Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. WAHL
fremsat den 15. september 2016[1]

Sag C-524/14 P

Europa-Kommissionen
mod

Hansestadt Lübeck

»Appel — statsstøtte — lufthavnsafgifter — artikel 108, stk. 2, TEUF — artikel 263, stk. 4, TEUF — afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure — formaliteten vedrørende annullationssøgsmålet — individuelt berørt person — søgsmålsinteresse — artikel 107, stk. 1, TEUF — selektivitetskriteriet«

1. Europa-Kommissionen har med sin appel nedlagt påstand om ophævelse af Den Europæiske Unions Rets dom af 9. september 2014, Hansestadt Lübeck mod Kommissionen[2], hvorved Retten dels annullerede Kommissionens afgørelse C(2012) 1012 final[3], i det omfang denne afgørelse vedrører regulativ om lufthavnsafgifter for Lübeck Lufthavn (Tyskland) af 2006 (herefter »2006-regulativet«), dels i øvrigt frifandt Kommissionen.

2. To af de spørgsmål, som den foreliggende appelsag rejser, fortjener en ganske særlig opmærksomhed. Det første vedrører efterprøvelsen af formaliteten i forbindelse med en sag, der er blevet anlagt af et offentligt organ, der driver en lufthavn, til prøvelse af en afgørelse, hvorved den formelle undersøgelsesprocedure indledes navnlig for så vidt angår et regulativ, der fastsætter de lufthavnsafgifter, som luftfartsselskaberne skal betale. Det andet vedrører vurderingen af, hvorvidt en foranstaltning i form af et sådant regulativ har selektiv karakter.

3. Sagen giver således mulighed for, i den meget specielle sammenhæng, som en afgørelse om indledning af den formelle undersøgelsesprocedure udgør, at præcisere rækkevidden af betingelsen om, at de omtvistede foranstaltninger navnlig skal »begunstige visse virksomheder eller visse produktioner«, således som det udtrykkeligt kræves ifølge artikel 107, stk. 1, TEUF, for at kunne anses for statsstøtte. Denne betingelse, der almindeligvis betegnes »selektivitetskriteriet«, er – således som generaladvokat Wathelet bemærkede i sit nylige forslag til afgørelse i de forenede sager Kommissionen mod Banco Santander og Santusa[4], som ganske vist angik foranstaltninger af skattemæssig karakter, som er meget forskellige fra dem, som nærværende sag angår – et af de mest omtvistede spørgsmål på statsstøtteområdet. De præciseringer, som Domstolen foranlediges til at foretage i den foreliggende sag, vil således bidrage til den afventede afklaring særligt for så vidt angår foranstaltninger i form af gebyrer, såsom et regulativ vedrørende lufthavnsafgifter, der har til formål at finansiere infrastruktur.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — T-461/12, herefter »den appellerede dom«, EU:T:2014:758.

3 — Afgørelse af 22.2.2012 vedrørende statsstøtte SA.27585 og SA.31149 (2012/C) (ex 2012/NN, ex CP 31/2009 og CP 162/2010) – Tyskland (herefter »den omtvistede afgørelse«).

4 — C-20/15 P og C-21/15 P, EU:C:2016:624, punkt 5.

I – **Sagens baggrund**

A – *Lübeck Lufthavn*

4. Lübeck Lufthavn ligger i delstaten Schleswig-Holstein i Tyskland.

5. Den blev indtil den 31. december 2012 drevet af Flughafen Lübeck GmbH (herefter »FL«). FL var indtil den 30. november 2005 100% ejet af sagsøgeren i sagen i første instans, Hansestadt Lübeck. Fra den 1. december 2005 til udgangen af oktober 2009 ejede den private new zealandske virksomhed, Infratil, 90% af kapitalandelene i FL, og 10% ejedes af Hansestadt Lübeck. Fra og med november 2009 var Hansestadt Lübeck på ny eneejer af FL. Den 1. januar 2013 blev Lübeck Lufthavn solgt til Yasmina Flughafenmanagement GmbH, idet FL blev overtaget af Hansestadt Lübeck og slettedes af selskabsregistret den 2. januar 2013.

B – *2006-regulativet*

6. I henhold til § 43a, stk. 1, i Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung (bekendtgørelse om licens til lufttrafik, herefter »LuftVZO«) af 19. juni 1964[5] i den affattelse der var gældende i 2006, skulle lufthavnsoperatøren, inden lufthavnen indledte sin virksomhed, fremlægge et regulativ vedrørende brugen til godkendelse for tilsynsmyndigheden, ligesom civile lufthavne skulle fremlægge et regulativ vedrørende gebyrer for start, landing og flyparkering samt flypassagerers brug af installationerne.

7. I henhold til denne bestemmelse vedtog FL regulativ af 2006 om fastsættelse af lufthavnsafgifter, som blev godkendt af tilsynsmyndigheden, nemlig luftfartsmyndigheden i Land Schleswig-Holstein, og som har fundet anvendelse siden den 15. juni 2006 i forhold til samtlige luftfartsselskaber, der benytter Lübeck Lufthavn, medmindre der er indgået en aftale mellem lufthavnens operatør og et luftfartsselskab. Regulativet fastsætter et landingsgebyr, et »passager«-gebyr, et gebyr for terminalydelser og for stopoverassistance, et sikkerhedsgebyr, et gebyr for ekstraordinær åbning samt et flyparkeringsgebyr.

8. I 2007 traf Kommissionen en afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure vedrørende en aftale, der var blevet indgået mellem FL og luftfartsselskabet Ryanair, idet den nævnte aftale fastsatte lavere gebyrer for dette selskab end dem, der fremgik af det gældende takstregulativ.

9. Da Kommissionen bl.a. fandt, at 2006-regulativet ligeledes kunne udgøre statsstøtte i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 107, stk. 1, TEUF, indledte den med den omtvistede afgørelse den formelle undersøgelsesprocedure, der er fastsat i artikel 108, stk. 2, TEUF, for så vidt angår forskellige foranstaltninger vedrørende Lübeck Lufthavn, herunder regulativet.

II – **Sagens behandling for Retten og den appellerede dom**

10. Ved stævning indleveret til Rettens justitskontor den 19. oktober 2012 anlagde FL sag med påstand om annullation af den omtvistede afgørelse, for så vidt som den formelle undersøgelsesprocedure med hensyn til 2006-regulativet dermed blev indledt (påstandens første punkt), og idet afgørelsen pålægger Forbundsrepublikken Tyskland at efterkomme det deri indeholdte påbud om meddelelse af oplysninger vedrørende 2006-regulativet (påstandens andet punkt).

5 — BGB1. I, s. 370.

11. I replikken, der blev registreret på Rettens Justitskontor den 20. februar 2013, erklærede Hansestadt Lübeck, at den trådte i FL's sted med henblik på at fortsætte det søgsmål, som FL oprindelig havde anlagt.

12. Til støtte for påstandens første punkt fremsatte Hansestadt Lübeck fem anbringender vedrørende for det første en tilsidesættelse af Forbundsrepublikken Tysklands ret til forsvar, for det andet en tilsidesættelse af forpligtelsen til at foretage en omhyggelig og upartisk undersøgelse, for det tredje en tilsidesættelse af artikel 108, stk. 2 og 3, TEUF, og af artikel 4 og 6 samt artikel 13, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 [6], for det fjerde en tilsidesættelse af artikel 107, stk. 1, TEUF, og for det femte en tilsidesættelse af begrundelsespligten.

13. I den appellerede dom fastslog Retten, at påstandens første punkt kunne antages til realitetsbehandling, idet den fandt, at FL dels var umiddelbart og individuelt berørt af den omtvistede afgørelse og følgelig havde søgsmålskompetence, dels fortsat havde søgsmålsinteresse, efter at Lübeck Lufthavn var blevet solgt. For så vidt angik sagens realitet tog Retten det led af fjerde anbringende, som vedrører tilsidesættelse af artikel 107, stk. 1, TEUF, i relation til selektivitetskriteriet, til følge, og annullerede følgelig den omtvistede afgørelse, for så vidt som den formelle undersøgelsesprocedure herved blev indledt i relation til 2006-regulativet. Retten forkastede det eneste anbringende, der var fremsat til støtte for påstandens andet punkt angående en tilsidesættelse af artikel 10, stk. 3, i forordning nr. 659/1999 som åbenbart ugrundet, således at Kommissionen i øvrigt blev frifundet.

III – **Parternes påstande og sagens behandling for Domstolen**

14. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves.

— Sagen i første instans afvises.

— Subsidiært fastslås det, at den nævnte sag savner genstand.

— Subsidiært fastslås det ligeledes, at det led af fjerde anbringende, hvormed Hansestadt Lübeck har gjort gældende, at der foreligger en tilsidesættelse af artikel 107, stk. 1, TEUF for så vidt angår selektivitetskriteriet, er ugrundet, og sagen hjemvises til Retten for så vidt angår de øvrige led af dette anbringende tillige med sagens første andet, tredje og femte anbringende.

— Hansestadt Lübeck tilpligtes at betale sagens omkostninger i forbindelse med sagen i første instans og appelsagen, eller subsidiært udsættes afgørelsen vedrørende omkostningerne i forbindelse med sagen i første instans og appelsagen for det tilfælde, at sagen hjemvises til Retten.

15. Hansestadt Lübeck har nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes i det hele, og appelindstævnte gives medhold i samtlige de påstande, som blev nedlagt i første instans.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

16. Ved afgørelser truffet af Domstolens præsident den 26. marts og den 14. april 2015 fik Forbundsrepublikken Tyskland og Kongeriget Spanien tilladelse til at intervenere til støtte for de påstande, som Hansestadt Lübeck har nedlagt.

6 — Rådets forordning af 22.3.1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af [artikel 108 TEUF] (EFT 1990, L 83, s. 1).

17. Parterne har skriftligt og mundtligt i retsmødet den 31. maj 2016 redegjort for deres standpunkter.

IV – **Analyse af appellen**

18. Til støtte for sin appel har Kommissionen fremsat fem anbringender. De to første vedrører efterprøvelsen af formaliteten i forbindelse med sagen i første instans. Det tredje anbringende vedrører vurderingen af de omhandlede foranstaltningers selektive karakter. Det fjerde anbringende angår en manglende begrundelse af den appellerede dom. Det femte anbringende vedrører den omstændighed, at Retten så bort fra, at domstolskontrol af afgørelser om at indlede den formelle undersøgelse i sager angående statsstøtte er begrænset.

A – *Det første anbringende om, at FL ikke var individuelt berørt af den omtvistede afgørelse*

1. Parternes argumentation

19. Kommissionen har med sit første anbringende foreholdt Retten, at den antog, at FL var individuelt berørt af den omtvistede afgørelse, med den begrundelse, at FL ved tildelingen af statsstøtte udøvede beføjelser, som alene tilkom lufthavnen. Herved begik Retten en retlig fejl, idet et takstregulativ i henhold til gældende national ret skal godkendes af delstatens tilsynsmyndighed, der på sin side er bundet af forbundslovgivningen om lufthavnsafgifter. Den omstændighed, at den offentlige virksomhed, som drev lufthavnen, således får til opgave at fremsætte forslag til et regulativ, betyder ikke, at den har beføjelse til på statens vegne at fastlægge den forretningsførelse og politik, som gælder i henhold til det pågældende regulativ. Rettens fortolkning af kriteriet om at være individuelt berørt strider således i denne henseende mod fortolkningen af dette kriterium i dom af 10. juli 1986, DEFI mod Kommissionen[7].

20. Hansestadt Lübeck har gjort gældende, at Retten ikke anlagde et urigtigt skøn, da den fastslog, at FL var individuelt berørt af den omtvistede afgørelse. Hansestadt Lübeck har gjort gældende, at FL på tidspunktet for sagens anlæg, hvor lufthavnen for 90%'s vedkommende var ejet af en privat investor, havde selvstændig kompetence til at vedtage og gennemføre 2006-regulativet. Hansestadt Lübeck har navnlig fremhævet, at lufthavnsoperatøren kan anvende et sådant regulativ, selv om den i § 43a, stk. 1, i LuftVZO omhandlede godkendelse er blevet afslået. Rettens konklusion er i overensstemmelse med national ret og kan under ingen omstændigheder anfægtes under en appelsag.

21. Forbundsrepublikken Tyskland har anført, at lufthavnsafgifter i Tyskland fastsættes skønsmæssigt af de virksomheder, der driver lufthavnene, ved regulativer, der gennemføres ved privatretlige aftaler indgået med luftfartsselskaberne. Tilsynsmyndighedens godkendelse i henhold til § 43a, stk. 1, i LuftVZO har ingen »retsskabende virkning« for så vidt angår gyldigheden af regulativet om fastsættelse af lufthavnsafgifter, men muliggør alene en præventiv kontrol for at undgå misbrug i forholdet mellem lufthavnsoperatørerne og brugerne med henblik på at sikre en velfungerende lufttrafik og konkurrencen. Forbundsrepublikken Tyskland har i øvrigt gjort gældende, at de interesser, som private lufthavnsvirksomheder såsom FL har, ikke må forveksles med statens interesser, og at disse virksomheder i modsætning til, hvad der var tilfældet for det organ, som den sag, der var genstand for dom af 10. juli 1986, DEFI mod Kommissionen[8], angik, ikke kan betragtes som statslige organer.

7 — 282/85, EU:C:1986:316.

8 — 282/85, EU:C:1986:316.

2. Bedømmelse

22. Det fremgår af den appellerede doms præmis 29-34, at Retten nærmere bestemt konkluderede, at FL var individuelt berørt af den omtvistede afgørelse, for så vidt som denne vedrører 2006-regulativet, i det omfang den berørte en retsakt, som FL var en af ophavsmændene til, og som efter dennes opfattelse hindrede denne i at udøve sine egenkompetencer på den måde, som den ønskede. Retten fandt således, at selv om det takstregulativ, som var blevet indført og foreslået af lufthavnsoperatøren, i henhold til national ret, konkret § 43a, stk. 1, i LuftVZO, skulle godkendes af tilsynsmyndigheden, havde denne myndighed ikke selvstændig kompetence til selv at fastsætte lufthavnsafgifter.

23. Det er i denne henseende almindeligt anerkendt, at betingelsen om at være individuelt berørt som omhandlet i artikel 263, stk. 4, TEUF er opfyldt, når den anfægtede retsakt rammer sagsøgeren på grund af visse egenskaber, som er særlige for denne, eller på grund af en særlig faktisk situation, der adskiller denne fra alle andre og derfor individualiserer denne på lignende måde som adressaten [9].

24. En fysisk eller juridisk person må anses for at være individuelt berørt af en retsakt, der afskærer denne fra umiddelbart at udøve sine selvstændige beføjelser på den måde, som den ønsker, i dette tilfælde ved at opnå den formodede støtte til virksomhederne [10], og som medfører en ændring af kontraktforholdene med den eller de virksomheder, der angiveligt begunstiges af de omtvistede foranstaltninger [11].

25. I den foreliggende sag skal det fastslås, om Rettens konklusion om, at FL i henhold til den relevante nationale lovgivning (§ 43a, stk. 1, i LuftVZO) havde selvstændige beføjelser til at vedtage og gennemføre 2006-regulativet, var korrekt.

26. Retten analyserede i den appellerede doms præmis 29 LuftVZO's § 43a, stk. 1, der fastsætter gennemførelsesbestemmelserne for 2006-regulativet. Den konkluderede bl.a., at tilsynsmyndigheden, til forskel fra FL, ikke har selvstændig kompetence til at fastsætte lufthavnsafgifter, hvorfor kompetencen til at vedtage 2006-regulativet tilkommer sidstnævnte og ikke de statslige myndigheder (jf. den appellerede doms præmis 32).

27. For så vidt angår Rettens fortolkning af national ret er Domstolens kontrol begrænset til en efterprøvelse af, om denne er blevet gengivet urigtigt [12].

28. Det er i denne forbindelse fast retspraksis, at det skal fremgå af sagens akter, at der er blevet lagt indholdsmæssigt urigtige omstændigheder til grund, uden at det er fornødent, at Domstolen foretager en fornyet vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne [13]. En sådan urigtig gengivelse skal med andre ord være åbenbar [14]. Hvad nærmere bestemt angår et spørgsmål om fortolkningen af national ret har Domstolen for det første kompetence til at efterprøve, om Retten på grundlag af de dokumenter og andre oplysninger, som er blevet fremlagt for den, ikke har foretaget en urigtig gengivelse af ordlyden af

9 — Jf. dom af 15.7.1963, Plaumann mod Kommissionen (25/62, EU:C:1963:17, 223), af 3.10.2013, Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mod Parlamentet og Rådet (C-583/11 P, EU:C:2013:625, præmis 72), samt af 19.12.2013, Telefónica mod Kommissionen (C-274/12 P, EU:C:2013:852, præmis 46).

10 — Jf. i analogi hermed dom af 30.4.1998, Vlaamse Gewest mod Kommissionen (T-214/95, EU:T:1998:77, præmis 29 og 30), og af 15.6.1999, Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia mod Kommissionen (T-288/97, EU:T:1999:125, præmis 31 og 34). Jf. derimod modsætningsvist dom af 10.7.1986, DEFI mod Kommissionen (282/85, EU:C:1986:316, præmis 18), der til forskel herfra fastslog, at den franske regering ubestrideligt havde kompetence til fastlægge DEFI-udvalgets forretningsførelse og politik og således også kunne fastlægge de interesser, organet skulle varetage.

11 — Regulativet om fastsættelse af lufthavnsafgifter gentages tilsyneladende ligesom de almindelige forretningsbetingelser i de aftaler, der er blevet indgået mellem lufthavnsoperatøren og luftfartsselskaberne.

12 — Jf. dom af 24.10.2002, Aéroports de Paris mod Kommissionen (C-82/01 P, EU:C:2002:617, præmis 63), og af 3.4.2014, Frankrig mod Kommissionen (C-559/12 P, EU:C:2014:217, præmis 79 og den deri nævnte retspraksis).

13 — Jf. dom af 3.4.2014, Frankrig mod Kommissionen (C-559/12 P, EU:C:2014:217, præmis 80 og den deri nævnte retspraksis).

14 — Dom af 22.12.2008, British Aggregates mod Kommissionen (C-487/06 P, EU:C:2008:757, præmis 98), og af 10.2.2011, Activision Blizzard Germany mod Kommissionen (C-260/09 P, EU:C:2011:62, præmis 53).

de pågældende nationale bestemmelser eller af den nationale retspraksis, som er relevant for dem, eller endog af den retsvidenskabelige litteratur, som vedrører dem. For det andet kan Domstolen efterprøve, om Retten i forhold til disse oplysninger ikke har foretaget konstateringer, der er åbenbart i strid med oplysningernes indhold. Og endelig at Retten ved bedømmelsen af alle oplysningerne for at fastlægge indholdet af den pågældende nationale lovgivning ikke har tillagt en af dem en betydning, som ikke kan udledes deraf i forhold til de øvrige oplysninger, for så vidt som dette fremgår åbenbart af sagsakterne [15].

29. Til trods for den eventuelle tvivl med hensyn til lufthavnsoperatørens autonomi, og følgelig om denne, til forskel fra tilsynsmyndigheden, har en særskilt interesse i at fastholde 2006-regulativet, fremgår det ikke af de omstændigheder, som Kommissionen har fremført til støtte for sin anfægtelse af fortolkningen af den relevante nationale ret, at Retten i den foreliggende sag har foretaget en urigtig gengivelse af de omstændigheder, som blev forelagt den.

30. Hvad endvidere angår Kommissionens anbringende om, at der er tale om en modsigelse mellem Rettens vurdering i den foreliggende sag, og den løsning, som blev lagt til grund i dom af 10. juli 1986, DEFI mod Kommissionen [16]*, kan dette heller ikke afkræfte denne konklusion. Selv om omstændighederne i sagen DEFI mod Kommissionen således tilsyneladende har visse ligheder med den foreliggende sag, såsom tilsynsmyndighedens mulighed for ikke at godkende de nærmere bestemmelser om gennemførelse af den omhandlede foranstaltning, er det min opfattelse, at den foreliggende sag adskiller sig herfra som følge af delstatens mere begrænsede kontrol med fastsættelsen af de gebyrer, som lufthavnsoperatøren foreslår, idet den ikke kan hindre anvendelsen af 2006-regulativet, samt som følge af de forskellige interesser, som tilsynsmyndigheden, FL og lufthavnens brugere har. Domstolen fastslog således i dom DEFI mod Kommissionen, at den franske regering ubestrideligt kunne fastlægge DEFI's forretningsførelse og politik, og således også kan fastlægge de interesser, som organet skal varetage (præmis 18).*

31. Henset til disse betragtninger er det min opfattelse, at det første anbringende ikke kan tiltrædes.

B – *Det andet anbringende om, at Hansestadt Lübeck ikke havde nogen faktisk søgsmålsinteresse*

1. Parternes argumentation

32. Med sit andet anbringende har Kommissionen gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl, da den fandt dels, at FL havde søgsmålsinteresse, selv efter at Lübeck Lufthavn var blevet solgt til en privat investor (Yasmina Flughafenmanagement GmbH), idet den formelle undersøgelsesprocedure endnu ikke var blevet afsluttet, og den omtvistede afgørelse således fortsat havde retsvirkninger, dels, at FL under alle omstændigheder havde bevaret sin søgsmålsinteresse for så vidt angik tiden forud for salget. Kommissionen har gjort gældende, at selv om der ikke var blevet truffet en endelig afgørelse, hvormed den formelle undersøgelsesprocedure afsluttedes, var den eneste retsvirkning af den omtvistede afgørelse, nemlig pligten til at indstille støtteforanstaltningen under undersøgelsen [17], ophørt, idet den ikke var blevet indstillet inden den 31. december 2012, og 2006-regulativet ikke kunne anses for en støtteordning under gennemførelse efter den 1. januar 2013, hvor Lübeck Lufthavn blev privatiseret, idet den ikke længere blev finansieret af offentlige midler. Rettens

15 — Generaladvokat Jääskinens forslag til afgørelse Frankrig mod Kommissionen (C-559/12 P, EU:C:2013:766, punkt 42 og den deri nævnte retspraksis).

16 — 282/85, EU:C:1986:316.

17 — Kommissionen har til støtte for dette argument henvist til dom af 16.10.2014, Alro mod Kommissionen (T-517/12, EU:T:2014:890, præmis 19-67), samt af 16.10.2014, Alpiq RomIndustries og Alpiq RomEnergie mod Kommissionen (T-129/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:895, præmis 18-31).

vurdering var i strid med retspraksis, hvorefter der skal være tale om en eksisterende og faktisk interesse, der alene opretholdes, såfremt søgsmålet med sit resultat kan tilføre sagsøgeren en fordel. Hansestadt Lübeck har i øvrigt ikke godtgjort at have nogen form for interesse i at videreføre sagen, efter at Lübeck Lufthavn blev privatiseret.

33. Hansestadt Lübeck, støttet af Forbundsrepublikken Tyskland, har gjort gældende, at FL klart havde søgsmålsinteresse på det tidspunkt, hvor sagen blev anlagt, hvilket er det relevante tidspunkt for vurderingen af sagens formalitet. Hansestadt Lübeck har anført, at de bebyrdende virkninger af den omtvistede afgørelse på tidspunktet for sagens anlæg navnlig bestod i pligten til at indstille gennemførelsen, der følger af artikel 108, stk. 3, sidste punktum, TEUF. Hansestadt Lübeck har endvidere fortsat søgsmålsinteresse, så længe den omtvistede afgørelse ikke er blevet annulleret af Retten, idet den fortsat har retsvirkninger, der er byrdefulde, også efter at lufthavnen er blevet solgt. Hansestadt Lübeck har navnlig gjort gældende, at de nationale retsinstanser har pligt til efter begæring at anordne tilbagesøgning af de hævdede fordele. Appelindstævnte antager ligeledes, at der består gentagelsesfare, såfremt der ikke træffes en afgørelse om, at der ikke er tale om statsstøtte. Appelindstævnte har endelig gjort gældende, at annullation af den omtvistede afgørelse ville kunne fremme forberedelsen af et erstatningssøgsmål, idet Hansestadt Lübeck kunne have formået at få andre luftfartsselskaber til at benytte Lübeck Lufthavn og kunne have opnået en højere pris ved salget af denne, såfremt der ikke var blevet truffet en afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure.

2. Bedømmelse

34. I den foreliggende sag har parterne ikke bestridt, at FL, som Hansestadt Lübeck succederede, havde en eksisterende og faktisk interesse på det tidspunkt, hvor der blev anlagt sag til prøvelse af den omtvistede afgørelse. I denne forbindelse fastslog Retten i den appellerede doms præmis 36, at FL havde søgsmålsinteresse i relation til den omtvistede afgørelse på det tidspunkt, hvor sagen blev anlagt, idet denne havde bindende retsvirkninger, som kunne berøre FL's egne interesser.

35. Kommissionen har imidlertid bestridt, at denne interesse fortsat bestod, efter at Lübeck Lufthavn var blevet solgt til et privat selskab. Ifølge Kommissionen var den eneste virkning af en afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure pligten til at indstille gennemførelsen af den formodede støtteordning. Da en sådan indstilling imidlertid ikke havde fundet sted, inden Lübeck Lufthavn blev solgt til et privat selskab, bortfaldt Hansestadt Lübecks søgsmålsinteresse, mens sagen verserede.

36. I denne forbindelse bemærkes, at Retten i den appellerede doms præmis 37 forkastede Kommissionens argument om, at salget af Lübeck Lufthavn til et privat selskab den 1. januar 2013, efter at den omtvistede afgørelse var blevet truffet og sagen anlagt for Retten, bragte den omhandlede støtteordning til ophør, således at der ikke længere påhvilede Hansestadt Lübeck en forpligtelse til at indstille gennemførelsen af den nævnte ordning, og appelindstævnte ikke længere havde interesse i at søge at opnå, at den omtvistede afgørelse blev annulleret. Retten fandt, at den nævnte afgørelse fortsat havde retsvirkninger, da den formelle undersøgelsesprocedure endnu ikke var afsluttet, og at Hansestadt Lübeck i hvert fald havde bevaret en søgsmålsinteresse for tiden inden salget af lufthavnen.

37. Med henblik på at fastslå, om Rettens vurdering er korrekt, skal jeg kort erindre om retspraksis vedrørende kravet om, at der skal foreligge en eksisterende og faktisk interesse.

38. For det første er det fast praksis, at søgsmålsinteresse, der er en afgørende og grundlæggende betingelse for al rettergang [18], er en særskilt betingelse i forhold til søgsmålskompetence, der i relation til sagens genstand skal foreligge på det tidspunkt, hvor sagens anlægges, idet denne i modsat fald vil blive afvist. Sagens genstand skal, ligesom en sagsøgers søgsmålsinteresse, bestå indtil retsafgørelsen, idet det i modsat fald findes ufornødent at træffe afgørelse, hvilket forudsætter, at søgsmålet med sit resultat kan bibringe sagsøgeren en fordel. I denne forbindelse skal spørgsmålet om, hvorvidt en sagsøgers søgsmålsinteresse fortsat består, bedømmes konkret, idet der bl.a. skal tages hensyn til følgerne af den hævdede ulovlighed og arten af den skade, som angiveligt er lidt [19]. Domstolen bestræber sig på ikke at anlægge en for restriktiv fortolkning af denne interesse.

39. Domstolen har for så vidt angår en afgørelse som den omtvistede om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure anerkendt, at denne må antages at afføde en række selvstændige retsvirkninger. Foruden pligten til at indstille den formodede støtteforanstaltning, mens sagen vedrørende afgørelsen verserer, er det nødvendigt at tage hensyn til muligheden for et sagsanlæg for den nationale retsinstans med henblik på, at der drages alle de nødvendige konsekvenser af tilsidesættelsen af artikel 108, stk. 3, sidste punktum, TEUF [20]. Domstolen har således konkluderet, at selv om de vurderinger, som er foretaget i afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, er af præliminær karakter, indebærer denne omstændighed ikke, at afgørelsen er uden retsvirkninger [21]. Domstolen har navnlig anerkendt, at afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure nødvendigvis ændrer retsstillingen for de virksomheder, der begunstiges af foranstaltningen [22].

40. I modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende, antages det ikke i Domstolens praksis, at indstillingen af foranstaltningen er den eneste retsvirkning af afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure [23]. Domstolen har således allerede fastslået, at en sådan afgørelse har andre retsvirkninger. Domstolen har udtalt, at de nationale retsinstanser »skal træffe alle nødvendige forholdsregler for at drage konsekvenserne af en eventuel tilsidesættelse af pligten til at indstille gennemførelsen af den nævnte foranstaltning« [24]. Ifølge Domstolen omfatter disse konsekvenser bl.a. muligheden for at kombinere indstillingen af foranstaltningen med en pligt til at kræve allerede udbetalte beløb tilbagesøgt. Den nationale ret kan ligeledes beslutte at træffe foreløbige forholdsregler for at beskytte de berørte parters interesser samt den effektive virkning af Kommissionens afgørelse [25].

41. Henset til samtlige disse betragtninger er det min opfattelse, at retsvirkningerne af afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure kan bestå, selv efter at Lübeck Lufthavn er blevet solgt til en privat operatør. Indtil Kommissionen beslutter at indstille proceduren, indebærer afgørelsen om indledning af den formelle undersøgelsesprocedure for FL's vedkommende fortsat risiko for, at en national retsinstans anordner, at den støtte, der blev udbetalt, mens FL – som Hansestadt Lübeck succederede – var ejer af Lübeck Lufthavn, skal tilbagebetales.

42. Retten begik således ikke nogen retlig fejl, da den i den appellerede doms præmis 27 konkluderede, at afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure fortsat affødte selvstændige retsvirkninger, der ændrer FL's retsstilling, således at selskabet har søgsmålsinteresse.

18 — Jf. bl.a. dom af 17.9.2015, Mory m.fl. mod Kommissionen (C-33/14 P, EU:C:2015:609, præmis 58 og 62 og den deri nævnte retspraksis).

19 — Jf. dom af 28.5.2013, Abdulrahim mod Rådet og Kommissionen (C-239/12 P, EU:C:2013:331, præmis 61-65 og den deri nævnte retspraksis).

20 — Jf. dom af 24.10.2013, Deutsche Post mod Kommissionen (C-77/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:695, præmis 52 og 53).

21 — Dom af 21.11.2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, præmis 37).

22 — Dom af 24.10.2013, Deutsche Post mod Kommissionen (C-77/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:695, præmis 52).

23 — Dom af 24.10.2013, Deutsche Post mod Kommissionen (C-77/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:695, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis).

24 — Dom af 21.11.2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, præmis 42).

25 — Jf. dom af 21.11.2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, præmis 42 og 43), og kendelse afsagt af Domstolens præsident den 4.4.2014, Flughafen Lübeck (C-27/13, ikke trykt i Sml., EU:C:2014:240, præmis 25 og 26).

43. I denne forbindelse bemærkes, at den foreliggende sag er enestående, idet den omtvistede afgørelse fortsat var under gennemførelse, på det tidspunkt hvor sagen blev indbragt for Retten, og idet foranstaltningen ifølge oplysninger fra Forbundsrepublikken Tyskland aktuelt fortsat er i kraft. På denne baggrund er FL tilsyneladende fortsat udsat for en risiko for, at det anordnes, at den støtte, der blev udbetalt, mens selskabet var ejer af lufthavnen, skal tilbagebetales, nemlig ifølge den pligt, der påhviler den nationale retsinstans, til at træffe alle nødvendige forholdsregler for at drage konsekvenserne af en eventuel tilsidesættelse af pligten til at indstille gennemførelsen af den nævnte foranstaltning.

44. Kommissionens argument om, at der på det tidspunkt, hvor replikken blev indleveret, ikke verserede sag vedrørende godkendelse af 2006-regulativet, og at alle søgsmål, der er anlagt efter dette tidspunkt, er forældede, kan ikke tiltrædes. Selv om det antages, at dette er korrekt, kan det ikke på forhånd udelukkes, at FL på det tidspunkt, hvor Retten traf afgørelse, fortsat havde en interesse i, at den omtvistede afgørelse blev annulleret.

45. Henset til samtlige disse betragtninger er det min opfattelse, at sagsøgeren i første instans i det mindste fortsat var udsat for en risiko for, at en national retsinstans træffer bestemmelse om, at støtte, der var blevet udbetalt inden salget af Lübeck Lufthavn, skal tilbagebetales. Denne havde følgelig fortsat en interesse i at nedlægge påstand om annullation af den omtvistede afgørelse.

46. Det andet appelanbringende bør følgelig forkastes.

C – *Det tredje anbringende om en fejlagtig vurdering af den selektive karakter af 2006-regulativet*

1. Parternes argumentation

47. Med sit tredje anbringende har Kommissionen gjort gældende, at Retten fortolkede begrebet »selektivitet« fejlagtigt i relation til artikel 107, stk. 1, TEUF, da den antog, at det med henblik på en vurdering af, om 2006-regulativet eventuelt var selektivt, skulle undersøges, om det blev anvendt uden forskelsbehandling på samtlige de virksomheder, der benyttede, eller kunne benytte de pågældende varer eller tjenesteydelser. Den omstændighed, at regulativet kun finder anvendelse på selskaber, der benytter Lübeck Lufthavn, er ikke et relevant kriterium.

48. Efter Kommissionens opfattelse er Rettens vurdering i strid med Domstolens praksis [26], hvorefter en foranstaltning ikke udgør en generel skattepolitisk eller økonomisk foranstaltning og dermed er selektiv, når den kun gælder for bestemte erhvervsgrene eller kun for bestemte virksomheder inden for den givne erhvervsgren. Ifølge Kommissionen udgør de betingelser, på hvilke en offentlig virksomhed udbyder sine egne varer og tjenesteydelser, altid selektive foranstaltninger, således at spørgsmålet om ulighed eller forskelsbehandling i denne sammenhæng er uden betydning for, om der er tale om støtte eller ej. Retten henviste følgelig med urette til det kriterium, som blev lagt til grund i dom af 8. november 2001, Adria-Wien Pipeline og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke [27], og som kun finder anvendelse på skattemæssige foranstaltninger og ikke på de betingelser, på hvilke en offentlig virksomhed udbyder sine egne varer og tjenesteydelser [28]. Det afgørende filter er i sidstnævnte tilfælde kriteriet om den private investor i en markedsøkonomi.

26 — Kommissionen har bl.a. henvist til dom af 20.11.2003, GEMO (C-126/01, EU:C:2003:622, præmis 35-39), og af 15.12.2005, Italien mod Kommissionen (C-66/02, EU:C:2005:768, præmis 95-101).

27 — C-143/99, EU:C:2001:598, præmis 41.

28 — Kommissionen har henvist til generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:442). Kommissionen har ligeledes nævnt dom af 2.2.1988, Kwekerij van der Kooy m.fl. mod Kommissionen (67/85, 68/85 og 70/85, EU:C:1988:38, præmis 28 og 29), af 29.2.1996, Belgien mod Kommissionen (C-56/93, EU:C:1996:64, præmis 10), af 20.11.2003, GEMO (C-126/01, EU:C:2003:622, præmis 35-39), af 8.9.2011, Kommissionen mod Nederlandene (C-279/08 P, EU:C:2011:551, præmis 63-67), og af 15.11.2011, Kommissionen og Spanien mod Government of Gibraltar og Det Forenede Kongerige (C-106/09 P og C-107/09 P, EU:C:2011:732).

49. Kommissionen har subsidiært gjort gældende, at Retten ikke respekterede Domstolens praksis, hvorefter foranstaltningens virkninger er afgørende for vurderingen af dens selektive karakter [29], og hvorefter foranstaltninger, som kun er til fordel for én erhvervsgren, er selektive [30]. Kommissionen har fremhævet, at selv om Lübeck Lufthavn konkurrerede direkte med Hamburg Lufthavn, indebar 2006-regulativet kun en fordel for de selskaber, der benyttede førstnævnte lufthavn, hvilket er tilstrækkeligt til at godtgøre, at regulativet havde selektiv karakter. Rettens tilgang er ensbetydende med, at regulativer om fastsættelse af lufthavnsafgifter unddrages reglerne om statsstøtte.

50. Mere subsidiært har Kommissionen gjort gældende, at Retten fejlfortolkede kriteriet vedrørende virksomheder, der befinder sig i en tilsvarende faktisk og retlig situation for så vidt angår det formål, der forfølges med den omhandlede foranstaltning. Ved konstateringen af, hvilke virksomheder der befinder sig i en sådan situation, er det relevante kriterium ikke den omhandlede foranstaltnings anvendelsesområde, men de berørte virksomheders omkostningsstruktur. I den foreliggende sag er 2006-regulativet selektivt, idet det ikke respekterer princippet i § 43a, stk. 1, i LuftVZO, som gælder for samtlige tyske lufthavne, og følgelig samtlige luftfartsselskaber, hvorefter lufthavnsafgifterne skal være omkostningsdækkende.

51. Kommissionen har endelig anført, at Retten ligeledes begik en retlig fejl, idet den undlod at undersøge, om de rabatter, som 2006-regulativet indrømmede, var selektive, idet de kun begunstigede luftfartsselskaber, der opfyldte visse betingelser.

52. Hansestadt Lübeck har nærmere bestemt gjort gældende, at det var med rette, at Retten fastslog, at 2006-regulativet ikke begunstiger visse virksomheder eller visse produktioner. Ifølge Hansestadt Lübeck er en forskellig behandling af sammenlignelige virksomheder eller produktioner en betingelse for selektivitet [31]. 2006-regulativet er således ikke selektivt, idet det ikke behandler sammenlignelige virksomheder eller produktioner forskelligt.

53. Forbundsrepublikken Tyskland har bestridt det af Kommissionen anførte om, at de betingelser, på hvilke en offentlig virksomhed udbyder sine varer og tjenesteydelser, altid skal anses for selektive. En foranstaltning har kun selektiv karakter, såfremt den sikrer en bestemt gruppe af virksomheder særlige betingelser og differentierer internt mellem brugerne for så vidt angår adgang til de omhandlede offentlige anlæg og benyttelsen af dem. Brugerne af andre lufthavne befinder sig desuden ikke i en tilsvarende faktisk og retlig situation.

54. Kongeriget Spanien tilslutter sig Rettens fortolkning af artikel 107, stk. 1, TEUF, i relation til selektivitetskriteriet og støtter Hansestadt Lübecks argumentation. Spanien har endvidere anført, at det af Kommissionen anførte om, at den omstændighed, at et offentligt organ fastsætter betingelser for udbuddet af dets varer og tjenesteydelser, udgør en selektiv foranstaltning, ikke fremgår af retspraksis. Kongeriget Spanien har henledt opmærksomheden på de kriterier, der blev lagt til grund i dom af 14. januar 2015, Eventech [32], med henblik på at fastslå, om virksomhederne befinder sig i sammenlignelige situationer.

29 — Kommissionen har henvist til dom af 22.12.2008, British Aggregates mod Kommissionen (C-487/06 P, EU:C:2008:757, præmis 85-89), af 8.9.2011, Kommissionen mod Nederlandene (C-279/08 P, EU:C:2011:551, præmis 51), og af 15.11.2011, Kommissionen og Spanien mod Government of Gibraltar og Det Forenede Kongerige (C-106/09 P og C-107/09 P, EU:C:2011:732, præmis 87-109).

30 — Kommissionen har henvist til dom af 17.6.1999, Belgien mod Kommissionen (C-75/97, EU:C:1999:311, præmis 33), af 15.12.2005, Unicredito Italiano (C-148/04, EU:C:2005:774, præmis 45), og af 15.6.2006, Air Liquide Industries Belgium (C-393/04 og C-41/05, EU:C:2006:403, præmis 31 og 32).

31 — Hansestadt Lübeck har henvist til dom af 8.11.2001, Adria-Wien Pipeline og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, præmis 41 og 42).

32 — C-518/13, EU:C:2015:9, præmis 61.

2. Bedømmelse

55. Det bemærkes, at det følger af ordlyden af artikel 107, stk. 1, TEUF, at bortset fra de i traktaterne hjemlede undtagelser er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med det indre marked, i det omfang den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.

56. Ifølge Domstolens faste praksis skal alle betingelserne i artikel 107, stk. 1, TEUF være opfyldt, for at der kan være tale om statsstøtte i denne bestemmelses forstand [33].

57. Det er således fast praksis, at for at en national foranstaltning kan kvalificeres som statsstøtte i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 107, stk. 1, TEUF, skal der for det første skal være tale om statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler, for det andet skal denne støtte kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater, for det tredje skal den give modtageren en selektiv fordel, og for det fjerde skal den fordreje eller true med at fordreje konkurrencen [34].

58. Den foreliggende sag rejser alene tvivl om fortolkningen og anvendelsen af den tredje betingelse, nærmere bestemt kravet om »selektivitet«.

59. Det fremgår ligeledes af fast retspraksis, at en foranstaltning anses for selektiv, når den kan begunstige visse virksomheder eller visse produktioner i forhold til andre virksomheder, der under hensyntagen til det formål, der forfølges med den pågældende foranstaltning, befinder sig i en tilsvarende faktisk og retlig situation [35].

60. I den foreliggende sag antog Retten nærmere bestemt, at den selektive karakter af en foranstaltning, hvorved et offentligt organ udbyder sine varer og tjenesteydelser, skal vurderes under hensyn til samtlige de virksomheder, der anvender eller kan anvende denne vare eller tjenesteydelse. Da det antoges, at de gebyrer, der var fastsat ved 2006-regulativet, blev anvendt uden forskelsbehandling, fandt Retten, at regulativet ikke havde selektiv karakter.

61. I denne forbindelse synes den appellerede doms præmis 53 at indeholde en cirkelslutning, der er formuleret således:

»[Der henvises] ved vurderingen af, om en af et offentligt organ udarbejdet taksttabel med henblik på anvendelse af en bestemt vare eller tjenesteydelse i en given sektor eventuelt er selektiv over for visse virksomheder, nærmere bestemt […] til alle virksomheder, der anvender eller kan anvende denne bestemte vare eller tjenesteydelse, og det undersøges, om blot enkelte af virksomhederne er eller kan være omfattet af en eventuel fordel. Situationen for de virksomheder, der ikke vil eller kan anvende den pågældende vare eller tjenesteydelse, er således ikke umiddelbart relevant for vurderingen af, om der foreligger en fordel. Med andre ord kan den selektive karakter af en foranstaltning, der består i en af et offentligt organ udarbejdet taksttabel med henblik på anvendelse af en vare eller tjenesteydelse, der stilles til rådighed af dette organ, kun vurderes ved henvisning til de nuværende eller potentielle kunder hos det pågældende organ og den specifikke vare eller tjenesteydelse, og navnlig ikke ved henvisning til kunder fra andre virksomheder i sektoren, der stiller sammenlignelige varer eller tjenesteydelser til rådighed. Hvis det i øvrigt blev lagt til grund, at enhver ikke-diskriminerende taksttabel, der anvendes af et offentligt organ som modydelse for en given vare eller tjenesteydelse, er af selektiv karakter, ville dette i det væsentlige føre til en uforholdsmæssig udvidelse af begrebet støtte, der »begunstige[r] visse virksomheder eller visse produktioner« i artikel 107, stk. 1, TEUF. For at en

33 — Jf. bl.a. dom af 2.9.2010, Kommissionen mod Deutsche Post (C-399/08 P, EU:C:2010:481, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).

34 — Dom af 2.9.2010, Kommissionen mod Deutsche Post (C-399/08 P, EU:C:2010:481, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis).

35 — Dom af 8.11.2001, Adria-Wien Pipeline og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, præmis 41).

eventuel fordel, som indrømmes af et offentligt organ i forbindelse med leveringen af specifikke varer eller tjenesteydelser, begunstiger visse virksomheder, er det desuden nødvendigt, at virksomheder, som benytter eller ønsker at benytte denne vare eller tjenesteydelse, ikke er eller kan være omfattet af denne fordel hos dette organ inden for disse særlige rammer.«

62. Efter Kommissionens opfattelse er denne vurdering forkert. Dens argumentation omfatter fire led. Den har for det første gjort gældende, at de betingelser, på hvilke en offentlig virksomhed udbyder sine egne varer og tjenesteydelser, altid udgør selektive foranstaltninger. Den finder for det andet, at Retten undlod at tage hensyn til Domstolens faste praksis, hvorefter dels alene en foranstaltnings virkninger er afgørende for vurderingen af dens selektive karakter, dels foranstaltninger, som begunstiger en erhvervsgren, nødvendigvis er selektive. Den har for det tredje gjort gældende, at Retten fortolkede kriteriet vedrørende »virksomheder, der befinder sig i en tilsvarende faktisk og retlig situation for så vidt angår det formål, der forfølges med den omhandlede foranstaltning«, forkert. For det fjerde har den gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl, da den undlod at undersøge, om de rabatter, som indrømmedes ved 2006-regulativet, og som kun begunstigede luftfartsselskaber, der opfyldte visse betingelser, er selektive.

63. Inden jeg successivt gennemgår de forskellige led i Kommissionens argumentation, vil jeg fremføre en række generelle betragtninger, som forekommer mig at være uomgængeligt nødvendige for at forstå betydningen og rækkevidden af betingelsen om selektivitet rigtigt, og som vil være ledetråden i min gennemgang af nærværende anbringende.

a) Generelle betragtninger vedrørende betydningen af det krav om selektivitet, der følger af artikel 107, stk. 1, TEUF, og dets rækkevidde under omstændigheder som i den foreliggende sag

64. Som Kommissionen har fremhævet, fremgår det af traktaternes opbygning og tilblivelseshistorie [36], at der skal sondres mellem *generelle* skatte- eller økonomipolitiske foranstaltninger (der nu henhører under artikel 113 TEUF, 115 TEUF, 116 TEUF og 117 TEUF) og *specielle* foranstaltninger, der medfører *fordele*, som ydes ved hjælp af statsmidler (der nu er omfattet af artikel 107 TEUF, 108 TEUF og 109 TEUF).

65. Kravet om »selektivitet«, hvorefter foranstaltninger, der er omfattet af forbuddet i artikel 107, stk. 1, TEUF, skal være rettet til »visse virksomheder eller visse produktioner«, har primært til formål at sondre mellem statsstøtte og generelle skatte- eller økonomipolitiske foranstaltninger for at sikre, at kompetencefordelingen mellem medlemsstaterne og Unionen respekteres.

66. Dette krav, der betragtes som afgørende for sondringen mellem foranstaltninger, der er omfattet af reglerne om statsstøtte og andre foranstaltninger, selv om det i princippet giver mulighed for [37], at en statslig foranstaltning, som uden forskel er til fordel for alle virksomheder på det nationale område, undtages fra forbuddet i artikel 107, stk. 1, TEUF [38], indebærer imidlertid ikke, at en foranstaltning, der er truffet på regionalt eller lokalt plan, nødvendigvis skal anses for selektiv. Selv om referencerammen i en lang række tilfælde er landsomfattende, er det ikke udelukket, at der i visse

36 — Jf. navnlig »Spaak-rapporten« (Rapport til udenrigsministrene fra den mellemstatslige komité, der blev nedsat på Messina-konferencen, Bruxelles den 21.4.1956, s. 59), hvorefter »Det bemærkes, at visse interventionsordninger, der formelt udgør støtte eller subventioner, ikke er specifikt rettet til virksomheder eller erhvervsgrene, men påvirker økonomien generelt. I dette tilfælde har Kommissionen ikke kompetence til egenhændigt at fastslå, at den er uforenelig«.

37 — Det er blevet præciseret i retspraksis, at interventioner, der umiddelbart betragtet finder anvendelse i forhold til virksomheder generelt, kan indebære en vis selektivitet – navnlig når det organ, som yder finansiel støtte, råder over et skøn, der tillader det at vælge de begunstigede og fastsætte betingelserne for interventionen – og følgelig må betragtes som foranstaltninger, der har til formål at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner (jf. bl.a. dom af 29.6.1999, DM Transport, C-256/97, EU:C:1999:332, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis).

38 — Jf. i denne retning dom af 8.11.2001, Adria-Wien Pipeline og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, præmis 35 og 36).

situationer skal anvendes en mindre skala. I den såkaldte »Açorer-sag«[39] bemærkede Domstolen således netop, at det ikke kan udelukkes, at en indenstatslig enhed har en retlig og faktisk ordning, som gør den tilstrækkeligt selvstyrende i forhold til en medlemsstats centralregering, således at det ved de foranstaltninger, denne enhed vedtager, er den og ikke centralregeringen, der spiller en grundlæggende rolle i fastsættelsen af det politiske og økonomiske klima, som virksomhederne virker i. I så fald er det området, hvorpå den indenstatslige enhed, der er ophavsmand til foranstaltningen, udøver sine beføjelser, og ikke det nationale område som et hele, der udgør den relevante sammenhæng for at undersøge, om en foranstaltning, som en sådan enhed har vedtaget, begunstiger visse virksomheder i forhold til andre virksomheder i en tilsvarende faktisk og retlig situation, under hensyn til det formål, der forfølges med den pågældende foranstaltning eller retlige ordning[40].

67. I forlængelse heraf bemærkes, at det nu er almindeligt anerkendt, at dette kriterium kræver, at det efterprøves, om en national foranstaltning *som led i en bestemt retlig ordning* kan begunstige »visse virksomheder eller visse produktioner« i forhold til andre virksomheder, der under hensyntagen til formålet med den nævnte ordning befinder sig i en tilsvarende faktisk og retlig situation[41].

68. Ved afgørelsen af, om en foranstaltning har »selektiv« karakter og følgelig kan kvalificeres som »statsstøtte«, har Domstolen flere gange fastslået, at der skal tillægges de virkninger, som den afføder, betydning. Derimod er begrundelserne for eller formålet med statslige interventioner samt de metoder, der blev anvendt ved gennemførelsen af disse interventioner, ikke afgørende[42].

69. Domstolen har ligeledes præciseret, at det heller ikke i sig selv er afgørende for at fastslå, at en given foranstaltning har selektiv karakter, om antallet af begunstigede virksomheder er betydeligt eller ej, om kredsen af begunstigede som følge af denne foranstaltning er mere eller mindre åben[43], eller om sågar samtlige virksomheder inden for en given økonomisk sektor kan drage fordel af denne foranstaltning[44].

70. Som jeg i øvrigt allerede har haft lejlighed til at bemærke[45], bør kravet om foranstaltningens selektive eller »specifikke« karakter klart adskilles fra identificeringen af en økonomisk fordel. Når det med andre ord er konstateret, at der foreligger en sådan fordel, i bred forstand, som direkte eller indirekte følger af en given foranstaltning, påhviler det også Kommissionen at godtgøre, at denne fordel er specifikt henvendt til en eller flere virksomheder. Det påhviler navnlig Kommissionen at påvise, at foranstaltningen har indført differentieringer mellem virksomheder, der befinder sig i en tilsvarende situation i forhold til det formål, der forfølges[46]. Det er ikke indrømmelsen af en fordel i sig selv, der er forbudt, men den omstændighed, at fordelen, når den indrømmes på en selektiv vis, der udgør forskelsbehandling, kan bringe visse virksomheder i en gunstigere situation end andre.

71. Ikke desto mindre kan selektivitetskravet dog efter min mening ikke helt adskilles fra den samtidige, ganske vist selvstændige, identifikation af en økonomisk fordel.

72. I denne henseende skal der efter min opfattelse tages hensyn til en række faktorer, som jeg til dels allerede har nævnt[47].

39 — Dom af 6.9.2006, Portugal mod Kommissionen (C-88/03, EU:C:2006:511).

40 — Dom af 6.9.2006, Portugal mod Kommissionen (C-88/03, EU:C:2006:511, præmis 58).

41 — Dom af 22.12.2008, British Aggregates mod Kommissionen (C-487/06 P, EU:C:2008:757, præmis 82), og af 14.1.2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9, præmis 54 og 55).

42 — Jf. bl.a. dom af 22.12.2008, British Aggregates mod Kommissionen (C-487/06 P, EU:C:2008:757, præmis 85 og 89), og af 15.11.2011, Kommissionen og Spanien mod Government of Gibraltar og Det Forenede Kongerige (C-106/09 P og C-107/09 P, EU:C:2011:732, præmis 87).

43 — Jf. bl.a. dom af 8.9.2011, Kommissionen mod Nederlandene (C-279/08 P, EU:C:2011:551, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis).

44 — Dom af 15.6.2006, Air Liquide Industries Belgium (C-393/04 og C-41/05, EU:C:2006:403, præmis 31 og 32 og den deri nævnte retspraksis).

45 — Jf. mit forslag til afgørelse Kommissionen mod MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32, punkt 47).

46 — Jf. dom af 8.9.2011, Kommissionen mod Nederlandene (C-279/08 P, EU:C:2011:551, præmis 62).

47 — Jf. mit forslag til afgørelse Kommissionen mod MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32, punkt 50-55).

73. Ved undersøgelsen af en generel ordning [48] (tilskudsordninger, tarifordninger, skattefordele, ordninger, der fraviger den almindelige konkursret, betalingslettelser med hensyn til skat eller andre udgifter osv.) kan selektivitetskriteriet afgøre, om den formodede fordel, selv om den gælder for alle erhvervsdrivende, i virkeligheden, og på baggrund af de gældende objektive kriterier, kun kommer visse kategorier af virksomheder eller koncerner til gode.

74. Derfor skal det identificeres, om den pågældende foranstaltning, uanset om det er fastslået, at den indebærer en generel fordel, indebærer »fordele alene for visse virksomheder eller visse erhvervssektorer«. Med denne fremgangsmåde skal det med andre ord sikres, at statslige foranstaltninger ikke indfører en differentiering af virksomheder – eller nærmere bestemt mellem erhvervsdrivende, der i forhold til det formål, der forfølges med det pågældende nationale system, befinder sig i en sammenlignelig faktisk og retlig situation – som ikke kan begrundes i karakteren eller opbygningen af det pågældende system.

75. Det skal i denne henseende fremhæves, at selektivitet er et begreb, der er knyttet til forskelsbehandling [49]. Selv om det ganske vist ikke kan kræves, at Kommissionen nøje identificerer en kategori af virksomheder, der har særlige egenskaber, og som er de eneste begunstigede af den omtvistede foranstaltning [50], som grundlag for at konkludere, at sidstnævnte har selektiv karakter, skal det imidlertid være godtgjort, at den som følge af sin karakter af en *undtagelse fra den almindelige ordning* – der, som jeg tidligere har anført, kan være en generel national ordning, men som ikke altid er det – kan begunstige visse virksomheder.

76. Som grundlag for en konklusion om, at en formodet støtteforanstaltning har selektiv karakter, forekommer det mig derfor væsentligt, at det godtgøres, at denne omfatter en undtagelse i forhold til en »almindelig« eller »normal« ordning, og dette efter min mening uanset arten af den omhandlede ordning. Det forekommer mig imidlertid at være fast praksis [51], at det med henblik på vurderingen af en foranstaltnings selektivitet, hvilket kriterium efter min opfattelse er udtryk for princippet om forbud mod forskelsbehandling, i hvert fald bør efterprøves, om denne foranstaltning som led i en given ordning udgør en fordel for visse virksomheder i forhold til visse andre.

77. Denne præliminære fastlæggelse af referencerammen, der anerkendes som værende væsentlig på skatteområdet, er efter min opfattelse lige så væsentlig ved efterprøvelse af ikke-skattemæssige foranstaltninger, især gebyrordninger, der – ligesom 2006-regulativet, som er genstand for den foreliggende sag – navnlig skal sikre infrastrukturfinansiering. I lighed med antagelsen om, at fastlæggelsen af referencerammen »har en forstærket betydning ved skatteforanstaltninger, eftersom selve tilstedeværelsen af en fordel kun kan godtgøres i forhold til en beskatning, der betegnes »normal«« [52], må det konstateres, at vurderingen af selektiviteten af en takstmæssig foranstaltning kræver, at det forinden er blevet klarlagt, hvilken »normalt anvendelig« ordning denne formodes at fravige [53].

48 — Ved en individuel foranstaltning gør en identifikation af den økonomiske fordel det i princippet muligt at antage, at den er »specifik«, og følgelig at konkludere, at den ligeledes har selektiv karakter.

49 — Jf. i denne retning dom af 15.11.2011, Kommissionen og Spanien mod Government of Gibraltar og Det Forenede Kongerige (C-106/09 P og C-107/09 P, EU:C:2011:732, præmis 101), og af 14.1.2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9, præmis 53). Jf. punkt 54 i mit forslag til afgørelse Kommissionen mod MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32) og punkt 29 i generaladvokat Bobeks forslag til afgørelse Belgien mod Kommissionen (C-270/15 P, EU:C:2016:289).

50 — Jf. i denne henseende generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse Kommissionen mod Banco Santander og Santusa (C-20/15 P og C-21/15 P, EU:C:2016:624, navnlig punkt 7, 10 og 80-87).

51 — Jf. dom af 22.12.2008, British Aggregates mod Kommissionen (C-487/06 P, EU:C:2008:757, præmis 82 og 83 og den deri nævnte retspraksis).

52 — Jf. herom dom af 6.9.2006, Portugal mod Kommissionen (C-88/03, EU:C:2006:511, præmis 56).

53 — Det bemærkes, at Kommissionen i sin nylige meddelelse 2016/C 262/01 om begrebet statsstøtte i artikel 107, stk. 1, TEUF (EUT 2016, C 262, s. 1) anførte, at »[d]en almindelige ordning udgør det sammenligningsgrundlag, i forhold til hvilket en foranstaltnings selektivitet skal vurderes«.

78. Det bemærkes endelig, at det er min opfattelse, at når referencerammen først er defineret, skal det ligesom i den analysemodel, der er fremherskende ved undersøgelse af skattemæssige foranstaltninger, for det andet fastslås, om den omtvistede foranstaltning indebærer en fordel for visse virksomheder i forhold til andre, der befinder sig i en tilsvarende faktisk og retlig situation [54], og i givet fald for det tredje vurderes, om opnåelsen af denne fordel kan begrundes i arten eller opbygningen af den ordning, hvori den omhandlede foranstaltning indgår.

79. Jeg fremhæver – hvilket jeg vil vende tilbage til i det følgende – at, selv om identificeringen af en økonomisk fordel, og i givet fald vurderingen af, om den er begrundet, er relativt enkel, når en skattefritagelsesforanstaltning fraviger den skattemæssige ordning, der normalt finder anvendelse, idet den »normale« ordning oftest er fastlagt på nationalt plan, kræves en vis forsigtighed for så vidt angår takstmæssige foranstaltninger, hvis formål er finansiering af infrastruktur.

b) Anbringendets andet led, hvorefter Retten undlod at tage hensyn til, at de betingelser, på hvilke en offentlig virksomhed udbyder sine varer og tjenesteydelser, *altid* udgør selektive foranstaltninger

80. Kommissionen har principalt gjort gældende, at de betingelser, på hvilke en offentlig virksomhed udbyder sine egne varer og tjenesteydelser, altid udgør selektive foranstaltninger. Den har til støtte herfor henvist til forslaget til afgørelse i den sag, der gav anledning til dom af 21. november 2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755) [55], samt til retspraksis [56]. Det kriterium, som blev udviklet i dom af 8. november 2001, Adria-Wien Pipeline og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598), og som dannede grundlag for afgørelsen af, om en skatte- eller afgiftsordning var selektiv eller ej, kan følgelig ikke overføres på den foreliggende sag. Efter Kommissionens opfattelse viser den appellerede doms præmis 53, at Retten har ladet sig lede af retspolitiske betragtninger om, at offentlige institutioners ikke-diskriminerende gebyrbestemmelser skal være undtaget fra statsstøttekontrollen.

81. Denne argumentation overbeviser mig ikke.

82. I modsætning til, hvad Kommissionen tilsyneladende antager, fremgår det for det første på ingen måde af Domstolens praksis, som Kommissionen har henvist til, at en foranstaltning, hvorved der fastsættes gebyrer for benyttelsen af en offentlig virksomheds varer og tjenesteydelser, ifølge sin natur er selektiv.

83. De to sager, som Kommissionen har henvist til, nemlig dem, der gav anledning til dom af 2. februar 1988, Kwekerij van der Kooy m.fl. mod Kommissionen [57], og af 29. februar 1996, Belgien mod Kommissionen [58], angik tilsyneladende fordelagtige takster, som en offentlig virksomhed havde indrømmet til fordel for en gruppe af kunder. De sager, som gav anledning til dom af 11. juli 1996, SFEI m.fl. [59], og af 20. november 2003, GEMO [60], angik situationer, hvor fordelene, uanset at de var

54 — I den sag, der gav anledning til dom af 4.6.2015, Kommissionen mod MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362, præmis 61), udtalte Domstolen for så vidt angik en foranstaltning vedrørende fastsættelse af mineafgifter i forbindelse med udvinding af kulbrinter, at »et relevant sammenligningskriterium med henblik på at fastslå, om den i nærværende sag anfægtede foranstaltning var selektiv, var at efterprøve, om [den] indfører en differentiering mellem erhvervsdrivende, som i betragtning af det forfulgte formål befinder sig i en faktisk og retlig sammenlignelig situation, som ikke berettiges af den pågældende ordnings art eller opbygning«.

55 — Generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:442).

56 — Der er tale om dom af 2.2.1988, Kwekerij van der Kooy m.fl. mod Kommissionen (67/85, 68/85 og 70/85, EU:C:1988:38, præmis 28 og 29), af 29.2.1996, Belgien mod Kommissionen (C-56/93, EU:C:1996:64, præmis 10), af 20.11.2003, GEMO (C-126/01, EU:C:2003:622, præmis 35-39), af 8.9.2011, Kommissionen mod Nederlandene (C-279/08 P, EU:C:2011:551, præmis 63-67), og af 15.11.2011, Kommissionen og Spanien mod Government of Gibraltar og Det Forenede Kongerige (C-106/09 P og C-107/09 P, EU:C:2011:732).

57 — 67/85, 68/85 og 70/85, EU:C:1988:38.

58 — C-56/93, EU:C:1996:64.

59 — C-39/94, EU:C:1996:285.

60 — C-126/01, EU:C:2003:622, præmis 35-39.

tilgængelige for samtlige erhvervsdrivende, i virkeligheden kun begunstigede en begrænset gruppe af dem. Sammenfattende bemærkes, at det ikke er levering af varer eller tjenesteydelser fra en offentlig institution eller en offentlig virksomhed, der som sådan er blevet fastslået at være selektiv, men derimod den omstændighed, at den fandt sted på favorable vilkår.

84. Det kan ikke i almindelighed antages, at de betingelser, på hvilke en offentlig virksomhed udbyder sine varer og tjenesteydelser, i det mindste når udbuddet heraf er udformet som en ordning, der finder anvendelse i forhold til samtlige de erhvervsdrivende, der ønsker at benytte disse varer eller tjenesteydelser, *altid* opfylder betingelsen om selektivitet.

85. Som jeg anførte i indledningen til det første anbringende om vurderingen af en foranstaltnings selektivitet, bør det undersøges, om denne foranstaltning, *som led i en bestemt ordning*, udgør en fordel for visse virksomheder i forhold til andre, der befinder sig i en tilsvarende faktisk og retlig situation (jf. punkt 67 i nærværende forslag til afgørelse).

86. I denne forbindelse er fastlæggelse af referencerammen – og på grundlag heraf af den fordel, som eventuelt følger af den omtvistede undtagelse – en nødvendig forudsætning for enhver betragtning vedrørende selektiviteten. I modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende, er der ikke anledning til at lade denne efterprøvelse være forbeholdt sager angående skatte- og afgiftsordninger. Selv om det ikke kan nægtes, at den metode, der benyttes ved undersøgelsen af en given foranstaltnings selektive karakter, er kendetegnet af foranstaltningens art, forekommer det mig ikke korrekt at udlede forskellige kriterier for efterprøvelsen afhængig af, om der er tale om en skattemæssig foranstaltning eller en foranstaltning vedrørende fastsættelse af gebyrer for de ydelser, som leveres til dens brugere.

87. Domstolens praksis viser, at den sammenlignende undersøgelse, som skal foretages af skattemæssige ordninger, også kan finde anvendelse for så vidt angår andre foranstaltninger. Det bemærkes navnlig, at det kriterium, som blev udviklet i dom af 8. november 2001, Adria-Wien Pipeline og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598), ikke udelukkende blev udviklet med henblik på en skattemæssig foranstaltning, men derimod med henblik på en »statslig foranstaltning« generelt [61].

88. Opmærksomheden henledes på, at Domstolen i øvrigt har benyttet denne sammenlignende undersøgelse for så vidt angår foranstaltninger vedrørende godtgørelse af omkostninger og benyttelse af infrastrukturer.

89. I dom af 14. januar 2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9) [62], undersøgte Domstolen omhyggeligt – for så vidt angik den tilladelse, som var blevet meddelt londontaxier (»black cabs«) til at køre i busbaner – spørgsmålet om, hvorvidt disse taxier og private hyrevogne (»minicabs«) befandt sig i en tilsvarende faktisk og retlig situation. Undersøgelsen af en foranstaltnings ikke-diskriminerende karakter falder i det væsentlige sammen med undersøgelsen af, om foranstaltningen giver de begunstigede virksomheder en selektiv økonomisk fordel.

90. Det fremgår af samtlige disse betragtninger, at Retten ikke begik en retlig fejl, da den fandt, at de foranstaltninger, der angik de betingelser, på hvilke et offentligt organ udbyder sine varer og tjenesteydelser, ikke nødvendigvis er selektive (jf. den appellerede doms præmis 53, 54 og 57).

61 — Jf. navnlig præmis 41.

62 — Jf. navnlig dommens præmis 54-61.

91. I modsætning til Kommissionens holdning er denne konklusion ikke nødvendigvis ensbetydende med afvisning af enhver mulighed for at kvalificere de betingelser, på hvilke en offentlig virksomhed udbyder sine varer og tjenesteydelser, som »statsstøtte«, når disse betingelser uden forskel finder anvendelse i forhold til samtlige dens medkontrahenter. I en sådan situation er der altid adgang til at godtgøre, om disse betingelser, selv om de anvendes uden forskel, i sidste instans kun begunstiger én eller flere klart afgrænsede virksomheder, navnlig virksomheder med en klart defineret forretningsmodel.

92. Selv om det ikke på forhånd kan udelukkes, at en taksttabel indebærer selektivitet, skal det yderligere godtgøres, at den medfører forskelsbehandling af visse erhvervsdrivende, der befinder sig i en tilsvarende situation, hvilket Kommissionen, som anført af Retten, undlod at gøre.

93. Selv om indledningen til den appellerede doms præmis 53, der er holdt i generelle vendinger, kan give indtryk af, at Retten har villet undgå at anvende artikel 107 TEUF på samtlige de betingelser, på hvilke en offentlig virksomhed udbyder sine varer og tjenesteydelser, når disse betingelser uden forskel finder anvendelse på alle dens medkontrahenter, præciserede Retten efter min opfattelse omhyggeligt til slut i præmissen, at »[f]or at en eventuel fordel, som indrømmes af et offentligt organ i forbindelse med leveringen af specifikke varer eller tjenesteydelser, begunstiger visse virksomheder, er det desuden nødvendigt, at virksomheder, som benytter eller ønsker at benytte denne vare eller tjenesteydelse, ikke er eller kan være omfattet af denne fordel hos dette organ inden for disse særlige rammer«.

c) Anbringendets andet led vedrørende den omstændighed, at Retten undlod at tage hensyn til Domstolens faste praksis, hvorefter dels alene en foranstaltnings virkninger er afgørende for vurderingen af dens selektive karakter, dels foranstaltninger, som begunstiger en erhvervsgren, nødvendigvis er selektive

94. Kommissionen har anført, at Lübeck Lufthavn konkurrerer direkte med Hamburg Lufthavn, og at den »fordel«, som 2006-regulativet indrømmer, kun kan opnås af luftfartsselskaber, der benytter Lübeck Lufthavn. Denne omstændighed er i sig selv tilstrækkelig til at godtgøre, at 2006-regulativet er selektivt som følge af dets virkninger.

95. Umiddelbart kan Rettens betragtninger, og navnlig den appellerede doms præmis 53, synes overraskende.

96. Retten konkluderede således, at 2006-regulativet ikke var selektivt, idet den blot fastslog, at 2006-regulativets gebyrbestemmelser fandt anvendelse uden forskel på samtlige luftfartsselskaber, der benyttede eller ønskede at benytte Lübeck Lufthavn.

97. Henset til retspraksis, ifølge hvilken artikel 107, stk. 1, TEUF definerer statslige interventioner i kraft af deres virkninger[63], kan det imidlertid hævdes, at en konstatering af, at 2006-regulativets karakter *formelt* er ikke-diskriminerende, ikke i sig selv er tilstrækkelig til at konkludere, at det ikke er selektivt. Det burde have været undersøgt, om 2006-regulativet i kraft af sine virkninger begunstiger visse virksomheder eller visse produktioner. Domstolen præciserede således i dom af 13. februar 2003, Spanien mod Kommissionen, at argumentet om, at en foranstaltning er undergivet objektive kriterier, der finder horisontal anvendelse, udelukkende viser, at foranstaltningen henhører under en støtteordning, og ikke udgør individuel støtte, men ikke viser, at foranstaltningen ikke er selektiv[64].

63 — Jf. bl.a. dom af 22.12.2008, British Aggregates mod Kommissionen (C-487/06 P, EU:C:2008:757, præmis 85 og 89), og af 15.11.2011, Kommissionen og Spanien mod Government of Gibraltar og Det Forenede Kongerige (C-106/09 P og C-107/09 P, EU:C:2011:732, præmis 87, 88 og 92).

64 — C-409/00, EU:C:2003:92, præmis 49.

98. Det er imidlertid ikke min opfattelse, at Retten undlod at tage hensyn til denne retspraksis i den appellerede dom. Da Retten fandt, at ligebehandlingen af faktiske eller potentielle brugere af Lübeck Lufthavn alene var afgørende, tog den implicit, men nødvendigvis, hensyn til foranstaltningens virkninger. Den nøjedes ikke med at opregne de horisontelle kriterier for anvendelsen af 2006-regulativet.

99. I lighed hermed kan det ikke med rette hævdes, at en foranstaltning, der kun begunstiger en »enkelt erhvervsgren«, konkret den gruppe af virksomheder, som benyttede Lübeck Lufthavn, nødvendigvis er selektiv. Som jeg bemærkede i indledningen vedrørende dette anbringende, er en sådan konklusion kun begrundet, såfremt det konkluderedes, at referencerammen er en »normal« ordning, der finder anvendelse på nationalt plan, eller at den i det mindste omfatter mere end den nævnte lufthavn. Anvendelsen af begrebet sektorbestemt selektivitet giver således kun mening med hensyn til foranstaltninger, der er blevet truffet af offentlige myndigheder i en stat, hvad enten disse er centrale, regionale eller lokale, der har kompetence til at træffe beslutninger, der kan begunstige samtlige virksomheder. Kriteriet vedrørende sektorbestemt selektivitet bør ikke finde anvendelse for så vidt angår foranstaltninger truffet af en lufthavnsoperatør, der alene har kompetence til at træffe foranstaltninger vedrørende denne lufthavn. Når operatøren selv træffer beslutning om størrelsen af de lufthavnsafgifter, der finder anvendelse i forhold til de luftfartsselskaber, der flyver til og fra denne lufthavn, fraviger han heller ikke en national gebyrordning, men indfører en takstordning, som alle selskaber, der ønsker at benytte denne lufthavn, har adgang til.

100. Det fremgår heraf, at en foranstaltning, der træffes af en lufthavnsoperatør, i forhold til luftfartsselskaber, der opererer her, ikke er selektiv, såfremt den uden forskelsbehandling indrømmes samtlige disse selskaber.

101. Med udgangspunkt heri skal det vurderes, om den omhandlede foranstaltning differentierer mellem operatører, der under hensyn til det formål, der forfølges, befinder sig i en tilsvarende faktisk og retlig situation [65].

102. Dette giver mig anledning til at behandle det tredje led af Kommissionens argumentation.

d) Anbringendets tredje led om, at efterprøvelsen af kriteriet om »virksomheder, der befinder sig i en tilsvarende faktisk og retlig situation« var behæftet med fejl

103. Kommissionen har for det første gjort gældende, at selv om det antages, at den sammenligning, som kræves i henhold til dom af 8. november 2001, Adria-Wien Pipeline og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598), finder anvendelse ved efterprøvelsen af, hvorvidt foranstaltninger, hvorved visse offentlige organer fastsætter gebyrer, er selektive, begik Retten samme fejl som den, som Domstolen kritiserede i de sager, der gav anledning til dom af 22. december 2008, British Aggregates mod Kommissionen (C-487/06 P, EU:C:2008:757, præmis 87 og 89), samt af 8. september 2011, Kommissionen mod Nederlandene (C-279/08 P, EU:C:2011:551, præmis 61-67). Det er således Kommissionens opfattelse, at vurderingen af, hvorvidt der foreligger en tilsvarende faktisk og retlig situation, ikke skal ske på grundlag af de kriterier, der definerer anvendelsesområdet for den omhandlede foranstaltning, idet der herved er tale om en cirkelslutning, men skal støttes på de berørte virksomheders omkostningsstruktur.

104. Kommissionen har for det andet gjort gældende, at Retten undlod at tage hensyn til formålet med § 43a, stk. 1, i LuftVZO, som finder anvendelse på samtlige lufthavne i Tyskland og bestemmer, at der skal opkræves omkostningsdækkende lufthavnsafgifter for at sikre offentlighedens interesse i en velfungerende lufttrafik, og som udgør retshjemlen for 2006-regulativet.

65 — Dom af 14.1.2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9, præmis 55).

105. I den foreliggende sag opstår der spørgsmål om, hvorvidt den omstændighed, at 2006-regulativet konkret kun finder anvendelse på luftfartsselskaber, der benytter Lübeck Lufthavn, fører til en forskellig behandling af virksomheder, der befinder sig i en tilsvarende situation.

106. Hertil bemærkes, at det følger af gældende national ret, at enhver lufthavnsoperatør er beføjet til at fastsætte de lufthavnsafgifter, der finder anvendelse for så vidt angår den pågældendes lufthavn.

107. Det følger heraf, at 2006-regulativet kun skulle finde anvendelse på Lübeck Lufthavn, der er den relevante referenceramme. I denne forbindelse er det alene afgørende, om regulativet differentierer mellem virksomheder, der benytter denne lufthavn.

108. Kommissionens argumentation om, at vurderingen af 2006-regulativets selektivitet ikke afhænger af dets anvendelsesområde, men alene bør støttes på en sammenligning af de omkostninger, som er genstand for § 43a, stk. 1, i LuftVZO, er ikke overbevisende.

109. Hansestadt Lübeck har således fremhævet, at alle luftfartsselskaber kan benytte Lübeck Lufthavn og dermed drage fordel af de formodede begunstigelser, der følger af anvendelsen af 2006-regulativet. Luftfartsselskabernes valg af at benytte visse infrastrukturer i lufthavnene afhænger normalt af de enkelte selskabers egen forretningsstrategi, sammenholdt med de fordele og ulemper, der følger heraf.

110. Et krav om, at situationen for de luftfartsselskaber, som angiveligt begunstiges af 2006-regulativet, skal sammenlignes med situationen for konkurrerende virksomheder med samme udgiftsposter, forekommer mig ligeledes irrelevant. Luftfartsselskaber, der ikke flyver fra og til Lübeck Lufthavn, har netop ikke omkostninger, der svarer til de gebyrer, der opkræves i denne lufthavn. Kommissionens argumentation er således ensbetydende med, at spørgsmålet om foranstaltningens selektivitet fejlagtigt betragtes i en anden ramme, nemlig under hensyn til, hvorvidt en anden transportinfrastruktur – det være sig luftfart, jernbane m.v. – eventuelt konkurrerer med Lübeck Lufthavn, uanset statussen for de virksomheder, som varetager driften, og arten af de ydelser, som de leverer [66].

111. I lighed hermed finder jeg heller ikke at kunne tiltræde argumentet om, at der i den foreliggende sag bør tages hensyn til de formål, som skal varetages af et regulativ, hvorved der fastsættes lufthavnsafgifter i medfør af § 43a, stk. 1, i LuftVZO. Det fremgår nemlig af Rettens konstateringer vedrørende de faktiske omstændigheder, at denne bestemmelse ikke indebærer, at der fastsættes lufthavnsafgifter for samtlige lufthavne generelt. Bestemmelsen bemyndiger blot den enkelte lufthavnsoperatør til selv at fastsætte gebyrer under hensyn til de prioriteter, som den pågældende selv definerer.

112. Afslutningsvis bemærkes, at 2006-regulativet, henset til omstændighederne i den foreliggende sag, ikke udgør en undtagelse fra generelle bestemmelser eller en referenceordning, som begunstiger luftfartsselskaber, som benytter Lübeck Lufthavn. Den relevante referenceramme består alene af den ordning, der finder anvendelse i forhold til denne lufthavn.

66 — Jf. dom af 14.1.2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9, præmis 59, 60 og 61).

e) Anbringendets fjerde led, hvorefter Retten begik en retlig fejl, da den undlod at undersøge, om de rabatter, som indrømmedes ved 2006-regulativet, er selektive, fordi de kun begunstigede visse luftfartsselskaber

113. Kommissionen har nærmere bestemt gjort gældende, at selv om det antages, at det kriterium, der blev udviklet i dom af 8. november 2001, Adria-Wien Pipeline og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598), er relevant ved undersøgelsen af, om takstmæssige foranstaltninger som dem, som den foreliggende sag angår, er selektive, burde Retten have undersøgt, om 2006-regulativet har selektiv karakter som følge af de forskellige rabatter, som er fastsat heri, idet det begunstiger visse selskaber, der benytter Lübeck Lufthavn, til skade for andre selskaber, der benytter samme lufthavn.

114. I denne forbindelse har Kommissionen gjort gældende, at det var med urette, at Retten nøjedes med at undersøge begrundelsen for den omtvistede afgørelse som anført i dennes punkt 279. Ifølge Kommissionen beskriver samme afgørelses punkt 55-66 indgående den rabatordning, som blev fastsat ved 2006-regulativet. Kommissionen finder i øvrigt, at i modsætning til den opfattelse, som Retten tilsyneladende gav udtryk for i den appellerede doms præmis 53 og 55, udelukker den omstændighed, at kredsen af begunstigede for de omhandlede rabatter er åben, idet disse rabatter indrømmes på grundlag af objektive kriterier, der anvendes horisontalt, ikke dens selektive karakter [67].

115. Det er min opfattelse, at Retten ikke begik nogen retlig fejl i den foreliggende sag, da den konkluderede, at den relevante referenceramme var de rabatter, der alene fandt anvendelse i forhold til luftfartsselskaber, der udelukkende benyttede Lübeck Lufthavn.

116. Der opstår herefter spørgsmål om, hvorvidt Retten begik en retlig fejl, idet den ikke undersøgte, om den rabatordning, der blev indrømmet i henhold til 2006-regulativet, bevirkede, at der differentieredes mellem disse selskaber.

117. I denne henseende kan det ikke udelukkes, at en taksttabel har selektiv karakter som følge af de kriterier og rabatordninger, som er fastsat ved denne.

118. Når dette er sagt, skal det fremhæves, at Kommissionen ikke henviste til denne betragtning i den omtvistede afgørelses punkt 279 til støtte for sin konklusion om, at 2006-regulativet havde selektiv karakter, men alene til den omstændighed, at »de omhandlede fordele alene begunstiger de luftfartsselskaber, der benytter Lübeck Lufthavn«. Selv om problemstillingen vedrørende de »rabatter«, som fremgår af 2006-regulativet, ganske vist blev behandlet i den omtvistede afgørelse, navnlig i punkt 268-277, var dette ikke tilfældet i forbindelse med undersøgelsen af regulativets selektivitet, men alene ved vurderingen af, om der forelå en »fordel« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 107, stk. 1, TEUF.

119. Under disse omstændigheder finder jeg, at Kommissionens klagepunkt bør afvises. Under en appelsag har Domstolen nemlig kun kompetence til at tage stilling til Rettens bedømmelse af de anbringender, der er blevet behandlet for den [68].

120. Det bemærkes under alle omstændigheder, at Kommissionen ikke har godtgjort, at den rabatordning, som blev fastsat ved 2006-regulativet, og som indrømmedes luftfartsselskaber, der havde et stort antal passagerer – og som følgelig synes at bero på et sædvanligt kvantitativt kriterium – ikke var begrundet.

67 — Kommissionen har henvist til dom af 13.2.2003, Spanien mod Kommissionen (C-409/00, EU:C:2003:92, præmis 48), af 15.7.2004, Spanien mod Kommissionen (C-501/00, EU:C:2004:438, præmis 118-128), og af 8.9.2011, Kommissionen mod Nederlandene (C-279/08 P, EU:C:2011:551, præmis 50).

68 — Jf. bl.a. dom af 10.7.2014, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, præmis 99 og den deri nævnte retspraksis).

121. Det er følgelig min opfattelse, at tredje anbringende bør forkastes.

D – *Det fjerde anbringende vedrørende manglende begrundelse og selvmodsigende begrundelse*

1. Parternes argumentation

122. Kommissionen har for det første gjort gældende, at Rettens dom lider af begrundelsesmangler i tre henseender. Indledningsvis undlod Retten at tage hensyn til et væsentligt element i efterprøvelsen af selektivitet, nemlig fastlæggelsen af det formål, der forfølges med 2006-regulativet. Fastlæggelse af, hvilke virksomheder der befinder sig en tilsvarende faktisk og retlig situation, skal således foretages under hensyn til dette formål. Retten undlod dernæst at begrunde, hvorfor støttens selektivitet ikke følger af den rabatordning, der er fastsat ved 2006-regulativet. Den appellerede dom indeholdt endelig ingen begrundelse for, hvorfor karakteren af 2006-regulativet var så åbenbart ikke-selektiv, at Kommissionen ikke havde grundlag for at indlede den formelle undersøgelsesprocedure.

123. Kommissionen finder for det andet, at Rettens begrundelse er selvmodsigende, idet denne i første omgang anvendte retspraksis vedrørende skattemæssige foranstaltningers selektivitet (den appellerede doms præmis 51 og 53), og derefter udtalte, at denne retspraksis ikke var relevant (den appellerede doms præmis 57).

124. Hansestadt Lübeck, støttet af Forbundsrepublikken Tyskland og Det Forenede Kongerige, finder, at den appellerede dom er behørigt begrundet og konkluderer, at anbringendet bør forkastes.

2. Bedømmelse

125. Jeg finder ikke, at dette anbringende kan tiltrædes.

126. Hvad for det første angår spørgsmålet om, hvorvidt Retten begrundede den appellerede dom tilstrækkeligt i relation til vurderingen af 2006-regulativets selektivitet, fremgår det, at Retten i første omgang implicit definerede formålet med og sammenhængen for udarbejdelsen af 2006-regulativet. Det bemærkes dernæst, at det ikke påhvilede Retten at påvise, hvorfor 2006-regulativets selektivitet ikke var en følge af rabatordningen, idet dette spørgsmål som tidligere nævnt netop ikke var blevet behandlet for Retten. Endelig finder jeg, at det heller ikke påhvilede Retten at uddybe begrundelserne for, at den fejl, som Kommissionen havde begået ved vurderingen af den omtvistede foranstaltnings selektivitet, var så åbenbar, at den førte til, at den omtvistede afgørelse blev annulleret.

127. Hvad for det andet angår klagepunktet om, at begrundelsen var selvmodsigende i relation til relevansen af retspraksis vedrørende skattemæssige foranstaltninger, finder jeg ikke, at der er uoverensstemmelse mellem betragtningerne i den appellerede doms præmis 51 og 53 og udtalelsen i dommens præmis 57.

E – *Det femte anbringende vedrørende manglende hensyntagen til den begrænsede efterprøvelse, der kan foretages af en afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure for så vidt angår statsstøtteforanstaltninger*

1. Parternes argumentation

128. Kommissionen har gjort gældende, at Retten, selv om den i den appellerede doms præmis 42 korrekt bemærkede, at domstolskontrollen af en afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure er begrænset, overskred grænserne for denne kontrol.

129. Kommissionen har navnlig gjort gældende, at FL, som dengang drev Lübeck Lufthavn, havde foreslået 2006-regulativet med henblik på at unddrage sig statsstøttekontrol for så vidt angik selskabets prisfastsættelsespolitik over for lavprisflyselskaber. Kommissionen stod imidlertid over for en situation, hvor en foreløbig undersøgelse af de faktiske omstændigheder ikke havde fjernet al tvivl om, hvorvidt det pågældende regulativ var selektivt eller ej. Kommissionen var følgelig forpligtet til at indlede den formelle undersøgelsesprocedure. Den appellerede dom indeholdt ingen forklaring på, hvorfor 2006-regulativet havde en så åbenbar ikke-selektiv karakter, at Kommissionen ikke havde grundlag for at indlede en formel undersøgelsesprocedure.

130. Hansestadt Lübeck, der i denne henseende støttes af Forbundsrepublikken Tyskland og af Kongeriget Spanien, finder, at anbringendet bør forkastes. Hansestadt Lübeck finder, at da den ikke-selektive karakter af den omtvistede foranstaltning, nemlig 2006-regulativet, var åbenbar, fandt Retten med føje, at den omtvistede afgørelse var behæftet med et åbenbart urigtigt skøn.

2. Bedømmelse

131. Jeg er heller ikke overbevist om, at Retten overskred grænserne for den retslige kontrol vedrørende indledningen af den formelle undersøgelsesprocedure.

132. Det kan ganske vist ikke benægtes, at afgørelsen om at indlede en formel undersøgelsesprocedure hviler på en vurdering, der nødvendigvis er foreløbig, af de omstændigheder, der er kommet til Kommissionens kendskab i den indledende fase af undersøgelsen. Da disse omstændigheder pr. definition er fragmentariske, kan Kommissionen ved udgangen af denne indledende fase kun have en formodning om, hvorvidt der er tale om en støtte eller ej, og følgelig hvorvidt de kumulative betingelser, der er nævnt i artikel 107, stk. 1, TEUF, er opfyldt.

133. Som Domstolen gentagne gange har fastslået, er det nødvendigt at sondre mellem dels den indledende undersøgelsesprocedure vedrørende støtte som omhandlet i artikel 108, stk. 3, TEUF, der alene har til formål at gøre det muligt for Kommissionen at danne sig en første opfattelse af, om der er tale om delvis eller fuldt ud forenelig støtte, dels den formelle undersøgelsesprocedure som omhandlet i artikel 108, stk. 2, TEUF, der gør det muligt at foretage – og efter min opfattelse kræver – en indgående undersøgelse af de statslige foranstaltninger og tjener et dobbelt formål [69].

134. Henset til den forskel, der nødvendigvis findes mellem de to faser af undersøgelsen af foranstaltningerne, er det ikke muligt at stille samme retlige krav til den indledende fase som til den formelle procedure.

135. Kommissionen har følgelig beføjelse til at indlede den formelle undersøgelsesprocedure som omhandlet i artikel 108, stk. 2, TEUF, når den råder over tilstrækkelige oplysninger til at antage, at en foranstaltning opfylder samtlige betingelser for at kunne kvalificeres som ulovlig statsstøtte i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF.

136. Det kan imidlertid ikke udledes heraf, at Kommissionen kan nøjes med at støtte sin afgørelse om at indlede den i artikel 108, stk. 2, TEUF omhandlede undersøgelse ved at henvise til generelle betragtninger om, hvorvidt betingelserne i artikel 107, stk. 1, TEUF er opfyldt. Som det fremgår af artikel 6 i forordning nr. 659/1999, skal afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure indeholde en foreløbig vurdering fra Kommissionens side med hensyn til støttekarakteren af den påtænkte foranstaltning og anføre, om der er tvivl om, hvorvidt den er forenelig med fællesmarkedet.

69 — Jf. bl.a. dom af 15.4.2008, Nuova Agricast (C-390/06, EU:C:2008:224, præmis 57), og af 21.7.2011, Alcoa Trasformazioni mod Kommissionen (C-194/09 P, EU:C:2011:497, præmis 57). Jf. for så vidt angår forskellen mellem den indledende fase af undersøgelsen og den formelle fase senest mit forslag til afgørelse Club Hotel Loutraki m.fl. mod Kommissionen (C-131/15 P, EU:C:2016:617, punkt 25, 26 og 27).

137. Selv om Rettens kontrol er begrænset til en prøvelse af, om Kommissionen foretog et åbenbart urigtigt skøn ved at fastslå, at den ikke kunne overvinde samtlige vanskeligheder i relation til kvalificeringen af den omtvistede foranstaltning som »statsstøtte« under den første undersøgelse af denne foranstaltning [70], skal Retten efterprøvelse af afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure og navnlig af spørgsmålet om, hvorvidt betingelserne i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF umiddelbart betragtet var opfyldt, ikke desto mindre være effektiv. Jeg skal således i forlængelse af de betragtninger, som jeg anførte vedrørende det andet anbringende, erindre om, at afgørelserne om at indlede den foreløbige undersøgelse kan have specielle og væsentlige retsvirkninger for de berørte parter.

138. Da Kommissionen imidlertid i den omtvistede afgørelses punkt 279 nøjedes med at bemærke, at »de fordele[, der følger af 2006-regulativet,] udelukkende indrømmes til luftfartsselskaber, der benytter Lübeck Lufthavn [og følgelig er selektive] som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF«, undlod den at præcisere, hvilke generelle bestemmelser 2006-regulativet fraveg. Den undlod således at definere den relevante referenceramme og begik herved en åbenbar fejl ved sin vurdering af den omtvistede foranstaltning, der efter min opfattelse ikke vedrører komplekse økonomiske vurderinger.

139. For så vidt kan det ikke med føje hævdes, at Retten ikke kunne begrænse sin undersøgelse til at omfatte den vurdering, der findes i den omtvistede afgørelses punkt 279, men at den burde have taget hensyn til beskrivelsen af rabatordningen i samme afgørelses punkt 268-274, der angik identificeringen af en formodet fordel som følge af 2006-regulativet, ikke dettes selektivitet.

140. Det er derfor min opfattelse, at Retten ikke anlagde et åbenbart urigtigt skøn, da den konkluderede, at Kommissionen ikke i tilstrækkeligt omfang havde godtgjort, hvorfor den ikke i den indledende undersøgelsesfase havde været i stand til at angive begrundelsen for, at 2006-regulativet var selektivt, således at den var forpligtet til – eller i hvert fald havde grundlag for – at indlede den formelle undersøgelsesprocedure.

V – **Forslag til afgørelse**

141. Henset til samtlige de anførte betragtninger foreslår jeg Domstolen at forkaste appellen og at pålægge Kommissionen at bære sine egne omkostninger samt betale de af Hansestadt Lübeck afholdte omkostninger. Forbundsrepublikken Tyskland og Kongeriget Spanien bærer deres egne omkostninger.

70 — Jf. bl.a. dom af 21.7.2011, Alcoa Trasformazioni mod Kommissionen (C-194/09 P, EU:C:2011:497, præmis 61).