

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ
 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
 SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÉ UNIE
 DEN EUROPÆISKE UNIONS DOMSTOL
 GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN UNION
 EUROOPA LIIDU KOHUS
 ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ
 COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION
 COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE
 CÚIRT BHREITHIÚNAIS AN AONTAIS EORPAIGH
 SUD EUROPSKE UNIE
 CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA



LUXEMBOURG

EIROPAS SAVIENĪBAS TIESA
 EUROPOS SĄJUNGOS TEISINGUMO TEISMAS
 AZ EURÓPAI UNIÓ BÍRÓSÁGA
 IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-UNJONI EWROPEA
 HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE
 TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA
 CURTEA DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE
 SÚDNY DVOR EURÓPSKEJ ÚNIE
 SODIŠČE EVROPSKE UNIJE
 EUROOPAN UNIONIN TUOMIOISTUIN
 EUROPEISKA UNIONENS DOMSTOL

**FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
 G. PITRUZZELLA
 fremsat den 11. marts 2021 ¹**

Forenede sager C-174/19 P og C-175/19 P

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

»Appel – annulationssøgsmål – statsstøtte – individuel støtte – offentlig finansiering af jernbaneforbindelsen over Femern Bælt – afgørelse truffet efter afslutningen af den indledende undersøgelsesprocedure, hvorved det fastslås, at en foranstaltning ikke udgør statsstøtte – betingelsen om, at foranstaltningen kan fordreje konkurrencen – lovbeskyttet monopol – kontraappel – formaliteten«

¹ – Originalsprog: italiensk.

1. Dette forslag til afgørelse vedrører to næsten identiske appeller iværksat af to søtransportvirksomheder (Scandlines Danmark ApS og Scandlines Deutschland GmbH i den ene sag og Stena Line Scandinavia AB i den anden sag, herefter »appellanterne«), der besejler Femern Bælt mellem øerne Femern i Tyskland og Lolland i Danmark. De to appeller (herefter »hovedappellerne«) sigter mod ophævelse af to ligeledes næsten identiske domme², hvorved Den Europæiske Unions Ret delvist forkastede appellanternes søgsmål med påstand om annullation af Europa-Kommissionens afgørelse, truffet efter den indledende undersøgelsesprocedure, om ikke at gøre indsigelse mod de foranstaltninger, som Kongeriget Danmark har ydet vedrørende et projekt om en fast forbindelse over Femern Bælt (herefter »den omtvistede afgørelse«)³.

2. Kommissionen har i begge sager iværksat kontraappel (herefter »kontraappellerne«) og gjort gældende, at appellanternes søgsmål for Retten skulle have været afvist.

3. Ud over deres betydning – henset til den betydelige størrelse af Femern Bælt-projektet, som er genstand for den omtvistede afgørelse – giver de foreliggende sager Domstolen lejlighed til at give vejledning angående betingelsen om, at en national foranstaltning kan fordreje konkurrencen, hvilken betingelse skal være opfyldt for at kvalificere den omhandlede foranstaltning som »statsstøtte«, i særdeleshed i en situation med et lovbeskyttet monopol. I den del, som vedrører kontraappellerne, rejser de foreliggende sager endvidere interessante spørgsmål om formaliteten med hensyn til denne form for appel.

I. Faktiske omstændigheder

4. Baggrunden for tvisten fremgår af de appellerede domme, som jeg henviser til for nærmere oplysninger⁴. Med henblik på de foreliggende sager skal jeg blot anføre følgende.

² – Rettens domme af 13.12.2018, Scandlines Danmark og Scandlines Deutschland mod Kommissionen (T-630/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:942, herefter »den første appellerede dom«), og Stena Line Scandinavia mod Kommissionen (T-631/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:944, herefter »den anden appellerede dom«, i det følgende vil jeg med »de appellerede domme« henvise til de to domme under ét).

³ – Kommissionens afgørelse C(2015) 5023 [final] af 23.7.2015 om statsstøtte SA.39078 (2014/N) (Danmark) vedrørende finansiering af den faste forbindelse over Femern Bælt (EUT 2015, C 325, s. 5).

⁴ – Jf. præmis 2-22 i begge appellerede domme. I denne forbindelse henvises nærmere i detaljer til 4.-28. betragtning til den omtvistede afgørelse.

A. Projektet til etablering af den faste forbindelse over Femern Bælt

5. Ved en international traktat indgået i 2008 godkendte Forbundsrepublikken Tyskland og Kongeriget Danmark et projekt til etablering af en forbindelse over Femern Bælt (herefter »projektet«).

6. Projektet består af dels en kyst til kyst-sænketunnel med elektrificeret jernbane og motorvej mellem Rødby på Lolland og Puttgarden i Tyskland (herefter »den faste forbindelse«), dels interne vej- og jernbanelandanlæg i Danmark (herefter »de interne landanlæg«).

7. Arbejdet vedrørende jernbanelandanlæggene (herefter »de interne jernbanelandanlæg«) omfatter nærmere bestemt udbygning og opgradering af den eksisterende jernbaneforbindelse over ca. 120 km mellem Ringsted og Rødby, der ejes af den danske jernbaneinfrastrukturforvalter, Banedanmark ⁵.

8. I henhold til den internationale traktat og en dansk lov fra 2015 om anlæg og drift af den faste forbindelse og de interne landanlæg ⁶ blev gennemførelsen af projektet tildelt to danske offentlige virksomheder. Den første, Femern A/S, står for finansiering, anlæg og drift ⁷ af den faste forbindelse, hvorimod den anden, A/S Femern Landanlæg, står for finansiering, anlæg og drift af de interne landanlæg. Femern er kontrolleret af Femern Landanlæg, der er kontrolleret af et dansk statsejet selskab.

9. Femern Landanlæg vil stå for anlæg og forvaltning, herunder vedligeholdelse, af de interne jernbanelandanlæg ⁸. Opgradering af disse landanlæg vil blive gennemført af Banedanmark, der vil stå for driften heraf på

⁵ – Nærmere bestemt indebærer projektet, at den eksisterende enkeltsporede jernbanestrækning mellem Vordingborg og Rødby udbygges til to spor, og at jernbanestrækningen fra Ringsted til Rødby skal elektrificeres og udstyres med nye signalsystemer (jf. femte betragtning til den omtvistede afgørelse). De interne vejlandanlæg er ikke omfattet af de foreliggende sager.

⁶ – Lov nr. 575 af 4.5.2015 om anlæg og drift af en fast forbindelse over Femern Bælt med tilhørende landanlæg i Danmark (herefter »anlægsloven«).

⁷ – Ud fra et terminologisk synspunkt skal det først og fremmest fremhæves, at i henhold til Rettens konstateringer i den første appellerede doms præmis 100 og den anden appellerede doms præmis 75 skal ordet »drift« (»operation« på engelsk og »exploitation« på fransk) af jernbaneinfrastrukturen opfattes i de foreliggende sager som tilrådighedsstillelse af denne infrastruktur, mod betaling, til leverandører af jernbanetransportydelse, hvorimod ordet »forvaltning« (»management« på engelsk og »gestion« på fransk) skal opfattes som etablering og vedligeholdelse af den fysiske infrastruktur. Som det fremgår af den første appellerede doms præmis 99-107 og den anden appellerede doms præmis 74-82, svarer denne betydning ikke nødvendigvis til den, hvormed disse ord anvendes i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2012/34/EU af 21.11.2012 om oprettelse af et fælles europæisk jernbaneanråde (EUT 2012, L 343, s. 32).

⁸ – Vejlandanlæggene vil blive etableret direkte af den danske stat og stillet til rådighed for alle brugere uden betaling (jf. de appellerede dommes præmis 9).

samme måde som med andre dele af det danske jernbanenet⁹. Efter gennemførelsen af projektet vil de interne jernbanelandanlæg ejes i fællesskab af Banedanmark (med en ejerandel på 20%) og Femern Landanlæg (med en ejerandel på 80%). Banedanmark vil dække alle udgifter i forbindelse med driften af de interne jernbanelandanlæg, mens udgifterne til deres vedligeholdelse påhviler Femern Landanlæg og Banedanmark proportionalt i forhold til deres ejerandel.

10. Projektet er finansieret af Femern og Femern Landanlæg. I denne sammenhæng har de danske myndigheder truffet en række foranstaltninger, herunder et kapitaltilskud i Femern samt statsgarantier og statslån til Femern og Femern Landanlæg. Nærmere bestemt er projektering, anlæg og drift af både den faste forbindelse og de interne landanlæg finansieret ved hjælp af lån på de internationale finansmarkeder, for hvilke den danske stat har stillet en garanti, eller alternativt ved hjælp af genudlån fra Danmarks Nationalbank.

11. Femern vil opkræve betaling af brugerne af den faste forbindelse for at kunne tilbagebetale sin gæld og vil udbetale udbytte til Femern Landanlæg, som vil bruge dette udbytte til at tilbagebetale sin gæld. Femern Landanlæg vil endvidere modtage 80% af den af Banedanmark opkrævede betaling fra jernbaneoperatørerne for brugen af de interne jernbanelandanlæg, hvilket står i forhold til Femern Landanlægs og Banedanmarks respektive ejerandel af disse infrastrukturer.

B. Den omtvistede afgørelse

12. Som følge af en række klager, hvori det blev gjort gældende, at de danske myndigheders foranstaltninger vedrørende projektet ikke var forenelige med de EU-retlige statsstøtteregler, samt efter de nævnte myndigheders anmeldelse af disse foranstaltninger i henhold til artikel 108, stk. 3, TEUF vedtog Kommissionen den 23. juli 2015 den omtvistede afgørelse.

13. Den omtvistede afgørelse er opdelt i to dele.

14. I den første del konkluderede Kommissionen, at de offentlige midler, som Femern Landanlæg har modtaget til finansiering af projektering, anlæg og drift af de interne landanlæg, ikke udgør statsstøtte efter artikel 107, stk. 1, TEUF¹⁰.

15. Hvad angår især de interne jernbanelandanlæg lagde Kommissionen i denne afgørelse til grund, at det nationale jernbanenet i Danmark drives og forvaltes på et marked, hvor der ikke er nogen konkurrence. Efter at have konstateret, at Banedanmark vil stå for opgradering og drift af disse landanlæg på

⁹ – Det fremgår af 53. betragtning til den omtvistede afgørelse, at driften af infrastrukturen også omfatter kapacitetsstyring, tildeling af jernbaneanaler og opkrævning af baneafgift fra de jernbaneoperatører, der bruger sporene.

¹⁰ – 50.-57. betragtning til den omtvistede afgørelse.

samme måde som med andre dele af det danske jernbanenet, fandt Kommissionen bl.a., at på grund af den nationale jernbaneinfrastrukturens karakter i Danmark er der ingen konkurrence *på* og *om* markedet for drift og forvaltning af det nationale jernbanenet¹¹. Eftersom det nationale jernbanenet drives og forvaltes på et nationalt, geografisk lukket og adskilt marked, vil den offentlige finansielle støtte til Femern Landanlæg ifølge Kommissionen desuden ikke kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne¹².

16. I den anden del af den omtvistede afgørelse¹³ vedrørende de foranstaltninger, der er blevet ydet Femern til projektering, anlæg og drift af den faste forbindelse, konkluderede Kommissionen, at den offentlige finansielle støtte til Femern under alle omstændigheder ville være forenelig med det indre marked i henhold til artikel 107, stk. 3, litra b), TEUF, selv hvis den udgjorde statsstøtte.

II. Sagen for Retten og de appellerede domme

17. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 10. og den 11. november 2015 anlagde appellanterne hvert sit søgsmål, der blev registreret under sagsnr. T-630/15 og T-631/15, med påstand om annullation af den omtvistede afgørelse.

18. Under sagerne ved Retten intervenerede Naturschutzbund Deutschland eV (herefter »NABU«) og Föreningen Svensk Sjöfart (herefter »FSS«) til støtte for appellanternes påstande. Kongeriget Danmark intervenerede til støtte for Kommissionens påstande.

19. Ved de appellerede domme annullerede Retten delvis den omtvistede afgørelse.

20. Først og fremmest forkastede Retten appellanternes anbringender for så vidt angår den del af den omtvistede afgørelse, der angår de foranstaltninger, der er blevet ydet Femern Landanlæg til finansiering af projektering, anlæg og drift af de interne jernbanelandanlæg¹⁴.

21. Retten gav derimod appellanterne medhold i søgsmålene for så vidt angår analysen af den offentlige finansielle støtte til Femern med hensyn til projektets del vedrørende den faste forbindelse, idet Retten lagde til grund, at Kommissionen havde tilsidesat sin pligt i henhold til artikel 108, stk. 2, TEUF til under

¹¹ – Jf. 53.-55. betragtning til den omtvistede afgørelse og de appellerede dommes præmis 19.

¹² – Jf. 55. betragtning til den omtvistede afgørelse og de appellerede dommes præmis 19.

¹³ – 58.-124. betragtning til den omtvistede afgørelse.

¹⁴ – Jf. de appellerede dommes præmis 78-134.

hensynstagen til alvorlige vanskeligheder at indlede den formelle undersøgelsesprocedure¹⁵.

22. Som følge af afsigelsen af de appellerede domme indledte Kommissionen en formel undersøgelsesprocedure i henhold til artikel 108, stk. 2, TEUF og vedtog en ny afgørelse, som er blevet anfægtet ved tre annullationssøgsmål, der nu verserer ved Retten¹⁶.

III. Sagen for Domstolen og parternes påstande

23. Med hovedappellerne har Scandlines Danmark ApS og Scandlines Deutschland GmbH i sag C-174/19 P samt Stena Line Scandinavia AB i sag C-175/19 P i det væsentlige nedlagt påstand om, at Domstolen for det første ophæver henholdsvis den første og den anden appellerede dom, for så vidt som Retten forkastede appellanternes anbringender, og for det andet tilpligter Kommissionen at betale sagsomkostningerne. Appellanterne har endvidere nedlagt påstand om, at Kommissionens kontraappeller forkastes, og at Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

24. Kommissionen har nedlagt påstand om, at hovedappellerne forkastes, og at appellanterne tilpligtes at betale sagsomkostningerne. Med sine kontraappeller har Kommissionen endvidere nedlagt påstand om, at Domstolen for det første annullerer den stiltiende afgørelse, hvormed Retten antog appellanternes søgsmål til realitetsbehandling for så vidt angår foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg, for det andet afviser søgsmålet for så vidt angår disse foranstaltninger og for det tredje tilpligter appellanterne at betale sagsomkostningerne i begge instanser.

25. Kongeriget Danmark har nedlagt påstand om, at appellanternes hovedappeller forkastes, og at Kommissionens kontraappeller tages til følge.

26. De påstande, som NABU og FSS, der intervenerede ved Retten, har nedlagt til støtte for appellanterne, svarer i det væsentlige til de sidstnævnte.

27. Ved kendelser afsagt af Domstolens præsident den 22. oktober 2019 har Rederi AB Nordö-Link (herefter »Rederi«), Trelleborg Hamn AB (herefter »Trelleborg«) og Aktionsbündnis gegen eine feste Fehmarnbeltquerung eV

¹⁵ – Jf. de appellerede dommes præmis 135-280.

¹⁶ – Kommissionens afgørelse (EU) 2020/1472 af 20.3.2020 om Danmarks statsstøtte SA.39078 – 2019/C (ex 2014/N) til Femern A/S (EUT 2020, L 339, s. 1). Ved denne afgørelse erklærede Kommissionen, at visse af foranstaltningerne til fordel for Femern ikke udgør statsstøtte i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF, og at andre heraf derimod udgør statsstøtte efter denne bestemmelse, men er forenelige med det indre marked i henhold til artikel 107, stk. 3, litra b), TEUF (jf. afgørelsens artikel 1 og 2). Denne afgørelse er blevet anfægtet i sag T-364/20, Danmark mod Kommissionen, sag T-390/20, Scandlines Danmark og Scandlines Deutschland mod Kommissionen, og sag T-391/20, Stena Line Scandinavia mod Kommissionen.

(herefter »Aktionsbündnis«) fået tilladelse til at intervenere i både sag C-174/19 P og C-175/19 P til støtte for appellanternes påstande. Deres påstande svarer i det væsentlige til de af appellerne nedlagte.

IV. Bedømmelse

28. Til støtte for hovedappellerne, hvis indhold er næsten identisk, har appellerne fremsat syv anbringender.

29. De første to anbringender er rettet mod de dele af de appellerede domme, der vedrører analysen af foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg med hensyn til de interne jernbanelandanlæg. Med disse anbringender har appellerne gjort gældende, at Retten begik retlige fejl ved i strid med artikel 107, stk. 1, TEUF og artikel 108, stk. 2, TEUF at konkludere, at Kommissionen ikke havde begået fejl og ikke oplevede alvorlige vanskeligheder, da den fastslog, at disse foranstaltninger ikke udgør statsstøtte, fordi de ikke kan fordreje konkurrencen (første anbringende) og påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne (andet anbringende).

30. Appellanternes øvrige fem anbringender er derimod rettet mod de dele af de appellerede domme, der vedrører analysen af foranstaltningerne til fordel for Femern med hensyn til den faste forbindelse.

31. I sine kontraappeller med identisk indhold har Kommissionen fremsat et enkelt anbringende, hvormed Kommissionen har påberåbt sig appellanternes manglende søgsmålskompetence for Retten for så vidt angår den del af den omtvistede afgørelse, der angår foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg.

32. I overensstemmelse med Domstolens anmodning begrænser jeg min bedømmelse til Kommissionens kontraappeller og de første to anbringender i hovedappellerne.

A. Kontraappellerne

1. Parternes argumenter

33. Med sine kontraappeller har Kommissionen, i denne henseende understøttet af Kongeriget Danmark, kritiseret de stiltiende afgørelser, som Retten ifølge Kommissionen traf i de appellerede domme om formaliteten vedrørende appellanternes søgsmål for så vidt angår den del af den omtvistede afgørelse, der vedrører foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg.

34. Først og fremmest mener Kommissionen, at dens kontraappeller skal antages til realitetsbehandling. Kommissionen er bekendt med, at ved anvendelse af retspraksis efter dom af 26. februar 2002, Rådet mod Boehringer (C-23/00 P,

EU:C:2002:118, herefter »Boehringer-dommen«), kan der ikke iværksættes appel til prøvelse af en afgørelse, hvormed Retten har besluttet at henskyde formalitetsindsigelser til afgørelse i forbindelse med sagens realitet. Ifølge Kommissionen finder denne retspraksis dog kun anvendelse på hovedappeller og ikke på kontraappeller, der nu reguleres af procesreglementets artikel 178, stk. 2. I henhold til denne bestemmelse er det tilladt at anfægte en stiltiende afgørelse vedrørende sagens antagelse til realitetsbehandling ved Retten.

35. Vedrørende realiteten har Kommissionen med sine kontraappeller gjort gældende, at appellanternes søgsmål i første instans skulle være blevet afvist for så vidt angår den del, der vedrører foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg, fordi appellanterne ikke er individuelt berørt af disse foranstaltninger. Appellanterne har nemlig ikke godtgjort, således som det kræves ifølge retspraksis, at denne del af den omtvistede afgørelse berører dem individuelt og især vil kunne påvirke deres stilling på markedet væsentligt. Af de samme grunde kan appellanterne ikke påberåbe sig de processuelle rettigheder, som interesserede parter har i henhold til artikel 108, stk. 2, TEUF, eftersom appellanterne ikke kan betragtes som interesserede parter i relation til foranstaltningerne vedrørende de interne jernbanelandanlæg.

36. Appellanterne, understøttet af FSS og NABU, har gjort gældende, at Kommissionens kontraappeller skal afvises og under alle omstændigheder forkastes som ugrundede.

2. Bedømmelse

a) Formaliteten vedrørende kontraappellerne

37. Med sine kontraappeller har Kommissionen kritiseret de stiltiende afgørelser, som Retten angiveligt traf i de appellerede domme om formaliteten hvad angår de dele af appellanternes søgsmål, der angår foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg.

38. Først og fremmest skal det prøves, om Kommissionens kontraappeller kan antages til realitetsbehandling.

39. Det fremgår af de appellerede domme, at Kongeriget Danmark i første instans fremsatte en formalitetsindsigelse vedrørende appellanternes søgsmål, for så vidt som de vedrører foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg, eftersom appellanterne ikke har en individuel interesse i at anfægte den del af den omtvistede afgørelse, der angår disse foranstaltninger ¹⁷.

40. I de appellerede domme tog Retten ikke stilling til Kongeriget Danmarks formalitetsindsigelse. Retten fastslog, i øvrigt uden udtrykkeligt at henvise til

¹⁷ – Jf. den første appellerede doms præmis 80 og den anden appellerede doms præmis 55.

retspraksis efter Boehringer-dommen, at der »først skulle tages stilling til realiteten i appellanternes anbringender«¹⁸, og forkastede dem efterfølgende.

41. Kommissionen mener, at Retten således traf en stiltiende afgørelse om formaliteten vedrørende appellanternes søgsmål for så vidt angår den del af den omtvistede afgørelse, der vedrører foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg. Kommissionen har gjort gældende, at der i henhold til procesreglementets artikel 178, stk. 2, kan iværksættes kontraappel til prøvelse af denne stiltiende afgørelse.

42. I medfør af denne bestemmelse kan påstandene i kontraappelskriftet gå ud på, at en udtrykkelig eller stiltiende afgørelse vedrørende sagens antagelse til realitetsbehandling ved Retten ophæves.

43. I det foreliggende tilfælde, lige som i det af Boehringer-dommen omfattede tilfælde, og som Kommissionen i øvrigt selv har anerkendt, besluttede Retten imidlertid at forkaste appellanternes anbringender til prøvelse af den del af afgørelsen, som angår foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg, uden at træffe afgørelse om formaliteten med hensyn til denne del af søgsmålet. Med andre ord foretrak Retten, analogt med Boehringer-dommen, i de appellerede domme af procesøkonomiske hensyn at træffe afgørelse om realiteten uden at tage stilling til formaliteten.

44. Det fremgår af Boehringer-dommen¹⁹, at såfremt Retten af hensyn til god retspleje mener, at der er grundlag for ikke at tage stilling til en formalitetsindsigelse, når påstandene under alle omstændigheder måtte forkastes, træffer Retten ingen udtrykkelig eller stiltiende afgørelse, hvorved der tages stilling til en formalitetsindsigelse vedrørende en afvisningspåstand. Heraf følger, at et søgsmål anlagt til prøvelse af en sådan afgørelse skal afvises, fordi der ikke findes en afgørelse fra Retten, som kan appelleres²⁰.

45. Da Retten i det foreliggende tilfælde ikke traf nogen – end ikke stiltiende – afgørelse om formaliteten vedrørende søgsmålene, som kan appelleres, kan der som konsekvens heraf hverken iværksættes hoved- eller kontraappel i denne henseende. Følgelig kan Kommissionens henvisning til bestemmelsen i procesreglementets artikel 178, stk. 2, ikke begrunde, at Kommissionens kontraappeller skal antages til realitetsbehandling.

¹⁸ – Jf. den første appellerede doms præmis 81 og den anden appellerede doms præmis 56.

¹⁹ – Som jeg for nylig har haft anledning til at anføre (jf. fodnote 115 i mit forslag til afgørelse i de forenede sager World Duty Free Group mod Kommissionen og Spanien mod Kommissionen (C-51/19 P og C-64/19 P, EU:C:2021:51, med relevante henvisninger til retspraksis), har den såkaldte Boehringer-dom været genstand for kritik fra flere generaladvokater, men den anvendes fortsat af både Retten og Domstolen (vedrørende en nylig anvendelse i en appelsag henvises til dom af 21.12.2016, Club Hotel Loutraki m.fl. mod Kommissionen, C-131/15 P, EU:C:2016:989, præmis 68).

²⁰ – Jf. Boehringer-dommens præmis 50-54.

46. Det følger af ovenstående betragtninger, at Kommissionens kontraappeller efter min opfattelse skal afvises.

47. Det skal i øvrigt også påpeges, at ifølge fast retspraksis skal Domstolen, når den forelægges en appel i henhold til artikel 56 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, i givet fald af egen drift tage stilling til, hvorvidt et annulationssøgsmål kan antages til realitetsbehandling, og følgelig til et anbringende om en ufravigelig procesforudsætning vedrørende manglende overholdelse af betingelsen i artikel 263, stk. 4, TEUF, hvorefter en sagsøger kun kan begære en afgørelse, som ikke er rettet til vedkommende, annulleret, hvis sagsøgeren er umiddelbart og individuelt berørt af denne afgørelse ²¹.

48. Såfremt Domstolen i modsætning til mit forslag måtte finde, at kontraappellerne skal antages til realitetsbehandling, eller under alle omstændigheder af egen drift måtte tage stilling til formaliteten vedrørende appellanternes søgsmål i første instans for så vidt angår de dele heraf, der vedrører foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg, mener jeg, at følgende overvejelser er relevante.

b) Spørgsmålet om, hvorvidt appellanterne havde søgsmålskompetence for Retten for så vidt angår den del af den omtvistede afgørelse, der angår foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg

49. I det foreliggende tilfælde er det ubestridt, at den del af den omtvistede afgørelse, der angår foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg, udgør en afgørelse truffet efter den indledende undersøgelsesprocedure ²², hvormed Kommissionen konstaterede, at de vurderede foranstaltninger ikke udgør statsstøtte i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF, og derfor besluttede ikke at indlede den i artikel 108, stk. 2, TEUF omhandlede formelle undersøgelsesprocedure ²³. Den omhandlede afgørelse er rettet til Kongeriget Danmark.

²¹ – Jf. dom af 29.11.2007, Stadtwerke Schwäbisch Hall m.fl. mod Kommissionen (C-176/06 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2007:730, præmis 18), og af 29.7.2019, Bayerische Motoren Werke og Freistaat Sachsen mod Kommissionen (C-654/17 P, EU:C:2019:634, præmis 44).

²² – I forbindelse med proceduren i henhold til artikel 108 TEUF for kontrol med statsstøtte skal der sondres mellem på den ene side den indledende fase af undersøgelsen af støtteforanstaltninger i medfør af denne artikels stk. 3 – der alene har til formål at gøre det muligt for Kommissionen at danne sig en første opfattelse af, om den omhandlede støtte helt eller delvis er forenelig med fællesmarkedet – og på den anden side undersøgelsesfasen i henhold til denne artikels stk. 2. Jf. dom af 17.9.2015, Mory m.fl. mod Kommissionen (C-33/14 P, EU:C:2015:609, præmis 94 og den deri nævnte retspraksis).

²³ – I henhold til artikel 4, stk. 2, i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22.3.1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af [artikel 108 TEUF] (EFT 1999, L 83, s. 1), i mellemtiden ophævet ved Rådets forordning (EU) 2015/1589 af 13.7.2015 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af artikel 108 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (EUT 2015, L 248, s. 9). Jf. især 57. betragtning til og det første led i den omtvistede afgørelses konklusion.

50. Da den omtvistede afgørelse ikke udgør en regelfastsættende retsakt i henhold til artikel 263, stk. 4, TEUF, idet den ikke er almen gyldig²⁴, skal det efterprøves, om appellerne er umiddelbart og individuelt berørte af denne afgørelse i denne bestemmelses forstand.

51. I denne henseende fremgår det af Domstolens faste praksis, som følger af den velkendte dom af 15. juli 1963, Plaumann mod Kommissionen²⁵, at andre personer end en afgørelses adressater kun vil kunne hævde, at de berøres individuelt, hvis denne afgørelse rammer dem på grund af visse egenskaber, som er særlige for dem, eller på grund af en faktisk situation, der adskiller dem fra alle andre og derfor individualiserer dem på lignende måde som adressaten²⁶.

52. Det fremgår i øvrigt af retspraksis, at der på statsstøtteområdet skal sondres mellem to tilfælde i forbindelse med vurdering af, om en anden person end adressaten for en afgørelse har søgsmålskompetence for så vidt angår Kommissionens afgørelse om ikke at indlede den i artikel 108, stk. 2, TEUF omhandlede formelle undersøgelsesprocedure.

53. Når sagsøgeren med søgsmålet søger at beskytte de proceduremæssige rettigheder, der tilkommer den pågældende ifølge bestemmelsen i artikel 108, stk. 2, TEUF, er dennes status som interesseret part som omhandlet i denne bestemmelse og artikel 1, litra h), i forordning nr. 659/1999 tilstrækkelig til, at den pågældende part kan individualiseres på samme måde som adressaten for den anfægtede afgørelse, hvorfor et sådant annulationssøgsmål skal antages til realitetsbehandling²⁷.

54. Hvis sagsøgeren derimod gør gældende, at afgørelsen om vurderingen af støtten truffet i henhold til artikel 108, stk. 3, TEUF (eller efter afslutningen af den formelle undersøgelsesprocedure) ikke er velbegrundet, er det forhold alene, at sagsøgeren kan anses for at være en interesseret part som omhandlet i samme artikels stk. 2, ikke tilstrækkeligt til at fremme sagen til realitetsbehandling.

²⁴ – Jf. i denne forbindelse dom af 6.11.2018, Scuola Elementare Maria Montessori mod Kommissionen og Kommissionen mod Scuola Elementare Maria Montessori og Ferracci (C-622/16 P – C-624/16 P, EU:C:2018:873, præmis 29 ff.).

²⁵ – Dom af 15.7.1963, Plaumann mod Kommissionen (25/62, EU:C:1963:17, s. 220, dansk specialudgave, s. 414).

²⁶ – På statsstøtteområdet henvises til bl.a. dom af 17.9.2015, Mory m.fl. mod Kommissionen (C-33/14 P, EU:C:2015:609, præmis 93 og den deri nævnte retspraksis).

²⁷ – Jf. i denne retning dom af 24.5.2011, Kommissionen mod Kronoply og Kronotex (C-83/09 P, EU:C:2011:341, præmis 48), og af 17.9.2015, Mory m.fl. mod Kommissionen (C-33/14 P, EU:C:2015:609, præmis 95 og den deri nævnte retspraksis). Vedrørende anvendelsen af disse principper på afgørelser truffet i henhold til artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 659/1999 henvises til dom af 17.7.2008, Athinaiki Techniki mod Kommissionen (C-521/06 P, EU:C:2008:422, præmis 53).

Sagsøgeren skal i så fald godtgøre, at denne har en særlig status i henhold til den ovenfor i punkt 51 nævnte Plaumann-dom²⁸.

55. Med hensyn til det foreliggende tilfælde fremgår det udtrykkeligt af de appellerede domme²⁹, at appellerne for Retten både gjort gældende, at den del af den omtvistede afgørelse, der angår foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg (inden for rammerne af det første anbringende), ikke er velbegrundet, og påberåbte sig tilsidesættelsen af de processuelle rettigheder, som de har ifølge artikel 108, stk. 2, TEUF, fordi Kommissionen tilsidesatte sin pligt til at indlede den formelle undersøgelsesprocedure (inden for rammerne af det tredje anbringende). Retten besluttede derimod at prøve disse anbringender samlet³⁰ og forkastede dem uden, som konstateret ovenfor i punkt 40 og 43, at tage stilling til formaliteten.

56. For at vurdere formaliteten vedrørende appellanternes søgsmål skal det i denne sammenhæng for det første undersøges, om appellerne i henhold til den ovenfor i punkt 51 nævnte Plaumann-dom havde søgsmålskompetence til at anfægte den del af den omtvistede afgørelse, der angår foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg. I modsat tilfælde skal det for det andet undersøges, om appellerne i henhold til den ovenfor i punkt 53 nævnte retspraksis, i egenskab af interesserede parter, i det mindste havde søgsmålskompetence til at beskytte de processuelle rettigheder, der tilkommer dem ifølge bestemmelsen i artikel 108, stk. 2, TEUF.

57. Hvad for det første angår appellanternes søgsmålskompetence til at anfægte den del af den omtvistede afgørelse, der angår foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg, skal det påpeges, at appellerne for Retten, med henblik på at godtgøre, at de havde en individuel interesse i at anlægge sag til prøvelse af den omtvistede afgørelse, påberåbte sig dels deres kvalifikation som konkurrenter til den faste forbindelse i deres egenskab af søtransportvirksomheder, dels deres aktive deltagelse i Kommissionens indledende undersøgelsesprocedure. De gjorde endvidere gældende, at de ved de omtvistede foranstaltninger ydede finansieringsmidler vil anvendes til at fjerne jernbaneanlgange (jernbanespor og station) til havne, hvor togpassagerer kan stige om bord på deres færges. I sagen for Domstolen har de endvidere gjort gældende, at de er direkte konkurrenter til projektet samlet set.

58. I denne sammenhæng fremgår det af fast retspraksis, at ud over den modtagende virksomhed skal bl.a. konkurrerende virksomheder til denne anses for individuelt berørt i forbindelse med anfægtelse af en afgørelse fra Kommissionen om vurdering af en støtteforanstaltning, såfremt de har spillet en aktiv rolle inden

²⁸ – Jf. bl.a. dom af 17.9.2015, Mory m.fl. mod Kommissionen (C-33/14 P, EU:C:2015:609, præmis 97 og den deri nævnte retspraksis).

²⁹ – Jf. den første appellerede doms præmis 36 og den anden appellerede doms præmis 32.

³⁰ – Jf. den første appellerede doms præmis 39 og den anden appellerede doms præmis 33.

for rammerne af denne procedure, og såfremt deres stilling på markedet i væsentligt omfang påvirkes af den støtteforanstaltning, den omtvistede afgørelse vedrører ³¹.

59. I det foreliggende tilfælde er det ubestrideligt, at modtageren af de omtvistede foranstaltninger – for så vidt angår de omhandlede dele af søgsmålene – er Femern Landanlæg, der som anført ovenfor i punkt 8 står for finansiering, anlæg og drift af de interne landanlæg, herunder de interne jernbanelandanlæg. Selv hvis det i modsætning til det, som Retten fastslog i de appellerede domme, antages, at markedet for drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen skal betragtes som åbent for konkurrence med hensyn til de interne jernbanelandanlæg ³², skal det konstateres, at appellanterne i deres egenskab af søtransportvirksomheder, der opererer over Femern Bælt, ikke har godtgjort at udføre aktiviteter på et marked, hvor Femern Landanlæg agerer, og derfor at være konkurrenter til sidstnævnte.

60. I denne henseende vil jeg fremhæve, at tilgangen i Domstolens praksis er ganske streng. Domstolen har nemlig haft lejlighed til at præcisere, at den blotte omstændighed, at en retsakt er egnet til at øve en vis indflydelse på de på det relevante marked herskende konkurrenceforhold, og at den berørte virksomhed på en eller anden måde konkurrerer med afgørelsens adressat, under alle omstændigheder ikke er tilstrækkeligt til, at den pågældende virksomhed kan betragtes som individuelt berørt af den pågældende afgørelse ³³.

61. Set ud fra dette perspektiv er hverken argumentet om, at de ved de omtvistede foranstaltninger ydede finansieringsmidler vil anvendes til at fjerne jernbaneanlgange, eller de ovenfor i punkt 57 nævnte argumenter om projektets integrerede karakter tilstrækkelige til at påvise, at der er et direkte konkurrenceforhold mellem appellanterne og modtageren af de omtvistede foranstaltninger, dvs. Femern Landanlæg.

62. Det fremgår af retspraksis, at den aktive deltagelse i den indledende undersøgelsesprocedure ikke udgør en nødvendig betingelse for at godtgøre, at en

³¹ – Denne retspraksis går tilbage til dom af 28.1.1986, Cofaz m.fl. mod Kommissionen (169/84, EU:C:1986:42, præmis 25). Jf. også dom af 17.9.2015, Mory m.fl. mod Kommissionen (C-33/14 P, EU:C:2015:609, præmis 97 og den deri nævnte retspraksis). For en nylig udtømmende gennemgang af denne retspraksis henvises til generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse i sagen Deutsche Lufthansa mod Kommissionen (C-453/19 P, EU:C:2020:862, punkt 39 ff.).

³² – I denne forbindelse henvises til punkt 101 ff. nedenfor.

³³ – Jf. bl.a. dom af 22.12.2008, British Aggregates mod Kommissionen (C-487/06 P, EU:C:2008:757, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

virksomhed er individuelt berørt i forhold til konkurrenten, men kun et »forhold, der er relevant« i denne henseende ³⁴.

63. Det følger af ovenstående betragtninger, at appellanterne efter min opfattelse ikke havde søgsmålskompetence til at anfægte berettigelsen af den del af den omtvistede afgørelse, der angår foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg.

64. For det andet skal det dog undersøges, om de havde søgsmålskompetence til at beskytte de processuelle rettigheder, der kan tilkomme dem i deres egenskab af »interesserede parter« ifølge den ovenfor i punkt 53 nævnte retspraksis.

65. I denne forbindelse vil jeg erindre om, at artikel 1, litra h), i forordning nr. 659/1999, der i det væsentlige gentager den i Domstolens praksis ³⁵ allerede udviklede definition, definerer begrebet »interesserede parter« som »alle [...] personer, virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder, hvis interesser måtte være berørt af den tildelte støtte, herunder navnlig støttemodtageren, konkurrerende virksomheder og erhvervsorganisationer«.

66. Ifølge fast retspraksis udelukker denne definition ikke, at en virksomhed, der ikke er en direkte konkurrent til modtageren af en støtte, kan betragtes som »interesseret part«, hvis den gør gældende, at dens interesser kan være påvirket af støttetildelingen ³⁶. Mens en konkurrerende virksomhed til en modtager af en støtteforanstaltning utvivlsomt er omfattet af »de interesserede parter« som omhandlet i artikel 108, stk. 2, TEUF ³⁷, kan en enhed, som ikke er konkurrent til støttemodtageren, betegnes som »interesseret part«, såfremt det kan godtgøres, at dens interesser kan være påvirket af støttetildelingen, hvilket kræver, at enheden ifølge retspraksis godtgør, at der er risiko for, at støtten har en konkret indvirkning på dens situation ³⁸.

67. Domstolen har eksempelvis således lagt til grund, at en virksomhed, der ikke er en direkte konkurrent til modtageren af en støtte, men som kræver den

³⁴ – Jf. analogt dom af 22.11.2007, Sniace mod Kommissionen (C-260/05 P, EU:C:2007:700, præmis 56 og 57), samt punkt 41 i generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse i sagen Deutsche Lufthansa mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 31.

³⁵ – Jf. dom af 2.4.1998, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France (C-367/95 P, EU:C:1998:154, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).

³⁶ – Jf. dom af 27.10.2011, Østrig mod Scheucher-Fleisch m.fl. (C-47/10 P, EU:C:2011:698, præmis 132 og den deri nævnte retspraksis).

³⁷ – Dom af 3.9.2020, Vereniging tot Behoud van Natuurmonumenten in Nederland m.fl. mod Kommissionen (C-817/18 P, EU:C:2020:637, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis).

³⁸ – Jf. bl.a. dom af 24.5.2011, Kommissionen mod Kronoply og Kronotex (C-83/09 P, EU:C:2011:341, præmis 65), og af 27.10.2011, Østrig mod Scheucher-Fleisch m.fl. (C-47/10 P, EU:C:2011:698, præmis 132). Jf. også generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse i sagen Vereniging tot Behoud van Natuurmonumenten in Nederland m.fl. mod Kommissionen (C-817/18 P, EU:C:2020:255, punkt 36 ff. med flere henvisninger til retspraksis).

samme råvare til sin fremstillingsproces, betragtes som interesseret part, hvis den gør gældende, at dens interesser kan være påvirket af støttetildelingen, og i tilstrækkelig grad godtgør, at der er risiko for, at støtten har en konkret indvirkning på dens situation ³⁹.

68. Med hensyn til det foreliggende tilfælde mener jeg, at selv om appellanterne med de ovenfor i punkt 57 nævnte argumenter ikke har godtgjort at stå i et direkte konkurrenceforhold til Femern Landanlæg, er disse argumenter alligevel tilstrækkelige til at påvise, både at appellanternes interesser kan være berørt af foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg, og at disse foranstaltninger har en konkret indvirkning på deres situation. Disse argumenter begrundes derfor efter min opfattelse, at appellanterne skal betragtes som interesserede parter.

69. Det følger efter min opfattelse af ovenstående betragtninger, at appellanterne i deres egenskab af interesserede parter havde søgsmålskompetence til at anfægte den del af den omtvistede afgørelse, der angår foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg, når appellanterne med søgsmålet søgte at beskytte de proceduremæssige rettigheder, der tilkommer dem ifølge bestemmelsen i artikel 108, stk. 2, TEUF. Derimod savnede de søgsmålskompetence til at anfægte denne del af den omtvistede afgørelse. Som jeg vil uddybe i det følgende, vil jeg tage højde for disse konstateringer i bedømmelsen af hovedappellerne.

B. De første to anbringender i hovedappellerne

1. Indledende bemærkninger

70. Inden for rammerne af de første to anbringender i hovedappellerne har appellanterne – understøttet af NABU, FSS, Rederi, Trelleborg og Aktionsbündnis – gjort gældende, at de appellerede domme er behæftet med retlige fejl, for så vidt som Retten i strid med artikel 107, stk. 1, TEUF og artikel 108, stk. 2, TEUF konkluderede, at Kommissionen ikke begik fejl og ikke oplevede alvorlige vanskeligheder, da den fastslog, at foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg hverken kan fordreje konkurrencen eller påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, og at disse foranstaltninger derfor ikke udgør statsstøtte.

71. Indledningsvis skal det for det første fremhæves, at det fremgår af fast retspraksis, at det med henblik på en national foranstaltnings kvalificering som »statsstøtte« ikke skal godtgøres, at den pågældende støtte reelt påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne og faktisk fordrejer konkurrencen, men

³⁹ – Jf. dom af 24.5.2011, Kommissionen mod Kronoply og Kronotex (C-83/09 P, EU:C:2011:341, præmis 64 og 65).

alene undersøges, om støtten kan påvirke denne samhandel og fordreje konkurrencen ⁴⁰.

72. For det andet fremgår det af den ovenfor i punkt 49-69 udførte undersøgelse, at appellanterne kun havde søgsmålskompetence til at anfægte den del af den omtvistede afgørelse, der angår foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg, når appellanterne med søgsmålet søgte at beskytte de proceduremæssige rettigheder, der tilkommer dem ifølge bestemmelsen i artikel 108, stk. 2, TEUF, og derimod ikke til at anfægte berettigelsen af denne del af den omtvistede afgørelse.

73. Som det fremgår ovenfor i punkt 55, tog Retten i det foreliggende tilfælde imidlertid ikke stilling til formaliteten vedrørende søgsmålene og foretog en samlet prøvelse af anbringenderne om dels tilsidesættelse af de processuelle rettigheder, dels berettigelsen af den omhandlede del af den omtvistede afgørelse. Det følger af denne beslutning fra Rettens side, at appellanterne i deres appeller har anfægtet analysen vedrørende begge aspekter.

74. Ifølge retspraksis, når en sagsøger har nedlagt påstand om annullation af en afgørelse om ikke at gøre indsigelse, kritiserer sagsøgeren således i det væsentlige, at Kommissionens afgørelse vedrørende den pågældende støtte er blevet vedtaget, uden at Kommissionen har indledt den formelle undersøgelsesprocedure, hvorved den har tilsidesat sagsøgerens processuelle rettigheder. Sagsøgeren kan for at få taget sin påstand om annullation til følge påberåbe sig ethvert anbringende, der kan godtgøre, at vurderingen af de oplysninger, Kommissionen råder over, under den foreløbige undersøgelse af den anmeldte foranstaltning burde have rejst tvivl med hensyn til dens kvalificering som støtte og forenelighed med det indre marked. Anvendelsen af sådanne argumenter kan dog ikke bevirke en ændring af sagsgenstanden eller betingelserne for at antage søgsmålet til realitetsbehandling. Den omstændighed, at der foreligger tvivl med hensyn til foranstaltningens kvalificering og forenelighed, er derimod netop det bevis, som kræves ført for at godtgøre, at Kommissionen var forpligtet til at indlede den formelle undersøgelsesprocedure i henhold til artikel 108, stk. 2, TEUF ⁴¹.

75. Domstolen har endvidere afklaret, at lovligheden af en afgørelse om ikke at gøre indsigelse afhænger af, om vurderingen af de oplysninger, Kommissionen rådede over, under den foreløbige undersøgelse af den anmeldte foranstaltning objektivt set burde have rejst tvivl med hensyn til denne foranstaltnings forenelighed med det indre marked, eftersom en sådan tvivl skal føre til, at der indledes en formel undersøgelsesprocedure, hvori de interesserede parter som

⁴⁰ – Jf. bl.a. dom af 27.6.2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, præmis 78 og den deri nævnte retspraksis).

⁴¹ – Jf. i denne retning dom af 3.9.2020, Vereniging tot Behoud van Natuurmonumenten in Nederland m.fl. mod Kommissionen (C-817/18 P, EU:C:2020:637, præmis 81 og den deri nævnte retspraksis).

omhandlet i forordningens artikel 1, litra h), kan deltage. De samme principper gælder, når Kommissionen nærer tvivl om, hvorvidt den undersøgte foranstaltning er støtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF ⁴².

76. Da kriteriet alvorlige vanskeligheder har en objektiv karakter, skal sådanne vanskeligheders eksistens ifølge retspraksis undersøges med udgangspunkt ikke blot i omstændighederne ved vedtagelsen af Kommissionens afgørelse efter den indledende undersøgelsesprocedure, men ligeledes i de vurderinger, som Kommissionen har lagt til grund ⁴³.

77. På denne baggrund skal de første to anbringender i hovedappellerne, hvormed appellerne bl.a. har påberåbt sig Rettens retlige fejl i form af tilsidesættelse af de processuelle rettigheder, som appellerne har ifølge artikel 108, stk. 2, TEUF, i lyset af konstateringen ovenfor i punkt 69 og 72 udelukkende undersøges ud fra dette aspekt. Anbringender rettet mod Rettens vurdering af, om den omhandlede del af den omtvistede afgørelse er velbegrundet, skal derimod afvises. Ifølge den ovenfor i punkt 74-76 nævnte retspraksis kan og skal Rettens bedømmelse af de vurderinger, som Kommissionen lagde til grund i den omtvistede afgørelse, derimod i øvrigt undersøges med henblik på at fastlægge, om det på grundlag af disse vurderinger med rette kunne konstateres, at der ikke forelå alvorlige vanskeligheder med hensyn til spørgsmålet om de vurderede foranstaltningers kvalifikation som støtte i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF.

2. Det første anbringende i hovedappellerne om Rettens retlige fejl ved bedømmelsen af, om foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg kan fordreje konkurrencen

78. Appellanternes første anbringende er rettet mod den første appellerede doms præmis 87-127 og den anden appellerede doms præmis 62-102 og opdelt i fire underanbringender, der svarer til fire retlige fejl, som Retten angiveligt begik.

a) Det første underanbringende i det første anbringende i hovedappellerne om projektets integrerede karakter

1) Sammenfatning af parternes argumenter

79. Ved det første underanbringende i det første anbringende i hovedappellerne har appellerne og de parter, der er interveneret til støtte for deres påstande, bestridt den del af de appellerede domme ⁴⁴, hvor Retten forkastede deres

⁴² – Dom af 21.12.2016, Club Hotel Loutraki m.fl. mod Kommissionen (C-131/15 P, EU:C:2016:989, præmis 32 og 33 og den deri nævnte retspraksis).

⁴³ – Dom af 21.12.2016, Club Hotel Loutraki m.fl. mod Kommissionen (C-131/15 P, EU:C:2016:989, præmis 31).

⁴⁴ – Den første appellerede doms præmis 87-93 og den anden appellerede doms præmis 62-68.

argument om, at eftersom den faste forbindelse og de interne landanlæg udgør et integreret projekt, og eftersom foranstaltningerne til fordel for Femern med hensyn til den faste forbindelse efter Kommissionens opfattelse kan fordreje konkurrencen, skal også foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg med hensyn til de interne jernbanelandanlæg anses for at kunne fordreje konkurrencen.

80. Ved at basere sig på dom af 16. maj 2013, Kommissionen mod Ryanair (C-615/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:310)⁴⁵, har appelleranterne gjort gældende, at Rettens ræsonnement, ifølge hvilket Femern Landanlægs aktiviteter er afgrænset til forvaltning af de interne landanlæg og ikke omfatter levering af transportydelser på Femern Bælt, er baseret på en forkert retlig kvalificering af de faktiske omstændigheder. Det følger faktisk af projektets karakter og målsætninger, at den faste forbindelse og de interne landanlæg henhører under et integreret projekt, og at de interne landanlæg etableres med henblik på at levere transportydelser på Femern Bælt. Ud fra et finansielt synspunkt forekommer det ubestridt, at afgifterne fra brugerne af den faste forbindelse også vil dække udgifterne til de interne landanlæg, fordi Femern skal udbetale udbytte til Femern Landanlæg. På det praktiske plan afhænger den faste forbindelse af de interne landanlæg, og uden disse ville Femern ikke være i stand til at levere transportydelser. De interne landanlæg ville for deres del ikke eksistere, hvis den faste forbindelse ikke fandtes. De ydede foranstaltninger vedrørende de interne landanlæg er derfor nødvendige for den faste forbindelse. Heraf kan udledes, at såfremt foranstaltningerne til fordel for Femern kan fordreje konkurrencen, kan også foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg gøre dette. Endvidere begik Retten en åbenbar fejl, da den konkluderede, at de to støtteforanstaltninger har forskellige formål⁴⁶. Begge tjener nemlig formålet om at sætte Femern i stand til at levere transportydelser på Femern Bælt.

81. NABU, FSS og Aktionsbündnis har tilføjet, at det ville være retsstridigt at foretage en kunstig opdeling af et samlet projekt med henblik på at hindre en sammenhængende vurdering af dets karakter af statsstøtte. NABU har også fremhævet, at den faste forbindelse og de interne landanlæg skal betragtes som et samlet projekt ikke alene henset til deres økonomiske særpræg, men også til deres miljømæssige aspekter. Ifølge Rederi og Aktionsbündnis udgør de interne jernbanelandanlæg en væsentlig infrastruktur, som sikrer jernbanetransporten over Femern Bælt, og deres etablering bidrager til at forstærke Femerns konkurrenceevne. Det følger heraf, at det er tydeligt, at foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg har indflydelse på markedet for transportydelser på Femern Bælt.

82. Kommissionen har gjort gældende, at klagepunkterne inden for rammerne af det første underanbringende i det første anbringende i hovedappellerne skal afvises, fordi appelleranterne i strid med bestemmelserne i procesreglementets

⁴⁵ – Appelleranterne har henvist til denne doms præmis 32.

⁴⁶ – Jf. den første appellerede doms præmis 88 og den anden appellerede doms præmis 63.

artikel 169, stk. 2, ikke har angivet de præmisser i de appellerede domme, der indeholder Rettens fejlagtige konklusioner. I øvrigt har Kommissionen bestridt realiteten i de argumenter, som er fremsat af appellanterne og de parter, der er interveneret til støtte for deres påstande.

83. Kongeriget Danmark har gjort gældende, at ovennævnte klagepunkter skal afvises, fordi de dels blot gentager et anbringende, som Retten allerede har forkastet, dels på ny rejser faktiske spørgsmål, som er blevet prøvet af Retten, uden at appellanterne har påberåbt sig en urigtig gengivelse af de respektive faktiske omstændigheder. I øvrigt har Kongeriget Danmark bestridt realiteten med hensyn til de argumenter, som er fremsat af appellanterne og de parter, der er interveneret til støtte for deres påstande.

2) *Bedømmelse*

84. Ved det første underanbringende i det første anbringende i hovedappellerne har appellanterne kritiseret Retten for i de appellerede domme at have forkastet deres argument om projektets integrerede karakter. For Retten gjorde appellanterne nærmere bestemt gældende, at henset til denne integrerede karakter, bevirker konstateringen af, at foranstaltningerne til fordel for Femern med hensyn til den faste forbindelse kan fordreje konkurrencen, ved en form for »afsmittende effekt«⁴⁷, at også foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg med hensyn til de interne jernbanelandanlæg kan fordreje konkurrencen, især i relation til transportdelser på Femern Bælt.

85. I denne forbindelse skal det påpeges, at Retten i de appellerede domme efter prøvelse af dette argument fandt, at det ikke kan konkluderes, at foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg med hensyn til de interne jernbanelandanlæg udgør statsstøtte, alene fordi de blev vedtaget inden for rammerne af det samme projekt, hvorefter Femern ville ydes foranstaltninger med hensyn til den faste forbindelse, og fordi de sidstnævnte blev kvalificeret som statsstøtte. Faktisk lagde Retten til grund, at disse to støtteforanstaltninger ganske vist angår det samme projekt, men har forskellige formål og modtagere⁴⁸.

86. Indledningsvis er det nødvendigt at undersøge de argumenter, hvormed Kommissionen og Kongeriget Danmark har rejst tvivl om formaliteten vedrørende klagepunkterne i det omhandlede underanbringende, nærmere bestemt, at appellanterne ikke har angivet de relevante præmisser i de appellerede domme og blot har gentaget anbringender, som Retten allerede har forkastet.

87. I denne henseende deler jeg ikke Kommissionens synspunkt om, at kravene i procesreglementets artikel 169, stk. 2, ikke er opfyldt. I det første underanbringende i det første anbringende i hovedappellerne har appellanterne

⁴⁷ – Kongeriget Danmark har anvendt dette udtryk i sit indlæg.

⁴⁸ – Jf. bl.a. den første appellerede doms præmis 88 og den anden appellerede doms præmis 63.

nemlig udtrykkeligt angivet de præmisser i de appellerede domme, som de har bestridt med deres argumenter ⁴⁹, og der hersker ikke tvivl om, at disse argumenter sætter spørgsmålstejn ved Rettens ræsonnement i de omhandlede præmisser.

88. Endvidere skal det påpeges, at ifølge fast retspraksis skal et anbringende, som udgør en simpel gentagelse af de anbringender og argumenter, der allerede er blevet fremført for Retten, ganske vist afvises ⁵⁰, men i det omhandlede underanbringende har appellanterne i modsætning til, hvad Kongeriget Danmark har gjort gældende, ikke begrænset sig til blot at genfremsætte et argument, som var fremført i første instans, men bestridt både det ræsonnement, på baggrund af hvilket Retten forkastede dette argument i de appellerede domme, og Rettens anvendelse af EU-retten. I denne sammenhæng vil jeg erindre om, at retsspørgsmål, der er blevet behandlet i første instans, ifølge Domstolens faste praksis kan diskuteres på ny under en appelsag, fordi appelproceduren blive berøvet en del af sin betydning, hvis en part ikke kunne basere sin appel på anbringender og argumenter, som allerede havde været fremført for Retten ⁵¹.

89. Med hensyn til realiteten har appellanterne gjort gældende, at Rettens ræsonnement i de appellerede domme er baseret på en forkert retlig kvalificering af de faktiske omstændigheder for så vidt angår omfanget af Femern Landanlægs aktiviteter.

90. I denne henseende mener jeg for det første, at henvisningen til præmis 32 i dom af 16. maj 2013, Kommissionen mod Ryanair (C-615/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:310), ikke er relevant, fordi den vedrører lovbestemmelser uden betydning for de foreliggende sager og indeholder konstateringen af, at Retten ikke begik fejl ved den retlige kvalificering af et brev. Under alle omstændigheder kan denne henvisning på ingen måde støtte appellanternes argumentation.

91. For så vidt som de argumenter, der er blevet fremført inden for rammerne af appellanternes klagepunkt, skal anses for at være rettet mod Rettens konstatering af, at Femern Landanlægs aktiviteter er afgrænset til markedet for drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen i relation til de interne jernbanelandanlæg og ikke omfatter levering af transportydelser på Femern Bælt – selv hvis det antages, at Retten baserede sig på en sådan konstatering, hvilket efter min opfattelse ikke fremgår af de anfægtede præmisser i de appellerede domme – mener jeg for det andet, at dette klagepunkt skal afvises. Med dette klagepunkt har appellanterne i det væsentlige anmodet Domstolen om at genoverveje Rettens konstateringer og vurderinger af faktiske omstændigheder – i særdeleshed hvad angår omfanget af Femern Landanlægs aktiviteter – dog uden at påberåbe sig en

⁴⁹ – Jf. fodnote 44 ovenfor.

⁵⁰ – Jf. bl.a. kendelse af 3.9.2019, ND og OE mod Kommissionen (C-317/19 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2019:688, præmis 27 og 28 og den deri nævnte retspraksis).

⁵¹ – Dom af 21.12.2016, Club Hotel Loutraki m.fl. mod Kommissionen (C-131/15 P, EU:C:2016:989, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis).

indholdsmæssig urigtighed af de faktiske omstændigheder, der følger af sagsakterne, eller en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, og som det fremgår af fast retspraksis, er dette ikke tilladt i en appelsag ⁵².

92. I øvrigt kan appellanternes argumenter om projektets integrerede karakter og om, at formålene med foranstaltningerne til fordel for Femern og Femern Landanlæg er identiske, ikke støtte udsagnet om, at Retten baserede sig på en forkert retlig kvalificering af de faktiske omstændigheder for så vidt angår omfanget af Femern Landanlægs aktiviteter. Det kan nemlig på ingen måde udledes af projektets integrerede karakter på det finansielle eller praktiske plan, eller af, at formålene med foranstaltningerne til fordel for Femern og Femern Landanlæg eventuelt er identiske, at den sidstnævnte virksomheds aktiviteter inkluderer levering af transportydelser på Femern Bælt.

93. For det tredje, selv hvis det ved en lidt anstrengt fortolkning antages, at appellanternes klagepunkt i det ovennævnte første underanbringende skal opfattes således, at de har påberåbt sig, at Retten begik en retlig fejl, da den ikke anerkendte den »afsmittende effekt« som følge af projektets integrerede karakter, og derfor fejlagtigt undlod at konstatere, at eftersom foranstaltningerne til fordel for Femern kan fordreje konkurrencen på markedet for transportydelser på Femern Bælt, kan også foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg gøre dette, kan dette klagepunkt efter min opfattelse ikke tiltrædes.

94. Som det fremgår af punkt 85 ovenfor, prøvede Retten i de appellerede domme reelt dette argument, uden efter min opfattelse at begå retlige fejl, i den forstand, at foranstaltningerne til fordel for Femern og Femern Landanlæg ganske vist angår det samme projekt, men udgør to adskilte støtteforanstaltninger, der har forskellige modtagere, genstande og formål, hvorfor kvalificeringen af en af disse som støtte ikke automatisk – eller med Rettens ord »alene af denne grund« – kan føre til, at den anden også betragtes som støtte.

95. I denne sammenhæng skal det fremhæves, at appellanterne ikke har anfægtet den omstændighed, at Kommissionen og følgelig Retten behandlede foranstaltningerne som to adskilte støtteforanstaltninger, selv om de vedrører et samlet projekt. I hverken stævningen for Retten eller appelskriftet for Domstolen har de gjort gældende, at de omtvistede foranstaltninger burde være blevet prøvet samlet, eller at de har givet anledning til en samlet støtteforanstaltning, som derfor skulle være genstand for samlet undersøgelse. De har heller ikke bestridt Rettens konstatering af, at modtagerne, selv om det er fastlagt, at de er knyttet til hinanden, er adskilte personer ⁵³.

⁵² – Jf. senest bl.a. dom af 9.12.2020, *Groupe Canal + mod Kommissionen* (C-132/19 P, EU:C:2020:1007, præmis 68 og den deri nævnte retspraksis). Jf. i denne henseende også punkt 122 nedenfor.

⁵³ – Da ingen af disse aspekter blev anfægtet, kunne de ikke være genstand for Rettens prøvelse, og i endnu mindre grad kan de nu efterprøves af Domstolen inden for rammerne af en appel.

96. Kun FSS, og på mindre eksplicit vis NABU, har i deres interventionsindlæg for Domstolen gjort gældende, at projektet burde være blevet undersøgt i sin helhed uden at være kunstigt opdelt i to. Det skal imidlertid påpeges, at ingen af disse to intervenienter fremsatte et sådant argument for Retten. Endvidere påberåbte hverken appellanterne eller intervenienterne sig på tydelig og eksplicit vis for Retten en angivelig fejl som følge af manglende hensyntagen til den indvirkning på konkurrencen på markedet for transportydelser på Femern Bælt, som foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg ville have i sig selv ⁵⁴.

97. I denne sammenhæng skal det påpeges, at Domstolens kompetence i henhold til fast praksis i princippet er begrænset til at tage stilling til den retlige afgørelse, der er blevet truffet vedrørende de anbringender, som er blevet behandlet i første instans ⁵⁵. Retten kan således ikke kritiseres for at have begået en retlig fejl, da den ikke tog højde for anbringender, som parterne ikke fremsatte for den. Nye anbringender, som ikke blev fremført for Retten, og derimod fremsættes i forbindelse med appel, skal derfor afvises ⁵⁶.

98. For Retten påberåbte appellanterne sig projektets integrerede karakter udelukkende for at underbygge deres argument om en form for »afsmittende effekt«, dvs. den omstændighed, at eftersom foranstaltningerne til fordel for Femern kan påvirke konkurrencen på markedet for transportydelser på Femern Bælt, kan også foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg, der er adskilte, men vedtaget inden for rammerne af det samme projekt, have en sådan virkning ⁵⁷.

⁵⁴ – Appellanterne har heller ikke fremsat dette argument for Domstolen. Kun i deres svar på Kommissionens kontraappeller har de gjort gældende, simpelthen med henblik på at understøtte deres argumenter vedrørende formaliteten, at »ibrugtagning af de interne jernbanelandanlæg over indflydelse på markedet for transportydelser på Femern Bælt«. Visse intervenienter – herunder Rederi, der i retsmødet har henvist til dom af 28.7.2011, Mediaset mod Kommissionen (C-403/10 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2011:533) – har gjort gældende for Domstolen, at foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg fordrejer konkurrencen på det »beslægtede« markedet for transportydelser på Femern Bælt, fordi de forstærker Femerns stilling eller forøger efterspørgslen på dette marked. Imidlertid skal det konstateres, at disse argumenter ikke blev fremsat for Retten og derfor udgør nye anbringender, som i henhold til den i punkt 97 nævnte retspraksis skal afvises i en appelsag. Det samme gælder med hensyn til argumentet om, at de interne jernbanelandanlæg udgør en væsentlig infrastruktur til at sikre jernbanetransport over Femern Bælt. I denne sammenhæng vil jeg understrege, at appellanterne ikke blot har undladt at gøre gældende, at foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg begunstiger Femerns konkurrencestilling, men – derimod, som det fremgår af sagsakterne i første instans – ikke engang har bestridt Kommissionens argument om, at de omtvistede foranstaltninger alene begunstiger Banedanmark og Femern Landanlæg, og ikke Femern. I denne forbindelse henvises især til punkt 8 i replikkerne for Retten.

⁵⁵ – I denne forbindelse henvises til bl.a. dom af 28.11.2019, Brugg Kabel og Kabelwerke Brugg mod Kommissionen (C-591/18 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2019:1026, præmis 70 og den deri nævnte retspraksis), og af 11.12.2008, Kommissionen mod Département du Loiret (C-295/07 P, EU:C:2008:707, præmis 95 og den deri nævnte retspraksis).

⁵⁶ – Jf. bl.a. dom af 28.11.2019, Brugg Kabel og Kabelwerke Brugg mod Kommissionen (C-591/18 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2019:1026, præmis 70 og den deri nævnte retspraksis).

⁵⁷ – Jf. punkt 38 og 39 i stævningerne og punkt 7 i replikkerne for Retten.

Som anført ovenfor i punkt 94 tog Retten stilling til dette argument uden efter min opfattelse at begå nogen retlig fejl. Således kan det ikke alene af den omstændighed, at to adskilte foranstaltninger med forskellige modtagere og genstande⁵⁸ vedtages inden for rammerne af det samme projekt, og at den ene af dem udgør statsstøtte, automatisk udledes, at begge udgør statsstøtte.

99. For så vidt angår appellanternes argumenter om formålene med projektet og de inden for denne ramme til Femern og Femern Landanlæg ydede foranstaltninger vil jeg tilføje – for fuldstændighedens skyld og uden at ville tage stilling til faktiske spørgsmål, som ikke er omfattet af Domstolens kompetence i appelsager – at der ganske vist ikke hersker tvivl om, at formålet med projektet samlet set er at skabe bedre vilkår for passager- og godstransport mellem de nordiske lande og Centraleuropa⁵⁹, men at det ikke er bestridt, sådan som Kongeriget Danmark har gjort gældende, at de interne jernbanelandanlæg vil blive benyttet til regional jernbanetransport uafhængigt af brugen af den faste forbindelse. Heraf følger, at formålet med foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg, selv om det i et vist omfang sammenfalder med formålet med foranstaltningerne til fordel for Femern, for så vidt som etableringen af de interne landanlæg vil gøre det muligt at benytte den faste forbindelse, dog har særegne karakteristika. På denne baggrund kan det konkluderes, at Retten ikke begik fejl, da den fastslog, at foranstaltningerne har forskellige formål.

100. Henset til samtlige ovenstående betragtninger mener jeg, at det første underanbringende i det første anbringende i hovedappellerne skal forkastes.

b) Det andet og det tredje underanbringende i det første anbringende i hovedappellerne om de lege og de facto åbning for konkurrence på markedet for drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen i Danmark

1) Sammenfatning af parternes argumenter

101. Ved det andet og det tredje underanbringende i hovedappellerne har appellanterne og de parter, der er interveneret til støtte for deres påstande, bestridt de dele af de appellerede domme, hvor Retten forkastede de klagepunkter, hvori de havde gjort gældende, at Kommissionen fejlagtigt konkluderede, at der i Danmark ikke er nogen konkurrence »på« og »om« markedet for det nationale jernbanenet. Ifølge appellanterne er markedet for drift og forvaltning af

⁵⁸ – I denne henseende er det ikke bestridt, at de to støtteforanstaltninger har forskellige genstande, dvs. på den ene side finansiering, anlæg og drift af den faste forbindelse med hensyn til foranstaltningerne til fordel for Femern og på den anden side finansiering, anlæg og drift af de interne landanlæg hvad angår foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg.

⁵⁹ – Jf. sjette betragtning til den omtvistede afgørelse.

jernbaneinfrastrukturen i Danmark derimod de lege og de facto åbent for konkurrence⁶⁰.

102. Inden for rammerne af det andet underanbringende i det første anbringende i hovedappellerne har appellanterne gjort gældende, at Retten fejlagtigt fandt, at den omstændighed, at enhver virksomhed på visse betingelser ifølge den danske jernbanelov af 2010⁶¹ kan få tilladelse til at drive, forvalte og vedligeholde en jernbaneinfrastruktur i Danmark, ikke bevirker, at markedet for drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen er åbent for konkurrence⁶². Appellanterne hævder, at muligheden for at få denne tilladelse viser, at markedet for drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen i Danmark er de lege åbent for konkurrence, i det mindste hvad angår konkurrence »om« markedet. Den afgørende faktor i denne sammenhæng er, hvorvidt en virksomhed kan etablere sin infrastruktur og forvalte den i eget regi eller kan levere ydelser på eksisterende infrastrukturer, herunder den statslige.

103. Denne tilgang er på linje med Kommissionens synspunkt, ifølge hvilket markedet for drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen kun kan betragtes som lukket for konkurrence i EU-retlig forstand, hvis disse aktiviteter er omfattet af et lovbeskyttet monopol, der ikke alene udelukker konkurrence »på« markedet, men også »om« markedet⁶³.

104. Dette er dog ikke tilfældet i Danmark. Ingen virksomhed har i Danmark eneret til eller lovbeskyttet monopol på drift eller forvaltning af jernbaneinfrastrukturen. Derimod fastsætter den danske jernbanelov af 2010 udtrykkeligt, at enhver virksomhed i henhold til det ovennævnte tilladelsessystem kan beskæftige sig med drift og forvaltning af jernbanenet, forudsat at visse sikkerhedsbetingelser er opfyldt. Dette tilladelsessystem sikrer først og fremmest, at konkurrerende virksomheder kan konkurrere i eget navn, fordi de selv kan opnå naturlige monopoler ved at etablere infrastrukturen. En anden virksomhed end Femern Landanlæg kunne således være blevet udvalgt til at modtage finansiering for at etablere de interne jernbanelandanlæg. Endvidere viser dette system, at konkurrerende virksomheder kan agere på andres naturlige monopoler. Dette kan

⁶⁰ – Jf. den første appellerede doms præmis 108-116 og 117-120 samt den anden appellerede doms præmis 83-91 og 92-95. I deres appelskrifter har appellanterne også bestridt den første appellerede doms præmis 96 og den anden appellerede doms præmis 69 og 70, hvor Retten konkluderede, at de interne jernbanelandanlæg udgør en del af det nationale jernbanenet, men appellanterne har ikke udviklet specifikke argumenter herom. Jf. i denne forbindelse punkt 132 nedenfor.

⁶¹ – Bekendtgørelse nr. 1249 af 11.11.2010 af lov om jernbane (herefter »den danske jernbanelov af 2010«).

⁶² – Den første appellerede doms præmis 108 ff. og den anden appellerede doms præmis 83 ff.

⁶³ – Appellanterne har henvist til Kommissionens dokument med overskriften »Infrastructure Analytical Grid for Railway, Metro and Local Transport Infrastructure« (tilgængeligt på webstedet https://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/grid_rail_metro_en.pdf).

eksempelvis være tilfældet, hvis Femern Landanlæg eller Banedanmark udliciterer anlæg og forvaltning af infrastrukturen for de interne jernbanelandanlæg.

105. I øvrigt fremgår det af dom af 19. december 2019, Arriva Italia m.fl. (C-385/18, EU:C:2019:1121, herefter »Arriva Italia-dommen«), og af 29. juli 2019, Azienda Napoletana Mobilità (C-659/17, EU:C:2019:633, herefter »dommen i sagen Azienda Napoletana Mobilità«), at direkte tildeling af enerettigheder ifølge Domstolen netop ikke udelukker konkurrence om markedet, når staten ikke er afskåret fra at afholde udbudsprocedurer vedrørende drift og forvaltning af jernbanenet.

106. På tilsvarende måde som i andre økonomiske sektorer, der forudsætter brug af en netinfrastruktur, eksempelvis telekommunikation, elektricitet eller gas, hvor markederne er åbne for konkurrence i den forstand, at operatører kan tilbyde deres ydelser på dele af netinfrastrukturene, skal markedet for forvaltning af jernbaneinfrastrukturen i Danmark betragtes som åbent for konkurrence i EU-retlig forstand, fordi den danske ordning om forvaltning af jernbaneinfrastrukturen fastsætter betingelserne for drift og forvaltning af de eksisterende jernbanenet (herunder det statslige), i det mindste hvad angår konkurrence »om« markedet.

107. Af de samme grunde konkluderede Retten fejlagtigt, at de andre virksomheder end Banedanmark, som har opnået de ovennævnte tilladelser, opererer på lokale dele af jernbanenettet, der udgør naturlige monopoler⁶⁴. Endvidere er argumentationen i de appellerede domme om, at operatører fra andre medlemsstater har fået tilladelse⁶⁵, og at der ikke er pligt til at liberalisere jernbanesektoren⁶⁶, ikke relevant, idet markedet på baggrund af det danske tilladelsessystem skal anses for åbent og liberaliseret.

108. Inden for rammerne af det tredje underanbringende i det første anbringende i hovedappellerne har appellanterne gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl, da den fandt, at markedet for drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen i Danmark ikke er de facto åbent for konkurrence. I sit ræsonnement tog Retten således ikke højde for det grundlæggende aspekt, at når der ikke findes et lovbeskyttet monopol, og når enhver virksomhed på grundlag af et tilladelsessystem derimod kan forvalte en jernbaneinfrastruktur, er det irrelevant, hvor denne infrastruktur er beliggende, eller hvem der ejer den. Eksistensen af konkurrenter på visse dele af jernbanenettet, som de appellerede domme konstaterer, er det ultimative bevis på, at markedet også de facto er åbent for konkurrence. Den omstændighed, at visse netejere kan vælge at forvalte dele af nettet i eget regi, ændrer ikke ved, at markedet er åbent for konkurrence, netop fordi virksomhederne kan konkurrere om at blive indehavere af et naturligt monopol ved selv at etablere nettet.

⁶⁴ – Den første appellerede doms præmis 112 og den anden appellerede doms præmis 87.

⁶⁵ – Den første appellerede doms præmis 113 og den anden appellerede doms præmis 88.

⁶⁶ – Den første appellerede doms præmis 111 og den anden appellerede doms præmis 86.

109. Afslutningsvis har appellanterne, i denne henseende understøttet af visse af de parter, der er interveneret til støtte for deres påstande, gjort gældende, at selv hvis det konkluderes, at foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg ikke kan fordreje konkurrencen på markedet for drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen, hersker der under ingen omstændigheder tvivl om, at disse foranstaltninger fordrejer konkurrencen på markederne i forudgående (markedet for levering af materialer til etablering af jernbaneinfrastrukturer) og efterfølgende led (markederne for levering af jernbanetransporttydelser i Danmark).

110. NABU, FSS, Rederi, Trelleborg og Aktionsbündnis har fremsat lignende argumenter som appellanterne.

111. Nærmere bestemt har NABU gjort gældende, at for at et marked kan kvalificeres som lukket for konkurrence i EU-retlig forstand, skal der findes et lovbestemt forbud mod, at en hvilken som helst anden operatør kan konkurrere på det pågældende marked, og tilføjet, at et sådant forbud ikke eksisterer i Danmark. I samme retning har Rederi, Aktionsbündnis og Trelleborg fremhævet, at ifølge Kommissionen er der kun tale om et lovbeskyttet monopol, hvis en bestemt tjenesteydelse ved lov eller gennem regulerende foranstaltninger er reserveret til en eneudbyder med et klart forbud mod, at andre aktører leverer denne tjenesteydelse⁶⁷. Rederi og Aktionsbündnis har gjort gældende, at Banedanmarks ret til at drive og forvalte jernbaneinfrastrukturer ikke udgør en eneret i den konkrete situation, hvilket bekræftes af, at andre jernbaneoperatører, både indenlandske og udenlandske, har fået tilladelse til at forvalte jernbaneinfrastrukturer, og at der ikke findes et lovbestemt forbud mod at forvalte jernbaneinfrastrukturer i Danmark. Rederi har tilføjet, at selv hvis, quod non, der var tale om en eneret, udelukker dansk ret på ingen måde konkurrence »om« markedet, fordi enhver virksomhed med tilladelse i Danmark kan deltage i udbudsprocedurer og konkurrere om drift og forvaltning af såvel offentlige som private jernbaneinfrastrukturer.

112. Rederi og Trelleborg har desuden gjort gældende, at Rettens konklusion om, at eksistensen af private operatører på net ejet af lokale enheder ikke viser, at der hersker konkurrence, er ensbetydende med at hævde, at markedet kun kan være åbent for konkurrence, hvis virksomhederne opererer under konkurrenceforhold på de statslige jernbaneinfrastrukturer. Dette er imidlertid ikke sandt, henset til, at de omhandlede infrastrukturer ikke ejes af staten, men af Femern Landanlæg, og at den statsejede del af jernbanenettet er fuldstændigt integreret med de kommunale og private. Både Rederi og Trelleborg er endvidere af den opfattelse, at Retten ikke tog højde for den potentielle konkurrence.

⁶⁷ – Rederi, Trelleborg og Aktionsbündnis har henvist til punkt 11 i det ovenfor i fodnote 63 nævnte dokument, der kun findes på engelsk, samt til fodnote [2]72 i punkt 188, litra a), i Kommissionens meddelelse om begrebet statsstøtte i artikel 107, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (EUT 2016, C 262, s. 1, herefter »meddelelsen om begrebet statsstøtte«).

113. I retsmødet har Rederi gjort gældende, at selv om den danske lov tildeler en operatør (Banedanmark) forvaltningen af en del af jernbaneinfrastrukturen, kan det ikke antages, at markedet for drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturer i Danmark er omfattet af et monopol. Først og fremmest fremgår det af retspraksis, at et monopol, der kun omfatter en del af markedet, ikke er tilstrækkeligt til at udelukke konkurrencefordrejning⁶⁸, og endvidere kan flere virksomheder i Danmark tilbyde og tilbyder de facto disse ydelser på markedet. I denne forbindelse har Trelleborg tilføjet, at det på grundlag af jernbanenettens integrerede karakter er tilstrækkeligt, at kun en del af nettet er åben for konkurrence, for at hele nettet skal betragtes som åbent for konkurrence.

114. FSS har gjort gældende, at muligheden for at få tilladelse, som enhver indenlandsk eller udenlandsk operatør kan benytte sig af, automatisk bevirker eksistensen af en konkurrence »om« markedet, fordi enhver interesseret operatør i retlig henseende ville have kunnet få tilladelse til at drive og forvalte de interne jernbanelandanlæg og modtage de respektive finansieringsforanstaltninger. Selv hvis de enkelte jernbaneinfrastrukturer har træk af et naturligt monopol, er dette ikke ensbetydende med, at infrastrukturoperatørerne ikke kan konkurrere »om« markedet. FSS har tilføjet, at finansieringen af de interne jernbanelandanlæg vil få en større indflydelse på jernbanetransportens konkurrenceevne til ugunst for andre transportmåder såsom vejtransport, luftfart eller søtransport.

115. Kommissionen har indledningsvis gjort gældende, at klagepunkterne inden for rammerne af det andet underanbringende i det første anbringende i hovedappellerne skal afvises. De appellerede domme indeholder nemlig ingen konstatering af, at markedet for drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen i Danmark ikke er de lege åbent for konkurrence. Et anbringende rettet mod en sådan konstatering skal derfor afvises. Ifølge Kommissionen skal endvidere også det tredje underanbringende i det første anbringende i hovedappellerne, på lige fod med det første underanbringende, afvises, fordi det ikke opfylder kravene i procesreglementets artikel 169, stk. 2, nævnt ovenfor i punkt 82. I øvrigt har Kommissionen bestridt realiteten med hensyn til de argumenter, som er fremsat af appellanterne og de parter, der er interveneret til støtte for deres påstande.

116. Kongeriget Danmark har gjort gældende, at både det andet og det tredje underanbringende i det første anbringende i hovedappellerne skal afvises, fordi de blot gentager argumenter, som blev fremført i første instans. I øvrigt har den danske regering bestridt realiteten med hensyn til de argumenter, som er fremsat af appellanterne og de parter, der er interveneret til støtte for deres påstande.

2) *Bedømmelse*

117. Med det andet og det tredje underanbringende i deres første anbringende har appellanterne og de parter, der er interveneret til støtte for deres påstande,

⁶⁸ – Rederi har henvist til præmis 39 i dom af 23.1.2019, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo* (C-387/17, EU:C:2019:51).

bestridt de dele af de appellerede domme, hvorved Retten forkastede deres argument om, at markedet for drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen i Danmark er de lege og de facto åbent for konkurrence.

i) Kort sammenfatning af Rettens ræsonnement

118. I denne sammenhæng skal det anføres, at Retten i de appellerede domme for det første konkluderede, dels at de af appellanterne påberåbte bestemmelser i den danske lov ⁶⁹ ikke indebærer, at drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen er åbne for konkurrence, dels at muligheden for at få tilladelse til at forvalte en jernbaneinfrastruktur ikke fører til eksistensen af konkurrence »på« eller »om« markedet for drift og forvaltning af det danske nationale jernbanenet, herunder de interne jernbanelandanlæg ⁷⁰. Den omstændighed, at visse virksomheder, der har fået denne tilladelse, kan operere på dele af jernbanenettet, som har karakter af naturlige monopoler adskilte fra det nationale jernbanenet, er ifølge Retten ikke tilstrækkelig til at godtgøre, at det nationale jernbanenet, som Banedanmark forvalter ved et lovbeskyttet monopol, er åbent for konkurrence. Det samme gælder for de interne jernbanelandanlæg, som inkluderer udbygning og opgradering af de eksisterende infrastrukturer, som nu ejes af Banedanmark og efter gennemførelsen af projektet vil være ejet i fællesskab af Banedanmark og Femern Landanlæg ⁷¹ og fortsat udgøre en del af det eksisterende nationale net ⁷².

119. For det andet lagde Retten til grund, at eksistensen af lokale net – som udgør naturlige monopoler, der er adskilte fra den nationale jernbaneinfrastruktur, herunder de interne jernbanelandanlæg – som forvaltes af andre virksomheder end Banedanmark, ikke viser, at de interne jernbanelandanlæg på lige fod med de nævnte lokale net forvaltes af virksomheder, som er udpeget efter en udbudsprocedure, eller at Femern Landanlæg agerer på markeder, der er åbne for konkurrence ⁷³.

ii) Formaliteten og Rettens faktiske konstateringer

120. Inden jeg analyserer realiteten i appellanternes og intervenienternes klagepunkter mod denne del af Rettens ræsonnement, er det nødvendigt at forkaste Kommissionens og Kongeriget Danmarks formalitetsindsigelser. I denne forbindelse henviser jeg til de ovenfor i punkt 87 og 88 anførte overvejelser, og jeg mener af de samme grunde, at også det andet og det tredje underanbringende i

⁶⁹ – Dvs. kapitel [3], § 3, stk. 2 og 3, i den ovenfor i fodnote 61 nævnte danske jernbanelov af 2010.

⁷⁰ – Den første appellerede doms præmis 108-112 og den anden appellerede doms præmis 83-87.

⁷¹ – Den første appellerede doms præmis 112 og den anden appellerede doms præmis 87.

⁷² – Den første appellerede doms præmis 95 og den anden appellerede doms præmis 70.

⁷³ – Den første appellerede doms præmis 119 og 120 samt den anden appellerede doms præmis 94 og 95.

det første anbringende i hovedappellerne opfylder kravene i procesreglementets artikel 169, stk. 2, og ikke blot gentager argumenter, som blev fremført i første instans.

121. Jeg mener, at også Kommissionens formalitetsindsigelse om, at de appellerede domme ikke indeholder nogen konstatering af, at markedet for drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen i Danmark ikke er de lege åbent for konkurrence, skal forkastes. Det er sandt, at Retten i de appellerede domme ikke udtrykkeligt foretog en sådan konstatering, men det er utvivlsomt, at Retten forkastede appellanternes argumenter om de lege åbning for konkurrence på det pågældende marked, som det i øvrigt fremgår af overskriften i afsnit 2 i den første appellerede doms præmis 108 og den anden appellerede doms præmis 83. Med det andet underanbringende i deres første anbringende har appellanterne for Domstolen bestridt Rettens ræsonnement i dette afsnit i de appellerede domme. Heraf følger, at dette underanbringende skal antages til realitetsbehandling.

122. Med hensyn til formaliteten skal det, som allerede anført ovenfor i punkt 91, endvidere erindres, at det fremgår af fast retspraksis, at når Retten har fastlagt eller vurderet de faktiske omstændigheder, er Domstolen i henhold til artikel 256 TEUF enekompetent til at gennemføre en kontrol med den retlige kvalificering af disse faktiske omstændigheder og de retlige konsekvenser. Bedømmelsen af de faktiske omstændigheder udgør derfor ikke, medmindre der er tale om en forvanskning af de for Retten fremlagte beviser, et retsspørgsmål, der er undergivet Domstolens prøvelsesret ⁷⁴.

123. Hvor der er tale om en af Retten foretaget fortolkning af national ret, er Domstolen ifølge fast retspraksis i forbindelse med en appelsag kun kompetent til at efterprøve, om denne ret er blevet gengivet urigtigt, hvilket skal fremgå på åbenbar vis af sagsakterne ⁷⁵.

124. I denne sammenhæng vil jeg fremhæve, at Retten i de appellerede domme foretog en række faktiske konstateringer, som udgør grundlaget for Rettens konklusioner, og som i lyset af den i de to foregående punkter nævnte retspraksis ikke kan efterprøves i en appelsag.

125. For det første konstaterede Retten på det faktiske plan, at Banedanmark i Danmark har et lovbeskyttet monopol på den statslige nationale

⁷⁴ – Jf. bl.a. dom af 3.4.2014, Frankrig mod Kommissionen (C-559/12 P, EU:C:2014:217, præmis 78 og 79 og den deri nævnte retspraksis).

⁷⁵ – Jf. bl.a. dom af 6.11.2018, Scuola Elementare Maria Montessori mod Kommissionen og Kommissionen mod Scuola Elementare Maria Montessori og Ferracci (C-622/16 P – C-624/16 P, EU:C:2018:873, præmis 107), og af 21.12.2016, Kommissionen mod Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis).

jernbaneinfrastruktur⁷⁶ og i kraft af den danske jernbanelov af 2015⁷⁷ forvalter statens jernbaneinfrastruktur og de interne jernbanelandanlæg⁷⁸.

126. For det andet konstaterede Retten på det faktiske plan, at jernbanestrækningen mellem Ringsted og Rødby⁷⁹, som nu ejes af Banedanmark og vil være genstand for udbygning og opgradering, udgør og fortsat vil udgøre en del af det eksisterende nationale net og fortsat vil forvaltes af Banedanmark ifølge de regler, der finder anvendelse på det samlede nationale jernbanenet⁸⁰.

127. For det tredje gav Retten i den første appellerede doms præmis 109 ff. og den anden appellerede doms præmis 84 ff. sin fortolkning af bestemmelserne i den danske jernbanelov af 2010 om tilladelse til drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturer⁸¹.

128. Det er således med udgangspunkt i disse faktiske konstateringer, at det skal efterprøves, om de klagepunkter og argumenter, som er fremført af appellanterne og de parter, der er interveneret til støtte for deres påstande, kan sætte spørgsmålstegn ved Rettens ræsonnement i de appellerede domme, som de har bestridt.

129. I denne henseende skal det først og fremmest påpeges, at appellanternes argumentation i det væsentlige er baseret på den antagelse, som flere gange er gentaget i deres appelskrifter, at der i Danmark ikke findes et lovbeskyttet monopol på jernbaneinfrastrukturen, hvis den betragtes i generel forstand. I lyset af den ovenfor i punkt 122 og 123 nævnte retspraksis står det imidlertid klart, at denne antagelse med hensyn til den statslige jernbaneinfrastruktur ikke er forenelig med Rettens ovenfor i punkt 125 nævnte faktiske konstatering, hvorfor argumenterne med udgangspunkt i denne antagelse skal afvises.

130. Det skal i denne forbindelse også fremhæves, at appellanterne i deres appelskrifter på ingen måde har gjort gældende, at Retten ud fra dette aspekt foretog en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder. Appellanterne har ikke fremsat klagepunkter, der gør gældende, at Retten gengav dansk ret urigtigt, da den i de appellerede domme konstaterede, at Banedanmark har et lovbeskyttet monopol på den nationale jernbaneinfrastruktur⁸².

⁷⁶ – Jf. den første appellerede doms præmis 112 og den anden appellerede doms præmis 87.

⁷⁷ – Kapitel 5, § 16 i jernbanelov nr. 686 af 27.5.2015 (herefter »den danske jernbanelov af 2015«).

⁷⁸ – Jf. den første appellerede doms præmis 114 og den anden appellerede doms præmis 89.

⁷⁹ – Jf. punkt 7 og fodnote 5 ovenfor.

⁸⁰ – Jf. den første appellerede doms præmis 95 og den anden appellerede doms præmis 70.

⁸¹ – Kapitel 5, §§ 2 og 3 i den ovenfor i fodnote 61 nævnte danske jernbanelov af 2010.

⁸² – Jf. bl.a. dom af 21.12.2011, A2A mod Kommissionen (C-320/09 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2011:858, præmis 125). Som et eksempel på et i en statsstøttesag fremsat

131. I deres replikker har appellanterne klargjort omfanget af deres klagepunkter vedrørende Rettens fortolkning af dansk ret. Med disse klagepunkter har appellanterne påberåbt sig en fejl hvad angår den retlige kvalificering af konsekvenserne af Rettens faktiske konstateringer (dvs. fortolkningen af national ret). Uafhængigt af, at et klagepunkt af denne art efter min opfattelse i det væsentlige er ensbetydende med at sætte spørgsmålstegn ved Rettens fortolkning af national ret, og derfor som anført skal afvises, mener jeg, at Retten – på lige fod med Kommissionen i den omtvistede afgørelse – ikke begik fejl, da den kvalificerede de retlige konsekvenser af Banedanmarks lovbeskyttede monopol på den nationale jernbaneinfrastruktur. Faktisk bevirker dette lovbeskyttede monopol, at drift og forvaltning af den statslige jernbaneinfrastruktur ikke kan anses for at være aktiviteter, som de lege eller de facto er åbne for konkurrence, fordi ingen anden virksomhed end Banedanmark som følge af dette monopol retligt set kan levere tjenesteydelser i form af drift og forvaltning af denne jernbaneinfrastruktur.

132. Angående Rettens ovenfor i punkt 126 nævnte konstatering af, at de interne jernbanelandanlæg er en del af det nationale jernbanenet, skal jeg påpege, at appellanterne i deres appelskrifter blot hævder, at deres overvejelser om de lege åbning for konkurrence på markedet for drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen også omfatter dette spørgsmål⁸³. Appellanterne har dog hverken udviklet specifikke argumenter i denne henseende eller påberåbt sig en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder. Et klagepunkt af denne art, som ikke ledsages af nogen, end ikke kortfattet, redegørelse for argumenterne til støtte herfor, skal efter min opfattelse afvises. Endvidere skal det også afvises, fordi det er rettet mod Rettens faktiske konstateringer.

133. Afslutningsvis skal det anføres, at de klagepunkter, hvormed appellanterne og visse intervenienter har gjort gældende, at foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg under alle omstændigheder kan fordreje konkurrencen på markederne før og efter markedet for drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen, ikke blev fremsat for Retten. Der er således tale om nye anbringender i appelsagen, som skal afvises i henhold til den ovenfor i punkt 97 nævnte retspraksis. Af de samme grunde mener jeg, at argumentet fra FSS om indflydelsen af finansieringen af de interne jernbanelandanlæg på jernbanetransportens konkurrenceevne til ugunst for andre transportmåder, ligeledes skal afvises.

appelanbringende vedrørende Rettens urigtige gengivelse af national ret henvises til punkt 161 ff. i generaladvokat Tanchevs forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Italien og Fondo interbancario di tutela dei depositi (C-425/19 P, EU:C:2020:878). Af samme grund skal det argument, som Rederi har fremsat i retsmødet uden at påberåbe sig en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, om at Banedanmarks lovbeskyttede monopol ved anvendelse af kapitel 5, § 16 i den danske jernbanelov af 2015 (jf. fodnote 77 ovenfor) ikke omfatter de interne jernbanelandanlæg, afvises.

⁸³ – Jf. punkt 34 i Scandlines Danmark ApS' og Scandlines Deutschland GmbH's appelskrift samt punkt 32 i Stena Line Scandinavia AB's appelskrift.

iii) *Realiteten*

134. Med hensyn til realiteten et det nødvendigt først og fremmest at prøve en række argumenter om Rettens konstatering af, at Banedanmark har det ovennævnte lovbeskyttede monopol, idet disse argumenter rejser retsspørgsmål og derfor skal antages til realitetsbehandling.

135. Jeg henviser i første række til de argumenter, hvormed appellanterne og visse af de parter, der er interveneret til støtte for deres påstande, har påberåbt sig en fejl fra Rettens side, nærmere bestemt, at der efter deres opfattelse kun er tale om et lovbeskyttet monopol i EU-retlig forstand, hvis en bestemt tjenesteydelse ved lov eller gennem regulerende foranstaltninger er reserveret til en eneudbyder med et klart forbud mod, at andre aktører leverer denne tjenesteydelse, hvilket ikke er tilfældet i Danmark, hvor et sådant forbud ikke findes. Til støtte for deres argumenter har appellanterne og de nævnte intervenienter henvist til punkt 188 i meddelelsen om begrebet statsstøtte og Kommissionens dokument med overskriften »Infrastructure Analytical Grid for Railway, Metro and Local Transport Infrastructure«⁸⁴.

136. I denne forbindelse vil jeg først og fremmest anføre, at de to nævnte dokumenter ifølge retspraksis på ingen måde er bindende for Domstolen i forbindelse med fortolkningen af EU-retten⁸⁵.

137. Endvidere skal analysen af eksistensen af et lovbeskyttet monopol i EU-retlig forstand på et bestemt marked efter min opfattelse foretages i det enkelte tilfælde ved at tage højde for dels det omhandlede marked og dets særpræg, dels den relevante nationale ordning.

138. I det foreliggende tilfælde konstaterede Retten, som anført ovenfor i punkt 125 og 126, at Banedanmark i henhold til den danske ordning er ansvarlig for forvaltning af den nationale jernbaneinfrastruktur, som inkluderer og fortsat vil inkludere de interne jernbanelandanlæg. Af denne konstatering kan udledes, at medmindre Kongeriget Danmark beslutter at ændre sin ordning og åbne for konkurrence ved at udlicitere de nu til Banedanmark tildelte opgaver, kan ingen anden operatør end Banedanmark tilbyde eller levere ydelser i form af drift og forvaltning af den nationale jernbaneinfrastruktur. For så vidt angår denne infrastruktur følger det heraf, at der retligt set ikke findes konkurrence hverken »på« eller »om« markedet. Det er endvidere ubestridt, sådan som i øvrigt konstateret af Retten, at EU-retten ikke har pålagt medlemsstaterne at åbne drift og forvaltning af denne infrastruktur for konkurrence⁸⁶. I en sådan situation kan Retten efter min opfattelse ikke foreholdes at have tilsidesat EU-retten ved at

⁸⁴ – Jf. særligt fodnote 63 og 67 ovenfor.

⁸⁵ – Jf. bl.a. dom af 16.7.2020, Nexans France og Nexans mod Kommissionen (C-606/18 P, EU:C:2020:571, præmis 104 og den deri nævnte retspraksis).

⁸⁶ – Jf. den første appellerede doms præmis 111 og den anden appellerede doms præmis 86.

konstatere eksistensen af et lovbeskyttet monopol, der udelukker konkurrence for drift og forvaltning af den nationale jernbaneinfrastruktur i Danmark.

139. For det andet vil jeg nu prøve det argument, hvormed appellerterne har gjort gældende, at de appellerede domme er i strid med den retspraksis, der følger af Arriva Italia-dommen og dommen i sagen Azienda Napoletana Mobilità ⁸⁷.

140. I denne forbindelse vil jeg fremhæve, at Arriva Italia-dommen vedrørte en anmodning om præjudiciel afgørelse, hvor Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) bl.a. spurgte Domstolen, om tildeling af et beløb til et offentligt jernbaneselskab, som havde alvorlige økonomiske vanskeligheder, og som på grundlag af en kontrakt med regionen Puglia var begunstiget af en eneret til forvaltning og vedligeholdelse af en lokal jernbaneinfrastruktur samt levering af personbefordring på denne infrastruktur, udgjorde statsstøtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF ⁸⁸.

141. For så vidt angår betingelsen om, at den omhandlede foranstaltning kan fordreje konkurrencen, blev det for Domstolen gjort gældende, at tildelingen af disse opgaver til den nævnte virksomhed var underlagt et lovbestemt monopol i henhold til italiensk ret af en sådan karakter, at det udelukkede konkurrence på det relevante marked ⁸⁹. Med henvisning til punkt 188, litra b), i meddelelsen om begrebet statsstøtte forkastede Domstolen imidlertid dette argument.

142. Ifølge Domstolen kræves det i denne henseende, at det lovbeskyttede monopol, for at en sådan fordrejning kan udelukkes under disse omstændigheder, ikke alene udelukker konkurrence på markedet, men også konkurrencen om markedet, derved at det udelukker enhver mulig konkurrence om at blive eneudbyder af den pågældende tjenesteydelse ⁹⁰. Domstolen fastslog endvidere, at for at afgøre, om der var tale om et marked, hvor konkurrence var udelukket, skulle det godtgøres, at regionen Puglia gennem love eller administrative bestemmelser var forpligtet til at tildele forvaltningen af denne infrastruktur og disse tjenester med eneret for denne virksomhed, hvilket derimod ikke fremgik af sagsakterne ⁹¹.

143. Hvad angår det foreliggende tilfælde skal det dog påpeges, at de interne jernbanelandanlæg udgør en jernbaneinfrastruktur, der som Retten konstaterede på det faktiske plan og som anført ovenfor i punkt 126, allerede inden gennemførelsen af projektet var en del af den nationale jernbaneinfrastruktur, som Banedanmark forvalter på grundlag af det ovennævnte lovbeskyttede monopol, og

⁸⁷ – Jf. punkt 105 ovenfor.

⁸⁸ – Jf. Arriva Italia-dommens præmis 13, 29, 30 og 58.

⁸⁹ – Jf. Arriva Italia-dommens præmis 54.

⁹⁰ – Jf. Arriva Italia-dommens præmis 57.

⁹¹ – Jf. Arriva Italia-dommens præmis 58.

som efter gennemførelsen af projektet fortsat vil være en del af denne nationale infrastruktur. I modsætning til det tilfælde, der lå til grund for Arriva Italia-dommen, forekommer det under disse omstændigheder retligt set udelukket, at forvaltningen af den omhandlede jernbaneinfrastruktur i den konkrete situation kan tildeles en anden operatør end Banedanmark.

144. I samme retning adskiller det foreliggende tilfælde sig fra det, som blev vurderet i dommen i sagen Azienda Napoletana Mobilità og vedrørte forvaltning af lokal personbefordring.

145. For det tredje kan Rederis argument om, at tildeling af et lovbeskyttet monopol på kun en del af jernbaneinfrastrukturen i en situation, hvor forskellige virksomheder kan tilbyde og de facto tilbyder ydelser i form af drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturer på markedet, ikke er tilstrækkelig til at antage, at markedet er underlagt monopol, og at konkurrence derfor er udelukket, efter min opfattelse heller ikke tiltrædes. Som Retten i øvrigt konstaterede i de appellerede domme⁹², er de forskellige jernbanenet, hvorpå de ovennævnte virksomheder med tilladelse i Danmark opererer, reelt adskilte fra den nationale jernbaneinfrastruktur og udgør selvstændige naturlige monopoler uafhængigt af den af Trelleborg fremhævede omstændighed, at disse net har tilknytning til den statslige jernbaneinfrastruktur. Den omstændighed, at der findes virksomheder, som tilbyder ydelser i form af drift og forvaltning af disse infrastrukturer, bevirker derfor på ingen måde, at drift og forvaltning af det nationale jernbanenet er åbne for konkurrence, og at foranstaltninger til finansieringen af denne infrastruktur således kan fordreje konkurrencen.

146. Heraf følger, at selv om det ganske vist fremgår af dom af 23. januar 2019, Fallimento Traghetti del Mediterraneo (C-387/17, EU:C:2019:51), at statsstøtte kan true med at fordreje konkurrencevilkårene, selv om det relevante marked kun er delvist åbent for konkurrence⁹³, finder dette princip dog ikke anvendelse i det foreliggende tilfælde. I denne henseende vil jeg anføre, at denne dom ikke vedrørte hverken jernbanesektoren eller andre økonomiske sektorer, der forudsætter brug af en netinfrastruktur, men støtte tildelt inden liberaliseringen af et marked, der oprindeligt var lukket for konkurrence.

147. For det fjerde tager alle argumenter, hvormed appellanterne og de parter, der er interveneret til støtte for deres påstande, har gjort gældende, at tilladelsessystemet ifølge den danske lov påviser, at markedet for drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen i Danmark er de lege åbent for konkurrence, i det mindste hvad angår konkurrence »om« markedet, udgangspunkt i antagelsen om, at Banedanmark ikke har et lovbeskyttet monopol på det nationale

⁹² — Jf. den første appellerede doms præmis 112 og den anden appellerede doms præmis 87.

⁹³ — Jf. præmis 39 i dom af 23.1.2019, Fallimento Traghetti del Mediterraneo (C-387/17, EU:C:2019:51).

jernbanenet, herunder de interne jernbanelandanlæg. Denne antagelse er ikke forenelig med Rettens ovenfor i punkt 125 nævnte faktiske konstatering.

148. Argumentet om, at det i lyset af tilladelsessystemet ikke kan udelukkes, at virksomheder kan etablere deres egen infrastruktur og selv blive indehavere af et naturligt monopol eller forvalte andres infrastruktur under konkurrenceforhold, tager især ikke højde for, at de interne jernbanelandanlæg allerede eksisterede og var en del og fortsat vil være en del af det statslige nationale jernbanenet, hvorpå Banedanmark har det ovennævnte lovbeskyttede monopol, og at arbejdet vedrørende de interne jernbanelandanlæg, om end af meget betydelig størrelse, omfatter udbygning og opgradering af eksisterende strækninger, som allerede er undergivet Banedanmarks ovennævnte eksisterende lovbeskyttede monopol. Den af Retten på det faktiske plan konstaterede eksistens af dette monopol udelukker derfor, at drift og forvaltning af disse strækninger kan tildeles andre operatører.

149. I øvrigt er argumentet om, at enhver virksomhed med tilladelse i Danmark kan deltage i udbudsprocedurer vedrørende drift og forvaltning af de statslige jernbaneinfrastrukturer, på ingen måde underbygget. Ligeledes findes der slet ikke støtte for udsagnet om, at andre virksomheder end Banedanmark i kraft af dette tilladelsessystem kan varetage anlæg eller forvaltning af dele af den nationale jernbaneinfrastruktur, idet sidstnævnte er omfattet af det ovennævnte lovbeskyttede monopol.

150. Hvad angår Rederis argument om, at de interne jernbanelandanlæg ikke ejes af staten, men af Femern Landanlæg, vil jeg fremhæve, at det ganske vist fremgår ovenfor af punkt 9, at denne infrastruktur efter gennemførelsen af projektet vil være ejet 80% af Femern Landanlæg og 20% af Banedanmark, men det skal dog anses for fastlagt⁹⁴, at de interne jernbanelandanlæg vil være en del af det nationale net, hvorpå Banedanmark har forvaltningsmonopol, sådan som Retten konstaterede på det faktiske plan. Den omstændighed, at statens net er integreret med de kommunale og private, synes ikke at være relevant med hensyn til dette argument.

151. Hvad for det femte angår de argumenter, som appellanterne har udledt af analogien til andre økonomiske sektorer, der forudsætter brug af en netinfrastruktur, eksempelvis telekommunikation, elektricitet eller gas, vil jeg først og fremmest påpege, at disse sektorer vedrører levering af ydelser på nettet, og ikke forvaltning heraf, hvorfor de efter min opfattelse ikke er relevante. Endvidere følger det af ovenstående betragtninger, at Retten ikke begik fejl, da den, henset til Banedanmarks lovbeskyttede monopol, konkluderede, at forvaltning af det nationale jernbanenet ikke er liberaliseret i Danmark. Denne konstatering afkræftes ikke af nogen analogi med den retlige ordning i andre økonomiske sektorer.

⁹⁴ – Jf. punkt 132 ovenfor.

152. Afslutningsvis fremgår det af ovenstående overvejelser, at også de argumenter, hvormed appellanterne og de parter, der er interveneret til støtte for deres påstande, har gjort gældende, at der findes en de facto konkurrence, skal forkastes. Også disse argumenter er baseret på antagelsen om, at Banedanmark ikke har et lovbeskyttet monopol i Danmark. Som anført er denne antagelse ikke forenelig med Rettens ovenfor i punkt 125 nævnte faktiske konstatering af, at der findes et lovbeskyttet monopol på den nationale jernbaneinfrastruktur, således at drift og forvaltning heraf til trods for det af appellanterne påberåbte tilladelsessystem ikke kan betragtes som konkurrenceudsatte.

153. I lyset af ovenstående bedømmelse mener jeg, at også det andet og det tredje underanbringende i det første anbringende i hovedappellerne skal forkastes.

c) Det fjerde underanbringende i det første anbringende i hovedappellerne om sondringen mellem på den ene side anlæg og vedligeholdelse og på den anden side drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen

1) Sammenfatning af parternes argumenter

154. Ved det fjerde underanbringende i det første anbringende i hovedappellerne har appellanterne og de parter, der er interveneret til støtte for deres påstande, bestridt de dele af de appellerede domme⁹⁵, hvor Retten forkastede deres argument om, at anlæg og vedligeholdelse af jernbanenettet, som er åbne for konkurrence, henhører under de aktiviteter, som omfattes af begrebet »drift af jernbaneinfrastrukturen«⁹⁶, hvilket Femern Landanlæg i kraft af anlægsloven vil stå for⁹⁷.

155. Appellanterne har for det første gjort gældende, at det ovenfor i punkt 102 omhandlede tilladelsessystem ifølge den danske jernbanelov af 2010 omfatter anlæg, drift og vedligeholdelse af jernbanenettet uden forskel, således at det er åbenbart, at alle disse aktiviteter er åbne for konkurrence i Danmark i EU-retlig forstand.

156. For det andet har appellanterne gjort gældende, at artikel 3, nr. 2), sammenholdt med artikel 7, stk. 1, i direktiv 2012/34⁹⁸, afkræfter Rettens

⁹⁵ – Den første appellerede doms præmis 121-127 og den anden appellerede doms præmis 96-102.

⁹⁶ – Vedrørende rækkevidden af disse begreber i de foreliggende sager henvises til fodnote 7 ovenfor.

⁹⁷ – Jf. fodnote 6 ovenfor.

⁹⁸ – Artikel 3, nr. 2), i direktiv 2012/34 definerer begrebet »infrastrukturforvalter« som »ethvert organ eller enhver virksomhed, der navnlig er ansvarlig for anlæg, forvaltning og vedligeholdelse af jernbaneinfrastruktur, herunder trafikstyring, togkontrol og signaler«, og fastsætter, at »infrastrukturforvalterens funktioner på et net eller en del af et net kan tildeles forskellige organer eller virksomheder«. Direktivets artikel 7, stk. 1, foreskriver, at »[m]edlemsstaterne sikrer, at de væsentlige funktioner vedrørende fastlæggelse af retfærdig og

konstatering af, at forvaltning og vedligeholdelse af jernbaneinfrastrukturen udgør to adskilte markeder. Det fremgår reelt af artikel 3, nr. 2), i direktiv 2012/34, at en infrastrukturforvalters officielle funktioner inkluderer forvaltning og vedligeholdelse af jernbaneinfrastrukturen, hvilket viser, at begge aktiviteter henhører under samme marked. Denne konklusion finder støtte i artikel 7, stk. 1, i direktiv 2012/34, hvoraf det følger, at sondringen mellem væsentlige og ikke-væsentlige funktioner er irrelevant for at fastlægge, om forvaltning er adskilt fra vedligeholdelse. Under alle omstændigheder følger det af den retlige definition af begrebet »infrastrukturforvalter« i dansk ret, at disse operatører beskæftiger sig med både forvaltning og vedligeholdelse. Desuden forklarede Retten ikke, på hvilket grundlag den fandt, at anlæg og vedligeholdelse på den ene side samt drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen på den anden side udgør to adskilte markeder.

157. For det tredje har appellanterne gjort gældende, at Retten fejlagtigt konkluderede, at det fremgår af de af Retten nævnte danske lovbestemmelser, at Femern Landanlæg ikke kan varetage anlæg og vedligeholdelse af nettet i konkurrence med andre operatører⁹⁹. Det fremgår nemlig af anlægsloven, at Femern Landanlæg på lige fod med Femern bemyndiges til at anlægge. Retten foretog derfor en urigtig gengivelse af beviserne.

158. De parter, der er interveneret til støtte for appellanternes påstande, har tilsluttet sig disse argumenter. Rederi og Trelleborg har tilføjet, at i modsætning til, hvad Retten fastslog, tildeler bekendtgørelse nr. 1222 om Banedanmarks opgaver og beføjelser¹⁰⁰ ikke Banedanmark ansvaret for anlæg, opgradering og vedligeholdelse af alle offentlige jernbaneinfrastrukturer, men kun af de statslige. Anlægsloven udgør en *lex specialis*, som erstatter denne bekendtgørelses bestemmelser og tildeler Femern Landanlæg retten til at etablere og forvalte de interne jernbanelandanlæg. Femern Landanlæg er i det mindste en potentiel konkurrent til de øvrige jernbaneinfrastrukturforvaltere.

159. Kommissionen og Kongeriget Danmark har bestridt realiteten med hensyn til de argumenter, som er fremsat af appellanterne og de parter, der er interveneret til støtte for deres påstande.

ikke-diskriminerende adgang til infrastruktur overdrages til organer eller virksomheder, der ikke selv udfører nogen form for jernbanetransport«, og definerer disse væsentlige funktioner.

⁹⁹ – Jf. den første appellerede doms præmis 125 og den anden appellerede doms præmis 100. Af samme grunde har appellanterne bestridt også konklusionen i den første appellerede doms præmis 127 og den anden appellerede doms præmis 102.

¹⁰⁰ – Bekendtgørelse nr. 1222 af 21.11.2014 om Banedanmarks opgaver og beføjelser. Jf. den første appellerede doms præmis 124 og den anden appellerede doms præmis 99.

2) *Bedømmelse*

160. Indledningsvis skal det påpeges, at Retten i de appellerede domme fastslog, at det var ubestridt, at markederne for anlæg og vedligeholdelse af jernbaneinfrastrukturer er åbne for konkurrence. Retten fandt imidlertid, at disse markeder er adskilte fra markederne for drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturer i snæver forstand, og at Femern Landanlæg ikke agerer på de sidstnævnte.

161. Ifølge Retten fremgik det af bestemmelserne i loven om projektering af den faste forbindelse¹⁰¹, anlægsloven, af Femern Landanlægs vedtægter og af ovennævnte bekendtgørelse nr. 1222 om Banedanmarks opgaver og beføjelser, at selv om disse bestemmelser tildeler Femern Landanlæg ansvaret for anlæg og drift af de interne jernbanelandanlæg, kan dette selskab ikke varetage anlæg og vedligeholdelse af nettet i konkurrence med andre operatører. På grundlag af disse overvejelser konkluderede Retten, at uafhængigt af, om vedligeholdelse af infrastrukturen teknisk set er en del af drift eller forvaltning af infrastrukturen, varetager Femern Landanlæg hverken denne aktivitet eller anlæg direkte, og endvidere omfatter henvisningerne i den omtvistede afgørelse til drift og forvaltning af jernbanenettet ikke anlæg og vedligeholdelse.

162. I denne sammenhæng vil jeg for det første påpege, at appellanternes argument om tilladelsessystemet ifølge den danske jernbanelov af 2010 bygger på antagelsen om, at dette system har åbnet markedet for drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen i Danmark for konkurrence. Denne antagelse er blevet afkræftet for så vidt angår de interne jernbanelandanlæg som et led i bedømmelsen af det andet og det tredje underanbringende i det første anbringende i hovedappellerne ovenfor i punkt 124-153. I konsekvens heraf kan dette argument ikke tiltrædes.

163. For det andet mener jeg, at også det argument, hvormed appellerterne har gjort gældende, at Rettens konstatering af, at markederne for anlæg og vedligeholdelse af jernbanenettet er adskilte fra markederne for drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen, er i strid med en række bestemmelser i direktiv 2012/34, skal forkastes.

164. I denne forbindelse skal det først og fremmest anføres, at den omstændighed, at en operatør i dennes egenskab af »infrastrukturforvalter« som omhandlet i artikel 3, nr. 2), i direktiv 2012/34 kan tildeles forskellige funktioner, på ingen måde indebærer, at disse funktioner nødvendigvis skal opfattes som dele af et samlet relevant marked. En og samme operatør kan godt agere på adskilte relevante markeder. I henhold til denne bestemmelses sidste sætning kan de nævnte funktioner tildeles forskellige operatører. Ud fra samme perspektiv understøtter bestemmelsen om de væsentlige funktioner i artikel 7, stk. 1, i

¹⁰¹ – Lov nr. 285 af 15.4.2009 om projektering af fast forbindelse over Femern Bælt med tilhørende landanlæg i Danmark.

direktiv 2012/34 på ingen måde udsagnet om, at de omhandlede funktioner er dele af et samlet relevant marked. Appellanterne kan efter min opfattelse derfor ikke påberåbe sig disse bestemmelser i direktiv 2012/34 for at gøre gældende, at Retten begik en fejl i denne henseende.

165. For så vidt angår klagepunktet vedrørende den angivelige manglende begrundelse i de appellerede domme følger det af Domstolens faste praksis, at den pligt til at begrunde domme, der påhviler Retten, ikke pålægger den at foretage en udtømmende gennemgang af hvert enkelt af de argumenter, der er fremført af parterne i sagen. Begrundelsen kan således fremgå indirekte, forudsat at de berørte parter kan få kendskab til den begrundelse, som Retten støtter sig på, og således at Domstolen kan råde over de oplysninger, der er nødvendige for, at den kan udøve sin prøvelsesret inden for rammerne af en appel ¹⁰².

166. I det foreliggende tilfælde er det tilstrækkeligt at konstatere, at Rettens ræsonnement i den første appellerede doms præmis 121-127 og den anden appellerede doms præmis 96-102 gør det muligt såvel for appellanterne at få kendskab til begrundelsen for, at Retten forkastede deres argumenter, som for Domstolen at råde over de oplysninger, der er nødvendige for, at den kan udøve sin prøvelsesret. Af dette ræsonnement kan det nemlig utvetydigt udledes, at Retten dels konkluderede, at selv om det ikke kan udelukkes, at vedligeholdelse teknisk set er en del af det mere generelle begreb forvaltning af nettet, er anlæg og vedligeholdelse af jernbaneinfrastrukturen specifikke aktiviteter, som udgør selvstændige markeder, der er adskilte fra markederne for drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen, dels at Femern Landanlæg i medfør af de ovenfor i punkt 161 nævnte lovbestemmelser ikke kan udføre disse aktiviteter i konkurrence med andre operatører. Klagepunktet vedrørende den angivelige manglende begrundelse skal derfor efter min opfattelse forkastes.

167. For det tredje er klagepunktet vedrørende en urigtig gengivelse af beviserne i relation til anlægsloven efter min opfattelse uvirksomt. Som det fremgår ovenfor i punkt 161, baserede Retten sig for at understøtte sin konklusion om, at Femern Landanlæg ikke kan varetage anlæg og vedligeholdelse af nettet i konkurrence med andre operatører, på en række lovbestemmelser og ikke alene på anlægsloven. I deres appelskrifter har appellanterne ikke på nogen måde forklaret, hvorfor de øvrige bestemmelser, hvorpå Retten baserede sig, selv om det antages, at Retten foretog en urigtig gengivelse af betydningen af anlægsloven, ikke kan støtte Rettens konklusion.

168. I denne henseende skal det i øvrigt påpeges, at ovennævnte bekendtgørelse nr. 1222 om Banedanmarks opgaver og beføjelser, som i øvrigt anerkendt i de af Rederi og Trelleborg fremsatte supplerende argumenter, tildeler Banedanmark ansvaret for anlæg, opgradering og vedligeholdelse af de statslige jernbaneinfrastrukturer. I denne sammenhæng har jeg ovenfor i punkt 126

¹⁰² – Jf. bl.a. dom af 25.11.2020, Kommissionen mod GEA Group (C-823/18 P, EU:C:2020:955, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

fremhævet, at Retten konstaterede på det faktiske plan, at de interne jernbanelandanlæg er en del af det nationale jernbanenet, og som det fremgår ovenfor i punkt 132, har appellanterne ikke med rette kunnet så tvivl om denne konstatering. Retten begik derfor ingen fejl, da den på grundlag af de ovenfor i punkt 161 nævnte bestemmelser konkluderede, at Femern Landanlæg ikke kan varetage anlæg og vedligeholdelse af nettet i konkurrence med andre operatører med hensyn til de interne jernbanelandanlæg.

169. Argumentet om, at anlægsloven udgør en *lex specialis*, som erstatter bestemmelserne i bekendtgørelse nr. 1222 om Banedanmarks opgaver og beføjelser, udgør et nyt anbringende, som sigter mod at sætte spørgsmålstegn ved Rettens vurderinger af national ret. Dette argument skal derfor afvises ifølge den ovenfor i punkt 122 og 123 nævnte retspraksis.

170. Det følger af ovenstående betragtninger, at også det fjerde underanbringende i det første anbringende efter min opfattelse skal forkastes.

171. På denne baggrund mener jeg, at det første anbringende skal forkastes i sin helhed.

3. Det andet anbringende i hovedappellerne om Rettens retlige fejl ved bedømmelsen af, om foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne

a) Parternes argumenter

172. Med det andet anbringende i hovedappellerne har appellanterne, understøttet af FSS og Rederi, gjort gældende, at Retten begik en fejl ved i strid med artikel 107, stk. 1, TEUF og artikel 108, stk. 2, TEUF at konkludere i de appellerede domme¹⁰³, at foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg ikke kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. For det første har appellanterne fremhævet, at det følger af de inden for rammerne af det første anbringende udviklede grunde, og særligt idet foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg kan påvirke konkurrencen både på markedet for drift og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen og på markedet for transportydelser på Femern Bælt, at disse foranstaltninger kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. For det andet vedrører projektet anlæg og drift af en infrastruktur, som forbinder to medlemsstater.

173. Kommissionen og Kongeriget Danmark har først og fremmest gjort gældende, at det andet anbringende skal afvises, fordi heller ikke dette opfylder kravene i procesreglementets artikel 169, stk. 2, og desuden har de bestridt realiteten med hensyn til det.

¹⁰³ – Den første appellerede doms præmis 128-132 og den anden appellerede doms præmis 103-107.

b) Bedømmelse

174. Af de samme ovenfor i punkt 87 nævnte grunde er jeg indledningsvis af den opfattelse, at også med hensyn til det andet anbringende i hovedappellerne skal formalitetsindsigelsen i medfør af procesreglementets artikel 169, stk. 2, forkastes.

175. I de appellerede domme forkastede Retten argumenterne om, at foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, ved at konkludere, dels at det er fraværet af konkurrence på markedet for forvaltning af den nationale jernbaneinfrastruktur, der forhindrer selskaber hjemmehørende i andre medlemsstater i at etablere sig på dette marked, dels at den ovenfor i punkt 161 nævnte projekteringslov ikke bemyndiger Femern Landanlæg til at udføre andre aktiviteter end de, der vedrører de interne landanlæg.

176. I denne henseende skal det påpeges, at Rettens ovenfor anførte overvejelser i det væsentlige udgør faktiske konstateringer, som argumenterne fra appellanterne, der ikke har påberåbt sig nogen urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, ikke kan sætte spørgsmålstegn ved. Endvidere vedrører foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg finansieringen af en infrastruktur, dvs. de interne jernbanelandanlæg, som er beliggende i en enkelt medlemsstat og ikke direkte forbinder to medlemsstater. Denne infrastruktur udviser således ikke den grænseoverskridende karakter, som appellanterne har tillagt den. Som konstateret ovenfor i punkt 95 har appellanterne desuden ikke gjort gældende, at det var nødvendigt at foretage en samlet analyse af de foranstaltninger, som inden for rammerne af projektet er blevet ydet til forskellige modtagere og har forskellige genstande.

177. Det følger af ovenstående betragtninger, at også det andet anbringende i hovedappellerne efter min opfattelse skal forkastes.

V. Forslag til afgørelse

178. Under hensyn til ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- »1) Europa-Kommissionens kontraappeller afvises.
- 2) Det første og det andet anbringende fremsat til støtte for hovedappellerne, iværksat af Scandlines Danmark ApS, Scandlines Deutschland GmbH og af Stena Line Scandinavia AB, forkastes.«