



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. WATHELET
fremsat den 21. maj 2015¹

Sag C-303/13 P

**Europa-Kommissionen
mod**

Jørgen Andersen

»Appel — statsstøtte — støtte ydet af de danske myndigheder til den offentlige virksomhed Danske Statsbaner (DSB) — kontrakter om offentlig trafikbetjening inden for personbefordring med jernbane mellem København (Danmark) og Ystad (Sverige) — afgørelse, hvorved støtten på visse betingelser erklæres forenelig med det indre marked — tidsmæssig anvendelse af materielle retsregler«

1. Europa-Kommissionen har med denne appel principalt nedlagt påstand om ophævelse af Den Europæiske Unions Rets dom Andersen mod Kommissionen (T-92/11, EU:T:2013:143, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten delvist annullerede Kommissionens afgørelse vedrørende kontrakter om offentlig trafikbetjening indgået mellem Transportministeriet og Danske Statsbaner², og om forkastelse af påstanden om annulation af den omtvistede afgørelse. Kommissionen har subsidiært nedlagt påstand om, at det fastslås, at det tredje anbringende for førsteinstansen ikke er begrundet, og at sagen hjemvises til Retten. Appellen vedrører den tidsmæssige anvendelse af de materielle regler om statsstøtte og viser, hvor vanskeligt et område der er tale om. Appellen rejser bl.a. spørgsmålet om, hvorvidt den omhandlede uanmeldte statsstøtte for perioden 2002-2008 i det foreliggende tilfælde skal anses for at vedrøre en tidligere fastlagt situation, som Retten i det væsentlige har fastslået, eller en igangværende situation, som hævdet af Kommissionen. Danske Statsbaner (herefter »DSB«) og Kongeriget Danmark har med deres kontraappeller ligeledes nedlagt påstand om ophævelse af den appellerede dom.

I – Tvistens baggrund

2. Jørgen Andersen driver under navnet Gråhundbus v/Jørgen Andersen bustransportvirksomhed mellem Danmark og udlandet. Jørgen Andersens virksomhed betjener ruten mellem København (Danmark) og Ystad (Sverige), hvorfra der ad vandvejen er forbindelse til øen Bornholm (Danmark). DSB er den etablerede jernbaneoperatør i Danmark. DSB var på tidspunktet for de faktiske omstændigheder ejet fuldt ud af den danske stat og tilbød alene personbefordring med jernbane og tilknyttede tjenester.

3. Efter ophævelsen af DSB's monopol den 1. januar 2000 findes der i Danmark to ordninger for trafikbetjening inden for personbefordring med jernbane, nemlig fri trafik, der udføres på forretningsmæssigt grundlag, og offentlig trafikbetjening, der er omfattet af kontrakter om offentlig trafikbetjening, som giver mulighed for at yde kompensation til de betjente ruter.

¹ — Originalsprog: fransk.

² — Afgørelse 2011/3/EU af 24.2.2010 (statsstøtte C 41/08 (ex NN 35/08)) (EUT 2011 L 7, s. 1, herefter »den omtvistede afgørelse«).

4. DSB indgik for perioden 2000-2004 en kontrakt om offentlig trafikbetjening vedrørende fjern- og regionaltrafik. Den nævnte kontrakt omfattede endvidere fra og med den 15. december 2002 ruten mellem København og Ystad, der tidligere havde været underlagt ordningen for fri trafik. DSB indgik for perioden 2005-2014 en ny kontrakt om offentlig trafikbetjening vedrørende fjern- og regionaltrafik og om international trafik til Tyskland og ruten mellem København og Ystad.

5. Efter at have modtaget to klager, herunder en klage fra Jørgen Andersen, over de kontrakter om offentlig trafikbetjening, som DSB havde indgået, besluttede Kommissionen den 10. september 2008 at indlede en formel undersøgelsesprocedure i henhold til artikel 88, stk. 2, EF (herefter »afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure«). Kommissionen vedtog efter afslutningen af denne procedure den 24. februar 2010 den omtvistede afgørelse, hvis artikel 1 har følgende ordlyd:

»Kontrakterne om offentlig trafikbetjening, der er indgået mellem det danske Transportministerium og [DSB], indebærer statsstøtte som omhandlet artikel 107, stk. 1, [TEUF].

Statsstøtten er forenelig med det indre marked i medfør af artikel 93 [TEUF], såfremt betingelserne i denne afgørelses artikel 2 og 3 overholdes.«

II – Retsforhandlingerne for Retten og den appellerede dom

6. Jørgen Andersen fremsatte til støtte for påstanden om annullation af den omtvistede afgørelse tre anbringender. Det første vedrørte en retlig fejl, for så vidt som Kommissionen havde fundet, at den danske regering ikke havde anlagt et åbenbart urigtigt skøn, da den kvalificerede ruten København-Ystad som en »offentlig tjeneste«, og da den henførte den under ordningen med kontrakter om offentlig trafikbetjening. Det andet vedrørte en retlig fejl, for så vidt som Kommissionen havde undladt at anordne tilbagesøgning af den ulovlige overkompensation, der skyldtes, at DSB havde udbetalt udbytte til sin aktionær, den danske stat. Det tredje vedrørte en retlig fejl, for så vidt som Kommissionen havde anvendt forordning (EF) nr. 1370/2007³, der efter det hævdede ikke fandt tidsmæssig anvendelse, i stedet for forordning (EØF) nr. 1191/69⁴, der efter det hævdede fandt tidsmæssig anvendelse. Retten tog det tredje anbringende til følge og annullerede følgelig den omtvistede afgørelses artikel 1, stk. 2.

III – Retsforhandlingerne ved Domstolen

7. Ved kendelse af 3. april 2014 har Domstolens præsident tilladt, at den danske forening Dansk Tog, København, intervenserer til støtte for Jørgen Andersens påstande. Kommissionen, Jørgen Andersen, Dansk Tog, Kongeriget Danmark og DSB afgav under retsmødet, der blev afholdt den 10. marts 2015, mundtlige indlæg (de to sidstnævnte parter var allerede i sagen for Retten intervenseret til støtte for Kommissionens påstande).

3 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 23.10.2007 om offentlig personbefordring med jernbane og ad vej og om ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 1191/69 og (EØF) nr. 1107/70 (EUT L 315, s. 1).

4 — Rådets forordning af 26.6.1969 om medlemsstaternes fremgangsmåde med hensyn til de med begrebet offentlig tjeneste forbundne forpligtelser inden for sektoren for transporter med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje (EFT 1969 I, s. 258).

IV – Bedømmelse

A – Kommissionens appel

8. Det bemærkes indledningsvis, at DSB og den danske regering hver især har indgivet to identiske processkrifter. De første har overskriften »svarskrift«, og de andre har overskriften »kontraappel«. Når der henses til den omstændighed, at der i samtlige disse processkrifter er nedlagt påstand om ophævelse af den appellerede dom, skal det bemærkes, at påstandene i svarskrifterne ikke kan antages til realitetsbehandling, idet disse påstande ikke, som det foreskrives i artikel 174 i Domstolens procesreglement, går ud på, at appellen helt eller delvist tages til følge, afvises eller forkastes. De af DSB og den danske regering fremsatte argumenter fremgår således alene af de afsnit, der vedrører deres respektive kontraappeller.

1. Sammendrag af parternes argumenter

9. Kommissionen har anført, at vurderingen af den omhandlede støtte på grundlag af forordning nr. 1370/2007 ikke medførte en anvendelse med tilbagevirkende kraft af den nævnte forordning, idet denne vurdering var i overensstemmelse med princippet om øjeblikkelig anvendelse.

10. Jørgen Andersen har i det væsentlige anført, at retsregler principielt ikke kan anvendes med tilbagevirkende kraft, men at lovgiver undtagelsesvis kan tillægge en retsakt tilbagevirkende kraft. En støtte som den, der er omhandlet i det foreliggende tilfælde, har til formål at støtte opretholdelsen af en bestemt aktivitet, der uden denne støtte ville være underskudsgivende, og som derfor sandsynligvis ville blive opgivet. Under disse omstændigheder er den mest hensigtsmæssige regel den regel, der fandt anvendelse på det tidspunkt, hvor støtten blev tildelt, og hvor den havde indvirkning på konkurrencen (hvilket ligeledes følger af retspraksis vedrørende ulovlig støtte).

11. Dansk Tog har anført, at den tidsmæssige anvendelse skal fastlægges ud fra den eneste objektive omstændighed, nemlig det tidspunkt, hvor støtten tildeles og har indvirkning på markedet, idet den i modsat fald vil være vilkårlig. Det af Kommissionen foreslåede kriterium giver den mulighed for vilkårligt at vælge, hvilken lovgivning der skal finde anvendelse ved at fremskynde eller forsinke sin afgørelse. Dansk Tog er i øvrigt ikke enig i, at en anvendelse af forordning nr. 1191/69 ville have ført til det samme resultat som anvendelsen af forordning nr. 1370/2007.

2. Analyse

a) Retspraksis vedrørende den tidsmæssige anvendelse af materielle regler

12. Det er indledningsvis vigtigt at sondre mellem tilbagevirkende kraft (»echte Rückwirkung«)⁵ og øjeblikkelig anvendelse (»unechte Rückwirkung«).

5 — Anvendelse med tilbagevirkende kraft kan stride mod de generelle principper om beskyttelse af den berettigede forventning og om retssikkerhed. Hvad angår retssikkerhedsprincippet, jf. V. Skouris, »La sécurité juridique dans l'ordre juridique communautaire«, i *Timitikos tomos Mich. P. Stathopoulou*, tome II, Athènes-Komotini, 2010, s. 2507. Jf. ligeledes i denne forbindelse bl.a. J. Lipinsky, *Man of Steel? The General Court and the Principle of Legal Certainty: Annotation on the Judgment in Case T-308/00 RENV, Salzgitter AG, European State Aid Quarterly*, 2/2014, s. 368.

13. Det er dernæst nødvendigt at sondre mellem dels anvendelsen af en ny regel på endnu ikke indtrådte virkninger af en situation, der er opstået, mens den tidligere regel var gældende (midlertidig situation)⁶, dels anvendelsen af denne regel på en endeligt fastlagt situation, mens den tidligere regel var gældende (eksisterende situation).

14. Domstolen har for længe siden fastslået, at »efter et almindeligt anerkendt princip finder ændringslove til en lovbestemmelse i mangel af modstående bestemmelse anvendelse på fremtidige virkninger af situationer, som er opstået, mens den tidligere lov var gældende«⁷.

15. Det bemærkes endvidere, »at princippet om beskyttelse af den berettigede forventning vel hører til Fællesskabets grundlæggende principper, men dette princip kan ifølge fast retspraksis ikke udvides i en sådan grad, at det generelt forhindrer, at en ny ordning kan finde anvendelse på de fremtidige virkninger af situationer, som er opstået under den tidligere ordning« (jf. bl.a. dom *Butterfly Music*, C-60/98, EU:C:1999:333, præmis 25).

16. Som eksempel på en »midlertidig situation« kan jeg henvise til de faktiske omstændigheder i den sag, der gav anledning til dom *Gemeinde Altrip m.fl.* (C-72/12, EU:C:2013:712, præmis 22), der omhandlede en undersøgelse af miljøpåvirkninger. Myndighederne havde påbegyndt denne undersøgelse, mens tidligere bestemmelser var gældende, men EU-retten havde tillagt ikke-statslige organisationer (NGO'er) en ny ret til at få prøvet denne form for undersøgelser. Domstolen fastslog, at den nye regel fandt øjeblikkelig anvendelse på den berørte situation.

17. Som et andet eksempel på en »midlertidig situation« kan jeg endvidere henvise til de faktiske omstændigheder, som Domstolen blev forelagt i dom *Bauche og Delquignies* (96/77, EU:C:1978:26)⁸, der omhandlede kontrakter indgået inden for sektoren for sukker, mens en tidligere bestemmelse var gældende. For at kunne eksportere sukker havde selskabet brug for en eksportlicens, der kun kunne udstedes i medfør af den nye regel. Domstolen fastslog, at den nye regel skulle finde anvendelse, også selv om de pågældende kontrakter var blevet indgået, mens den tidligere regel var gældende.

18. Hvad angår »eksisterende situationer« eller for nu at bruge Domstolens formulering »endeligt etablere[de] retlig[e] situation[er]« (dom *Kommissionen mod Freistaat Sachsen*, C-334/07 P, EU:C:2008:709, præmis 53) fastslog Domstolen derimod, at »de materielle fællesskabsretlige regler for at sikre overholdelsen af retssikkerhedsprincippet og princippet om den berettigede forventning skal fortolkes således, at de kun omfatter forhold, som ligger forud for ikrafttrædelsen, såfremt det af ordlyden, bestemmelsernes formål eller opbygning klart fremgår, at dette har været meningen« (dom *GruSa Fleisch*, C-34/92, EU:C:1993:317, præmis 22).

19. Som eksempel på en »eksisterende situation« har Kommissionen under retsmødet nævnt registreringen af et varemærke. På det tidspunkt, hvor et EU-organ træffer en sådan afgørelse (jf. dom *Bavaria*, C-120/08, EU:C:2010:798), etableres nemlig endeligt det retsforhold, som skabes ved den pågældende EU-retsakt. Det samme gælder for en afgørelse, hvorved de kompetente myndigheder, som f.eks. de tyske toldmyndigheder i dom *Molenbergnatie* (C-201/04, EU:C:2006:136), fastsætter en toldsats.

6 — Udtrykket »midlertidig situation« anvendes bl.a. i dom *Ferriere Nord mod Kommissionen* (T-176/01, EU:T:2004:336, præmis 139) for at sondre mellem de to situationer. Begrebet »midlertidig situation« kan ligeledes anvendes for at betegne det modsatte af »den tidligere fastlagte« situation.

7 — Dom *Westzucker* (1/73, EU:C:1973:78). Dette selv om generaladvokat Roemer i sit forslag til afgørelse i denne sag fandt, at »der ikke gælder nogen almindelig retsgrundsætning med hensyn til indholdet, hvorefter lovændrende bestemmelser inden for den offentlige ret også i mangel af en tilsvarende udtrykkelig forskrift i princippet gælder umiddelbart for uafsluttede sagsforhold« (jf. generaladvokat Roemers forslag til afgørelse *Westzucker*, 1/73, EU:C:1973:61, s. 737). Jf. ligeledes domme *Singer*, den såkaldte »Hessische Knappschaft-dom« (44/65, EU:C:1965:122, s. 1200) og *Licata mod ØSU* (270/84, EU:C:1986:304, præmis 31).

8 — Jf. ligeledes domme *Duchon* (C-290/00, EU:C:2002:234, præmis 21 ff.) og *Balazs* (C-401/13 og C-432/13, EU:C:2015:26, præmis 30 ff.).

20. Generaladvokat Cosmas har i sit forslag til afgørelse Andersson og Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:9, punkt 58) anført, at »det [skal] i hvert enkelt tilfælde afgøres, hvornår et retsforhold er blevet endeligt fastlagt, idet dette er kriteriet for, hvilken regel der finder anvendelse. Det er i denne forbindelse ikke uden betydning at undersøge retsforholdenes tidsmæssige dimension og navnlig sondre mellem øjeblikkelige forhold og vedvarende forhold. I førstnævnte tilfælde fastlægges forholdet i samme øjeblik, som det indtræder, hvorfor det er meget let at afgøre, hvilken regel der finder anvendelse. I det andet tilfælde forløber der en vis tid mellem det tidspunkt, hvor forholdet indtræffer, og det tidspunkt, hvor det fastlægges. I dette tidsrum kan der ske ændringer i den materielle ret, hvilket kan medføre et forkert valg af det retlige grundlag. Under alle omstændigheder er det som nævnt vigtigt at nå frem til, hvilken regel der var gældende på det tidspunkt, hvor retsforholdet fik en endelig karakter«.

b) Anvendelsen på statsstøtte

21. Artikel 88, stk. 3, sidste punktum, EF (nu artikel 108, stk. 3, sidste punktum, TEUF) »er [...] begrundet i det bevarende formål at sikre, at en støtte, der er uforenelig med fællesmarkedet, aldrig gennemføres. Dette formål opnås indledningsvis foreløbigt ved det forbud, som er foreskrevet i artiklen, og efterfølgende endeligt ved Kommissionens endelige beslutning, der – når den er negativ – er til hinder for, at den anmeldte påtænkte støtte gennemføres i fremtiden« (dom CELF og Ministre de la Culture et de la Communication, C-199/06, EU:C:2008:79, præmis 47). Det fremgår af samme doms præmis 48, at »[d]ette forebyggelsessystem [...] dermed [har] til formål, at der kun gennemføres støtte, der er forenelig med fællesmarkedet. Med henblik på at nå dette mål gennemføres en påtænkt støtte ikke, førend enhver tvivl om støttens forenelighed er fjernet ved Kommissionens endelige beslutning«.

22. Retsfølgen af, at nationale støtteforanstaltninger iværksættes i strid med gennemførelsesforbuddet i artikel 108, stk. 3, tredje punktum, TEUF, er, at de nævnte foranstaltninger bliver retsstridige (jf. bl.a. dom Residex Capital IV, C-275/10, EU:C:2011:814, præmis 28).

23. Det bemærkes endvidere, at [e]n beslutning fra Kommissionen om, at en ikke-anmeldt støtte er forenelig med fællesmarkedet, [ikke] indebærer [...], at gennemførelsesforanstaltninger, som er ugyldige, fordi de er truffet i strid med forbuddet i artikel 88, stk. 3, sidste punktum, EF, efterfølgende lovliggøres, da man i så fald ville tilsidesætte denne bestemmelses direkte virkning og også borgernes interesser, som de nationale domstole har til opgave at beskytte. Enhver anden fortolkning ville tilskynde den pågældende medlemsstat til at sætte sig ud over den nævnte bestemmelse og medføre, at bestemmelsen mister sin effektive virkning«, og at »[h]vis manglende iagttagelse af artikel 88, stk. 3, EF i forbindelse med en bestemt støtteplan, uanset om den var forenelig med fællesmarkedet eller ej, ikke medførte nogen større risiko eller straf, end hvis bestemmelsen var overholdt, ville medlemsstaternes incitament til at anmelde og afvente en beslutning vedrørende støttens forenelighed – og dermed rækkevidden af Kommissionens kontrol – nemlig [...] formindskes kraftigt« (dom Transalpine Ölleitung in Österreich, C-368/04, EU:C:2006:644, præmis 41 og 42 og den deri nævnte retspraksis).

24. Når en medlemsstat ikke, som anført af Kommissionen, kan have en forventning om at kunne fastsætte de rammer, inden for hvilke dens påtænkte støttetildeling skal vurderes, selv om den overholder reglerne og anmelder en påtænkt støttetildeling i tide, hvorledes kan den da opnå dette resultat ved ikke at overholde reglerne og ved at gennemføre støtten, før den er anmeldt til Kommissionen med henblik på forudgående godkendelse heraf? Det følger nemlig af et fast og logisk princip for statsstøttekontrollen, at en medlemsstat, der handler i strid med den i artikel 108, stk. 3, TEUF fastsatte anmeldelses- og standstill-forpligtelse, ikke må gives en mere fordelagtig behandling end den medlemsstat, der overholder disse forpligtelser⁹.

⁹ — Jf. bl.a. domme Frankrig mod Kommissionen (C-301/87, EU:C:1990:67, præmis 11), og Regione autonoma della Sardegna m.fl. mod Kommissionen (T-394/08, T-408/08, T-453/08 og T-454/08, EU:T:2011:493, præmis 91).

25. Selv om de nationale domstole ganske vist ikke har kompetence til at efterprøve, hvorvidt støtteforanstaltninger er forenelige med det indre marked ifølge artikel 107, stk. 2 og 3, TEUF, da denne opgave alene tilkommer Kommissionen (jf. bl.a. dom *Residex Capital IV*, C-275/10, EU:C:2011:814, præmis 27), forholder det sig imidlertid anderledes med hensyn til gennemførelsesforbuddet i artikel 108, stk. 3, tredje punktum, TEUF. Denne bestemmelse kan nemlig anvendes umiddelbart (dom *Transalpine Ölleitung in Österreich*, C-368/04, EU:C:2006:644, præmis 41). De nationale domstole har eksempelvis således pligt til at anordne, at modtagerne tilbagebetaler en ulovlig støtte (dom *Residex Capital IV*, C-275/10, EU:C:2011:814, præmis 33-36). Følgelig kan gennemførelsesforbuddet have negative følger for borgeren, selv om Domstolen til dels i sin praksis har understreget, at de nationale retter skal drage konsekvenserne af en tilsidesættelse af gennemførelsesforbuddet »over for« borgerne¹⁰.

26. De nationale retter skal imidlertid sikre en generel og omfattende overholdelse af gennemførelsesforbuddet (dom *Residex Capital IV*, C-275/10, EU:C:2011:814, præmis 29) og skal herved ligeledes tage fuldstændigt hensyn til unionsinteressen (dom *Transalpine Ölleitung in Österreich*, C-368/04, EU:C:2006:644, præmis 48). Den nationale ret skal således ikke alene sikre beskyttelsen af individuelle rettigheder, men derimod gøre alt for effektivt at virkeliggøre gennemførelsesforbuddet i artikel 108, stk. 3, tredje punktum, TEUF¹¹. Gennemførelsesforbuddet ville derfor også kunne gøres gældende over for en begæring, der kunne være rettet mod, at en uanmeldt støtte gøres gældende i videre omfang, for herved at forhindre, at kredsen af modtagere af en ulovlig støtte udvides (jf. i denne retning dom *Transalpine Ölleitung in Österreich*, C-368/04, EU:C:2006:644, præmis 49).

27. Det bemærkes nemlig, at »anmeldelsen af statsstøtten er et centralt element i fællesskabslovgivningen om kontrol med denne støtte, og at støttemodtagerne principielt ikke kan have en berettiget forventning om, at statsstøtten er lovlig, hvis den ikke er blevet ydet under overholdelse af denne procedure« (dom *Kommissionen mod Salzgitte*, C-408/04 P, EU:C:2008:236, præmis 104 og den deri nævnte retspraksis).

28. Selv om det er korrekt, at det følger af retspraksis¹², at en begrænsning af den øjeblikkelige anvendelse af materielle regler har til formål at sikre overholdelsen af retssikkerhedsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, må det konkluderes, at sådanne begrænsninger ikke er relevante, når der er tale om ulovlig støtte (eller anmeldt støtte indtil det tidspunkt, hvor Kommissionen godkender støtten). Når der henses til opbygningen af og grundtanken bag statsstøttekontrollen, er det åbenbart, at situationen ikke øjeblikkeligt og endeligt fastlægges i forbindelse med anmeldelsen eller tildelingen af støtten, idet den forbliver uafklaret indtil det tidspunkt, hvor Unionens institutioner træffer en afgørelse.

29. En ulovlig støtte kan nemlig ikke anses for endeligt fastlagt, og den udgør derfor heller ikke en eksisterende situation, men derimod en midlertidig situation, idet Kommissionen er det eneste organ, der har kompetence til at tage stilling til, om den pågældende nationale foranstaltning er lovlig eller ulovlig og derfor ikke har kunnet skabe en »endeligt etableret retlig situation«, før Kommissionen har truffet afgørelse¹³.

10 — Jf. bl.a. dom *Adria-Wien Pipeline og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke* (C-143/99, EU:C:2001:598, præmis 27).

11 — Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse *Presidente del Consiglio dei Ministri* (C-169/08, EU:C:2009:420, punkt 119-122).

12 — Jf. bl.a. domme *CNTA mod Kommissionen* (74/74, EU:C:1975:59, præmis 33-43), *Meridionale Industria Salumi m.fl.* (212/80-217/80, EU:C:1981:270), *Sofrimport mod Kommissionen* (C-152/88, EU:C:1990:259, præmis 16 og 17) og *Driessen m.fl.* (C-13/92 – C-16/92, EU:C:1993:828, præmis 30-35).

13 — Eller før Unionens retsinstanser træffer afgørelse, såfremt Kommissionens afgørelse er indbragt for dem. Det afgørende for, om en situation er endeligt fastlagt (eksisterende situation), eller om den fortsat er uafklaret og omfattet af lovændringer (midlertidig situation) er nemlig, om den er forenelig med den procedure, der er fastsat i traktaten. Jf. V. Di Bucci og A. Stobiecka, »*The Temporal Application of the State Aid Rules*« (Den tidsmæssige anvendelse af statsstøttereglerne) i *EC State Aid Law – Le droit des aides d'État dans la CE – Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Alphen an den Rijn, Kluwer Law International, 2008, s. 319. Jf. ligeledes s. 318: »Even a national principle of *res judicata* cannot prevent the recovery of State aid granted in breach of Community law« (jf. dom *Lucchini*, C-119/05, EU:C:2007:434).

30. Domstolens praksis vedrørende anmeldt støtte bekræfter denne konklusion.

31. Domstolen fastslog i præmis 51 og 52 i dom Kommissionen mod Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709), at Kommissionen kan anvende en ny regel på samtlige verserende anmeldelser om statsstøtte, herunder i de tilfælde, hvor anmeldelsen er foretaget før offentliggørelsen af den nye regel. Domstolen fastslog således, at reglerne, principperne og bedømmelseskriterierne for vurderingen af, om statsstøtten er forenelig med fællesmarkedet, der er gældende på det tidspunkt, hvor Kommissionen vedtager sin beslutning, *i princippet kan betragtes som bedre tilpasset den konkurrencemæssige situation*, og at anmeldelsen af en påtænkt støtte kun udgør en proceduremæssig forpligtelse, der *derfor ikke kan være afgørende for, hvilke regler der skal finde anvendelse på den pågældende støtte*. Domstolen fastslog følgelig, at *en medlemsstats anmeldelse af støtte ikke medfører, at der endeligt etableres en retlig situation*. Det bemærkes i denne forbindelse, at de regler, som Kommissionen har anvendt (forordning nr. 1370/2007), efter min opfattelse i det foreliggende tilfælde analogt kan »betrages som bedre tilpasset den konkurrencemæssige situation«, og at den omstændighed, at en medlemsstat beslutter at tildele en ulovlig støtte (uden at anmelde den) i øvrigt »ikke [kan] være afgørende for, hvilke regler der skal finde anvendelse på den pågældende støtte«. Det kan nemlig ikke udelukkes, at en støtte, der er tildelt selv et tiår tidligere, fortsat kan påvirke den aktuelle konkurrencesituation. Dette vil f.eks. være tilfældet, når der ydes periodevis driftsstøtte (som i det foreliggende tilfælde), idet en sådan støtte kan medføre, at en konkurrent definitivt forsvinder fra markedet. Sådanne varige virkninger på konkurrencen reguleres mest hensigtsmæssigt af den lovgivning, der er gældende på det tidspunkt, hvor Kommissionen træffer sin afgørelse.

32. Domstolen fastslog endvidere i den nævnte doms præmis 53, at »[f]ølgelig medfører en medlemsstats anmeldelse af støtte eller en påtænkt støtteordning *ikke, at der endeligt etableres en retlig situation*, der indebærer, at Kommissionen skal tage stilling til støttens eller ordningens forenelighed med fællesmarkedet ved anvendelse af de bestemmelser, der var i kraft på anmeldelsestidspunktet. Det tilkommer derimod Kommissionen at anvende de bestemmelser, der er i kraft på tidspunktet for beslutningens vedtagelse, der er de eneste bestemmelser, i forhold til hvilke spørgsmålet om beslutningens gyldighed skal bedømmes« (min fremhævelse). Jeg er igen af den opfattelse, at Kommissionen også i den foreliggende sag skal anvende de regler, der var gældende på det tidspunkt, hvor den traf afgørelse (forordning nr. 1370/2007 og ikke forordning nr. 1191/69).

33. Endelig fastslog Domstolen i præmis 54 i dom Kommissionen mod Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709), at »[i] modsætning til, hvad Freistaat Sachsen har gjort gældende, udgør denne løsning ikke et incitament for medlemsstaterne til straks og uden forudgående anmeldelse at gennemføre påtænkt støtte med henblik på at drage fordel af de bestemmelser, der er i kraft på tidspunktet for denne gennemførelse. *Selv hvis det antages, at en ulovlig støttes forenelighed med fællesmarkedet i hvert enkelt tilfælde bedømmes på grundlag af forholdene på det tidspunkt, hvor støtten blev udbetalt, kan medlemsstaterne kun med vanskelighed forudsige detaljerne i ændringer til de eksisterende bestemmelser*. Tildeling af ulovlig støtte kan endvidere udsætte den medlemsstat, der har udbetalt støtten, for en forpligtelse til at tilbagesøge denne og erstatte den skade, som er forårsaget af denne støttes ulovlige karakter« (min fremhævelse). Domstolen har således ladet spørgsmålet om, hvorvidt en ulovlig støtte skal vurderes i henhold til de regler, der var gældende på det tidspunkt, hvor den blev udbetalt, stå åbent, mens den foreliggende sag omhandler den tidsmæssige anvendelse af reglerne på anmeldt støtte.

34. Når dette er sagt, er det min opfattelse, at de argumenter, som Domstolen har anført som begrundelse for, at en anmeldt støtte skal vurderes i henhold til de regler, der var gældende på det tidspunkt, hvor Kommissionen traf afgørelse, og ikke på tidspunktet for anmeldelsen, *så meget desto mere* gælder for en uanmeldt (ulovlig) støtte. Domstolen fastslog således i samme doms præmis 45, at »[d]en i artikel 88, stk. 3, EF fastsatte anmeldelse af påtænkt statsstøtte udgør et centralt element i fællesskabslovgivningen om kontrol med denne støtte, og støttemodtagerne kan principielt ikke have en berettiget forventning om, at denne støtte er lovlig, hvis den ikke er blevet ydet under overholdelse af denne procedure«. Det er således Kommissionens vurdering af, om en støtte er lovlig, der fastlægger

de aktuelle retlige konsekvenser af tidligere begivenheder, herunder bl.a. tildelingen af støtte uden forudgående anmeldelse¹⁴.

35. Denne tilgang følges i øvrigt ikke blot af Kommissionen, der har besluttet, at forordning nr. 1370/2007 udgør det korrekte retsgrundlag for vurderingen af uanmeldt støtte, der er tildelt før den 3. december 2009¹⁵ – men også af EFTA-Tilsynsmyndigheden¹⁶.

c) Kvalificering af den omhandlede støtteforanstaltning

36. Parterne er enige om, at den lovgivning, der for så vidt angår anmeldt støtte, som endnu ikke er udbetalt (påtænkt støtte), skal finde anvendelse på den undersøgelse, som Kommissionen skal foretage, udelukkende er den lovgivning, der er gældende på det tidspunkt, hvor Kommissionen træffer afgørelse. Dette spørgsmål blev endeligt afgjort ved dom Kommissionen mod Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709, præmis 50-52).

37. Det er i den foreliggende sag ubestridt, at de omtvistede foranstaltninger udgør statsstøtte, og at den danske regering udbetalte denne støtte til DSB uden at anmelde den til Kommissionen. Den danske regering og DSB har imidlertid fastholdt, at den nævnte udbetaling var lovlig, idet de omtvistede foranstaltninger ifølge disse parter opfattelse var i overensstemmelse med artikel 14 i forordning nr. 1191/69, og dermed fritaget for anmeldelsespligten i henhold til denne forordnings artikel 17, stk. 2.

38. Det er korrekt, at Kommissionen i sin afgørelse ikke udtrykkeligt har taget stilling til, om udbetalingen af den uanmeldte støtte var lovlig (og dette fremgår heller ikke af den appellerede dom).

39. Som svar på et spørgsmål, som Domstolen stillede Kommissionen under retsmødet, har Kommissionen oplyst, at selv om støtten havde opfyldt betingelserne for gruppefritagelse i henhold til den tidligere forordning nr. 1191/69, som DSB har hævdet, ville Kommissionen ikke have haft kompetence til at træffe den omtvistede afgørelse. Kommissionen har derfor ved at vedtage den omtvistede afgørelse *indirekte* fastslået, at støtten var ulovlig. Kommissionen kvalificerede ikke udtrykkeligt støtten som »ulovlig« som følge af en anmodning fra den danske regering, der, som den anførte under retsmødet, ønskede at undgå, at de danske jernbaner eventuelt skulle betale renter i henhold til den retspraksis, der følger af dom CELF og Ministre de la Culture et de la Communication (C-199/06, EU:C:2008:79).

40. Når dette er sagt, har den danske regering ifølge Kommissionen ikke anfægtet Kommissionens kompetence, selv om den kunne have gjort dette. Kommissionen har efter min opfattelse mere overbevisende anført, at den danske regering over for Kommissionen havde givet tilsagn om at korrigere overkompensationen, idet Kommissionen i mangel af et sådant tilsagn ikke ville have godkendt den omhandlede støtte. Den danske regering har med andre ord ikke kunnet give dette tilsagn uden at anerkende, at støtten ikke var omfattet af en gruppefritagelse.

14 — Jf. T. Maxian Rusche og S. Schmidt, The post-Altmark Era Has Started: 15 Months of Application of Regulation (EC) No. 1370/2007 to Public Transport Services, *European State Aid Law Quarterly*, 2/2011, s. 262.

15 — Jf. den omtvistede afgørelse, men ligeledes Kommissionens afgørelse 2011/501/EU af 23.2.2011 om Tysklands statsstøtte C 58/06 (ex NN 98/05) til Bahnen der Stadt Monheim (BSM) og Rheinische Bahngesellschaft (RBG) i Verkehrsverbund Rhein-Ruhr.

16 — EFTA Surveillance Authority Decision 254/10/COL af 21.6.2010 om AS Oslo, AS Oslo Sporveier og AS Sporveisbussene. Denne afgørelse blev anfægtet på et andet punkt i sag E-14/10, konkurrenten.no mod EFTA Surveillance Authority. Ifølge T. Maxian Rusche og S. Schmidt, op. cit., s. 262, havde Kommissionen på daværende tidspunkt indledt tre andre undersøgelser, som var verserende, og som var indledt på grundlag af forordning nr. 1191/69, men som ville blive afgjort på grundlag af forordning nr. 1370/2007, nemlig afgørelse af 28.11.2007, Tyskland – Emsland, C 54/2007, afgørelse C 47/2007, Statsstøtte – Tyskland – statsstøtte C 47/07 (ex NN 22/05) – Kontrakt om offentlige tjenester mellem Deutsche Bahn Regio og Länder Berlin og Brandenburg – opfordring til at afgive bemærkninger i medfør af EF-traktatens artikel 88, stk. 2 (EUT 2008 C 35, s. 13) og afgørelse af 16.4.2008, Den Tjekkiske Republik – C 17/2008, Usti nad Labem.

d) Den appellerede dom

41. Jeg bemærker indledningsvis, at den appellerede dom, når der henses til emnets betydning og komplekse karakter, er meget kortfattet (analysen udgøres alene af præmis 34-58), for så vidt angår det afgørende spørgsmål alene er baseret på to domme afsagt af Retten¹⁷, som Domstolens praksis i øvrigt har rejst tvivl om¹⁸, og ikke forklarer, hvorledes en medlemsstat i strid med artikel 108, stk. 3, TEUF kan skabe en retlig situation, der er endelig fastlagt i henhold til EU-retten.

42. I den appellerede dom (præmis 40) fastslog Retten under henvisning til dom SIDE mod Kommissionen (T-348/04, EU:T:2008:109), at »[h]vad angår den støtte, der er udbetalt uden at være anmeldt, er det de materielle regler, der gælder på det tidspunkt, hvor støtten udbetales, der finder anvendelse, idet de fordele og ulemper, som en sådan støtte medfører, kommer til udtryk i den periode, hvor den pågældende støtte er blevet udbetalt«. Denne passage i dommen giver mig anledning til at gøre følgende bemærkninger.

43. For det første er spørgsmålet ikke, hvornår fordelene kom til udtryk, men hvornår de kan anses for endeligt og retligt fastlagt i henhold til EU-retten, hvilket efter min opfattelse først sker fra og med det tidspunkt, hvor Kommissionen træffer en afgørelse vedrørende disse virkninger.

44. For det andet og i modsætning til, hvad Retten har udtalt, kan en konkurrent på ethvert tidspunkt anmode en national ret om at ophæve disse fordele, såfremt der ikke er foretaget anmeldelse. Jørgen Andersen havde med andre ord kunnet gøre brug af denne mulighed i stedet for at klage over, at forordning nr. 1370/2007 var blevet anvendt med »tilbagevirkende kraft«, og over, at Kommissionen var for lang tid om at vedtage den omtvistede afgørelse. Retten anordnede tilbagesøgning af støtten og anvendte på daværende tidspunkt forordning nr. 1191/69 med henblik på at afgøre, om gruppefritagelsen kunne finde anvendelse.

45. For det tredje er antagelsen om, at en støttes forenelighed eller manglende forenelighed med EU-retten, anses for endeligt fastlagt, når støtten er tildelt og har sine virkninger, fejlagtig. Selv om konkurrencefordrejning er uløseligt forbundet med selve begrebet støtte, der er et objektivt begreb (domme Ladbroke Racing mod Kommissionen, T-67/94, EU:T:1998:7, præmis 52, og SIC mod Kommissionen, T-46/97, EU:T:2000:123, præmis 83), forholder det sig ikke desto mindre således, at »vurderingen af, om støtteforanstaltninger eller en støtteordning er forenelig med fællesmarkedet, henhører [...] under Kommissionens enekompetence, under forbehold af Domstolens prøvelsesret«, idet retspraksis tillægger Kommissionen en vid skønsmagt i denne henseende (dom Unicredito Italiano, C-148/04, EU:C:2005:774, præmis 42 og 71). Da en støttes forenelighed med EU-retten først fastlægges ved Kommissionens afgørelse under forbehold af Unionens retsinstansers prøvelsesret, er der fortsat tale om en igangværende situation på det tidspunkt, hvor Kommissionen træffer afgørelse, og der skal tages hensyn til enhver ændring af de retlige rammer, der foretages, før denne afgørelse træffes¹⁹.

46. For det fjerde er det ikke korrekt, at de fordele og ulemper, der fulgte af tildelingen af den ulovlige støtte, kom til udtryk i den periode, hvor den omhandlede støtte blev udbetalt. Som generaladvokat Alber har anført i sit forslag til afgørelse i de forenede sager Falck og Acciaierie di Bolzano mod Kommissionen (C-74/00 P og C-75/00 P, EU:C:2002:106, punkt 143 og 144), »[varer] virkningerne af en ulovlig støtte [...] ved indtil dennes tilbagebetaling. Selv om fordelene flere år efter ydelsen af støtten ikke længere fremgår direkte af virksomhedens regnskab, så har støtten alligevel på vedvarende

17 — Dvs. domme SIDE mod Kommissionen (T-348/04, EU:T:2008:109) og Italien mod Kommissionen (T-3/09, EU:T:2011:27). Jf. den appellerede doms præmis 40 og 43.

18 — Bl.a. domme Kommissionen mod Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709) og Diputación Foral de Vizcaya m.fl. mod Kommissionen (C-465/09 P – C 470/09 P, EU:C:2011:372) og kendelse Cantiere navale De Poli mod Kommissionen (C-167/11 P, EU:C:2012:164). Jf. i denne henseende punkt 47 ff. i dette forslag til afgørelse.

19 — Jf. V. Di Bucci og A. Stobiecka, op.cit., s. 326.

vis styrket den begunstigedes konkurrencesituation i forhold til andre virksomheder, der ikke har modtaget støtte[, og d]et er ikke Kommissionens opgave at sætte sig ind i de forhold, som herskede på det tidspunkt, hvor støtten blev bevilget og alene herudfra vurdere støttens daværende virkning. Kommissionen skal tværtimod beskytte den nuværende konkurrence, idet støttevirkningen (den vedvarende) skal vurderes ud fra den målestok, som finder anvendelse på tidspunktet for beslutningens vedtagelse«.

47. Under alle omstændigheder deler jeg Kommissionens opfattelse af, at de argumenter, som ligger til grund for dom SIDE mod Kommissionen (T-348/04, EU:T:2008:109) og den appellerede dom, allerede er blevet kategorisk forkastet af Domstolen i dom Diputación Foral de Vizcaya m.fl. mod Kommissionen (C-465/09 P – C-470/09 P, EU:C:2011:372), hvor Domstolen i præmis 125-127 først fastslog, at anvendelsen af nye regler på en ulovlig støtte ikke vedrørte en tidligere fastlagt situation, men en igangværende situation, og derefter at en effektiv gennemførelse af konkurrencepolitikken kræver, at Kommissionen til enhver tid kan tilpasse sin vurdering efter konkurrencepolitikken krav, og endelig, at en medlemsstat, der ikke har anmeldt en støtteordning til Kommissionen, ikke med rimelighed kan have en forventning om, at denne ordning vil blive vurderet i henhold til de regler, der fandt anvendelse på tidspunktet for ordningens indførelse.

48. Det følger heraf, at Kommissionen har ret til at anvende nye regler om forenelighed, når den skal vurdere en udbetalt og uanmeldt støtte. Da den omhandlede sag vedrørte lovligheden af de overgangsregler, der var fastsat i de af Kommissionen vedtagne retningslinjer, henviste Domstolen til støtte for sin argumentation til dom Pokrzeptowicz-Meyer (C-162/00, EU:C:2002:57), der vedrørte lovbestemmelser, hvilket efter min opfattelse viser, at Rettens forsøg på i den appellerede doms præmis 55 at begrænse dom Diputación Foral de Vizcaya mod Kommissionen (C-465/09 P – C-470/09 P, EU:C:2011:372) er uden betydning, fordi den alene omhandlede anvendelsen af retningslinjerne.

49. De samme argumenter finder uden videre anvendelse på den anden dom, som Retten har henvist til i den appellerede doms præmis 40, dvs. dom Italien mod Kommissionen (T-3/09, EU:T:2011:27)²⁰. I denne sidstnævnte dom, der i øvrigt vedrørte en anmeldt støtte, blev der i lighed med dom SIDE mod Kommissionen (T-348/04, EU:T:2008:109) ikke taget hensyn til en afgørende omstændighed, som Domstolen fremhævede i dommene Kommissionen mod Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709) og Diputación Foral de Vizcaya m.fl. mod Kommissionen (C-465/09 P – C-470/09 P, EU:C:2011:372), nemlig om støtten var anmeldt eller ikke anmeldt, dvs. at den situation, der ligger til grund for støtten, ikke kan anses for endelig, så længe Kommissionen ikke har taget stilling til, om den er forenelig med det indre marked – og endda så længe denne afgørelse ikke er blevet endelig (dom Spanien mod Kommissionen, C-169/95, EU:C:1997:10, præmis 53).

50. Hvad angår Jørgen Andersens argument om, at han har ret til retssikkerhed og dermed ret til at få oplyst, hvilken lovgivning der finder anvendelse på den støtte, som hans konkurrent har modtaget, er det tilstrækkeligt at erindre om, at det følger af Domstolens praksis, at der ikke ydes beskyttelse mod en ændring af reglerne og dermed heller ikke mod de nye regler, der finder anvendelse på vedvarende situationer (jf. den i punkt 15 i dette forslag til afgørelse nævnte retspraksis).

e) Konklusion

51. Det bemærkes sammenfattende, at den situation, der ligger til grund for en anmeldt eller uanmeldt støtte, ikke kan anses for endelig, så længe Kommissionens afgørelse om støttens forenelighed ikke er blevet endelig.

20 — Det bemærkes i forbindelse med den foreliggende appel, at denne dom i det væsentlige er identisk med dom Cantiere navale De Poli mod Kommissionen (T-584/08, EU:T:2011:26). Disse to domme har været genstand for appel, som har givet anledning til kendelser Cantiere navale De Poli mod Kommissionen (C-167/11 P, EU:C:2012:164) og Italien mod Kommissionen (C-200/11 P, EU:C:2012:165).

52. Det bemærkes indledningsvis, at såvel Kommissionen som den nationale ret kan anordne tilbagesøgning indtil netop dette tidspunkt.

53. Det bemærkes endvidere, at en medlemsstat, der handler i strid med den anmeldelses- og standstill-forpligtelse, der er fastsat i artikel 108, stk. 3, TEUF, ikke må behandles mere fordelagtigt end en medlemsstat, der overholder disse forpligtelser. Det hedder sig nemlig, at »a breach of the standstill obligation may not lead to a better position with respect to cases that were notified to the Commission in a legally compliant manner«²¹.

54. Endelig er det klart, at der heller ikke er nogen grund til at beskytte modtageren af en ulovlig støtte mod en ændring af de materielle regler, der finder anvendelse på Kommissionens vurdering af, om denne støtte er forenelig.

55. Det følger heraf, at Retten begik en retlig fejl, da den tog Jørgen Andersens tredje anbringende til følge og fastslog, at en uanmeldt støttes forenelighed med det indre marked skulle vurderes på grundlag af de regler, der var gældende på det tidspunkt, hvor støtten blev tildelt, og at den appellerede dom derfor skal ophæves. Domstolen må derfor også forkaste det tredje anbringende, der er påberåbt for førsteinstansen, som ugrundet.

56. Hvad angår det første og det andet anbringende, der er påberåbt for førsteinstansen (jf. den appellerede doms præmis 20 og 21), er disse ikke modne til Domstolens påkendelse, navnlig fordi en undersøgelse af disse anbringender kræver, at der foretages en prøvelse af de komplekse økonomiske vurderinger, som Kommissionen har gennemført, hvilket det tilkommer Retten at gøre.

B – DSB's og Kongeriget Danmarks kontraappeller

57. De to kontraappeller indeholder i det væsentlige de samme spørgsmål, og der er et sådant overlap mellem dem, at det er hensigtsmæssigt at behandle dem samlet.

1. Sammendrag af parternes argumenter

58. DSB har fremsat et enkelt anbringende om, at Kommissionens potentielt fejlagtige anvendelse af forordning nr. 1370/2007 ikke har nogen indvirkning på den omtvistede afgørelses gyldighed, idet Kommissionen ved at anvende forordning nr. 1191/69 ikke ville være nået til en anden konklusion for så vidt angår den omhandlede støttes forenelighed.

59. Den danske regering har for sin del anført, at Retten i den appellerede doms præmis 50 foretog en urigtig gengivelse af den omtvistede afgørelses indhold, da den fandt, at vurderingen af den omhandlede støtte alene var foretaget på grundlag af forordning nr. 1370/2007. De af den danske regering fremsatte argumenter er i det væsentlige identiske med DSB's argumenter.

60. DSB har på grundlag af en samlet læsning af den omtvistede afgørelse og afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure anført, at det følger af fast retspraksis, at en afgørelse er tilstrækkeligt begrundet, når den henviser til et dokument, der allerede er i adressatens besiddelse, og som indeholder en angivelse af de forhold, som institutionen har lagt til grund for sin afgørelse (dom Bundesverband deutscher Banken mod Kommissionen, T-36/06, EU:T:2010:61, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis).

21 — Jf. J. Lipinsky, op.cit.

61. DSB har endvidere anført, at Retten burde have taget stilling til, om Kommissionens fortolkning af forordning nr. 1191/69 og de konklusioner, som den udledte af denne fortolkning, var begrundet. DSB erindrer i denne forbindelse om, at det følger af fast retspraksis, at en retlig fejl ikke kan begrunde annullation af den omtvistede afgørelse, når Kommissionen ville have truffet den samme afgørelse, såfremt der ikke var begået en fejl (jf. bl.a. dom Falck og Acciaierie di Bolzano mod Kommissionen, C-74/00 P og C-75/00 P, EU:C:2002:524, præmis 122).

62. Den danske regering har anført, at Retten tilsidesatte EU-retten, da den i den appellerede doms præmis 58 forkastede den danske regerings argumenter, der havde til formål at godtgøre, at anvendelsen af forordning nr. 1370/2007 udgjorde en formel uregelmæssighed, der ikke havde nogen indvirkning på den omtvistede afgørelses indhold.

63. Endelig er den danske regering af den opfattelse, at tvisten er moden til påkendelse, idet Domstolen kan beslutte, at den omtvistede afgørelse ikke kan annulleres, fordi Kommissionen har baseret afgørelsen på forordning nr. 1370/2007, idet de betingelser, som kompensation i forbindelse med kontrakter om offentlig trafikbetjening er underlagt i henhold til forordning nr. 1191/69, er identiske med eller mindre strenge end de betingelser, der er fastsat i forordning nr. 1370/2007.

64. Kommissionen har i det væsentlige tilsluttet sig de af DSB fremførte argumenter, med undtagelse af de argumenter, der er sammenfattet i punkt 61 i dette forslag til afgørelse, idet den er af den opfattelse, at den omtvistede afgørelse indeholder en analyse af den omtvistede støtte, der er foretaget på grundlag af de to forordninger.

2. Analyse

65. Kontraappellerne rejser spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen har baseret den omtvistede afgørelses dispositive del på en undersøgelse af den omtvistede støtte, der er foretaget alene på grundlag af forordning nr. 1370/2007 eller tillige i lyset af forordning nr. 1191/69.

66. Efter Jørgen Andersens opfattelse fremgår Rettens konklusion, hvorefter Kommissionen foretog sin undersøgelse alene på grundlag af forordning nr. 1370/2007, af 307., 314., 397. og 398. betragtning til den omtvistede afgørelse, og der er tale om et spørgsmål vedrørende de faktiske omstændigheder, som ikke kan gøres til genstand for Domstolens prøvelse.

67. Jeg kan ikke følge denne argumentation, idet fortolkningen af den omtvistede afgørelse klart udgør et retligt spørgsmål. Når dette er sagt, fremgår det af en gennemgang af 304., 307., 314. og 397. betragtning til denne afgørelse, at Retten med føje fastslog, at Kommissionen i den nævnte afgørelse udelukkende havde anvendt forordning 1370/2007.

68. Retten fastslog med rette, at 398. betragtning til den omtvistede afgørelse (hvorefter anvendelsen af forordning nr. 1191/69 ikke ville have ført til en anden konklusion) ikke var tilstrækkelig til at fastslå, at Kommissionen havde baseret sin vurdering på de to forordninger, og dette ikke mindst fordi, der ikke forud for Kommissionens konstatering blev foretaget en undersøgelse på grundlag af den nævnte forordning.

69. Kommissionen har i øvrigt i den nævnte betragtning selv medgivet, at de materielle regler i forordning nr. 1191/69 kun »i det væsentlige svarer« til de materielle regler i forordning nr. 1370/2007.

70. Som anført af Jørgen Andersen, gør de af DSB påberåbte domme det ikke muligt at nå til et andet resultat. Retten fastslog i præmis 75 i dom González y Díez mod Kommissionen (T-25/04, EU:T:2007:257), at de pågældende materielle bestemmelser var »identiske«, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag. Hvad angår dom Diputación Foral de Álava m.fl. mod Kommissionen (T-30/01 –

T-32/01 og T-86/02 – T-88/02, EU:T:2009:314) er det tilstrækkeligt at bemærke, at Retten i præmis 221 fastslog, at den pågældende støtte var driftsstøtte, der ikke kunne erklæres forenelig i henhold til artikel 107, stk. 3, litra c), TEUF, uanset de gældende retningslinjer. Hvad angår dom CMA CGM m.fl. mod Kommissionen (T-213/00, EU:T:2003:76) omhandlede denne dom ikke statsstøtte, men en aftale, der under alle omstændigheder var i strid med artikel 101, stk. 1, TEUF.

71. Henvisningen til afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure ændrer intet herved, idet Kommissionen i denne afgørelse kun gennemgår parternes argumenter og anfører, at den nærer tvivl med hensyn til, om de argumenter, der er fremført af DSB og den danske regering, er begrundede. Følgelig er den af DSB påberåbte praksis fra Retten, hvortil der er henvist i punkt 60 i dette forslag til afgørelse, ikke relevant.

72. For at kunne tiltræde Kommissionens konklusion, hvorefter anvendelsen af forordning nr. 1191/69 ikke ville have ført til en anden konklusion end den, som fremgår af den omtvistede afgørelse, ville det have været nødvendigt for Retten at foretage en vurdering af den omtvistede støtte på grundlag af den nævnte forordning, hvilket imidlertid ikke tilkommer Retten inden for rammerne af et annulationssøgsmål.

73. Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at DSB's og Kongeriget Danmarks kontraappeller må forkastes.

V – Forslag til afgørelse

74. Af ovenstående grunde foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- »– Den Europæiske Unions Rets dom Andersen mod Kommissionen (T- 92/11, EU:T:2013:143) ophæves.
- Det tredje anbringende, der er gjort gældende i første instans, er ugrundet, og sagen hjemvises til Retten med henblik på behandling af det første og det andet anbringende i første instans.
- Danske Statsbaners (DSB) og Kongeriget Danmarks kontraappeller forkastes.
- Afgørelsen om sagsomkostningerne i de to instanser udsættes.«