



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

6 oktober 2015*

„Hogere voorziening — Mededinging — Staatssteun — Steun die door de Deense autoriteiten is verleend aan de overheidsonderneming Danske Statsbaner (DSB) — Openbaredienstcontracten inzake passagiersvervoer per spoor tussen Kopenhagen (Denemarken) en Ystad (Zweden) — Besluit waarbij de steun verenigbaar met de interne markt is verklaard onder voorwaarden — Toepassing in de tijd van materiële rechtsregels”

In zaak C-303/13 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 3 juni 2013,

Europese Commissie, vertegenwoordigd door L. Armati en T. Maxian Rusche als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

rekwirante,

andere partijen in de procedure:

Jørgen Andersen, wonende te Ballerup (Denemarken), vertegenwoordigd door J. Rivas Andrés, G. van de Walle de Ghelcke en M. Nissen, avocats,

verzoeker in eerste aanleg,

ondersteund door:

Dansk Tog, gevestigd te Kopenhagen, vertegenwoordigd door J. Rivas Andrés, G. van de Walle de Ghelcke en M. Nissen, avocats,

interveniënte in hogere voorziening,

Koninkrijk Denemarken, vertegenwoordigd door C. Thorning en V. Pasternak Jørgensen als gemachtigden, bijgestaan door R. Holdgaard, advocat,

Danske Statsbaner SV (DSB), gevestigd te Kopenhagen, vertegenwoordigd door M. Honoré, advocat,

interveniënten in eerste aanleg,

wijst

* Procestaal: Engels.

HET HOF (Grote kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, K. Lenaerts, vicepresident, A. Tizzano, L. Bay Larsen, T. von Danwitz, kamerpresidenten, A. Rosas, A. Arabadjiev (rapporteur), C. Toader, M. Safjan, D. Šváby, M. Berger, A. Prechal, E. Jarašiūnas, C. G. Fernlund en C. Lycourgos, rechters,

advocaat-generaal: M. Wathelet,

griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 10 maart 2015,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 21 mei 2015,

het navolgende

Arrest

- 1 Met haar hogere voorziening verzoekt de Europese Commissie om vernietiging van het arrest Andersen/Commissie (T-92/11, EU:T:2013:143; hierna: „bestreden arrest”), waarbij het Gerecht van de Europese Unie besluit 2011/3/EU van de Commissie van 24 februari 2010 betreffende de contracten voor openbaarvervoersdiensten tussen het Deense ministerie van Vervoer en Danske Statsbaner [Steunmaatregel C 41/08 (ex NN 35/08)] (PB 2011, L 7, blz. 1; hierna: „litigieus besluit”) gedeeltelijk nietig heeft verklaard.
- 2 Met hun incidentele hogere voorzieningen verzoeken Danske Statsbaner SV (DSB) (hierna: „DSB”) en het Koninkrijk Denemarken eveneens om vernietiging van het bestreden arrest.

Toepasselijke bepalingen

Verordening (EEG) nr. 1191/69

- 3 Artikel 5 van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van met het begrip „openbare dienst” verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (PB L 156, blz. 1), zoals gewijzigd bij verordening (EEG) nr. 1893/91 van de Raad van 20 juni 1991 (PB L 169, blz. 1; hierna: „verordening nr. 1191/69”), bepaalt:

„1. Een exploitatieplicht of een vervoerplicht brengt economische nadelen mede wanneer de vermindering van de lasten die kan worden bereikt door de volledige of gedeeltelijke opheffing van deze plicht voor een daaraan onderworpen activiteit of samenstel van activiteiten, groter is dan de uit deze opheffing voortvloeiende vermindering van de ontvangsten.

[...]

2. Een tariefplicht brengt economische nadelen mede, wanneer het verschil tussen de ontvangsten en de lasten van het onder de plicht vallende vervoer kleiner is dan het verschil tussen de ontvangsten en de lasten van het vervoer dat voortvloeit uit een commerciële bedrijfsvoering, met inachtneming van de kosten van de aan deze plicht onderworpen activiteiten en van de marktsituatie.”

4 Artikel 14, leden 1 en 2, van deze verordening bepaalt:

„1. Onder ‚openbare dienstcontract’ wordt verstaan een tussen de bevoegde instanties van een lidstaat en een vervoersonderneming gesloten contract dat ten doel heeft het publiek toereikende vervoerdiensten aan te bieden.

Het openbare dienstcontract kan in het bijzonder het volgende omvatten:

- vervoerdiensten die voldoen aan vastgestelde normen inzake continuïteit, regelmaat, capaciteit en kwaliteit,
- complementaire vervoerdiensten,
- vervoerdiensten tegen welbepaalde prijzen en onder welbepaalde voorwaarden, met name voor bepaalde categorieën reizigers of voor bepaalde verbindingen,
- aanpassingen van de diensten aan de feitelijke behoeften.

2. Het openbare dienstcontract bevat onder andere de volgende punten:

- a) de kenmerken van de aangeboden diensten, met name de normen inzake continuïteit, regelmaat, capaciteit en kwaliteit;
- b) de prijs van de verrichtingen waarop het contract betrekking heeft en die hetzij wordt toegevoegd aan de volgens de tarieven geïnde bedragen, hetzij de geïnde bedragen alsmede de financiële regelingen tussen de twee partijen omvat;
- c) de regels met betrekking tot de aanhangsels en wijzigingen van het contract, met name ter aanpassing aan onvoorziene ontwikkelingen;
- d) de geldigheidsduur van het contract;
- e) sancties bij niet-naleving van het contract.”

5 Artikel 17, lid 2, eerste alinea, van deze verordening luidt:

„De compensaties die voortvloeien uit de toepassing van deze verordening, zijn niet onderworpen aan de procedure van voorafgaande kennisgeving, bedoeld in artikel 93, lid 3, [EEG].”

Verordening (EG) nr. 1370/2007

6 Artikel 4, leden 1 tot en met 3, van verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (PB L 315, blz. 1) bepaalt onder meer:

„1. In openbaredienstcontracten en algemene regels wordt:

- a) duidelijk omschreven welke openbaredienstverplichtingen door de exploitant van openbare diensten worden nagekomen en in welke gebieden deze verplichtingen van toepassing zijn;
- b) vooraf op objectieve en transparante wijze vastgesteld

- i) op basis van welke parameters de eventuele compensaties worden berekend, en
- ii) wat de aard en omvang van eventuele exclusieve rechten is,

zodanig dat overcompensatie wordt voorkomen. Voor overeenkomstig artikel 5, leden 2, 4, 5 en 6, gegunde openbare dienstcontracten worden deze parameters zodanig vastgesteld dat de compensatie in geen geval het bedrag overschrijdt dat nodig is om het netto-financiële effect op kosten en inkomsten van de nakoming van de openbare dienstverplichtingen te dekken, waarbij rekening moet worden gehouden met de door de exploitant van openbare diensten ingehouden ontvangsten ter zake en een redelijke winstmarge;

- c) vastgesteld hoe de kosten van de dienstverlening worden verdeeld. Het kan in het bijzonder gaan om personeelsuitgaven, energiekosten, rechten voor het gebruik van infrastructuur, onderhouds- en herstellingskosten van voertuigen gebruikt voor openbaar vervoer, rollend materieel en installaties die noodzakelijk zijn voor de exploitatie van personenvervoersdiensten, vaste kosten en een passende vergoeding voor het eigen kapitaal.

2. In openbare dienstcontracten en algemene regels wordt een verdeelsleutel opgenomen voor de ontvangsten uit de verkoop van vervoerbewijzen, die de exploitant van openbare diensten mag houden of doorstort aan de bevoegde instanties, of die worden verdeeld tussen beide partijen.

3. De openbare dienstcontracten zijn van beperkte duur, met een maximum van [...] vijftien jaar voor personenvervoersdiensten per spoor of met andere vormen van spoorvervoer. [...]"

7 Artikel 5, leden 1, 3 en 6, van deze verordening luidt:

„1. Openbare dienstcontracten worden gegund volgens de voorschriften van deze verordening. [...]
[...]

3. Een bevoegde instantie die een beroep doet op een andere derde partij dan een interne exploitant, gunt openbare dienstcontracten via een openbare aanbestedingsprocedure, behoudens de in de leden [...] en 6 bedoelde gevallen. De openbare aanbestedingsprocedure staat open voor alle exploitanten en verloopt open en eerlijk, met inachtneming van de beginselen van transparantie en niet-discriminatie. Na de indiening van de inschrijvingen en een eventuele eerste selectie kan, met inachtneming van deze beginselen, worden onderhandeld over de meest geschikte manier om te voldoen aan specifieke of complexe behoeften.

[...]

6. Als de nationale wetgeving het niet verbiedt, kan een bevoegde instantie besluiten openbare dienstcontracten voor vervoer per spoor, met uitzondering van andere vormen van spoorvervoer, zoals metro of tram, onderhands te gunnen. In afwijking van artikel 4, lid 3, hebben deze contracten een maximumduur van tien jaar [...]"

8 In artikel 6 van deze verordening is bepaald:

„1. Ongeacht de gunningwijze van een contract voldoet elke compensatie uit hoofde van een algemene regel of een openbare dienstcontract aan de bepalingen van artikel 4. Ongeacht hun aard voldoen compensaties die worden verleend uit hoofde van een overeenkomstig artikel 5, leden [...] of 6, of uit hoofde van een algemene bepaling onderhands gegund openbare dienstcontract, bovendien aan de bepalingen in de bijlage.

2. De lidstaten verstrekken de Commissie op haar schriftelijk verzoek binnen drie maanden, of binnen een langere termijn die de Commissie in haar verzoek vaststelt, alle informatie die de Commissie nodig acht om te kunnen nagaan of de verleende compensaties verenigbaar zijn met deze verordening.”

- 9 In de leden 2 en 3 van artikel 8 van deze verordening, met als opschrift „Overgangsbepalingen”, is bepaald:

„2. Onverminderd lid 3 verloopt de gunning van openbaredienstcontracten voor vervoer per spoor en over de weg volgens artikel 5, en wel vanaf 3 december 2019. Tijdens deze overgangsperiode nemen de lidstaten maatregelen om geleidelijk te voldoen aan artikel 5, teneinde te vermijden dat zich ernstige structurele problemen voordoen, in het bijzonder wat betreft de vervoerscapaciteit.

Binnen zes maanden na de eerste helft van de overgangsperiode leggen de lidstaten de Commissie een voortgangsverslag voor over de invoering van het geleidelijk gunnen van openbaredienstcontracten volgens artikel 5. Aan de hand van de voortgangsverslagen van de lidstaten kan de Commissie passende, op de lidstaten gerichte maatregelen voorstellen.

3. Bij de toepassing van lid 2 wordt geen rekening gehouden met openbaredienstcontracten die volgens Gemeenschapsrecht en nationale wetgeving zijn gegund:

- a) vóór 26 juli 2000 op grond van een eerlijke openbare aanbestedingsprocedure;
- b) vóór 26 juli 2000 op grond van een andere procedure dan een eerlijke openbare aanbestedingsprocedure;
- c) vanaf 26 juli 2000 en vóór 3 december 2009, op grond van een eerlijke openbare aanbestedingsprocedure;
- d) vanaf 26 juli 2000 en vóór 3 december 2009, op grond van een andere procedure dan een eerlijke openbare aanbestedingsprocedure.

De onder a) bedoelde contracten kunnen doorlopen tot zij verstrijken. De onder b) en c) bedoelde contracten kunnen doorlopen tot zij verstrijken, maar niet langer dan gedurende 30 jaar. De onder d) bedoelde contracten kunnen doorlopen tot zij verstrijken, op voorwaarde dat het gaat om contracten van beperkte duur met een looptijd die vergelijkbaar is met de in artikel 4 vermelde looptijden.

Openbaredienstcontracten mogen doorlopen tot zij verstrijken indien de beëindiging ervan ongewenste juridische of economische gevolgen zou hebben en op voorwaarde dat de Commissie ermee instemt.”

- 10 Artikel 9, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 luidt:

„Overeenkomstig deze verordening verstrekte compensaties voor de openbaredienstverlening voor de exploitatie van openbare personenvervoersdiensten of voor de nettokosten van de in algemene regels vastgestelde tariefverplichtingen zijn verenigbaar met de gemeenschappelijke markt. De meldingsplicht van artikel 88, lid 3, [EG] is niet van toepassing op deze compensaties.”

- 11 Artikel 10, lid 1, van deze verordening bepaalt:

„Verordening [...] nr. 1191/69 wordt hierbij ingetrokken. [...]”

- 12 Overeenkomstig artikel 12 is verordening nr. 1370/2007 in werking getreden op 3 december 2009.

Voorgeschiedenis van het geding

- 13 J. Andersen vervoert onder de handelsnaam Gråhundbus v/Jørgen Andersen personen per bus in Denemarken en het buitenland. In het bijzonder exploiteert hij een lijn tussen Kopenhagen (Denemarken) en Ystad (Zweden). Ystad is per ferry verbonden met het eiland Bornholm (Denemarken).
- 14 DSB is van oudsher de spoorwegonderneming in Denemarken. Op het ogenblik van de relevante feiten was DSB volledig in handen van de Deense Staat en bood zij alleen reizigersvervoer per spoor en aanverwante diensten aan.
- 15 Sinds de afschaffing van het monopolie van DSB op 1 januari 2000 bestaan in Denemarken twee stelsels waaronder reizigersvervoer per spoor wordt aangeboden, namelijk het vrije vervoer, dat wordt geëxploiteerd op commerciële basis, en het vervoer als openbare dienst, dat wordt geregeld door openbaredienstcontracten waarbij mogelijk compensatie voor de geëxploiteerde lijnen wordt betaald.
- 16 Van 2000 tot en met 2004 was aan DSB een contract gegund voor openbaarvervoersdiensten op grote en regionale lijnen. Vanaf 15 december 2002 had dat contract ook betrekking op de lijn Kopenhagen-Ystad, die voorheen onder het stelsel van vrij vervoer werd geëxploiteerd.
- 17 Voor de periode 2005-2014 was aan DSB een nieuw contract gegund voor openbaarvervoersdiensten op grote en regionale lijnen, de internationale lijnen met Duitsland en de lijn Kopenhagen-Ystad.
- 18 Naar aanleiding van twee klachten tegen de openbaredienstcontracten van DSB, waaronder een van Andersen, heeft de Commissie op 10 september 2008 besloten de formele onderzoeksprocedure van artikel 88, lid 2, EG in te leiden (hierna: „besluit tot inleiding van de procedure”). Na afloop van die procedure heeft zij op 24 februari 2010 het litigieuze besluit vastgesteld, waarvan de artikelen 1 tot en met 3 van het dispositief bepalen:

„Artikel 1

De tussen het Deense ministerie van Vervoer en [DSB] gesloten contracten voor openbaarvervoersdiensten vormen staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, [VWEU].

Deze staatssteun is verenigbaar met de interne markt uit hoofde van artikel 93 VWEU, mits de in de artikelen 2 en 3 van het onderhavige besluit bepaalde voorwaarden in acht word[en] genomen[.]

Artikel 2

Denemarken voert in alle lopende contracten voor openbaarvervoersdiensten van [DSB] het terugbetalingsmechanisme in dat wordt beschreven in de overwegingen 222 tot en met 240 en 356 van dit besluit. De belangrijkste kenmerken hiervan zijn:

- Jaarlijkse aanpassing van de contractuele betalingen op het einde van het boekjaar door een brutoverlaging die wordt berekend op basis van de volgende vergelijking:

Totaal inkomsten – redelijke winst – totaal uitgaven = brutoverlaging

- Modulering van de brutoverlaging om rekening te houden met de efficiëntieverbetering en de verbetering van de kwaliteit van de dienstverlening volgens de onderstaande vergelijking en parameters:

Terugbetalingsmechanisme = brutoverlaging – correcties (Δ kosten + Δ reizigerskilometer) = nettoverlaging

- Δ kosten: kostenverlaging (per reizigerskilometer) ten opzichte van gemiddelde kosten van de laatste vier jaren volgens de berekening: procentueel verschil in kosten per reizigerskilometer in vergelijking met het gemiddelde van de laatste vier jaren vermenigvuldigd met de totale basiskosten; en
 - Δ reizigerskilometer: stijging van het reizigersverkeer uitgedrukt in reizigerskilometer (0,80 [Deense Kroon (DKK)] per reizigerskilometer);
 - het totaal van de verlagingen wegens prestatieverbeteringen mag niet hoger zijn dan de brutoverlaging van een gegeven jaar. De netto verlaging zal zich derhalve situeren tussen nul en de bruto verlaging.
- Invoering van een bovengrens voor het terugbetalingsmechanisme, om te garanderen dat de winst op een redelijk niveau blijft, op grond van de volgende formule en kenmerken:
- $\text{Redelijke winst (6 \%)} + \text{correcties } (\Delta \text{ kosten} + \Delta \text{ reizigerskilometer}) / \text{Eigen vermogen} < 12 \%$
- de berekening houdt geen rekening met het aandeel van het eigen vermogen dat overeenstemt met de openbaredienstactiviteit van DSB;
 - de bovengrens van de redelijke winst is bepaald op een Return on Equity van 12%, teruggebracht tot 10 % over drie jaar.

Artikel 3

De vergoedingen die de onderneming AnsaldoBreda eventueel verschuldigd is aan DSB op grond van de vertragingen in de levering van het rollend materieel, moeten aan de Deense staat worden teruggestort.”

Procesverloop bij het Gerecht en bestreden arrest

- 19 Bij op 18 februari 2011 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft Andersen beroep tot nietigverklaring van artikel 1, tweede alinea, van het litigieuze besluit ingesteld.
- 20 Bij op 23 mei 2011 ter griffie van het Gerecht neergelegde akten hebben het Koninkrijk Denemarken en DSB verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van de Commissie. Bij beschikking van 22 juni 2011 heeft de president van de Vijfde kamer van het Gerecht deze interventies toegestaan.
- 21 Ter ondersteuning van zijn beroep voerde Andersen drie middelen aan. Met het derde middel stelde hij dat de Commissie het recht onjuist had toegepast door op de relevante feiten verordening nr. 1370/2007 toe te passen in plaats van verordening nr. 1191/69.
- 22 Het Gerecht heeft dit derde middel aanvaard en bijgevolg artikel 1, tweede alinea, van het litigieuze besluit nietig verklaard.
- 23 Dienaangaande heeft het Gerecht in punt 40 van het bestreden arrest in herinnering gebracht dat inzake steun die is betaald zonder te zijn aangemeld, de rechtsregels van toepassing zijn die gelden op het ogenblik dat de steun werd betaald, waarna het in de punten 46 en 48 van dat arrest heeft geoordeeld dat in casu de verenigbaarheid van de betrokken steun met de interne markt had moeten worden beoordeeld aan de hand van de materiële regels die golden op de datum van betaling van de steun, namelijk verordening nr. 1191/69, en dat de Commissie het recht onjuist heeft toegepast door bij die beoordeling verordening nr. 1370/2007 toe te passen.

Procesverloop voor het Hof en conclusies van partijen

- 24 Bij op 30 september 2013 ter griffie van het Hof neergelegde akte heeft Dansk Tog, een te Kopenhagen gevestigde vereniging naar Deens recht, op grond van artikel 40, tweede alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie verzocht om toelating tot interventie in de onderhavige procedure aan de zijde van Andersen. Bij beschikking van 3 april 2014 heeft de president van het Hof dit verzoek ingewilligd.
- 25 De Commissie, met haar hogere voorziening, en DSB, met haar incidentele hogere voorziening, verzoeken het Hof:
- primair, het bestreden arrest te vernietigen, het verzoek om nietigverklaring van het litigieuze besluit af te wijzen en Andersen te verwijzen in de kosten;
 - subsidiair, het in eerste aanleg aangevoerde derde middel ongegrond te verklaren, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht en de beslissing omtrent de kosten aan te houden.
- 26 Het Koninkrijk Denemarken verzoekt het Hof met zijn incidentele hogere voorziening:
- het bestreden arrest te vernietigen;
 - te oordelen dat de onterechte toepassing van verordening nr. 1370/2007 door de Commissie geen grond vormt voor nietigverklaring van het litigieuze besluit.
- 27 Andersen verzoekt het Hof:
- primair, de hogere voorziening en de incidentele hogere voorzieningen af te wijzen en de Commissie, DSB en het Koninkrijk Denemarken te verwijzen in de door hun hogere voorziening, respectievelijk incidentele hogere voorzieningen veroorzaakte kosten;
 - subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht.
- 28 Dansk Tog verzoekt het Hof:
- primair, de hogere voorziening en de incidentele hogere voorzieningen af te wijzen;
 - subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht;
 - de Commissie, DSB en het Koninkrijk Denemarken te verwijzen in haar kosten.

Verzoek om heropening van de mondelinge behandeling

- 29 De mondelinge behandeling is op 21 mei 2015 gesloten nadat de advocaat-generaal conclusie had genomen.
- 30 Bij brief van 10 juli 2015, ingekomen bij het Hof op dezelfde dag, heeft DSB het Hof verzocht de heropening van de mondelinge behandeling te gelasten.
- 31 Ter ondersteuning van dit verzoek heeft DSB aangevoerd dat de conclusie van de advocaat-generaal was gebaseerd op juridische overwegingen waarover partijen in de procedure onvoldoende hun standpunten hadden kunnen uitwisselen.

- 32 Dienaangaande zij om te beginnen in herinnering gebracht dat het Hof krachtens artikel 83 van zijn Reglement voor de procesvoering in elke stand van het geding, de advocaat-generaal gehoord, de heropening van de mondelinge behandeling kan gelasten, onder meer wanneer het zich onvoldoende voorgelicht acht, of wanneer een zaak moet worden beslecht op grond van een argument waarover de partijen of de in artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie bedoelde belanghebbenden hun standpunten niet voldoende hebben kunnen uitwisselen (arrest Commerz Nederland, C-242/13, EU:C:2014:2224, punt 26).
- 33 Daarnaast heeft de advocaat-generaal volgens artikel 252, tweede alinea, VWEU tot taak, in het openbaar in volkomen onpartijdigheid en onafhankelijkheid met redenen omklede conclusies te nemen aangaande zaken waarin zulks overeenkomstig het Statuut van het Hof van Justitie vereist is. Het Hof is noch door de conclusie van de advocaat-generaal, noch door de motivering op grond waarvan hij tot die conclusie komt, gebonden (arrest Commissie e.a./Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P en C-595/10 P, EU:C:2013:518, punt 57).
- 34 Het Hof acht zich in de onderhavige zaak, de advocaat-generaal gehoord, voldoende voorgelicht om uitspraak te doen en de zaak hoeft niet te worden beslecht op grond van argumenten waarover tussen partijen geen discussie heeft plaatsgevonden. Het verzoek om heropening van de mondelinge behandeling dient derhalve te worden afgewezen.

Principale hogere voorziening

Argumenten van partijen

- 35 Ter ondersteuning van haar hogere voorziening voert de Commissie één middel aan, waarmee zij stelt dat het Gerecht de artikelen 108, leden 2 en 3, VWEU, 288 VWEU en 297, lid 1, VWEU heeft geschonden door haar te verwijten dat zij verordening nr. 1370/2007 retroactief heeft toegepast op de feiten van de onderhavige zaak.
- 36 De Commissie stelt dat uit vaste rechtspraak van het Hof enerzijds volgt dat een nieuwe regeling onmiddellijk van toepassing is op de toekomstige gevolgen van een onder de oude regeling ontstane situatie, en anderzijds dat ter verzekering van de eerbiediging van het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel de regels van materieel Unierecht aldus moeten worden uitgelegd dat zij ten aanzien van vóór hun inwerkingtreding verworven rechtsposities alleen gelden voor zover uit hun bewoordingen, doelstellingen of opzet blijkt dat er zulke gevolgen aan dienen te worden verbonden.
- 37 De Commissie merkt op dat er enkel in de tweede hypothese sprake is van retroactieve toepassing van de nieuwe regeling en is derhalve van mening dat het in casu doorslaggevend is te weten of onrechtmatige steun onder de eerste dan wel de tweede hypothese valt.
- 38 De Commissie betoogt dat het Hof in het arrest Commissie/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709) heeft geoordeeld dat zij een nieuwe regeling mag toepassen op alle voorgenomen steun, ook ingeval de steun is aangemeld vóór de inwerkingtreding van die nieuwe regeling.
- 39 Het Hof heeft in de punten 51 en 52 van dat arrest immers vastgesteld dat de regels, beginselen en criteria voor de beoordeling van de verenigbaarheid van staatssteun die gelden op de datum waarop de Commissie haar besluit over de verenigbaarheid vaststelt, in beginsel mogen worden geacht beter te zijn afgestemd op de mededingingsverhoudingen, en dat de aanmelding van voorgenomen steunmaatregelen slechts een procedurele verplichting is die niet bepalend kan zijn voor de rechtsregeling die van toepassing is op de aangemelde steunmaatregelen.

- 40 Het Hof heeft in punt 53 van dat arrest dan ook geoordeeld dat de aanmelding van een steunmaatregel door een lidstaat geen definitieve situatie schept die zou impliceren dat de Commissie zich over de verenigbaarheid ervan met de interne markt uitspreekt op grond van de regels die gelden op de datum van die aanmelding.
- 41 De Commissie voegt daaraan toe dat het Hof in zijn arrest *Diputación Foral de Vizcaya e.a./Commissie* (C-465/09 P–C-470/09 P, EU:C:2011:372, punten 125 en 128) om te beginnen heeft vastgesteld dat de toepassing van nieuwe regels op onrechtmatige steun geen betrekking heeft op een definitief verworven situatie, maar op een nog voortdurende situatie, voorts dat een doeltreffende toepassing van het mededingingsbeleid vereist dat de Commissie haar beoordeling op elk ogenblik kan aanpassen aan de eisen van dit beleid, en tot slot dat een lidstaat die een steunregeling niet bij de Commissie heeft aangemeld, niet redelijkerwijze mag verwachten dat die regeling wordt beoordeeld aan de hand van de regels die golden op het ogenblik van de vaststelling ervan.
- 42 Volgens de Commissie heeft het Gerecht in punt 55 van het bestreden arrest ten onrechte een onderscheid gemaakt tussen de onderhavige zaak en de zaak die heeft geleid tot het arrest *Diputación Foral de Vizcaya e.a./Commissie* (C-465/09 P–C-470/09 P, EU:C:2011:372). Dat arrest had weliswaar betrekking op de rechtmatigheid van overgangsregels die waren vastgesteld in richtsnoeren van de Commissie, maar de redenering van het Hof heeft een ruimere draagwijdte en kan a fortiori worden toegepast op verordeningen en andere bindende wetgevingshandelingen. Voor het overige blijkt uit dat arrest dat de richtsnoeren volgens het Hof niet retroactief waren toegepast.
- 43 De Commissie is derhalve van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich in de punten 40 tot en met 43 en 46 tot en met 48 van het bestreden arrest te baseren op de arresten *SIDE/Commissie* (T-348/04, EU:T:2008:109, punten 58-60) en *Italië/Commissie* (T-3/09, EU:T:2011:27, punt 61).
- 44 Volgens haar heeft het Gerecht in die arresten immers ten onrechte geoordeeld dat de verenigbaarheid met de interne markt van steun die is betaald zonder te zijn aangemeld, moet worden beoordeeld aan de hand van de regels die golden op het ogenblik van de verlening van de steun, aangezien het onderscheid dat het Gerecht maakt tussen aangemelde steun en onrechtmatige steun rechtens niet relevant is.
- 45 Volgens de Commissie kan een situatie betreffende de verlening van – al dan niet aangemelde – steun niet als definitief worden beschouwd zolang de Commissie geen besluit heeft vastgesteld over de verenigbaarheid van die steun met de interne markt en dat besluit niet definitief is geworden. Om te beginnen kan immers steeds terugbetaling van die steun worden gelast, door de Commissie of door de nationale rechter, zolang de Commissie deze niet heeft goedgekeurd en het goedkeuringsbesluit niet definitief is geworden. Voorts mag een lidstaat die handelt in strijd met de in artikel 108, lid 3, VWEU neergelegde aanmeldingsplicht en opschortingsplicht, niet gunstiger worden behandeld dan een lidstaat die deze verplichtingen in acht heeft genomen. Tot slot hoeft de begunstigde van onrechtmatige steun niet te worden beschermd tegen een wijziging van de materiële regels die de Commissie toepast bij de beoordeling van de verenigbaarheid van die steun.
- 46 De Commissie is derhalve van mening dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de voor- en nadelen die voortvloeien uit de verlening van de betrokken steun zijn ontstaan in het tijdvak waarin die steun is betaald.
- 47 Zoals advocaat-generaal Alber immers in zijn conclusie in de gevoegde zaken *Falck en Acciaierie di Bolzano/Commissie* (C-74/00 P en C-75/00 P, EU:C:2002:106, punten 143 en 144) heeft opgemerkt, duurt het effect van onrechtmatige steun voort tot en met de terugbetaling ervan, aangezien deze steun de concurrentiepositie van de begunstigde onderneming in vergelijking met haar concurrenten duurzaam versterkt.

48 Andersen en Dansk Tog betwisten dit betoog.

Beoordeling door het Hof

- 49 Volgens vaste rechtspraak van het Hof is een nieuwe regeling in beginsel onmiddellijk van toepassing op de toekomstige gevolgen van een onder de oude regeling ontstane situatie. Het Hof heeft ook geoordeeld dat het vertrouwensbeginsel niet dusdanig mag worden verruimd dat een nieuwe regeling nooit van toepassing kan zijn op de toekomstige gevolgen van situaties die onder de oude regeling zijn ontstaan (arrest Commissie/Freistaat Sachsen, C-334/07 P, EU:C:2008:709, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 50 Daarentegen moeten ter verzekering van de eerbiediging van het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel de regels van materieel Unierecht aldus worden uitgelegd dat zij ten aanzien van vóór hun inwerkingtreding verworven rechtsposities alleen gelden voor zover uit hun bewoordingen, doelstellingen of opzet blijkt dat er zulke gevolgen aan dienen te worden verbonden (arresten Pokrzeptowicz-Meyer, C-162/00, EU:C:2002:57, punt 49, en Commissie/Freistaat Sachsen, C-334/07 P, EU:C:2008:709, punt 44).
- 51 Wat betreft de vraag of de betrokken steun betrekking heeft op een situatie die definitief was geworden op het ogenblik van inwerkingtreding van verordening nr. 1370/2007, dan wel op een situatie die is ontstaan onder verordening nr. 1191/69 maar waarvan de gevolgen op dat ogenblik nog voortduurden, zij in herinnering gebracht dat de overgangsbepalingen van artikel 8, lid 3, van verordening nr. 1370/2007 bepalen dat de op 3 december 2009 lopende openbardienstcontracten „[konden] doorlopen tot zij verstrijken”, binnen de grenzen van de in die bepaling neergelegde maximumduur en voor zover die contracten „volgens gemeenschapsrecht en nationale wetgeving [waren] gegund.”
- 52 Krachtens artikel 17, lid 2, van verordening nr. 1191/69 waren de compensaties die aan een vervoersonderneming werden betaald ter vergoeding van de lasten die voortvloeien uit de openbardienstverplichting die haar was opgelegd, niet onderworpen aan de in artikel 108, lid 3, VWEU neergelegde aanmeldingsplicht indien zij voldeden aan de in de afdelingen II, III en IV van die verordening neergelegde voorwaarden. Volgens deze verordening waren dergelijke steunmaatregelen immers verenigbaar met de interne markt.
- 53 Bijgevolg betreft steun die aan een openbaarvervoersonderneming is betaald op een ogenblik waarop verordening nr. 1191/69 nog van toepassing was en die voldeed aan de in de afdelingen II, III en IV van die verordening neergelegde voorwaarden, een situatie die definitief was verworven op het ogenblik van inwerkingtreding van verordening nr. 1370/2007.
- 54 Uit die overwegingen volgt dat de Commissie bij de vaststelling van het litigieuze besluit eerst de steun die was betaald op grond van het eerste contract voor openbaarvervoersdiensten, dat was gesloten voor de periode 2000-2004, en de steun die vóór 3 december 2009 was betaald op grond van het tweede contract voor openbaarvervoersdiensten, dat was gesloten voor de periode 2005-2014, had moeten toetsen aan verordening nr. 1191/69, teneinde na te gaan of die steun voldeed aan de in de afdelingen II, III en IV van die verordening neergelegde voorwaarden en dus was vrijgesteld van de aanmeldingsplicht van artikel 108, lid 3, VWEU.
- 55 Daarentegen had zij zowel de rechtmatigheid als de verenigbaarheid met de interne markt van de steun die vanaf 3 december 2009 is betaald op grond van het tweede contract voor openbaarvervoersdiensten, dat was gesloten voor de periode 2005-2014, moeten toetsen aan verordening nr. 1370/2007, onder voorbehoud van de in punt 51 van het onderhavige arrest vermelde overgangsbepalingen.

- 56 Aan die vaststelling wordt niet afgedaan door de rechtspraak van het Hof waarnaar de Commissie verwijst.
- 57 In de eerste plaats kan de Commissie zich niet beroepen op de punten 51 en 52 van het arrest Commissie/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709), aangezien de omstandigheden van de onderhavige zaak wezenlijk verschillen van deze in de zaak die heeft geleid tot dat arrest, die betrekking had op staatssteun die niet onder een groepsvrijstelling viel op het ogenblik dat de bevoegde nationale autoriteiten deze besloten te verlenen.
- 58 In de tweede plaats bieden de punten 125 tot en met 128 van het arrest Diputación Foral de Vizcaya e.a./Commissie (C-465/09 P–C-470/09 P, EU:C:2011:372) om dezelfde redenen geen steun aan de stelling van de Commissie dat de steun in de onderhavige zaak enkel moest worden getoetst aan verordening nr. 1370/2007.
- 59 In de derde plaats zij opgemerkt, wat betreft het argument dat de terugvordering van onrechtmatige steun kan worden gelast tot op het ogenblik dat de Commissie een besluit over die steun vaststelt, dat in casu de onrechtmatigheid van de betrokken steun niet is aangetoond.
- 60 Uit de vaststellingen in de punten 54 en 55 van het onderhavige arrest volgt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 46 van het bestreden arrest te oordelen dat de verenigbaarheid met de interne markt van alle steun in de onderhavige zaak had moeten worden beoordeeld aan de hand van verordening nr. 1191/69.
- 61 Het bestreden arrest dient derhalve te worden vernietigd voor zover het Gerecht daarbij artikel 1, tweede alinea, van het litigieuze besluit nietig heeft verklaard wat betreft de steun die is betaald vanaf 3 december 2009 op grond van het tweede contract voor openbaarvervoersdiensten, dat was gesloten voor de periode 2005-2014.
- 62 Bijgevolg dient de zaak naar het Gerecht te worden terugverwezen voor een beslissing, gelet op de drie middelen in het verzoekschrift en rekening houdend met artikel 8, lid 3, van verordening nr. 1370/2007, over de rechtmatigheid van het litigieuze besluit voor zover daarbij de steun die is betaald vanaf 3 december 2009 op grond van het tweede contract voor openbaarvervoersdiensten, dat was gesloten voor de periode 2005-2014, verenigbaar met de interne markt is verklaard.
- 63 De hogere voorziening wordt afgewezen voor het overige.

Incidentele hogere voorzieningen

Argumenten van partijen

- 64 DSB voert aan dat de toepassing van verordening nr. 1370/2007 op de betrokken feiten, gesteld dat deze onterecht is, geen invloed heeft gehad op de rechtmatigheid van het litigieuze besluit, aangezien toepassing van verordening nr. 1191/69 niet tot een andere conclusie betreffende de verenigbaarheid van de betrokken steun zou hebben geleid.
- 65 DSB merkt in dat verband op dat de Commissie in punt 398 van het litigieuze besluit verwijst naar de beoordelingsregels van verordening nr. 1191/69, zoals door haar reeds uiteengezet in de punten 124 tot en met 131 van het besluit tot inleiding van de procedure. In laatstgenoemde punten heeft de Commissie artikel 14 van die verordening onderzocht en vastgesteld dat de verenigbaarheid van de betrokken steun moest worden beoordeeld aan de hand van de algemene beginselen die voortvloeien uit het EG-Verdrag, de rechtspraak en de beschikkingspraktijk van de Commissie.

- 66 De Commissie heeft er in het bijzonder op gewezen dat volgens die algemene beginselen het bedrag van de compensatie niet hoger mag zijn dan hetgeen nodig is om de kosten gemaakt bij de uitvoering van de openbaredienstverplichtingen te dekken, waarbij de daarmee verband houdende inkomsten en een redelijke winst voor de uitvoering van deze verplichtingen in aanmerking worden genomen. Tot slot heeft de Commissie haar eerste oordeel gegeven over de vraag of voor de betrokken steun aan dat criterium was voldaan.
- 67 Het litigieuze besluit en het besluit tot inleiding van de procedure zetten samen dus op voldoende gemotiveerde wijze de reden uiteen waarom toepassing van verordening nr. 1191/69 niet tot een ander resultaat had kunnen leiden dan de toepassing van verordening nr. 1370/2007. DSB benadrukt dat volgens vaste rechtspraak een besluit voldoende is gemotiveerd wanneer daarin wordt verwezen naar een document dat reeds in het bezit is van de adressaat van het besluit, en de gegevens bevat waarop de instelling haar beslissing heeft gebaseerd (arrest Bundesverband deutscher Banken/Commissie, T-36/06, EU:T:2010:61, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 68 DSB meent derhalve dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 50 van het bestreden arrest te oordelen dat de betrokken steun uitsluitend op basis van verordening nr. 1370/2007 is beoordeeld en in punt 58 van dat arrest dat het zijn beoordeling niet in de plaats van die van de Commissie kon stellen en evenmin kon bepalen of de betrokken steun volgens verordening nr. 1191/69 verenigbaar was met de interne markt.
- 69 Het Gerecht had daarentegen moeten onderzoeken of de uitlegging die de Commissie heeft gegeven van verordening nr. 1191/69 en de conclusies die zij uit deze uitlegging heeft getrokken, correct waren. Dienaangaande verwijst DSB naar de vaste rechtspraak dat een besluit niet nietig kan worden verklaard op grond van een onjuiste toepassing van het recht wanneer de Commissie zonder die onjuiste toepassing hetzelfde besluit zou hebben vastgesteld (arresten Falck en Acciaierie di Bolzano/Commissie, C-74/00 P en C-75/00 P, EU:C:2002:524, punt 122; CMA CGM e.a./Commissie, T-213/00, EU:T:2003:76, punten 101-103; González y Díez/Commissie, T-25/04, EU:T:2007:257, punt 74, en Diputación Foral de Álava e.a./Commissie, T-30/01–T-32/01 en T-86/02–T-88/02, EU:T:2009:314, punt 219).
- 70 De Deense regering van haar kant betoogt dat het Gerecht in punt 50 van het bestreden arrest de inhoud van het litigieuze besluit onjuist heeft voorgesteld door te oordelen dat de betrokken steun uitsluitend op basis van verordening nr. 1370/2007 is beoordeeld. Deze regering ontwikkelt in dit verband in wezen dezelfde redenering als die van DSB, zoals samengevat in de punten 65 tot en met 67 van het onderhavige arrest.
- 71 De Deense regering betoogt daarnaast dat het Gerecht het Unierecht heeft geschonden door in punt 58 van het bestreden arrest geen gevolg te geven aan haar argumenten en die van de Commissie en DSB die ertoe strekten aan te tonen dat de toepassing van verordening nr. 1370/2007 slechts een vormfout was die geen weerslag kon hebben op de inhoud van het litigieuze besluit. Ter ondersteuning van dat argument verwijst de Deense regering naar de arresten González y Díez/Commissie (T-25/04, EU:T:2007:257, punt 74) en Diputación Foral de Álava e.a./Commissie (T-30/01–T-32/01 en T-86/02–T-88/02, EU:T:2009:314, punt 219).
- 72 De Commissie sluit zich aan bij het betoog van DSB, met uitzondering van het vermelde in punt 69 van het onderhavige arrest, en bij dat van de Deense regering zoals samengevat in punt 70 van het onderhavige arrest.
- 73 Andersen betwist het betoog van DSB en de Deense regering. Inzonderheid stelt hij dat de vaststelling van het Gerecht dat de Commissie de verenigbaarheid enkel aan de hand van verordening nr. 1370/2007 heeft onderzocht, een feitelijke beoordeling inhoudt die niet kan worden aangevochten in het kader van deze hogere voorziening.

Beoordeling door het Hof

- 74 Wat betreft de ontvankelijkheid van het betoog dat de Commissie de verenigbaarheid van de betrokken steun zowel aan de hand van verordening nr. 1191/69 als verordening nr. 1370/2007 heeft beoordeeld, en niet enkel aan de hand van verordening nr. 1370/2007, zoals het Gerecht heeft geoordeeld op basis van een onjuiste uitlegging van het litigieuze besluit, kan ermee worden volstaan op te merken dat een dergelijke uitlegging een juridische beoordeling inhoudt en niet louter een feitelijke vaststelling. Dit betoog is derhalve ontvankelijk.
- 75 Ten gronde blijkt uit de punten 304, 307, 314 en 397 van het litigieuze besluit dat de Commissie uitdrukkelijk heeft te kennen gegeven dat de verenigbaarheid van de betrokken steun uitsluitend moest worden onderzocht aan de hand van verordening nr. 1370/2007. Bovendien komt uit de punten 315 tot en met 394 van dit besluit naar voren dat de Commissie dit onderzoek daadwerkelijk enkel aan de hand van die verordening heeft verricht.
- 76 In punt 398 van het litigieuze besluit heeft de Commissie weliswaar opgemerkt dat toepassing van verordening nr. 1191/69 niet tot een andere conclusie zou hebben geleid dan de conclusie die voortvloeit uit de toepassing van verordening nr. 1370/2007, maar een dergelijke vermelding volstaat op zich niet om vast te stellen dat de Commissie – zoals zichzelf, de Deense regering en DSB stellen – verordening nr. 1191/69 daadwerkelijk heeft toegepast bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de betrokken steun.
- 77 Bovendien heeft de Commissie in punt 398 van het litigieuze besluit wel opgemerkt dat de materiële regels van verordening nr. 1191/69 „in wezen dezelfde” waren als die van verordening nr. 1370/2007, maar daarmee heeft zij nog geen identiteit tussen beide vastgesteld, zodat in casu de voorwaarden voor toepassing van de door DSB en de Deense regering aangevoerde rechtspraak van het Gerecht, te weten de arresten *González y Díez/Commissie* (T-25/04, EU:T:2007:257, punt 74) en *Diputación Foral de Álava e.a./Commissie* (T-30/01–T-32/01 en T-86/02–T-88/02, EU:T:2009:314, punt 219), hoe dan ook niet zijn vervuld.
- 78 Wat betreft de omstandigheid dat de Commissie in punt 398 van het litigieuze besluit heeft terugverwezen naar haar uiteenzetting en uitlegging van de beoordelingsregels van verordening nr. 1191/69 in het besluit tot inleiding van de procedure, kan ermee worden volstaan op te merken dat laatstgenoemd besluit, anders dan DSB en de Deense regering stellen, geen enkele beoordeling bevat die het achterwege blijven van een onderzoek van de betrokken steun aan de hand van die verordening in het litigieuze besluit kan verhelpen.
- 79 In de punten 83 tot en met 90 en 101 tot en met 103 van het besluit tot inleiding van de procedure, betreffende het bestaan van staatssteun, en in de punten 129 tot en met 131 van dat besluit, betreffende de mogelijke verenigbaarheid daarvan met verordening nr. 1191/69, heeft de Commissie immers slechts de argumenten van de partijen uiteengezet en erop gewezen dat zij twijfelde aan de gegrondheid van het betoog van DSB en de Deense regering.
- 80 Bijgevolg is evenmin voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van de rechtspraak waarnaar DSB verwijst, te weten het arrest *Bundesverband deutscher Banken/Commissie* (T-36/06, EU:T:2010:61, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak), waarin is geoordeeld dat een besluit voldoende is gemotiveerd wanneer daarin wordt verwezen naar een document dat reeds in het bezit is van de adressaat van het besluit, en de gegevens bevat waarop de instelling haar beslissing heeft gebaseerd.
- 81 Indien het Gerecht – zoals het volgens DSB verplicht was – had onderzocht of de bewering in punt 398 van het litigieuze besluit dat toepassing van verordening nr. 1191/69 in casu niet tot een andere conclusie zou hebben geleid, correct was, had het eerst de verenigbaarheid van de betrokken steun aan de hand van die verordening moeten beoordelen.

- 82 Volgens vaste rechtspraak van het Hof is het Gerecht in het kader van een beroep tot nietigverklaring echter niet bevoegd een dergelijk onderzoek te verrichten, aangezien het Gerecht zijn economische beoordeling niet in de plaats van die van de Commissie mag stellen (zie in die zin beschikking DSG/Commissie, C-323/00 P, EU:C:2002:260, punt 43, en arrest KME Germany e.a./Commissie, C-272/09 P, EU:C:2011:810, punten 93 en 103).
- 83 Bijgevolg moeten de incidentele hogere voorzieningen worden afgewezen.

Kosten

- 84 Daar de zaak naar het Gerecht wordt terugverwezen, dient de beslissing omtrent de kosten te worden aangehouden.

Het Hof (Grote kamer) verklaart:

- 1) Het arrest van het Gerecht van de Europese Unie Andersen/Commissie (T-92/11, EU:T:2013:143) wordt vernietigd voor zover het Gerecht daarbij artikel 1, tweede alinea, van besluit 2011/3/EU van de Commissie van 24 februari 2010 betreffende de contracten voor openbaarvervoersdiensten tussen het Deense ministerie van Vervoer en Danske Statsbaner [Steunmaatregel C 41/08 (ex NN 35/08)] nietig heeft verklaard wat betreft de steun die is betaald vanaf 3 december 2009 op grond van het tweede contract voor openbaarvervoersdiensten, dat was gesloten voor de periode 2005-2014.
- 2) De principale hogere voorziening wordt afgewezen voor het overige.
- 3) De incidentele hogere voorzieningen worden afgewezen.
- 4) De zaak wordt terugverwezen naar het Gerecht van de Europese Unie voor een beslissing, gelet op de drie middelen in het verzoekschrift en rekening houdend met artikel 8, lid 3, van verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad, over de rechtmatigheid van besluit 2011/3 voor zover daarbij de steun die is betaald vanaf 3 december 2009 op grond van het tweede contract voor openbaarvervoersdiensten, dat was gesloten voor de periode 2005-2014, verenigbaar met de interne markt is verklaard.
- 5) De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.

ondertekeningen