Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT LAILA MEDINA
föredraget den 30 mars 2023 [1]

**Mål C-758/21 P**

**Ryanair DAC,**
**Airport Marketing Services Ltd**
**mot**

**Europeiska kommissionen**

”Överklagande – Statligt stöd – Stöd som införts av Österrike till förmån för flygplatsen i Klagenfurt, Ryanair och andra flygbolag som använder denna flygplats – Artikel 85.3 i rättegångsreglerna för tribunalen – Artikel 17 i förordning (EU) 2015/1589 – Uppgifter som är relevanta för beräkning av det stöd som ska återkrävas”

1. Genom sitt överklagande har Ryanair DAC och Airport Marketing Services Ltd (nedan kallat AMS och gemensamt kallade klagandena) yrkat att tribunalens dom av den 29 september 2021, Ryanair m.fl./kommissionen (T-448/18, ej publicerad, EU:T:2021:626) (nedan kallad den överklagade domen) ska upphävas. I denna dom ogillades deras talan om delvis ogiltigförklaring av kommissionens beslut (EU) 2018/628 [2] såvitt det rörde dessa klagande.

## I. Tvistens bakgrund

2. Tvistens bakgrund beskrivs i punkterna 1–39 i den överklagade domen. För förevarande överklagandes del kan den sammanfattas på följande sätt.

3. Ryanair är ett flygbolag och AMS är dess dotterbolag som tillhandahåller strategiska marknadsföringslösningar där huvuddelen av dess verksamhet består i försäljning av reklamutrymme på Ryanairs webbsida. Flygplatsen i Klagenfurt (Österrike, nedan kallad flygplatsen) är belägen i utkanten av denna stad, som är huvudstad i delstaten Kärnten. Kärntner Flughafen Betriebsgesellschaft mbH (nedan KFBG) äger och svarar för driften av flygplatsen. De slutliga ägarna till aktierna i KFBG har alltid varit offentliga myndigheter eller enheter. KFBG har ett helägt dotterföretag, Destinations Management GmbH (nedan kallat DMG), som tillhandahåller olika tjänster för flygplatsen. I synnerhet verkade DMG som rådgivare för att locka flygbolag till flygplatsen och slöt flera avtal enligt vilka flygbolagen erhöll avsevärda belopp i utbyte mot marknadsföringstjänster.

[1] Originalspråk: engelska.

[2] Kommissionens beslut (EU) 2018/628 av den 11 november 2016 om det av Österrike införda statliga stödet SA.24221(2011/C) (ex 2011/NN) till flygplatsen i Klagenfurt, Ryanair och andra flygbolag som använder flygplatsen (EUT L 107, 2018, s. 1) (nedan kallat det angripna beslutet).

4. Den 22 januari 2002 ingicks fyra avtal. Först ingick KFBG och Ryanair ett avtal om flygplatstjänster (nedan kallat 2002års ASA) som trädde i kraft den 27 juni 2002 och hade en löptid på fem år och en automatisk förlängning med ytterligare fem år under förutsättning att Ryanair uppfyllde sina skyldigheter enligt detta avtal till fullo. Enligt detta avtal åtog sig Ryanair att tillhandahålla en flygtjänst minst en gång per dag mellan flygplatsen och flygplatsen London-Stansted från den 27 juni 2002 till den 26 juni 2007 mot en fast avgift per flygning. Dessutom skulle Ryanair ta ut ett fast belopp per avresande passagerare som en flygplatsavgift plus ett fast belopp per avresande passagerare som en säkerhetsavgift och betala dessa avgifter till flygplatsen. 2002-års ASA angav de olika tjänster som flygplatsen skulle tillhandahålla Ryanair och föreskrev vissa andra betalningar till flygplatsen.

5. För det andra ingick DMG och Leading Verge.com Limited (nedan kallat LV), som blev FR Financing (Malta) Ltd (nedan kallat FR Financing), ett dotterföretag till Ryanair som sedan har likviderats, ett avtal om marknadsföringstjänster (nedan kallat 2002-års MSA mellan DMG och LV). Detta avtal trädde i kraft samma dag och skulle upphöra att gälla den 26 juni 2007 med automatisk förlängning med ytterligare fem år under förutsättning att LV uppfyllde sina skyldigheter enligt detta avtal till fullo. Enligt detta avtal gav DMG LV i uppdrag att ta fram en marknadsföringsplan, vidta åtgärder för tillhandahållande av länkar till DMG:s hemsida och genomföra andra marknadsföringsåtgärder mot erhållande av en fast årlig betalning.

6. För det tredje ingick DMG och AMS ett annat marknadsföringsavtal (nedan kallat 2002-års MSA mellan DMG och AMS). Detta avtal, som trädde i kraft samma dag, hade en löptid på fem år och gav möjlighet till förlängning med ytterligare fem år. Enligt detta avtal uppdrog DMG till AMS att senast den 1 maj 2002 mot erhållande av årliga ersättningar upprätta och underhålla två länkar på webbplatsen www.ryanair.com till webbplatser som valts av DMG för att framhålla delstaten Kärntens attraktioner. Detta avtal innehöll också att AMS eventuellt kunde tillhandahålla ytterligare tjänster.

7. För det fjärde ingicks ett sidoavtal till 2002-års MSA mellan DMG och LV (nedan kallat 2002-års sidoavtal) som trädde i kraft samma dag. Det avtalades att med avseende på 2002-års MSA mellan DMG och LV skulle betalning för ytterligare och förstärkta marknadsföringsåtgärder under giltighetstiden för avtalet mellan DMG och LV erläggas av DMG till LV.

8. 2002-års ASA, 2002-års MSA mellan DMG och LV, med tillägg, och 2002-års MSA mellan DMG och AMS (gemensamt nedan kallade 2002-års avtal) upphörde den 29 oktober 2005 när Ryanair avbröt sina lufttransporttjänster mellan flygplatsen och flygplatsen London-Stansted.

9. Den 23 augusti 2006 ingick KFBG och Ryanair ett nytt avtal om flygplatstjänster (nedan kallat 2006-års ASA). Detta avtal rörde en flygtjänst tre gånger i veckan till flygplatsen London-Stansted som skulle tillhandahållas från den 19 december 2006 till den 21 april 2007. Ryanair var skyldigt att betala flygplatsen Klagenfurts officiella flygplatsavgifter. Ryanair erhöll enligt ett stödsystem ett stöd om 7,62 euro per avresande passagerare på den nya tidtabellagda tjänsten.

10. Den 21 december 2006 slöt DMG och AMS ett nytt marknadsföringsavtal (nedan kallat 2006-års MSA) som trädde i kraft den 28 februari 2007. 2006-års MSA var kopplat till skyldigheten för Ryanair att betjäna den flygsträcka som avsågs med det avtal som nämnts i föregående punkt. AMS var skyldigt att tillhandahålla ett årligt marknadsföringspaket i syfte att i synnerhet marknadsföra destinationen Klagenfurt/Kärnten.

11. 2006-års ASA och 2006-års MSA (nedan gemensamt kallade 2006-års avtal) var tillämpliga till den 21 april 2007.

12. Efter det att ett klagomål getts in av en konkurrent till Ryanair på den europeiska marknaden för flygtransporter av personer, i vilket konkurrenten gjorde gällande att Ryanair hade fått olagligt statligt stöd bland annat från delstaten Kärnten, staden Klagenfurt, Kärnten Werbung Marketing & Innovationsmanagement GmbH och flygplatsen i Klagenfurt via KFBG, vidarebefordrade kommissionen den 11 oktober 2007 klagomålet till Republiken Österrike och begärde ytterligare information. Genom skrivelser den 15 november 2010 och 24 mars 2011 begärde kommissionen ytterligare information från Österrike. Den 8 april 2011 begärde kommissionen ytterligare information från Ryanair, som sedan överlämnades till Österrike, som därefter lämnade sina kommentarer.

13. Den 22 februari 2012 informerade kommissionen Österrike om sitt beslut att inleda det granskningsförfarande som anges i artikel 108.2 FEUF, i synnerhet avseende 2002-års och 2006-års avtal med Ryanair. [3]

14. Genom brev av den 29 maj och 20 juli 2012 begärde Ryanairs juridiska ombud tillgång i synnerhet till den administrativa, vilket kommissionen tillbakavisade.

15. Genom skrivelse av den 24 februari 2014 begärde kommissionen ytterligare information rörande ett marknadsföringsavtal som ingåtts mellan flygplatsen och Ryanair den 22 januari 2002, som Österrike besvarade den 11 juni 2014.

16. Den 23 juli 2014 beslutade kommissionen att utvidga granskningsförfarandet.

17. Kommissionen ansåg i det angripna beslutet att Republiken Österrike i synnerhet genom 2002-års och 2006-års avtal beviljade Ryanair olagligt stöd som var oförenligt med den inre marknaden. Den bestämde de stödbelopp som skulle återkrävas på grundval av den negativa delen av det förväntade tillkommande betalningsflödet vid den tidpunkt när avtalen i fråga slöts för varje år som dessa avtal var tillämpliga. Den fann att klagandena var solidariskt ansvariga för den fulla återbetalningen av det stöd som mottagits genom avtalen i fråga med ett preliminärt kapitalbelopp om 1 827 267 euro respektive 141 326 euro och beslutade att detta stöd skulle återkrävas.

## II. Förfarandet vid tribunalen och den överklagade domen

18. Ryanair, AMS och FR Financing har i första instans åberopat sex grunder för sin talan och ansökte den 24 augusti 2018 om åtgärder för bevisupptagning med begäran att kommissionen skulle förete vissa handlingar och dessa parter gav den 25 september 2020 in två handlingar som ytterligare bevis (det vill säga efter avslutandet av den skriftliga delen av förfarandet). Dessa två handlingar var flygplatsens tabell med uppskattning av icke-luftfartsrelaterade intäkter per avresande passagerare för avtalen om flygplatstjänster och marknadsföringsavtalen (bilaga E.1) och en oavkortad version av kostnadsdata i en rapport från Ryanairs ekonomiska rådgivare, Oxera, av den 3 november 2014 (bilaga E.2).

[3] Publicerat i *Europeiska unionens officiella tidning* den 3 augusti 2012 (EUT C 233, 2012, s. 28).

19. Tribunalen ansåg i den överklagade domen att dessa bevis inte kunde tillåtas mot bakgrund av att sökandena i första instans inte hade motiverat det alltför sena ingivandet av dessa ytterligare bevis enligt artikel 85.3 i rättegångsreglerna för tribunalen (nedan kallade tribunalens rättegångsregler). Den underkände också samtliga grunder och ogillade därför talan i dess helhet.

## III. Bedömning

20. Klagandena har anfört fyra grunder för överklagandet.

### *A. Den första grunden för överklagandet, rörande tillåtligheten av ytterligare bevis som getts in av klagandena vid tribunalen*

21. Klagandena har i huvudsak hävdat att tribunalen har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att avvisa och därför vid sin prövning inte beakta avgörande bevisning som klagandena gett in innan det muntliga förfarandet vid tribunalen hade avslutats. I synnerhet har tribunalen gjort fel i) dels genom att bortse från eller underlåta att vederbörligen beakta de rättsliga principer som ligger bakom bestämmelserna i artikel 85.1–85.3 i tribunalens rättegångsregler, ii) dels genom att inte beakta den rättspraxis i vilken dessa bestämmelser tillämpas.

22. Artikel 85 i tribunalens rättegångsregler föreskriver vilka bevis som får ges in eller uppges vid olika stadier av rättegången. Artikel 85.1 föreskriver följande: ”Den som vill ge in bevis eller inkomma med bevisuppgift ska göra detta i samband med den första skriftväxlingen” (*den generella regeln*). Artikel 85.2 föreskriver följande: ”Parterna får även i samband med repliken och dupliken ge in bevis eller inkomma med bevisuppgift, under förutsättning att de anger godtagbara skäl till att detta inte har gjorts tidigare” (*avvikelsen*). Artikel 85.3 föreskriver: ”Parterna får undantagsvis ge in bevis eller inkomma med bevisuppgift innan den muntliga delen av förfarandet har avslutats eller innan tribunalen har beslutat att avgöra målet utan att inleda den muntliga delen av förfarandet, under förutsättning att de anger godtagbara skäl till att detta inte har gjorts tidigare” (*undantaget*).

23. Domstolen har redan slagit fast att dessa regler beaktar principerna om kontradiktoriskt förfarande och parternas likställdhet i processen samt rätten till en rättvis rättegång i den goda rättskipningens intresse.[4] Domstolen har också förklarat att ”[EU-] domstolarna … är behöriga att i sak pröva skälen till att detta bevis getts in eller uppgetts sent och, beroende på omständigheterna, bevisets innehåll och också om dess försenade ingivande inte är motiverat enligt de uppställda rättsliga kraven eller underbyggt, behöriga att avvisa det”.[5]

24. Detta av domstolen citerade avsnittet rörde artikel 85.2 i tribunalens rättegångsregler och praxis avseende motsvarande bestämmelse i de tidigare rättegångsreglerna för tribunalen.[6]

[4] Dom av den 14 april 2005, Gaki-Kakouri/domstolen (C-243/04 P, ej publicerad, EU:C:2005:238, punkt 30 (rörande motsvarande bestämmelser i de tidigare rättegångsreglerna för tribunalen).

[5] Dom av den 16 september 2020, BP/FRA (C-669/19 P, ej publicerad, EU:C:2020:713, punkt 41). Domstolen anger här domen av den 14 april 2005, Gaki-Kakouri/domstolen (C-243/04 P, ej publicerad, EU:C:2005:238, punkterna 32 och 33).

[6] Det vill säga artikel 48.1 i de tidigare rättegångsreglerna för tribunalen.

25. Det följer av domen av den 14 april 2005, Gaki-Kakouri/domstolen[7] samt av domen av den 16 september 2020, BP/FRA[8] att resonemanget ovan också är tillämpligt på artikel 85.3 i dessa rättegångsregler, medan mot bakgrund av att artikel 85.2 är en avvikelse och artikel 85.3 är ett undantag, den sistnämnda bestämmelsen är strängare och är tillämplig endast i undantagsfall (se punkt 31 i förevarande förslag till avgörande).

26. Klagandenas huvudargument är framför allt att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning genom att avvisa de två bevisen som otillåtliga medan sådana bevis alltid ska godtas av tribunalen för dess prövning ”såvida inte tvingande skäl föreligger däremot”.

27. Detta argument saknar grund och ska underkännas. Det innebär faktiskt en omkastning av grunderna för bestämmelserna om bevisupptagning vid tribunalen.

28. Det följer av målet Gaki-Kakouri att godtagande av för sent ingiven bevisning utgör ett undantag. Dessutom följer det redan av ordalydelsen i artikel 85.3 i tribunalens rättegångsregler att det ankommer på den part som avser åberopa sådant bevis att ange godtagbara skäl för att ingivandet skett för sent.

29. Tvärtemot klagandens argument är därför inte tribunalen skyldig att alltid godta bevis som inges för sent *såvida* den *inte* fastställer att avvisning av detta bevis är nödvändig av ”tvingande skäl” (det vill säga på grund av den kontradiktoriska principen eller begreppet rättvis rättegång vid tribunalen).

30. Det åligger i stället parterna själva att ange godtagbara skäl för denna försening.

31. Som tribunalen helt riktigt slog fast i målet TestBioTech/kommissionen[9] ”är ingivande av bevis innan den muntliga delen av förfarandet har avslutats föremål för det dubbla kravet att [i)] det försenade ingivandet av beviset har godtagbart skäl och [(ii)] att det försenade ingivandet av beviset är godtagbart med hänsyn till exceptionella omständigheter. Beträffande det andra villkoret för tillåtlighet [(ii)] … ska det antecknas att i vart fall innebär den exceptionella karaktären hos ett sådant ingivande att det inte var möjligt för sökanden att förete handlingen i fråga vid domstolen före förhandlingen eller att tidigare ingivande inte skäligen kunde krävas av sökanden. *Det ankommer på den part som avser ge in handlingen till domstolen att styrka att detta villkor har uppfyllts vid den tidpunkt då det nya beviset ges in*” (min kursivering).

32. Jag anser att tribunalens ovan angivna inställning (enligt vilken den i vissa situationer kräver bevis till stöd för motiveringen för den för sent ingivna bevisningen) har stöd i domstolens dom i målet BP mot FRA,[10] i vilken domstolen hänvisar till skyldigheten att förete sådan bevisning till stöd för motiveringen.

33. I samma dom (punkt 47) framhåller också domstolen att artikel 85.3 i tribunalens rättegångsregler ska tolkas ganska strikt (”det är endast *undantagsvis* som parterna får ge in eller uppge ytterligare bevis. Det framgår av denna bestämmelse att försenat ingivande av sådana bevis *ska ha godtagbara skäl*”) (min kursivering).

7 C-243/04 P, ej publicerad, EU:C:2005:238, punkterna 32 och 33.

8 C-669/19 P, ej publicerad, EU:C:2020:713, punkt 47.

9 Dom av den 15 december 2016, (T-177/13, ej publicerad, EU:T:2016:736, punkt 251).

10 Dom av den 16 september 2020 (C-669/19 P, ej publicerad, EU:C:2020:713, punkt 44).

34. I förfarandet i första instans har klagandena i huvudsak beträffande tabellen över icke-lufttrafikrelaterade intäkter som erhållits från flygplatsen påstått att denna tabell åberopats i kommissionens duplik. Med hänvisning till deras begäran om åtgärd för processledning har de förklarat att det var svårt och tog avsevärd tid att erhålla information från flygplatsen då informationen var gammal, personalen vid flygplatsen hade bytts ut och covid-19-krisen påverkade både personalen vid flygplatsen och sökandena och deras rådgivare. Enligt klagandena erhöll de informationen först ”under de senaste dagarna”.

35. Enligt min uppfattning är det som framgår av ovannämnd rättspraxis tydligt att klagandena borde ha kunnat tillhandahålla någon bevisning som styrker att de försökte erhålla tabellen från flygplatsen på ett tidigt stadium och att de fortsatte att skicka påminnelser till flygplatsen i detta avseende, inte minst när de mottog kommissionens yttrande över den nya bevisningen (av den 14 oktober 2020) i vilket kommissionen hävdade bland annat att förseningen saknade godtagbara skäl då förklaringarna inte kunde kontrolleras. Mot bakgrund av att avsevärd tid hade förflutit mellan kommissionens duplik (25 februari 2019) och den muntliga förhandlingen (29 september 2020) borde klagandena ha kunnat prestera någon bevisning av det slag som jag nämnt ovan för att visa att de kunde underbygga sin motivering enligt artikel 85.3 i tribunalens rättegångsregler.

36. Det bör framhållas att klagandena inte heller på överklagandestadiet har presenterat någon sådan bevisning.

37. Undantag ska tolkas restriktivt och tribunalen måste i fall som det förevarande, när den hyser tvivel beträffande de skäl som framförs av parten för det försenade ingivandet, kunna genomföra åtminstone en grundläggande kontroll och i följd därav kräva att parten stöder sitt påstående med bevisning.

38. Domstolen har faktiskt redan i en liknande situation, i vilken parten gjorde gällande att det försenade ingivandet av bevis i första instans berodde på hans eller hennes dåliga hälsa, förklarat att tribunalen med rätta hade tillbakavisat detta argument då parten inte kunde förete ett medicinskt intyg till stöd därför. [11]

39. Vid förhandlingen åberopade klagandena tribunalens dom av den 15 juni 2022, Qualcomm/kommissionen (Qualcomm–Betalningar för exklusiva rättigheter) (T-235/18, EU:T:2022:358), i vilken bevisning som ingetts för sent av Qualcomm tilläts av den domstolen.

40. Det är tillräckligt att framhålla att förevarande mål objektivt inte är jämförbart i materiellt avseende med det målet i åtminstone fyra hänseenden: i) motiveringen för det alltför sena ingivandet är en annan, ii) beskaffenheten av handlingen i fråga är en annan, iii) förfarandena är olika och iv) sökandens ställning är annorlunda. Beträffande i) åberopade Qualcomm inte endast artikel 85.3 i tribunalens rättegångsregler utan gjorde också gällande att artikel 85.3 i tribunalens rättegångsregler i det målet skulle tolkas ”mot bakgrund av artikel 92.7 i rättegångsreglerna” (möjligheterna att åberopa motbevisning och att göra tillägg till bevisuppgiften kvarstår). Medan jag anser att tribunalens inställning i målet Qualcomm är övertygande är det tillräckligt att konstatera att klagandena i förevarande mål inte har anfört något sådant argument (vare sig i första instans eller i överklagandet), inte heller har de fört sådant resonemang uttryckligt eller underförstått trots att kommissionen uttryckligt behandlade artikel 92.7 och påstod att denna bestämmelse inte var tillämplig. Med avseende på ii) framgår av denna dom att Qualcomm hade

[11] Dom av den 11 september 2019, HX/rådet (C-540/18 P, ej publicerad, EU:C:2019:707, punkterna 65–68).

objektiva skäl till varför det inte kunde erhålla handlingarna i fråga och tribunalen förklarar i detalj i denna dom (punkterna 134–153) att ingivandet av all ytterligare bevisning efter det att det skriftliga förfarandet hade avslutats var ”motiverat av exceptionella omständigheter” och därför skulle tillåtas. Såvitt gäller iii) avser Qualcomm-målet konkurrensrätt medan förevarande mål gäller statligt stöd (se punkt 94 i förevarande förslag till avgörande). Vad beträffar iv) är mottagaren av statligt stöd inte svarande i ett mål därom vid tribunalen.

41. Slutligen har klagandena i synnerhet åberopat domarna i målet Crocs/EUIPO – Gifi Diffusion (Footwear) [12] och i målet Schmid/EUIPO – Landeskammer für Land- und Forstwirtschaft in Steiermark (Steirisches Kürbiskernöl). [13] De har hävdat att tribunalen felaktigt tillämpade denna rättspraxis och påstått att det framgår av denna praxis att ett för sent ingivande av bevis kan motiveras när parten inte kunde ha detta bevis tidigare och att vid bedömningen av huruvida det för sena ingivandet är motiverat är det nödvändigt att kontrollera huruvida beviset i fråga redan fanns i den förvaltningsakt som låg till grund för det angripna beslutet. Om detta är fallet skulle det inte föreligga skäl för att tillbakavisa detta bevis mot bakgrund av att svaranden redan hade beaktat beviset innan beslutet meddelades.

42. Det är tillräckligt att konstatera att denna rättspraxis inte har den räckvidd som klagandena tillmäter den. Domstolens avgörande är inte exakt enligt ovan i en situation som den som är i fråga här. Det är viktigt att framhålla att denna praxis har sitt ursprung i EU:s regler för rättegången rörande varumärken och kan förklaras med vissa särdrag för rättegången på detta särskilda område inom unionsrätten.

43. Denna slutsats följer av domstolens beslut av den 13 september 2011, Wilfer/harmoniseringsbyrån. [14]

44. I detta mål förklarade domstolen att tribunalen med rätta påpekade att den inte enligt artikel 63 i rådets förordning (EG) nr 40/94 [15] kan omvärdera de faktiska omständigheterna mot bakgrund av bevis som ingivits för första gången vid tribunalen. Syftet med talan vid tribunalen är att pröva lagenligheten av beslut av överklagandenämnderna vid EUIPO vid tillämpningen av denna bestämmelse och lagenligheten ska bedömas i ljuset av den information som fanns tillgänglig för dem när dessa beslut antogs (punkterna 40 och 41 i beslutet i målet Wilfer/harmoniseringsbyrån).

45. Domstolen framhöll vidare att det var ostridigt att sakkunnigutlåtandet och de bilder av unions- och nationella varumärken som åberopats av sökanden som bevis hade getts in för första gången vid tribunalen och att de inte hade getts in till överklagandenämnden vid EUIPO. Tribunalen hade därför med rätta avvisat dem som otillåtliga. Denna avvisning kränkte därför inte sökandens rätt att bli hörd (punkt 42 i beslutet i målet Wilfer/harmoniseringsbyrån.

46. Slutligen konstaterade domstolen att det varken av ansökan om inledande av förfarandet vid tribunalen eller av den överklagade domen framgick att klaganden vid den domstolen hade gjort gällande att överklagandenämnden åsidosatte principen att överklagandenämnden på eget initiativ ska pröva de faktiska omständigheterna för att fastställa tillåtligheten av denna bevisning (punkt 43 i beslutet i målet Wilfer/harmoniseringsbyrån.

[12] Dom av den 14 mars 2018 (T-651/16, ej publicerad, EU:T:2018:137).

[13] Dom av den 7 juni 2018 (T-72/17, EU:T:2018:335).

[14] (C-546/10 P, ej publicerad, EU:C:2011:574, punkterna 40–43).

[15] Rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (EGT L 11, 1994, s. 1).

47. Följaktligen är den rättspraxis som angetts av klagandena i punkt 41 i förevarande förslag till avgörande inte tillämplig i förevarande mål och deras argument ska underkännas då de saknar grund.

48. Det följer av dessa överväganden att den första grunden ska underkännas.

### *B. Den andra grunden för överklagandet med påstående om felaktig tolkning av artikel 17 i förordning 2015/1589 och felaktig tillämpning av artikel 296 FEUF*

#### *1. Första ledet i den andra grunden för överklagandet*

49. Klagandena har påstått att enligt artikel 17.2 i förordning (EU) 2015/1589[16] ska kommissionens åtgärd, det vill säga begäran om upplysningar, avse en specifik fråga i granskningen. Tribunalen tillämpade fast rättspraxis felaktigt, enligt vilken en begäran om upplysningar ska behandla en specifik åtgärd för att preskriptionstiden ska avbrytas enligt den bestämmelsen. Klagandena har hävdat att tribunalen också åsidosatte principerna om berättigade förväntningar och rättssäkerhet.

50. Det angripna beslutet anger fyra avtal från 2002 beträffande stöd som beviljats Ryanair. Vidare framgår det av den överklagade domen att det var ostridigt mellan parterna att beträffande samtliga avtal från 2002 började preskriptionstiden enligt artikel 17 i förordning 2015/1589 att löpa den 9 augusti 2002. I detta sammanhang hade klagandena under det administrativa förfarandet och sedan vid tribunalen hävdat att tioårsperioden hade löpt ut vid den tidpunkt som kommissionen begärde upplysningar från de österrikiska myndigheterna och Ryanair om avtalen från 2002 (begäran därom hade gjorts först under 2015 medan preskriptionstiden löpte ut den 8 augusti 2012) (punkt 66 i den överklagade domen). Enligt klagandena fick kommissionen kännedom om förekomsten av avtalen från 2002 tidigast först den 31 augusti 2012 genom en handling som skickats till den av Ryanair, vilket framgår av dess beslut att utvidga det formella granskningsförfarandet. De har påstått att kommissionen inte vidtog någon åtgärd mellan den 9 augusti 2002 och den 8 augusti 2012 som kunde avbryta preskriptionstiden. De har gjort gällande att kommissionen inte före den 31 augusti 2012 kunde vidta någon åtgärd som avbröt preskriptionstiden för avtalen från 2002. Skälet härför är att sådan avbrytande verkan krävde att ”åtgärd …som vidtas” i den mening som avses i denna artikel hänvisade relativt exakt till stödet i fråga. Genom att anse att en ”allomfattande” formulering ger en sådan avbrytande verkan tolkade tribunalen artikel 17 i förordning 2015/1589 felaktigt.

51. I sitt beslut av den 22 februari 2012 att inleda förfarandet anförde kommissionen att den på grundval av information som var tillgänglig för den avseende bolagen i fråga hade beslutat att pröva ”avtalen från 2002 med Ryanair” och ”avtalen från 2006 med Ryanair”. Beträffande avtalen från 2002 framgick det att det förelåg ett samarbetsavtal mellan KFBG och Ryanair av den 22 januari 2002 och ett marknadsföringsavtal mellan DMG och LV, även detta av den 22 januari 2002. Beträffande dess beslut av den 23 juli 2014, i vilket kommissionen utvidgade det formella granskningsförfarandet, framgår det av detta beslut att denna utvidgning även avsåg marknadsföringsavtalet som ingåtts mellan DMG och AMS av den 22 januari 2002 och ”det följebrev som var fogat till marknadsföringsavtalet mellan DMG och LV”, även detta av samma datum.

[16] Rådets förordning (EU) 2015/1589 av den 13 juli 2015 om genomförandebestämmelser för artikel 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (kodifiering) (EUT L 248, 2015, s. 9).

52. I den överklagade domen (punkterna 73–77) bedömde sedan tribunalen de olika omständigheterna och begäranden om upplysningar som hade skickats till de österrikiska myndigheterna och till Ryanair före inledandet av det formella granskningsförfarandet och drog slutsatsen av detta att alla begäranden som den bedömde också avsåg 2002-års MSA mellan DMG och AMS och 2002-års sidoavtal mellan DMG och LV med det resultatet att de var åtgärder som kunde avbryta preskriptionstiden enligt förordning 2015/1589.

53. Tribunalen fann sedan i punkterna 77–79 i denna dom att de olika omständigheterna i beslutet i fråga innebär att 2002-års ASA och ”marknadsföringsavtalen som ingåtts under 2002” var oupplösligt förbundna och därför hade preskriptionstiden faktiskt avbrutits genom den begäran om upplysningar som bedömts av tribunalen.

54. Slutligen förklarade tribunalen i huvudsak i punkterna 80–84 i denna dom att då de österrikiska myndigheterna och Ryanair i deras egenskap av adressater hade kännedom om innehållet i de skrivelser, vari ytterligare information begärdes av dem, var angivandet av de tidpunkter vid vilka kommissionen hade vidtagit de åtgärder som kunde avbryta preskriptionstiden tillräckligt för att uppfylla dess motiveringsskyldighet.

55. Jag framhåller att domstolen redan har förklarat att preskriptionstiden som anges i artikel 17 kan avbrytas genom en åtgärd som mottagaren av stödet inte har underrättats om. [17]

56. Den har också förklarat att omständigheten att preskriptionsfristen har löpt ut endast medför en begränsning i tiden av kommissionens befogenhet att återkräva statligt stöd och kan följaktligen inte medföra att olagliga statliga stöd blir lagenliga i efterhand endast av det skälet att de blir befintliga stöd. [18]

57. Det förefaller dock som om domstolen ännu inte har tillhandahållit någon uttrycklig förklaring beträffande graden av precisering av den information som en åtgärd som vidtas av kommissionen i den mening som avses i artikel 17 (såsom en begäran om upplysningar) ska innehålla för att avbryta denna tid.

58. I detta avseende har tribunalen hittills endast förklarat att ”förhållandet att en begäran om upplysningar är av enkel karaktär förtar således inte dess verkan att avbryta preskriptionen enligt [vad som nu är artikel 17 i förordning 2015/1589]”. [19]

59. Detta föranleder frågan huruvida, såsom klagandena har påstått, tribunalen har tillämpat en alltför vid tolkning av begreppet ”åtgärd” som kan utgöra en handling som avbryter preskriptionstiden enligt artikel 17 i förordning 2015/1589.

60. För det första föreskriver ordalydelsen i artikel 17.2 i förordning 2015/1589 att ”preskriptionstiden ska avbrytas av varje åtgärd avseende det olagliga stödet”.

61. Ordalydelsen klarlägger att det ska vara en åtgärd ”avseende det olagliga stödet”.

[17] Se, med avseende på artikel 15 i rådets förordning 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget (nu artikel 17 i förordning 2015/1589), dom av den 6 oktober 2005, Scott/kommissionen (C-276/03 P, EU:C:2005:590, punkt 36).

[18] Se, analogt, dom av den 23 januari 2019, Fallimento Traghetti del Mediterraneo (C-387/17, EU:C:2019:51, punkterna 61 och 62).

[19] Dom av den 10 april 2003, Département du Loiret/kommissionen (T-369/00, EU:T:2003:114, punkt 82).

62. Detta betyder att unionslagstiftaren inte avsåg att ge kommissionen fria händer i detta avseende.

63. För det andra är syftet med preskriptionstiden att säkerställa rättssäkerhet (se skäl 26 i förordning 2015/1589), inte minst i de fall där beviljande av olagligt stöd har förblivit oupptäckt under lång tid. Detta kan inträffa exempelvis i fall när en medlemsstat inte har insett att en viss åtgärd utgör statligt stöd.[20] Juridisk doktrin nämner dessutom skyddet för konkurrens som ett ytterligare syfte med preskriptionstiden.[21]

64. Å ena sidan ska åtgärden vara tillräckligt specifik för att undvika att ge kommissionen fria händer, för att undvika en situation i vilken det är möjligt att regelmässigt skicka standardiserade begäranden om upplysningar till medlemsstater och stödmottagare och på detta sätt lätt kringgå den tioåriga preskriptionstiden. En sådan tolkning skulle, som klagandena riktigt har påpekat, åsidosätta skyddet för berättigade förväntningar och stödmottagarens rättssäkerhet (och medlemsstatens)[22] Enligt min uppfattning ska det också tas i beaktande att tio år redan är en betydande tidsperiod för varje företag (eller medlemsstat), under vilken eventuella krav på återbetalning kan framställas. Denna osäkerhet utgör också en ekonomisk börda för varje företag.

65. Å andra sidan behöver kommissionen tillräcklig tid för att kunna genomföra sina granskningar. En fullständig specificering av den åtgärd som ska genomföras enligt lagstiftningen om statligt stöd kan inte krävas. Detta skulle vara ett alltför högt hinder för kommissionen. Varje granskning kännetecknas inledningsvis av en informationsklyfta mellan medlemsstaten eller stödmottagaren och kommissionen.

66. För det tredje när det gäller innehållet och preciseringsgraden i en begäran om upplysningar som kan avbryta preskriptionstiden följer det klart av förordning 2015/1589 att när kommissionen har information om ett påstått olagligt stöd eller missbruk av stöd har den rätt att begära upplysningar, i synnerhet från den berörda medlemsstaten. Medlemsstaten är skyldig att lämna *alla nödvändiga upplysningar för att kommissionen ska kunna fatta ett beslut under den preliminära granskningen eller det formella granskningsförfarandet*.[23]

67. Förhållandet att en begäran om upplysningar är ett verktyg som tillåter kommissionen att efterfråga *nödvändig* information följer av skälen 9, 10, 24 och 36 samt artiklarna 2.2, 5.1, 7.1, 12.2, 21.1 och 25.1 i förordning 2015/1589.

68. Mot bakgrund av att unionsdomstolarna redan har avgjort ett antal centrala frågor rörande begäran om upplysningar enligt förordning (EG) nr 1/2003[24] och, i synnerhet ”nödvändighetsmomentet”, är denna rättspraxis, med vederbörliga ändringar, tillämplig på tolkningen av en begäran om upplysningar enligt förordning 2015/1589. Artikel 18 i förordning 1/2003, med rubriken ”Begäran om upplysningar”, föreskriver exakt samma granskningsverktyg som är tillgängligt för kommissionen som den som den har i granskningar om statligt stöd.

[20] Se, till exempel, Säcker, F. J., och Montag, F. (red.), *European State Aid Law*, Beck, 2016, s. 1613.

[21] Ibidem. Se även Lübbig, T. och Martin-Ehlers, A., *Beihilfenrecht der EU*: *das Recht der Wettbewerbsaufsicht über staatliche Beihilfen in der Europäischen Union*, Beck, 2009, s. 228.

[22] Se, dom av den 6 oktober 2005, Scott/kommissionen (C-276/03 P, EU:C:2005:590, punkt 30).

[23] Se artiklarna 2.2, 5.1 och 2 som i kraft av artikel 12.2 är tillämpliga på information som begärs enligt denna bestämmelse.

[24] Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EGT L 1, 2002, s. 1).

69. I anledning av kravet på ”nödvändighet” som anges i artikel 18.1 i förordning nr 1/2003 har unionsdomstolarna klarlagt att kommissionen endast har rätt att begära uppgifter som kan göra det möjligt för den att granska förmodade överträdelser som motiverar genomförande av en granskning och som anges i begäran om upplysningar. [25]

70. Det ska föreligga ett samband mellan den av kommissionen begärda informationen och den granskade överträdelsen. Kommissionen ska ha skäl att förmoda att informationen kommer att vara till hjälp vid avgörandet av huruvida den påstådda överträdelsen har ägt rum. [26]

71. ”Nödvändigheten” av en begäran om upplysningar ska framgå av skälen för begäran. Med avseende på syftet med begäran om upplysningar ska kommissionen beskriva den misstänkta överträdelsen av konkurrensreglerna, som den avser att granska, på ett tydligt, exakt och otvetydigt sätt. [27]

72. Motiveringen för en begäran om upplysningar får följaktligen inte vara vare sig vag eller allmänt hållen, särskilt om granskningen inte längre är på ett mycket tidigt stadium, och misstankarna om berörda överträdelser ska framföras med tillräcklig precision. [28]

73. Kommissionens skyldighet att ange specifika skäl är ett grundläggande krav inte bara för att visa att begäran om upplysningar är motiverad, *utan också för att de berörda företagen ska kunna förstå hur omfattande deras samarbetsskyldighet är, samtidigt som deras rätt till försvar skyddas och säkerställer att unionsdomstolarna kan utöva domstolskontroll*. [29]

74. Härav följer att den av kommissionen begärda informationen ska anges så exakt som omständigheterna medger.

75. Enligt min uppfattning är det viktigt att då avbrytande av preskriptionstiden enligt artikel 17.2 i förordning 2015/1589 utgör ett undantag från den tioåriga preskriptionstiden som fastläggs i artikel 17.1 i denna förordning, ska det tolkas snävt.

76. Som vi har sett ovan kräver sedan artikel 17.2 för att avbryta preskriptionstiden enligt denna förordning att kommissionens skriftliga begäran om upplysningar ska vara en åtgärd ”avseende det olagliga stödet” och artikel 18 i förordning 1/2003, som kan tillämpas analogt, kräver att en begäran om upplysningar ska vara ”nödvändig”.

77. Som vi har sett av rättsfallsöversikten ovan är ”en begäran om upplysningar ”nödvändig” i den mening som avses i artikel 11.1 i förordning nr 17 [30] [föregångare till artikel 18 i förordning 1/2003] om den med fog kan anses ha samband med den förmodade överträdelsen”. [31]

[25] Dom av den 10 mars 2016, HeidelbergCement/kommissionen (C-247/14 P, EU:C:2016:149, punkt 23), och dom av den 28 januari 2021, Qualcomm och Qualcomm Europe/kommissionen (C-466/19 P, EU:C:2021:76, punkt 68). Detta avsnitt stöder sig bland annat på fall som diskuteras i den juridiska litteraturen. Se Geulette, A., och Scholz, M., *Article 18 Requests for Information*, i Prete, L., Laitenberger, J., Gauer, C., och Dekeyser, K. (red.), *Regulation 1/2003 and EU Antitrust Enforcement*, Wolters Kluwer, 2022, s. 433 och följande sidor, där ytterligare rättspraxis anges.

[26] Se dom av den 28 januari 2021, Qualcomm och Qualcomm Europe/kommissionen (C-466/19 P, EU:C:2021:76, punkt 70).

[27] Dom av den 10 mars 2016, HeidelbergCement/kommissionen (C-247/14 P, EU:C:2016:149, punkterna 20, 24 och 25).

[28] Dom av den 10 mars 2016, HeidelbergCement/kommissionen (C-247/14 P, EU:C:2016:149, punkt 39).

[29] Dom av den 10 mars 2016, HeidelbergCement/kommissionen (C-247/14 P, EU:C:2016:149, punkt 19).

[30] Rådets förordning av den 6 februari 1962, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar [81] och [82] (EGT L 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8) som var föregångaren till förordning 1/2003.

[31] Dom av den 12 december 1991, SEP/kommissionen (T-39/90, EU:T:1991:71, punkt 29) (överklagande ogillat av domstolen).

78. Enligt min uppfattning är det tydligt att samma inställning ska tillämpas på en begäran om upplysningar i förfarandet rörande statligt stöd. Därför är en begäran om upplysningar ”nödvändig” om den med fog kan anses ha ett samband med det förmodade olagliga stödet.

79. Det följer härav att en begäran om upplysningar för att med giltig verkan kunna avbryta den tioåriga preskriptionstiden som fastställs i artikel 17.1 i förordning 2015/1589 ska vara nödvändig för den inledande granskningen eller förfarandet och slutligt nödvändig för antagandet av beslutet om återkrav av det olagliga statliga stödet. Därför kan inte kommissionen exempelvis framställa en begäran om upplysningar vars enda syfte är att förlänga preskriptionstiden på konstgjort sätt för att bevara möjligheten att återkräva olagligt statligt stöd. [32] En begäran om upplysningar endast för detta syfte kan inte vara ”nödvändig” för ”överträdelseförfarandet”.

80. Om kommissionen vidare kunde avbryta preskriptionstiden genom att sända en ”allomfattande” begäran om upplysningar som inte är nödvändig för förfarandet skulle den systematiskt kunna förlänga preskriptionstiden utöver de redan ganska betydande maximala tio åren som fastställs i artikel 17.1 i förordning 2015/1589 och därigenom göra den verkningslös.

81. Det bör framhållas att min inställning ovan redan har tillämpats i unionsdomstolarnas praxis som har bedömt huruvida en begäran av kommissionen om upplysningar enligt förordning nr 17kunde avbryta preskriptionstiden enligt förordning (EEG) nr 2988/74. [33]

82. I förevarande mål prövade tribunalen ordalydelsen i samtliga begäranden om upplysningar, i de frågor som ställdes av kommissionen samt i de svar som lämnades av Ryanair. Tribunalen behandlade sedan de kriterier som utgör en tillräcklig specificering av de enskilda avtalen ”med avseende på” vilken en bedömning kan göras beträffande deras lagenlighet. Jag anser att begärandena om upplysningar i förevarande mål uppfyller villkoren för avbrytande av preskriptionstiden. De var inte vaga och hade ett syfte att erhålla nödvändig information med avseende på det förmodade stödet.

83. Ett direkt samband med detta har frågan om villkoren på vilka avtalen kan anses vara oskiljaktigt sammankopplade. Detta har betydelse för avgörandet av huruvida förhållandet att två avtal nämndes särskilt, medan de andra två inte nämndes, ska anses sakna tillräcklig precisering och således inte avse de avtal som inte nämnts.

84. Enligt tribunalen finns det en oskiljaktig koppling mellan avtalen som följer av den grad av ekonomiskt samband mellan avtalsparterna, samma tidpunkt för avtalens ingående samt samband mellan avtalen när det gäller avtalsföremålet och regler och villkor (den överklagade domen, punkt 77 och följande punkter).

85. Med beaktande av detta nära samband skulle en uppdelning av avtalen med avseende på avbrytande av preskriptionstiden enligt min uppfattning vara godtycklig. De fyra avtalen utgör en ekonomisk konstruktion som endast delades in i fyra avtal i synnerhet då företaget självt är uppdelat i dotterföretag. En upplösning av detta samband skulle därför inte beakta det faktiska sammanhanget i målet.

[32] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 februari 2001, Österrike/kommissionen (C-99/98, EU:C:2001:94, punkterna 45–67).

[33] Rådets förordning (EEG) nr 2988/74 av den 26 november 1974 om preskriptionstider i fråga om förfaranden och verkställande av påföljder enligt Europeiska ekonomiska gemenskapens transport- och konkurrensregler (EGT L 319, 1974, s. 1). Se dom av den 19 mars 2003, CMA CGM m.fl./kommissionen (T-213/00, EU:T:2003:76, punkterna 484–511) (överklagande ogillat av domstolen).

86. Trots att tribunalen inte granskade huruvida ifrågavarande begäranden om upplysningar uppfyller kravet på ”nödvändighet” (som jag har förklarat ovan) framgår det av handlingarna vid domstolen att dessa begäranden om upplysningar i förevarande mål faktiskt var nödvändiga då de uppenbart hade ett samband med det förmodade olagliga statliga stödet och var nödvändiga för den inledande granskningen och slutligt för antagande av beslutet om återkrav av det olagliga statliga stödet.

87. Jag anser att min ovan föreslagna lösning följer av tolkningen av förordning 2015/1589 och att den inte innebär fria händer för kommissionen, inte heller uppställer den ouppnåeliga normer för den institutionens granskningar. Den medför således en balans mellan skyddet för rättssäkerhet och återställande av effektiv konkurrens som är två konkurrerande principer som fastställs i denna förordning (skälen 25 och 26).

88. Det första ledet i den andra grunden för överklagandet ska därför underkännas.

*2. Det andra ledet i den andra grunden för överklagandet*

89. Klagandena har i huvudsak påstått att tribunalen felaktigt tillämpade artikel 296 FEUF när den fann att motiveringen i det angripna beslutet var tillräcklig trots att beslutet inte uttryckligt förklarade varför kommissionen hade underkänt de argument som klagandena hade framfört under det administrativa förfarandet (att preskriptionstiden i artikel 17 i förordning 2015/1589 hade löpt ut).

90. Den överklagade domen förklarar att det är tillräckligt att ange omständigheter och rättsliga överväganden av grundläggande betydelse i beslutet.[34] ”Mot bakgrund av att de österrikiska myndigheterna och Ryanair var medvetna … om innehållet i de skrivelser vari ytterligare upplysningar begärdes, vilka hade tillställts dem av kommissionen, behövde denna vid tillämpning av artikel 296 FEUF endast ange omständigheter av grundläggande betydelse när det gäller det angripna beslutet.”[35]

91. Vad som enligt min uppfattning är avgörande är huruvida antagandet, att korrespondensen mellan kommissionen och adressaten ska anses utgöra en helhet, är förenligt med de principer som fastställts i rättspraxis rörande artikel 296 FEUF.

92. Som det mycket riktigt påpekas i punkt 80 i den överklagade domen har domstolen redan tydligt förklarat att ”det fordras vidare inte att motiveringen av en rättsakt anger samtliga relevanta sakförhållanden och rättsliga överväganden, eftersom frågan huruvida motiveringen av en rättsakt uppfyller kraven i artikel [296 FEUF] inte enbart skall bedömas mot bakgrund av motiveringens lydelse, utan även mot bakgrund av det sammanhang i vilket motiveringen ingår samt alla rättsregler som reglerar den berörda frågan”.[36]

93. Eftersom ”sammanhanget” uppenbarligen även innefattar all korrespondens saknar klagandenas påstående om felaktig tillämpning av artikel 296 FEUF grund i förevarande mål.

[34] Den överklagade domen, punkt 81 (och där angiven rättspraxis).

[35] Den överklagade domen, punkt 83.

[36] Dom av den 2 april 1998, kommissionen/Sytraval och Brink’s France (C-367/95 P, EU:C:1998:154, punkt 63 och där angiven rättspraxis.

94. Det är nödvändigt att erinra om att förfarandet för kontroll av statligt stöd är ett förfarande som inletts mot den medlemsstat som är ansvarig för det beviljade stödet och berörda parter (bland annat stödmottagaren) kan inte delta i ett kontradiktoriskt förfarande mot kommissionen på samma sätt som gäller för den nämnda medlemsstaten. [37]

95. Kommissionen var därför inte skyldig att särskilt besvara klagandenas yttranden i detta avseende.

96. Det andra ledet i den andra grunden för överklagandet ska följaktligen underkännas och följden är att den andra grunden för överklagandet ska underkännas i dess helhet.

### *C. Den tredje grunden för överklagandet avseende påstådd missuppfattning av bevisning vid bedömningen av huruvida kommissionen lagligen hade tillämpat kriteriet avseende en marknadsekonomisk aktör*

97. Klagandena har i huvudsak gjort gällande att tribunalen har missuppfattat det klara innehållet i den bevisning som ingetts till den vid prövningen av huruvida kommissionen lagligen hade tillämpat kriteriet avseende en ”marknadsekonomisk aktör” vid bedömningen av huruvida klagandena hade gynnats i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF. I synnerhet har de hävdat att tribunalen missuppfattade bevisning avseende: i) en säkerhetsavgift fastställd i ett avtal om flygplatstjänster mellan flygplatsen och Ryanair, ii) uppskattningen av tillkommande rörelsekostnader som flygplatsen kunde förvänta sig och iii) den beläggningsfaktor som kommissionen lade till grund för sin förhandsbedömning av lönsamheten.

98. Det är nödvändigt att bedöma huruvida de frågor som klagandena har påtalat missuppfattades av tribunalen i den mening som framgår av domstolens praxis [38] och, om detta är fallet, huruvida denna missuppfattning har medfört tribunalens felaktiga slutsats att kommissionen i huvudsak grundade sin bedömning av förekomsten av en fördel på information och uppgifter som var tillräckliga och trovärdiga.

99. Det är emellertid inte tillräckligt att klagandena har ”angett samtliga relevant punkter i handlingarna i målet som gör det möjligt för domstolen att fastslå att olaglig missuppfattning har skett”, då missuppfattningen utifrån handlingarna i målet ska vara uppenbar utan att domstolen ska behöva göra en ny bedömning av omständigheterna och bevisningen. [39]

#### *1. Säkerhetsavgift*

100. Klagandena har hänvisat till de argument som de anförde i första instans (att säkerhetsavgiften fakturerades och betalades av Ryanair) och har påstått att bevisningen i målet visar att Ryanair både var enligt avtal skyldigt att betala säkerhetsavgiften och faktiskt betalade den enligt detta åtagande. De har påstått att tribunalen underlät att vederbörligen beakta den bevisning som lagts fram för den.

[37] Dom av den 11 mars 2020, kommissionen/Gmina Miasto Gdynia och Port Lotniczy Gdynia Kosakowo (C-56/18 P, EU:C:2020:192, punkterna 73–75).

[38] Dom av den 28 januari 2021, Qualcomm och Qualcomm Europe/kommissionen (C-466/19 P, EU:C:2021:76, punkterna 43 och 44).

[39] Dom av den 8 mars 2016, Grekland/kommissionen (C-431/14 P, EU:C:2016:145, punkt 32), och dom av den 2 mars 2021, kommissionen/Italien m.fl. (C-425/19 P, EU:C:2021:154, punkt 52).

101. För det första angav inte tribunalen i de punkter som är i fråga i överklagandet (punkterna 331 och 332 i den överklagade domen) att avgiften inte vidarefördes till Ryanair av flygplatsen. Den anförde i stället endast att denna avgift återbetalades till Ryanair.

102. Även om det skulle anses att det uppenbart framgår av denna bevisning som åberopats av Ryanair att det faktiskt betalade för denna säkerhetsavgift till flygplatsen (vilket inte är fallet), vilket tribunalen i vart fall inte ifrågasatte, i dessa punkter, skulle inte detta nödvändigtvis betyda att tribunalen missuppfattade bevisningen som hävdats av klagandena i detta avseende och att den felaktigt kom till slutsatsen att kommissionen utan att göra sig skyldig till en uppenbart felaktig bedömning kunde anse att denna avgift utgjorde en tillkommande kostnad för flygplatsen vid bedömningen av 2006-års avtals lönsamhet.

103. Tribunalen grundade sin slutsats på kommissionens förklaring enligt vilken de österrikiska myndigheterna vid två tillfällen bekräftade att säkerhetsavgiften slutligen återbetalades till Ryanair.

104. I punkt 332 i den överklagade domen påpekar endast tribunalen i detta avseende att kommissionen på ett omsorgsfullt sätt av den berörda medlemsstaten begärde relevant information som gav tribunalen möjlighet att avgöra huruvida säkerhetsavgiften faktiskt återbetalades till Ryanair.

105. Jag anser att tribunalen hade rätt när den fann att kommissionen hade fullgjort sin skyldighet att genomföra en omsorgsfull och opartisk granskning och att den hade att lita på informationen från Österrike och anse att säkerhetsavgiften var en tillkommande kostnad för flygplatsen när det gäller bedömningen av 2006-års avtals lönsamhet.

106. Även om man skulle påstå att tribunalen inte kunde tillmäta kommissionens uppgifter sådan vikt i avsaknad av konkret bevisning från kommissionen (vilket inte är fallet) skulle detta i vart fall inte utgöra missuppfattning av bevisning i den mening som avses i domstolens praxis. [40]

107. Det är också tillräckligt att säga att det inte var omöjligt för klagandena att fastställa att säkerhetsavgiften inte återbetalades till Ryanair mot bakgrund av att det är tänkbart att en bedömning av Ryanairs bokföring skulle ha kunnat vissa detta.

### *2. Säkerhetsmarginal*

108. Beträffande den säkerhetsmarginal som lades till av de österrikiska myndigheterna till de värden som användes som grund för beräkning av tillkommande rörelsekostnader som var av betydelse vid bedömningen av 2002-års avtals lönsamhet har klagandena hävdat att rapporten från 2018 från deras ekonomiska rådgivare Oxera visar att kommissionens uppskattningar av tillkommande kostnader var oförklarligt höga och att tribunalen missuppfattade bevisningen genom att bortse från eller underlät att vederbörligen beakta denna rapport (i punkterna 301 och 302 i den överklagade domen).

109. Det är riktigt att punkterna 301 och 302 som angrips av klagandena inte nämner rapporten från 2018 av Oxera.

[40] Som återges i punkt 99 i förevarande förslag till avgörande.

110. Det följer emellertid inte härav att tribunalen missuppfattade denna handling. Jag anser snarare att klagandena genom deras sätt att resonera faktiskt avser att ifrågasätta den vikt som den domstolen tillmätte kommissionens argument i motsats till deras egna argument. Detta innebär emellertid att klagandena eftersträvar en ny bedömning av faktiska omständigheter och bevisning vilket inte är tillåtet i ett överklagande.

111. Deras påstående grundas dessutom på en ofullständig tolkning av den överklagade domen. Tribunalens bedömning av klagandenas mer omfattande talan i första instans med påstående om överskattning av tillkommande kostnader avseende 2002-års avtal (säkerhetsmarginalen är en del av tillkommande rörelsekostnader) återfinns i punkt 288 och följande punkter i den överklagade domen. Tribunalen hänvisar i synnerhet i punkterna 289 och 296 till Oxera rapporten från 2018. Klagandenas påstående att ingen hänvisning till rapporten gjordes i den överklagade domen är därför helt enkelt felaktigt och deras inställning att tribunalen inte beaktade denna rapport saknar grund.

112. Det är tillräckligt att påpeka att tribunalen ansåg att kommissionens förklaringar var tillräckliga för att underkänna den påstådda överskattningen av tillkommande rörelsekostnader (som innefattade säkerhetsmarginalen) utan att den behövde uttryckligt nämna Oxera rapporten från 2018 avseende vartenda av klagandenas påståenden i detta avseende. Tribunalen missuppfattade således inte denna bevisning.

*3. Beläggningsfaktor*

113. Beläggningsfaktorn hade betydelse för förhandsbedömningen av 2002-års avtals lönsamhet. Det angripna beslutet använde en beläggningsfaktor om 70 procent som klagandena anser vara för låg. De har hävdat att: i) 2002-års ASA angav en beläggningsfaktor om 76 procent, ii) kommissionen använde en högre beläggningsfaktor om 85 procent i sin bedömning av 2006-års avtal, iii) det angripna beslutet visade att flygplatsen hade civil luftfartsverksamhet kort tid efter dess grundande under 1915 och hade därför samlat ”många årtionden av erfarenhet av civil flygverksamhet” och iv) Oxera-rapporten från 2018 visade att målbeläggningsfaktorn om 76 procent var nära men lite under beläggningsfaktorn om ungefär 80 procent som uppnås av Ryanair i hela dess flygnät. Klagandena klagar över att tribunalen bortsåg från eller underlät att vederbörligt beakta bevisningen och godtog kommissionens uppgifter utan prövning.

114. Enligt min uppfattning ska klagandenas argument underkännas av skäl som är jämförbara med dem som jag framfört avseende säkerhetsmarginalen ovan.

115. Tribunalen anger att 2002-års ASA hade en målbeläggningsfaktor om 76 procent, exakt som klagandena har hävdat i förevarande grund för överklagandet, och att kommissionen använde 70 procent i det angripna beslutet, utan att ha gjort en uppenbart felaktig bedömning mot bakgrund av att flygplatsen vid denna tid inte hade någon erfarenhet av lågprisflygbolag och att dessa flygbolag då var mindre etablerade än de är i dag.

116. Förhållandet att flygplatsen hade bedrivit verksamhet sedan 1915 och således fått ”erfarenhet av civil flygverksamhet” kan inte påverka den omständigheten att den inte hade erfarenhet av Ryanair eller andra lågprisflygbolag när den ingick 2002-års avtal. Klagandena bestrider inte heller detta.

117. Klagandenas argument att tribunalen bortsåg eller inte vederbörligt beaktade den bevisning som lagts fram vid den ska därför underkännas. Klagandena kan ha en annan uppfattning om bedömningen av bevisningen än tribunalen men detta betyder inte att den domstolen missuppfattade denna bevisning.

*4. Slutsats avseende den tredje grunden för överklagandet*

118. Klagandena har inte visat att tribunalen missuppfattade bevisningen och än mindre att sådana missuppfattningar är uppenbara. Den tredje grunden för överklagandet ska därför underkännas.

## *D. Den fjärde grunden för överklagandet med påstående om felaktig rättstillämpning avseende det stödbelopp som ska återkrävas*

119. Klagandena har i huvudsak gjort gällande att tribunalen felaktigt drog slutsatsen att både förekomsten av stöd och stödbeloppet ska bedömas enbart på grundval av förhandsbevisning. Tribunalen underlät dessutom att behandla deras argument att rättelser av förhandsuppgifter ska göras beträffande ”faktorer som är under stödgivarens direkta kontroll” men i stället hänvisade den endast till ”helt tillfälliga” händelser. Klagandena har påstått att tribunalen feltolkade rättspraxis (som inte hindrar kommissionen att göra sådana rättelser). De har hävdat att tribunalens misstag har sin grund i en sammanblandning av ”beviljande” och ”betalning av stöd”.

120. Det förefaller som om klagandena faktiskt ifrågasätter grunden för kriteriet avseende en marknadsekonomisk aktör, det vill säga frågan om vad en klok privat investerare i en marknadsekonomi skulle ha gjort vid den tid när avtalen ingicks.

121. Klagandenas argument förefaller vara verkningslöst. Domstolen har faktiskt förklarat att för bedömningen avseende kriteriet avseende en marknadsekonomisk aktör är *det enda som är relevant sådana uppgifter som fanns tillgängliga och sådana utvecklingstendenser som kunde förutses då beslutet att vidta åtgärden antogs*.[41]

122. Följaktligen kan *omständigheter som inträffar efter det att åtgärden i fråga har beslutats inte tas i beaktande vid tillämpning av kriteriet avseende en marknadsekonomisk aktör*.[42]

123. Domstolen har dessutom redan mot bakgrund av ovan angiven rättspraxis förklarat att argument genom vilket klaganden har bestridit tribunalens beräkning av det stöd som ska återkrävas är *verkningslöst* i den mån som det beaktar händelser som inträffade efter det att åtgärderna i fråga beviljades.[43]

124. I detta avseende anser jag också att tvärtemot klagandenas argument visar formuleringen av ovannämnd punkt i domen i målet Larko/kommissionen tydligt att den rör *både* förekomsten av stöd och det stödbelopp som ska återkrävas.

[41] Dom av den 26 mars 2020, Larko/kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, punkt 31. Se också punkterna 28–30) (nedan kallad domen i målet Larko/kommissionen).

[42] Domen i målet Larko/kommissionen, punkt 32.

[43] Domen i målet Larko/kommissionen, punkt 113.

125. Som kommissionen har påpekat medför klagandens argument att de två olika situationer som nämnts ovan blir otydliga och skapar en viss förvirring i deras överklagande. I vart fall behandlade tribunalen i den överklagade domen båda situationerna riktigt som de hänvisar till (”marknadsföringsersättning som faktiskt betalades till Ryanair eller LV och AMS under den relevanta perioden” och ”justeringar som grundades på andra intäkter i efterhand och kostnadsuppgifter som visade tydlig överskattning av kostnader”).

126. Först nämner tribunalen kriteriet avseende en marknadsekonomisk aktör och förklarar bland annat i punkt 419 i den överklagade domen att både förekomsten och storleken av stödet ska bedömas mot bakgrund av den situation som rådde vid den tid som det beviljades. Med hänvisning till detta kriterium tillbakavisade tribunalen klagandenas påstående att kommissionen skulle ha ”korrigerat” flygplatsens rörelsekostnader med bevisning i efterhand vid beräkning av storleken av stödet, som förklaras i punkterna 427–429 i den överklagade domen.

127. I detta avseende har tribunalen tillämpat domen i målet Larko/kommissionen på ett riktigt sätt.

128. Klagandenas hänvisning till ”fel” är vilseledande då de hänvisar till information som inte var tillgänglig vid den tid som stödet beviljades (för att korrigera rörelsekostnaderna för 2002 på grundval av uppgifter från 2005 års redovisningssystem som inte ens var tillgängligt för flygplatsen tidigare). I ett förhandsperspektiv är det fullständigt felaktigt att tala om ”fel” med hänvisning till efterhandsinformation. Följden är vidare att klagandenas påstående att en sådan ”korrigering” ska göras om ”felet” föreligger i stödgivarens uppgifter är irrelevant och i vart fall verkningslöst.

129. Jag håller med kommissionen att om man skulle godta klagandenas sätt att resonera skulle stödbeloppet kunna ”korrigeras” grundat på efterhandsuppgifter även till stödmottagarens nackdel. I detta avseende gav tribunalen i punkt 421 i den överklagade domen endast vissa exempel på tillfälliga händelser som kunde föranleda en ändring av stödets storlek men den införde inte ett krav på att sådana händelser ska ligga utanför stödgivarens kontroll.

130. För det andra, tvärtemot klagandenas argument, behandlade tribunalen den situationen att Österrike kunde ändra det stöd som ska återkrävas avseende betalningar till stödmottagaren som faktiskt inte hade erlagts, riktigt. Som tribunalen angav i punkt 422 i den överklagade domen hade Österrike gjort gällande under kommissionens granskningsförfarande att ett visst avtal som gav stöd faktiskt inte hade trätt i kraft då det hade ersatts av ett annat avtal. Österrike företedde emellertid inte någon bevisning till stöd för detta påstående. Kommissionen inkluderade följaktligen det bestridda avtalet vid beräkning av storleken av stödet men tillät Österrike att justera det stödbelopp som skulle återkrävas på ett senare stadium under förutsättning av bevisning som skulle tillhandahållas av Österrike. Detta förklaras i punkterna 422 och 426 i den överklagade domen. Det är viktigt att konstatera att varje sådan justering ska grundas på bevisning som förelåg vid den tid när avtalen i fråga ingicks.

131. Det är av vikt att nämna att domstolen har slagit fast att ”det inte i någon [EU] bestämmelse föreskrivs att kommissionen skall fastställa det exakta stödbelopp som skall återbetalas när den förordnar att ett stöd som har förklarats vara oförenligt med den gemensamma marknaden skall återbetalas. Det är tillräckligt att kommissionens beslut innehåller uppgifter som gör det möjligt för beslutets adressat att själv utan alltför stora svårigheter fastställa detta belopp.” [44]

[44] Se dom av den 20 mars 2014, Rousse Industry/kommissionen (C-271/13 P, ej publicerad, EU:C:2014:175, punkt 77). Se också dom av den 18 oktober 2007, kommissionen/Frankrike (C-441/06, EU:C:2007:616, punkt 29 och där angiven rättspraxis).

132. Detta är den princip som tribunalen erinrade om i punkt 415 i den överklagade domen och tillämpade i förevarande mål i punkterna 422–426 däri.

133. Klagandena har gjort gällande att både målet Larko och målet Freistaat Thüringen,[45] som av tribunalen (och av kommissionen i det angripna beslutet), rörde garantier och dessa domar innehåller inte principen att inte endast förekomsten av stöd utan storleken av detta stöd ska bedömas mot bakgrund av den situation som rådde vid den tid när det beviljades. Detta kan påstås passa kommissionen, eftersom garantier är den enda typen av stödåtgärd där skillnaden mellan beviljande och betalning är mindre tydlig. Detta beror på det förhållandet att inget aktivt tillhandahållande av medel eller tjänster krävs från garantigivaren efter beviljandet av garantin och under tiden för garantins giltighet.

134. För det första är klagandenas påståenden inte riktiga. Det framgår av punkt 113 i domen i målet Larko/kommissionen att den rör både förekomsten och storleken av stöd som ska återkrävas.

135. För det andra anser jag inte att enbart omständigheten i punkt 133 i förevarande förslag till avgörande är tillräcklig för att inte tillämpa denna rättspraxis i förevarande mål.[46]

136. Stödet i förevarande mål utgjorde inte enkla ”rena” överföringar av penningbelopp utan kompensation, vilkas belopp direkt kunde bestämmas. De utgjorde i stället olika komplicerade kontraktuella arrangemang genom vilka flygplatsen (och även myndigheterna) slutligen godtog att ådra sig kostnader, som en marknadsekonomisk aktör inte skulle ha godtagit att ådra sig, genom att de ”överbetalade” för mottagna tjänster eller avstod från vissa avgifter som de hade rätt till.

137. Jag anser därför att kommissionen hade rätt i att anse att dessa belopp skulle beräknas som den angav i skäl 563 i det angripna beslutet ”med hjälp av den negativa delen av det förväntade tillkommande betalningsflödet vid den tidpunkt när avtalet slöts (intäkter minus kostnader)”.

138. Det är just vid denna tidpunkt som ianspråktagandet av statliga resurser realiserades i förevarande mål och som därför ska användas vid bestämmandet av den fördel som klagandena åtnjöt och slutligen det stödbelopp som ska återkrävas.

139. Det följer av dessa överväganden att den fjärde grunden för överklagandet ska underkännas som verkningslös.

140. Även om domstolen beslutar att inte följa bedömningen i mitt förslag till avgörande att denna grund för överklagandet är verkningslös anser jag slutligen att denna grund i vart fall ska underkännas då den saknar fog.

[45] Den överklagade domen, punkt 419, som hänvisar till dom av den 19 oktober 2005, Freistaat Thüringen/kommissionen (T-318/00, EU:T:2005:363, punkt 125) och domen i målet Larko/kommissionen, punkt 113.

[46] Se den rättspraxis som anges i domen i målet Larko/kommissionen, punkterna 28–32.

141. Fastän ordvalet i de angripna punkterna i den överklagade domen kan anses växla ibland framgår det enligt min uppfattning av en sammantagen tolkning av denna dom att tribunalen inte ifrågasatte förhållandet att skyldigheten att återkräva olagligt betalt stöd avser att återställa situationen före dess utbetalning, för att undanröja den snedvridning av konkurrensen som orsakats av den konkurrensfördel som följer av det olagliga stödet. [47]

142. Den åtskillnad som klagandena söker göra mellan beviljandet av stödet och dess betalning förefaller vidare åtminstone vara tunn när det inte är fråga om en stödordning utan individuellt stöd.

143. Det följer av dessa överväganden att den fjärde grunden för överklagandet ska underkännas som verkningslös och i vart fall då den saknar fog.

144. Mot bakgrund av att samtliga grunder för överklagandet saknar fog är det nödvändigt att ogilla överklagandet i dess helhet.

## IV. Förslag till avgörande

145. Mot bakgrund av dessa överväganden föreslår jag att domstolen ska ogilla överklagandet och förplikta klagandena att ersätta rättegångskostnaderna.

[47] Se, bland annat, dom av den 15 september 2022, Fossil (Gibraltar) (C-705/20, EU:C:2022:680, punkt 39 och där angiven rättspraxis) och dom av den 5 mars 2019, Eesti Pagar (C-349/17, EU:C:2019:172, punkt 131 och där angiven rättspraxis).