaald dat zij van toepassing zijn op de na de bekendmaking ervan op 9 december 2005 verleende steun, zodat de mogelijkheid van retroactieve toepassing uitdrukkelijk wordt uitgesloten. In casu hebben de aandeelhouders van MF na een besluit van haar raad van commissarissen van 4 november 2004 besloten de kapitaalinjectie ter beschikking van FLH te stellen. De kapitaalinjectie is FLH dus verleend voor de inwerkingtreding van de richtsnoeren van 2005, toen alleen de mededeling van 1994 gold. Door de kapitaalinjectie onder de richtsnoeren van 2005 te brengen, heeft de Commissie bijgevolg gehandeld in strijd met het verbod van terugwerkende kracht.

151 Bovendien dient volgens de rechtspraak een nieuwe regeling waarvan de lidstaat kennis had in het ontwerpstadium, niet met terugwerkende kracht van toepassing te zijn. Derhalve kunnen de richtsnoeren van 2005, waarbij meer dan één jaar na de verlening van de kapitaalinjectie de criteria worden gewijzigd voor de bepaling of die kapitaalinjectie een steunmaatregel van de staat vormt en waarvan het ontwerp de lidstaten pas enkele maanden na die kapitaalinjectie is meegedeeld, te minder terugwerkende kracht hebben.

152 Wat in de tweede plaats de schending van het vertrouwens- en het rechtszekerheidsbeginsel betreft, viel ten tijde van de vaststelling van het besluit over de zuidelijke baan op 4 november 2004 niet te voorzien dat de Commissie haar beoordeling van de financiering van de infrastructuur van regionale luchthavens in het licht van de bepalingen inzake staatssteun zou wijzigen. Dat die financiering een steunmaatregel van de staat zou kunnen zijn, werd voor het eerst in 2005 geopperd, dat wil zeggen na de verlening van de kapitaalinjectie. De facto was er tot de vaststelling van de richtsnoeren van 2005 geen sprake van een vaste praktijk van de Commissie dienaangaande en bestond er grote rechtsonzekerheid. Zelfs indien er sprake was geweest van een dergelijke praktijk, zouden de Duitse autoriteiten of verzoeksters daarvan geen kennis hebben kunnen nemen, omdat de betrokken beschikkingen enerzijds enkel waren bekendgemaakt op de internetsite van de Commissie, maar niet in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, en anderzijds niet in het Duits waren gepubliceerd en dus niet voor verzoeksters vielen te begrijpen. In deze omstandigheden viel niet te voorzien dat artikel 87, lid 1, EG anders zou worden uitgelegd.

153 Voorts had deze ontwikkeling niet kunnen worden afgeleid uit de beschikkingspraktijk van de Commissie, de rechtspraak of de studie van 2001. Zo de rechtspraak ADP de werkingssfeer van de staatssteunregels wilde uitbreiden tot alle maatregelen in de luchthavensector, had de Commissie in het bijzonder vanaf dat tijdstip de mededeling van 1994 moeten intrekken of wijzigen, teneinde de rechtszekerheid te waarborgen. Dat was evenwel niet het geval, zodat de rechtspraak vóór de bestreden beschikking niet aldus kon worden uitgelegd dat de aanleg van de regionale infrastructuur onder de steunbepalingen viel, maar aldus dat de beginselen van de mededeling van 1994 ook voortaan golden. Tegen het door de Commissie aan de orde gestelde feit dat de

Duitse autoriteiten vóór de vaststelling van de richtsnoeren van 2005 maatregelen betreffende de aanleg of de ontwikkeling van regionale luchthavens (steunmaatregel N 644i/2002) hebben aangemeld, brengen verzoeksters in dat de lidstaten doorgaans maatregelen aanmelden om redenen van rechtszekerheid, ook al gaat het huns inziens daarbij niet om staatssteun. Uit deze aanmelding kan dus niet worden afgeleid dat de Duitse autoriteiten vóór de toezegging van financiering van de zuidelijke baan ervan uitgingen dat het om een steunmaatregel van de staat zou kunnen gaan.

154 Aangezien ten slotte de richtsnoeren van 2005 een gedetailleerde regeling voor de toepassing in de tijd daarvan bevatten, heeft de Commissie, door de richtsnoeren op een tijdstip vóór de inwerkingtreding ervan toe te passen, gehandeld in strijd met haar eigen onderzoekscriteria, die zij zich heeft verplicht in acht te nemen en op de inachtneming waarvan de marktdeelnemers en de lidstaten zouden moeten kunnen rekenen. Dienaangaande verduidelijken verzoeksters in repliek dat de Commissie heeft gehandeld in strijd met de mededeling van 1994 en dus met het beginsel van zelfbinding van de administratie door de kapitaalinjectie onder de bepalingen inzake staatssteun te brengen, hoewel zij de richtsnoeren van 2005 niet mocht toepassen. De Commissie is immers gebonden aan de door haar vastgestelde richtsnoeren zolang deze zich niet tegen het primaire recht verzetten. Ten tijde van het besluit over de kapitaalinjectie was de mededeling van 1994 evenwel niet in strijd met het primaire recht, aangezien de rechtspraak niet vereiste dat de bepalingen inzake staatssteun werden toegepast op maatregelen inzake luchthaveninfrastructuur, wat de Commissie heeft bevestigd.

155 Wat in de derde plaats de schending van het gelijkheidsbeginsel betreft, heeft een groot aantal Europese luchthavens overheidssteun ontvangen voor de aanleg en de uitbreiding van infrastructuur. Gelet op het gelijkheidsbeginsel, kan FLH dus niet de

enige zijn die wordt geraakt door de beleidswijziging van de Commissie, die bestaat in de toepassing van de bepalingen inzake staatssteun op regionale luchthavens.

156 De Commissie betwist de argumenten van verzoeksters.

Beoordeling door het Gerecht

157 In de eerste plaats moet met betrekking tot de grief van schending van het verbod van terugwerkende kracht worden vastgesteld dat de bestreden beschikking met betrekking tot de kwalificatie van de kapitaalinjectie als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG, niets bevat dat de conclusie rechtvaardigt dat de Commissie de bepalingen van de richtsnoeren van 2005 heeft toegepast.

158 Wat om te beginnen het criterium van onderneming en van economische activiteit betreft, heeft de Commissie namelijk in punt 173 van de bestreden beschikking uiteengezet dat volgens de rechtspraak ADP luchthavenexploitanten in beginsel een economische activiteit in de zin van artikel 87, lid 1, EG uitoefenen, waarop de regels betreffende staatssteun van toepassing zijn. Tegen deze achtergrond van de recente ontwikkelingen in de sector was de Commissie van mening dat het, zoals is aangegeven in punt 174 van de bestreden beschikking, vanaf 2000, in welk jaar het Gerecht zijn arrest Aéroports de Paris/Commissie, punt 84 supra, heeft gewezen, niet langer mogelijk was om a priori de toepassing van staatssteunvoorschriften op luchthavens uit te sluiten. De Commissie heeft dus in punt 176 van de bestreden beschikking geconcludeerd dat vanaf de datum van dat arrest de voorschriften inzake staatssteun op die sector moesten worden toegepast, en beklemtoond dat daardoor de richtsnoeren van 2005 niet met terugwerkende kracht toegepast, aangezien het alleen maar ging om een verduidelijking van het begrip staatssteun door het Gerecht.

159 Met deze zienswijze moet worden ingestemd, aangezien de uitlegging die het Hof geeft aan een bepaling van Unierecht, niet verder gaat dan het verklaren en preciseren van de betekenis en de strekking van die bepaling zoals deze sinds het tijdstip van haar inwerkingtreding had moeten worden verstaan en toegepast (zie arrest Gerecht van 12 februari 2008, BUPA e.a./Commissie, T-289/03, Jurispr. blz. II-81, punt 159 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

160 Aangaande de beoordeling van het criterium van economische activiteit mocht de Commissie bijgevolg op goede gronden uitvoering geven aan de uit de rechtspraak ADP voortvloeiende beginselen, door die toe te passen op de omstandigheden van het onderhavige geval, met name voor zover dat betrekking heeft op de financiering van luchthaveninfrastructuur, wat geen retroactieve toepassing van de richtsnoeren van 2005 betekent.

161 Bovendien bevat geen enkel punt van de bestreden beschikking inzake de criteria van onderneming en economische activiteit een expliciete aanwijzing dat de Commissie de richtsnoeren van 2005 met terugwerkende kracht heeft toegepast, en duidt punt 176 overigens uitdrukkelijk op het tegendeel. In dit verband moet worden opgemerkt dat de verwijzing in punt 30 van de bestreden beschikking naar die richtsnoeren betrekking heeft op de beoordeling van de verenigbaarheid van de kapitaalinjectie met de gemeenschappelijke markt in het kader van het vooronderzoek en niet op de kwalificatie daarvan als staatssteun. Evenmin kan aan de hand van de verklaring in punt 174 van de bestreden beschikking dat de Commissie, gezien de ontwikkelingen in de luchtvaartsector, de in de rechtspraak ADP gevolgde benadering met de richtsnoeren van 2005 naar alle soorten luchthavens heeft uitgebreid, niet worden geconcludeerd dat zij die richtsnoeren in casu heeft toegepast, aangezien hiermee de facto wordt bedoeld te zeggen dat deze de sinds die rechtspraak bestaande rechtssituatie codificeren en daarbij enkele gevolgen ervan, met name voor de regionale luchthavens, verduidelijken.

162 Wat vervolgens het criterium van economisch voordeel betreft, duidt de bestreden beschikking niet erop dat de richtsnoeren van 2005 zouden zijn toegepast. In punt 195 daarvan valt integendeel te lezen dat de toepasselijkheid van het beginsel van de particuliere investeerder niet is terug te voeren op de richtsnoeren van 2005,

maar op de zich ontwikkelende rechtspraak en de beschikkingen en besluiten van de Commissie, waarbij verzoeksters dit aspect van de bestreden beschikking overigens niet betwisten.

163 Wat ten slotte de criteria toerekenbaarheid aan de staat, specificiteit, verstoring van de mededinging en ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer betreft, duidt niets in de bestreden beschikking erop dat de Commissie met betrekking tot deze criteria elementen van de richtsnoeren van 2005 heeft toegepast, wat verzoeksters overigens ook niet beweren.

164 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie bij de kwalificatie van de kapitaalinjectie als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG niet de richtsnoeren van 2005 heeft toegepast. Aangezien verzoeksters niet tegen de bestreden beschikking zijn opgekomen waar het gaat om de beoordeling van de verenigbaarheid van de kapitaalinjectie met de gemeenschappelijke markt, behoeft voorts in het kader van het onderhavige beroep niet te worden nagegaan of de Commissie met deze beoordeling de richtsnoeren van 2005 met terugwerkende kracht heeft toegepast.

165 Gelet op al het voorgaande, moet de grief inzake de retroactieve toepassing van de richtsnoeren van 2005 op de aanleg en de financiering van de zuidelijke baan van de hand worden gewezen.

166 In de tweede plaats moeten de grieven inzake schending van het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel worden afgewezen, aangezien de Commissie bij de kwalificatie van de kapitaalinjectie als staatssteun niet de richtsnoeren van 2005 heeft toegepast. Deze grieven berusten immers op de onjuiste premisse van retroactieve toepassing van die richtsnoeren.

167 Deze grieven zijn hoe dan ook ongegrond. De rechtspraak ADP, volgens welke de exploitatie van een luchthaven een economische activiteit vormt, dateert namelijk van 2000. Voorts heeft het arrest Ryanair/Commissie, punt 77 supra, dat betrekking had op de situatie vóór de vaststelling van de richtsnoeren van 2005, de rechtspraak ADP in de context van de exploitatie van een regionale luchthaven bevestigd. Verder blijkt uit beschikking SG (2001) D/286839 van de Commissie van 13 maart 2001 betreffende steunmaatregel N 58/2000 (Italië — Promotie van het luchthavensysteem van Piemonte), dat de Commissie op dat tijdstip niet uitsloot dat een maatregel ter ondersteuning van de ontwikkeling van de regionale luchthaveninfrastructuur eventueel staatssteun kan vormen. In die beschikking, waarin het, anders dan verzoeksters beweren, eveneens om de financiering van luchthaveninfrastructuur ging, heeft de Commissie zich namelijk in wezen, zoals in het bijzonder uit punt 17 blijkt, op het standpunt gesteld dat wanneer de betrokken maatregel als staatssteun moest worden beschouwd, hij op grond van artikel 87, lid 3, sub c, EG verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Dat ten slotte de Duitse autoriteiten in 2002 om redenen van rechtszekerheid, zoals verzoeksters stellen (zie punt 153 supra), steunmaatregel N 644i/2002 hebben aangemeld, heeft te maken met het feit dat zij de mogelijkheid in ogenschouw namen dat het bij de betrokken maatregelen, die de verbetering van de regionale luchthaveninfrastructuur tot doel hadden, eventueel om staatssteun ging. Overigens heeft de Commissie in het kader van de procedure inzake die steun de Duitse autoriteiten op 30 juni 2003 onder verwijzing naar de rechtspraak ADP in wezen laten weten dat het niet zeker was dat „de steun voor de aanleg en de ontwikkeling van regionale luchthavens [...] kan worden beschouwd als een algemene infrastructuurmaatregel die irrelevant is vanuit het perspectief van staatssteun".

168 In die omstandigheden stellen verzoeksters ten onrechte dat het op het tijdstip van het besluit over de aanleg van de zuidelijke baan in december 2004 niet viel te voorzien dat de beoordeling van de maatregelen tot financiering van de infrastructuur van regionale luchthavens in het licht van de bepalingen inzake staatssteun wijziging zou ondergaan. Dit geldt ook voor de bewering dat de stelling dat de financiering van de aanleg van regionale luchthavens staatssteun zou kunnen vormen, pas in 2005 is geformuleerd, na de verlening van de kapitaalinjectie.

169 Uit het voorgaande volgt dat de grieven inzake schending van het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel moeten worden afgewezen.

170 Wat in de derde en laatste plaats de grief inzake schending van het gelijkheidsbeginsel betreft, moet worden opgemerkt dat sinds 2000 voor alle luchthavens geldt dat de financiering van de infrastructuur van regionale luchthavens eventueel staatssteun kan vormen, zodat FLH niet kan worden geacht de enige luchthavenexploitant te zijn die door die wijziging wordt geraakt, zoals verzoeksters stellen. Dat luchthavens vóór dat tijdstip van financieringsmaatregelen hebben geprofiteerd, doet niet eraan af dat voortaan bij alle regionale luchthavens de financiering van de infrastructuur getoetst kan worden aan de bepalingen inzake staatssteun.

171 De grief inzake schending van het gelijkheidsbeginsel moet dus van de hand worden gewezen.

172 Gelet op al het voorgaande, moet het vierde middel worden afgewezen.

Vijfde middel: schending van het primaire recht door richtsnoeren van 2005

Argumenten van partijen

173 Volgens verzoeksters schenden de richtsnoeren van 2005 het primaire recht om twee redenen.

174 In de eerste plaats zijn de richtsnoeren van 2005 onjuist, omdat de aanleg en de uitbreiding van luchthaveninfrastructuur geen economische activiteit vormen. Zij zijn derhalve in strijd met het primaire recht en kunnen geen passende rechtsgrondslag voor de bestreden beschikking vormen.

175 In de tweede plaats vertonen de richtsnoeren van 2005 een innerlijke tegenspraak en zijn zij derhalve in strijd met de beginselen van rechtsduidelijkheid en rechtszekerheid. Punt 12 van de mededeling van 1994, waarin staat te lezen dat de aanleg van nieuwe of de uitbreiding van bestaande infrastructuur een algemene economische beleidsmaatregel is waarop de Commissie geen toezicht kan uitoefenen op grond van de voorschriften inzake steunmaatregelen van de staten van het Verdrag, is namelijk niet ingetrokken. Het is dus onmogelijk om te weten in hoeverre de aanleg en de uitbreiding van luchthaveninfrastructuur onder de steunbepalingen vallen.

176 In dit verband erkent huns inziens de Commissie met haar opvatting dat de richtsnoeren van 2005 een „aanvulling" zijn op de mededeling van 1994, dat zij niet heeft willen afdingen op het in die mededeling neergelegde beginsel, waarnaar zij overigens in de richtsnoeren van 2005 verwijst. De Commissie heeft dit echter wel gedaan, voor zover de richtsnoeren van 2005 gelden voor alle luchthavenactiviteiten, waaronder ook de aanleg van de infrastructuur. Voorts staat in deze richtsnoeren, in tegenspraak met de mededeling van 1994, te lezen dat „[w]anneer een luchthavenbeheerder een economische activiteit uitoefent [...] hij uit eigen middelen het gebruik of de bouw van de door hem beheerde infrastructuur [moet] financieren". De Commissie verwijst in dit verband naar de rechtspraak ADP, waarin is gepreciseerd dat de exploitatie van een grote internationale luchthaven als een economische activiteit kan worden beschouwd, maar niets wordt gezegd over regionale luchthavens. Aangezien de Commissie de aanleg van infrastructuur niet langer lijkt te willen uitsluiten van haar toezicht, zoals het geval was op grond van de mededeling van 1994, vertonen de

richtsnoeren van 2005 een innerlijke tegenspraak. Zo de Commissie van menig was dat de financieringsmaatregelen voor de aanleg of de uitbreiding van de regionale luchthaveninfrastructuur staatssteun vormen, had zij de mededeling van 1994 uitdrukkelijk moeten intrekken en een nieuwe mededeling moeten vaststellen.

177 De verklaring van de Commissie dat punt 12 van de mededeling van 1994 opzij zou zijn gezet en zou zijn ingetrokken bij de richtsnoeren van 2005, is onjuist. In de punten 18 en 19 van de richtsnoeren van 2005 wordt immers niet expliciet verduidelijkt hoe zij zich verhouden tot de mededeling van 1994. De richtsnoeren van 2005 zijn warrig, omdat daarbij enerzijds punt 12 van de mededeling van 1994 niet expliciet wordt ingetrokken en anderzijds die mededeling wel opzij wordt gezet. Deze tegenstrijdigheid leidt ertoe dat de richtsnoeren van 2005 geen toepassing vinden op de infrastructuurfinancieringen, en bevestigt dat zij in strijd zijn met artikel 87 EG.

178 Met betrekking tot het argument dat de bestreden beschikking niet op de richtsnoeren van 2005 is gebaseerd, wijzen verzoeksters ten slotte erop dat de Commissie die daadwerkelijk heeft toegepast (zie punt 149 supra).

179 ADV sluit zich aan bij de opmerkingen van verzoeksters. Volgens haar zijn de richtsnoeren van 2005 niet van toepassing. In dit verband mag de Commissie in de richtsnoeren niet in strijd met het primaire recht de voorwaarden voor staatssteun, in casu het begrip bestaan van een economische activiteit, bepalen.

180 De Commissie weerspreekt de argumenten van verzoeksters en ADV.

Beoordeling door het Gerecht

181 Aangezien de Commissie, zoals is opgemerkt in het kader van het onderzoek van het vierde middel, de richtsnoeren van 2005 bij de kwalificatie van de kapitaalinjectie als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG niet heeft toegepast, moet worden vastgesteld dat dit middel geen doel treft.

182 Met dit middel, dat veel weg heeft van een exceptie van onwettigheid, stellen verzoeksters namelijk enerzijds dat de richtsnoeren van 2005 onjuist zijn, aangezien de aanleg en de uitbreiding van luchthaveninfrastructuur geen economische activiteit zouden vormen, en anderzijds dat die richtsnoeren een innerlijke tegenspraak vertonen en dus indruisen tegen de beginselen van rechtsduidelijkheid en rechtszekerheid wat de toepassing van de staatssteunbepalingen op de financiering van luchthaveninfrastructuur betreft. De richtsnoeren van 2005 zijn evenwel in casu niet ter zake toegepast, zodat de desbetreffende grieven van verzoeksters falen.

183 In deze omstandigheden moet het vijfde middel worden afgewezen.

Zesde middel: procedurefout

Argumenten van partijen

184 Verzoeksters zijn subsidiair van mening dat de Commissie niet de passende procedure heeft toegepast. Toen in 2004 werd besloten tot uitbouw van de zuidelijke baan,

bestond er geen markt voor regionale luchthavens als Leipzig-Halle. Deze luchthavens oefenden geen economische activiteit uit en concurreerden niet met andere luchthavens. Gesteld al bovendien dat de regionale luchthavens thans met elkaar concurreren, er een markt daarvoor bestaat en de staatssteunbepalingen dus van toepassing zijn, dan zou dat hoe dan ook het gevolg zijn van een recente ontwikkeling, zoals de Commissie toegeeft in de richtsnoeren van 2005. Zelfs indien de kapitaalinjectie staatssteun zou vormen, zou die bijgevolg hoe dan ook als bestaande steun in de zin van artikel 1, sub b-v, van verordening nr. 659/1999 moeten worden aangemerkt. Aangezien de Commissie in casu de in die verordening, met name in de artikelen 17 tot en met 19, voor bestaande steun voorziene procedure niet heeft toegepast, berust de bestreden beschikking derhalve op een procedurefout.

185 De verklaring van de Commissie dat de artikelen 17 tot en met 19 van verordening nr. 659/1999 enkel voor steunregelingen en niet voor individuele steunmaatregelen gelden, gesteld al dat zij juist is, zou ertoe leiden dat zij de in casu betrokken maatregel niet zou hebben behoeven te controleren. Er was immers geen sprake van dienstige maatregelen in de zin van artikel 88, lid 1, EG en de Commissie was voorts niet bevoegd om bestaande individuele steun overeenkomstig verordening nr. 659/1999 te controleren.

186 De Commissie concludeert tot afwijzing van het onderhavige middel.

Beoordeling door het Gerecht

187 Er zij op gewezen dat het EG-Verdrag voorziet in verschillende procedures voor bestaande en voor nieuwe steunmaatregelen. Terwijl nieuwe steunmaatregelen overeenkomstig artikel 88, lid 3, EG vooraf bij de Commissie moeten worden aangemeld

en niet tot uitvoering kunnen worden gebracht voordat de procedure tot een eindbeslissing heeft geleid, kunnen bestaande steunmaatregelen overeenkomstig artikel 88, lid 1, EG regelmatig tot uitvoering worden gebracht zolang de Commissie deze niet onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt heeft verklaard (arrest Banco Exterior de España, punt 128 supra, punt 22, en arrest van het Gerecht van 15 juni 2000, Alzetta e.a./Commissie, T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97–T-607/97, T-1/98, T-3/98–T-6/98 en T-23/98, Jurispr. blz. II-2319, punt 148). Met betrekking tot bestaande steunmaatregelen kan derhalve in voorkomend geval enkel een beschikking worden gegeven waarbij hun onverenigbaarheid met gevolgen voor de toekomst wordt vastgesteld (arrest Alzetta e.a./Commission, reeds aangehaald, punt 147).

188 Overeenkomstig artikel 1, sub b-v, van verordening nr. 659/1999 is bestaande steun steun waarvan „kan worden vastgesteld dat hij op het moment van inwerkingtreding geen steun vormde, maar vervolgens steun is geworden vanwege de ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt, zonder dat de betrokken lidstaat er wijzigingen in heeft aangebracht". Dit begrip „ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt" kan worden opgevat als een wijziging van de economische en juridische context in de door de betrokken maatregel geraakte sector. Die wijziging kan in het bijzonder het gevolg zijn van de liberalisering van een markt die aanvankelijk niet openstond voor concurrentie.

189 In casu moet worden opgemerkt dat de Commissie zich, zoals blijkt uit de punten 174 en 176 van de bestreden beschikking, gelet op de ontwikkeling van de luchthavensector en de rechtspraak ADP, op het standpunt heeft gesteld dat het vanaf 2000 niet langer mogelijk was om a priori de toepassing van staatssteunvoorschriften op luchthavens uit te sluiten. Voorts blijkt uit beschikking SG (2001) D/286839 (zie punt 167 supra) dat de Commissie in 2001 in aanmerking nam dat de financiering van luchthaveninfrastructuur een steunmaatregel kan vormen. Ook de Duitse autoriteiten namen deze mogelijkheid in ogenschouw, aangezien zij in 2002 steunmaatregel N 644i/2002 hebben aangemeld, en de Commissie hun bovendien in het kader van de procedure inzake die steun in 2003 heeft laten weten dat er bij haar twijfel bestond of de betrokken maatregelen wel algemene infrastructuurmaatregelen kunnen vormen (zie punt 167 supra).

190 De kapitaalinjectie is evenwel toegekend in november 2004, dat wil zeggen toen de Commissie reeds te kennen had gegeven dat een dergelijke financiering volgens haar staatssteun kon vormen.

191 Met betrekking tot verzoeksters' argument dat er ten tijde van de vaststelling van het besluit tot uitbouw van de zuidelijke baan geen markt voor luchthavens als Leipzig-Halle bestond, aangezien deze luchthavens geen economische activiteit uitoefenden en niet met elkaar concurreerden, volstaat de opmerking dat in het kader van het eerste middel is komen vast te staan dat FLH een economische activiteit uitoefent en met andere luchthavens concurreert (zie punt 93 supra), en de vaststelling dat niets de conclusie rechtvaardigt dat dit bij de toekenning van de kapitaalinjectie niet het geval was. De door de Commissie in de richtsnoeren van 2005 vermelde ontwikkeling dateert van voor het besluit tot financiering van de zuidelijke baan in 2004. De Commissie spreekt immers in punt 5 van die richtsnoeren van een ontwikkeling die zich de„afgelopen jaren" heeft voorgedaan. Overigens maakte de Commissie reeds in 2001 van die ontwikkeling gewag in haar beschikking SG (2001) D/286839, in het bijzonder in punt 11 daarvan.

192 In die omstandigheden kan niet ervan worden uitgegaan dat de kapitaalinjectie op het tijdstip van toekenning daarvan geen steun vormde, maar vervolgens steun is geworden vanwege de ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt.

193 Uit het voorgaande volgt dat de kapitaalinjectie geen bestaande steun was in de zin van artikel 1, sub b-v, van verordening nr. 659/1999.

194 Voorts gaat de bestreden beschikking weliswaar niet specifiek in op het door de Duitse autoriteiten tijdens de formele onderzoekprocedure naar voren gebrachte argument

dat de kapitaalinjectie bestaande steun vormde (punt 70 van de bestreden beschikking), maar dit neemt niet weg dat de Commissie niet verplicht is een standpunt te bepalen ten aanzien van alle door de belanghebbenden voorgedragen argumenten, maar kan volstaan met een uiteenzetting van de feiten en rechtsoverwegingen die in het bestek van haar beschikking van wezenlijk belang zijn (zie arrest Gerecht van 15 juni 2005, Corsica Ferries France/Commissie, T-349/03, Jurispr. blz. II-2197, punten 63 en 64 alsmede aldaar aangehaalde rechtspraak). In casu bevat de bestreden beschikking met name in de punten 174 tot en met 176 de nodige gegevens om te kunnen begrijpen waarom de steun niet als bestaande steun in de zin van artikel 1, sub b-v, van verordening nr. 659/1999 kan worden beschouwd.

195 Gelet op het voorgaande, moet het zesde middel worden afgewezen.

Zevende middel: schending van uit het EG-Verdrag voortvloeiende bevoegdheidsverdeling

Argumenten van partijen

196 Volgens verzoeksters schendt de Commissie met haar uitlegging van het begrip onderneming het primaire recht, aangezien zij overheidsmaatregelen aan de staatssteuncontrole onderwerpt die niet daaronder vallen.

197 In de eerste plaats heeft de Commissie de bevoegdheden van de lidstaten geschonden. De lidstaten beschikken namelijk met betrekking tot maatregelen van regionaal en economisch beleid over een exclusieve bevoegdheid voor de aanleg van infrastructuur, terwijl de Commissie ter zake niet bevoegd is. Met de ruime definitie van het begrip onderneming in de richtsnoeren van 2005 brengt de Commissie dergelijke maatregelen evenwel onder de mededingingsvoorschriften, waarvoor haar bevoegdheden zijn verleend. Zij geeft zichzelf aldus een nieuwe controlebevoegdheid op grond waarvan zij de door de lidstaten gerealiseerde projecten kan onderzoeken en eventueel kan afwijzen. Deze bevoegdheid is zelfs ruimer dan die van de Duitse bestuursrechter. Door het begrip staatssteun aldus te definiëren dat zij in de bevoegdheden van de lidstaten treedt, zoals onder meer blijkt uit punt 261 van de bestreden beschikking, schendt de Commissie dus het subsidiariteitsbeginsel. Aangezien zij niet in staat is op het niveau van de Unie een betere controle door te voeren dan op nationaal niveau mogelijk zou zijn, schendt zij voorts tevens artikel 5, tweede alinea, EG. In dit verband rechtvaardigt de garantie van toegang zonder discriminatie van de gebruikers tot de infrastructuur niet de controle van de Commissie. Enerzijds wordt een dergelijke toegang namelijk verzekerd via de openbaredienstverplichting en anderzijds is voor de heffingen de toestemming van de overheid nodig, na raadpleging van de gebruikers en met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel.

198 In de tweede plaats kan de Commissie de criteria van artikel 87, lid 1, EG niet via richtsnoeren op bindende wijze oprekken. Richtsnoeren zijn namelijk dienstige maatregelen in de zin van artikel 88, lid 1, EG of aanbevelingen in de zin van artikel 249, vijfde alinea, EG, die met het Unierecht moeten stroken. Door in de richtsnoeren van 2005 het begrip onderneming uit te breiden tot alle soorten luchthavens, heeft zij deze grens overschreden en schendt zij artikel 88, lid 1, EG.

199 ADV sluit zich aan bij de opmerkingen van verzoeksters. Volgens haar staat de in het Unierecht voorziene bevoegdheidsverdeling niet toe om de aanleg van luchthaveninfrastructuur stelselmatig onder de staatssteunregeling te brengen.

200 De Commissie weerspreekt de argumenten van verzoeksters en ADV.

Beoordeling door het Gerecht

201 Om te beginnen zij erop gewezen dat artikel 7, lid 1, tweede alinea, EG vereist dat iedere instelling binnen de grenzen van de haar door het Verdrag verleende bevoegdheden handelt.

202 Vervolgens zij eraan herinnerd dat het EG-Verdrag, door in artikel 88 EG het voortdurende onderzoek van en het toezicht op steunmaatregelen aan de Commissie op te dragen, beoogt de eventuele onverenigbaarheid van een steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt te doen vaststellen door middel van een passende procedure, voor de toepassing waarvan deze instelling verantwoordelijk is, zulks onder toezicht van het Gerecht en het Hof. Ingevolge de artikelen 87 EG en 88 EG speelt de Commissie derhalve een centrale rol bij de vaststelling van de eventuele onverenigbaarheid van een steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt (arrest Hof van 21 november 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires en Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, C-354/90, Jurispr. blz. I-5505, punten 9 en 14).

203 In casu moet in de eerste plaats met betrekking tot de grief dat de Commissie de bevoegdheden van de lidstaten heeft geschonden, worden opgemerkt dat, zoals blijkt uit het onderzoek van het eerste middel, de Commissie geen fout heeft gemaakt door zich op het standpunt te stellen dat de kapitaalinjectie staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG vormde. Derhalve was zij bevoegd om die te toetsen aan de leden 2

en 3 van dat artikel, overeenkomstig de in het vorige punt bedoelde rechtspraak. Zij kan dus de bevoegdheden van de lidstaten ter zake niet hebben geschonden.

204 Aangaande de bewering dat het regionale en economische beleid, waarvan de uitbouw van de zuidelijke baan deel uitmaakt, bij uitsluiting onder de bevoegdheid van de lidstaten valt, moet worden vastgesteld dat deze omstandigheid, zelfs als zij waar is, niet tot gevolg kan hebben dat de Commissie wordt beroofd van haar bij de artikelen 87 EG en 88 EG verleende bevoegdheid van toezicht op de staatssteun, wanneer de in het kader van dat beleid toegekende financieringen staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG vormen.

205 Ten slotte is het argument dat de Commissie niet in staat is een betere controle door te voeren dan op nationaal niveau mogelijk zou zijn, zoals artikel 5, tweede alinea, EG vereist, niet ter zake dienend, omdat vaststaat dat de Commissie op grond van het EG-Verdrag bevoegd was om de in casu betrokken maatregelen te controleren, aangezien het om een steunmaatregel ging.

206 De eerste grief moet dus worden afgewezen. Om dezelfde redenen moet de in het kader van het tweede middel naar voren gebrachte grief worden afgewezen dat de Commissie de haar verleende bevoegdheden overschrijdt door zich bevoegd te achten om de door de overheid getroffen maatregelen te controleren, op grond dat de lidstaten zelfstandig kunnen bepalen of hun infrastructuur rechtstreeks door een overheidsorgaan dan wel door een daartoe opgerichte onderneming moet worden beheerd.

207 Wat in de tweede plaats de grief betreft dat de Commissie de criteria van artikel 87, lid 1, EG niet via richtsnoeren kan oprekken, volstaat de opmerking dat zij in casu de richtsnoeren van 2005 bij de kwalificatie van de kapitaalinjectie als staatssteun niet heeft toegepast.

208 Hoe dan ook vormen dergelijke richtsnoeren, anders dan verzoeksters beweren, geen dienstige maatregelen in de zin van artikel 88, lid 1, EG. Enerzijds wordt namelijk met de in dit artikel bedoelde maatregelen verwezen naar de maatregelen die de geleidelijke ontwikkeling of de werking van de gemeenschappelijke markt vereist, en die de Commissie de lidstaten voorstelt in het kader van het voortdurend onderzoek van de in die staten bestaande steunregelingen. In casu vormt de kapitaalinjectie evenwel een nieuwe individuele steunmaatregel en geen bestaande steunregeling. Anderzijds volgt duidelijk uit de aard en de inhoud van de richtsnoeren van 2005 dat zij voor de Commissie een oriëntatiepunt vormen voor de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid ter zake van staatssteun in de luchthavensector, waarmee zij die bevoegdheid zelf heeft beperkt. De Commissie kan namelijk voor zichzelf uitgangspunten voor de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid vaststellen door middel van handelingen als richtsnoeren, mits deze handelingen indicatieve regels voor het door haar te volgen beleid bevatten en niet afwijken van de regels van het EG-Verdrag. Indien de Commissie richtsnoeren vaststelt teneinde in overeenstemming met het EG-Verdrag de criteria te preciseren die zij bij de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid voornemens is toe te passen, impliceert dat een zelfbeperking van die bevoegdheid in de zin dat zij zich behoort te voegen naar de indicatieve regels die zij zichzelf heeft opgelegd (zie in die zin arrest Gerecht van 1 december 2004, Kronofrance/Commissie, T-27/02, Jurispr. blz. II-4177, punt 79 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zoals in wezen uit het onderzoek van het eerste middel blijkt, rechtvaardigt evenwel niets de conclusie dat de Commissie haar bevoegdheid heeft overschreden door het begrip onderneming uit te breiden tot alle luchthavens, waaronder regionale luchthavens.

209 Derhalve moeten ook de tweede grief en bijgevolg het zevende middel in zijn geheel worden afgewezen.

Achtste middel: tegenstrijdige en ontoereikende motivering van bedrag van vermeende steun

Argumenten van partijen

210 Volgens verzoeksters vertoont de bestreden beschikking een innerlijke tegenspraak. Enerzijds wordt daarin namelijk het bedrag van de vermeende steun op 350 miljoen EUR gesteld (artikel 1) en anderzijds blijkt daaruit dat sommige uitgaven, die bij een taak van openbare dienstverlening horen, die worden geraamd op 108,2 miljoen EUR, niet kunnen worden aangemerkt als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG (punten 182 e.v.). Deze tegenspraak brengt voor verzoeksters ernstige juridische consequenties mee. Volgens de rechtspraak moeten zij namelijk over het steunbedrag rente betalen voor de periode tussen de verlening en de goedkeuring daarvan, wat niet het geval is bij de terugbetaling van de kosten van een taak van openbare dienstverlening. In casu bedraagt het verschil ongeveer 25 miljoen EUR. Voorts staat deze tegenspraak eraan in de weg dat verzoeksters en hun aandeelhouders toekomstige infrastructuurfinancieringen juridisch correct kunnen kwalificeren, omdat de Commissie in de bestreden beschikking uit hoofde van een taak van openbare dienstverlening verrichte compensatiebetalingen als staatssteun kwalificeert en derhalve aan de aanmeldingsplicht onderwerpt.

211 Dat de bestreden beschikking een innerlijke tegenspraak vertoont, moet tot nietigverklaring daarvan leiden, en het is zelfs de vraag of zij wegens de ernst van de onregelmatigheid die daaraan kleeft, niet als juridisch non-existent moet worden beschouwd. Voorts leveren de tegenstrijdige aanwijzingen in de bestreden beschikking een motiveringsfout op en dus schending van artikel 253 EG, wat eveneens tot nietigverklaring daarvan moet leiden. Enerzijds moeten verzoeksters, de Freistaat Sachsen en de Bondsrepubliek Duitsland op basis van de bestreden beschikking namelijk kunnen uitmaken welk deel van de betrokken maatregel als staatssteun wordt

gekwalificeerd en welk deel als compenserende maatregel die geen dergelijke steun vormt, en anderzijds is het Gerecht wegens de innerlijke tegenspraak van de bestreden beschikking niet in staat om zijn toezicht uit te oefenen.

212 Tegen het argument van de Commissie dat zij de kwantificering van de kosten die bij de taak van openbare dienstverlening horen, open mocht laten, brengen verzoeksters in dat de Commissie de vermeende steun in artikel 1 van de bestreden beschikking uitdrukkelijk heeft becijferd, maar daarentegen de door haar erkende compensatiebetalingen niet in mindering heeft gebracht. Derhalve gaat het niet in eerste instantie om de vraag of verzoeksters de vermeende steun konden becijferen.

213 Met de rechtspraak volgens welke het volstaat dat de beschikking de gegevens bevat waarmee de adressaat van de beschikking zonder buitensporige moeilijkheden zelf het steunbedrag kan vaststellen, kan de grief dat de bestreden beschikking een innerlijke tegenspraak vertoont, niet opzij worden gezet. Voorts handelt deze rechtspraak enkel over negatieve beschikkingen en niet over positieve beschikkingen, zodat zij niet ter zake dienend is. Hoe dan ook biedt zij steun aan verzoeksters' redenering, aangezien de bestreden beschikking geen niet-tegenstrijdige gegevens bevat waarmee de adressaat van de beschikking of verzoeksters zonder buitensporige moeilijkheden het steunbedrag kunnen vaststellen. Derhalve kan zelfs een nationale rechter de hem opgedragen taken niet vervullen, maar moet hij een beroep doen op de ondersteuning van de Commissie. Deze mogelijkheid verhelpt de innerlijke tegenspraak van de bestreden beschikking derhalve niet.

214 Het argument dat de compensatiebetalingen pas laattijdig zijn aangevoerd, rechtvaardigt de vaststelling van een innerlijk tegenstrijdige beschikking niet. Enerzijds hadden verzoeksters daarop namelijk geen invloed en anderzijds zijn de betrokken gegevens maanden voor de vaststelling van de bestreden beschikking bij het dossier gevoegd en hadden zij dus in aanmerking kunnen worden genomen. Zelfs wanneer deze argumenten slechts korte tijd voor de vaststelling van de bestreden beschikking waren aangevoerd, zou de Commissie evenwel verplicht zijn geweest om de

procedure naar behoren te voeren en dus in voorkomend geval aanvullend onderzoek te doen, aangezien zij aan geen enkele termijn is gebonden.

215 De Commissie stelt om te beginnen dat zij de kwantificering van de kosten die bij de taken van openbare dienstverlening horen, in de bestreden beschikking open mocht laten, aangezien die niet van invloed zou zijn geweest op de uitkomst van haar onderzoek. Ongeacht welk deel van de door de Duitse autoriteiten voor de financiering van die taken opgevoerde uitgaven daarvoor in aanmerking komt, zij heeft geen enkel bezwaar tegen die financiering gemaakt. Zij behoefde dus niet definitief te bepalen voor welk deel deze overheidsfinanciering geen staatssteun dan wel goedgekeurde staatssteun vormde.

216 Vervolgens vereist volgens de rechtspraak geen enkele bepaling van Unierecht dat de Commissie, wanneer zij de terugbetaling van met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar verklaarde steun gelast, het precieze bedrag van de terug te betalen steun vaststelt. Voldoende is dat haar beschikking de gegevens bevat waarmee de adressaat van de beschikking zonder buitensporige moeilijkheden zelf het bedrag kan vaststellen. Wanneer zelfs in geval van onrechtmatige steun het precieze bedrag van de steun niet in de beschikking behoeft te worden aangegeven, kan een dergelijk vereiste ook niet bij een positieve beschikking worden gesteld.

217 Voorts hebben de Duitse autoriteiten pas in een laat stadium van de procedure gesteld dat een aanzienlijk deel van de overheidsfinanciering bestemd was voor de vervulling van taken die tot de bevoegdheden van openbaar gezag behoren. Een volledige analyse van de door die autoriteiten opgevoerde kostenberekening zou derhalve de vaststelling van de bestreden beschikking hebben vertraagd.

218 Bovendien erkent de Commissie dat volgens de rechtspraak een nationale rechter in geval van door haar goedgekeurde onrechtmatige steun de betaling van rente moet gelasten voor de periode tussen de verlening van de steun en de goedkeuring daarvan door de Commissie. Om deze taak te kunnen vervullen, moet die rechter het deel van de onrechtmatige, maar verenigbare steun dan ook kunnen kwantificeren. In een dergelijk geval kan hij zich evenwel voor ondersteuning tot de Commissie wenden, overeenkomstig het uit artikel 10 EG voortvloeiende beginsel van wederzijdse bijstand en de bekendmaking betreffende samenwerking tussen nationale rechterlijke instanties en de Commissie op het gebied van steunmaatregelen van de staten (PB 1995, C 312, blz. 8). Overeenkomstig de in de rechtspraak voorziene taakverdeling tussen de nationale rechterlijke instanties en de Commissie volstaat het dan ook dat de Commissie de relevante criteria aanduidt, zoals zij in de bestreden beschikking heeft gedaan. Daarentegen kan niet worden verlangd dat zij in haar positieve beschikking gedetailleerd aangeeft bij welk deel van het toegekende totaalbedrag het om onrechtmatige, maar verenigbare steun gaat, of zelfs het bedrag vaststelt van de wegens de voortijdige verlening van de steun terug te vorderen rente.

219 In die omstandigheden vertoont de bestreden beschikking geen innerlijke tegenspraak en mocht de Commissie zich ertoe beperken om het maximumbedrag van de toegekende steun, dat wil zeggen 350 miljoen EUR, verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te verklaren, zonder definitief te hoeven bepalen in hoeverre bepaalde delen van dit bedrag moesten worden geacht geen steun te vormen.

220 Wordt het dispositief van de bestreden beschikking uitgelegd in het licht van de overwegingen daarvan, dan is het verder duidelijk dat zij voor de uitbouw van de zuidelijke baan steun voor een maximumbedrag van 350 miljoen EUR heeft goedgekeurd. Bij volledige lezing van de bestreden beschikking is er dus geen enkele twijfel mogelijk over de inhoud van het dispositief daarvan. De moeilijkheden die verzoeksters hebben ondervonden, betreffen dus niet de uitlegging van de bestreden beschikking, maar de vraag of de Commissie in het kader van eventuele procedures voor de nationale rechterlijke instanties exact het deel van de inbreng moet kwantificeren dat geen staatssteun vormt. De Commissie wijst dit evenwel van de hand wegens de

taakverdeling tussen de Unierechter en de nationale rechter, en de rechtspraak volgens welke zij zelfs bij een negatieve beschikking niet verplicht is om het bedrag van de terug te betalen steun te kwantificeren.

221 Ten slotte weerlegt de Commissie het argument dat verzoeksters de desbetreffende informatie vóór de vaststelling van de bestreden beschikking ter beschikking zouden hebben gesteld, op grond dat zij in haar besluit tot inleiding van de formele onderzoekprocedure heeft onderzocht of FLH de hoedanigheid van onderneming bezit en dus of artikel 87, lid 1, EG van toepassing is, en heeft verwezen naar de toepasselijkheid van het criterium van de particuliere investeerder. Zo zij in dit stadium van de procedure op die kwestie was ingegaan, zou dat de procedure hebben vertraagd. Met betrekking tot de opmerking dat zij niet aan dwingende termijnen is gebonden, wijst zij erop dat zij in beginsel ernaar streeft zo snel mogelijk een besluit te nemen.

Beoordeling door het Gerecht

222 Er moet aan worden herinnerd dat een tegenstrijdigheid in de motivering van een beschikking een schending oplevert van de uit artikel 253 EG voortvloeiende verplichting waardoor de geldigheid van deze handeling wordt aangetast, indien is aangetoond dat de geadresseerde van de handeling door deze tegenstrijdigheid geheel of gedeeltelijk niet in staat is de werkelijke redenen van de beschikking te kennen, waardoor het dispositief van de handeling geheel of gedeeltelijk een juridische grondslag ontbeert (arrest Gerecht van 30 maart 2000, Kish Glass/Commissie, T-65/96, Jurispr. blz. II-1885, punt 85).

223 Voorts kan alleen het dispositief van een handeling bindende rechtsgevolgen in het leven roepen (zie in die zin arrest Hof van 15 mei 1997, TWD/Commissie, C-355/95 P, Jurispr. blz. I-2549, punt 21, en arrest Gerecht van 20 november 2002, Lagardère en Canal+/Commissie, T-251/00, Jurispr. blz. II-4825, punt 67).

224 In casu moet worden opgemerkt dat volgens artikel 1 van de bestreden beschikking de staatssteun ten bedrage van 350 miljoen EUR die de Bondsrepubliek Duitsland voornemens is te verlenen ten behoeve van de aanleg van een nieuwe zuidelijke baan en de bouw van de bijbehorende luchthaveninstallaties op de luchthaven Leipzig-Halle, overeenkomstig artikel 87, lid 3, sub c, EG verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.

225 In punt 12 van de bestreden beschikking heeft de Commissie aangegeven dat zij bij de inleiding van de formele onderzoekprocedure had berekend dat de aanleg van de nieuwe zuidelijke baan voor 350 miljoen EUR door kapitaalinjecties van de overheid wordt gefinancierd. Na er in punt 180 van de bestreden beschikking op te hebben gewezen dat de financiering van taken die tot de handhaving van de openbare orde en veiligheid behoren, of van de daarmee verbonden infrastructuur, geen staatssteun vormt, heeft zij voorts in punt 182 van de bestreden beschikking erkend dat in casu bepaalde kosten binnen de openbare taak vallen. Bij deze kosten gaat het om veiligheids- en politietaken, maatregelen inzake brandveiligheid en openbare veiligheid, de operationele veiligheid, de Duitse meteorologische dienst en de Duitse luchtverkeersbeveiliging. De Commissie heeft derhalve in punt 183 van de bestreden beschikking geconcludeerd dat zolang deze maatregelen binnen de openbare taak vallen, de desbetreffende kosten niet als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG kunnen worden aangemerkt. Dienaangaande heeft zij zich op het standpunt gesteld dat zelfs wanneer zij de door de Duitse autoriteiten ontwikkelde argumentatie volgt als zouden die kosten op geen enkele wijze als staatssteun kunnen worden aangemerkt, zulks niets afdoet aan het uiteindelijke oordeel over deze zaak, en dat ook wanneer deze kosten staatssteun zouden vormen, het om geoorloofde steun zou gaan. Daarom kon haars inziens het definitieve oordeel op dit punt worden opengelaten.

226 In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat hoewel de Commissie in de punten 182 en 183 van de bestreden beschikking erkent dat bepaalde kosten waarop de kapitaalinjectie betrekking heeft, binnen de openbare taak vielen en dus niet als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG konden worden gekwalificeerd, zij in

artikel 1 van de bestreden beschikking toch de gehele kapitaalinjectie als staatssteun heeft beschouwd.

227 Het is juist dat geen enkele bepaling van Unierecht vereist dat de Commissie, wanneer zij de terugbetaling van met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar verklaarde steun gelast, het precieze bedrag van de terug te betalen steun vaststelt. Voldoende is dat de beschikking van de Commissie de gegevens bevat waarmee de adressaat van de beschikking zonder buitensporige moeilijkheden zelf het bedrag kan vaststellen (zie in die zin arrest Hof van 13 juli 1988, Frankrijk/Commissie, 102/87, Jurispr. blz. 4067, punt 33).

228 Zonder dat behoeft te worden nagegaan of een dergelijk beginsel ook geldt wanneer de Commissie een steunmaatregel verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaart, moet evenwel worden vastgesteld dat wanneer zij besluit om het bedrag van een steunmaatregel van de staat in de zin van artikel 87, lid 1, EG in het dispositief van een beschikking te vermelden, zij het precieze bedrag daarvan moet aangeven.

229 De precieze aanduiding van het bedrag van een onrechtmatige steunmaatregel dat door de Commissie wordt genoemd in het dispositief van een eindbeschikking houdende vaststelling dat deze steun verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt in de zin van artikel 87 EG, is des te belangrijker nu zij gevolgen kan hebben voor het bedrag van de rente die de ontvanger in voorkomend geval moet betalen. De eventueel geadieerde nationale rechter is namelijk op grond van het Unierecht verplicht om de ontvanger van de steun te gelasten rente te betalen ter zake van het tijdvak van onrechtmatigheid (arrest CELF, punt 60 supra, punt 55). Het bedrag van die rente zal evenwel met name afhangen van het bedrag van de staatssteun als zodanig. De betrokken rente moet namelijk worden berekend op basis van het totaalbedrag van de staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG en niet op basis van enkel het deel van het bedrag van de onrechtmatige steun dat verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt geacht. Overigens hebben verzoeksters in casu ter terechtzitting aangegeven dat zij rente ter zake van het tijdvak van onrechtmatigheid hebben betaald op basis van het in artikel 1 van de bestreden beschikking genoemde totaalbedrag van 350 miljoen EUR.

230 Het bedrag van de in artikel 1 van de bestreden beschikking bedoelde staatssteun lijkt evenwel in het licht van de in de punten 182 en 183 daarvan gegeven motivering onjuist, aangezien, zoals is opgemerkt, uit die punten blijkt dat de bedragen voor taken van openbare dienstverlening geen staatssteun vormen en dus in mindering moeten worden gebracht op het totaalbedrag van de als staatssteun gekwalificeerde kapitaalinjectie, namelijk 350 miljoen EUR.

231 Het argument van de Commissie dat de Duitse autoriteiten pas in een laat stadium van de procedure hebben gesteld dat een aanzienlijk deel van de overheidsfinanciering bestemd was voor de vervulling van taken die tot de bevoegdheden van openbaar gezag behoren, moet van de hand worden gewezen. Enerzijds blijkt namelijk uit punt 183 van de bestreden beschikking uitdrukkelijk dat de Commissie zich bewust op het standpunt heeft gesteld dat zij geen uitspraak behoefde te doen op de vraag of de financiering van bepaalde kosten staatssteun kon vormen, op grond dat het, gesteld dat dit het geval zou zijn, om geoorloofde steun zou gaan. Daarentegen heeft zij zich niet beroepen op de late mededeling van gegevens. Anderzijds is de Commissie, zoals verzoeksters hebben opgemerkt en zoals blijkt uit artikel 13, lid 2, van verordening nr. 659/1999, bij onrechtmatige steun zoals die in casu voor de vaststelling van haar beschikkingen niet gebonden aan een dwingende of indicatieve termijn.

232 Verder moet het argument van de Commissie worden afgewezen dat wanneer het dispositief van de bestreden beschikking wordt uitgelegd in het licht van de overwegingen daarvan, het duidelijk is dat zij voor de uitbouw van de zuidelijke baan steun voor een maximumbedrag van 350 miljoen EUR heeft goedgekeurd. Zoals uit het voorgaande blijkt, komt het in casu namelijk niet aan op het bedrag van de verenigbare steun, maar op het bedrag van de steun als zodanig. Worden de punten 182 en 183 evenwel in samenhang met artikel 1 van de bestreden beschikking gelezen, dan komt de in punt 226 hierboven uiteengezette tegenstrijdigheid naar voren, zodat de Commissie ten onrechte meent dat de bestreden beschikking geen enkele twijfel laat bestaan omtrent de inhoud van het dispositief ervan. Hoe dan ook moet het dispositief van de bestreden beschikking, aangezien het duidelijk en ondubbelzinnig is omdat daarin het bedrag van de betrokken steun op 350 miljoen EUR wordt bepaald, niet worden uitgelegd aan de hand van de motivering van de bestreden beschikking. Enkel wanneer de tekst van het dispositief van een beschikking onvoldoende duidelijk is, moet voor de uitlegging daarvan namelijk te rade worden gegaan met de

considerans van de beschikking (arrest Gerecht van 11 december 2003, Ventouris/Commissie, T-59/99, Jurispr. blz. II-5257, punt 31).

233 Uit het voorgaande volgt dat artikel 1 van de bestreden beschikking nietig moet worden verklaard voor zover daarin het bedrag van de staatssteun die de Bondsrepubliek Duitsland voornemens is te verlenen ten behoeve van de aanleg van een nieuwe start- en landingsbaan zuid en de bouw van de bijbehorende luchthaveninstallaties op de luchthaven Leipzig-Halle, op 350 miljoen EUR wordt bepaald.

Kosten

234 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Verder bepaalt artikel 87, lid 3, eerste alinea, van dat Reglement dat het Gerecht de proceskosten over de partijen kan verdelen of kan beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld, en voorts wegens bijzondere redenen. Volgens artikel 87, lid 4, eerste en derde alinea, van het Reglement voor de procesvoering ten slotte dragen de lidstaten die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten, en kan het Gerecht bepalen dat andere interveniënten hun eigen kosten zullen dragen.

235 Aangezien verzoekers in zaak T-443/08 in casu in het ongelijk zijn gesteld, moeten zij overeenkomstig de vorderingen van de Commissie worden verwezen in hun eigen kosten en in de kosten van laatstgenoemde in deze zaak.

236 Aangezien verzoeksters in zaak T-455/08 gedeeltelijk in het ongelijk zijn gesteld, is het Gerecht van oordeel dat een billijke beoordeling van de omstandigheden van de onderhavige zaak eist dat elke partij in deze zaak haar eigen kosten zal dragen.

237 Overeenkomstig artikel 87, lid 4, eerste en derde alinea, van het Reglement voor de procesvoering ten slotte zullen ADV en de Bondsrepubliek Duitsland in de zaken T-443/08 en T-455/08 hun eigen kosten dragen.

HET GERECHT (Achtste kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) De zaken T-443/08 en T-455/08 worden gevoegd voor het arrest.

2) Het beroep in zaak T-443/08 wordt niet-ontvankelijk verklaard.

3) Artikel 1 van beschikking 2008/948/EG van de Commissie van 23 juli 2008 betreffende maatregelen van Duitsland ten gunste van DHL en Flughafen Leipzig/Halle GmbH, wordt nietig verklaard voor zover daarin het bedrag van de staatssteun die de Bondsrepubliek Duitsland voornemens is te verlenen ten behoeve van de aanleg van een nieuwe start- en landingsbaan zuid en de bouw van de bijbehorende luchthaveninstallaties op de luchthaven Leipzig-Halle, op 350 miljoen EUR wordt bepaald.

4) Het beroep in zaak T-455/08 wordt verworpen voor het overige.

5) Freistaat Sachsen en Land Sachsen-Anhalt worden verwezen in hun eigen kosten en in die van de Europese Commissie in zaak T-443/08.

6) Mitteldeutsche Flughafen AG en Flughafen Leipzig-Halle GmbH worden verwezen in hun eigen kosten.

7) De Commissie wordt verwezen in haar eigen kosten in zaak T-455/08.

8) De Bondsrepubliek Duitsland en de Arbeitsgemeinschaft Deutscher Verkehrsflughäfen eV (ADV) zullen hun eigen kosten dragen in de zaken T-443/08 en T-455/08.

Martins Ribeiro Papasavvas Dittrich

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 24 maart 2011.

ondertekeningen

Inhoud

Voorgeschiedenis van het geding . . . . . II - 1321

Beschikking . . . . . II - 1324

Feiten die zich na de bestreden beschikking hebben voorgedaan . . . . . II - 1326

Procesverloop . . . . . II - 1327

Conclusies van partijen . . . . . II - 1329

Ontvankelijkheid . . . . . II - 1330

Argumenten van partijen . . . . . II - 1330

Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 1334

Ten gronde . . . . . II - 1343

Eerste middel: schending van artikel 87, lid 1, EG . . . . . II - 1344

Argumenten van partijen . . . . . II - 1344

Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 1350

Tweede middel: FLH kan niet begunstigde van staatssteun zijn . . . . . II - 1361

Argumenten van partijen . . . . . II - 1361

Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 1363

Derde middel: FLH kan niet tegelijkertijd als verstrekker en begunstigde van staatssteun worden aangemerkt . . . . . II - 1366

Argumenten van partijen . . . . . II - 1366

Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 1367

Vierde middel: schending van het verbod van terugwerkende kracht en het rechtszekerheids-, het vertrouwens- en het gelijkheidsbeginsel ..... II - 1370

Argumenten van partijen ..... II - 1370

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 1373

Vijfde middel: schending van primaire recht door richtsnoeren van 2005 ..... II - 1377

Argumenten van partijen ..... II - 1377

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 1380

Zesde middel: procedurefout ..... II - 1380

Argumenten van partijen ..... II - 1380

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 1381

Zevende middel: schending van uit EG-Verdrag voortvloeiende bevoegdheidsverdeling II - 1384

Argumenten van partijen ..... II - 1384

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 1386

Achtste middel: tegenstrijdige en ontoereikende motivering van bedrag van vermeende steun ..... II - 1389

Argumenten van partijen ..... II - 1389

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 1393

Kosten ..... II - 1397