



FOLKETINGETS
OMBUDSMAND

FOB 2021-8

Afslag på at tilslutte sig virksomheds ansøgning om EU-støtte var en afgørelse. Ikke grundlag for kritik af resultatet

Resumé

24. marts 2021

Et færgerederi ville søge økonomisk støtte efter CEF-forordningen (Connecting Europe-faciliteten, som har til formål at støtte udviklingen af den transeuropæiske infrastruktur). Støtten skulle gå til tekniske undersøgelser med henblik på udvikling af havneinfrastrukturen i Rødby Færgehavn til udledningsfri færgefart over Femern Bælt.

EU-ret

9

Forvaltningsret

114.1

Transport og kommunikation

9

Tilslutning fra den berørte medlemsstat var en betingelse for, at EU-Kommissionen kunne tage stilling til ansøgningen, og Transportministeriet afslog at tilslutte sig ansøgningen med den begrundelse, at ansøgningen stred mod regeringens transportpolitik, der ifølge ministeriet fulgte CEF-forordningens bilag I, hvor bl.a. den kommende faste forbindelse over Femern Bælt var angivet som et forhåndsudpeget projekt. Efter ministeriets opfattelse ville en væsentlig nyinvestering i færgedriften over Femern Bælt ikke være i overensstemmelse hermed.

Transportministeriets beslutning om ikke at støtte ansøgningen indebar, dels at den ikke ville blive realitetsbehandlet på EU-plan, dels at sagens behandling blev afsluttet på nationalt (dansk) plan. Beslutningen udgjorde på den baggrund en ensidig og endelig fastlæggelse af rederiets retsstilling efter CEF-forordningen og havde således efter ombudsmandens opfattelse karakter af en afgørelse i forvaltningslovens forstand.

EU-retten fastlagde ikke, hvilke kriterier der skulle danne grundlag for vurderingen af en ansøgning. Spørgsmålet var derfor overladt til dansk ret. Ombudsmanden fandt ikke ud fra sagens dokumenter grundlag for at konkludere, at ministeriet som hævdede af rederiet havde forfulgt usaglige økonomiske hensyn til den faste forbindelse. Han fandt heller ikke i øvrigt fornødent grundlag for at kritisere, at ministeriet afslog at støtte rederiets ansøgning. Det var ganske vist vanskeligt at se, hvorledes opførelsen af Femern Bælt-forbindelsen kunne blive påvirket negativt af, at EU ydede støtte til, at rederiet omstillede færgedriften til grønnere energi. Imidlertid var sagen kendetegnet ved, at først Transportministeriet og dernæst EU's CEF-Udvalg og EU-Kommissionen skulle beslutte, hvorledes en på forhånd afgrænset begrænset økonomisk sum skulle fordeles mellem en række projekter med henblik på bedst muligt at fremme det transeuropæiske net. I en sådan situation måtte Transportministeriet være berettiget til at vurdere ikke blot, om et projekt ville være skadeligt for de (saglige) transportpolitiske mål, regeringen søger fremmet, men også i hvilket omfang et projekt vil fremme saglige nationale transportpolitiske mål.

(Sag nr. 20/02262)

I det følgende gengives ombudsmandens udtalelse om sagen:

Ombudsmandens udtalelse

1. Hvad handler sagen om?

1.1. Det transeuropæiske transportnet og Connecting Europe-faciliteten

Det transeuropæiske transportnet (TEN-T) er en EU-politik, der retter sig mod implementering og udvikling af et sammenhængende europæisk netværk af veje, jernbanelinjer, indre vandveje, søtransportruter, havne, lufthavne og jernbaneterminaler.

EU's politik for det transeuropæiske transportnet er fastlagt ved bl.a. forordning nr. 1315/2013 af 11. december 2013 om Unionens retningslinjer for udvikling af det transeuropæiske transportnet og om ophævelse af afgørelse nr. 661/2010/EU (herefter "TEN-T-forordningen") med senere ændringer.

TEN-T-forordningens artikel 1 udtaler, at

"1. Denne forordning fastlægger retningslinjer for udvikling af et transeuropæisk transportnet med en tostrengt struktur, som består af det samlede net og af hovednettet, hvor sidstnævnte etableres på grundlag af det samlede net."

Den engelske betegnelse for "hovednettet" er "core network", og betegnelsen for "det samlede net" er på engelsk "the comprehensive network".

Såvel hovednettet som det samlede net, nemlig dettes såkaldte knudepunkter og søhavne, lufthavne mv., er fastlagt ved TEN-T-forordningens bilag I og II.

For at fremme investeringer i den transeuropæiske infrastruktur inden for bl.a. transport har EU etableret infrastrukturfonden CEF (Connecting Europe Facility), jf. artikel 1 i forordning nr. 1316/2013 af 11. december 2013 om oprettelse af Connecting Europe-faciliteten (herefter "CEF-forordningen") med senere ændringer. CEF-forordningen fastsætter betingelser, metoder og procedurer for Unionens finansielle støtte til transeuropæiske net, herunder inden for transportområdet (TEN-T). Både offentlige og private aktører kan søge fonden om støtte til transport- og infrastrukturprojekter.

Til at varetage administration af CEF-støtten har EU-Kommissionen etableret Forvaltningsorganet for Innovation og Netværk (på engelsk forkortet INEA

(Innovation and Networks Executive Agency)), jf. EU-Kommissionens gennemførelsesafgørelse nr. 2013/801/EU af 23. december 2013.

1.2. Sagens omstændigheder

1.2.1. Den 5. december 2018 offentliggjorde INEA en ny ansøgningsrunde for CEF Transport under titlen "Call For Proposals concerning Projects of Common Interest under the Connecting Europe Facility in the field of Trans-European Transport Network Annual Work Programme 2019" (herefter benævnt forslagsindkaldelsen).

Under forslagsindkaldelsens prioritet 1 – "Projects on the comprehensive network" – kunne der søges støtte til grænseoverskridende projekter på det samlede net, men ikke på hovednettet, herunder de forhåndsudpegede projekter og strækninger på hovednettet i CEF-forordningen (bilag I, del I), som bl.a. den faste Femern Bælt-forbindelse er en del af. Der var i ansøgningsrunden afsat 65 millioner EUR til projekter på det samlede net, herunder til udvikling af havne.

I forslagsindkaldelsen var der henvist til nærmere fastlagte kriterier i EU-Kommissionens arbejdsprogram for 2019 ("Commission implementing decision of 12.10.2018 on the financing of the Connecting Europe Facility - Transport sector and the adoption of the annual work programme for 2019"). Af pkt. 2.3.3 i bilaget hertil fremgår bl.a. følgende om de udvælgelseskriterier, der ville blive anlagt:

"A decision to grant Union financial assistance shall take into account as appropriate:

- the contribution of the proposed Action to the balanced development of the network;
- the complementarity of the proposed Action with other Union funded projects, in view of optimising the impact of investments already made in the region/country/global project;
- the comparative Union added value of the proposed Action in relation to other proposed Actions;
- any identified/identifiable risks of double-funding from other Union sources;
- budgetary constraints;"

1.2.2. Scandlines driver en færgerute mellem Rødby i Danmark og Puttgarden i Tyskland. Begge havne, hvis infrastruktur efter det oplyste ejes og drives af Scandlines, er udpeget som søhavne på det samlede net i TEN-T-forordningens bilag II.

Den 18. februar 2019 sendte Scandlines et udkast til ansøgning om støtte til Transportministeriet, og den 19. marts 2019 indleverede Scandlines en egentlig ansøgning. Scandlines' tyske søsterselskab indsendte en tilsvarende ansøgning til de tyske myndigheder.

I ansøgningens pkt. 2.1 var anført bl.a., at projektet

"takes the form of a technical study, which aims to prepare the TEN-T Comprehensive ports Puttgarden (Germany) and Rødby (Denmark) for the arrival and service of a zero emission cargo ferry."

Der var herefter en dialog mellem på den ene side Scandlines og på den anden side Trafik-, Bygge- og Boligstyrelsen og Transportministeriet om "forberedelse og forbedring af ansøgningen". I den forbindelse skrev styrelsen den 11. april 2019 bl.a. følgende til Scandlines:

"With respect to P. 38, on the issue of 'Fixed infrastructure development.' I have discussed this point with our Ministry. As you are probably aware, we assess the draft applications on the basis of certain criteria, one of them being that the application may not go against the transport policies of the government. When we commented on this part of the application in the first place, I had hope that you will change the wording, which you actually indicate in below feedback, that you will do. To make a long story short, I would kindly ask you to rephrase this part of section 6.9 to the following:

'The ferries compete with The Great Belt Bridge, a Danish state-owned user-financed infrastructure, direct ferry routes between Germany/Poland and Sweden, and several alternatives for regional air travel. Changes to the current competitive environment may have a negative impact on our business. Such changes most significantly include the decided construction of a Fehmarn Belt fixed link. The construction work on the Fehmarn Belt fixed link entails risk of material negative impact on the ferry operations, reliability and, ultimately, competitiveness during the construction period. The Fehmarn Belt fixed link will have a significant negative impact on the operations, which will nonetheless continue in direct competition with the fixed link to provide an alternative and highly competitive transportation option. Prior to, during and after the construction of the Fehmarn Belt fixed link, Scandlines will participate in public discussions and processes to ensure a fair competitive landscape. The proposed Action and the Global project will further strengthen the competitive position of Scandlines.'

Scandlines indsatte herefter det foreslåede afsnit i den endelige ansøgning.

Den 5. april 2019 støttede de tyske myndigheder efter CEF-forordningens artikel 9, stk. 1, den tilsvarende ansøgning fra den tyske ansøger Scandlines Deutschland GmbH.

Den 10. april 2019 afgav Trafik-, Bygge-, og Boligstyrelsen et indstillingsnotat til Transportministeriets departement, som skulle træffe beslutningen om, hvorvidt Danmark kunne støtte Scandlines' ansøgning. Styrelsen vurderede, at bl.a. ansøgningen fra Scandlines kunne "valideres på vegne af medlemsstaten" og anførte herom bl.a. følgende:

"Vurdering af ansøgningen:

I forhold til de 4 opstillede vurderingskriterier kan følgende kommentarer knyttes til ansøgningen:

1. Med ansøgningen opfyldes indtil flere af de opstillede prioriteter. Endvidere har ansøgningen særligt positive elementer, der går ud over det, der forventes, herunder at ansøgningen er med til at opbygge en pipeline af projekter, som kan søge om støtte senere. Ansøger er fra tidligere ansøgninger kendt af Kommissionen.
2. Ansøgningen er gennemarbejdet og velargumenteret.
3. Projektet vurderes ikke at være i modstrid med regeringens transportpolitik. Ansøgningen beskriver loyalt konkurrenceforholdet til øvrige transportprojekter.
4. Der skal ikke udarbejdes en CBA [cost-benefit-analyse; min bemærkning]."

Den 24. april 2019 meddelte Transportministeriet imidlertid Scandlines, at ministeriet ikke kunne tilslutte sig Scandlines' ansøgning. I brevet anførte ministeriet bl.a., at det er en betingelse for at søge støtte efter CEF-forordningen, at ansøgningen indgives efter aftale med den medlemsstat, hvor projektet finder sted. Ministeriet anførte herefter bl.a. følgende (fodnoter udeladt):

"Medlemsstaterne definerer selv betingelserne for opfyldelsen af ovennævnte krav (...). I Danmark lægges der bl.a. vægt på, at en ansøgning ikke er i strid med regeringens transportpolitik. På hovednetkorridoren 'Skandinavien – Middelhavet' følger dansk transportpolitik CEF-forordningens bilag 1.

CEF-forordningens bilag 1 beskriver hovednetkorridorerne ud fra to forhold: 1) Retning og 2) Forhåndsudpegede strækninger, herunder projekter.

Retningen på hovednetkorridoren 'Skandinavien – Middelhavet' går via 'Malmö – København – Kolding/Lübeck – Hamborg – Hannover'. For så vidt angår de forhåndsudpegede strækninger, herunder projekter, oplystes

1. 'København – Hamborg via Femern', som er beskrevet som 'Adgangsveje i Danmark fuldført senest 2020, adgangsveje i DE anlægges i to etaper; elektrificering af ét spor med færdiggørelsen af den faste forbindelse og to spor syv år senere' og
2. 'Femern', som er beskrevet som 'Undersøgelse i gang, anlægsarbejder vedrørende den faste forbindelse over Femern Bælt indledes i 2015.'

Transport-, Bygnings- og Boligministeriet kan derfor ikke tilslutte sig en ansøgning, hvis formål det er at søge CEF-støtte til at undersøge potentialet for en væsentlig nyinvestering i færgedriften over Femern Bælt, da denne ikke er i overensstemmelse med logikken i korridoren som beskrevet i CEF-forordningens bilag 1."

Efterfølgende besluttede CEF-udvalget ikke at bevillige tilskud til Scandlines' tyske ansøgning. Jeg er ikke bekendt med, i hvilket omfang udvalget i den forbindelse lagde vægt på resultatet af den danske ansøgning, men det er min forståelse, at den danske ansøgning ikke blev realitetsbehandlet i CEF-udvalget allerede på grund af den danske stats manglende tilslutning, jf. CEF-forordningens artikel 9, stk. 1.

1.2.3. Den 18. december 2019 søgte Scandlines om partsaktindsigt i ministeriets sag. Ved en afgørelse af 26. februar 2020 gav ministeriet delvis aktindsigt i sagen i medfør af miljøoplysningsloven. Om anvendelsen af forvaltningsloven anførte ministeriet bl.a. følgende:

"I Danmark foretages der ikke en behandling af CEF-ansøgningerne efter forvaltningslovens sagsbehandlingsregler. Dette skyldes først og fremmest som nævnt, at de danske kriterier for støtte tjener det overordnede politiske formål, at regeringen ikke ender med at støtte ansøgninger, som strider mod regeringens egen transportpolitik. Vurderingen af, hvorvidt et projekt strider mod regeringens politik er entydigt en politisk vurdering, som ikke kan håndteres inden for rammerne af forvaltningslovens sagsbehandlingsregler.

Selve beslutningen om, hvorvidt et projekt opnår CEF-støtte, træffes af Kommissionen – ikke af Transport- Boligministeriet – i form af en gennemførelsesretsakt.

...

Der er således ikke tale om en ansøgning til ministeriet, men om at den danske stat bringer forskellige projekter i forslag over for Kommissionen

med henblik på støtte fra CEF. Samlet set er der derfor efter ministeriets opfattelse ikke tale om en afgørelsessag i forvaltningslovens forstand, hvorfor sagen ikke behandles efter forvaltningsloven.”

1.2.4. Den 24. april 2020 klagede Scandlines til mig over ministeriets beslutning af 24. april 2019 om ikke at tilslutte sig Scandlines’ ansøgning. Scandlines klagede i den forbindelse også over, at ministeriets beslutning af 24. april 2019 ikke var blevet behandlet efter reglerne i forvaltningsloven om afgørelsessager.

2. Retsgrundlag

2.1. Forvaltningsloven

Forvaltningsloven indeholder ikke en definition af afgørelsesbegrebet, men efter forarbejderne til loven sigtes der med udtrykket ”truffet afgørelse” i lovens § 2, stk. 1, til udfærdigelse af retsakter, dvs. udtalelser, der går ud på at fastsætte, hvad der er eller skal være ret i et foreliggende tilfælde. Jeg henviser til forarbejderne til § 2 i lovforslag nr. LF 4 af 2. oktober 1985.

En afgørelse i forvaltningslovens forstand vil således i almindelighed være karakteriseret ved, at der er tale om en udtalelse fra en offentlig myndighed, som udstedes på et offentligretligt grundlag, som går ud på ensidigt at bestemme, hvad der er eller skal være gældende ret, og som retter sig mod eksterne modtagere.

Det indgår også i vurderingen, om det pågældende skridt afslutter sagen eller blot er et skridt hen imod sagens endelige afslutning. Der er således normalt ikke tale om en afgørelse, når en myndighed beslutter at tage en sag under behandling eller træffer beslutninger i forbindelse med dennes behandling. Til gengæld har en beslutning om at afslutte en sag typisk karakter af en afgørelse.

Det er uden betydning for vurderingen af, om forvaltningens udsagn udgør en afgørelse, om udsagnet betegnes som en afgørelse. Se hertil U 2016.3793 H, U 2019.1616 H og [FOB 2020-37](#).

I Niels Fenger, Forvaltningsloven med kommentarer, 2. udgave (2021), anføres s. 110 f følgende:

”Heller ikke en myndigheds indstilling eller udtalelse til en anden forvaltningsmyndighed til brug for en sags afgørelse er som hovedregel en afgørelse i lovens forstand, jf. FT 1985-86, tillæg A, sp. 116, U 1997.180 H og FOB 1998.457.

...

At en indstilling eller udtalelse til en anden myndighed ikke er en afgørelse i lovens forstand, gælder efter forarbejderne til forvaltningsloven, selv hvor indstillingen eller udtalelsen i medfør af den pågældende lovgivning måtte være bindende for den hørende myndighed, jf. T 1985/86, tillæg A, sp. 116. Se kritisk hertil Hans Gammeltoft-Hansen, Forvaltningsret, 2. udg., s. 57 f.

I særlige tilfælde, hvor der i forbindelse med en indstilling eller udtalelse til en anden myndighed sker en endelig frasortering, f.eks. af ansøgere, og denne frasortering er bindende for den hørende myndighed, er situationen den, at den indstillende myndigheds beslutning i hørings sagen indebærer den endelige afslutning af sagsbehandlingen for de pågældende. Derfor må beslutningen nok under sådanne specielle omstændigheder – uanset forarbejdernes noget bastante udformning – anses for en afgørelse i forvaltningslovens forstand.”

Se tilsvarende Steen Rønsholdt, Forvaltningsret Retssikkerhed Proces Sagsbehandling, 5. udgave (2018), s. 110 f., og John Vogter, Forvaltningsloven med kommentarer, 3. udgave (2001), s. 130 f., samt [FOB 1997.128](#) og [FOB 1998.117](#).

[FOB 1995.298](#) angik en procedure, hvorefter Sundhedsstyrelsen ved tildeling af bevilling til at drive apotek blandt alle ansøgere indstillede de tre personer, som fandtes bedst egnede. Sundhedsministeriet skulle herefter vælge blandt disse tre og kunne således ikke selv indstille ansøgere eller i øvrigt tage andre i betragtning end de indstillede. Ombudsmanden udtalte, at der kunne herefter ”ikke herske tvivl om at Sundhedsstyrelsens beslutning om ikke at indstille en ansøger til Sundhedsministeriet indebærer en afgørelse i forvaltningslovens forstand”.

I [FOB 2005.195](#) fik en restauratør afslag af bevillingsnævnet på en ansøgning om tilladelse til at holde åbent i den almindelige lukketid efter restaurationslovens § 28, stk. 4. Begrundelsen for afslaget var, at politimesteren havde nægtet at give sit samtykke til tilladelsen. Ombudsmanden udtalte, at politimesterens beslutning om at nægte at give sit samtykke – i hvert fald i de tilfælde, hvor politimesteren nægtede at give samtykke til, at der kunne holdes åbent i den almindelige lukketid – var en afgørelse i forvaltningslovens forstand.

2.2. CEF-forordningen

CEF-forordningen indeholder, som anført i pkt. 1.1 ovenfor, regler for Unionens finansielle støtte til det transeuropæiske net med henblik på at støtte projekter af fælles interesse inden for bl.a. transportsektoren.

Efter forordningen er ansøgningsprocessen for CEF-støtte opdelt i to led: For det første en national forberedelses- og indstillingsfase, jf. CEF-forordningens artikel 9, og for det andet en beslutningsfase på EU-plan, jf. forordningens artikel 18.

Om den nationale fase foreskriver forordningens artikel 9, stk. 1, følgende:

"Artikel 9

Betingelser for deltagelse

1. Forslag indgives af en eller flere medlemsstater eller, efter aftale med de berørte medlemsstater, af internationale organisationer, fællesforetagender og offentlige eller private foretagender eller organisationer, der er etableret i medlemsstaterne."

En række andre sprogversioner benytter formuleringer svarende til den danske "aftale" i bestemmelsens stk. 1. Det gælder bl.a. den engelske ("agreement"), den franske ("l'accord"), den italienske ("accordo"), den portugisiske ("acordo") og den spanske ("acuerdo"). Andre sprogversioner anvender betegnelser, der nærmere svarer til det danske "samtykke". Det gælder bl.a. den nederlandske version ("instemming"), den svenske ("samtycke") og den tyske ("Zustimmung").

Om beslutningsfasen på EU-plan fastsætter forordningens artikel 18 følgende:

"Artikel 18

Tildeling af finansiel støtte fra Unionen

1. Efter hver forslagsindkaldelse (...) træffer Kommissionen efter undersøgelsesproceduren i artikel 25 afgørelse om størrelsen af den finansielle støtte, der tildeles til de udvalgte projekter eller til dele heraf. Kommissionen fastlægger de nærmere betingelser og metoder for deres gennemførelse.

2. Kommissionen underretter de berørte støttemodtagere og medlemsstater om enhver tildeling af finansiel støtte."

Efter forordningens artikel 25 bistår Kommissionen af det såkaldte CEF-Koordinationsudvalg.

Forordningens bilag I, del I, indeholder en liste over forhåndsprioriterede projekter vedrørende hovednettet i transportsektoren. Af bilaget fremgår bl.a. følgende vedrørende hovednetkorridoren Skandinavien – Middelhavet, retningen Malmö – København – Kolding/Lübeck – Hamborg – Hannover:

”FORHÅNDSUDPEGEDE STRÆKNINGER, HERUNDER PROJEKTER:

...

Femern	Jernbane	Undersøgelser i gang, anlægsarbejder vedrørende den faste forbindelse over Femern Bælt indledes i 2015
København - Hamburg via Femern: adgangsvveje	Jernbane	Adgangsvveje i Danmark fuldført senest 2020, adgangsvveje i DE anlægges i to etaper: elektrificering af ét spor med færdiggørelsen af den faste forbindelse og to spor syv år senere

...”

Kommissionen har i en meddelelse af 21. november 2014 til CEF-Koordinationsudvalget anført bl.a. følgende om medlemsstaternes rolle efter CEF-forordningens artikel 9 (fodnoter udeladt):

”COMMUNICATION TO THE CEF COORDINATION COMMITTEE

Subject: Responsibility of Member States under Articles 9 and 22 of the CEF.

In the context of the first CEF calls for proposals, Member State delegations of the CEF coordination committee raised questions and concerns regarding the role and responsibility of Member States pursuant to Articles 9 and 22 of the CEF Regulation in particular in view of the signature and implementation of the legal commitments under the three CEF sectors.

In particular the following questions have been raised:

1. Article 9 of the CEF Regulation provides that Member States must support proposals submitted under the CEF programme as a condition for participation. Which liability do the Member States take by signing the application form? Is it a best effort or is the signature legally binding so that if irregularities are detected the Commission / INEA can make claims on the Member States?

...

Role of Member States regarding the conditions for participation (Article 9 CEF)

Pursuant to Article 9(1), *'proposals shall be submitted by one or more Member States or, with the agreement of the Member States concerned, by international organisations, joint undertakings, or public or private undertakings or bodies established in Member States'*.

To this end, Member States are requested to provide proof of their agreement for the submission of those proposals asking for funding under the CEF Regulation which do not originate from their administrations. Such agreement entails the Commission to make sure that the Member State(s) concerned by a given proposal is duly informed of the proposal that is to be, or is being implemented, on its territory and/or implemented by a beneficiary established therein. This agreement does not constitute any commitment of the Member State(s) concerned to financially support the action proposed for funding.

When the Member State is not the beneficiary of the financial aid, its agreement on the proposal does not make it liable legally and financially in case the beneficiary does not comply with the terms of the grant agreement.

...

As far as the approval procedure is concerned, the designation of the service or department in the Member State administration that would be competent to deliver the agreement mentioned in Article 9(1) of the CEF Regulation is a prerogative of the Member State. The conditions for delivering such agreement are to be defined by each Member State. The Commission does not impose on the Member States any particular check or verification of the proposal. Nor do the checks or verifications made by the Member States supersede the assessment by the Commission, with the support of INEA, of the requirements specified for participation in the respective Work Programmes and Calls for proposals.

The Member States approving a proposal may be requested to certify costs incurred by the beneficiaries concerned in accordance with Article 22 of the CEF Regulation."

2.3. Femern Bælt-forbindelsen

Det retlige grundlag for Femern Bælt-forbindelsen findes navnlig i lov nr. 285 af 15. april 2009 om projektering af fast forbindelse over Femern Bælt med tilhørende landanlæg i Danmark med senere ændringer (projekteringsloven) og i lov nr. 575 af 4. maj 2015 om anlæg og drift af en fast forbindelse over Femern Bælt med tilhørende landanlæg i Danmark (anlægs- og driftsloven).

Lovene indeholder ikke bestemmelser, der regulerer færgedriften over Femern Bælt, der desuden kun omtales i ganske begrænset omfang i bemærkningerne til forslaget til projekteringsloven (lovforslag nr. LF 99 af 17. december 2008). Færgedrift er dog omtalt i pkt. 2.2 i de almindelige bemærkninger i relation til luftemission, hvor det samtidig anføres, at færgerne "ikke længere forventes at sejle". Færgerne er også omtalt i pkt. 3.2 i de almindelige bemærkninger til lovforslag nr. LF 141 af 25. februar 2015 (om anlægs- og driftsloven), hvor det angives, at der med vejanlæggene i forbindelse med den faste forbindelse sikres fortsat adgang til bl.a. færgelinjerne fra Rødbyhavn Havn.

Femern Bælt-projektet er organiseret på den måde, at selskabet Femern A/S er bygherre for kyst-til-kyst projektet, mens selskabet A/S Femern Landanlæg er bygherre for landinfrastrukturen. Femern A/S og A/S Femern Landanlæg er begge (henholdsvis indirekte og direkte) ejet af Sund og Bælt Holding A/S, der som moderselskab varetager den overordnede styring af aktiviteterne i de to selskaber. Jeg henviser til § 1 i lov nr. 588 af 24. juni 2005 om Sund og Bælt Holding A/S med senere ændringer. Sund og Bælt Holding A/S er 100 pct. ejet af den danske stat ved Transportministeriet.

I artikel 6 i traktaten af 3. september 2008 mellem Kongeriget Danmark og Forbundsrepublikken Tyskland om en fast forbindelse over Femern Bælt – der er optrykt som bilag 1 til forslaget til projekteringsloven (lovforslag nr. LF 99 af 17. december 2008) – anføres bl.a. følgende om selskabets karakter:

"Selskab med ansvar for opførelse og drift af den faste forbindelse over Femern Bælt

(1) Kongeriget Danmark etablerer et selskab (i det følgende: selskabet), der især forestår forberedelse, planlægning, design, opnåelse af godkendelser, kontrahering, anlæg, finansiering, drift og vedligeholdelse af den faste forbindelse over Femern Bælt. Selskabet skal have ejendomsretten til den faste forbindelse over Femern Bælt, til de nødvendige arealer samt være indehaver af alle tilladelser, licenser og lignende rettigheder, der er nødvendige for at bygge, drive og vedligeholde den faste forbindelse over Femern Bælt eller anden dermed relateret virksomhed, såfremt dette er tilladt ifølge den til enhver tid gældende nationale ret i de kontraherende stater.

(2) Selskabet etableres i henhold til dansk ret. Selskabets virksomhed udføres i overensstemmelse med almindelige forretningsprincipper og i overensstemmelse med internationale forpligtelser, herunder fællesskabsretlige forpligtelser.

(3) Kongeriget Danmark modtager ethvert overskud og hæfter for ethvert underskud, der måtte opstå i forbindelse med selskabets aktiviteter i henhold til stk. 1.”

Ved Kommissionens beslutning af 20. marts 2020 om statsstøtte til Femern A/S, SA.39078 - 2019/C (ex 2014/N), konkluderede Kommissionen bl.a. følgende:

”(193) Der er et marked for passage af Femern Bælt, navnlig fordi den eksisterende tjeneste allerede leveres mod betaling af den eksisterende færgeoperatør, som er en privat virksomhed, der klart driver virksomhed på markedsvilkår. De transportydelser, der leveres af Femern A/S, vil derfor konkurrere med de transportydelser, der leveres af færgeoperatørerne.

...

(359) Den faste forbindelse er en del af en mere omfattende plan til fremme af mobilitet, yderligere integration og kulturel udveksling af mennesker, der bor på begge sider af den faste forbindelse, og til forbedring af forbindelsen mellem de nordiske lande og Centraleuropa for passagerer samt vej- og banegods. Disse forventede gevinster blev anerkendt på europæisk plan med optagelsen af Femern Bælt-projektet på listen over prioriterede TEN-T projekter. (...)

(360) Åbningen af den faste forbindelse vil imidlertid få negative virkninger for færgeoperatørerne, både på Rødby-Puttgarden-overfarten og på andre færgeruter i regionen. En nedgang i færgetrafikken kan også få negativ indvirkning på de havne, disse færger benytter, i form af faldende trafikvolumen og faldende indtægter. Som det anerkendes i og lægges til grund for de samfundsøkonomiske undersøgelser, indebærer den faste forbindelse en risiko for, at færgedriften på Rødby-Puttgarden-overfarten vil forsvinde, når den faste forbindelse sættes i drift. Kommissionen mener, at Femern A/S' mulighed for at påvirke færgedriften er begrænset, da statsstøtten er begrænset alene til den finansiering, der kræves til omkostningerne i projekterings- og anlægsfasen, med finansieringsbehovet som den øvre grænse. (...) Kommissionen mener derfor, at den væsentligste indvirkning på færgedriften følger af selve beslutningen om at opføre den faste forbindelse, som vil være et alternativ til de eksisterende transportformer. Valget af denne infrastruktur og dens tekniske løsning er truffet af de offentlige myndigheder. Det tilkommer derfor ikke Kommissionen at vurdere, om adgangen til Puttgarden — hvis den overhovedet udgør en del af den faste forbindelse — vil blive »nedgraderet«, som Scandlines har hævdet. De danske myndigheders

beslutning om ikke at støtte Scandlines' projektforslag bør også vurderes inden for rammerne af den bredere mobilitetsplan og -muligheder og er derfor ikke relevant for afvejningen. Virkningerne på færgedriften og de dermed forbundne markeder er en integreret del af denne type projekter, hvorigennem staterne forsøger at tilbyde et hurtigere og mere bekvemt alternativ til færgefart.

...

(364) Som Retten også har bekræftet i dens domme af 13. december 2018, er det klart, at den faste forbindelse tilvejebringer en løsning, der – som helhed – har en positiv indvirkning, selv om det rimeligvis kan konkluderes, at et projekt, der omfatter anlæggelse af infrastruktur, som vil udgøre et alternativ til de eksisterende transportformer, indebærer en risiko for, at sidstnævnte må reducere sine aktiviteter betydeligt eller endda vil forsvinde. Det tilkommer ikke Kommissionen at sætte spørgsmålstegn ved det valg, som de danske myndigheder har truffet.”

Med henblik på at implementere Kommissionens statsstøtteafgørelse har Transportministeriet fremsat et lovforslag om ændring af lov om anlæg og drift af en fast forbindelse over Femern Bælt med tilhørende landanlæg i Danmark (lovforslag nr. LF 168 af 24. februar 2021). Lovforslaget reflekterer, at Kommissionens godkendelse af statsstøtten blev givet under en række forudsætninger vedrørende bl.a. udbetaling af udbytte. I lovforslaget omtales færgedriften alene i forbindelse med en gengivelse af Kommissionens beslutning.

3. Var ministeriets afvisning af at støtte Scandlines' ansøgning en afgørelsessag?

3.1. Scandlines' opfattelse

Scandlines har anført, at ministeriets beslutning af 24. april 2019 udgjorde en afgørelse omfattet af forvaltningsloven. En indstilling, der medfører, at kun de indstillede kan komme i betragtning, har karakter af en forvaltningsafgørelse i relation til de fravalgte ansøgere. I den konkrete sag indebar ministeriets afslag, at Scandlines' projekt ikke fik mulighed for at komme i betragtning til EU-støtte. Ministeriet har således ved afslaget reelt endeligt afgjort, at Scandlines ikke kan komme i betragtning hertil. Det er desuden ikke korrekt, når Transportministeriet har gjort gældende, at medlemsstaternes rolle efter forordningens artikel 9 er politisk og ikke administrativ.

3.2. Transportministeriets opfattelse

Transportministeriet har i sin udtalelse af 31. august 2020 til mig anført, at den meddelelse, som ministeriet sendte til Scandlines den 24. april 2019,

ikke udgør en afgørelse i forvaltningslovens forstand. Ministeriet har til støtte for synspunktet anført bl.a. følgende:

”Det er ministeriets holdning, at der netop ikke er tale om en afgørelse i forvaltningsretlig forstand, når beslutningen om tildeling af CEF-støtte er en beslutning, der træffes af Kommissionen på baggrund af medlemsstaternes politiske stillingtagen hertil. Det bærende element er medlemsstaternes ret til i CEF-komiteén at modsige sig Kommissionens forslag til finansiering – baseret på et politisk mandat.

(...) Ministeriet lægger i stedet vægt på, at der hverken er tale om en afgørelse efter forvaltningsloven eller en indstilling i klassiske forstand, men en støttetilkendegivelse som led i en politisk beslutningsproces.

For så vidt angår ombudsmandens anmodning om ministeriets vurdering af konsekvenserne af behandling af sagen skal ministeriet overordnet oplyse, at der i Danmark ikke foretages en behandling af ansøgningerne efter forvaltningslovens sagsbehandlingsregler, da de danske kriterier for støtte tjener det overordnede politiske formål, at regeringen ikke ender med at støtte ansøgninger, som strider mod regeringens egen transportpolitik.

Vurderingen af, hvorvidt et projekt strider mod regeringens politik er entydigt en politisk vurdering, som ikke hensigtsmæssigt kan håndteres inden for rammerne af forvaltningslovens sagsbehandlingsregler. Hvis ministeriets støtte var udtryk for en afgørelse, ville det give en række retsgarantier, som ikke hensigtsmæssigt kan varetages i en politisk beslutningsproces. Eksempelvis anvendes parthøring til at give ansøger mulighed for at gøre en afgørelsesmyndighed bekendt med forhold, som har relevans for vurderingen af en sags fakta i forhold til de retligt fastsatte kriterier, som myndigheden skal træffe afgørelsen efter. Parthøring i forvaltningslovens forstand findes efter ministeriets opfattelse ikke at være et egnet instrument til at belyse og kvalificere fakta i forhold til en politisk ramme – eksempelvis betingelsen om, at en ansøgning ikke må stride mod regeringens transportpolitik. Det betyder dog ikke, at ministeriet ikke eksempelvis har iagttaget sin almindelige vejledningspligt og er indgået i dialog om de konkrete ansøgere og herigennem fået sagen oplyst.”

3.3. Min vurdering

CEF-forordningen er opbygget således, at såfremt en medlemsstat støtter en ansøgning ved at lade en virksomhed indgive denne ”efter aftale med” medlemsstaten, vil ansøgningen blive behandlet af Kommissionen og CEF-Koordinationsudvalget, der herefter vil træffe afgørelse om, hvorvidt der skal bevilges EU-støtte efter forordningen, jf. CEF-forordningens artikel 18 og 25. I

denne situation vil medlemsstatens beslutning dermed ikke afgøre, om ansøgeren skal opnå støtte, og dermed heller ikke udgøre den endelige administrative fastlæggelse af ansøgerens retsstilling efter CEF-forordningen. En sådan støttetilkendegivelse ("aftale") fra medlemsstatens side har følgelig ikke karakter af en afgørelse i forvaltningslovens forstand, men udgør en indstilling, der efter forvaltningslovens forarbejder ikke omfattes af lovens afgørelsesbegreb.

Vælger medlemsstaten derimod ikke at støtte en virksomheds ansøgning, vil virksomhedens ansøgning ikke opfylde betingelserne i CEF-forordningens artikel 9. Ansøgningen vil derfor ikke blive realitetsbehandlet i EU-regi.

Transportministeriets beslutning af 24. april 2019 om, at ministeriet ikke ville støtte Scandlines ansøgning, indebar således, dels at ansøgningen ikke ville blive realitetsbehandlet på EU-plan, dels at sagens behandling blev afsluttet på nationalt (dansk) plan. Beslutningen udgjorde på den baggrund en ensidig og endelig fastlæggelse af Scandlines' retsstilling efter CEF-forordningen.

Ministeriets beslutning om, hvorvidt den danske stat skulle støtte ansøgningen, blev truffet i medfør af CEF-forordningens artikel 9 og angik et spørgsmål om tildeling af offentlig støtte, hvor den danske stat ikke var medansøger på ansøgningen og ikke selv ville modtage støttemidler. Uanset forordningens brug af ordene "efter aftale", blev ministeriets beslutning dermed truffet på offentligretligt grundlag.

Ministeriets beslutning om ikke at støtte Scandlines' ansøgning efter forordningens artikel 9 opfylder således de betingelser, der skal være opfyldt for, at der foreligger en afgørelse i forvaltningslovens forstand.

Transportministeriet har imidlertid argumenteret for, at ministeriets vurdering "er entydigt en politisk vurdering, som ikke hensigtsmæssigt kan håndteres inden for rammerne af forvaltningslovens sagsbehandlingsregler. Hvis ministeriets støtte var udtryk for en afgørelse, ville det give en række retsgarantier, som ikke hensigtsmæssigt kan varetages i en politisk beslutningsproces". Ministeriet har i den forbindelse givet udtryk for det synspunkt, at "Partshøring i forvaltningslovens forstand findes (...) ikke at være et egnet instrument til at belyse og kvalificere fakta i forhold til en politisk ramme".

Et sådant synspunkt har ikke støtte i forvaltningslovens ordlyd og forarbejder.

Forvaltningsloven finder således anvendelse i relation til afgørelser om, hvorvidt en ansøger skal eller dog bør bevilliges økonomiske støtte. Der gælder endvidere ingen grundsætning om, at forvaltningsloven ikke finder anvendelse på "politiske vurderinger" og i "en politisk beslutningsproces". Der gælder heller ikke nogen undtagelse fra lovens anvendelsesområde i tilfælde,

hvor en forvaltningsmyndighed finder, at lovens retsgarantier ikke er hensigtsmæssige og ikke udgør "et egnet instrument" i forhold til den type beslutning, der skal træffes. Afgørende er alene, om forvaltningen træffer en beslutning på offentligretligt grundlag, som går ud på ensidigt at bestemme, hvad der er eller skal være gældende ret, og som retter sig mod en ekstern modtager.

På den anførte baggrund er det sammenfattende min opfattelse, at ministeriets beslutning om ikke at støtte Scandlines' ansøgning efter CEF-forordningen havde karakter af en afgørelse i forvaltningslovens forstand.

I den konkrete sag ses der dog ikke umiddelbart at have været faktiske oplysninger eller eksterne vurderinger, der krævede partshøring efter forvaltningslovens § 19. Endvidere indeholder ministeriets brev en begrundelse for afslaget, der angiver de hovedhensyn, ministeriet lagde vægt på.

Endelig er ansøgningsrunden for "Projects of Common Interest under the Connecting Europe Facility in the field of Trans-European Transport Network Annual Work Programme 2019" ikke længere verserende. En genoptagelse af sagen med henblik på at helbrede eventuelle sagsbehandlingsfejl vil derfor ikke kunne have betydning for spørgsmålet om, hvorvidt Scandlines kunne modtage støtte efter den pågældende ansøgningsrunde.

Jeg har på den baggrund ikke fundet anledning til nærmere at vurdere betydningen af, at ministeriet ikke betragtede sagen som en afgørelsessag.

Jeg forstår Scandlines' klage til mig således, at virksomheden ikke klager over aktindsigtsafgørelsen af 26. februar 2020, men alene over, at den materielle sag ikke er blevet behandlet efter forvaltningsloven. Jeg har derfor heller ikke fundet grundlag for at anmode ministeriet om at genoptage aktindsigtsafgørelsen som følge af, at den blev afgjort på et forkert retsgrundlag. Såfremt Scandlines måtte ønske en genbehandling af denne, anmoder jeg Scandlines om at rette henvendelse herom til ministeriet.

4. Var Transportministeriets afslag lovligt?

4.1. Scandlines' opfattelse

Ifølge Scandlines er en medlemsstat efter CEF-forordningen forpligtet til så vidt muligt at støtte fællesprojekter. Endvidere kan medlemsstaterne ikke selv fastsætte egne materielle og rent nationale kriterier ved vurderingen af, om en ansøgning efter forordningens artikel 9 skal støttes. Det følger tværtimod af forordningens artikel 10, jf. artikel 17, at en medlemsstat udelukkende kan validere ansøgninger baseret på de kriterier, som fremgår af Arbejdsprogrammet og Forslagsindkaldelsen. Det er derfor usagligt og i strid med det EU-retlige

loyalitetsprincip at lægge vægt på "regeringens transportpolitik", idet politikken (som i dette tilfælde) kan virke i strid med CEF-forordningens formål mv. Begrebet "efter aftale" i forordningens artikel 9, stk. 1, kan ikke indebære, at der er tale om en politisk og ikke en retlig, administrativ proces.

Det er forkert, når ministeriet hævder, at Scandlines' projekt ikke er "i overensstemmelse med logikken" i "Skandinavien-Middelhavet"-korridoren efter TEN-T-forordningens bilag I. Det følger ikke af CEF-forordningens bilag I om prækvalificerede projekter på hovednettet, at der ikke kan gives støtte til andre projekter på det samlede net på samme strækninger.

EU har ved udpegningen af den faste forbindelse som et prækvalificeret projekt efter CEF-forordningens bilag I og Rødby og Puttgarden som søhavne efter TEN-T-forordningens bilag II, jf. CEF-forordningen, artikel 7, stk. 2, tilkendegivet, at der kan gives støtte til både den faste forbindelse (Femern A/S) og færgedriften (Scandlines). Det er derfor forkert, når ministeriet anfører, at "støtte til andre projekter på denne strækning" skulle være i strid med "EU-prioriteter på området".

Det var endvidere Kommissionens eksplicite formål med ansøgningsrunden i 2019 at støtte sådanne projekter på det samlede net (og ikke prækvalificerede projekter på hovednettet såsom den faste forbindelse). Ministeriets "logik" er dermed uforenelig med ansøgningsrundens sigte.

Selv hvis det måtte antages, at en medlemsstat kunne fastsætte materielle betingelser, må disse kriterier fastsættes af medlemsstatens lovgivende magt. Ministeriet kan ikke egenhændigt træffe afgørelser efter regeringens politik uden en konkret bemyndigelse fra lovgivningsmagten. Det er imidlertid netop, hvad ministeriet har gjort i relation til CEF-forordningen.

Det er kritisabelt, når ministeriet anfører, at "regeringens transportpolitik klart fremgår af CEF-forordningens bilag 1", uden at henvise til det regeringsprogram og forligsaftaler, hvor regeringen/regeringsparterne faktisk forholder sig til den transportpolitiske agenda. Realiteten er, at det aldrig har været regeringens transportpolitik at følge CEF-forordningens bilag I.

Efter Scandlines' opfattelse må ministeriets afslag på at støtte ansøgningen fra Scandlines have haft det ulovlige formål at beskytte Femern A/S mod konkurrence fra Scandlines. Det er udtryk for magtfordrejning og brud på lighedsgrundsætningen, når ministeriet af konkurrencemæssige hensyn afviser Scandlines' ansøgning som den eneste ud af 83 ansøgninger i CEF-forordningens levetid.

I sit indlæg af 10. december 2020 har Scandlines desuden anført bl.a. følgende:

”Selv hvis det skulle være Ministeriets hensigt med afvisningen af Scandlines’ ansøgning at ’forfølge’ statstraktaten mv. om gennemførelsen af Den Faste Forbindelse, er der et helt centralt problem ved Ministeriets sagsbehandling; nemlig at det *intet steds* følger af statstraktaten, anlægsloven eller regeringens transportpolitik i øvrigt, at Scandlines *ikke* må drive færgefart parallelt med den Faste Forbindelse, eller at Scandlines *ikke* må modtage EU-støtte.

Der er intet grundlag for at antage, at EU-støtte til færgefarten skulle forhindre opfyldelsen af de beskrevne målsætninger med hensyn til gennemførelsen af Den Faste Forbindelse.

Det betyder jo intet for Femern A/S’ mulighed for at anlægge eller drive den Faste Forbindelse, at Scandlines driver en færgerute på samme strækning. Det eneste ’problem’ set fra Ministeriets og Femern A/S’ side er, at Scandlines er en konkurrent, som man gerne vil være foruden.

Ministeriet har således heller ikke kunnet oplyse eller dokumentere, hvor det skulle følge af anlægsloven eller af regeringens transportpolitik, at Scandlines ikke må drive færgefart og/eller modtage EU-støtte til projekter om klimaforbedringer (uden udgift for den danske stat). Det er endda projekter, der støtter regeringens mål om at nedbringe Danmarks CO₂-udslip.

Scandlines har ret til at drive sin virksomhed på tilsvarende vilkår som Femern A/S. Når Ministeriet forsøger at forhindre, at Scandlines får adgang til EU-støtte uden udgift for staten (hvilket Ministeriet har erkendt), favoriserer Ministeriet reelt og på ulovlig vis Femern A/S.

At Den Faste Forbindelse ifølge Ministeriet er et projekt med ’fast politisk forankring’, jf. Ministeriets seneste indlæg, s. 5, kan åbenlyst ikke medføre, at Scandlines ikke kan få adgang til de samme EU-støtteordninger, som Femern A/S og andre rederier, f.eks. på Helsingør-Helsingborg-ruten, har.

...

Den eneste reelle interesse, som Ministeriet har kunnet fremføre, er, at Ministeriet ikke ønsker, at Scandlines – som en konkurrent til Femern A/S – skal kunne få adgang til EU-støtte, fordi det skulle være uforeneligt med formålet med statstraktaten og anlægsloven. Dette er imidlertid, som redegjort ovenfor, forkert og udtryk for magtfordrejning.”

4.2. Transportministeriets opfattelse

Transportministeriet har i sin udtalelse af 31. august 2020 til mig anført bl.a. følgende:

”Som anført tidligere kan ministeriet ikke udlede af CEF-forordningen, at private har et retskrav på, at en medlemsstat skal indgå en aftale om en ansøgning, som ikke er i overensstemmelse med medlemsstatens transportpolitik. Det er derfor også ministeriets vurdering, at det er staternes prærogativ at fastlægge saglige kriterier, herunder også eksempelvis det forhold, at medlemsstaten ikke ønsker at udbrede investeringer med EU-midler, som ikke er i overensstemmelse med den førte transportpolitik.”

Om de kriterier, som ministeriet lagde vægt på i forbindelse med afslaget, har ministeriet anført bl.a. følgende:

”Med hjemmel i artikel 9(1) og for at understøtte den politiske beslutningsprocedure, har ministeriet fastlagt en række betingelser for, i hvilke tilfælde en ansøgning støttes. Alle ansøgninger, som er indgivet efter aftale med Danmark, er vurderet på baggrund af fire kriterier: 1) projektet må ikke stride mod den danske regerings transportpolitik, 2) projektet skal være inden for ansøgningsrundens prioritet og opfylde de formelle krav, 3) ansøgningen skal have en passende kvalitet, og 4) der skal udarbejdes en samfundsøkonomisk analyse.

...

Betingelse nr. 1 skal sikre, at regeringen ikke støtter en ansøgning, som strider mod regeringens transportpolitik. Formålet med betingelsen er, at regeringen i forberedelsesfasen ikke støtter ansøgninger, som regeringen efterfølgende ikke vil kunne støtte i den politiske beslutningsfase i CEF-komiteén, hvor medlemsstaternes repræsentanter stemmer om Kommissionens forslag.”

I den nævnte udtalelse har ministeriet endvidere anført bl.a. følgende om, hvorfor Scandlines' projekt efter ministeriets opfattelse ikke er i overensstemmelse med dansk transportpolitik:

”Ministeriet meddelte Scandlines, at ansøgningen ikke kunne imødekommes, idet ansøgningen stred mod dansk transportpolitik, der følger og fremgår af CEF-forordningens bilag 1. CEF-forordningens bilag 1 opstiller en række hovednetkorridorer. Hovednetkorridorerne er instrumenter, der skal lette en koordineret gennemførelse af hovednettet, men er også udtryk for den øverste inddeling af det transeuropæiske transportnet (TEN-T). Heri ligger også, at hovednetkorridorerne samler de mest

centrale strækninger af TEN-T's hovednet, der er de strategisk vigtigste strækninger af TEN-T. Af hovednetkorridorerne er visse strækninger tillige identificeret som 'forhåndsudpegede strækninger, herunder projekter', som specifikt er opregnet i CEF-forordningens bilag.

...

Ministeriet varetager regeringens interesse, når ministeriet skal vurdere, hvilke projekter der skal indstilles til at gå videre i ansøgningen om EU-støttemidler. Ministeriet har netop lagt vægt på, at CEF-forordningen klart identificerer regeringens transportpolitik, herunder den konkrete linjeføring og det konkrete projekt, og at støtte til andre projekter på denne strækning, hverken er i overensstemmelse med regeringens transportpolitik, EU-prioriteter på området eller udtryk for en forsvarlig økonomisk forvaltning."

Ministeriet har i sin supplerende udtalelse til mig af 6. november 2020 anført, at regeringens transportpolitik vedrørende Femern Bælt-forbindelsen er offentligt kendt, klart defineret og bredt politisk funderet i såvel Danmark som EU. Ministeriet har i den forbindelse henvist til traktaten mellem Danmark og Tyskland om en fast forbindelse over Femern Bælt, til lov om projektering af en fast forbindelse over Femern Bælt med tilhørende landanlæg i Danmark (projekteringsloven) og til lov om anlæg og drift af en fast forbindelse over Femern Bælt med tilhørende landanlæg i Danmark (anlægs- og driftsloven). For så vidt angår prioriteringen af den faste forbindelse Femern Bælt i EU-regi har ministeriet supplerende henvist til CEF-forordningens bilag I og til Kommissionens støtte til projektets projekterings- og anlægsfaser samt til projekteringen af udbygningen af de danske jernbaneanlæg.

Ministeriet har på den baggrund anført, at det var berettiget til ikke at støtte Scandlines' ansøgning, "da den ville medføre, at der blev anvendt EU-midler på en væsentlig nyinvestering i færgedriften, hvilket ikke ville være i overensstemmelse med logikken i korridoren og dermed regeringens, Folketingets og EU's transportpolitik, eftersom denne har som mål, at der etableres en fast forbindelse".

Om Scandlines' anbringende om, at ministeriet har søgt at favorisere Femern A/S over Scandlines, har ministeriet i sin udtalelse af 6. november 2020 anført, at ministeriet arbejder for at fremme etableringen af en fast forbindelse over Femern Bælt, og at ministeriet forventer, at Scandlines vil tabe kunder til den faste forbindelse over Femern Bælt i et sådant omfang, at det efter ministeriets forventning vil føre til, at Scandlines må indstille færgedriften på strækningen Rødby-Puttgarden. Selskabet Femern A/S er imidlertid alene et instrument, hvormed den danske stat søger at realisere etableringen af den

faste forbindelse. Derfor giver det ingen mening at påstå, at ministeriet favoriserer Femern A/S over for Scandlines. Ministeriet forfølger det mål, der er fastsat i statstraktaten og den af Folketinget vedtagne lovgivning, nemlig at etablere den faste forbindelse over Femern Bælt.

4.3. Min vurdering

4.3.1. Generelt om retsgrundlaget og rammen for min prøvelse

Efter CEF-forordningens artikel 9, stk. 1, kan en ansøgning fra en virksomhed alene indgives "efter aftale" med de berørte medlemsstater. Ordet "efter aftale" og de tilsvarende udtryk i de andre sproglige versioner indikerer efter min opfattelse, at en medlemsstat ikke alene skal verificere en ansøgning, men har et skøn i forhold til, om den vil støtte en ansøgning.

CEF-forordningen indeholder ikke bestemmelser, der regulerer, hvornår en medlemsstat skal eller dog må støtte en ansøgning, der opfylder de grundlæggende betingelser herfor i forordningens artikel 7. Jeg er i den forbindelse ikke enig med Scandlines i, at en medlemsstat alene kan lægge vægt på de hensyn, der er opregnet i forordningens artikel 17, jf. artikel 10, stk. 1, når den beslutter, om den vil støtte en ansøgning. Disse bestemmelser regulerer efter deres indhold og placering i forordningen alene behandlingen af en ansøgning i beslutningsfasen på EU-plan, men ikke behandlingen af en ansøgning i indstillingsfasen på nationalt plan efter CEF-forordningens artikel 9.

Medlemsstaternes skønsbeføjelse med hensyn til, om de skal støtte en ansøgning, ses heller ikke at være reguleret i andre EU-retsakter. Det er derfor i første række overladt til medlemsstaternes interne ret at fastlægge kriterierne for, om staten skal støtte en ansøgning efter CEF-forordningen.

I Danmark er der ikke foretaget en nærmere lovregulering af, hvilke hensyn der kan og evt. skal indgå i en vurdering af, om staten skal støtte en ansøgning efter CEF-forordningen.

Transportministeriet har derfor – inden for rammerne af de almindelige forvaltningsretlige og EU-retlige saglighedsgrundsætninger og diskriminationsforbud – et betydeligt skøn ved fastlæggelsen af, hvilke kriterier der skal danne grundlag for en vurdering af, om Danmark skal støtte en ansøgning efter forordningens artikel 9, stk. 1.

Ministeriets skønsmæssige beføjelse indebærer, dels at Scandlines ikke havde et retskrav på, at de danske myndigheder støttede ansøgningen, dels at min prøvelse i sagen er begrænset til at vurdere, om ministeriet har inddraget usaglige hensyn ved sin beslutning om ikke at støtte Scandlines' ansøgning eller i øvrigt begået retlige fejl i forbindelse med sagens afgørelse.

Efter min opfattelse er de fire generelle kriterier, som ministeriet har angivet som afgørende for, om en ansøgning skal støttes – nemlig 1) at projektet ikke må stride mod regeringens transportpolitik, 2) at projektet skal være inden for ansøgningsrundens prioritet og opfylde de formelle krav, 3) at ansøgningen skal have en passende kvalitet, og 4) at der i visse sager skal udarbejdes en samfundsøkonomisk analyse – i sig selv alle udtryk for saglige kriterier, som ministeriet lovligt vil kunne lægge vægt på efter forordningens artikel 9, stk. 1.

Spørgsmålet er på den baggrund, dels om ministeriet som anført af Scandlines reelt ikke lagde vægt på de fire kriterier, men inddrog usaglige økonomiske kriterier, jf. herom pkt. 4.3.2 nedenfor, dels om ministeriets afslag i den konkrete sag led af andre retlige mangler, jf. herom pkt. 4.3.3 nedenfor.

4.3.2. Forholdet til Femern A/S

Som nærmere anført i pkt. 4.1 og 4.3.1 ovenfor har Scandlines gjort gældende, at Transportministeriet ved beslutningen af 24. april 2019 om ikke at støtte selskabets ansøgning har søgt at favorisere Femern A/S over for dets konkurrent Scandlines. Ministeriet har bestridt, at dette er tilfældet.

Efter min opfattelse ville det kræve klare holdepunkter i den relevante lovgivning for, at en myndighed, der behandler ansøgninger fra en konkurrent til en offentligt ejet virksomhed, lovligt vil kunne lægge vægt på hensynet til konkurrenceforholdene for den offentligt ejede virksomhed.

I den foreliggende sag er der – som fastslået af EU-Kommissionen og som anført af ministeriet i forbindelse med vejledningen til Scandlines om udfærdigelsen af selskabets ansøgning – et (fremtidigt) konkurrenceforhold mellem på den ene side Scandlines og på den anden side Femern A/S. Dette konkurrenceforhold understreges af, at Femern A/S skal drives på et forretningsmæssigt grundlag, og at selskabet anses for en virksomhed i EU-konkurrenceretlig forstand.

Det ville således ikke være lovligt, hvis Transportministeriet afviste at støtte en ansøgning efter CEF-forordningen ud fra en betragtning om, at støtte til Scandlines dermed alt andet lige vil kunne forringe forretningsgrundlaget for Femern A/S. Det ville heller ikke være lovligt, om ministeriet lagde vægt på sine egne (indirekte) ejerinteresser i Femern A/S.

Jeg har imidlertid ikke ud fra sagens dokumenter grundlag for at konkludere, at Transportministeriet forfulgte sådanne usaglige økonomiske hensyn, da ministeriet afslog at støtte Scandlines' ansøgning.

4.3.3. Forholdet til transportpolitikken og "logikken i korridoren som beskrevet i CEF-forordningens bilag 1"

Spørgsmålet er herefter, om Transportministeriet lovligt kunne afslå at støtte Scandlines' ansøgning med den anførte begrundelse om forholdet til regeringens transportpolitik.

Transportministeriets begrundelse for at anse Scandlines' ansøgning for stridende mod regeringens politik var,

- at dansk transportpolitik på hovednetkorridoren "Skandinavien – Middelhavet" følger CEF-forordningens bilag I, samt
- at en "væsentlig nyinvestering i færgedriften over Femern Bælt (...) ikke er i overensstemmelse med logikken i korridoren som beskrevet i CEF-forordningens bilag 1".

Som allerede bemærket i pkt. 4.3.1 er det efter min opfattelse i relation til beslutninger efter CEF-forordningens artikel 9, stk. 1, sagligt at lægge vægt på, om en given ansøgning strider mod dansk transportpolitik. Det er desuden op til regeringen selv at definere sin transportpolitik inden for de rammer, som er fastsat af lovgivningsmagten, politiske forlig mv. Jeg har derfor intet grundlag for at tilsidesætte ministeriets udtalelse om, at dansk transportpolitik på dette punkt "følger CEF-forordningens bilag I".

Med hensyn til begrundelsens andet led – at en "væsentlig nyinvestering i færgedriften over Femern Bælt (...) ikke er i overensstemmelse med logikken i korridoren som beskrevet i CEF-forordningens bilag 1" – bemærker jeg, at CEF-forordningens artikel 7 åbner mulighed for støtte til såvel forhåndsudpegede projekter efter forordningens bilag I som bl.a. søhavne efter TEN-T-forordningens bilag II.

Det fremgår desuden ikke af forordningen eller af INEAs indkaldelse af ansøgninger, at der ikke kan gives EU-støtte til andre projekter på det samlede net, der angår den samme trafik som den, der er tiltænkt et projekt på CEF-forordningens hovednet. Jeg kan heller ikke finde støtte i CEF-forordningen eller INEAs forslagsindkaldelse til et synspunkt om, at det forhold, at et projekt angår konkurrerende trafik til et forhåndsudpeget projekt, i sig selv skulle udelukke projektet fra at komme i betragtning som støtterlevant.

Der er på den baggrund min opfattelse, at ministeriets synspunkt vedrørende "logikken i korridoren som beskrevet i CEF-forordningens bilag 1" ikke har støtte i EU-retten, hvis ministeriet dermed har villet give udtryk for, at det ville være i strid med forordningen at støtte Scandlines' projekt.

Jeg forstår imidlertid ministeriet således, at man med vendingen "logikken i korridoren som beskrevet i CEF-forordningens bilag 1" mere bredt sigter til, at

den faste forbindelse over Femern Bælt er et højt prioriteret projekt i (bl.a.) EU-regi i forbindelse med udviklingen af det transeuropæiske transportnet TEN-T, og at dette har fundet udtryk i, at projektet er optaget som del af CEF-forordningens bilag I.

Afgørende for, om jeg kan kritisere ministeriets afgørelse, er derfor, om det forhold, at opførelsen af den faste forbindelse over Femern Bælt er økonomisk støttet og prioriteret i både Danmark og EU, kan begrunde, at ministeriet undlod at støtte en ansøgning, der havde til formål at undersøge mulighederne for en mere miljørigtig konkurrerende transportform, og som i øvrigt opfyldte alle de øvrige administrativt fastlagte kriterier for at blive støttet.

Efter min opfattelse giver dette spørgsmål anledning til tvivl.

På den ene side er det vanskeligt at se, hvorledes opførelsen af Femern Bælt-forbindelsen kan blive påvirket negativt af, at EU yder støtte til, at Scandlines omstiller færgedriften til grønnere energi. Jeg bemærker også, at EU's forhåndsudpegning af den faste forbindelse angår etableringen af en fast forbindelse og ikke en tilslutning til en konkurrencemæssig fortrinsbehandling af den faste forbindelses løbende drift.

Desuden indeholder hverken projekteringsloven eller anlægs- og driftsloven tilkendegivelser fra lovgivningsmagtens side om, at private firmaer fremover ikke skal kunne drive konkurrerende trafikvirksomhed i form af f.eks. færgedrift. De giver heller ikke grundlag for, at forvaltningen kan stille private trafikvirksomheder ringere end ellers som følge af projekteringen af den faste forbindelse. I den forstand mener jeg ikke, at lovgrundlaget for Femern Bælt-forbindelsen understøtter ministeriets afgørelse.

Endelig bemærker jeg, at det ud fra uskrevne forvaltningsretlige grundsætninger ikke er sagligt at behandle en konkurrent til en offentlig virksomhed ringere end ellers ud fra et ønske om at fremme den offentlige virksomheds konkurrencemæssige stilling til et liberalt marked. Det ville således ikke være sagligt, om regeringens transportpolitik gik ud på at eliminere konkurrencen til den faste forbindelse, jf. pkt. 4.3.2 ovenfor.

Samlet set taler disse forhold efter min opfattelse for, at etableringen af den faste forbindelse ikke i sig selv kan begrunde, at Transportministeriet ikke støttede Scandlines' ansøgning.

Heroverfor står imidlertid på den anden side, at der i den foreliggende sag ikke er tale om, at Scandlines er blevet pålagt en byrde eller nægtet et gode, som virksomheden ellers ville være berettiget til. Der er i stedet tale om, at først Transportministeriet og dernæst CEF-Udvalget og Kommissionen skulle beslutte, hvorledes en på forhånd afgrænset begrænset økonomisk sum

skulle fordeles mellem en række projekter med henblik på bedst muligt at fremme det transeuropæiske net. I en sådan situation må Transportministeriet allerede i forberedelsesfasen være berettiget til at vurdere ikke blot, om et projekt vil være skadeligt for de (saglige) transportpolitiske mål, regeringen søger fremmet, men også i hvilket omfang et projekt vil fremme saglige nationale transportpolitiske mål.

I den relevante ansøgningsrunde fremgik det af forslagsindkaldelsen og af Kommissionens arbejdsprogram, at der ved udvælgelsen af projekter skulle lægges vægt på bl.a. "the complementarity of the proposed Action with other Union funded projects, in view of optimising the impact of investments already made in the region/country/global project" og på "the comparative Union added value of the proposed Action in relation to other proposed Actions".

Uanset at Transportministeriet ikke har henvist til disse kriterier, finder jeg ikke at kunne bortse fra dem ved vurderingen af, om ministeriet ved bedømmelsen af Scandlines' ansøgning sagligt kunne lægge vægt på etableringen af den faste forbindelse, som bl.a. EU allerede har valgt at yde støtte til. Jeg bemærker i den forbindelse, at hvor et givent hensyn udgør et udvælgelseskriterium i EU-regi, må hensynet også kunne danne grundlag for en prioritering af projekter i forberedelsesfasen på nationalt plan efter CEF-forordningens artikel 9, stk. 1.

Henset hertil finder jeg ikke at have det fornødne grundlag for at konkludere, at Transportministeriet ikke handlede lovligt ved at afslå at støtte Scandlines' ansøgning efter CEF-forordningens artikel 9, stk. 1. Jeg understreger i den forbindelse på ny, at jeg som anført i pkt. 4.3.2 ovenfor ikke ud fra sagens dokumenter har grundlag for en antagelse om, at Transportministeriet afviste at støtte Scandlines ansøgning ud fra et ønske om at fremme Femern A/S' konkurrencemæssige position vis-a-vis Scandlines.

5. Afsluttende bemærkninger

Sammenfattende er det således min opfattelse, at Transportministeriets (dengang Transport-, Bygnings- og Boligministeriets) beslutning om ikke at støtte Scandlines' ansøgning efter CEF-forordningen havde karakter af en afgørelse i forvaltningslovens forstand.

Jeg har til gengæld ikke fundet fornødent grundlag for at kritisere, at ministeriet traf afgørelse om ikke at støtte Scandlines' ansøgning.

Jeg har gjort Transportministeriet bekendt med min opfattelse.

Jeg foretager mig herefter ikke mere i sagen.