



Modtaget den : 29/02/2024



LUXEMBOURG

ОБЩ СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ
TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA
TRIBUNÁL EVROPSKÉ UNIE
DEN EUROPEISKE UNIONS RET
GERICHT DER EUROPÄISCHEN UNION
EUROOPA LIIDU ÜLDKOHUS
ΓΕΝΙΚΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ
GENERAL COURT OF THE EUROPEAN UNION
TRIBUNAL DE L'UNION EUROPÉENNE
CÚIRT GHINEARÁLTA AN AONTAIS EORPAIGH
OPĆI SUD EUROPSKE UNIJE
TRIBUNALE DELL'UNIONE EUROPEA

EIROPAS SAVIENĪBAS VISPĀRĒJĀ TIESA
EUROPOS SĄJUNGOS BENDRASIS TEISMAS
AZ EURÓPAI UNIÓ TÖRVÉNYSZÉKE
IL-QORTI ĠENERALI TAL-UNJONI EWROPEA
GERECHT VAN DE EUROPESE UNIE
SĄD UNII EUROPEJSKIEJ
TRIBUNAL GERAL DA UNIÃO EUROPEIA
TRIBUNALUL UNIUNII EUROPENE
VŠEOBECNÝ SÚD EURÓPSKEJ ÚNIE
SPLOŠNO SODIŠČE EVROPSKE UNIJE
EUROOPAN UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA UNIONENS TRIBUNAL

- 1177425 -

- 149 -

RETTENS DOM (Femte Udvidede Afdeling)

28. februar 2024 *

»Statsstøtte – offentlig finansiering af den faste jernbane- og vejforbindelse over Femern Bælt – støtte indrømmet af Danmark til Femern – afgørelse, hvorved støtten erklæres forenelig med det indre marked – annulationssøgsmål – spørgsmålet, om en bestemmelse kan udskilles – formaliteten – begrebet »virksomhed« – begrebet »økonomisk virksomhed« – aktiviteter med anlæg og drift af en fast jernbane- og vejforbindelse – påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne og fordrejning af konkurrencevilkårene«

I sag T-364/20,

Kongeriget Danmark ved C. Maertens og M. Søndahl Wolff, som befuldmægtiget, bistået af advokaterne R. Holdgaard og J. Pinborg,

sagsøger,

støttet af:

Kongeriget Belgien ved L. Van den Broeck, som befuldmægtiget, bistået af advokat J. Vanden Eynde,

af

Forbundsrepublikken Tyskland ved J. Möller og R. Kanitz, som befuldmægtiget,

og af

Storhertugdømmet Luxembourg ved A. Germeaux og T. Schell, som befuldmægtigede,

intervenienter,

* Processprog: dansk.



Sml.

mod

Europa-Kommissionen ved S. Noë, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

har

RETTEN (Femte Udvidede Afdeling),

sammensat under rådslagningen af afdelingsformanden, D. Spielmann, og dommerne U. Öberg, R. Mastroianni, M. Brkan (refererende dommer) og I. Gâlea,

justitssekretær: fuldmægtig H. Eriksson,

på grundlag af den skriftlige forhandling

efter retsmødet den 8. november 2022,

afsagt følgende

Dom

- 1 Med søgsmål anlagt i henhold til artikel 263 TEUF har Kongeriget Danmark nedlagt påstand om annullation af Kommissionens afgørelse C(2020) 1683 final af 20. marts 2020 om Danmarks statsstøtte SA.39078 – 2019/C (ex 2014/N) til Femern (EUT 2020, L 339, s. 1), for så vidt som foranstaltningerne i form af kapitalindskud og en kombination af statslån og statsgarantier til fordel for Femern i afgørelsens artikel 2, første punktum, blev kvalificeret som statsstøtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF (herefter »den anfægtede afgørelse«).

I. Sagens baggrund

A. Projektet om den faste forbindelse over Femern Bælt

- 2 Projektet om forbindelsen over Femern Bælt mellem Danmark og Tyskland (herefter »projektet«) blev godkendt ved traktaten mellem Kongeriget Danmark og Forbundsrepublikken Tyskland om en fast forbindelse over Femern Bælt, der blev undertegnet den 3. september 2008 og ratificeret i 2009 (herefter »traktaten om Femern Bælt«).
- 3 Projektet består dels af en jernbane- og vej-tunnel (herefter »den faste forbindelse«), dels af vejlandanlæg i Danmark (herefter »vejlandanlæggene«) og jernbanelandanlæg i Danmark (herefter »jernbanelandanlæggene«) (herefter samlet »vej- og jernbanelandanlæggene«).

- 4 Den faste forbindelse består af en sænketunnel under Østersøen mellem Rødby på øen Lolland i Danmark og Puttgarden i Tyskland af en længde på ca. 19 km med en elektrisk jernbanestrækning og en motorvej. Jernbanelandanlæggene skal omfatte en udvidelse og en opgradering af den eksisterende jernbaneforbindelse på ca. 120 km mellem Ringsted (Danmark) og Rødby, der ejes af den nationale danske offentlige jernbaneinfrastrukturforvalter, Banedanmark.
- 5 Forud for projektet blev der gennemført en projekteringsfase. Finansieringen af denne fase for så vidt angår den faste forbindelse og vej- og jernbanelandanlæggene blev anmeldt til Europa-Kommissionen. Ved beslutning af 13. juli 2009 i sag N 157/2009 – Finansiering af forundersøgelserfasen af den faste forbindelse over Femern Bælt, der er nævnt i *Den Europæiske Unions Tidende* af 27. august 2009 (EUT 2009, C 202, s. 2), konkluderede Kommissionen dels, at de foranstaltninger, der var knyttet til finansieringen af projektets projektering, ikke kunne udgøre statsstøtte, for så vidt som Femern havde handlet i sin egenskab af offentlig myndighed, dels at disse foranstaltninger under alle omstændigheder var forenelige med det indre marked. Kommissionen besluttede derfor ikke at gøre indsigelse i henhold til artikel 4, stk. 2 og 3, i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af [artikel 108 TEUF] (EFT 1999, L 83, s. 1).
- 6 Efter en opdatering af de faste 2015-priser fra de danske myndigheder blev de samlede omkostninger til projektering og anlæg af den faste forbindelse anslået til at beløbe sig til 52,6 mia. danske kroner (DKK) (ca. 7,1 mia. EUR), og omkostningerne til projektering og anlæg af opgraderingen af de danske vej- og jernbanelandanlæg blev anslået til at beløbe sig til 9,5 mia. DKK (ca. 1,3 mia. EUR), dvs. en samlet anslået projektkomkostning på 62,1 mia. DKK (ca. 8,4 mia. EUR).
- 7 I henhold til artikel 6 i traktaten om Femern Bælt og lov nr. 575 af 4. maj 2015 om anlæg og drift af en fast forbindelse over Femern Bælt med tilhørende landanlæg (herefter »lov om anlæg«) fik to offentlige virksomheder ansvaret for at gennemføre projektet.
- 8 Den første virksomhed, Femern, der blev oprettet i 2005, står for finansiering, anlæg og drift af den faste forbindelse. Den anden virksomhed, Femern Landanlæg A/S, der blev oprettet i 2009, står for finansiering, anlæg og drift af de danske vej- og jernbanelandanlæg. Femern Landanlæg er datterselskab til Sund & Bælt Holding A/S, som ejes af den danske stat. Femern blev Femern Landanlægs datterselskab efter oprettelsen af sidstnævnte.
- 9 Arbejdet i forbindelse med anlæggelsen af den faste forbindelse udføres af Femern inden for rammerne af anlægskontrakter, der er underlagt udbudsprocedurerne.
- 10 De nødvendige opgraderinger af vejlandanlæggene foretages af Vejdirektoratet på vegne af den danske stat og finansieres af Femern Landanlæg. Vejlandanlæggene

indgår i det generelle danske vejnet, som finansieres, drives og vedligeholdes af Vejdirektoratet. Anlæg og drift af jernbanelandanlæggene sikres af Banedanmark på vegne af den danske stat og finansieres af Femern Landanlæg.

- 11 Ifølge Kongeriget Danmarks anmeldelse af 22. december 2014 til Kommissionen i henhold til artikel 108, stk. 3, TEUF finansieres projektet af Femern og Femern Landanlæg ved kapitalindskud, statsgaranterede lån samt, som alternativ finansieringsform, statslån fra de danske myndigheder. Fra idriftsættelsen af den faste forbindelse vil Femern opkræve betaling af brugerne for at kunne tilbagebetale sin gæld og udbetale udbytte til Femern Landanlæg, som vil bruge dette udbytte til at tilbagebetale sin egen gæld. Femern Landanlæg vil ligeledes modtage 80% af jernbaneoperatørernes betaling til Banedanmark for brugen af jernbanelandanlæggene i henhold til dette selskabs og Banedanmarks respektive ejerandel over disse jernbanelandanlæg.

B. Begivenheder forud for tvisten

- 12 I løbet af 2014 og 2015 modtog Kommissionen fem klager, hvoraf den første klage blev indgivet den 5. juni 2014, og i hvilken det blev foreholdt Kongeriget Danmark at have tildelt Femern og Femern Landanlæg statsstøtte, der var ulovlig og uforenelig med det indre marked.
- 13 I denne periode sendte Kommissionens tjenestegrene en række anmodninger om oplysninger til de danske myndigheder, som besvarede dem og ved flere lejligheder fremlagde yderligere oplysninger.
- 14 Ved skrivelse af 22. december 2014 anmeldte de danske myndigheder finansieringsmodellen for projektet til Kommissionen i henhold til artikel 108, stk. 3, TEUF.
- 15 Den 23. juli 2015 vedtog Kommissionen afgørelse C(2015) 5023 final om statsstøtte SA.39078 (2014/N) (Danmark) om finansiering af projektet vedrørende den faste forbindelse over Femern Bælt, som er omtalt i EU-Tidende af 2. oktober 2015 (EUT 2015, C 325, s. 5, herefter »afgørelsen om anlæg«). Afgørelsens dispositive del var opdelt i to led.
- 16 I det første led konkluderede Kommissionen, at de foranstaltninger, der blev ydet Femern Landanlæg til projektering, anlæg og drift af vej- og jernbanelandanlæggene, ikke udgjorde statsstøtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF.
- 17 I det andet led konkluderede Kommissionen, at de foranstaltninger, der blev ydet Femern til projektering, anlæg og drift af den faste forbindelse – såfremt de måtte udgøre statsstøtte efter traktatens artikel 107, stk. 1, TEUF – ville være forenelige med det indre marked i henhold til artikel 107, stk. 3, litra b), TEUF.

- 18 Efter den indledende undersøgelsesprocedure traf Kommissionen således afgørelse om ikke at gøre indsigelse mod de foranstaltninger, som de danske myndigheder havde anmeldt.
- 19 Ved domme af 13. december 2018, Scandlines Danmark og Scandlines Deutschland mod Kommissionen (T-630/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:942) og Stena Line Scandinavia mod Kommissionen (T-631/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:944), annullerede Retten afgørelsen om anlæg, for så vidt som Kommissionen havde besluttet ikke at gøre indsigelse mod de foranstaltninger, som Kongeriget Danmark havde indrømmet Femern til projektering, anlæg og drift af den faste forbindelse, og frifandt i øvrigt Kommissionen.
- 20 Hvad indledningsvis angår den offentlige finansiering indrømmet Femern Landanlæg til finansiering af projektering, anlæg og drift af jernbanelandanlæggene forkastede Retten anbringenderne om, at Kommissionen havde begået faktiske og retlige fejl, da den konkluderede, at denne finansiering ikke udgjorde statsstøtte, eftersom den ikke kunne fordreje konkurrencevilkårene eller påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF.
- 21 Hvad dernæst angår den offentlige finansiering indrømmet Femern til anlæg og drift af den faste forbindelse gav Retten derimod sagsøgerne medhold med den begrundelse, at Kommissionen havde tilsidesat sin forpligtelse i henhold til artikel 108, stk. 3, TEUF til at indlede den formelle undersøgelsesprocedure på grund af tilstedeværelsen af alvorlige vanskeligheder.

C. Den administrative procedure

- 22 Efter afsigelsen af domme af 13. december 2018, Scandlines Danmark og Scandlines Deutschland mod Kommissionen (T-630/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:942) og Stena Line Scandinavia mod Kommissionen (T-631/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:944), som stadfæstet af Domstolen ved dom af 6. oktober 2021, Scandlines Danmark og Scandlines Deutschland mod Kommissionen (C-174/19 P og C-175/19 P, EU:C:2021:801), underrettede Kommissionen ved skrivelse af 14. juni 2019 de danske myndigheder om sin beslutning om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, der er fastsat i artikel 108, stk. 2, TEUF, af foranstaltningerne til fordel for Femern for den del af projektet, der vedrører finansieringen af den faste forbindelse (herefter »indledningsafgørelsen«).
- 23 Indledningsafgørelsen blev offentliggjort i EU-Tidende den 5. juli 2019 (EUT 2019, C 226, s. 5). I nævnte afgørelse gav Kommissionen på grundlag af de oplysninger, der var til rådighed ved indledningen af den formelle undersøgelsesprocedure, bl.a. udtryk for sin tvivl med hensyn til muligheden for at lægge til grund, at Femern udøver økonomisk virksomhed.

D. Den anfægtede afgørelse

- 24 Den 20. marts 2020 vedtog Kommissionen den anfægtede afgørelse.
- 25 Den anfægtede afgørelse behandler de foranstaltninger, der er ydet Femern med henblik på projektering, anlæg og drift af den faste forbindelse. Til forskel fra afgørelsen om anlæg vedrører den anfægtede afgørelse derimod ikke foranstaltningerne til fordel for Femern Landanlæg om finansiering af vej- og jernbanelandanlæggene.
- 26 Det følger af artikel 1 i den anfægtede afgørelse, at foranstaltningerne i form af afskrivning af aktiver, fremførsel af skattemæssige underskud, den fælles beskatningsordning, jernbanebetalingerne, den vederlagsfrie brug af statslig ejendom og statsgarantierne for derivater ikke udgør statsstøtte til Femern i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF.
- 27 Ifølge den anfægtede afgørelses artikel 2 udgør foranstaltningerne i form af kapitalindsud og en kombination af statslån og statsgarantier til fordel for Femern, som Danmark i det mindste delvist har iværksat ulovligt, derimod statsstøtte i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF. Efter ændringen af disse foranstaltninger som anført i den reviderede anmeldelse, der fulgte efter indledningsafgørelsen, blev de anset for forenelige med det indre marked i henhold til artikel 107, stk. 3, litra b), TEUF.

E. Parternes påstande

- 28 Kongeriget Danmark har, støttet af Kongeriget Belgien, Forbundsrepublikken Tyskland og Storhertugdømmet Luxembourg, nedlagt følgende påstande:
- Den anfægtede afgørelses artikel 2 annulleres, for så vidt som den fastslår, at foranstaltningerne i form af kapitalindsud og en kombination af statslån og statsgarantier til fordel for Femern, som delvist er iværksat ulovligt, udgør statsstøtte i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF.
 - Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 29 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:
- Sagen afvises, subsidiært frifindelse.
 - Kongeriget Danmark tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

II. Retlige bemærkninger

A. Formaliteten

- 30 Kommissionen har, uden at fremsætte en formalitetsindsigelse ved særskilt dokument i henhold til artikel 130 i Rettens procesreglement, gjort gældende, at sagen skal afvises. Kommissionen har anført, at påstanden om delvis annullation vedrørende den anfægtede afgørelses artikel 2, første punktum, hvorefter foranstaltningerne i form af kapitalindsud og en kombination af statslån og statsgarantier til fordel for Femern udgør statsstøtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF, skal afvises med den begrundelse, at den anfægtede afgørelses artikel 2, andet punktum, dvs. konstateringen af, at nævnte foranstaltninger er forenelige med det indre marked, ikke kan udskilles fra nævnte artikels første punktum.
- 31 Kongeriget Danmark har, støttet af Storhertugdømmet Luxembourg, bestridt, at søgsmålet skal afvises.
- 32 Det skal bemærkes, at artikel 263 TEUF indeholder en sondring mellem på den ene side EU-institutionernes og medlemsstaternes ret til at anlægge annullationssøgsmål og på den anden side fysiske og juridiske personers ret til at anlægge sådanne søgsmål, idet denne artikels stk. 2 bl.a. giver enhver medlemsstat ret til gennem et annullationssøgsmål at anfægte lovligheden af Kommissionens afgørelser, uden at det herved er en forudsætning, at der godtgøres en søgsmålsinteresse. Til forskel fra fysiske og juridiske personer er det således ikke en betingelse for, at en medlemsstats søgsmål kan antages til realitetsbehandling, at denne godtgør, at en retsakt fra Kommissionen, som den har anfægtet, har retsvirkninger i forhold til staten selv (jf. i denne retning kendelse af 27.11.2001, Portugal mod Kommissionen, C-208/99, EU:C:2001:638, præmis 22 og 23, og dom af 20.9.2019, Tyskland mod ECHA, T-755/17, EU:T:2019:647, præmis 334).
- 33 Forudsætningen for, at en retsakt fra Kommissionen kan være genstand for et annullationssøgsmål, er dog, at den tilsigter at skabe retsvirkninger, uanset at disse retsvirkninger, for det tilfælde, hvor en sådan sag anlægges af en medlemsstat, ikke rammer denne stat selv (jf. i denne retning kendelse af 27.11.2001, Portugal mod Kommissionen, C-208/99, EU:C:2001:638, præmis 24).
- 34 I det foreliggende tilfælde skal det fastslås, at Kongeriget Danmark har nedlagt påstand om, at den anfægtede afgørelses artikel 2 alene annulleres, for så vidt som det heri fastslås, at foranstaltningerne i form af kapitalindsud og en kombination af statslån og statsgarantier til fordel for Femern, som delvist er iværksat ulovligt, udgør statsstøtte i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF. Som Kommissionen har gjort gældende, følger heraf, at det foreliggende søgsmål ikke vedrører den anfægtede afgørelses artikel 2, andet punktum, dvs. konstateringen af, at de nævnte foranstaltninger er forenelige med det indre marked.

- 35 Det skal fastslås, at som led i et annullationssøgsmål anlagt til prøvelse af en afgørelse, hvorved støtteforanstaltninger erklæres forenelige med det indre marked, kan konstateringen af forenelighed med det indre marked, uanset hvor væsentlig kvalificeringen som statsstøtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF er, ikke desto mindre foreløbigt udskilles herfra, således at en delvis annullation er mulig og begrundet i den omstændighed, at nævnte konstatering er fordelagtig for medlemsstaten (jf. i denne retning analogt dom af 23.10.1974, *Transocean Marine Paint Association mod Kommissionen*, 17/74, EU:C:1974:106, præmis 21).
- 36 Såfremt annullationen også omfatter de omhandlede foranstaltningers forenelighed med det indre marked, kan det nemlig ikke udelukkes, at Kommissionen i en ny afgørelse konkluderer, at der er tale om en uforenelig statsstøtte. Det kan derfor ikke kræves, at medlemsstatens påstande om annullation af en afgørelse, hvorved en støtte er blevet erklæret forenelig med det indre marked, ligeledes tager sigte på den del af den dispositive del af en afgørelse, hvorved foranstaltningerne er blevet erklæret forenelige med det indre marked. Fejl ved kvalificeringen af foranstaltninger som statsstøtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF indebærer endvidere ikke nødvendigvis, at erklæringen om forenelighed med det indre marked er behæftet med et urigtigt skøn eller ikke har retsvirkninger. Dette kan bl.a. være tilfældet, når alene en del af foranstaltningerne urigtigt er blevet kvalificeret som statsstøtte, men det fastslås, at Kommissionen korrekt kvalificerede de øvrige foranstaltninger som statsstøtte. I en sådan situation får medlemsstaten med den delvise annullation af den anfægtede retsakt, i afventning af Kommissionens nye afgørelse, mulighed for at fortsætte udbetalingen af den finansiering, der er indrømmet i medfør af de foranstaltninger, hvis kvalificering som statsstøtte ikke er behæftet med en fejl, og for hvilke erklæringen om forenelighed med det indre marked således fortsat skaber virkninger.
- 37 Kvalificeringen af nationale foranstaltninger som statsstøtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF og undersøgelsen af støtteforanstaltningers forenelighed med det indre marked udgør følgelig vurderinger af forskellig art, som med hensyn til formaliteten vedrørende den pågældende medlemsstats foreliggende søgsmål skal anses for at være selvstændige retlige vurderinger. Det følger heraf, at i betragtning af omstændighederne i den foreliggende sag skal Kommissionens argumentation om, at den anfægtede afgørelses artikel 2, første og andet punktum, ikke kan udskilles, da kvalificeringen som statsstøtte er den nødvendige og logiske forudsætning for støttens forenelighed med det indre marked, forkastes.
- 38 Kommissionens argument om, at annullationssøgsmålet ikke har nogen effektiv virkning, medmindre Retten annullerer hele den anfægtede afgørelses artikel 2, hvilket imidlertid går videre end Kongeriget Danmarks påstand, skal ligeledes forkastes. I henhold til artikel 266 TEUF har den institution, fra hvilken en annulleret retsakt hidrører, nemlig pligt til at gennemføre de nødvendige foranstaltninger til opfyldelse af dommen om annullation. Såfremt der gives

sagsøgeren medhold i det foreliggende søgsmål, og den anfægtede retsakt annulleres delvist, påhviler det følgelig Kommissionen at sikre opfyldelsen heraf.

- 39 Det følger af ovenstående betragtninger, at det foreliggende søgsmål kan antages til realitetsbehandling.

B. Realiteten

- 40 Til støtte for søgsmålet har Kongeriget Danmark fremsat to anbringender, hvorved denne medlemsstat for det første har gjort gældende, at Kommissionen med urette fastslog, at finansieringen af Femern udgør statsstøtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF, og for det andet at Kommissionen anlagde et urigtigt skøn ved at fastslå, at Femern udøver økonomisk virksomhed i konkurrence med tredjeparter inden idriftsættelsen af den faste forbindelse.
- 41 Det første anbringende består af fire led, hvormed Kongeriget Danmark har gjort gældende, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse med urette for det første fastslog, at Femerns aktiviteter ikke er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer, for det andet at Femern tilbyder transporttjenester på et marked i konkurrence med andre erhvervsdrivende, for det tredje at Femern er en erhvervsdrivende, der følger en økonomisk logik, og for det fjerde at finansieringen af Femern fordrejer konkurrencevilkårene og påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne. Det andet anbringende vedrører en argumentation, hvormed Kongeriget Danmark i det væsentlige har anfægtet, at Femerns aktiviteter kan anses for at være af økonomisk karakter inden idriftsættelsen af den faste forbindelse.
- 42 For så vidt som det første anbringendes tre første led og det andet anbringende vedrører kvalificeringen af Femerns aktiviteter som økonomisk virksomhed, finder Retten det hensigtsmæssigt at undersøge disse, inden den behandler det første anbringendes fjerde led, som vedrører de betingelser for fordrejning af konkurrencevilkårene og påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne, der er fastsat i artikel 107, stk. 1, TEUF.

1. Det første anbringendes første led om, at Femerns aktiviteter ikke forbindes med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer

- 43 Inden for rammerne af det første anbringendes første led har Kongeriget Danmark fremført tre klagepunkter. For det første har denne medlemsstat foreholdt Kommissionen, at den anlagde en snæver fortolkning af begrebet »aktiviteter, som henhører under offentlig myndighed, eller som er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer«. For det andet lagde Kommissionen med urette vægt på den omstændighed, at en privat aktør sikrer tjenester, der kan anses for at være et alternativ til Femerns aktiviteter. For det tredje undlod Kommissionen at tage hensyn til tilgængelige oplysninger, som godtgør, at Femerns aktiviteter er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer.

a) *Det første klagepunkt om den angiveligt for snævre fortolkning af begrebet »aktiviteter, som henhører under offentlig myndighed, eller som er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer«*

- 44 Kongeriget Danmark har, støttet af Kongeriget Belgien og Storhertugdømmet Luxembourg, i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen har anlagt en for snæver fortolkning af begrebet »udøvelse af offentlige myndigheders prærogativer« ved at indskrænke dette begreb til kun at angå aktiviteter, der er knyttet til statens væsentlige funktioner. Kongeriget Danmark har, støttet af Storhertugdømmet Luxembourg, nærmere bestemt anført, at det fremgår af retspraksis, at udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer ikke er begrænset til statens væsentlige funktioner, som blot er et eksempel blandt andre aktiviteter, der typisk henregnes til offentlig myndighed.
- 45 Kongeriget Danmark har endvidere anført, at Kommissionen ikke har taget hensyn til punkt 13 i sin meddelelse om begrebet statsstøtte i artikel 107, stk. 1, [TEUF] (EUT 2016, C 262, s. 1, herefter »meddelelsen om begrebet statsstøtte«). Ifølge Kongeriget Danmark følger det heraf, at en stat har et skøn ved afgrænsningen af, hvad der er myndighedsopgaver, og hvad der ikke er myndighedsopgaver. Kongeriget Danmark har således gjort gældende, at det, der er afgørende for at fastslå, om der er tale om myndighedsopgaver, er, om disse opgaver henhører under de offentlige myndigheders opgaver, sådan som disse opgaver konkret er organiseret i den pågældende medlemsstat. I det foreliggende tilfælde har Kongeriget Danmark anført, at de aktiviteter, der består i anlæg og drift af vej- og jernbaneinfrastruktur, således som de er organiseret i Danmark, indebærer, at de udgør udøvelse af offentlige myndigheders prærogativer – også når de udføres på den faste forbindelse af en statslig enhed som Femern.
- 46 Kongeriget Danmark har ligeledes i det væsentlige gjort gældende, at der for at fastslå, om Femerns aktiviteter udgør myndighedsøvelse, skal tages hensyn til den omstændighed, at denne enhed betros opgaver med offentlig tjeneste, som ikke kan varetages af private aktører. I denne henseende skal der ifølge Kongeriget Belgien ved vurderingen af, om udøvelsen af en aktivitet udgør udøvelse af offentlige myndigheders prærogativer, tages hensyn til forfølgelsen af et mål af almen interesse, der ikke alene tager sigte på aktivitetens rentabilitet.
- 47 Kongeriget Belgien har endvidere gjort gældende, at begrebet »statens væsentlige opgaver«, som Kommissionen har anvendt i den anfægtede afgørelse, ikke er klart defineret i EU-retten, at listen over funktioner, der er opregnet i artikel 4, stk. 2, TEU, ikke er udtømmende, og at retspraksis ikke støtter en snæver fortolkning af begrebet »udøvelse af offentlige myndigheders prærogativer«.
- 48 Kommissionen har bestridt denne argumentation.
- 49 Det skal indledningsvis præciseres, at i den foreliggende dom overlapper begreberne »aktiviteter, der henhører under offentlig myndighed« og »udøvelse af offentlige myndigheders prærogativer« hinanden. En sådan fremgangsmåde svarer

til den, som Kommissionen valgte i den anfægtede afgørelse samt i punkt 17 og 18 i meddelelsen om begrebet statsstøtte. I denne henseende har Kommissionen i sit svar på Rettens spørgsmål bekræftet, at der ikke er forskel mellem disse udtryk, som er sproglige varianter af samme retlige begreb.

- 50 For det første skal det med hensyn til argumentet om, at Kommissionen med urette fandt, at aktiviteter, som henhører under offentlig myndighed, eller som er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prerogativer, er de aktiviteter, der er knyttet til statens væsentlige opgaver, bemærkes, at aktiviteter, som henhører under offentlig myndighed (dom af 4.5.1988, Bodson, 30/87, EU:C:1988:225, præmis 18), eller som er knyttet til udøvelsen af offentlige myndigheders prerogativer (dom af 19.1.1994, SAT Fluggesellschaft, C-364/92, EU:C:1994:7, præmis 30, og af 24.3.2022, GVN mod Kommissionen, C-666/20 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2022:225, præmis 70), ikke har en økonomisk karakter, der begrundet anvendelsen af EUF-traktatens konkurrenceregler.
- 51 Ved at følge den tilgang, der var valgt i punkt 17 i meddelelsen om begrebet statsstøtte, lagde Kommissionen i 190. og 191. betragtning til den anfægtede afgørelse til grund, at en enhed kan anses for at handle som offentlig myndighed eller udøve offentlige myndigheders prerogativer, når dens aktivitet er knyttet til statens væsentlige opgaver eller er forbundet med disse opgaver som følge af sin art, sit formål og de regler, den er undergivet.
- 52 Det skal bemærkes, at aktiviteter, som indebærer udøvelse af offentlige myndigheders prerogativer, bl.a. omfatter kontrollen af og de politimæssige opgaver i luftrummet (dom af 19.1.1994, SAT Fluggesellschaft, C-364/92, EU:C:1994:7, præmis 30), opretholdelsen, forbedringen og udviklingen af luftfartssikkerheden (dom af 26.3.2009, SELEX Sistemi Integrati mod Kommissionen, C-113/07 P, EU:C:2009:191, præmis 76), miljøovervågningsarbejde i en oliehavn (dom af 18.3.1997, Diego Cali & Figli, C-343/95, EU:C:1997:160, præmis 22) samt søfartssikkerhed og -kontrol (dom af 20.9.2019, Port autonome du Centre et de l'Ouest m.fl. mod Kommissionen, T-673/17, ikke trykt i Sml., EU:T:2019:643, præmis 91). Det er endvidere blevet fastslået, at en aktivitet, der består i at indsamle oplysninger om virksomheder på grundlag af en virksomhederne pålagt retlig oplysningsforpligtelse og de tvangsmidler, som er forbundet dermed, hører under udøvelsen af offentlige myndigheders prerogativer (dom af 12.7.2012, Compass-Datenbank, C-138/11, EU:C:2012:449, præmis 40). Desuden er den vederlagsfrie levering af funktioner, som sikrer elektronisk indgåelse af offentlige kontrakter på hele en medlemsstats område i overensstemmelse med direktiverne, og som et ministerium har oprettet med dette formål, blevet anset for at være forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prerogativer (dom af 28.9.2017, Aanbestedingskalender m.fl. mod Kommissionen, T-138/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2017:675, præmis 71). Kommunale myndigheder handler i deres rolle som kompetent myndighed som omhandlet i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1370/2007 af 23. oktober 2007 om offentlig personbefordring med jernbane og ad vej og om ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 1191/69 og (EØF) nr. 1107/70 (EUT

2007, L 315, s. 1) ligeledes som offentlig myndighed, når de fastlægger reglerne for økonomisk kompensation til transportvirksomheder i medfør af en lovbestemt forpligtelse inden for de rammer, der er fastsat ved denne forordning (dom af 24.3.2022, GVN mod Kommissionen, C-666/20 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2022:225, præmis 73).

- 53 Det fremgår således af retspraksis, at begrebet »aktiviteter, der henhører under offentlig myndighed«, bl.a. vedrører aktiviteter, som indebærer udøvelse af beføjelser, der går ud over de almindelige retsregler, såsom lovgivnings- eller tvangsbeføjelser, statsmagtens privilegier, som pålægges borgere eller virksomheder, eller aktiviteter, hvis formål er at sikre overholdelsen af gældende lovgivning.
- 54 Det skal desuden bemærkes, at statens væsentlige funktioner ikke defineres i traktaterne. Det fremgår i denne henseende af artikel 4, stk. 2, TEU, at statens væsentlige funktioner bl.a. omfatter sikring af statens territoriale integritet, opretholdelse af lov og orden samt beskyttelse af den nationale sikkerhed. Eftersom listen i denne bestemmelse ikke er udtømmende, kan statens væsentlige funktioner ikke begrænses til sikring af den territoriale integritet og opretholdelse af lov og orden eller beskyttelse af den nationale sikkerhed.
- 55 På statsstøtteområdet er det således blevet fastslået, at miljøovervågningsarbejde er en opgave af almindelig interesse, der henhører under statens væsentlige opgaver med hensyn til beskyttelse af havnemiljøet, og at et sådant overvågningsarbejde som følge af sin art, sit formål og de regler, det er undergivet, er knyttet til udøvelsen af beføjelser vedrørende miljøbeskyttelse, som typisk er offentlige myndigheders prerogativer (dom af 18.3.1997, Diego Cali & Figli, C-343/95, EU:C:1997:160, præmis 22 og 23). Det følger heraf, at en enheds aktiviteter under visse omstændigheder kan anses for at være forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prerogativer, når aktiviteterne henhører under statens væsentlige funktioner.
- 56 Hvad angår Kongeriget Danmarks argument om, at det følger af præmis 36 i dom af 12. juli 2012, Compass-Datenbank (C-138/11, EU:C:2012:449), at udtrykket »prerogativer« mere generelt omfatter opgaver med offentlig tjeneste eller offentlig myndighed, skal det bemærkes, at Domstolen ved at fastslå, at aktiviteter, som er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prerogativer, ikke har en økonomisk karakter, der begrundet anvendelse af EUF-traktatens konkurrenceregler, alene har henvist til fast retspraksis (jf. i denne retning dom af 11.7.1985, Kommissionen mod Tyskland, 107/84, EU:C:1985:332, præmis 14 og 15, af 19.1.1994, SAT Fluggesellschaft, C-364/92, EU:C:1994:7, præmis 30, og af 1.7.2008, MOTOE, C-49/07, EU:C:2008:376, præmis 24) uden at ændre rækkevidden heraf. Det følger heraf, at Kongeriget Danmark ikke kan støtte sig på nævnte dom for at gøre gældende, at begrebet »prerogativer« skal fortolkes således, at det i videre omfang omfatter opgaver med offentlig tjeneste. Det skal i øvrigt bemærkes, således som det fremgår af præmis 40 i dom af 12. juli 2012, Compass-Datenbank (C-138/11, EU:C:2012:449), at Domstolen fastslog, at

den i denne sag omhandlede aktivitet var forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer, med den begrundelse at indsamlingen af oplysninger var støttet på en retlig forpligtelse, hvis overholdelse blev sikret med anvendelse af tvangsmidler.

- 57 Det følger heraf, at Kommissionen ikke begik en retlig fejl ved at finde, at en enhed handler som offentlig myndighed eller med udøvelse af offentlige myndigheders prærogativer, når dens aktiviteter er forbundet med statens væsentlige funktioner som følge af deres art, deres formål og de regler, aktiviteterne er undergivet.
- 58 For det andet skal det med hensyn til argumentet om, at Kommissionen ikke tog hensyn til punkt 13 i meddelelsen om begrebet statsstøtte, hvoraf fremgår, at medlemsstaterne frit kan fastlægge de aktiviteter, der henhører under offentlige myndigheders prærogativer, og dem, der ikke henhører herunder, således som Kommissionen med føje har anført, bemærkes, at denne meddelelses punkt 13 ikke vedrører de kriterier, der gør det muligt at fastslå, om en aktivitet er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer, hvilke kriterier fremgår af nævnte meddelelses punkt 17 og 18.
- 59 Det fremgår nemlig af punkt 13 i meddelelsen om begrebet statsstøtte, at spørgsmålet om, hvorvidt der findes et marked for bestemte tjenesteydelser, kan afhænge af, hvordan disse tjenesteydelser er organiseret i den pågældende medlemsstat, og svaret herpå kan derfor variere fra medlemsstat til medlemsstat. I denne henseende henvises i fodnote 10 til nævnte meddelelses punkt 13 til retspraksis vedrørende aktiviteter inden for social sikring, som kan kvalificeres som økonomisk virksomhed eller ikke-økonomisk virksomhed alt efter, hvordan de er organiseret. Med henblik på kvalificeringen heraf som økonomisk virksomhed, der udøves på et marked, eller ikke-økonomisk virksomhed skal det således afgøres, om nævnte aktiviteter vedrørende social sikring gennemfører solidaritetsprincippet som fortolket i retspraksis, om de drives uden vinding for øje og er underlagt statslig kontrol (jf. i denne retning dom af 17.2.1993, Poucet og Pistre, C-159/91 og C-160/91, EU:C:1993:63, præmis 7-12, 15 og 18, og af 11.6.2020, Kommissionen og Republikken Slovakiet mod Dôvera zdravotná poisťovňa, C-262/18 P og C-271/18 P, EU:C:2020:450, præmis 29-35).
- 60 Det skal i øvrigt bemærkes, at med hensyn til undervisning udgør finansieringen af sådanne aktiviteter med offentlige midler som led i hensyntagen til, hvordan en sådan aktivitet er organiseret i en medlemsstat, et relevant forhold til at sondre mellem økonomisk og ikke-økonomisk virksomhed (jf. i denne retning dom af 11.9.2007, Schwarz og Gootjes-Schwarz, C-76/05, EU:C:2007:492, præmis 39, og af 27.6.2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C-74/16, EU:C:2017:496, præmis 50). I et sådant tilfælde følger den økonomiske karakter af undervisningen på visse offentlige uddannelsesinstitutioner, der indgår i et offentligt uddannelsessystem, af reglerne for organisationen heraf i medlemsstaten, dvs. om der forfølges et formål af almen interesse, som fuldt ud eller hovedsageligt finansieres af statens budget, uden at det skal efterprøves, om

disse aktiviteter er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer.

- 61 Det skal følgelig konstateres, at Kongeriget Danmarks læsning af punkt 13 i meddelelsen om begrebet statsstøtte skal forkastes, eftersom der herved er foretaget en sammenblanding mellem på den ene side aktiviteter, der ikke kan anses for at være af økonomisk karakter, da de er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer (dom af 19.1.1994, SAT Fluggesellschaft, C-364/92, EU:C:1994:7, præmis 30, og af 24.3.2022, GVN mod Kommissionen, C-666/20 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2022:225, præmis 70), og på den anden side aktiviteter, som ikke er af økonomisk karakter, da de ikke består i at levere varer eller tjenesteydelser på et bestemt marked i konkurrence med varer eller tjenesteydelser fra andre erhvervsdrivende, der arbejder med gevinst for øje (jf. i denne retning dom af 1.7.2008, MOTOE, C-49/07, EU:C:2008:376, præmis 27, og af 27.6.2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C-74/16, EU:C:2017:496, præmis 46).
- 62 Hvad angår Kongeriget Danmarks argument, som i det væsentlige er udledt af, at en medlemsstat frit kan fastlægge de aktiviteter, der henhører under offentlige myndigheders prærogativer, skal det endvidere bemærkes, at begreberne »virksomhed« og »økonomisk virksomhed« er objektive begreber, som følger direkte af traktaten, og som afhænger af faktiske omstændigheder og ikke af de nationale myndigheders valg eller subjektive vurderinger (jf. i denne retning dom af 30.4.2019, Chambre de commerce et d'industrie métropolitaine Bretagne-Ouest (port de Brest) mod Kommissionen, T-754/17, ikke trykt i Sml., EU:T:2019:270, præmis 75).
- 63 Kongeriget Danmarks argument, som er støttet på punkt 13 i meddelelsen om begrebet statsstøtte, udspringer således af en urigtig fortolkning af denne bestemmelse og skal derfor forkastes.
- 64 For det tredje skal det med hensyn til Kongeriget Danmarks og Kongeriget Belgiens argumentation, hvormed disse medlemsstater i det væsentlige har gjort gældende, at der for at konstatere en offentlig myndigheds prærogativ skal tages hensyn til forfølgelsen af en almen interesse, bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at den omstændighed, at en enhed er betroet visse opgaver af almen interesse, ikke er til hinder for, at de pågældende aktiviteter anses for at udgøre økonomisk virksomhed (dom af 23.3.2006, Enirisorse, C-237/04, EU:C:2006:197, præmis 34, og af 16.12.2010, Nederlandene og NOS mod Kommissionen, T-231/06 og T-237/06, EU:T:2010:525, præmis 94).
- 65 Det følger af ovenstående betragtninger, at klagepunktet om en for snæver fortolkning af begrebet »aktiviteter, som henhører under offentlig myndighed, eller som er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer«, skal forkastes.

b) *Det tredje klagepunkt om en manglende hensyntagen til de tilgængelige oplysninger, der gør det muligt at knytte visse af Femerns aktiviteter til udøvelsen af offentlige myndigheders prerogativer*

- 66 Kongeriget Danmark har gjort gældende, at Kommissionen med urette undlod at tage hensyn til visse tilgængelige oplysninger, som viste, at Femerns aktiviteter både samlet og isoleret set er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prerogativer.
- 67 Kongeriget Danmark har, støttet af Kongeriget Belgien og Forbundsrepublikken Tyskland, anført, at med henblik på at afgøre, om aktiviteter udgør udøvelse af offentlige myndigheders prerogativer eller udgør økonomisk virksomhed, skal der foretages en konkret og samlet vurdering af arten og formålet med de pågældende aktiviteter samt de regler, som de er underlagt. Ifølge Kongeriget Danmark skal Kommissionen for at afgøre, om aktiviteter er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prerogativer, foretage en specifik og detaljeret analyse for hver af aktiviteterne.
- 68 For det første har Kongeriget Danmark gjort gældende, at anlæg og drift af offentlige veje og af det statslige jernbanenet er aktiviteter, der henhører under udøvelsen af offentlig myndighed, som ingen privat kan udføre. I denne forbindelse har Kongeriget Danmark, støttet af Storhertugdømmet Luxembourg, anført, at Femern er blevet tillagt opgaver som vejmyndighed og jernbaneinfrastrukturforvalter, der ellers ville skulle varetages af offentlige myndigheder. Hvad angår den opgave som vejmyndighed, der er tillagt Femern for så vidt angår den faste forbindelse, har Kongeriget Danmark anført, at denne bl.a. indebærer en afgørelseskompetence i henhold til lov nr. 1520 af 27. december 2014 om offentlige veje (herefter »lov om offentlige veje«). Kongeriget Danmark har desuden anført, at Femern som led i anlæg og drift af den faste forbindelse er blevet betroet udarbejdelsen af sikkerhedsplanerne for den faste forbindelse.
- 69 For det andet har Kongeriget Danmark, støttet af Storhertugdømmet Luxembourg, gjort gældende, at Kommissionen ikke har taget hensyn til den omstændighed, at Femerns aktiviteter er genstand for en nøje administrativ og politisk kontrol såvel af transportministeren som af Folketinget, eller til den omstændighed, at denne enhed er underlagt offentligretlige forpligtelser på flere områder, navnlig med hensyn til aktindsigt i dokumenter og offentlig revision, således at denne enhed minder om en statslig styrelse.
- 70 For det tredje har Kongeriget Danmark, støttet af Forbundsrepublikken Tyskland, gjort gældende, at Femern er en enhed, der ved lov er blevet tildelt en opgave med at implementere internationale forpligtelser.
- 71 For det fjerde har Kongeriget Danmark foreholdt Kommissionen, at den ikke tog hensyn til den omstændighed, at den danske jernbane- og vejinfrastruktur til forskel fra lufthavnssektoren ikke er blevet liberaliseret, hvorfor Femerns

aktiviteter adskiller sig grundlæggende fra kommercielle virksomheders aktiviteter.

- 72 Kongeriget Danmark har i øvrigt anført, at Kommissionen uberettiget vendte bevisbyrden, for så vidt som den krævede, at denne medlemsstat redegør for grundene til, at Femerns aktiviteter udgør udøvelse af offentlige myndigheders prærogativer. Kongeriget Belgien har i denne forbindelse gjort gældende, at eftersom det påhviler Kommissionen at bevise, at der foreligger statsstøtte, har Kommissionen – ved i det foreliggende tilfælde ikke at tage hensyn til alle de relevante elementer i den omtvistede transaktion – ikke i sin afgørelse fremlagt tilstrækkelige beviser med henblik på at godtgøre, at Femerns aktiviteter ikke er forbundet med udøvelse af offentlige myndigheders prærogativer.
- 73 Kommissionen har bestridt denne argumentation.
- 74 Adspurgt i retsmødet om betydningen og rækkevidden af klagepunktet om, at Kommissionen har undladt at tage hensyn til de prærogativer som offentlig myndighed, der er tillagt Femern, har Kongeriget Danmark præciseret, at dette klagepunkt består af to underklagepunkter. Principalt har denne medlemsstat foreholdt Kommissionen, at den med urette anså Femerns aktiviteter som helhed for ikke at være forbundet med offentlige myndigheders prærogativer. Subsidiært, såfremt Retten ikke tager det første underklagepunkt til følge, har Kongeriget Danmark foreholdt Kommissionen, at den begik en fejl, for så vidt som de opgaver, der var uddelegeret til Femern som vejmyndighed og som jernbaneinfrastrukturforvalter, og selskabets pligt til at udarbejde sikkerhedsplaner for den faste forbindelse ikke blev anset for at være forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer.
- 1) Det første underklagepunkt om, at Kommissionen med urette fandt, at aktiviteterne med anlæg og drift af den faste forbindelse ikke som sådan henhører under udøvelsen af offentlig myndighed*
- 75 Med det første underklagepunkt har Kongeriget Danmark principalt gjort gældende, at Kommissionen med urette konkluderede, at aktiviteterne med anlæg og drift af den faste forbindelse ikke som sådan henhører under udøvelsen af offentlig myndighed.
- 76 I det foreliggende tilfælde lagde Kommissionen i 191. betragtning til den anfægtede afgørelse som led i en samlet vurdering af Femerns aktiviteter til grund, at de danske myndigheders argumenter vedrørende formålet med, arten af og reglerne for nævnte aktiviteter, der er gengivet i 190. betragtning til den anfægtede afgørelse, ikke var tilstrækkelige til at konkludere, at denne enhed handlede under udøvelsen af offentlig myndighed.
- 77 Til anfægtelse af denne konklusion har Kongeriget Danmark for det første gjort gældende, at Kommissionen ikke tog hensyn til den omstændighed, at Femern lignede en offentlig myndighed som følge af de offentlige myndigheders tætte

kontrol med denne enhed samt enhedens forpligtelse til at overholde reglerne om aktindsigt og revision.

- 78 Det skal i denne henseende bemærkes, at den omstændighed, at en enhed er et offentligt selskab, som henhører under en ministers ressortområde, ikke i sig selv kan udelukke, at denne enhed kan anses for en virksomhed som omhandlet i EUF-traktatens bestemmelser (jf. i denne retning dom af 12.12.2000, *Aéroports de Paris mod Kommissionen*, T-128/98, EU:T:2000:290, præmis 109). Eftersom medlemsstaten selv eller en statslig enhed kan handle som virksomhed (dom af 12.7.2012, *Compass-Datenbank*, C-138/11, EU:C:2012:449, præmis 35, og af 20.9.2019, *Port autonome du Centre et de l'Ouest m.fl. mod Kommissionen*, T-673/17, ikke trykt i Sml., EU:T:2019:643, præmis 71), kan den omstændighed, at en enhed i visse henseender kan sidestilles med en offentlig myndighed som følge af de offentlige myndigheders tætte kontrol, og fordi den har pligt til at overholde visse offentligretlige regler, der finder anvendelse på de offentlige myndigheder, såsom reglerne om aktindsigt i dokumenter eller revision, endvidere ikke være til hinder for, at enheden udøver økonomisk virksomhed.
- 79 Den omstændighed, at de offentlige myndigheder fører tæt kontrol med en enhed, og at denne enhed er underlagt visse offentligretlige forpligtelser, der finder anvendelse på de offentlige myndigheder, indebærer desuden ikke i sig selv, at denne enhed er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer.
- 80 Det følger heraf, at den omstændighed, at Femern er underlagt de offentlige myndigheders tætte kontrol, og at denne enhed skal overholde reglerne om aktindsigt i dokumenter eller revision, ikke er tilstrækkelig til at konkludere, at enhedens aktiviteter er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer. I øvrigt gør den omstændighed, at Femern er underlagt de offentlige myndigheders tætte kontrol, og at denne enhed skal overholde reglerne om aktindsigt i dokumenter eller revision, det ikke i sig selv muligt at anse enheden for at være en offentlig myndighed.
- 81 For det andet skal det med hensyn til argumentet om, at Femern er en enhed, der ved lov er pålagt at implementere internationale forpligtelser, fastslås, at dette ikke som sådan er tilstrækkeligt til at konkludere, at enhedens aktiviteter er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer.
- 82 Det skal i det foreliggende tilfælde nemlig bemærkes, at Kongeriget Danmark under den formelle undersøgelsesprocedure ikke påberåbte sig en specifik bestemmelse i traktaten om Femern Bælt, som gjorde det muligt for Kommissionen at konstatere, at nævnte traktat betroede Femern aktiviteter, der er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer. I afsnit 3.1.1.2 i bemærkningerne af 26. august 2019, der blev indgivet til Kommissionen efter indledningen af den formelle undersøgelsesprocedure, indikerede de danske myndigheder således udelukkende, at oprettelsen af Femern og enhedens aktiviteter havde til formål at sikre Kongeriget Danmarks opfyldelse af en

international aftale samt gennemførelse af vigtige afgørelser om projektering, som den danske stat havde vedtaget. I fodnote 9 til nævnte bemærkninger henvises til artikel 6 i traktaten om Femern Bælt, idet det præciseres, at Eurocontrol i dom af 19. januar 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, EU:C:1994:7), var blevet anset for at udøve offentlig myndighed på grundlag af en aftale indgået mellem medlemsstater.

- 83 Det skal fastslås, at aktiviteterne i form af anlæg og drift af den faste forbindelse ikke kan sammenlignes med de aktiviteter, der var tillagt Eurocontrol. Det skal nemlig bemærkes, at Eurocontrols aktiviteter var blevet udelukket fra anvendelsesområdet for traktatens regler om konkurrence med den begrundelse, at aktiviteterne med kontrol af og politimæssige opgaver i luftrummet, som bl.a. indebar anvendelse af prærogativer og tvangsmidler, der afveg fra almindelig ret, over for brugerne af luftrummet, typisk er beføjelser, der henregnes til offentlig myndighed (jf. i denne retning dom af 19.1.1994, SAT Fluggesellschaft, C-364/92, EU:C:1994:7, præmis 24 og 30).
- 84 Hvad angår artikel 6 i traktaten om Femern Bælt skal det desuden bemærkes, at denne bestemmelses stk. 1 foreskriver, at Kongeriget Danmark etablerer et selskab, der forestår forberedelse, planlægning, design, opnåelse af godkendelser, kontrahering, finansiering, drift og vedligeholdelse af den faste forbindelse, idet det præciseres, at nævnte selskab skal have ejendomsretten til den faste forbindelse. I bestemmelsens stk. 2 præciseres det, at selskabet etableres i henhold til dansk ret, og at dets virksomhed udføres i overensstemmelse med almindelige forretningsprincipper og i overensstemmelse med internationale forpligtelser, herunder EU-retlige forpligtelser. I artikel 6, stk. 3, i traktaten om Femern Bælt bestemmes, at Kongeriget Danmark modtager ethvert overskud og hæfter for ethvert underskud, der måtte opstå i forbindelse med selskabets aktiviteter. Stk. 4 præciserer for sin del, at Kongeriget Danmark kan ændre organisationen af selskabet, uden at dette har betydning for de kontraherende staters pligter i henhold til traktaten om Femern Bælt, og at der kræves Forbundsrepublikken Tysklands forudgående samtykke, hvis 50% eller mere af aktierne overdrages til enheder, der ikke kontrolleres af den danske stat. Artikel 6, stk. 5, i traktaten om Femern Bælt fastsætter, at Kongeriget Danmark skal sørge for, at selskabet opfylder de opgaver, som det har fået tildelt i henhold til denne traktat.
- 85 Det skal fastslås, at artikel 6 i traktaten om Femern Bælt, som de danske myndigheder har påberåbt sig under den formelle undersøgelsesprocedure, ikke indeholder nogen bestemmelse, som ville give Kommissionen mulighed for at konstatere, at aktiviteterne med anlæg og drift af den faste forbindelse som sådan var forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer.
- 86 For det tredje skal det med hensyn til argumentet om, at Kommissionen ikke tog hensyn til den omstændighed, at anlæg og drift af vej- og jernbaneinfrastrukturer ikke er liberaliseret i Danmark, fastslås, at den manglende liberalisering af en erhvervssektor ikke udgør et indicium, som gør det muligt at konkludere, at en aktivitet principielt er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders

prærogativer. Det skal herom bemærkes, at det er på grund af den måde, hvorpå visse aktiviteter er organiseret i medlemsstaterne, at de er blevet anset for ikke at være af økonomisk karakter, og ikke fordi de er forbundet med offentlige myndigheders prærogativer. Dette gælder bl.a. for aktiviteter med offentlig uddannelse, som fuldt ud eller hovedsageligt finansieres af offentlige midler (jf. i denne retning dom af 11.9.2007, Schwarz og Gootjes-Schwarz, C-76/05, EU:C:2007:492, præmis 39, og af 27.6.2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C-74/16, EU:C:2017:496, præmis 50), sociale sikringsordninger, der gennemfører solidaritetsprincippet (jf. i denne retning dom af 17.2.1993, Poucet og Pistre, C-159/91 og C-160/91, EU:C:1993:63, præmis 7-12, 15 og 18, og af 11.6.2020, Kommissionen og Republikken Slovakiet mod Dôvera zdravotná poisťovňa, C-262/18 P og C-271/18 P, EU:C:2020:450, præmis 30-34) eller enheder med ansvar for forvaltningen af et nationalt sundhedsvæsen, som tilbyder sundhedstjenester vederlagsfrit (jf. i denne retning dom af 11.7.2006, FENIN mod Kommissionen, C-205/03 P, EU:C:2006:453, præmis 27, og af 4.3.2003, FENIN mod Kommissionen, T-319/99, EU:T:2003:50, præmis 39 og 49). Det følger heraf, at den omstændighed, at aktiviteterne med anlæg og drift af den faste forbindelse ikke er liberaliseret, ikke dermed indebærer, at nævnte aktiviteter er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer.

- 87 For det fjerde skal det med hensyn til argumentet om, at Kommissionen hverken tog hensyn til de opgaver, der var uddelegeret til Femern som vejmyndighed og jernbaneinfrastrukturforvalter, eller til det forhold, at det påhviler denne at udarbejde sikkerhedsplanerne for den faste forbindelse, bemærkes, at den omstændighed, at en dansk enhed med henblik på udøvelsen af en del af sine aktiviteter råder over offentlige myndigheders prærogativer, ikke i sig selv er til hinder for, at enheden kan anses for en virksomhed som omhandlet i EUF-traktatens konkurrenceregler for så vidt angår den resterende del af dens økonomiske virksomhed (dom af 1.7.2008, MOTOE, C-49/07, EU:C:2008:376, præmis 25, af 24.3.2011, Freistaat Sachsen og Land Sachsen-Anhalt mod Kommissionen, T-443/08 og T-455/08, EU:T:2011:117, præmis 98 og 99, og af 20.9.2019, Havenbedrijf Antwerpen og Maatschappij van de Brugse Zeehaven mod Kommissionen, T-696/17, EU:T:2019:652, præmis 85).
- 88 Det fremgår af retspraksis, at i det omfang en offentlig enhed udøver økonomisk virksomhed, som kan adskilles fra dens udøvelse af offentlige myndigheders prærogativer, handler denne enhed for så vidt angår denne aktivitet som en virksomhed, mens alle denne enheds aktiviteter bør anses for aktiviteter, der er knyttet til udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer, hvis dens økonomiske virksomhed er uadskilleligt forbundet med udøvelsen heraf (dom af 12.7.2012, Compass-Datenbank, C-138/11, EU:C:2012:449, præmis 38, og af 30.4.2019, UPF mod Kommissionen, T-747/17, EU:T:2019:271, præmis 82). Det følger heraf, at der ikke findes nogen nedre grænse for, hvornår en enheds samlede aktiviteter udgør ikke-økonomisk virksomhed, selv om den økonomiske virksomhed udgør den mindste del af enhedens virksomhed (jf. i denne retning dom af 30.4.2019, UPF mod Kommissionen, T-747/17, EU:T:2019:271, præmis

83, og af 20.9.2019, Le Port de Bruxelles og Région de Bruxelles-Capitale mod Kommissionen, T-674/17, ikke trykt i Sml., EU:T:2019:651, præmis 104).

- 89 Det skal i det foreliggende tilfælde fastslås, at Kongeriget Danmark ikke har fremlagt nogen oplysning med henblik på at godtgøre, at de opgaver som vejmyndighed og jernbaneinfrastrukturforvalter, som Femern sikrer, eller forpligtelsen til at udarbejde sikkerhedsplaner er uadskilleligt forbundet med den økonomiske virksomhed, som Kommissionen har identificeret, nemlig anlæg og drift af den faste forbindelse. Som det fremgår af behandlingen af det andet underklagepunkt, kunne Kommissionen under omstændighederne i den foreliggende sag under alle omstændigheder gyldigt fastslå, at Femern ved udøvelsen af de nævnte opgaver og med henblik på udarbejdelsen af sikkerhedsplaner for den faste forbindelse ikke var blevet betroet en offentlig myndigheds særlige prærogativ (jf. præmis 101-103 nedenfor).
- 90 Det følger af ovenstående betragtninger, at de oplysninger, som de danske myndigheder forelagde Kommissionen under den formelle undersøgelsesprocedure, ikke udgjorde oplysninger, som isoleret set eller samlet kunne føre til den konstatering, at samtlige Femerns omhandlede aktiviteter, dvs. anlæg og drift af den faste forbindelse, er forbundet med udøvelsen af offentlig myndigheders prærogativer.
- 91 Kommissionen kunne således i 191. betragtning til den anfægtede afgørelse gyldigt lægge til grund, at Femerns aktiviteter, henset til deres art, formål og de regler, som de er undergivet, ikke som sådan udgør aktiviteter, der henhører under udøvelsen af offentlig myndighed.
- 2) *Det andet underklagepunkt om, at Kommissionen med urette fastslog, at Femern ikke var blevet betroet et særligt prærogativ for en offentlig myndighed*
- 92 Med det andet underklagepunkt har Kongeriget Danmark foreholdt Kommissionen, at den med urette fandt, at de opgaver, der var uddelegeret til Femern som vejmyndighed og som jernbaneinfrastrukturforvalter, og udarbejdelsen af sikkerhedsplaner for den faste forbindelse ikke udgør aktiviteter, der er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer.
- 93 I denne henseende har Kommissionen i sit skriftlige svar på Rettens spørgsmål indikeret, at årsagen til, at den ikke foretog en grundig undersøgelse af Femerns specifikke aktiviteter, som Kongeriget Danmark havde påberåbt sig i den foreliggende procedure, var, at de danske myndigheder under den formelle undersøgelsesprocedure alene havde gjort gældende, at projektet med den faste forbindelse som helhed skulle anses for at være forbundet med offentligretlige myndigheders prærogativer, og at de danske myndigheder hverken udtrykkeligt påberåbte sig eller fremførte tilstrækkeligt præcise argumenter vedrørende disse aktiviteter.

- 94 I retsmødet har Kongeriget Danmark gjort gældende, at der under den administrative procedure var blevet fremlagt oplysninger om de opgaver, som var uddelegeret til Femern som vejmyndighed og jernbaneinfrastrukturforvalter, samt om udarbejdelsen af sikkerhedsplaner for den faste forbindelse, og at det tilkom Kommissionen, som skal bevise, at der foreligger statsstøtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF, at anmode om yderligere oplysninger.
- 95 Det skal i denne henseende bemærkes, at selv om det påhviler Kommissionen at bevise, at en foranstaltning opfylder de fornødne betingelser for at kunne kvalificeres som statsstøtte, er det derefter den medlemsstat, som har udbetalt eller påtænkt at udbetale denne støtte, som skal godtgøre, at denne foranstaltning ikke kan kvalificeres således.
- 96 Det følger heraf, at når Kommissionen finder, at en enhed udøver økonomisk virksomhed, påhviler det den pågældende medlemsstat som led i det loyale samarbejde mellem medlemsstaterne og institutionerne, således som dette følger af artikel 4, stk. 3, TEU, med henblik på at gøre det muligt for Kommissionen at kontrollere, om visse af nævnte enheds aktiviteter skal udelukkes fra anvendelsesområdet for artikel 107, stk. 1, TEUF, fordi de er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prerogativer, udtrykkeligt at påberåbe sig, at der foreligger sådanne aktiviteter, og afgive detaljerede forklaringer om den lovgivning, der finder anvendelse på disse aktiviteter, samt fremlægge alle oplysninger, der gør det muligt for Kommissionen at kontrollere, om der rent faktisk er tale om aktiviteter forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prerogativer (jf. analogt dom af 15.11.2011, Kommissionen og Spanien mod Government of Gibraltar og Det Forenede Kongerige, C-106/09 P og C-107/09 P, EU:C:2011:732, præmis 146 og 147).
- 97 Det følger heraf, at Kommissionen ikke kan kritiseres for, at den ikke tog eventuelle oplysninger i betragtning, som kunne have været fremlagt for den under den administrative procedure, men som ikke er blevet det, da Kommissionen ikke er forpligtet til af egen drift at undersøge og forestille sig, hvilke forhold der kunne være blevet forelagt for den (jf. analogt dom af 9.9.2009, Holland Malt mod Kommissionen, T-369/06, EU:T:2009:319, præmis 152, og af 6.4.2022, Mead Johnson Nutrition (Asia Pacific) m.fl. mod Kommissionen, T-508/19, EU:T:2022:217, præmis 106).
- 98 I det foreliggende tilfælde skal det bemærkes, at Kommissionen i den skrivelse til de danske myndigheder af 14. juni 2019, som er gengivet i indledningsafgørelsen, i skrivelsens afsnit 84-89 angav grundene til, at der efter en indledende analyse var grundlag for at finde, at Femern udøver økonomisk virksomhed. Kommissionen anførte nærmere bestemt i 85. betragtning til nævnte afgørelse, at den omstændighed, at projektet med den faste forbindelse forfølger formål af almen interesse, ikke nødvendigvis indebærer, at der er tale om en aktivitet, der henhører under udøvelsen af offentlig myndighed. I nævnte skrivelsens afsnit 86 lagde Kommissionen endvidere til grund, at den omstændighed, at to suveræne staters tilladelser til anlæg af en grænseoverskridende transportinfrastruktur

enhører under udøvelsen af offentlig myndighed, ikke nødvendigvis indebærer, at transporttjenesterne i sig selv eller anlægget af infrastrukturen ligeledes enhører under udøvelsen af offentlig myndighed.

- 99 Som Kongeriget Danmark har anført i retsmødet, gav Kommissionen i afsnit 84-89 i skrivelsen af 14. juni 2019 ganske vist udtryk for visse forbehold med hensyn til muligheden for at kvalificere Femerns aktiviteter som økonomisk virksomhed. Kommissionen anmodede således de danske myndigheder om at forelægge den alle relevante, ajourførte og fuldstændige dokumenter og oplysninger for at give den mulighed for navnlig at fortsætte vurderingen af, om Femerns aktiviteter var af økonomisk eller ikke-økonomisk karakter.
- 100 Som svar på nævnte anmodning fremførte de danske myndigheder i deres bemærkninger til indledningen af den formelle undersøgelsesprocedure af 26. august 2019 en argumentation, hvormed de principalt gjorde gældende, at samtlige Femerns aktiviteter skulle anses for at være forbundet med offentlige myndigheders prærogativer, og, subsidiært, at alene aktiviteten med drift af den faste forbindelse skulle anses for at være økonomisk virksomhed.
- 101 Det skal imidlertid fastslås, at de danske myndigheder i nævnte bemærkninger ikke udtrykkeligt gjorde gældende, at de opgaver, der er uddelegeret til Femern som vejmyndighed og jernbaneinfrastrukturforvalter, samt udarbejdelsen af sikkerhedsplaner for den faste forbindelse skal anses for at være forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer, således at de ikke er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 107, stk. 1, TEUF.
- 102 Med hensyn til de opgaver, der er uddelegeret til Femern som vejmyndighed og jernbaneinfrastrukturforvalter, samt udarbejdelsen af sikkerhedsplaner skal det fastslås, at de danske myndigheder hverken har omtalt disse i bemærkningerne til indledningen af den formelle undersøgelsesprocedure af 26. august 2019 eller i deres bemærkninger til de berørte parters kommentarer, som blev indgivet under den formelle undersøgelsesprocedure den 4. oktober 2019. På denne baggrund kan Kommissionen ikke foreholdes, at den under den formelle undersøgelsesprocedure ikke undersøgte, om opgaverne som jernbaneinfrastrukturforvalter og udarbejdelsen af sikkerhedsplaner for den faste forbindelse skulle udelukkes fra anvendelsesområdet for artikel 107, stk. 1, TEUF med den begrundelse, at disse aktiviteter skulle anses for at være forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer.
- 103 Hvad angår de opgaver, der er uddelegeret til Femern som vejmyndighed, skal det endvidere bemærkes, at disse opgaver kun omtales kortfattet i de danske myndigheders bemærkninger af 26. august 2019. Disse opgaver er nærmere bestemt blevet fremført som en illustration af det »offentlige ansvar«, der påhviler Femern, hvilken illustration er anført til støtte for en mere generel argumentation, hvormed det er blevet gjort gældende, at samtlige Femerns aktiviteter som følge af deres art skulle anses for at være forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer. Det skal desuden fastslås, at de oplysninger, som de

danske myndigheder forelagde Kommissionen under den formelle undersøgelsesprocedure, ikke gav denne institution mulighed for at konkludere, at disse aktiviteter er forbundet med sådanne prærogativer. I § 25, stk. 1, i lov om anlæg, hvortil der henvises i fodnote 12 til bemærkningerne til indledningen af den formelle undersøgelsesprocedure af 26. august 2019, bestemmes nemlig blot, at kyst til kyst-vejforbindelsen administreres efter lov om offentlige veje, og at Femern er vejmyndighed. Det fremgår ganske vist af lovforslaget til lov om anlæg, som Kommissionen rådede over under den formelle undersøgelsesprocedure, at »[d]et foreslås at Femern [...] administrerer vejforbindelsen tilhørende kyst til kyst-projektet nævnt i § 1, jf. § 38, efter lov om offentlige veje«, og »Femern [...] er således vejmyndighed i vejlovgivningens forstand og kan træffe afgørelser i henhold til lov om offentlige veje og regler udstedt i medfør heraf«. Det skal imidlertid fastslås, at de oplysninger, som Kommissionen rådede over under den formelle undersøgelsesprocedure, ikke indeholdt nogen præcisering hvad angår de eventuelle prærogativer, som vejmyndighederne har i forhold til tredjeparter, navnlig med hensyn til arten og rækkevidden af nævnte myndigheders »beslutningskompetence«. Som Kongeriget Danmark har anerkendt i retsmødet, gav denne medlemsstat endvidere ikke Kommissionen meddelelse om lov om offentlige veje under den formelle undersøgelsesprocedure. Det skal i øvrigt bemærkes, at de danske myndigheder under denne procedure ikke udtrykkeligt gjorde gældende, at de opgaver, der var uddelegeret til Femern som vejmyndighed, var forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer. Det følger heraf, at Kommissionen ikke kan foreholdes, at den ikke foretog en detaljeret undersøgelse af disse opgaver.

- 104 Det følger af ovenstående betragtninger, at det under omstændighederne i den foreliggende sag ikke var med urette, at Kommissionen i 194. betragtning til den anfægtede afgørelse lagde til grund, at Femern ikke var blevet betroet offentlige myndigheders særlige prærogativer.
- 105 Det andet underklagepunkt, som Kongeriget Danmark har fremført subsidiært, skal således forkastes.
- 106 Klagepunktet om en manglende hensyntagen til de tilgængelige oplysninger, der gjorde det muligt at knytte visse af Femerns aktiviteter til udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer, skal dermed forkastes i sin helhed.

c) Det andet klagepunkt om, at Kommissionen med urette tog hensyn til, at der forelå substituerbare ydelser for den faste forbindelse

- 107 Kongeriget Danmark har gjort gældende, at Kommissionen i sin undersøgelse med henblik på at fastslå, om Femerns aktiviteter er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer, begik en fejl ved at tillægge det betydning, at en privat aktør udbyder færgeoverfart, der betragtes som et alternativ til de tjenesteydelser, den nævnte enhed udbyder. Ifølge Kongeriget Danmark kan den omstændighed, at en privat aktør udbyder substituerbare ydelser, ikke have

betydning for konstateringen af, at Femerns aktiviteter er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer.

- 108 Kongeriget Danmark har i det væsentlige gjort gældende, at aktiviteter vedrørende anlæg og drift af vej- og jernbaneinfrastrukturer henhører under udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer, og at det forhold, at disse infrastrukturer og alternative transportformer kan substituere hinanden, ikke kan rejse tvivl om denne konstatering. Eftersom tilrådighedsstillelse af det danske vej- og jernbanenet ikke er omfattet af artikel 107, stk. 1, TEUF, er Kongeriget Danmark endvidere af den opfattelse, at Kommissionen ikke har fremlagt tilstrækkelige oplysninger til at forklare, hvorfor Femerns aktiviteter adskiller sig fra tilrådighedsstillelse af vej- og jernbanenettet.
- 109 Ifølge Kongeriget Danmark kan indførelse af brugerbetaling på vejinfrastruktur ikke være et afgørende element i kvalificeringen af tilrådighedsstillelse af den nævnte infrastruktur som økonomisk virksomhed i konkurrence med private aktører, der tilbyder alternative løsninger til vejnettet.
- 110 Kongeriget Danmark har gjort gældende, at Kommissionen i afgørelsen om anlæg fandt, at eftersom det nationale jernbanenet forvaltes og drives på et lukket marked, hvor der ikke er nogen konkurrence, kunne den offentlige finansielle støtte til Femern Landanlæg ikke påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, og dette på trods af, at visse flyruter og færgeruter kunne udgøre alternativer til visse jernbaneforbindelser. Kongeriget Danmark er derfor af den opfattelse, at det kriterium for substituerbarhed, som Kommissionen anvendte i forbindelse med undersøgelsen af Femerns jernbanetransporttjenester, er et andet og meget strengere kriterium end det, der blev lagt til grund i dens undersøgelse af det statslige danske jernbanenet generelt.
- 111 Kommissionen har bestridt denne argumentation.
- 112 Det fremgår af undersøgelsen af det tredje klagepunkt i præmis 74-106 ovenfor, at Kommissionen med føje kunne finde, at det ikke fremgik af sagsakterne, at Femerns aktiviteter som sådan henhørte under udøvelsen af offentlig myndighed, og at denne enhed var blevet betroet offentlige myndigheders prærogativer. Det følger heraf, at Kongeriget Danmarks argumentation inden for rammerne af nærværende klagepunkt er støttet på en urigtig forudsætning om, at aktiviteterne med anlæg og drift af den faste forbindelse er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer.
- 113 I modsætning til, hvad Kongeriget Danmark har gjort gældende, kan det i øvrigt ikke foreholdes Kommissionen, at den undersøgte, om de tjenesteydelser, som Femern tilbyder inden for rammerne af driften af den faste forbindelse, kan erstattes med dem, som tilbydes af aktører, der arbejder med gevinst for øje på et bestemt marked. Herved anvendte Kommissionen nemlig et kriterium, som gav den mulighed for at afgøre, om nævnte driftsaktivitet udgør en økonomisk virksomhed (jf. i denne retning dom af 1.7.2008, MOTOE, C-49/07,

EU:C:2008:376, præmis 27, og af 27.6.2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C-74/16, EU:C:2017:496, præmis 46).

- 114 Med hensyn til argumentet, hvormed det i det væsentlige er anført, at Kommissionen burde have foretaget en grundig undersøgelse af kendetegnene ved det danske vej- og jernbanenet for at afgøre, om aktiviteterne med anlæg og drift af den faste forbindelse er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer, skal det bemærkes, at Kongeriget Danmark ikke har fremlagt oplysninger i sagen, som gør det muligt at finde, at aktiviteterne med anlæg og drift af vej- og jernbanenet samlet set reelt er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer. Som Kommissionen med føje har anført, vedrører den anfægtede afgørelse endvidere udelukkende finansieringen af den faste forbindelse og ikke finansieringen af hele det danske vej- og jernbanenet, således at kendetegnene ved disse net ikke er relevante for at afgøre, om Femerns aktiviteter, der er omhandlet i det foreliggende tilfælde, har økonomisk karakter. Det følger heraf, at Kongeriget Danmarks argument ikke kan tages til følge.
- 115 Hvad angår argumentet om, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse anvendte et kriterium for substituerbarhed, som er strengere end det, der blev lagt til grund i afgørelsen om anlæg, således at vurderingen i det foreliggende tilfælde er utilstrækkelig og selvmodsigende, er det tilstrækkeligt at bemærke, at det forhold, at der findes substituerbare transporttjenester, ikke er et relevant element med henblik på at konstatere, om der foreligger aktiviteter, der er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer. Under alle omstændigheder skal det i modsætning til, hvad Kongeriget Danmark har anført, fastslås, at afgørelsen om anlæg og domme af 13. december 2018, Scandlines Danmark og Scandlines Deutschland mod Kommissionen (T-630/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:942) og Stena Line Scandinavia mod Kommissionen (T-631/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:944), på ingen måde vedrørte en eventuel konkurrence mellem jernbaneforbindelser og færge- og luftfartsselskaber, hvorfor Kongeriget Danmarks argumentation ikke kan tages til følge.
- 116 Hvad angår argumentet om, at indførelsen af brugerbetaling på vejinfrastruktur ikke kan være et afgørende kriterium for kvalificeringen af tilrådighedsstillelse af den nævnte infrastruktur som økonomisk virksomhed, fordi der foreligger substituerbarhed på et marked med aktører, som arbejder med gevinst for øje, og som tilbyder alternative løsninger til vejnettet, skal det forkastes. Som det præciseres inden for rammerne af nærværende anbringendes tredje led i præmis 148-153 nedenfor, udgør betalingen af gebyrer nemlig et element, som, selv om det ikke er afgørende, i det mindste er relevant med henblik på at kvalificere tilrådighedsstillelse af infrastruktur som økonomisk virksomhed, hvorfor Kommissionen med føje kunne tage hensyn hertil.
- 117 Eftersom Kommissionen med føje kunne fastslå, at Femern ikke var blevet betroet offentlige myndigheders særlige prærogativer, kan argumentationen om en sammenligning af forholdet af substituerbarhed mellem transportinfrastrukturer og alternative transportformer, som forelå mellem på den ene side udøvelsen af

politiets og retsvæsenets opgaver og på den anden side private sikkerhedsfirmaers og mægleres aktiviteter, ikke tages til følge. Det skal i denne henseende bemærkes, at politiets og retsvæsenets aktiviteter af deres art henhører under offentlig myndighed, for så vidt som de indebærer beføjelser, der går ud over de almindelige retsregler og statsmagtens privilegier, som pålægges borgere og virksomheder. Dette er hverken tilfældet med private sikkerhedsfirmaers aktiviteter eller mægling. Samme konstatering gælder for så vidt angår aktiviteterne med anlæg og drift af en transportinfrastruktur såsom den faste forbindelse.

- 118 Klagepunktet om en angivelig fejl som følge af hensyntagen til, at der fandtes substituerbare ydelser til den faste forbindelse, skal således forkastes.
- 119 Det følger af ovenstående betragtninger, at det første anbringendes første led om, at Kommissionen med urette fandt, at Femerns aktiviteter ikke indebar udøvelse af offentlige myndigheders prærogativer, skal forkastes i sin helhed.

2. *Det første anbringendes andet led om den angiveligt urigtige konstatering af, at Femern udbyder transporttjenester på et marked i konkurrence med andre aktører*

- 120 Kongeriget Danmark har, støttet af Kongeriget Belgien, gjort gældende, at den faste forbindelse ikke er i konkurrence med færageselskaberne, ligesom jernbaneinfrastruktur ikke er i direkte konkurrence med veje, busser eller lufthavne.
- 121 Ifølge Kongeriget Danmark er den eventuelle påvirkning af konkurrencen en effekt af beslutningen om at etablere den faste forbindelse, hvilket er en myndighedsopgave. Den samtidige forekomst af kommercielle aktiviteter og aktiviteter, der indebærer udøvelse af offentlige myndigheders prærogativer, betyder følgelig ikke automatisk, at sidstnævnte udgør økonomisk virksomhed.
- 122 Kongeriget Danmark har desuden gjort gældende, at uanset om Femerns aktiviteter anses for at være forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer, er denne enhed ikke i konkurrence med færageselskaberne. Kongeriget Danmark har fremhævet, at Femern har til opgave at anlægge og drive den faste forbindelse på en måde, der optimerer de makroøkonomiske gevinster. Den omstændighed, at denne enheds aktiviteter vil påvirke samfundsøkonomien og de omkringliggende markeder, herunder markedet for de tjenesteydelser, der udbydes af færageselskaberne, betyder således ikke, at anlæg og drift af den faste forbindelse kan anses for at være i konkurrence med private aktører på et marked for levering af transporttjenester.
- 123 Kongeriget Danmark har gjort gældende, at Femern under alle omstændigheder ikke kan være i konkurrence på markedet for transporttjenester på tidspunktet for projektering og anlæg af den faste forbindelse.

- 124 Kongeriget Belgien har gjort gældende, at der ikke kan foreligge konkurrence med private færageselskaber, eftersom den statslige intervention er begrænset til at afhjælpe manglerne på privat initiativ.
- 125 Kommissionen har bestridt denne argumentation.
- 126 Det skal i denne henseende bemærkes, at det fremgår af fast retspraksis, at begrebet virksomhed inden for EU-konkurrencerettens område omfatter enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, og at enhver virksomhed, hvorved der udbydes varer og tjenesteydelser på et bestemt marked, udgør en økonomisk virksomhed (dom af 19.12.2012, *Mitteldeutsche Flughafen og Flughafen Leipzig-Halle mod Kommissionen*, C-288/11 P, EU:C:2012:821, præmis 50, og af 24.3.2022, *GVN mod Kommissionen*, C-666/20 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2022:225, præmis 69).
- 127 I det foreliggende tilfælde lagde Kommissionen i 193. betragtning til den anfægtede afgørelse til grund, at der er et marked for passage af Femern Bælt, hvor et færageselskab, som er en privat virksomhed, der driver virksomhed på markedsvilkår, er aktivt. Kommissionen fandt følgelig, at de transporttjenester, som Femern leverer, konkurrerer med de transporttjenester, som udbydes af dette færageselskab.
- 128 Det skal fastslås, at Kongeriget Danmark ikke har anfægtet, at der findes et marked for passage af Femern Bælt mellem Rødby og Puttgarden, som leveres af et færageselskab, og har anerkendt, at idriftsættelsen af den faste forbindelse ligeledes vil have indvirkning på flere former for virksomheder, såsom færageselskaber, busselskaber eller endda vejgodstransportvirksomheder.
- 129 Selv om Kongeriget Danmark har anfægtet, at der er et konkurrenceforhold mellem de tjenesteydelser, som udbydes af Femern, og dem, der udbydes af færageselskabet, skal det desuden bemærkes, at prisniveauet, således som det fremgår af Femerns finansielle analyse for 2016, er et element, som forbrugeren tager i betragtning ved valget af at benytte den faste forbindelse eller færageselskaberne med henblik på at krydse Femern Bælt.
- 130 Det skal følgelig fastslås, at der foreligger substituerbarhed mellem de tjenesteydelser, som udbydes af Femern, og dem, der udbydes af færageselskabet. Som Kommissionen med føje har gjort gældende, skal det således fastslås, at selv om Femern og færageselskabet udbyder tjenesteydelser, hvis kendetegn i visse henseender er forskellige, er de aktive på det samme marked, nemlig markedet for passage af Femern Bælt, på hvilket forbrugerne – såfremt det efter idriftsættelsen af den faste forbindelse er muligt at bevare de tjenesteydelser, som udbydes af færageselskabet – vil kunne vælge mellem de tjenesteydelser, som udbydes af dette selskab, og dem, der udbydes af Femern som led i driften af den faste forbindelse.
- 131 Det skal endvidere bemærkes, at Kongeriget Danmark ikke har anfægtet det andet mulige tilfælde, som er anført i 237. og 360. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvorefter idriftsættelsen af den faste forbindelse kan føre til, at

færgetjenesterne på ruten mellem Rødby og Puttgarden forsvinder. Et sådant tilfælde underbygger, at der er substituerbarhed mellem de tjenesteydelser, som udbydes af færgeselskabet, der driver denne rute, og dem, der udbydes af Femern.

- 132 Under omstændighederne i den foreliggende sag skal det således i modsætning til, hvad Kongeriget Danmark har gjort gældende, fastslås, at de tjenesteydelser, som udbydes af Femern som led i driften af den faste forbindelse, er i konkurrence med dem, der for at krydse Femern Bælt udbydes af en anden transportør, nemlig det færgeselskab, som driver ruten mellem Rødby og Puttgarden, og som, hvilket Kongeriget Danmark ikke har bestridt, er en virksomhed, der arbejder med gevinst for øje.
- 133 Det skal i øvrigt bemærkes, at Kommissionen ligeledes har identificeret et videre marked for transporttjenester, nemlig markedet for transportforbindelser, der udgør et alternativ til passagen af Femern Bælt. Det følger i denne forbindelse af en kombineret læsning af 193. og 237. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Kommissionen ligeledes tog hensyn til markedet for transporttjenester for at sikre forbindelserne over den vestlige Østersø, nemlig forbindelserne mellem Danmark, Tyskland og Sverige, hvor der ligeledes er aktive færgeselskaber, for hvilke en del af trafikken – således som det fremgår af Femerns finansielle analyse for 2016 – vil blive absorberet af den faste forbindelse.
- 134 Argumentationen om, at Femern ikke kan indgå i konkurrence med andre leverandører af transporttjenester som følge af betragtningerne om udøvelsen af offentlige myndigheders prerogativer, skal forkastes.
- 135 For så vidt som Kongeriget Danmark med denne argumentation har gjort gældende, at der ikke er konkurrence mellem den faste forbindelse og færgeselskaberne, eftersom indvirkningen af idriftsættelsen af nævnte faste forbindelse på konkurrencen følger af en afgørelse fra de offentlige myndigheder, som er vedtaget under udøvelsen af offentlige myndigheders prerogativer, kan denne argumentation ikke tiltrædes. Det skal nemlig bemærkes, at den omstændighed, at en medlemsstat benytter sådanne prerogativer for at oprette en enhed med ansvar for anlæg og drift af en infrastruktur, ikke nødvendigvis indebærer, at denne enheds virksomhed ligeledes er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prerogativer.
- 136 For så vidt som Kongeriget Danmark har gjort gældende, at Femerns aktiviteter eventuelle indvirkning på konkurrencen er uden betydning, eftersom nævnte virksomhed er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prerogativer, skal en sådan argumentation ligeledes forkastes. Som allerede konstateret (jf. præmis 74-106 ovenfor) kunne Kommissionen under omstændighederne i denne sag nemlig med føje fastslå, at Femerns aktiviteter ikke i sig selv henhørte under udøvelsen af offentlig myndighed, og at denne enhed i betragtning af oplysningerne i sagsakterne ikke var blevet betroet offentlige myndigheders prerogativer.

- 137 Hvad angår argumentet om, at Femerns aktiviteter indvirkning på samfundsøkonomien og de omkringliggende markeder er uden betydning for at konstatere et konkurrenceforhold mellem denne enhed og færgeelskaberne, eftersom nævnte virksomhed tilsigter at optimere Danmarks makroøkonomiske gevinster, skal det bemærkes, at det med nævnte argument i det væsentlige gøres gældende, at konstateringen om, at en enhed udøver virksomhed under forfølgelse af et formål af almen interesse, er til hinder for, at nævnte enhed kan anses for at konkurrere med aktører, der handler med gevinst for øje. Som bemærket i præmis 64 ovenfor kan den omstændighed, at en enhed er blevet betroet visse opgaver af almen interesse, ikke være til hinder for, at den pågældende virksomhed skal betragtes som økonomisk virksomhed. Det skal nemlig bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at artikel 107, stk. 1, TEUF ikke sondrer ud fra grundene til eller formålet med de statslige interventioner, men definerer disse i kraft af deres virkninger (dom af 2.7.1974, Italien mod Kommissionen, 173/73, EU:C:1974:71, præmis 27, og af 6.4.2022, Mead Johnson Nutrition (Asia Pacific) m.fl. mod Kommissionen, T-508/19, EU:T:2022:217, præmis 80).
- 138 Argumentet om, at Femern ikke konkurrerer med færgeelskaberne, eftersom den offentlige intervention er begrænset til at afhjælpe manglerne på privat initiativ, skal forkastes. Som det fremgår af præmis 126 ovenfor, skal Kommissionen for at afgøre, om en enhed udøver økonomisk virksomhed, nemlig godtgøre, at nævnte enhed udbyder varer eller tjenesteydelser på et marked i konkurrence med aktører, der arbejder med gevinst for øje. I det foreliggende tilfælde er der, således som det fremgår af 193. betragtning til den anfægtede afgørelse, allerede en privat aktør, der tilbyder tjenesteydelser for at sikre passagen af Femern Bælt. Der findes ligeledes private virksomheder, der leverer transporttjenester på andre ruter, som er alternativer til passagen af dette bælt.
- 139 Argumentet om, at Femern ikke kan være i konkurrence på markedet for transporttjenester under anlæggelsen af den faste forbindelse, skal ligeledes forkastes. Som det præciseres i forbindelse med undersøgelsen af det andet anbringende i præmis 185-207 nedenfor, kunne Kommissionen under omstændighederne i den foreliggende sag nemlig uden at anlægge et urigtigt skøn konkludere, at aktiviteterne med anlæg og drift af den faste forbindelse er uløseligt forbundet.
- 140 Det følger af ovenstående betragtninger, at det første anbringendes andet led om, at det med urette blev fastslået, at Femern tilbyder transporttjenester på et marked i konkurrence med andre aktører, skal forkastes i det hele.

3. *Det første anbringendes tredje led om den angiveligt urigtige konstatering om, at Femern er en aktør, der forfølger en kommerciel logik*

- 141 Kongeriget Danmark har gjort gældende, at Femern ikke kan drive den faste forbindelse som en markedsøkonomisk aktør, der styres af en markedsøkonomisk logik, og derfor ikke kan udnytte den faste forbindelse kommercielt. Kongeriget Danmark har i denne retning anført, at Femern for så vidt angår væsentlige

forhold handler efter instruks fra transportministeren, der ligeledes har til opgave at fastsætte vejafgiften ud fra makroøkonomiske og politiske overvejelser, og præciseret, at enhedens overskud vil blive anvendt til finansiering af infrastruktur på dansk område. Storhertugdømmet Luxembourg har i denne forbindelse gjort gældende, at eftersom Femern ikke er underlagt en regel om overskudsmaksimering, Femerns overskud skal bidrage til finansieringen af de offentlige landanlæg, og Femern ikke har nogen beslutningsfrihed, kan det ikke antages, at denne enhed udøver økonomisk aktivitet.

- 142 Kongeriget Danmark har, støttet af Forbundsrepublikken Tyskland og Storhertugdømmet Luxembourg, desuden gjort gældende, at det forhold, at Femerns aktiviteter finansieres ved brugerbetaling, ikke er tilstrækkeligt til, at denne enhed kan anses for styret af en markedslogik. I denne henseende har Storhertugdømmet Luxembourg gjort gældende, at metoden til finansiering af den faste forbindelse ved skatter eller af brugerne ikke er et relevant forhold med henblik på at sondre mellem ikke-økonomisk og økonomisk virksomhed. Kongeriget Danmark er endvidere af den opfattelse, at Kommissionen ikke i tilstrækkelig grad tog hensyn til den manglende frihed med hensyn til prisfastsættelse, som er relevant med henblik på at fastslå, at Femern ikke udgør en virksomhed.
- 143 Kongeriget Danmark har i øvrigt anført, at den omstændighed, at Femern opkræver betaling fra brugerne, når den faste forbindelse sættes i drift, ikke vil føre til, at Femerns aktiviteter, der udgør udøvelse af offentlige myndigheders prærogativer, bliver økonomisk virksomhed.
- 144 Kommissionen har bestridt denne argumentation.
- 145 For det første skal det med hensyn til argumenterne om, at den faste forbindelse ikke vil være genstand for kommerciel udnyttelse, bemærkes, at det følger af retspraksis vedrørende statsstøtte, at ydelser, der normalt udføres mod betaling, udgør tjenesteydelser, der kan kvalificeres som »økonomisk virksomhed, idet det væsentlige kendetegn ved betalingen består i, at betalingen udgør det økonomiske modstykke til tjenesteydelsen (jf. i denne retning dom af 27.6.2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C-74/16, EU:C:2017:496, præmis 47, og af 20.9.2019, Havenbedrijf Antwerpen og Maatschappij van de Brugse Zeehaven mod Kommissionen, T-696/17, EU:T:2019:652, præmis 75).
- 146 På området for statsstøtte er den omstændighed, at en virksomhed ikke varetages af private aktører, eller at den ikke er rentabel, endvidere ikke relevante kriterier for at kvalificere den som økonomisk virksomhed eller ej. Det følger af fast retspraksis, at begrebet »virksomhed« inden for konkurrencerettens område omfatter enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde, samt at enhver virksomhed, hvorved der udbydes varer og tjenesteydelser på et bestemt marked, udgør en økonomisk virksomhed (dom af 25.10.2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, EU:C:2001:577, præmis 19, og af 20.9.2019, Havenbedrijf Antwerpen og Maatschappij van de

Brugse Zeehaven mod Kommissionen, T-696/17, EU:T:2019:652, præmis 46). Det følger heraf, at den økonomiske karakter af en virksomhed ikke afhænger af den private eller offentlige status af den enhed, som udøver virksomheden, eller af dennes rentabilitet (dom af 19.12.2012, Mitteldeutsche Flughafen og Flughafen Leipzig-Halle mod Kommissionen, C-288/11 P, EU:C:2012:821, præmis 50, og af 15.12.2016, Spanien mod Kommissionen, T-808/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:734, præmis 55).

- 147 Det er i lyset af disse principper, at de argumenter, som Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland og Storhertugdømmet Luxembourg har fremført, skal undersøges.
- 148 I modsætning til, hvad Kongeriget Danmark og Storhertugdømmet Luxembourg i det væsentlige har gjort gældende, er den omstændighed, at adgangen til den faste forbindelse er betinget af betalingen af en afgift, et relevant element med henblik på at kvalificere nævnte forbindelse som en økonomisk virksomhed.
- 149 Det skal i denne henseende præciseres, at EUF-traktatens bestemmelser om konkurrence, og mere specifikt vedrørende statsstøtte, ikke kræver, at medlemsstaterne opkræver betaling for adgang til transportinfrastruktur, men overlader det til medlemsstaternes eget skøn, hvorvidt adgangen skal være gratis eller ske mod betaling af en økonomisk modydelse.
- 150 Når medlemsstaten inden for rammerne af gennemførelsen af sin transportpolitik beslutter, at tilrådighedsstillelsen af en infrastruktur sker gratis i den almene interesse, kan dette således udgøre et indicium med henblik på at fastslå, at denne infrastruktur ikke er genstand for økonomisk udnyttelse. Når medlemsstaten som i det foreliggende tilfælde beslutter at gøre adgangen til infrastrukturen betinget af en afgift med henblik på at skabe formålsbestemte indtægter, således som det fremgår af 192. betragtning til den anfægtede afgørelse – bl.a. med henblik på tilbagebetalingen af den gæld, der er optaget for at finansiere projekteringen og anlæggelsen af den faste forbindelse – skal det derimod fastslås, at infrastrukturen er genstand for økonomisk udnyttelse (jf. i denne retning dom af 24.3.2011, Freistaat Sachsen og Land Sachsen-Anhalt mod Kommissionen, T-443/08 og T-455/08, EU:T:2011:117, præmis 93 og 94).
- 151 I det foreliggende tilfælde skal det fastslås, at Kommissionen i 192. betragtning til den anfægtede afgørelse anførte, at Femern leverer en transporttjeneste til borgere og virksomheder, som er betinget af betalingen af en afgift for benyttelsen af vejdelene og jernbaneinfrastrukturen.
- 152 Det følger heraf, at Kommissionen uden at anlægge et urigtigt skøn i 194. betragtning til den anfægtede afgørelse kunne lægge til grund, at driften af den faste forbindelse er styret af en økonomisk logik, eftersom den finansieres af brugerbetaling.
- 153 For så vidt som Kommissionen i 193. betragtning til den anfægtede afgørelse lagde til grund, at Femern bl.a. vil udbyde tjenesteydelser på markedet for

transporttjenester til passage af Femern Bælt, på hvilket en aktør, der arbejder med gevinst for øje, driver virksomhed, samt i 192. og 194. betragtning til den anfægtede afgørelse anførte, at adgangen til den faste forbindelse vil være betinget af betalingen af afgifter til denne enhed som modydelse for leveringen af tjenesteydelsen, kunne denne institution følgelig med føje konkludere, at aktiviteten med drift af den faste forbindelse udgør økonomisk virksomhed.

- 154 De argumenter, som Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland og Storhertugdømmet Luxembourg har fremført, om, at de regler, som Femern er underlagt, ikke giver denne enhed mulighed for en kommerciel udnyttelse af den faste forbindelse, kan ikke rejse tvivl om denne konklusion.
- 155 Det skal i denne henseende bemærkes, at det for at udelukke, at en aktivitet, der består i at udbyde varer eller tjenesteydelser på et marked, har økonomisk karakter, ikke er tilstrækkeligt at gøre gældende, at infrastrukturforvalteren ikke udelukkende handler på et kommercielt grundlag med henblik på profitmaksimering, at denne forvalter lader den almene interesse veje tungere end afkastet af investeringen, at den pågældende arbejder uden gevinst for øje, og at vedkommende systematisk geninvesterer sin fortjeneste (jf. i denne retning dom af 30.4.2019, *Chambre de commerce et d'industrie métropolitaine Bretagne-Ouest (port de Brest) mod Kommissionen*, T-754/17, ikke trykt i Sml., EU:T:2019:270, præmis 80).
- 156 Eftersom den eventuelt økonomiske karakter af en virksomhed ikke afhænger af den private eller offentlige status af den enhed, som udøver virksomheden, eller af dennes rentabilitet, følger det heraf, at selv om indtægterne fra en virksomhed skal geninvesteres i ikke-økonomisk virksomhed, udgør den aflønnede virksomhed endvidere markedsdeltagelse, som kan bringe formålet med konkurrenceretten i fare, hvorfor en pligt til at geninvestere indtægterne ikke er til hinder for, at en virksomhed har økonomisk karakter (jf. i denne retning dom af 12.9.2013, *Tyskland mod Kommissionen*, T-347/09, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:418, præmis 50).
- 157 De argumenter, der er udledt af, at Femern ikke forfølger et formål om profitmaksimering og skal geninvestere sin fortjeneste med henblik på at finansiere infrastrukturene, kan således ikke tages til følge. Den af Kongeriget Danmark anførte omstændighed, at niveauet af brugerbetaling for den faste forbindelse ikke fastsættes på grundlag af en markedslogik, for så vidt som priserne er langt fra dem, som private aktører anvender på markedet, kan heller ikke være til hinder for, at det fastslås, at driften af den faste forbindelse udgør en økonomisk virksomhed.
- 158 Desuden skal argumentet om, at Femern for så vidt angår væsentlige forhold, såsom vedrørende tidspunktet for iværksættelsen af anlægsarbejdet, handler efter instruks fra transportministeren, forkastes. Spørgsmålet om, hvorvidt de pågældende aktiviteter, der udøves af en enhed, har økonomisk karakter, afhænger nemlig ikke af den omstændighed, at en privat investor ikke ville kunne udøve

aktiviteterne på samme vilkår (jf. analogt dom af 16.7.2014, Zweckverband Tierkörperbeseitigung mod Kommissionen, T-309/12, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:676, præmis 76).

- 159 Med hensyn til argumentet om, at Kommissionen ikke tog tilstrækkeligt hensyn til, at Femern ikke havde frihed til at fastsætte niveauet af brugerbetaling for forbindelsen, skal det endvidere bemærkes, at principperne for regulering af afgifternes niveau, således som det fremgår af § 42, stk. 2, i lov om anlæg, ganske vist fastsættes af transportministeren. I stævningen har Kongeriget Danmark imidlertid medgivet, at Femern i medfør af nævnte lovs § 42, stk. 3, kan ændre de generelle rabatordninger og indføre nye rabatordninger, i det omfang dette ikke påvirker betalingsniveauet væsentligt. Kommissionen anlagde således ikke et urigtigt skøn ved i 197. betragtning til den anfægtede afgørelse at lægge til grund, at Femern har en vis margen til selv at bestemme sine priser.
- 160 Den omstændighed alene, at transportministeren fastsætter rammer for afgifternes størrelse på grundlag af makroøkonomiske betragtninger og i tilknytning til transportpolitikken, er ikke tilstrækkelig til at fastslå, at aktiviteten med drift af den faste forbindelse ikke udgør en økonomisk virksomhed.
- 161 Der kan endvidere ikke tages hensyn til den omstændighed, at Femern efter den anfægtede afgørelse ikke længere har mulighed for at ændre afgifternes størrelse, efter at der under nærværende sags behandling er blevet vedtaget en ny lov, således at alene transportministeren har beføjelse til at fastsætte nævnte afgifters størrelse. Lovligheden af en EU-retsakt skal nemlig bedømmes efter de faktiske og retlige omstændigheder på det tidspunkt, da retsaktens blev udstedt (dom af 7.2.1979, Frankrig mod Kommissionen, 15/76 og 16/76, EU:C:1979:29, præmis 7 og 8, og af 12.12.1996, Altmann m.fl. mod Kommissionen, T-177/94 og T-377/94, EU:T:1996:193, præmis 119). Heraf følger, at det er udelukket, at der ved bedømmelsen af retsaktens lovlighed tages omstændigheder i betragtning, som er indtruffet efter det tidspunkt, hvor EU-retsaktens blev vedtaget (dom af 27.9.2006, Roquette Frères mod Kommissionen, T-322/01, EU:T:2006:267, præmis 325, og af 11.2.2015, Spanien mod Kommissionen, T-204/11, EU:T:2015:91, præmis 123). Ved vedtagelsen af den anfægtede afgørelse kunne Kommissionen således med føje tage hensyn til den omstændighed, at Femern i et vist omfang kunne påvirke størrelsen af visse afgifter for adgang til infrastrukturen.
- 162 Det følger af det ovenstående, at de argumenter, som Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland og Storhertugdømmet Luxembourg har fremført for at gøre gældende, at de regler, som Femern er underlagt, ikke giver enheden mulighed for at foretage en kommerciel udnyttelse af den faste forbindelse, uanset om de betragtes isoleret set eller i deres helhed, ikke rejser tvivl om konstateringen om, at driften af den faste forbindelse udgør en økonomisk virksomhed.
- 163 For det andet er det med hensyn til den argumentation, hvormed det i det væsentlige er blevet gjort gældende, at Femerns aktiviteter, for så vidt som de er

forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer, ikke kan blive økonomisk virksomhed som følge af opkrævningen af brugerbetaling for den faste forbindelse, tilstrækkeligt at bemærke, at denne argumentation er støttet på den urigtige antagelse, at Kommissionen skulle have fundet, at visse af Femerns aktiviteter er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer (jf. præmis 75-106 ovenfor). Denne argumentation kan følgelig ikke tiltrædes.

164 Det første anbringendes tredje led skal dermed forkastes i det hele.

4. *Det andet anbringende om, at Kommissionen med urette fastslog, at aktiviteterne med anlæg og drift af den faste forbindelse er uløseligt forbundet*

165 Med det andet anbringende har Kongeriget Danmark ikke alene anfægtet, at konstateringen om, at aktiviteterne med anlæg og drift af den faste forbindelse er uløseligt forbundet, er velbegrundet, men ligeledes den anfægtede afgørelses begrundelse i denne henseende.

a) *Den anfægtede afgørelses begrundelse hvad angår det forhold, at aktiviteterne med anlæg og drift af den faste forbindelse er uløseligt forbundet*

166 Kongeriget Danmark har gjort gældende, at den anfægtede afgørelse er utilstrækkeligt begrundet med hensyn til konstateringen om, at Femern allerede udøvede økonomisk virksomhed fra anlægsfasen.

167 Kongeriget Danmark har ligeledes anført, at Kommissionen i 201. betragtning til den anfægtede afgørelse ikke angav grundene til, at den fastslog, at Femerns oplysnings- og markedsføringsaktiviteter udgør økonomisk virksomhed.

168 Kommissionen har bestridt denne argumentation.

169 Det fremgår af fast retspraksis, at den begrundelse, som kræves i henhold til artikel 296 TEUF, skal tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og klart og utvetydigt angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt denne retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den truffe foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret. Det nærmere indhold af begrundelseskravet skal fastlægges i lyset af den konkrete sags omstændigheder, navnlig indholdet af den pågældende retsakt, arten af de anførte grunde samt den interesse, som retsaktens adressater samt andre, der må anses for umiddelbart og individuelt berørt af retsakten, kan have i begrundelsen. Det kræves ikke, at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige momenter, da spørgsmålet, om en retsakts begrundelse opfylder kravene efter artikel 296 TEUF, ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (jf. dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod

Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 166 og den deri nævnte retspraksis, og af 27.1.2021, KPN mod Kommissionen, T-691/18, ikke trykt i Sml., EU:T:2021:43, præmis 161). Navnlig er Kommissionen ikke forpligtet til at tage stilling til alle de argumenter, som de interesserede har fremført for den. Det er tilstrækkeligt, at den redegør for de faktiske omstændigheder og retlige betragtninger, der har været afgørende for afgørelsens opbygning (dom af 11.1.2007, Technische Glaswerke Ilmenau mod Kommissionen, C-404/04 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2007:6, præmis 30, og af 24.9.2019, Fortischem mod Kommissionen, T-121/15, EU:T:2019:684, præmis 41).

- 170 I det foreliggende tilfælde henviste Kommissionen med hensyn til det forhold, at aktiviteterne med anlæg og drift af den faste forbindelse er uløseligt forbundet, i 189. betragtning til den anfægtede afgørelse indledningsvis til retspraksis, hvorefter driften af en lufthavn er blevet anset for at være økonomisk virksomhed, og at det samme er tilfældet for anlæggelsen af en start- og landingsbane i en kommerciel lufthavn. Selv om Kommissionen præciserede, at denne retspraksis specifikt vedrørte lufthavne, anførte den, at de principper, som er udviklet af Domstolen og Retten, ligeledes finder anvendelse på anlæggelsen af andre infrastrukturer. I denne henseende henvises i fodnote 89 i 189. betragtning til den anfægtede afgørelse til punkt 202 i meddelelsen om begrebet statsstøtte, hvori anføres, at disse principper, som Unionens retsinstanser har fastlagt, finder anvendelse på anlæggelsen af anden infrastruktur, der er uløseligt forbundet med en økonomisk aktivitet. Endvidere anførte Kommissionen i 189. betragtning til den anfægtede afgørelse ligeledes retspraksis vedrørende havneinfrastrukturer, idet den i fodnote 90 omtalte dom af 20. september 2019, Havenbedrijf Antwerpen og Maatschappij van de Brugse Zeehaven mod Kommissionen (T-696/17, EU:T:2019:652).
- 171 I 192. betragtning til den anfægtede afgørelse lagde Kommissionen herefter til grund, at Femerns indtægter fra vej- og jernbaneinfrastrukturen bl.a. har til formål at finansiere omkostningerne til projektering, anlæg og drift af den faste forbindelse.
- 172 Endelig lagde Kommissionen i 198. betragtning til den anfægtede afgørelse – efter at den havde konkluderet, at driften af den faste forbindelse udgør en økonomisk virksomhed – til grund, at anlæggelsen af den infrastruktur, som drives af Femern, ligeledes udgør en økonomisk virksomhed i medfør af dom af 19. december 2012, Mitteldeutsche Flughafen og Flughafen Leipzig-Halle mod Kommissionen (C-288/11 P, EU:C:2012:821), og af 24. marts 2011, Freistaat Sachsen og Land Sachsen-Anhalt mod Kommissionen (T-443/08 og T-455/08, EU:T:2011:117).
- 173 Det skal konstateres, at Kommissionen har henvist til domme afsagt af Domstolen og Retten vedrørende lufthavnsinfrastrukturer, til Rettens nyere sager om havneinfrastrukturer og til meddelelsen om begrebet statsstøtte. Det skal følgelig fastslås, at Kommissionen har tilsigtet at anvende princippet om, at når der foreligger en infrastruktur, der er genstand for økonomisk udnyttelse, har anlæggelsen heraf ligeledes økonomisk karakter, hvis de to aktiviteter er uløseligt

forbundet. I det foreliggende tilfælde fastslog Kommissionen, at der er en økonomisk forbindelse mellem de to aktiviteter, idet indtægterne fra driften bl.a. anvendes til tilbagebetaling af den gæld, der er optaget med henblik på anlæggelsen af den faste forbindelse.

- 174 Det følger heraf, at Kommissionen gav en tilstrækkelig begrundelse for, at aktiviteterne med anlæg og drift af den faste forbindelse er uløseligt forbundet.
- 175 Hvad angår argumentet, hvormed det i det væsentlige er blevet gjort gældende, at Kommissionen gav en utilstrækkelig begrundelse for konklusionen om, at oplysnings- og markedsføringsaktiviteterne udgør økonomisk virksomhed, skal det bemærkes, at Kommissionen i 201. betragtning til den anfægtede afgørelse i det væsentlige anførte, at disse aktiviteter har bidraget til projekteringen, anlæggelsen og driften af den faste forbindelse, og at selv om oplysnings- og markedsføringsaktiviteterne bør betragtes som oplysningsaktiviteter, bidrager disse aktiviteter også til Femerns økonomiske virksomhed. I denne henseende har Kommissionen anført, at det ikke sjældent forekommer, at virksomheder har pligt til at oplyse offentligheden om deres aktiviteter. Den har endvidere gjort gældende, at oplysningspligten principielt ikke indebærer udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer. Det fremgår således klart af 201. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Kommissionen lagde til grund, at oplysnings- og markedsføringsaktiviteterne udgør økonomisk virksomhed, eftersom de er forbundet med Femerns hovedaktiviteter, dvs. anlæg og drift af den faste forbindelse. Det skal følgelig fastslås, at Kommissionen gav en tilstrækkelig begrundelse for den anfægtede afgørelse hvad angår oplysnings- og markedsføringsaktiviteternes økonomiske karakter.

b) Spørgsmålet, om den anfægtede afgørelse er velbegrundet hvad angår det forhold, at aktiviteterne med anlæg og drift af den faste forbindelse er uløseligt forbundet

- 176 Kongeriget Danmark har gjort gældende, at Kommissionen anlagde et urigtigt skøn, da den fandt, at anlægsaktiviteten ikke kan adskilles fra aktiviteten vedrørende drift af den faste forbindelse.
- 177 For det første har Kongeriget Danmark, støttet af Forbundsrepublikken Tyskland og Storhertugdømmet Luxembourg, i denne henseende gjort gældende, at Kommissionen med urette fandt, at det fremgår af dom af 19. december 2012, Mitteldeutsche Flughafen og Flughafen Leipzig-Halle mod Kommissionen (C-288/11 P, EU:C:2012:821), og af 24.3.2011, Freistaat Sachsen og Land Sachsen-Anhalt mod Kommissionen (T-443/08 og T-455/08, EU:T:2011:117), at anlægsvirksomhed, dvs. en aktivitet i tidligere led, pr. definition er økonomisk virksomhed, når driftsaktiviteten, dvs. aktiviteten i efterfølgende led, er økonomisk virksomhed. Det er kun under visse omstændigheder, at en efterfølgende kommerciel brug af en infrastruktur indebærer, at også anlæg af denne infrastruktur udgør en økonomisk aktivitet, navnlig når en lufthavns start- og landingsbane ville udgøre en del af lufthavnens igangværende økonomiske

aktivitet. Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland og Storhertugdømmet Luxembourg har anført, at den foreliggende sag adskiller sig fra de tidligere sager, for så vidt som der er tale om den første opførelse af en infrastruktur, der idriftsættes efterfølgende.

- 178 For det andet har Kongeriget Danmark gjort gældende, at der skal tages hensyn til den omstændighed, at Femern ikke vil udøve økonomisk virksomhed, før den faste forbindelse idriftsættes, hvorfor enheden i anlægsfasen ikke er aktiv på noget marked i konkurrence med andre aktører. I denne henseende har Kongeriget Danmark anført, at kun såfremt Femern vil kunne få hurtig adgang til det relevante marked, kan denne enhed anses for at være konkurrent til de virksomheder, der allerede er aktive på nævnte marked.
- 179 For det tredje har Kongeriget Danmark i det væsentlige gjort gældende, at eftersom Femern ikke opererer på et liberaliseret marked, kan det ikke lægges til grund, at denne enhed udøver økonomisk aktivitet.
- 180 For det fjerde fremgår det ifølge Kongeriget Danmark af præmis 84 i dom af 30. april 2019, UPF mod Kommissionen (T-747/17, EU:T:2019:271), at tilstedeværelsen af en økonomisk forbindelse mellem to aktiviteter ikke er tilstrækkelig til at påvise, at disse aktiviteter er uløseligt forbundet, hvorfor finansieringen af projekteringen og anlæggelsen af den faste forbindelse ved opkrævning af brugerbetaling i forbindelse med driften af den faste forbindelse ikke nødvendigvis betyder, at aktiviteterne er uløseligt forbundet.
- 181 For det femte er Kongeriget Danmark af den opfattelse, at Kommissionens konklusion om, at anlægs- og driftsaktiviteterne er uløseligt forbundet, ikke tager hensyn til, at omstændighederne kan udvikle sig frem til idriftsættelsen af den faste forbindelse – navnlig at de danske myndigheder kunne beslutte at ændre driftsbetingelserne for den faste forbindelse.
- 182 For det sjette har Kongeriget Danmark gjort gældende, at kvalificeringen som en virksomhed skal fortolkes snævert med den begrundelse, at kvalificeringen af Femern som en virksomhed inden idriftsættelsen af den faste forbindelse har skadelige virkninger, idet denne enhed vil have pligt til at betale renter for den periode, hvor der forelå ulovlighed. Kongeriget Danmark har desuden anført, at en snæver fortolkning af begrebet »virksomhed« stemmer bedre overens med tilstødende områder, bl.a. den nationale lovgivning vedrørende handelssædvane.
- 183 Kommissionen har bestridt disse argumenter.
- 184 Det skal indledningsvis fastslås, at Kongeriget Danmark ikke har påberåbt sig noget underbygget argument med henblik på at anfægte, at kvalificeringen af oplysnings- og markedsføringsaktiviteter som økonomisk virksomhed er velbegrundet.
- 185 Med hensyn til argumenterne om, at Kommissionen med urette fandt, at aktiviteterne med anlæg og drift af den faste forbindelse er uløseligt forbundet,

skal det bemærkes, at det i retspraksis er anerkendt, at den kommercielle udnyttelse af transportinfrastrukturer med henblik på en sådan kommerciel udnyttelse kan udgøre økonomisk virksomhed (jf. i denne retning dom af 30.4.2019, UPF mod Kommissionen, T-747/17, EU:T:2019:271, præmis 65, og af 20.9.2019, Havenbedrijf Antwerpen og Maatschappij van de Brugse Zeehaven mod Kommissionen, T-696/17, EU:T:2019:652, præmis 47). Denne retspraksis følger af dom af 24. marts 2011, Freistaat Sachsen og Land Sachsen-Anhalt mod Kommissionen (T-443/08 og T-455/08, EU:T:2011:117), til hvilken Kommissionen har henvist i 198. betragtning til den anfægtede afgørelse, og hvori Retten fastslog, at Kommissionen med føje kunne konkludere, at driften af en lufthavn og anlæggelsen af en ny start- og landingsbane i lufthavnen var uløseligt forbundet, eftersom lufthavnsafgifterne ville udgøre den primære indtægtskilde til finansieringen af denne bane, og driften af denne nye bane ville bidrage til lufthavnens økonomiske virksomhed (dom af 24.3.2011, Freistaat Sachsen og Land Sachsen-Anhalt mod Kommissionen, T-443/08 og T-455/08, EU:T:2011:117, præmis 94). I denne dom fastslog Retten endvidere, at det ikke var nødvendigt at sondre mellem anlæggelsen af lufthavnens nye start- og landingsbane og den senere anvendelse heraf, eftersom anlæggelsen af nævnte bane, henset til arten heraf og formålet hermed, ikke som sådan henhørte under offentlige myndigheders prærogativer (dom af 24.3.2011, Freistaat Sachsen og Land Sachsen-Anhalt mod Kommissionen, T-443/08 og T-455/08, EU:T:2011:117, præmis 99). I denne sag fastslog Domstolen, at Retten ikke havde begået en retlig fejl, da den fastslog, at Kommissionen med rette havde fundet, at anlæggelsen af den nye start- og landingsbane i lufthavnen udgjorde en økonomisk aktivitet, og at den omtvistede kapitaltilførsel derfor, med forbehold af omkostningerne forbundet med opfyldelsen af det offentliges opgaver, som skulle fratrækkes denne, udgjorde statsstøtte (dom af 19.12.2012, Mitteldeutsche Flughafen og Flughafen Leipzig-Halle mod Kommissionen, C-288/11 P, EU:C:2012:821, præmis 43).

- 186 Når driften af en infrastruktur er genstand for økonomisk udnyttelse, og afgifterne for anvendelse heraf udgør den primære kilde til finansieringen af anlæggelsen heraf, skal det således fastslås, at anlæggelsen og driften af denne infrastruktur udgør økonomisk virksomhed, med undtagelse af når medlemsstaten under den administrative procedure udtrykkeligt påberåber sig eventuelle opgaver, som indebærer udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer.
- 187 Det er i lyset af disse betragtninger, at de argumenter, som Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland og Storhertugdømmet Luxembourg har fremført, skal undersøges.
- 188 For det første kan de principper og kriterier om, at anlæggelsen og driften af en transportinfrastruktur er uløseligt forbundet, som er fastsat i dom af 19. december 2012, Mitteldeutsche Flughafen og Flughafen Leipzig-Halle mod Kommissionen (C-288/11 P, EU:C:2012:821), og af 24. marts 2011, Freistaat Sachsen og Land Sachsen-Anhalt mod Kommissionen (T-443/08 og T-455/08, EU:T:2011:117), og som er omtalt i præmis 185 ovenfor, i modsætning til, hvad Kongeriget Danmark,

Forbundsrepublikken Tyskland og Storhertugdømmet Luxembourg har gjort gældende, ikke begrænses til alene at omfatte udvidelse af en eksisterende infrastruktur.

- 189 Den sag, der gav anledning til dom af 19. december 2012, *Mitteldeutsche Flughafen og Flughafen Leipzig-Halle mod Kommissionen* (C-288/11 P, EU:C:2012:821), og af 24. marts 2011, *Freistaat Sachsen og Land Sachsen-Anhalt mod Kommissionen* (T-443/08 og T-455/08, EU:T:2011:117), vedrørte ganske vist anlæggelsen af en start- og landingsbane i en eksisterende lufthavn.
- 190 Når der som i det foreliggende tilfælde findes et marked for transporttjenester, hvorpå aktører, der arbejder med gevinst for øje, allerede er aktive, kan anlæggelsen af en ny transportinfrastruktur, som skal gøres til genstand for økonomisk udnyttelse, imidlertid påvirke konkurrencen på dette marked lige så meget som udvidelsen af en allerede eksisterende infrastruktur. Det skal følgelig fastslås, at med henblik på at vurdere, om anlæggelsen og driften af en ny infrastruktur er uløseligt forbundet, kan anlæggelsen af en ny infrastruktur, som skal gøres til genstand for senere økonomisk udnyttelse, sammenlignes med udvidelsen af en allerede eksisterende transportinfrastruktur, der er genstand for økonomisk udnyttelse.
- 191 Det følger heraf, at det argument, hvormed det i det væsentlige er blevet gjort gældende, at de principper og kriterier om, at anlæggelsen og driften af en transportinfrastruktur er uløseligt forbundet, som er fastsat i dom af 19. december 2012, *Mitteldeutsche Flughafen og Flughafen Leipzig-Halle mod Kommissionen* (C-288/11 P, EU:C:2012:821), og af 24. marts 2011, *Freistaat Sachsen og Land Sachsen-Anhalt mod Kommissionen* (T-443/08 og T-455/08, EU:T:2011:117), ikke kan overføres på den foreliggende sag, skal forkastes.
- 192 For det andet skal det med hensyn til argumentet, som i det væsentlige vedrører den omstændighed, at Femern ikke er aktiv på noget marked i anlægsfasen, bemærkes, at der er enighed mellem parterne om, at denne enhed både har ansvaret for anlæg og drift af den faste forbindelse.
- 193 Som det fremgår af behandlingen af det første anbringendes andet og tredje led, begik Kommissionen ikke en retlig fejl ved at fastslå, at driften af den faste forbindelse udgør en økonomisk virksomhed, eftersom Femerns drift heraf består i at udbyde tjenesteydelser på et marked, hvor en aktør, der arbejder med gevinst for øje mod vederlag, er aktiv.
- 194 Det skal endvidere bemærkes, at Kommissionen i 192. betragtning til den anfægtede afgørelse påviste, uden at Kongeriget Danmark har anfægtet dette, at indtægterne fra driften af infrastrukturen bl.a. vil blive anvendt til at tilbagebetale de lån, der er optaget med henblik på projekteringen og anlæggelsen af den faste forbindelse. I modsætning til, hvad Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland og Storhertugdømmet Luxembourg har gjort gældende, antog Kommissionen ikke herved, men godtgjorde derimod under hensyntagen til de

konkrete omstændigheder i den foreliggende sag, at anlæggelsen af den faste forbindelse ikke kan adskilles fra den fremtidige økonomiske drift heraf. Som Kongeriget Danmark har anerkendt, har den økonomiske drift af den faste forbindelse ligeledes til formål at finansiere anlæggelsen heraf med henblik på at opnå finansiel bæredygtighed for hele projektet. I denne henseende har Retten i retsmødet spurgt Kommissionen om forbindelsen mellem på den ene side konstateringen i 192. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvormed det i det væsentlige blev lagt til grund, at Femerns indtægter fra vej- og jernbaneaktiviteterne bl.a. skal finansiere de samlede omkostninger til projekteringen, anlæggelsen og driften af den faste forbindelse, og på den anden side konstateringen i 323. betragtning til den anfægtede afgørelse om, at hvis det var muligt at fastsætte priser på et niveau, der kompenserer for alle anlægs- og driftsomkostninger, ville der ikke være et finansieringsbehov, og der ville ikke være behov for statsstøtte. Kommissionen har svaret, at til forskel fra 323. betragtning til den anfægtede afgørelse, vedrører 192. betragtning hertil anlægs- og driftsomkostningerne fratrukket støtten, hvorfor der ikke er en modsigelse mellem disse to betragtninger.

- 195 Eftersom den økonomiske drift af den faste forbindelse har til formål at tilbagebetale den gæld, der er blevet optaget med henblik på anlæggelsen heraf, og for så vidt som denne enhed er ansvarlig for anlæggelse og drift af denne forbindelse, kan det for at sikre statsstøttereplernes effektive virkning ikke anerkendes, at aktiviteterne med anlæggelse og drift af den faste forbindelse adskilles med den begrundelse, at idriftsættelsen af den faste forbindelse først sker, når anlæggelsen er afsluttet.
- 196 I modsat fald kunne den fordelagtige finansiering, som er opnået med henblik på anlæggelse og drift af den faste forbindelse, for så vidt som Femern bærer ansvaret for både anlæggelse og drift, og såfremt anlægsaktiviteterne, således som Kongeriget Danmark har gjort gældende, blev anset for at kunne adskilles fra driften, ikke kvalificeres som statsstøtte. Det følger heraf, at under omstændighederne i den foreliggende sag ville Femern på tidspunktet for driften af den faste forbindelse have mulighed for at drive en støttet infrastruktur, hvilket ville give denne enhed en økonomisk fordel, som den ikke kunne have opnået på normale markedsvilkår (jf. i denne retning og analogt dom af 11.7.1996, SFEI m.fl., C-39/94, EU:C:1996:285, præmis 62, og af 15.3.2018, Naviera Armas mod Kommissionen, T-108/16, EU:T:2018:145, præmis 119 og 120). Som det fremgår af punkt 223 i meddelelsen om begrebet statsstøtte, antages en infrastrukturforvalter nemlig at få en økonomisk fordel, hvis vedkommende har betalt mindre for retten til at bruge infrastrukturen, end den pågældende ville have betalt for en sammenlignelig infrastruktur på normale markedsvilkår.
- 197 Det følger heraf, at Kommissionen med føje kunne konkludere, at anlæggelsen af den faste forbindelse var uløseligt forbundet med den fremtidige økonomiske drift heraf. Kommissionen fandt følgelig med føje, at Femern udgør en virksomhed både med hensyn til driften af den faste forbindelse og anlægsaktiviteten i denne henseende.

- 198 Følgelig skal Kongeriget Danmarks argumentation om, at Femern ikke kan anses for under anlægsfasen af den faste forbindelse at konkurrere med virksomheder, der er aktive på markedet for transporttjenester til passage af Femern Bælt, med den begrundelse, at denne enhed ikke tilsigter at få hurtig adgang til det nævnte marked, forkastes.
- 199 For det tredje er det korrekt, således som Kongeriget Danmark har gjort gældende, at selve aktiviteterne med anlæggelse og drift af den faste forbindelse ikke er liberaliseret, for så vidt som lov om anlæg giver Femern eneret til at udøve denne virksomhed.
- 200 Det skal imidlertid fastslås, at aktiviteterne med drift af den faste forbindelse består i at tilbyde tjenesteydelser for at sikre passagen af Femern Bælt, der, hvilket Kongeriget Danmark ikke har anfægtet, er et liberaliseret marked, på hvilket en privat aktør allerede er aktiv. Som det fremgår af præmis 133 ovenfor, identificerede Kommissionen i øvrigt ligeledes et videre marked, nemlig markedet for transporttjenester for forbindelser, der udgør et alternativ til passagen af Femern Bælt, og på hvilket færgeselskaber ligeledes er aktive.
- 201 På denne baggrund bevirker den omstændighed, at aktiviteterne med anlæggelse og drift af den faste forbindelse ikke er liberaliseret, i modsætning til, hvad Kongeriget Danmark i det væsentlige har anført, ikke, at det er udelukket at kvalificere nævnte aktiviteter som økonomisk virksomhed. I modsat fald ville det med henblik på at omgå anvendelsen af EUF-traktatens bestemmelser om konkurrence på et liberaliseret marked, der er åbent for konkurrence, være tilstrækkeligt, at en medlemsstat indrømmer enerettigheder til en enhed, der skal udbyde tjenesteydelser på nævnte marked.
- 202 Det følger heraf, at argumentet om, at Kommissionen undlod at tage hensyn til den omstændighed, at Femerns aktiviteter ikke er blevet liberaliseret, skal forkastes.
- 203 For det fjerde skal det med hensyn til Kongeriget Danmarks argument, der er støttet på præmis 84 i dom af 30. april 2019, UPF mod Kommissionen (T-747/17, EU:T:2019:271), hvorefter anlægs- og driftsaktiviteterne kan adskilles, bemærkes, at nævnte præmis vedrørte en anden problemstilling angående spørgsmålet, om økonomisk virksomhed kunne adskilles fra aktiviteter, der var forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prerogativer, For at forkaste et argument om, at Kommissionen ikke havde fastlagt havnenes principale og accessoriske aktiviteter, fastslog Retten i nævnte doms præmis 83 navnlig, at der skulle sondres mellem havnenes økonomiske virksomhed og deres aktiviteter forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prerogativer, idet den præciserede, at der ikke er en nedre grænse for, hvornår de samlede aktiviteter udgør ikke-økonomisk virksomhed, når den økonomiske virksomhed udgør den mindste del af aktiviteterne. I ovennævnte doms præmis 84 bemærkede Retten dernæst, at kun såfremt det er godtgjort, at havnenes økonomiske virksomhed er uløseligt forbundet med aktiviteterne forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders

prærogativer, kan samtlige aktiviteter anses for at være af ikke-økonomisk art, idet den præciserede, at den omstændighed, at den økonomiske virksomhed finansierer aktiviteterne forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer, ikke er tilstrækkelig til at påvise, at disse aktiviteter er uløseligt forbundet.

- 204 Som det fremgår af bedømmelsen i præmis 74-106 ovenfor, kunne Kommissionen under omstændighederne i den foreliggende sag med føje fastslå, at Femerns aktiviteter ikke i sig selv henhørte under udøvelsen af offentlig myndighed, og at denne enhed ikke var blevet betroet offentlige myndigheders særlige prærogativer. Som fastslået i præmis 89 ovenfor har Kongeriget Danmark under alle omstændigheder ikke fremlagt oplysninger, der kan godtgøre, at de opgaver som vejmyndighed og jernbaneinfrastrukturforvalter, som varetages af Femern, eller udarbejdelsen af sikkerhedsplanerne for den faste forbindelse, hvorom det er anført, at de henhører under udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer, er uløseligt forbundet med anlæggelse og drift af den faste forbindelse. Under omstændighederne i den foreliggende sag er præmis 84 i dom af 30. april 2019, UPF mod Kommissionen (T-747/17, EU:T:2019:271), følgelig uden relevans for at afgøre, om aktiviteterne med anlæggelse og drift af den faste forbindelse er uløseligt forbundet.
- 205 For det femte er det med hensyn til det argument, hvormed det i det væsentlige er blevet gjort gældende, at Kongeriget Danmark inden idriftsættelsen af den faste forbindelse frit kunne ændre reglerne for driften heraf, således at nævnte virksomhed ikke længere ville være økonomisk, hvis adgangen til infrastrukturen eksempelvis blev gjort gratis for alle brugere, tilstrækkeligt at bemærke, at det, som det fremgår af præmis 161 ovenfor, følger af fast retspraksis, at lovligheden af en afgørelse på området for statsstøtte skal bedømmes i lyset af de oplysninger, som Kommissionen rådede over på det tidspunkt, da afgørelsen blev vedtaget. De hypotetiske tilfælde, som Kongeriget Danmark har fremført, kan dermed ikke være relevante for bedømmelsen af den anfægtede afgørelses lovlighed.
- 206 For det sjette kan argumentet om, at begrebet »virksomhed« skal fortolkes snævert, eftersom konstateringen om, at Femerns aktiviteter har økonomisk karakter, er skadelig for denne enhed, idet den vil være forpligtet til at betale renter for den periode, hvor der forelå ulovlighed, som omhandlet i præmis 52 i dom af 12. februar 2008, CELF og ministre de la Culture et de la Communication (C-199/06, EU:C:2008:79), ikke tages til følge. Det følger nemlig af fast retspraksis, at begrebet »statsstøtte« efter definitionen i EUF-traktaten har en retlig karakter og skal fortolkes på grundlag af objektive elementer (dom af 16.5.2000, Frankrig mod Ladbroke Racing og Kommissionen, C-83/98 P, EU:C:2000:248, præmis 25, og af 24.9.2019, Fortischem mod Kommissionen, T-121/15, EU:T:2019:684, præmis 62). Følgelig kan begrebet »økonomisk virksomhed« ikke fortolkes snævert med den begrundelse, at en virksomhed ville have pligt til at betale renter for den periode, hvor der forelå ulovlighed som følge af medlemsstatens manglende overholdelse af forpligtelsen til i medfør af artikel 108, stk. 3, TEUF ikke at gennemføre en foranstaltning, der kan udgøre støtte som

omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF, før Kommissionen har vedtaget en endelig afgørelse vedrørende denne foranstaltning.

207 Argumentet om, at begrebet »virksomhed« skal fortolkes snævert i lighed med, hvad der er fastsat i dansk lovgivning om handelssædvane, skal ligeledes forkastes. Det skal nemlig bemærkes, at nationale kvalificeringer er uden betydning for bedømmelsen af en aktivitets økonomiske karakter i henhold til en bestemmelse i EU-retten (jf. analogt dom af 12.12.2000, Aéroports de Paris mod Kommissionen, T-128/98, EU:T:2000:290, præmis 128, og af 3.4.2003, BaByliss mod Kommissionen, T-114/02, EU:T:2003:100, præmis 114).

208 Det følger af ovenstående betragtninger, at det andet anbringende skal forkastes i det hele.

5. *Det første anbringendes fjerde led om den angiveligt urigtige konstatering om, at den finansiering, som er blevet indrømmet Femern, fordrejer konkurrencevilkårene og påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF*

209 Kongeriget Danmark er af den opfattelse, at den omstændighed, at den faste forbindelse vil ændre trafikmønstre ved at reducere rejsetid og rejseafstande på hele det danske, skandinaviske og nordtyske vej- og jernbanenet, ikke er tilstrækkelig til at hævde, at den finansiering, der er tildelt Femern, fordrejer konkurrencevilkårene og påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF.

210 Ifølge Kongeriget Danmark skulle Kommissionen have foretaget en reel vurdering af, om der er et egentligt konkurrenceforhold mellem den offentlige transportinfrastruktur og de alternative ruter. Kongeriget Danmark har navnlig foreholdt Kommissionen ikke at have taget hensyn til den omstændighed, at Femern ikke er i konkurrence med færgeselskaberne.

211 Endvidere er det ifølge Kongeriget Danmark ikke relevant ved vurderingen af, om finansieringen af Femern fordrejer konkurrencevilkårene, at tage hensyn til, at den faste forbindelse vil trække en del af trafikken fra en anden statslig forbindelse, nemlig Storebæltsforbindelsen, som er en del af samme juridiske struktur som Femern.

212 Kommissionen har bestridt disse argumenter.

213 Det skal bemærkes, at det ifølge retspraksis vedrørende betingelserne om fordrejning af konkurrencevilkårene og påvirkning af samhandelen med henblik på en national foranstaltnings kvalificering som statsstøtte ikke skal godtgøres, at den pågældende støtte reelt påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne og faktisk fordrejer konkurrencevilkårene, men alene undersøges, om støtten kan påvirke denne samhandel og fordreje konkurrencevilkårene (dom af 14.1.2015,

Eventech, C-518/13, EU:C:2015:9, præmis 65, og af 30.4.2019, UPF mod Kommissionen, T-747/17, EU:T:2019:271, præmis 91).

- 214 Med hensyn til betingelsen om fordrejning af konkurrencevilkårene som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF skal det bemærkes, at støtte, der skal frigøre en virksomhed for omkostninger, som den normalt ville skulle bære inden for dens almindelige drift eller sædvanlige aktiviteter, i princippet fordrejer konkurrencevilkårene (dom af 30.4.2009, Kommissionen mod Italien og Wam, C-494/06 P, EU:C:2009:272, præmis 54, og af 30.4.2019, UPF mod Kommissionen, T-747/17, EU:T:2019:271, præmis 96).
- 215 I det foreliggende tilfælde skal det bemærkes, at Kommissionen i 234. betragtning til den anfægtede afgørelse lagde til grund, at Femern er en virksomhed, der er aktiv på markedet for transporttjenester til passage af Femern Bælt, hvorfor den selektive fordel, som denne enhed er blevet indrømmet, kan styrke enhedens position i forhold til andre virksomheder, som er aktive på dette marked, navnlig færageselskaber og havneoperatører.
- 216 Den finansiering, som Femern er blevet indrømmet på fordelagtige vilkår, reducerer således omkostningerne til finansiering af den faste forbindelse og gør det muligt at udnytte en støttet infrastruktur uden modydelse. Det følger heraf, at nævnte enhed således er frigjort for omkostninger, som den normalt ville skulle bære inden for dens almindelige drift eller sædvanlige aktiviteter. Kommissionen kunne således med føje finde, at den pågældende finansiering, som Femern er blevet indrømmet, kan fordreje konkurrencevilkårene.
- 217 Hvad angår påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstaterne må denne påvirkning dog ikke være rent hypotetisk eller formodet. Det skal således undersøges, hvad årsagen er til, at den pågældende foranstaltning har den forventede virkning at kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne (dom af 18.5.2017, Fondul Proprietatea, C-150/16, EU:C:2017:388, præmis 30, og af 15.5.2019, Achema m.fl., C-706/17, EU:C:2019:407, præmis 90). Det forholder sig navnlig således, at når en støtte, der er ydet af en medlemsstat, styrker visse virksomheders stilling i forhold til andre virksomheder, som de konkurrerer med i samhandelen mellem medlemsstaterne, må det antages, at denne samhandel påvirkes af støtten (dom af 14.1.2015, Eventech, C-518/13, EU:C:2015:9, præmis 66, og af 30.4.2019, UPF mod Kommissionen, T-747/17, EU:T:2019:271, præmis 92).
- 218 Det skal i denne henseende bemærkes, at Kommissionen fastslog, at den selektive fordel, som Femern er blevet indrømmet, styrker enhedens position på markedet for transporttjenester til passage af Femern Bælt mellem Rødby og Puttgarden i forhold til de virksomheder, der allerede er aktive på denne rute mellem Danmark og Tyskland, navnlig i forhold til de færageselskaber, der udbyder transporttjenester på dette marked. Kommissionen kunne følgelig med føje finde, at den finansiering, som Femern er blevet indrømmet, påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, idet det ligeledes forholder sig således, at opfyldelsen af

denne betingelse ikke kan afhænge af, om de leverede transporttjenester er lokale eller regionale (jf. i denne retning dom af 14.1.2015, Eventech, C-518/13, EU:C:2015:9, præmis 69, og af 29.7.2019, Azienda Napoletana Mobilità, C-659/17, EU:C:2019:633, præmis 31).

- 219 Det følger heraf, at Kommissionen i modsætning til, hvad Kongeriget Danmark har gjort gældende, uden at anlægge et urigtigt skøn kunne konkludere, at den finansiering, som Femern er blevet indrømmet, fordrejer konkurrencevilkårene og påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF.
- 220 Argumentet om, at Femern ikke konkurrerer med færgeselskaberne, er allerede blevet forkastet i forbindelse med undersøgelsen af det første anbringendes tredje led (jf. præmis 129-132 ovenfor).
- 221 Endelig har Kongeriget Danmark gjort gældende, at Kommissionen anlagde et urigtigt skøn, idet den fandt, at den faste forbindelse vil konkurrere med andre infrastrukturer, der gør det muligt at krydse den vestlige Østersø, med den begrundelse, at de forvaltes af offentlige virksomheder. For så vidt som dette argument er et selvstændigt argument, skal det forkastes som uvirksomt. Det var nemlig tilstrækkeligt for Kommissionen at konstatere, at på det i det foreliggende tilfælde omhandlede marked for transporttjenester til passage af Femern Bælt kunne den finansiering, som Femern er blevet indrømmet på fordelagtige vilkår, fordreje konkurrencevilkårene og påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, hvilket denne institution lagde til grund i 234. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvori den anførte, at nævnte finansiering gav Femern en selektiv fordel, der styrker denne enheds position i forhold til andre virksomheder, som er aktive på det pågældende marked, dvs. markedet for transporttjenester til passage af Femern Bælt.
- 222 Det første anbringendes fjerde led skal dermed forkastes i sin helhed.
- 223 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal Kommissionen frifindes.

III. Sagsomkostninger

- 224 Ifølge procesreglementets artikel 134, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kongeriget Danmark har tabt sagen, bør det pålægges denne medlemsstat at betale Kommissionens omkostninger i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom.
- 225 Ifølge procesreglementets artikel 138, stk. 1, bærer medlemsstater, der er indtrådt i en sag, deres egne omkostninger. Kongeriget Belgien, Forbundsrepublikken Tyskland og Storhertugdømmet Luxembourg bærer derfor deres egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Femte Udvidede Afdeling):

- 1) **Europa-Kommissionen frifindes.**
- 2) **Kongeriget Danmark bærer sine egne omkostninger og betaler Kommissionens omkostninger.**
- 3) **Kongeriget Belgien, Forbundsrepublikken Tyskland og Storhertugdømmet Luxembourg bærer hver deres egne omkostninger.**

Spielmann

Öberg

Mastroianni

Brkan

Gâlea

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 28. februar 2024.

V. Di Bucci

M. van der Woude

Justitssekretær

Præsident



**Bekræftet kopi af originaleksemplaret underskrevet
med kvalificerede elektroniske signaturer**

Rettens Justitskontor

28. februar 2024

Indhold

I.	Sagens baggrund	2
A.	Projektet om den faste forbindelse over Femern Bælt.....	2
B.	Begivenheder forud for tvisten	4
C.	Den administrative procedure	5
D.	Den anfægtede afgørelse.....	6
E.	Parternes påstande.....	6
II.	Retlige bemærkninger	7
A.	Formaliteten	7
B.	Realiteten	9
1.	Det første anbringendes første led om, at Femerns aktiviteter ikke forbindes med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer	9
a)	Det første klagepunkt om den angiveligt for snævre fortolkning af begrebet »aktiviteter, som henhører under offentlig myndighed, eller som er forbundet med udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer«... 10	
b)	Det tredje klagepunkt om en manglende hensyntagen til de tilgængelige oplysninger, der gør det muligt at knytte visse af Femerns aktiviteter til udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer.....	15
1)	Det første underklagepunkt om, at Kommissionen med urette fandt, at aktiviteterne med anlæg og drift af den faste forbindelse ikke som sådan henhører under udøvelsen af offentlig myndighed	16
2)	Det andet underklagepunkt om, at Kommissionen med urette fastslog, at Femern ikke var blevet betroet et særligt prærogativ for en offentlig myndighed.....	20
c)	Det andet klagepunkt om, at Kommissionen med urette tog hensyn til, at der forelå substituerbare ydelser for den faste forbindelse.....	23
2.	Det første anbringendes andet led om den angiveligt urigtige konstatering om, at Femern udbyder transporttjenester på et marked i konkurrence med andre aktører	26
3.	Det første anbringendes tredje led om den angiveligt urigtige konstatering om, at Femern er en aktør, der forfølger en kommerciel logik.	29
4.	Det andet anbringende om, at Kommissionen med urette fastslog, at aktiviteterne med anlæg og drift af den faste forbindelse er uløseligt forbundet.....	34
a)	Den anfægtede afgørelses begrundelse hvad angår det forhold, at aktiviteterne med anlæg og drift af den faste forbindelse er uløseligt forbundet.....	34

b)	Spørgsmålet, om den anfægtede afgørelse er velbegrunder hvad angår det forhold, at aktiviteterne med anlæg og drift af den faste forbindelse er uløseligt forbundet.....	36
5.	Det første anbringendes fjerde led om den angiveligt urigtige konstatering om, at den finansiering, som er blevet indrømmet Femern, fordrejer konkurrencevilkårene og påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF.....	43
III.	Sagsomkostninger.....	45