Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
L. MEDINA
fremsat den 30. marts 2023 [1]

Sag C-758/21 P

Ryanair DAC,
Airport Marketing Services Ltd
mod

Europa-Kommissionen

»Appel – statsstøtte – statsstøtte, som er indført af Østrig til fordel for Klagenfurt lufthavn, Ryanair og andre luftfartsselskaber, der benytter lufthavnen – artikel 85, stk. 3, i Rettens procesreglement – artikel 17 i forordning (EU) 2015/1589 – oplysninger, som er relevante for beregningen af den støtte, der skal tilbagesøges«

1. Ryanair DAC og Airport Marketing Services Ltd (herefter »AMS« og samlet »appellanterne«) har med deres appelskrift nedlagt påstand om ophævelse af Rettens dom af 29. september 2021, Ryanair m.fl. mod Kommissionen (T-448/18, ikke trykt i Sml., EU:T:2021:626, herefter »den appellerede dom«). Kommissionen blev i denne dom frifundet for deres påstand om delvis annullation af Kommissionens afgørelse (EU) 2018/628 [2] for så vidt angår disse appellanter.

I. Sagens baggrund

2. Sagens baggrund er beskrevet i den appellerede doms præmis 1-39. Med henblik på den foreliggende appel kan den sammenfattes som følger.

3. Ryanair er et luftfartsselskab, og AMS er dets datterselskab, der leverer strategiske markedsføringsløsninger, og som hovedsageligt beskæftiger sig med salg af reklameplads på Ryanairs websted. Klagenfurt lufthavn (Østrig, herefter »lufthavnen«) er beliggende i udkanten af denne by, som er hovedstad i delstaten Kärnten. Ejeren og operatøren af lufthavnen er Kärntner Flughafen Betriebsgesellschaft mbH (herefter »KFBG«). De endelige ejere af aktierne i KFBG har altid været offentlige myndigheder eller enheder. KFBG har et helejet datterselskab, Destinations Management GmbH (herefter »DMG«), som leverer forskellige tjenester til lufthavnen. DMG fungerede navnlig som konsulent med henblik på at tiltrække luftfartsselskaber til lufthavnen og indgik flere aftaler, hvorefter luftfartsselskaberne modtog betydelige beløb til gengæld for markedsføringsydelser.

[1] – Originalsprog: engelsk.

[2] – Afgørelse af 11.11.2016 i statsstøttesag SA.24221(2011/NN) (ex 2011/NN) gennemført af Østrig til fordel for Klagenfurt lufthavn, Ryanair og andre luftfartsselskaber, der benytter lufthavnen (EUT 2018, L 107, s. 1, herefter »den omtvistede afgørelse«).

4. Den 22. januar 2002 blev der indgået fire aftaler. For det første indgik KFBG og Ryanair en aftale om lufthavnstjenester (herefter »lufthavnstjenesteaftalen af 2002«). Denne aftale trådte i kraft den 27. juni 2002 for en periode på fem år og indeholdt en automatisk forlængelse i yderligere fem år, såfremt Ryanair fuldt ud opfyldte sine forpligtelser i henhold til aftalen. I henhold til denne aftale forpligtede Ryanair sig til mindst dagligt at tilbyde en flyvning mellem lufthavnen og London Stansted lufthavn fra den 27. juni 2002 til den 26. juni 2007 mod et fast vederlag pr. flyvning. Ryanair skulle desuden opkræve et fast beløb pr. afrejsende passager som passagerafgift for lufthavnen og et fast beløb pr. afrejsende passager som sikkerhedsafgift og betale disse afgifter til lufthavnen. De forskellige ydelser, som lufthavnen skulle levere til Ryanair, var udmøntet i lufthavstjenesteaftalen af 2002, og der var fastsat visse andre betalinger til lufthavnen.

5. For det andet indgik DMG og Leading Verge.com Limited (herefter »LV«), der blev til FR Financing (Malta) Ltd (herefter »FR Financing«), som var et datterselskab af Ryanair, der siden er blevet opløst, en aftale om markedsføringstjenester (herefter »markedsføringsaftalen af 2002 mellem DMG og LV«). Denne aftale trådte i kraft samme dag og udløb den 26. juni 2007 med automatisk forlængelse i yderligere fem år, forudsat at LV fuldt ud opfyldte sine forpligtelser i henhold til aftalen. Ifølge denne aftale hyrede DMG LV til at udarbejde en reklameplan, sørge for tilrådighedsstillelse af links til DMG's hjemmeside og gennemføre andre salgsfremmende aktiviteter mod et fast årligt vederlag.

6. For det tredje indgik DMG og AMS en anden markedsføringsaftale (herefter »markedsføringsaftalen af 2002 mellem DMG og AMS«). Denne aftale, der trådte i kraft samme dag for en periode på fem år, fastsatte en mulig forlængelse i yderligere fem år. I henhold til denne aftale udpegede DMG AMS til senest den 1. maj 2002 og mod betaling af et årligt vederlag at oprette og drive to links på webstedet www.ryanair.com til websteder, som DMG havde valgt med henblik på at fremhæve attraktionerne i delstaten Kärnten. Denne aftale fastsatte ligeledes, at AMS potentielt kunne levere yderligere tjenesteydelser.

7. For det fjerde blev der oprettet en tillægsskrivelse til markedsføringsaftalen af 2002 mellem DMG og LV (herefter »følgeskrivelsen af 2002«), som trådte i kraft samme dag. Det blev aftalt, at DMG i forbindelse med markedsføringsaftalen af 2002 mellem DMG og LV skulle betale LV yderligere for supplerende og intensiverede markedsføringsforanstaltninger inden for varighedsperioden for aftalen mellem DMG og LV.

8. Lufthavnstjenesteaftalen af 2002, markedsføringsaftalen af 2002 mellem DMG og LV, som ændret, og markedsføringsaftalen af 2002 mellem DMG og AMS (herefter samlet »aftalerne af 2002«) ophørte den 29. oktober 2005, da Ryanair indstillede sine passagerruteflyvninger mellem lufthavnen og London Stansted lufthavn.

9. Den 23. august 2006 indgik KFBG og Ryanair en ny lufthavnstjenesteaftale (herefter »lufthavnstjenesteaftalen af 2006«). Denne aftale vedrørte tre ugentlige flyvninger til London Stansted lufthavn fra den 19. december 2006 til den 21. april 2007. Ryanair var forpligtet til at betale de officielle lufthavnsafgifter til Klagenfurt lufthavn. Som følge af en incitamentsordning nød Ryanair godt af et incitament på 7,62 EUR pr. afrejsende passager på de nyplanlagte flyvninger.

10. Den 21. december 2006 indgik DMG og AMS en ny aftale om markedsføringstjenester (herefter »markedsføringsaftalen af 2006«), som trådte i kraft den 28. februar 2007. Markedsføringsaftalen af 2006 var knyttet til Ryanairs forpligtelse til at foretage de flyvninger, der

var omhandlet i den aftale, der er nævnt i punktet ovenfor. AMS var forpligtet til hvert år at levere en markedsføringspakke, der navnlig havde til formål at fremme destinationen Klagenfurt/Kärnten.

11. Lufthavnstjenesteaftalen af 2006 og markedsføringsaftalen af 2006 (herefter samlet »aftalerne af 2006«) fandt anvendelse indtil den 21. april 2007.

12. Efter en klage indgivet af en af Ryanairs konkurrenter i den europæiske sektor for luftbefordring af passagerer med påstand om, at Ryanair havde modtaget ulovlig statsstøtte fra bl.a. delstaten Kärnten, byen Klagenfurt, Kärnten Werbung Marketing & Innovations management GmbH og Klagenfurt lufthavn via KFBG, videresendte Kommissionen den 11. oktober 2007 klagen til Republikken Østrig og anmodede om yderligere oplysninger. Ved skrivelser af 15. november 2010 og 24. marts 2011 anmodede Kommissionen Østrig om yderligere oplysninger. Den 8. april 2011 anmodede Kommissionen Ryanair om yderligere oplysninger, som derefter blev videresendt til Østrig, der efterfølgende fremsendte sine bemærkninger.

13. Den 22. februar 2012 underrettede Kommissionen Østrig om sin afgørelse om at indlede undersøgelsesproceduren i henhold til artikel 108, stk. 2, TEUF, navnlig vedrørende aftalerne af 2002 og 2006 med Ryanair [3].

14. Ved skrivelser af 29. maj og 20. juli 2012 anmodede Ryanairs advokat bl.a. om aktindsigt i de administrative sagsakter, hvilket Kommissionen afslog.

15. Ved skrivelse af 24. februar 2014 anmodede Kommissionen Østrig om yderligere oplysninger vedrørende en markedsføringsaftale indgået mellem lufthavnen og Ryanair den 22. januar 2002, som Østrig besvarede den 11. juni 2014.

16. Den 23. juli 2014 besluttede Kommissionen at udvide undersøgelsesproceduren.

17. I den omtvistede afgørelse fastslog Kommissionen bl.a., at Republikken Østrig ved aftalerne af 2002 og 2006 ydede Ryanair ulovlig støtte, som var uforenelig med det indre marked. Den fastsatte de støttebeløb, der kunne tilbagesøges, på grundlag af den negative del af de årlige forventede gradvist stigende kapitalstrømme på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler for hvert år, hvor disse aftaler fandt anvendelse. Den fastslog, at appellanterne hæftede solidarisk for den fulde tilbagebetaling af den støtte, de havde modtaget i henhold til de omtvistede aftaler, med en vejledende hovedstol på henholdsvis 1 827 267 EUR og 141 326 EUR, og besluttede, at denne støtte skal tilbagesøges.

II. Retsforhandlingerne for Retten og den appellerede dom

18. I første instans fremsatte Ryanair, AMS og FR Financing seks anbringender til støtte for søgsmålet, og den 24. august 2018 indgav de en begæring om bevisoptagelse, hvorved de anmodede Kommissionen om at fremlægge visse dokumenter. Den 25. september 2020 indleverede disse parter to dokumenter som yderligere bevis (dvs. efter afslutningen af retsforhandlingernes skriftlige del). Disse to dokumenter var lufthavnens tabel over skøn over ikke-luftfartsrelaterede indtægter pr. afrejsende passager for lufthavnstjenesteaftalerne og markedsføringsaftalerne (bilag E.1) og en uredigeret udgave af omkostningsoplysninger i en rapport fra Ryanairs økonomiske konsulent, Oxera, af 3. november 2014 (bilag E.2).

[3] – Offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* den 3.8.2012 (EUT 2012, C 233, s. 28).

19. Ved den appellerede dom fastslog Retten, at disse beviser skulle afvises, eftersom sagsøgerne i første instans ikke havde begrundet den forsinkede påberåbelse af de yderligere beviser i henhold til artikel 85, stk. 3, i Rettens procesreglement (herefter »procesreglementet«). Denne ret forkastede ligeledes alle anbringenderne som ugrundede og frifandt derfor Kommissionen i det hele.

III. Bedømmelse

20. Appellanterne har til støtte for deres appel gjort fire appelanbringender gældende.

A. Første appelanbringende vedrørende spørgsmålet, om de yderligere beviser, som appellanterne fremlagde for Retten, kan antages til realitetsbehandling

21. Appellanterne har i det væsentlige gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl, idet den afviste, og dermed nægtede at tage hensyn til ved sin retslige prøvelse, afgørende beviser, som appellanterne havde fremlagt inden afslutningen af retsforhandlingernes mundtlige del. De har navnlig gjort gældende, at Retten begik en fejl ved i) at se bort fra, eller undlod at tage behørigt hensyn til, de retlige principper, der ligger til grund for reglerne i procesreglementets artikel 85, stk. 1-3, og ved ii) at se bort fra den retspraksis, der anvender disse bestemmelser.

22. Ifølge procesreglementets artikel 85 er der forskellige faser, hvor beviser kan fremlægges eller anføres. Artikel 85, stk. 1, bestemmer: »Beviserne fremlægges eller anføres i forbindelse med den første udveksling af processkrifter« *(den almindelige regel)*. Artikel 85, stk. 2, bestemmer: »Hovedparterne kan i forbindelse med replikken og duplikken fremlægge eller anføre yderligere beviser til støtte for deres anbringender, forudsat at den forsinkede påberåbelse af beviserne begrundes« *(fravigelsen)*. Artikel 85, stk. 3, bestemmer: »Hovedparterne kan i undtagelsestilfælde fremlægge eller anføre yderligere beviser, inden retsforhandlingernes mundtlige del er afsluttet eller inden Rettens beslutning om at træffe afgørelse, uden at retsforhandlingerne omfatter en mundtlig del, forudsat at den forsinkede påberåbelse af beviserne begrundes« *(undtagelsen)*.

23. Domstolen har allerede fastslået, at disse regler tager hensyn til kontradiktionsprincippet og princippet om processuel ligestilling samt princippet om en retfærdig rettergang og princippet om god retspleje[4]. Domstolen har endvidere fastslået, at »Unionens retsinstanser [har] beføjelse til at prøve rigtigheden af begrundelsen for, at beviserne først fremlægges så sent, og efter omstændighederne indholdet af de pågældende beviser samt, såfremt den sene fremlæggelse ikke er tilstrækkeligt begrundet, beføjelse til at afvise dem«[5].

24. Denne passage vedrørte procesreglementets artikel 85, stk. 2, og den retspraksis, som Domstolen henviste til heri, vedrørte den tilsvarende bestemmelse i det tidligere procesreglement[6].

[4] – Dom af 14.4.2005, Gaki-Kakouri mod Domstolen (C-243/04 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2005:238, præmis 30 (vedrørende de tilsvarende bestemmelser i Rettens tidligere procesreglement).

[5] – Dom af 16.9.2020, BP mod FRA (C-669/19 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2020:713, præmis 41). Domstolen har her henvist til dom af 14.4.2005, Gaki-Kakouri mod Domstolen (C-243/04 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2005:238, præmis 32 og 33).

[6] – Dvs. artikel 48, stk. 1, i Rettens tidligere procesreglement.

25. Det følger af dom af 14. april 2005, Gaki-Kakouri mod Domstolen,[7] samt dom af 16. september 2020, BP mod FRA,[8] at ovenstående begrundelse også finder anvendelse på dette procesreglements artikel 85, stk. 3, hvor sidstnævnte bestemmelse, henset til, at artikel 85, stk. 2, er en fravigelse, og artikel 85, stk. 3, er en undtagelse, er strengere og kun finder anvendelse under ekstraordinære omstændigheder (jf. punkt 31 i dette forslag til afgørelse).

26. For det første er appellanternes primære argument, at Retten begik en retlig fejl ved at afvise de to beviser, selv om sådanne beviser altid skal accepteres af Retten med henblik på dens retslige prøvelse, »medmindre væsentlige argumenter taler imod dette«.

27. Dette argument må forkastes som ugrundet. Det svarer nemlig til, at den logik, der ligger til grund for reglerne om bevisoptagelse for Retten, vendes på hovedet.

28. Det følger af Gaki-Kakouri-dommen, at en accept af beviser, der fremlægges for sent, udgør en undtagelse. Det fremgår desuden af ordlyden af selve procesreglementets artikel 85, stk. 3, at det påhviler de parter, der ønsker at fremlægge sådanne beviser, i tilstrækkelig grad at begrunde den forsinkede påberåbelse af beviserne.

29. I modsætning til, hvad appellanterne har gjort gældende, er Retten således ikke forpligtet til altid at acceptere beviser, der fremlægges for sent, medmindre den fastslår, at det er nødvendigt at afvise disse beviser af »tvingende grunde« (dvs. på grund af kontradiktionsprincippet eller begrebet retfærdig rettergang for Retten).

30. Det påhviler derimod parterne selv at begrunde denne forsinkelse.

31. Som Retten med rette fastslog i dommen i sagen TestBioTech m.fl. mod Kommissionen[9], »er påberåbelsen af beviser inden afslutningen af retsforhandlingernes mundtlige del underlagt det dobbelte krav, at [i)] den forsinkede påberåbelse af beviser er begrundet, og at [ii)] den sene påberåbelse af beviser er begrundet i ekstraordinære omstændigheder. Hvad angår den anden betingelse for antagelse til realitetsbehandling [ii)] […] bemærkes det, at den ekstraordinære karakter af en sådan påberåbelse under alle omstændigheder indebærer, at det var umuligt for sagsøgeren at fremlægge de pågældende dokumenter for Retten forud for retsmødet, eller at det ikke med rimelighed kunne kræves af sagsøgeren at fremlægge dem tidligere. *Det påhviler den part, der ønsker at fremlægge dokumenterne for Domstolen, at bevise, at denne betingelse er opfyldt på det tidspunkt, hvor de nye beviser fremlægges*« (min fremhævelse).

32. Efter min opfattelse kan Rettens ovenstående tilgang (hvor den i visse tilfælde kræver bevis til støtte for begrundelsen for sent fremlagte beviser) finde støtte i Domstolens dom i sagen BP mod FRA[10], hvor Domstolen henviste til pligten til føre sådanne beviser til støtte for begrundelsen.

33. I samme doms præmis 47 bemærkede Domstolen ligeledes, at procesreglementets artikel 85, stk. 3, skal fortolkes forholdsvis strengt (»parterne kan kun i undtagelsestilfælde fremlægge eller anføre yderligere beviser. Det fremgår af denne bestemmelse, at enhver forsinket påberåbelse af sådanne beviser *skal begrundes*«) (min fremhævelse).

7 – C-243/04 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2005:238, præmis 32 og 33.

8 – C-669/19 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2020:713, præmis 47.

9 – Dom af 15.12.2016 (T-177/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:736, præmis 251).

10 – Dom af 16.9.2020 (C-669/19 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2020:713, præmis 44).

34. Under sagen i første instans gjorde appellanterne for så vidt angår tabellen over ikke-luftfartsrelaterede indtægter fra lufthavnen i det væsentlige gældende, at Kommissionen henviste til denne tabel i duplikken. Med henvisning til deres anmodning om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse har de forklaret, at det var vanskeligt og tog lang tid at indhente oplysninger fra lufthavnen, fordi oplysningerne var gamle, personalet i lufthavnen var blevet udskiftet, og covid-19-krisen påvirkede både lufthavnspersonalet og sagsøgerne og deres rådgivere. Ifølge appellanterne modtog de først oplysningerne »for nogle dage siden«.

35. Efter min opfattelse er det indlysende – således som det kan udledes af ovennævnte retspraksis – at appellanterne burde have været i stand til at fremlægge visse beviser, der godtgør, at de forsøgte at få oversigten fra lufthavnen på et tidligt tidspunkt, og at de blev ved med at sende rykkere til lufthavnen i denne henseende ikke mindst efter at have modtaget Kommissionens bemærkninger til de nye beviser (af 14.10.2020), hvor Kommissionen bl.a. gjorde gældende, at forsinkelsen ikke var begrundet, fordi forklaringerne ikke kunne efterprøves. Eftersom der var forløbet en så betydelig periode mellem Kommissionens duplik (den 25.2.2019) og retsmødet (den 29.9.2020), burde appellanterne have fremlagt visse beviser af den art, jeg har nævnt ovenfor, for at godtgøre, at de kunne underbygge deres begrundelse i henhold til procesreglementets artikel 85, stk. 3.

36. Det påpeges, at appellanterne heller ikke har fremlagt sådanne beviser under appellen.

37. Undtagelser skal fortolkes strengt, og derfor skal Retten i tilfælde som det foreliggende, hvor den er i tvivl om partens begrundelse for den forsinkede påberåbelse, i det mindste være i stand til at foretage en begrænset efterprøvelse og kan som følge heraf kræve, at denne part underbygger sin påstand med beviser.

38. Domstolen har således allerede fastslået i en lignende situation, hvor parten gjorde gældende, at den forsinkede fremlæggelse af beviser i første instans skyldtes vedkommendes dårlige helbred, at det var med rette at Retten forkastede dette argument, eftersom parten ikke var i stand til at fremlægge nogen lægeerklæring herom [11].

39. Dernæst har appellanterne i retsmødet påberåbt sig Rettens dom af 15. juni 2022, Qualcomm mod Kommissionen (Qualcomm – eksklusivitetsbetalinger) (T-235/18, EU:T:2022:358), hvor beviser, som Qualcomm fremlagde for sent, blev antaget af denne ret.

40. Det er tilstrækkeligt at påpege, at den foreliggende sag objektivt set ikke er materielt sammenlignelig med denne sag på mindst fire punkter: i) Begrundelsen for den sene fremlæggelse er nemlig en anden, ii) de omhandlede dokumenter er af en anden art, iii) procedurerne er forskellige, og iv) sagsøgerens status er anderledes. Hvad angår i) påberåbte Qualcomm sig ikke kun procesreglementets artikel 85, stk. 3, men gjorde også gældende, at artikel 85, stk. 3, i dette tilfælde skulle fortolkes »i lyset af procesreglementets artikel 92, stk. 7« (adgangen til at føre modbevis og til at fremkomme med nye beviser bevares). Selv om jeg finder Rettens tilgang i Qualcomm-dommen overbevisende, er det tilstrækkeligt at fastslå, at appellanterne i den foreliggende sag ikke har fremført et sådant argument (hverken i første instans eller i forbindelse med appellen) og heller ikke har fremført et sådant argument udtrykkeligt eller stiltiende – på trods af at Kommissionen selv udtrykkeligt tog stilling til artikel 92, stk. 7, og fastslog, at denne bestemmelse ikke fandt anvendelse. Hvad angår ii) fremgår det af denne dom, at Qualcomm havde objektive grunde til, at selskabet ikke kunne få udleveret de

[11] – Dom af 11.9.2019, HX mod Rådet (C-540/18 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2019:707, præmis 65-68).

omtvistede dokumenter, og Retten forklarede udførligt i denne dom (præmis 134-153), at fremlæggelsen af de yderligere beviser i deres helhed efter afslutningen af den skriftlige forhandling var »begrundet i usædvanlige omstændigheder« og derfor kunne tillades. Hvad angår iii) vedrører Qualcomm-sagen konkurrenceretten, mens den foreliggende sag vedrører statsstøtte (jf. punkt 94 i dette forslag til afgørelse). Hvad angår iv) er støttemodtageren i en statsstøttesag ikke sagsøgt ved Retten.

41. Endelig har appellanterne ligeledes navnlig påberåbt sig dommen i sagen Crocs mod EUIPO – Gifi Diffusion (fodtøj)[12] og i sagen Schmid mod EUIPO – Landeskammer für Land- und Forstwirtschaft in Steiermark (Steirisches Kürbiskernöl)[13]. De har anført, at Retten anvendte denne retspraksis forkert, og gjort gældende, at det følger af denne retspraksis, at for sent fremlagte beviser kan være begrundet, når parten ikke kunne råde over disse beviser før, og at det ved vurderingen af, om den forsinkede påberåbelse er begrundet, er nødvendigt at efterprøve, om de omtvistede beviser allerede var indeholdt i de administrative sagsakter, som den anfægtede afgørelse var baseret på. I bekræftende fald ville det ikke være berettiget at afvise disse beviser, eftersom sagsøgte allerede har taget hensyn til beviserne, inden denne traf sin afgørelse.

42. Det skal nævnes, at denne retspraksis ikke har den rækkevidde, som appellanterne tillægger den. Domstolen har nemlig ikke udtalt sig nøjagtigt som ovenfor i en situation som den foreliggende. Det er vigtigt at påpege, at denne retspraksis udspringer af EU-varemærketvister og kan forklares ved visse særlige forhold i forbindelse med tvister på dette særlige område af EU-retten.

43. Denne konklusion følger af Domstolens kendelse af 13. september 2011, Wilfer mod KHIM[14].

44. I denne sag fastslog Domstolen i det væsentlige, at Retten med rette bemærkede, at den i henhold til artikel 63 i Rådets forordning (EF) nr. 40/94[15] ikke kan undersøge de faktiske omstændigheder igen i lyset af de beviser, der forelægges denne for første gang. Formålet med søgsmål for Retten er at efterprøve lovligheden af afgørelser truffet af appelkamrene ved EUIPO som omhandlet i denne bestemmelse, og denne lovlighed skal bedømmes i lyset af de oplysninger, som de rådede over på det tidspunkt, hvor de traf disse afgørelser (præmis 40 og 41 i kendelsen i sagen Wilfer mod KHIM).

45. Domstolen bemærkede endvidere, at det var ubestridt, at den sagkyndige udtalelse og de gengivelser af EU-varemærker og nationale varemærker, som sagsøgeren havde påberåbt sig som bevis, var blevet forelagt Retten for første gang og ikke var blevet forelagt appelkammeret ved EUIPO. Det var derfor med rette, at Retten afviste dem. Denne afvisning tilsidesatte derfor ikke sagsøgerens ret til at blive hørt (præmis 42 i kendelsen i sagen Wilfer mod KHIM).

46. Endelig bemærkede Domstolen, at det hverken fremgik af stævningen for Retten eller af den appellerede dom, at appellanten for denne ret havde gjort gældende, at appelkammeret tilsidesatte princippet om, at det af egen drift skal undersøge de faktiske omstændigheder med henblik på at fastslå, om disse beviser kan antages til realitetsbehandling (præmis 43 i kendelsen i sagen Wilfer mod KHIM).

12 – Dom af 14.3.2018 (T-651/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:137).

13 – Dom af 7.6.2018 (T-72/17, EU:T:2018:335).

14 – C-546/10 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2011:574, præmis 40-43 (herefter »kendelsen i sagen Wilfer mod KHIM«).

15 – Rådets forordning af 20.12.1993 om EF-varemærker (EFT 1994, L 11, s. 1).

47. Som følge heraf finder den retspraksis, som appellanterne har angivet i punkt 41 i dette forslag til afgørelse, ikke anvendelse på den foreliggende sag, og deres argumenter bør forkastes som ugrundede.

48. Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at det første anbringende skal forkastes som ugrundet.

B. Andet appelanbringende vedrørende en fejlagtig fortolkning af artikel 17 i forordning 2015/1589 og fejlagtig anvendelse af artikel 296 TEUF

1. Det andet appelanbringendes første led

49. Appellanterne har gjort gældende, at i henhold til artikel 17, stk. 2, i forordning (EU) 2015/1589[16] skal Kommissionens foranstaltning, dvs. begæringen om oplysninger, vedrøre en specifik genstand for undersøgelsen. Retten foretog en urigtig anvendelse af fast retspraksis, hvorefter en begæring om oplysninger skal vedrøre en bestemt foranstaltning, for at forældelsesfristen kan afbrydes i henhold til denne bestemmelse. Appellanterne har gjort gældende, at Retten ligeledes tilsidesatte princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og retssikkerhedsprincippet.

50. I den omtvistede afgørelse identificeres fire aftaler af 2002 for så vidt angår støtten til Ryanair. Det fremgår desuden af den appellerede dom, at det var ubestridt mellem parterne, at forældelsesfristen i artikel 17 i forordning 2015/1589 for så vidt angår samtlige aftaler af 2002 begyndte at løbe den 9. august 2002. I denne forbindelse gjorde appellanterne under den administrative procedure og derefter for Retten gældende, at fristen på ti år var udløbet på det tidspunkt, hvor Kommissionen anmodede de østrigske myndigheder og Ryanair om oplysninger vedrørende aftalerne af 2002 (disse anmodninger blev først fremsat i 2015, hvorimod forældelsesfristen udløb den 8.8.2012) (den appellerede doms præmis 66). Ifølge appellanterne fik Kommissionen tidligst kendskab til aftalerne af 2002 den 31. august 2012 ved hjælp af et dokument, som Ryanair tilsendte den, således som det fremgår af Kommissionens afgørelse om at udvide den formelle undersøgelsesprocedure. De har gjort gældende, at Kommissionen ikke foretog sig noget mellem den 9. august 2002 og den 8. august 2012, der kunne afbryde forældelsesfristen. De har gjort gældende, at før den 31. august 2012 havde Kommissionen ikke været i stand til at træffe foranstaltninger, der afbrød forældelsesfristen for så vidt angår aftalerne af 2002. Grunden hertil er, at en sådan afbrydelse krævede, at den »trufne foranstaltning« som omhandlet i denne artikel relativt præcist henviste til den omhandlede støtte. Ved at fastslå at en »altomfattende« formulering kan afbryde fristen, anlagde Retten en fejlagtig fortolkning af artikel 17 i forordning 2015/1589.

51. I afgørelsen af 22. februar 2012 om at indlede proceduren anførte Kommissionen, at den på grundlag af de oplysninger, den rådede over, havde besluttet at undersøge »aftalerne af 2002 med Ryanair« og »aftalerne af 2006 med Ryanair« for så vidt angår de omhandlede selskaber. Hvad angår aftalerne af 2002 fremgår det, at der forelå en samarbejdsaftale mellem KFBG og Ryanair af 22. januar 2002 og en markedsføringsaftale mellem DMG og LV, ligeledes af 22. januar 2002. Hvad angår afgørelsen af 23. juli 2014, hvorved Kommissionen udvidede den formelle

[16] – Rådets forordning af 13.7.2015 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af artikel 108 [TEUF] (EUT 2015, L 248, s. 9).

undersøgelsesprocedure, fremgår det heraf, at denne udvidelse ligeledes vedrørte markedsføringsaftalen af 22. januar 2002 mellem DMG og AMS og »tillægsskrivelsen vedlagt markedsføringsaftalen mellem DMG og LV«, ligeledes af samme dato.

52. I den appellerede dom (præmis 73-77) bedømte Retten derefter de forskellige elementer og begæringer om oplysninger, som var blevet sendt til de østrigske myndigheder og Ryanair før indledningen af den formelle undersøgelsesprocedure og udledte heraf, at alle de begæringer, som den bedømte, også omfattede markedsføringsaftalen af 2002 mellem DMG og AMS og tillægsskrivelsen af 2002 mellem DMG og LV, med det resultat, at de var foranstaltninger, der kunne afbryde forældelsesfristen i forordning 2015/1589.

53. Dernæst fandt Retten i denne doms præmis 77-79, at forskellige elementer i den omtvistede afgørelse godtgør, at lufthavnstjenesteaftalen af 2002 og »markedsføringsaftalerne indgået i 2002« var uløseligt forbundet, og forældelsesfristen var således blevet afbrudt af den begæring af oplysninger, som Retten bedømte.

54. Endelig fastslog Retten i det væsentlige i denne doms præmis 80-84, at da de østrigske myndigheder og Ryanair i deres egenskab af adressater var bekendt med indholdet af de skrivelser, hvori de blev anmodet om yderligere oplysninger, var angivelsen af de datoer, hvor Kommissionen havde truffet de foranstaltninger, der kunne afbryde forældelsesfristen, tilstrækkelige til, at dens begrundelsespligt var opfyldt.

55. Det skal påpeges, at Domstolen allerede har fastslået, at forældelsesfristen i artikel 17 kan afbrydes ved en foranstaltning, som ikke blev meddelt støttemodtageren [17].

56. Den har endvidere fastslået, at udløbet af denne frist kun medfører en tidsmæssig begrænsning for Kommissionens beføjelser til at tilbagesøge statsstøtte, og udløbet af denne periode kan derfor ikke føre til, at ulovlig statsstøtte lovliggøres med tilbagevirkende kraft, alene fordi den bliver eksisterende støtte [18].

57. Dog synes Domstolen endnu ikke at have givet nogen udtrykkelig afklaring med hensyn til præcisionen af oplysninger, som en foranstaltning, der er truffet af Kommissionen i henhold til artikel 17 (såsom en begæring om oplysninger), skal indeholde for at afbryde denne periode.

58. I denne sammenhæng har Retten ind til videre kun fastslået, at »[d]en omstændighed, at der blot er tale om en begæring om oplysninger, [ikke berøver] begæringen dens retsvirkning som en foranstaltning, der kan afbryde forældelsesfristen i[, hvad der nu er artikel 17 i forordning 2015/1589]« [19].

59. Dette rejser spørgsmålet, om Retten – således som appellanterne har gjort gældende – har anlagt en alt for bred fortolkning af begrebet »foranstaltning«, der kan udgøre en handling, der afbryder forældelsesfristen i artikel 17 i forordning 2015/1589.

60. For det første bestemmer ordlyden af artikel 17, stk. 2, i forordning 2015/1589, at »enhver foranstaltning […] angående den ulovlige støtte, afbryder [forældelsesfristen]«.

[17] – Jf. i forhold til artikel 15 i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22.3.1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93 (nu artikel 17 i forordning 2015/1589), dom af 6.10.2005, Scott mod Kommissionen (C-276/03 P, EU:C:2005:590, præmis 36).

[18] – Jf. analogt dom af 23.1.2019, Fallimento Traghetti del Mediterraneo (C-387/17, EU:C:2019:51, præmis 61 og 62).

[19] – Dom af 10.4.2003, Département du Loiret mod Kommissionen (T-369/00, EU:T:2003:114, præmis 82).

61. Ordlyden gør det klart, at foranstaltningen skal træffes »angående den ulovlige støtte«.

62. Dette betyder, at EU-lovgiver ikke havde til hensigt at give Kommissionen frie hænder i denne henseende.

63. For det andet er formålet med forældelsesfristen at sikre retssikkerheden (jf. 26. betragtning til forordning 2015/1589), ikke mindst i de tilfælde, hvor tildelingen af ulovlig støtte ikke er blevet opdaget i lang tid. Dette kan f.eks. forekomme i tilfælde, hvor en medlemsstat ikke har indset, at en bestemt foranstaltning kan betragtes som statsstøtte [20]. Desuden nævnes konkurrencebeskyttelse som et yderligere formål med forældelsesfristen i den juridiske litteratur [21].

64. På den ene side skal foranstaltningen være tilstrækkelig specifik, så Kommissionen ikke gives frie hænder for at undgå en situation, hvor det er muligt regelmæssigt at sende standardiserede begæringer om oplysninger til medlemsstater og støttemodtagere og dermed let omgå den tiårige forældelsesfrist. En sådan fortolkning ville – således som appellanterne med rette har påpeget – krænke støttemodtagerens (og medlemsstatens) beskyttelse af den berettigede forventning og retssikkerheden [22]. Efter min mening skal det også tages i betragtning, at ti år allerede er en betydelig periode for enhver virksomhed (eller medlemsstat), hvor der kan fremsættes eventuelle krav om tilbagesøgning af støtte. Denne usikkerhed udgør også en økonomisk byrde for enhver virksomhed.

65. På den anden side har Kommissionen brug for tilstrækkelig tid til at kunne gennemføre sine undersøgelser. Der kan ikke kræves en fuldstændig specificering af den foranstaltning, der skal undersøges i henhold til bestemmelserne om statsstøtte. Dette ville være en alt for høj hindring for Kommissionen. Enhver undersøgelse er i første omgang kendetegnet ved en informationskløft mellem medlemsstaten eller støttemodtageren og Kommissionen.

66. Hvad for det tredje angår indholdet og præcisionsniveauet i en begæring om oplysninger, der er i stand til at afbryde forældelsesfristen, følger det klart af forordning 2015/1589, at når Kommissionen har oplysninger om en angivelig ulovlig støtte eller misbrug af støtte, er den berettiget til at anmode om oplysninger, især fra den pågældende medlemsstat. Medlemsstaten er forpligtet til at give *alle nødvendige oplysninger, så Kommissionen bliver i stand til at træffe en afgørelse under den foreløbige undersøgelse eller den formelle undersøgelsesprocedure* [23].

67. Det forhold, at en begæring om oplysninger er et værktøj, der gør det muligt for Kommissionen at indhente *nødvendige* oplysninger, følger af 9., 10., 24. og 36. betragtning til samt artikel 2, stk. 2, artikel 5, stk. 1, artikel 7, stk. 1, artikel 12, stk. 2, artikel 21, stk. 1, og artikel 25, stk. 1, i forordning 2015/1589.

68. I betragtning af, at Unionens retsinstanser allerede har truffet afgørelse om en række nøgleelementer vedrørende begæringer om oplysninger i henhold til forordning (EF) nr. 1/2003 [24] og navnlig »nødvendighedselementet«, finder denne retspraksis tilsvarende anvendelse på

[20] – Jf. f.eks. F.J. Säcker og F. Montag (red.), *European State Aid Law*, Beck, 2016, s. 1613.

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

[22] – Jf. dom af 6.10.2005, Scott mod Kommissionen (C-276/03 P, EU:C:2005:590, præmis 30).

[23] – Jf. artikel 2, stk. 2, og artikel 5, stk. 1 og 2, der i henhold til artikel 12, stk. 2, finder anvendelse på oplysninger, som indhentes i henhold til denne bestemmelse.

[24] – Rådets forordning af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003, L 1, s. 1).

fortolkningen af begæringer om oplysninger i henhold til forordning 2015/1589. Faktisk indeholder artikel 18 i forordning nr. 1/2003 med titlen »Begæringer om oplysninger« nøjagtig det samme undersøgelsesværktøj for Kommissionen som det, den bruger i statsstøtteundersøgelser.

69. Som følge af »nødvendighedskravet« i artikel 18, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 har Unionens retsinstanser præciseret, at Kommissionen kun kan begære oplysninger, som kan være til nytte ved undersøgelsen af de formodede overtrædelser, som dels er årsag til undersøgelsen, dels skal være angivet i anmodningen om oplysninger [25].

70. Der skal være en forbindelse mellem de oplysninger, som Kommissionen anmoder om, og den overtrædelse, der undersøges. Kommissionen skal med rimelighed antage, at oplysningerne kan bidrage til at fastslå, at den angivelige overtrædelse foreligger [26].

71. »Nødvendigheden« af en begæring om oplysninger skal fremgå af begrundelsen for begæringen. I forhold til formålet med begæringen om oplysninger skal Kommissionen klart, præcist og utvetydigt identificere den formodede overtrædelse af konkurrencereglerne, som Kommissionen har til hensigt at undersøge [27].

72. Det følger heraf, at begrundelsen for en begæring om oplysninger hverken kan være vag eller generel, især hvis undersøgelsen ikke længere befinder sig på det meget tidlige stadie, og hvor der skal redegøres for mistanken om de pågældende overtrædelser tilstrækkelig præcist [28].

73. Kommissionens begrundelsespligt udgør et grundlæggende krav med henblik på ikke alene at vise, hvorfor anmodningen om oplysninger er berettiget, *men også at skabe et grundlag for, at virksomheden bliver bekendt med omfanget af dens samarbejdspligt samtidig med, at dens ret til forsvar bevares, og det sikres, at Unionens retsinstanser kan udøve deres prøvelse* [29].

74. Det følger heraf, at de oplysninger, som Kommissionen ønsker, skal identificeres så præcist, som omstændighederne tillader det.

75. Det er efter min opfattelse vigtigt at påpege, at da bestemmelsen om afbrydelse af forældelsesfristen i artikel 17, stk. 2, i forordning 2015/1589 udgør en undtagelse til den tiårige forældelsesfrist i forordningens artikel 17, stk. 1, skal den fortolkes indskrænkende.

76. Dernæst kræver artikel 17, stk. 2, som vi har set ovenfor, at en skriftlig begæring om oplysninger fra Kommissionen for at afbryde forældelsesfristen i overensstemmelse med denne forordning skal være »angående den ulovlige støtte«, og artikel 18 i forordning nr. 1/2003, som kan anvendes analogt, kræver, at begæringer om oplysninger skal være »nødvendige«.

[25] – Dom af 10.3.2016, HeidelbergCement mod Kommissionen (C-247/14 P, EU:C:2016:149, præmis 23), og af 28.1.2021, Qualcomm og Qualcomm Europe mod Kommissionen (C-466/19 P, EU:C:2021:76, præmis 68). Dette afsnit støtter sig bl.a. på de tilfælde, som er diskuteret i den juridiske litteratur. Jf. A. Geulette og M. Scholz, *Article 18 Requests for Information*, i L. Prete, J. Laitenberger, C. Gauer og K. Dekeyser (red.), *Regulation 1/2003 and EU Antitrust Enforcement*, Wolters Kluwer, 2022, s. 433 ff., hvor yderligere retspraksis omtales.

[26] – Jf. dom af 28.1.2021, Qualcomm og Qualcomm Europe mod Kommissionen (C-466/19 P, EU:C:2021:76, præmis 70 og den deri nævnte retspraksis).

[27] – Dom af 10.3.2016, HeidelbergCement mod Kommissionen (C-247/14 P, EU:C:2016:149, præmis 20, 24 og 25).

[28] – Dom af 10.3.2016, HeidelbergCement mod Kommissionen (C-247/14 P, EU:C:2016:149, præmis 39).

[29] – Dom af 10.3.2016, HeidelbergCement mod Kommissionen (C-247/14 P, EU:C:2016:149, præmis 19).

77. Som vi har set i oversigten over retspraksis ovenfor, er en begæring om oplysninger »nødvendig« som omhandlet i artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 17 [30], som er forgængerbestemmelsen til artikel 18 i forordning nr. 1/2003, hvis den »med føje kan anses for at stå i forbindelse med den formodede overtrædelse« [31].

78. Det er efter min opfattelse indlysende, at den samme tilgang skal gælde for begæringer om oplysninger i forbindelse med statsstøtteproceduren. Derfor er begæringen om oplysninger »nødvendig«, hvis den med føje kan anses for at stå i forbindelse med den formodede ulovlige statsstøtte.

79. Det følger heraf, at en begæring om oplysninger for gyldigt at afbryde den tiårige forældelsesfrist, der er fastsat i artikel 17, stk. 1, i forordning 2015/1589, skal være nødvendig for den foreløbige undersøgelse eller procedure og i sidste ende skal være nødvendig for vedtagelsen af afgørelsen om tilbagesøgning af den ulovlige statsstøtte. Derfor kan Kommissionen f.eks. ikke fremsende en begæring om oplysninger, som alene har til formål at forlænge forældelsesfristen kunstigt for at bevare beføjelsen til at tilbagesøge ulovlig statsstøtte [32]. Begæringer om oplysninger udelukkende til dette formål kan ikke være »nødvendige« med henblik på »traktatbrudssagen«.

80. Hertil kommet, at hvis Kommissionen var i stand til at afbryde forældelsesfristen ved at sende altomfattende begæringer om oplysninger, der ikke er nødvendige for sagen, ville den systematisk kunne forlænge forældelsesfristen ud over den i forvejen ret betydelige maksimumsfrist på ti år, som er fastsat i artikel 17, stk. 1, i forordning 2015/1589, og derved undergrave den.

81. Det skal påpeges, at min ovenfor fremstillede tilgang allerede er fulgt i Unionens retsinstansers retspraksis, hvor det er undersøgt, om Kommissionens begæringer om oplysninger i henhold til forordning nr. 17 var i stand til at afbryde forældelsesfristen i henhold til forordning (EØF) nr. 2988/74 [33].

82. I den foreliggende sag undersøgte Retten ordlyden af alle fire begæringer om oplysninger, af de spørgsmål, som Kommissionen havde stillet, samt Ryanairs svar. Retten behandlede derefter de kriterier, på grundlag af hvilke det kan afgøres, om de enkelte aftaler »med hensyn til« hvilke, der kan foretages en bedømmelse af deres lovlighed, er tilstrækkeligt specificerede. Det er min opfattelse, at begæringerne om oplysninger i den foreliggende sag opfylder betingelserne for afbrydelse af forældelsesfristen. De var ikke vage og havde til formål at indhente nødvendige oplysninger i forbindelse med den formodede støtte.

83. Direkte forbundet hermed er spørgsmålet om de betingelser, hvorefter aftalerne kan anses for at være uadskilleligt forbundne. Dette er relevant med henblik på at fastslå, om den omstændighed, at to aftaler nævnes specifikt, mens de to andre ikke nævnes, skal anses for ikke at være tilstrækkeligt præcist og således ikke vedrøre de ikke nævnte aftaler.

[30] – Rådets forordning af 6.2.1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel [81] og [82] (EFT 1959-1962, s. 87), som er forgængerforordningen til forordning nr. 1/2003.

[31] – Dom af 12.12.1991, SEP mod Kommissionen (T-39/90, EU:T:1991:71, præmis 29) (appel forkastet af Domstolen).

[32] – Jf. i denne retning dom af 15.2.2001, Østrig mod Kommissionen (C-99/98, EU:C:2001:94, præmis 45-67).

[33] – Rådets forordning af 26.11.1974 om forældelse af adgangen til at pålægge økonomiske sanktioner inden for Det Europæiske Fællesskabs transport- og konkurrenceret og af adgangen til tvangsfuldbyrdelse af disse sanktioner (EFT 1974, L 319, s. 1). Jf. dom af 19.3.2003, CMA CGM m.fl. mod Kommissionen (T-213/00, EU:T:2003:76, præmis 484-511) (appel forkastet af Domstolen).

84. Ifølge Retten er der en uadskillelig forbindelse mellem aftalerne, der følger af graden af økonomisk forbindelse mellem de kontraherende parter, det samme tidspunkt, hvor aftalerne blev indgået, samt aftalernes forbindelse med hensyn til genstand og løbetid (den appellerede dom, præmis 77 ff.).

85. Under hensyntagen til denne tætte forbindelse vil en opsplitning af aftalerne med hensyn til afbrydelse af forældelsesfristen efter min opfattelse være vilkårlig. De fire aftaler udgør en økonomisk konstruktion, som blot var opdelt i fire aftaler, navnlig fordi virksomheden selv er opdelt i datterselskaber. En afbrydelse af denne forbindelse ville derfor se bort fra sagens faktiske sammenhæng.

86. Selv om Retten ikke undersøgte, om de pågældende begæringer om oplysninger opfylder »nødvendighedskriteriet« (som jeg forklarede ovenfor), fremgår det klart af sagen for Retten, at disse begæringer om oplysninger i den foreliggende sag faktisk var nødvendige, da de åbenbart havde en forbindelse med den formodede ulovlige statsstøtte og var nødvendige for den indledende undersøgelse og i sidste ende for vedtagelsen af afgørelsen om tilbagesøgning af ulovlig statsstøtte.

87. Jeg mener, at min ovenfor foreslåede løsning følger af fortolkningen af forordning 2015/1589 og ikke indebærer, at Kommissionen har frie hænder, og den sætter heller ikke uopnåelige standarder for denne institutions undersøgelser. Den skaber således en balance mellem beskyttelsen af retssikkerheden og genoprettelse af effektiv konkurrence som to konkurrerende principper, der er nedfældet i denne forordning (25. og 26. betragtning).

88. Det følger heraf, at det andet appelanbringendes første led skal forkastes som ugrundet.

2. Det andet appelanbringendes andet led

89. Appellanterne har i det væsentlige gjort gældende, at Retten har anvendt artikel 296 TEUF urigtigt, da den fandt, at den omtvistede afgørelse var tilstrækkelig begrundet til trods for, at det ikke udtrykkeligt er forklaret i afgørelsen, hvorfor Kommissionen afviste de argumenter, som appellanterne havde fremført under den administrative procedure, nemlig at forældelsesfristen i artikel 17 i forordning 2015/1589 var udløbet.

90. I den appellerede dom fastslås det, at det er tilstrækkeligt at redegøre for de faktiske omstændigheder og de retlige overvejelser af grundlæggende betydning i forbindelse med afgørelsen [34]. »I betragtning af, at de østrigske myndigheder og Ryanair […] var bekendt med indholdet af skrivelserne med begæringer om yderligere oplysninger, som Kommissionen havde sendt til dem, skulle sidstnævnte i henhold til artikel 296 TEUF kun angive de faktiske omstændigheder af grundlæggende betydning i forbindelse med den anfægtede afgørelse« [35].

91. Det er efter min opfattelse afgørende, om antagelsen om, at korrespondancen mellem Kommissionen og adressaten skal betragtes som en helhed, er forenelig med de principper, der er fastlagt i retspraksis vedrørende artikel 296 TEUF.

[34] – Den appellerede doms præmis 81 (og den deri nævnte retspraksis).

[35] – Den appellerede doms præmis 83.

92. Som det med rette er fremhævet i den appellerede doms præmis 80, har Domstolen allerede klart udtalt, at »[det ikke kræves], at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige momenter, da spørgsmålet, om en afgørelses begrundelse opfylder kravene efter traktatens artikel [296 TEUF], ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område« [36].

93. Da »sammenhængen« åbenbart også omfatter al korrespondance, er appellanternes argument om en urigtig anvendelse af retspraksis vedrørende artikel 296 TEUF ugrundet i den foreliggende sag.

94. Det er nødvendigt at huske på, at proceduren for kontrol af statsstøtte er en procedure, der indledes mod den medlemsstat, der er ansvarlig for at yde støtten, og interesserede parter (herunder støttemodtageren) kan ikke forlange en kontradiktorisk behandling af Kommissionen, svarende til den, der tilbydes den pågældende medlemsstat [37].

95. Kommissionen var derfor ikke forpligtet til at reagere specifikt på appellanternes bemærkninger i denne henseende.

96. Det følger heraf, at det andet appelanbringendes andet led skal forkastes som ugrundet, og dermed skal det andet anbringende forkastes i sin helhed.

C. Det tredje appelanbringende vedrørende urigtig gengivelse af beviser ved vurderingen af, om Kommissionen lovligt havde anvendt kriteriet om den markedsøkonomiske aktør

97. Appellanterne har nærmere bestemt gjort gældende, at Retten gengav det klare indhold af de beviser, der var fremlagt for den, urigtigt ved vurderingen af, om Kommissionen lovligt havde anvendt det såkaldte kriterium om den »markedsøkonomiske aktør« ved bedømmelsen af, om appellanterne havde modtaget en fordel som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF. De har navnlig gjort gældende, at Retten foretog en urigtig gengivelse af beviser vedrørende: i) den sikkerhedsafgift, der er fastsat i en aftale om lufthavnstjenester mellem lufthavnen og Ryanair, ii) skønnet over de gradvist stigende driftsomkostninger, som lufthavnen kunne have forventet (sikkerhedsmargenen), og iii) den belægningsfaktor, som Kommissionen lagde til grund ved sin forhåndsanalyse af rentabiliteten.

98. Det er nødvendigt at vurdere, om de elementer, appellanterne har fremført, er blevet gengivet af Retten urigtigt i den forstand, som er defineret i Domstolens praksis [38], og i bekræftende fald, om denne urigtige gengivelse er af en sådan art, at den behæftede Rettens konklusion om, at Kommissionen i det væsentlige baserede sin konklusion om eksistensen af en fordel på oplysninger og data, der var tilstrækkelige og troværdige, med fejl.

[36] – Dom af 2.4.1998, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France (C-367/95 P, EU:C:1998:154, præmis 63 og den deri nævnte retspraksis).

[37] – Dom af 11.3.2020, Kommissionen mod Gmina Miasto Gdynia og Port Lotniczy Gdynia Kosakowo (C-56/18 P, EU:C:2020:192, præmis 73-75).

[38] – Dom af 28.1.2021, Qualcomm og Qualcomm Europe mod Kommissionen (C-466/19 P, EU:C:2021:76, præmis 43 og 44).

99. Det er imidlertid ikke tilstrækkeligt, at appellanterne »har angivet alle relevante steder i sagens akter, som gør det muligt for Domstolen at fastslå, at der er foretaget urigtige gengivelser«, da den urigtige gengivelse af omstændighederne skal fremgå på åbenbar vis af sagsakterne, uden at det skal være fornødent at foretage en fornyet vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne [39].

1. Sikkerhedsafgift

100. Appellanterne har henvist til de argumenter, de fremførte i første instans (at sikkerhedsafgiften blev faktureret til og betalt af Ryanair), og hævdet, at de foreliggende beviser viser, at Ryanair både var aftalemæssigt forpligtet til at betale sikkerhedsafgiften og faktisk betalte den i overensstemmelse med denne forpligtelse. De har gjort gældende, at Retten undlod at tage behørigt hensyn til de beviser, der blev fremlagt for den.

101. For det første har Retten i de i appellen omhandlede præmisser (præmis 331 og 332) ikke angivet, at denne afgift ikke blev faktureret til Ryanair af lufthavnen. I stedet anførte den blot, at denne afgift blev tilbagebetalt til Ryanair.

102. Selv hvis det skulle vise sig, at det åbenbart følger af de beviser, som Ryanair har påberåbt sig, at selskabet faktisk har betalt denne sikkerhedsafgift til lufthavnen (hvilket ikke er tilfældet), hvilket Retten under alle omstændigheder ikke betvivlede i disse præmisser, ville dette imidlertid ikke nødvendigvis betyde, at Retten gengav beviserne urigtigt, således som appellanterne har hævdet i denne henseende, og at den fejlagtigt kom til den konklusion, at Kommissionen – uden at anlagde et åbenbart urigtigt skøn – kunne have den opfattelse, at denne afgift udgjorde en meromkostning for lufthavnen ved bedømmelse af rentabiliteten af aftalerne af 2006.

103. Retten baserede sin konklusion på Kommissionens forklaring, hvorefter de østrigske myndigheder ved to lejligheder bekræftede, at sikkerhedsafgiften i sidste ende blev tilbagebetalt til Ryanair.

104. I den appellerede doms præmis 332 gjorde Retten i denne forbindelse blot opmærksom på, at Kommissionen omhyggeligt anmodede den pågældende medlemsstat om relevante oplysninger, som gjorde det muligt for Retten at afgøre, om sikkerhedsafgiften faktisk blev tilbagebetalt til Ryanair.

105. Jeg mener, at Retten med rette kunne konkludere, at Kommissionen havde opfyldt sin forpligtelse til at foretage en omhyggelig og upartisk undersøgelse, og at den måtte basere sig på oplysningerne fra Østrig og fastslå, at sikkerhedsafgiften var en meromkostning for lufthavnen med henblik på bedømmelsen af rentabiliteten af aftalerne af 2006.

106. Selv hvis det gøres gældende, at Retten i mangel af konkrete beviser fremlagt af Kommissionen ikke kunne tillægge Kommissionens oplysninger en sådan vægt (hvilket ikke er tilfældet), ville det under alle omstændigheder ikke udgøre en urigtig gengivelse af beviser i henhold til Domstolens praksis [40].

[39] – Dom af 8.3.2016, Grækenland mod Kommissionen (C-431/14 P, EU:C:2016:145, præmis 32), og af 2.3.2021, Kommissionen mod Italien m.fl. (C-425/19 P, EU:C:2021:154, præmis 52).

[40] – Dette er nævnt i punkt 99 i dette forslag til afgørelse.

107. Det er tilstrækkeligt at sige, at det ikke var umuligt for appellanterne at påvise, at sikkerhedsafgiften ikke blev tilbagebetalt til Ryanair, eftersom det er tænkeligt, at en gennemgang af Ryanairs regnskaber ville have kunnet vise dette.

2. Sikkerhedsmargen

108. Med hensyn til den sikkerhedsmargen, som de østrigske myndigheder har tilføjet til de værdier, der blev anvendt som grundlag for beregningen af de gradvist stigende driftsomkostninger, der er relevante for rentabilitetsanalysen af aftalerne af 2002, har appellanterne gjort gældende, at 2018-rapporten fra Oxera, deres økonomiske rådgiver, viser, at Kommissionens skøn over meromkostninger var uforklarligt høje, og at Retten gengav beviser urigtigt ved at se bort fra eller undlade at tage behørigt hensyn til denne rapport (i den appellerede doms præmis 301 og 302).

109. Det er rigtigt, at Oxera-rapporten fra 2018 ikke er nævnt i præmis 301 og 302, som appellanterne har angrebet.

110. Det følger imidlertid ikke i sig selv heraf, at Retten gengav dette dokument urigtigt. Jeg mener derimod, at appellanterne med deres argumentation faktisk søger at bestride den vægt, som denne ret tillagde Kommissionens argumenter til imødegåelse af deres egne argumenter. Dette indebærer imidlertid, at appellanterne har anmodet om en ny vurdering af faktiske omstændigheder og beviser, hvilket ikke er tilladt i forbindelse med en appel.

111. Deres anbringende er desuden baseret på en ufuldstændig fortolkning af den appellerede dom. Rettens vurdering af appellanternes mere omfattende anbringende i første instans om en overvurdering af meromkostningerne i forbindelse med aftalerne af 2002 (sikkerhedsmargenen er en del af disse gradvist stigende driftsomkostninger) fremgår af præmis 288 ff. i den appellerede dom. Særligt har Retten i præmis 289 og 296 henvist til Oxera-rapporten fra 2018. Appellanternes argument om, at der ikke blev henvist til denne rapport i den appellerede dom, er derfor ganske enkelt forkert, og deres klagepunkt om, at Retten har set bort fra denne rapport, er ugrundet.

112. Det er tilstrækkeligt at påpege, at Retten fandt Kommissionens forklaringer tilstrækkelige til at afvise den angivelige overvurdering af gradvist stigende driftsomkostninger (herunder sikkerhedsmargenen), uden at den fandt det nødvendigt udtrykkeligt at nævne Oxera-rapporten fra 2018 i relation til hvert enkelt klagepunkt fremsat af appellanterne i denne sammenhæng. Retten har således ikke foretaget nogen urigtig gengivelse af beviserne.

3. Belægningsfaktor

113. Belægningsfaktoren var relevant for forhåndsanalysen af rentabiliteten af aftalerne af 2002. I den omtvistede afgørelse anvendes en belægningsfaktor på 70%, som ifølge appellanterne er for lav. De har gjort gældende, at: i) lufthavnstjenesteaftalen af 2002 fastsatte en ønsket belægningsfaktor på 76%, ii) Kommissionen anvendte en højere belægningsfaktor på 85% i sin analyse af aftalerne af 2006, iii) den omtvistede afgørelse viste, at lufthavnen havde civile flyoperationer kort efter dens grundlæggelse i 1915 og således havde opnået »mange årtiers civil luftfartserfaring«, og iv) Oxera-rapporten fra 2018 viste, at den ønskede belægningsfaktor på 76% var tæt på, om end lidt under, belægningsfaktoren på ca. 80% opnået af Ryanair på tværs af sit netværk. Appellanterne har gjort gældende, at Retten tilsidesatte eller undlod at tage behørigt hensyn til beviserne og tog Kommissionens indlæg for pålydende.

114. Efter min opfattelse bør appellanternes argumenter forkastes af grunde, der svarer til dem, jeg har anført i forbindelse med sikkerhedsmargenen ovenfor.

115. Retten anførte, at lufthavnstjenesteaftalen af 2002 havde en ønsket belægningsfaktor på 76% – ligesom appellanterne har gjort gældende i det foreliggende appelanbringende – og at Kommissionen anvendte 70% i den omtvistede afgørelse uden at have anlagt et åbenbart urigtigt skøn, da lufthavnen på det tidspunkt ikke havde nogen erfaring med lavprisflyselskaber, og at disse flyselskaber på det tidspunkt var mindre veletablerede, end de er nu.

116. Den omstændighed, at lufthavnen havde været i drift siden 1915 og dermed havde opnået »civil luftfartserfaring«, kan ikke rejse tvivl om, at den ikke havde erfaring med Ryanair eller andre lavprisflyselskaber på det tidspunkt, hvor den indgik aftalerne af 2002. Dette har appellanterne i øvrigt ikke bestridt.

117. Appellanternes argument om, at Retten tilsidesatte eller ikke tog behørigt hensyn til de beviser, der var fremlagt for den, må derfor forkastes som ugrundet. Appellanterne kan være uenige i Rettens bevisvurdering, men det betyder ikke, at denne ret gengav beviserne urigtigt.

4. Konklusion vedrørende det tredje anbringende

118. Appellanterne har ikke kunnet påvise, at Retten gengav beviserne urigtigt, endsige at sådanne urigtige gengivelser er indlysende. Det tredje anbringende må derfor forkastes som ugrundet.

D. Fjerde appelanbringende vedrørende retlige fejl i forhold til størrelsen af den støtte, der skal tilbagesøges

119. Appellanterne har i det væsentlige gjort gældende, at Retten med urette konkluderede, at både eksistensen og størrelsen af støtten udelukkende skal vurderes på grundlag af forudgående beviser. Desuden undlod Retten at behandle deres argumenter om, at korrektioner af de forudgående data skal foretages vedrørende »faktorer, der er under støtteyderens direkte kontrol«, men henviste i stedet kun til »helt tilfældige« udviklinger. Appellanterne har gjort gældende, at Retten fejlfortolkede retspraksis (hvilket ikke forhindrer Kommissionen i at foretage sådanne korrektioner). De har gjort gældende, at Rettens fejl skyldes en forveksling mellem »ydelse« og »udbetaling« af støtte.

120. Det fremgår, at appellanterne faktisk har rejst tvivl om grundlaget for kriteriet om den markedsøkonomiske aktør, dvs. spørgsmålet om, hvad en påpasselig privat investor i en markedsøkonomi ville have gjort på tidspunktet for aftalernes indgåelse.

121. Appellanternes argumentation forekommer uvirksom. Domstolen har nemlig klart fastslået, at »kun de beviser, som var til rådighed på det tidspunkt, hvor beslutningen om at foretage investeringen blev truffet, og de udviklinger, som kunne forudsiges på dette tidspunkt, [er] relevante« med henblik på anvendelsen af kriteriet om den markedsøkonomiske aktør[41].

[41] – Dom af 26.3.2020, Larko mod Kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, præmis 31). Jf. også præmis 28-30 (herefter »dommen i sagen Larko mod Kommissionen«).

122. Dermed »kan […] faktorer, der er fremkommet efter tidspunktet for den pågældende foranstaltnings vedtagelse, ikke inddrages ved bedømmelsen af kriteriet om den [markedsøkonomiske] aktør« [42].

123. Desuden har Domstolen, henset til ovennævnte retspraksis, allerede fastslået, at en argumentation, hvorefter appellanterne har anfægtet, at der er grundlag for Rettens bedømmelse af vurderingen af den støtte, der skal tilbagesøges, er *uvirksom*, for så vidt som den er udledt af en hensyntagen til begivenheder, der er indtrådt efter tildelingen af den omhandlede foranstaltning [43].

124. I denne forbindelse er det også min opfattelse, at – i modsætning til appellanternes argumenter – viser ordlyden af ovenstående præmis i dommen i sagen Larko mod Kommissionen klart, at den *både* vedrører eksistensen af støtte og størrelsen af den støtte, der skal tilbagesøges.

125. Som Kommissionen har påpeget, indebærer appellanternes argumenter en udviskning af de to ovennævnte typer situationer, og den skaber en vis grad af forvirring i deres appelskrift. Under alle omstændigheder behandlede Retten i den appellerede dom begge de situationer, de henviser til (»markedsføringsgebyrer, der faktisk er betalt til Ryanair eller LV og AMS i den relevante periode« og »justeringer baseret på andre efterfølgende indtægts- og omkostningsdata som viste en klar overvurdering af omkostningerne«), korrekt.

126. For det første overholdt Retten principperne for kriteriet for den markedsøkonomiske aktør og forklarede bl.a. i den appellerede doms præmis 419, at både eksistensen og størrelsen af støtten skal vurderes i lyset af den situation, der var gældende på det tidspunkt, hvor den blev ydet. Under henvisning til dette princip afviste Retten appellanternes klagepunkt om, at Kommissionen skulle have »korrigeret« lufthavnens driftsomkostninger med efterfølgende beviser ved beregningen af støttebeløbet, som det er forklaret i den appellerede dom præmis 427-429.

127. I denne forbindelse har Retten anvendt dommen i sagen Larko mod Kommissionen korrekt.

128. Appellanternes henvisning til »fejl« er vildledende, da de henviser til oplysninger, der ikke var tilgængelige på det tidspunkt, hvor støtten blev ydet (med henblik på at korrigere driftsomkostningerne i 2002 på grundlag af data fra omkostningsregnskabssystemet fra 2005, som end ikke var rådighed for lufthavnen tidligere). Ud fra en forhåndsbetragtning er det helt forkert at tale om »fejl«, når der refereres til efterfølgende oplysninger. Det følger endvidere, at appellanternes klagepunkt om, at en sådan »korrektion« skal foretages, hvis »fejlen« findes i støtteyderens data, er irrelevant og under alle omstændigheder uvirksomt.

129. Jeg er enig med Kommissionen i, at hvis appellanternes argumentation følges, kunne støttebeløbet blive »korrigeret« baseret på efterfølgende data, også til skade for støttemodtageren. Med henblik herpå gav Retten i den appellerede doms præmis 421 blot visse eksempler på tilfældige udviklinger, der kunne resultere i en ændring af støttens størrelse, men den indførte ikke et krav om, at sådanne udviklinger skal ligge uden for støtteyderens kontrol.

130. For det andet tog Retten, i modsætning til appellanternes argumenter, på korrekt vis stilling til situationen, hvor Østrig kunne ændre den støtte, der skulle tilbagesøges, for så vidt angår betalinger til støttemodtageren, som faktisk ikke var blevet foretaget. Som anført af Retten i den appellerede doms præmis 422, havde Østrig under Kommissionens undersøgelsesprocedure gjort gældende, at en bestemt støtteaftale faktisk ikke var trådt i kraft, da den var blevet erstattet af en

[42] – Dommen i sagen Larko mod Kommissionen, præmis 32.

[43] – Dommen i sagen Larko mod Kommissionen, præmis 113.

anden aftale. Østrig fremlagde imidlertid ingen beviser til støtte for dette argument. Kommissionen medtog derfor den omtvistede aftale i beregningen af støttebeløbet, men tillod Østrig at justere det støttebeløb, der skulle tilbagesøges på et senere tidspunkt, med forbehold af beviser fra Østrig. Dette er forklaret i den appellerede doms præmis 422 og 426. Det er vigtigt at påpege, at enhver sådan justering skal baseres på beviser, der eksisterede på det tidspunkt, hvor de pågældende aftaler blev indgået.

131. Som noget vigtigt har Domstolen fastslået, at der er »ingen krav i [EU]-retten om, at Kommissionen, når den beordrer tilbagebetaling af en støtte, som er erklæret uforenelig med fællesmarkedet, skal fastsætte nøjagtigt, hvor stort et beløb der skal tilbagebetales. Det er tilstrækkeligt, at Kommissionens afgørelse indeholder de fornødne oplysninger til, at modtageren selv uden større vanskeligheder kan udregne dette beløb« [44].

132. Det er dette princip, som Retten mindede om i den appellerede doms præmis 415 og anvendte på den foreliggende sag i dommens præmis 422-426.

133. Appellanterne har gjort gældende, at både Larko-sagen og Freistaat Thüringen-sagen [45], som Retten (og Kommissionen i den omtvistede afgørelse) støttede sig på, vedrørte garantier, og at disse domme ikke omfatter princippet om, at ikke kun eksistensen af støtten, men også størrelsen af denne støtte, skal vurderes i lyset af den situation, der var gældende på det tidspunkt, hvor den blev ydet. Dette er angiveligt bekvemt for Kommissionen, da garantier formentlig er den eneste form for støtteforanstaltning, hvor sondringen mellem ydelse og betaling er mindre klar. Dette skyldes, at der ikke kræves aktiv tilvejebringelse af midler eller ydelser fra kautionisten efter garantiydelse og under garantiens gyldighedsperiode.

134. For det første er appellanternes hævdelser urigtige. Det fremgår klart af præmis 113 i dommen i sagen Larko mod Kommissionen, at den både vedrører eksistensen af støtte og størrelsen af den støtte, der skal tilbagesøges.

135. For det andet mener jeg ikke, at den omstændighed, der er omhandlet i dette forslag til afgørelses punkt 133, alene er tilstrækkelig til ikke at anvende denne retspraksis i den foreliggende sag [46].

136. Støtten i den foreliggende sag udgjorde nemlig ikke blot »rene« overførsler af pengebeløb uden kompensation, hvis beløb direkte kunne bestemmes. I stedet udgjorde de forskellige komplekse kontraktlige ordninger, hvorved lufthavnen (og dermed de offentlige myndigheder) i sidste ende accepterede at påtage sig omkostninger, som en markedsøkonomisk aktør ikke ville have accepteret at påtage sig, i det omfang de »overbetalte« for de modtagne tjenester eller gav afkald på visse skyldige gebyrer (eller afgifter).

137. Jeg mener derfor, at Kommissionen var berettiget til at fastslå, at disse beløb skulle beregnes, som den anførte i 563. betragtning til den omtvistede afgørelse, »ud fra den negative del af de forventede gradvist stigende kapitalstrømme (indtægter minus udgifter) på det tidspunkt, hvor transaktionen blev gennemført«.

[44] – Jf. dom af 20.3.2014, Rousse Industry mod Kommissionen (C-271/13 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2014:175, præmis 77). Jf. endvidere dom af 18.10.2007, Kommissionen mod Frankrig (C-441/06, EU:C:2007:616, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis).

[45] – Den appellerede dom, præmis 419, hvori der henvises til dom af 19.10.2005, Freistaat Thüringen mod Kommissionen (T-318/00, EU:T:2005:363, præmis 125), og dommen i sagen Larko mod Kommissionen, præmis 113.

[46] – Jf. retspraksis nævnt i dommen i sagen Larko mod Kommissionen, præmis 28-32.

138. Det er nemlig netop på dette tidspunkt, at tilsagnet om statsmidler i den foreliggende sag blev realiseret, og som derfor skal anvendes til at fastlægge den fordel, som appellanterne nød godt af, og i sidste ende størrelsen af den støtte, der skal tilbagesøges.

139. Det følger af ovenstående betragtninger, at det fjerde appelanbringende må forkastes som uvirksomt.

140. Selv om Domstolen ikke måtte være enig i bedømmelsen i mit forslag til afgørelse om, at dette anbringende er uvirksomt, er det endelig min opfattelse, at dette anbringende under alle omstændigheder skal forkastes som ugrundet.

141. Selv om den terminologi, der anvendes i de omtvistede præmisser i den appellerede dom, nogle gange kan anses for at svinge, fremgår det efter min mening klart ud fra en samlet fortolkning af denne dom, at Retten ikke rejste tvivl om, at forpligtelsen til at tilbagesøge ulovligt udbetalt støtte har til formål at genoprette situationen, før den blev udbetalt, for at eliminere den konkurrencefordrejning, som er forårsaget af den konkurrencefordel, som er opnået ved den ulovlige støtte [47].

142. Den sondring, som appellanterne søger at foretage mellem ydelsen af støtten og dens udbetaling, forekommer som minimum endvidere tynd, når det ikke drejer sig om en støtteordning, men individuel støtte.

143. Det fremgår af ovenstående betragtninger, at det fjerde appelanbringende skal forkastes som uvirksomt og under alle omstændigheder er ugrundet.

144. Da samtlige anbringender er ugrundede, må appellen forkastes i sin helhed.

IV. Forslag til afgørelse

145. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg Domstolen at forkaste appellen og tilpligte appellanterne at betale sagsomkostningerne.

[47] – Jf. bl.a. dom af 15.9.2022, Fossil (Gibraltar) (C-705/20, EU:C:2022:680, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis), og af 5.3.2019, Eesti Pagar (C-349/17 PPU, EU:C:2019:172, præmis 131 og den deri nævnte retspraksis).