Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MELCHIOR WATHELET
présentées le 21 mai 2015 [1]

Affaire C-303/13 P

Commission européenne
contre

Jørgen Andersen

«Pourvoi — Aides d'État — Aides accordées par les autorités danoises en faveur de l'entreprise publique Danske Statsbaner (DSB) — Contrats de service public pour la prestation de services de transport ferroviaire de passagers entre Copenhague (Danemark) et Ystad (Suède) — Décision déclarant l'aide compatible avec le marché intérieur sous conditions — Application dans le temps des règles de droit matériel»

1. Par le présent pourvoi, la Commission européenne demande, à titre principal, l'annulation de l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne Andersen/Commission (T-92/11, EU:T:2013:143, ci-après l'«arrêt attaqué»), par lequel celui-ci a partiellement annulé la décision de la Commission concernant les contrats de service public de transport entre le ministère danois des transports et Danske Statsbaner [2] et le rejet de la demande d'annulation de la décision litigieuse. À titre subsidiaire, la Commission demande à la Cour de déclarer non fondé le troisième moyen invoqué en première instance et de renvoyer l'affaire devant le Tribunal. Ce pourvoi porte sur l'application dans le temps des règles matérielles relatives aux aides d'État et révèle la complexité du sujet. Il soulève, notamment, la question de savoir si les aides d'État non-notifiées en cause en l'espèce relèvent, pour les années 2002 à 2008, d'une situation acquise antérieurement, comme l'a jugé en substance le Tribunal, ou d'une situation en cours, comme le plaide la Commission. Par leurs pourvois incidents, Danske Statsbaner (DSB) (ci-après «DSB») et le Royaume de Danemark demandent également à la Cour d'annuler l'arrêt attaqué.

I – Les antécédents du litige

2. M. Andersen exerce, sous le nom commercial Gråhundbus v/Jørgen Andersen, des activités de transport par autocar au Danemark et à l'étranger. Il assure, notamment, une liaison entre Copenhague (Danemark) et Ystad (Suède), reliée par voie navigable à l'île de Bornholm (Danemark). DSB est l'opérateur ferroviaire historique au Danemark. À la date des faits en cause, cette dernière était entièrement détenue par l'État danois et n'assurait que des services de transport de voyageurs par chemin de fer et des services connexes.

1 — Langue originale: le français

2 — Décision 2011/3/UE, du 24 février 2010 [Aide d'État C 41/08 (ex NN 35/08)] (JO 2011, L 7, p. 1, ci-après la «décision litigieuse»).

3. Depuis l'abolition du monopole de DSB le 1er janvier 2000, il existe au Danemark deux régimes pour la prestation de services de transport ferroviaire de passagers, à savoir le libre trafic, exploité sur une base commerciale, et le trafic de service public, régi par des contrats de service public pouvant prévoir le paiement de compensations pour les liaisons exploitées.

4. Au cours de la période allant de l'année 2000 à l'année 2004, DSB a bénéficié d'un contrat de service public de transport concernant les grandes lignes et les lignes régionales. Depuis le 15 décembre 2002, ledit contrat portait également sur la liaison entre Copenhague et Ystad qui, auparavant, était soumise à un régime de libre trafic. Pour la période allant de l'année 2005 à l'année 2014, DSB a bénéficié d'un nouveau contrat de service public de transport concernant les grandes lignes et les lignes régionales ainsi que les liaisons internationales avec l'Allemagne et la liaison entre Copenhague et Ystad.

5. À la suite de deux plaintes, dont celle provenant de M. Andersen, contre les contrats de service public dont bénéficie DSB, la Commission a décidé, le 10 septembre 2008, d'ouvrir la procédure formelle d'examen prévue à l'article 88, paragraphe 2, CE (ci-après la «décision d'ouverture»). À l'issue de cette procédure, elle a adopté, le 24 février 2010, la décision litigieuse, dont l'article 1er se lit ainsi:

«Les contrats de service public de transport conclus entre le ministère danois des transports et [DSB] constituent des aides d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, [TFUE].

Ces aides d'État sont compatibles avec le marché intérieur en vertu de l'article 93 [TFUE] sous réserve du respect des dispositions des articles 2 et 3 de la présente décision.»

II – La procédure devant le Tribunal et l'arrêt attaqué

6. À l'appui de son recours en annulation de la décision litigieuse, M. Andersen a soulevé trois moyens tirés, le premier, d'une erreur de droit en ce que la Commission aurait considéré que le gouvernement danois n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en qualifiant la liaison Copenhague-Ystad de «service public» et en l'incluant dans le mécanisme des contrats de service public, le deuxième, d'une erreur de droit en ce que la Commission n'aurait pas ordonné le recouvrement de la compensation excédentaire incompatible en raison des dividendes payés par DSB à son actionnaire, l'État danois, et, le troisième, d'une erreur de droit en ce que la Commission aurait appliqué le règlement (CE) nº 1370/2007 [3], prétendument inapplicable dans le temps, au lieu du règlement (CEE) nº 1191/69 [4], prétendument applicable dans le temps. Le Tribunal a accueilli le troisième moyen et, par conséquent, a annulé l'article 1er, second alinéa, de la décision litigieuse.

III – La procédure devant la Cour

7. Par ordonnance du 3 avril 2014, le président de la Cour a admis l'intervention de Dansk Tog, association de droit danois établie à Copenhague, au soutien des conclusions de M. Andersen. Lors de l'audience qui s'est tenue le 10 mars 2015, la Commission, M. Andersen, Dansk Tog, le Royaume de Danemark ainsi que DSB ont présenté leurs observations (ces deux dernières parties étant également intervenues devant le Tribunal au soutien des conclusions de la Commission).

3 — Règlement du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) nº 1191/69 et (CEE) nº 1107/70 du Conseil (JO L 315, p. 1).

4 — Règlement du Conseil du 26 juin 1969 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable (JO L 156, p. 1).

IV – Appréciation

A – *Sur le pourvoi de la Commission*

8. À titre liminaire, il convient de relever que DSB et le gouvernement danois ont introduit deux mémoires identiques, les premiers, sous l'intitulé «mémoire en réponse», et les seconds, sous l'intitulé «pourvoi incident». Vu le fait que ces mémoires concluent tous à l'annulation de l'arrêt attaqué, force est de considérer que les mémoires en réponse sont irrecevables, en ce qu'ils ne concluent pas, comme l'impose l'article 174 du règlement de procédure de la Cour, à l'accueil ou au rejet du pourvoi. L'argumentation avancée par DSB et le gouvernement danois ne figurera donc que sous les sections relatives à leurs pourvois incidents respectifs.

1. Synthèse de l'argumentation des parties

9. La Commission estime que l'appréciation de l'aide en question sur le fondement du règlement nº 1370/2007 n'impliquait pas une application rétroactive dudit règlement, mais était conforme au principe d'application immédiate.

10. M. Andersen considère, en substance, que, en principe, les règles de droit ne s'appliquent pas rétroactivement, mais que le législateur peut, par exception, conférer un effet rétroactif à un acte juridique. Une aide telle que celle de l'espèce viserait à subventionner le maintien d'une activité donnée qui, en l'absence de l'aide, serait déficitaire et donc probablement abandonnée. Or, dans ces conditions, la règle la plus adaptée serait celle qui était applicable au moment où l'aide a été versée et a produit ses effets sur le jeu de la concurrence (ce qui ressortirait également de la jurisprudence sur les aides illégales).

11. Dansk Tog considère que l'application du droit dans le temps doit, sous peine d'être arbitraire, être déterminée en fonction du seul facteur objectif, à savoir le moment où l'aide est versée et produit des effets sur le marché. Le critère proposé par la Commission lui donnerait la possibilité de décider arbitrairement de la loi applicable en accélérant ou retardant sa décision. D'ailleurs, Dansk Tog n'est pas convaincue que l'application du règlement nº 1191/69 aurait eu le même résultat que celle du règlement nº 1370/2007.

2. Analyse

a) *Jurisprudence concernant l'application dans le temps des règles matérielles*

12. Tout d'abord, il est important de distinguer la rétroactivité («echte Rückwirkung») [5] de l'application immédiate («unechte Rückwirkung»).

13. Ensuite, il est nécessaire d'opérer une distinction entre, d'une part, l'application d'une règle nouvelle aux effets futurs d'une situation née sous l'empire de la règle ancienne (situation provisoire) [6] et, d'autre part, l'application de cette règle à une situation définitivement acquise sous l'empire de la règle ancienne (situation existante).

5 — Une application rétroactive peut aller à l'encontre des principes généraux de confiance légitime et de sécurité juridique. En ce qui concerne ce dernier, voir Skouris, V., «La sécurité juridique dans l'ordre juridique communautaire», dans *Mélanges Michael P. Stathopoulos (Timitikos tomos Mich. P. Stathopoulou)*, tome II, Athènes-Komotini, 2010, p. 2507. Voir dans ce contexte, notamment, Lipinsky, J., 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, p. 368.

6 — L'expression «situation provisoire» est utilisée notamment dans l'arrêt Ferriere Nord/Commission (T-176/01, EU:T:2004:336, point 139), pour distinguer les deux situations. Le terme «situation provisoire» pourrait également être utilisé pour désigner le contraire de la situation «acquise antérieurement».

14. Depuis très longtemps, la Cour considère que «selon un principe généralement reconnu, les lois modificatives d'une disposition législative s'appliquent, sauf dérogation, aux effets futurs de situations nées sous l'empire de la loi ancienne» [7].

15. De plus, «[i]l convient [...] de rappeler que, si le principe de confiance légitime s'inscrit parmi les principes fondamentaux de la Communauté, il est de jurisprudence constante que ce principe ne saurait être étendu au point d'empêcher, de façon générale, une réglementation nouvelle de s'appliquer aux effets futurs de situations nées sous l'empire de la réglementation antérieure» (voir, notamment, arrêt Butterfly Music, C-60/98, EU:C:1999:333, point 25).

16. Comme exemple de «situation provisoire», je citerai les faits de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Gemeinde Altrip e.a. (C-72/12, EU:C:2013:712, point 22), qui concernait une étude d'évaluation de l'impact environnemental. Les autorités avaient commencé cette étude sous l'empire des règles antérieures, mais le droit de l'Union avait conféré aux organisations non gouvernementales (ONG) un nouveau droit de contester ce genre d'étude. La Cour a jugé que la nouvelle règle s'appliquait immédiatement à la situation concernée.

17. Comme autre exemple de «situation provisoire», je peux également me référer aux faits dont la Cour était saisie dans l'arrêt Bauche et Delquignies (96/77, EU:C:1978:26) [8], qui concernait des contrats conclus dans le secteur du sucre sous l'empire d'une règle antérieure. Pour être en mesure d'exporter le sucre, la société avait besoin d'une licence d'exportation qui ne pouvait être émise que dans le cadre de la nouvelle règle. La Cour a jugé que la nouvelle règle devait être appliquée, même si les contrats en question avaient été conclus sous l'empire de la règle antérieure.

18. En revanche, pour les «situations existantes» ou, pour reprendre les termes de la Cour, «[les] situation[s] juridique[s] définitivement constituée[s]» (arrêt Commission/Freistaat Sachsen, C-334/07 P, EU:C:2008:709, point 53), la Cour estime que «les règles communautaires de droit matériel doivent être interprétées, en vue de garantir le respect des principes de sécurité juridique et de confiance légitime, comme ne visant pas des situations acquises antérieurement à leur entrée en vigueur que dans la mesure où il ressort clairement de leurs termes, finalités ou économie, qu'un tel effet doit leur être attribué» (arrêt GruSa Fleisch, C-34/92, EU:C:1993:317, point 22).

19. À titre d'exemple de «situation existante», la Commission a cité lors de l'audience l'enregistrement d'une marque. En effet, le moment de cette décision d'un organe de l'Union (voir arrêt Bavaria, C-120/08, EU:C:2010:798) établit définitivement la situation juridique créée par cet acte de l'Union. Il en est de même d'une décision de fixation d'un taux douanier par les autorités compétentes, en l'occurrence dans l'arrêt Molenbergnatie (C-201/04, EU:C:2006:136) les douanes allemandes.

20. Ainsi que l'a relevé l'avocat général Cosmas dans ses conclusions dans l'affaire Andersson et Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:9, point 58), «il convient de rechercher à chaque fois le moment où une situation juridique est définitivement fixée, car c'est là le critère pour choisir la règle de droit applicable. À cet égard, il n'est pas sans importance d'examiner la dimension temporelle des situations juridiques et en particulier de faire la distinction entre situation momentanée et situation durable. Dans le premier cas, la situation est fixée au moment même où elle survient, de sorte qu'il est très facile de déterminer la règle applicable. Dans le deuxième cas, un certain laps de temps

7 — Arrêt Westzucker (1/73, EU:C:1973:78). Ce alors que l'avocat général Roemer avait estimé dans ses conclusions dans cette affaire qu'«il n'existe aucun principe général, selon lequel les dispositions modificatives de droit public devraient s'appliquer en principe immédiatement aux situations qui ne sont pas encore définitivement établies; même en l'absence d'une disposition explicite en ce sens» (voir ses conclusions dans l'affaire Westzucker, 1/73, EU:C:1973:61, p. 737). Voir, également, arrêts Singer, dit «Hessische Knappschaft» (44/65, EU:C:1965:122, p. 1200), et Licata/CES (270/84, EU:C:1986:304, point 31).

8 — Voir, également, arrêts Duchon (C-290/00, EU:C:2002:234, points 21 et suiv.) ainsi que Balazs (C-401/13 et C-432/13, EU:C:2015:26, points 30 et suiv.).

s'écoule entre l'apparition et la fixation de la situation; dans l'intervalle, des modifications peuvent avoir été apportées au droit positif, ce qui peut entraîner un choix erroné de la base juridique. En toute hypothèse, l'important est, comme nous l'avons indiqué, de rechercher la règle en vigueur au moment où la situation juridique acquiert un caractère définitif».

b) Application aux aides d'État

21. L'article 88, paragraphe 3, dernière phrase, CE (devenu article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE) «est fondé sur l'objectif conservatoire de garantir qu'une aide incompatible ne sera jamais mise à exécution. Cet objectif est atteint dans un premier temps, provisoirement, au moyen de l'interdiction qu'elle édicte et, dans un second temps, définitivement, au moyen de la décision finale de la Commission, qui, lorsqu'elle est négative, fait obstacle pour l'avenir à la mise en œuvre du projet d'aide notifié» (arrêt CELF et ministre de la Culture et de la Communication, C-199/06, EU:C:2008:79, point 47). Donc, selon le point 48 du même arrêt, «[l]a prévention ainsi organisée vise [...] à ce que seules des aides compatibles soient mises à exécution. Afin de réaliser cet objectif, la mise en œuvre d'un projet d'aide est différée jusqu'à ce que le doute sur sa compatibilité soit levé par la décision finale de la Commission».

22. De même, à cause de l'interdiction de mise à exécution de l'article 108, paragraphe 3, troisième phrase, TFUE, lorsque des mesures d'aide nationales enfreignent l'interdiction, cela a pour conséquence juridique leur illégalité (voir, notamment, arrêt Residex Capital IV, C-275/10, EU:C:2011:814, point 28).

23. De plus, «[s]ous peine de porter atteinte à l'effet direct de l'article 88, paragraphe 3, dernière phrase, CE et de méconnaître les intérêts des justiciables que les juridictions nationales ont pour mission de préserver, une décision de la Commission déclarant une aide non notifiée compatible avec le marché commun n'a pas pour conséquence de régulariser, a posteriori, les actes d'exécution qui sont invalides du fait qu'ils ont été pris en méconnaissance de l'interdiction visée par cette disposition. Toute autre interprétation conduirait à favoriser l'inobservation, par l'État membre concerné, de ladite disposition et la priverait de son effet utile» et «si, dans le cadre d'un projet d'aide, compatible ou non avec le marché commun, le fait de ne pas respecter l'article 88, paragraphe 3, CE n'entraînait pas davantage de risques ou de sanctions que le respect de cette même disposition, l'incitation des États membres à notifier et à attendre une décision relative à la compatibilité serait considérablement réduite, et il en irait de même de l'étendue du contrôle de la Commission par voie de conséquence» (arrêt Transalpine Ölleitung in Österreich, C-368/04, EU:C:2006:644, points 41 et 42 et jurisprudence citée).

24. Ainsi que la Commission l'a relevé, si, même en respectant les règles et en notifiant en temps voulu ses projets d'octroyer une aide, un État membre ne peut s'attendre à fixer le cadre en vertu duquel ses projets seront évalués, comment pourrait-il atteindre un tel résultat en passant outre à ces règles et en mettant l'aide en œuvre avant de la notifier à la Commission en vue de son autorisation préalable? En effet, selon un principe constant et logique du contrôle des aides d'État, un État membre agissant en violation des obligations de notification et de suspension imposées par l'article 108, paragraphe 3, TFUE ne saurait être traité plus favorablement qu'un État membre respectant ces obligations [9].

25. En outre, si les juridictions nationales ne sont pas habilitées à se prononcer sur la compatibilité des mesures d'aide avec le marché intérieur conformément à l'article 107, paragraphes 2 et 3, TFUE, cette appréciation finale étant de la compétence exclusive de la Commission (voir, notamment, arrêt Residex Capital IV, C-275/10, EU:C:2011:814, point 27), il en va autrement de l'interdiction de mise à exécution de l'article 108, paragraphe 3, troisième phrase, TFUE. En effet, celle-ci est immédiatement applicable

9 — Voir, notamment, arrêts France/Commission (C-301/87, EU:C:1990:67, point 11) ainsi que Regione autonoma della Sardegna e.a./Commission (T-394/08, T-408/08, T-453/08 et T-454/08, EU:T:2011:493, point 91).

(arrêt Transalpine Ölleitung in Österreich, C-368/04, EU:C:2006:644, point 41). C'est pourquoi la juridiction nationale est tenue, par exemple, d'ordonner aux bénéficiaires de rembourser une aide illicite (arrêt Residex Capital IV, C-275/10, EU:C:2011:814, points 33 à 36). Partant, l'interdiction de mise à exécution peut entraîner des conséquences négatives pour le particulier, même si la Cour a parfois souligné dans sa jurisprudence que les juridictions nationales devaient «garantir» aux justiciables que toutes les conséquences d'une violation de l'interdiction de mise à exécution seront tirées [10].

26. Toutefois, les juridictions nationales doivent respecter de manière générale et complète l'interdiction de mise à exécution (arrêt Residex Capital IV, C-275/10, EU:C:2011:814, point 29) et, ce faisant, prendre pleinement en considération l'intérêt de l'Union (arrêt Transalpine Ölleitung in Österreich, C-368/04, EU:C:2006:644, point 48). C'est pourquoi la juridiction nationale doit non seulement assurer la protection des droits individuels, mais aussi tout faire pour contribuer efficacement à l'application de l'interdiction de mise à exécution prévue à l'article 108, paragraphe 3, troisième phrase, TFUE [11]. Il se pourrait qu'il faille également opposer l'interdiction de mise à exécution à une demande qui pourrait viser à étendre le recours à une aide non notifiée, afin d'éviter d'étendre le cercle des bénéficiaires d'une aide illégale (voir, en ce sens, arrêt Transalpine Ölleitung in Österreich, C-368/04, EU:C:2006:644, point 49).

27. En effet, «la notification des aides d'État est un élément central du dispositif communautaire de leur contrôle et [...] les entreprises qui bénéficient de ces aides ne peuvent se prévaloir d'une confiance légitime dans leur régularité si celles-ci n'ont pas été accordées dans le respect de cette procédure» (arrêt Commission/Salzgitter, C-408/04 P, EU:C:2008:236, point 104 et jurisprudence citée).

28. En conclusion, s'il est vrai que, selon la jurisprudence [12], des limites à l'application immédiate des règles matérielles sont destinées à sauvegarder les principes de sécurité juridique et de confiance légitime, ces limites ne sauraient entrer en jeu en ce qui concerne l'aide illégale (ou l'aide notifiée jusqu'au moment où la Commission l'autorise). Dans le système et la logique du contrôle des aides d'État, la situation n'est manifestement pas définie immédiatement et définitivement par la notification ou l'octroi de l'aide, mais reste ouverte jusqu'à une décision des institutions de l'Union.

29. En effet, une aide illégale ne saurait être considérée comme définitivement acquise et, par conséquent, elle constitue non pas une situation existante, mais une situation provisoire, puisque la Commission est le seul organe compétent pour juger de la légalité ou de l'illégalité de la mesure nationale en cause, qui donc n'a pu créer une «situation juridique définitivement constituée» avant la décision de la Commission [13].

30. La jurisprudence de la Cour sur les aides notifiées confirme cette conclusion.

10 — Voir, notamment, arrêt Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, point 27).

11 — Voir conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, EU:C:2009:420, points 119 à 122).

12 — Voir, notamment, arrêts CNTA/Commission (74/74, EU:C:1975:59, points 33 à 43); Meridionale Industria Salumi e.a. (212/80 à 217/80, EU:C:1981:270); Sofrimport/Commission (C-152/88, EU:C:1990:259, points 16 et 17), ainsi que Driessen e.a. (C-13/92 à C-16/92, EU:C:1993:828, points 30 à 35).

13 — Voire avant la décision des juridictions de l'Union si elles sont saisies de la décision de la Commission. En effet, la conformité avec la procédure établie par le traité devrait être l'élément déterminant pour décider si une situation est définitivement établie (situation existante) ou si elle est encore ouverte et soumise aux changements normatifs (situation provisoire). Voir Di Bucci, V., et Stobiecka, A., «The Temporal Application of the State Aid Rules» (L'application dans le temps des règles relatives aux aides d'État) dans *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, p. 319. Voir, également, p. 318: «even a national principle of *res judicata* cannot prevent the recovery of State aid granted in breach of Community law» (voir arrêt Lucchini, C-119/05, EU:C:2007:434).

31. La Cour a jugé, aux points 51 et 52 de l'arrêt Commission/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709), que la Commission peut appliquer une règle nouvelle à toutes les notifications d'aides d'État pendantes, y compris dans les cas où la notification était antérieure à la publication de cette règle nouvelle. En effet, la Cour a considéré que les règles, les principes et les critères d'appréciation de la compatibilité des aides d'État en vigueur à la date à laquelle la Commission prend sa décision concernant la compatibilité *peuvent, en principe, être considérés comme mieux adaptés au contexte concurrentiel* et que la notification des projets d'aides n'est qu'une obligation procédurale qui *ne saurait avoir pour effet de fixer le régime juridique applicable aux aides* qui en font l'objet. En conséquence, la Cour a jugé que la *notification par un État membre d'une aide ne crée pas une situation juridique définitivement acquise*. Dans ce contexte, il convient de relever que, en l'espèce, d'une manière analogue, à mon avis, les règles appliquées par la Commission (le règlement nº 1370/2007) peuvent «être considéré[e]s comme mieux adapté[e]s au contexte concurrentiel» et, d'ailleurs, le fait qu'un État membre décide d'octroyer une aide illégale (sans la notifier) «ne saurait avoir pour effet de fixer le régime juridique applicable aux aides qui en font l'objet». En effet, l'on ne peut exclure qu'une aide versée même une décennie auparavant puisse encore affecter la concurrence aujourd'hui. Ce serait le cas, par exemple, d'une aide périodique au fonctionnement (comme en l'espèce), dès lors qu'une telle aide peut entraîner la disparition définitive du marché d'un concurrent. Or, de tels effets persistants sur la concurrence sont, en principe, mieux appréhendés par la législation en vigueur au moment où la Commission prend sa décision.

32. Ensuite, au point 53 de cet arrêt la Cour a jugé que, «[e]n conséquence, la notification par un État membre d'une aide ou d'un régime d'aides projetés *ne crée pas une situation juridique définitivement constituée* qui impliquerait que la Commission se prononce sur leur compatibilité avec le marché commun en faisant application des règles en vigueur à la date à laquelle cette notification a eu lieu. Il appartient, au contraire, à la Commission d'appliquer les règles en vigueur au moment où elle se prononce, seules règles en fonction desquelles doit s'apprécier la légalité de la décision qu'elle prend à cet égard» (c'est moi qui souligne). De nouveau, je suis d'avis que dans la présente affaire également, la Commission devait appliquer les règles en vigueur au moment où elle se prononçait (le règlement nº 1370/2007 et non le règlement nº 1191/69).

33. Enfin, au point 54 de l'arrêt Commission/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709), la Cour a jugé que, «[c]ontrairement à ce que soutient le Freistaat Sachsen, cette solution n'est pas de nature à inciter les États membres à mettre en œuvre immédiatement les aides qu'ils projettent sans les notifier, afin de bénéficier du régime juridique en vigueur au moment de cette mise en œuvre. En effet, *à supposer même que la compatibilité avec le marché commun d'une aide illégale s'apprécie dans tous les cas à la date à laquelle elle a été versée, les États membres ne peuvent que difficilement anticiper dans leurs détails les changements de la réglementation*. En outre, l'octroi d'une aide illégale peut exposer l'État membre qui l'a versée à devoir la récupérer ainsi qu'à réparer les dommages causés en raison du caractère illégal de cette aide» (c'est moi qui souligne). La Cour a donc laissé ouverte la question de savoir si une aide illégale doit être appréciée selon les règles en vigueur à la date à laquelle elle a été versée, l'affaire en cause concernant l'application dans le temps des règles aux aides notifiées.

34. Cela étant dit, je pense que les arguments de la Cour pour justifier qu'une aide notifiée soit appréciée selon les règles applicables au moment de la décision de la Commission et non au moment de la notification valent a fortiori pour une aide non notifiée (illégale). Ainsi que la Cour le souligne au point 45 du même arrêt, «[l]a notification des projets d'aides d'État, prévue à l'article 88, paragraphe 3, CE, constitue un élément central du dispositif communautaire de contrôle de ces aides et les entreprises qui bénéficient de celles-ci ne peuvent se prévaloir d'une confiance légitime dans leur régularité si elles n'ont pas été accordées dans le respect de cette procédure». Dès lors, c'est l'appréciation par la Commission de la légalité d'une aide qui déterminera les conséquences juridiques

actuelles d'événements passés, notamment l'octroi de l'aide sans notification préalable [14].

35. D'ailleurs, c'est non seulement la Commission – qui a décidé que le règlement nº 1370/2007 constituait la base juridique appropriée afin d'apprécier l'aide non notifiée accordée avant le 3 décembre 2009 [15] – mais également l'autorité de surveillance AELE qui suit cette approche [16].

c) Qualification de la mesure d'aide en cause

36. Les parties s'accordent pour dire que pour les aides notifiées et non encore versées (projets d'aide), la loi applicable à l'examen que doit effectuer la Commission est exclusivement celle en vigueur au moment où cette dernière prend sa décision. Cette question a été définitivement tranchée par l'arrêt Commission/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709, points 50 à 52).

37. Dans la présente affaire, il est constant que les mesures litigieuses constituent des aides d'État et que ces aides ont été versées par le gouvernement danois à DSB sans notification à la Commission. Le gouvernement danois et DSB insistent toutefois sur la légalité desdits versements, les mesures litigieuses ayant été, selon eux, conformes à l'article 14 du règlement nº 1191/69 et, partant, exemptes, en vertu de l'article 17, paragraphe 2, de ce règlement, de l'obligation de notification.

38. Il est vrai que, dans sa décision, la Commission n'a pas explicitement pris position sur la légalité de ces versements d'aides non-notifiées (pas plus d'ailleurs que l'arrêt attaqué).

39. À la suite d'une question que la Cour lui a posée lors de l'audience, la Commission a expliqué que si, comme DSB le prétend, l'aide remplissait les conditions de l'exemption par catégorie au titre de l'ancien règlement nº 1191/69, elle n'aurait pas été compétente pour adopter la décision litigieuse. Donc, en adoptant la décision litigieuse, la Commission aurait *implicitement* estimé que l'aide était illégale. Elle ne l'aurait pas explicitement qualifiée d'«illégale» sur demande du gouvernement danois, qui, comme il l'a confirmé lors de l'audience, voulait éviter le paiement éventuel d'intérêts par les chemins de fer danois au titre de la jurisprudence CELF et ministre de la Culture et de la Communication (C-199/06, EU:C:2008:79).

40. Cela étant, selon la Commission, le gouvernement danois, qui aurait pu attaquer la Commission pour incompétence, ne l'a pas fait. De façon plus convaincante à mon sens, la Commission souligne que le gouvernement danois a pris à son égard un engagement de correction de la surcompensation, en l'absence duquel, la Commission n'aurait pas autorisé l'aide en question. Autrement dit, le gouvernement danois n'a pu donner cet engagement sans admettre que l'aide n'avait pas fait l'objet d'une exemption par catégorie.

14 — Voir Maxian Rusche, T., et Schmidt, S., «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, p. 262.

15 — Voir décision litigieuse, mais, également, décision 2011/501/UE de la Commission, du 23 février 2011, concernant l'aide d'État C 58/06 (ex NN 98/05) accordée par l'Allemagne aux entreprises Bahnen der Stadt Monheim (BSM) et Rheinische Bahngesellschaft (RBG) réunies au sein du Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (JO L 210, p. 1).

16 — EFTA Surveillance Authority décision 254/10/COL du 21 juin 2010 concernant AS Oslo, AS Oslo Sporveier et AS Sporveisbussene. Cette décision a été attaquée sur un point différent dans l'affaire E-14/10, konkurrenten.no/EFTA Surveillance Authority. Selon Maxian Rusche, T., et Schmidt, S., op. cit., p. 262, il y avait à l'époque trois autres instructions ouvertes par la Commission qui étaient en cours et avaient été ouvertes sur le fondement du règlement nº 1191/69, mais allaient être décidées sur le fondement du règlement nº 1370/2007, à savoir décision du 28 novembre 2007, Allemagne – Emsland, C 54/2007; décision Aides d'État – Allemagne – Aide d'État C 47/07 (ex NN 22/05) – Contrat de services public entre la Deutsche Bahn Regio et les Länder de Berlin et Brandebourg – Invitation à présenter des observations en application de l'article 88, paragraphe 2, du traité CE (JO 2008, C 35, p. 13), et décision du 16 avril 2008, République tchèque – C 17/2008, Usti nad Labem.

d) L'arrêt attaqué

41. Je remarque tout d'abord que, vu l'importance et la complexité du sujet, l'arrêt attaqué s'avère très laconique (l'analyse ne se trouvant qu'aux points 34 à 58), ne se fonde sur la question décisive que sur deux arrêts du Tribunal [17], par ailleurs remis en cause par la jurisprudence de la Cour [18] et n'explique pas en quoi un État membre, en violant l'article 108, paragraphe 3, TFUE, créerait une situation juridique définitivement constituée en droit de l'Union.

42. Dans l'arrêt attaqué (point 40), le Tribunal, invoquant l'arrêt SIDE/Commission (T-348/04, EU:T:2008:109), juge que, «[s]'agissant […] des aides versées sans être notifiées, les règles de droit matériel applicables sont celles en vigueur au moment où l'aide a été versée, dès lors que les avantages et désavantages suscités par une telle aide se sont matérialisés durant la période au cours de laquelle l'aide en question a été versée». Ce passage de l'arrêt m'inspire les commentaires suivants.

43. Premièrement, la question est de savoir non pas quand les avantages se sont matérialisés, mais quand ils peuvent être considérés comme définitivement et juridiquement caractérisés en droit de l'Union, ce qui à mon sens ne peut intervenir qu'à partir du moment où la Commission prend une décision sur ces effets.

44. Deuxièmement, contrairement à ce que dit le Tribunal, un concurrent peut à tout moment demander au juge national d'éliminer ces avantages s'il n'y a pas eu de notification. Soit dit en passant, M. Andersen aurait pu utiliser ce recours, plutôt que de se plaindre d'une application «rétroactive» du règlement nº 1370/2007 et du fait que la Commission aurait pris trop longtemps pour adopter la décision litigieuse. Le juge aurait ordonné la récupération de l'aide et, à l'époque, aurait appliqué le règlement nº 1191/69 sur le point de savoir si l'exemption par catégorie était applicable.

45. Troisièmement, l'idée que la compatibilité ou l'incompatibilité d'aide avec le droit de l'Union serait définitivement établie quand l'aide est accordée et produit ses effets est erronée. Alors que la distorsion de la concurrence est inhérente à la notion d'aide, qui est une notion objective (arrêts Ladbroke Racing/Commission, T-67/94, EU:T:1998:7, point 52, et SIC/Commission, T-46/97, EU:T:2000:123, point 83), il n'en reste pas moins que «l'appréciation de la compatibilité de mesures d'aide ou d'un régime d'aides avec le marché commun relève de la compétence exclusive de la Commission, agissant sous le contrôle du juge communautaire» (arrêt SFEI e.a., C-39/94, EU:C:1996:285, point 42), la jurisprudence reconnaissant à la Commission un large pouvoir d'appréciation pour ce faire (arrêt Unicredito Italiano, C-148/04, EU:C:2005:774, point 71). Comme la compatibilité d'une aide avec le droit de l'Union n'est établie que par la décision de la Commission, sous le contrôle du juge de l'Union, la situation est toujours en cours au moment où la Commission prend sa décision et tout changement intervenant dans l'environnement juridique avant cette décision devra être pris en compte [19].

46. Quatrièmement, il n'est pas correct de dire que les avantages et les désavantages résultant de l'octroi d'une aide illégale se sont matérialisés durant la période au cours de laquelle l'aide en question a été versée. En effet, ainsi que l'a relevé l'avocat général Alber dans ses conclusions dans les affaires jointes Falck et Acciaierie di Bolzano/Commission (C-74/00 P et C-75/00 P, EU:C:2002:106, points 143 et 144), «l'effet d'une aide illégale perdure jusqu'à son remboursement. Même si l'avantage ne figure plus directement dans le bilan de l'entreprise plusieurs années après l'octroi de l'aide, l'aide a

17 — À savoir les arrêts SIDE/Commission (T-348/04, EU:T:2008:109) et Italie/Commission (T-3/09, EU:T:2011:27). Voir points 40 et 43 de l'arrêt attaqué.

18 — Voir, notamment, arrêts Commission/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709); Diputación Foral de Vizcaya e.a./Commission (C-465/09 P à C-470/09 P, EU:C:2011:372), ainsi que ordonnance Cantiere navale De Poli/Commission (C-167/11 P, EU:C:2012:164). À cet égard, voir points 47 et suiv. des présentes conclusions.

19 — Voir Di Bucci, V., et Stobiecka, A., op. cit., p. 326.

renforcé durablement la situation concurrentielle de l'entreprise bénéficiaire par rapport aux autres entreprises qui n'ont pas obtenu de subside [et] [l]a mission de la Commission n'est pas de se replacer à l'époque de l'octroi de l'aide et de n'apprécier que l'effet produit à l'époque. Au contraire, la Commission doit protéger la concurrence actuelle, en appréciant l'effet (persistant) de l'aide par rapport aux critères applicables au moment d'adopter la décision».

47. En tout état de cause, je pense (comme la Commission) que les arguments sur lesquels reposent l'arrêt SIDE/Commission (T-348/04, EU:T:2008:109) et l'arrêt attaqué ont été catégoriquement rejetés par la Cour dans l'arrêt Diputación Foral de Vizcaya e.a./Commission (C-465/09 P à C-470/09 P, EU:C:2011:372), dans lequel la Cour a relevé aux points 125 à 127 de celui-ci, tout d'abord, que l'application de règles nouvelles à une aide illégale vise non pas une situation acquise antérieurement, mais une situation en cours, ensuite, que l'application efficace de la politique de concurrence exige que la Commission puisse à tout moment adapter son appréciation aux besoins de cette politique et, enfin, qu'un État membre n'ayant pas notifié un régime d'aides à la Commission ne saurait raisonnablement s'attendre à ce que ce régime soit apprécié au regard des règles applicables au moment de son adoption.

48. Cela implique que la Commission a le droit d'appliquer de nouvelles règles de compatibilité lorsqu'elle apprécie une aide versée et non notifiée. Alors que l'affaire en cause concernait la légalité de règles transitoires fixées dans des lignes directrices adoptées par la Commission, la Cour a cité à l'appui de son raisonnement l'arrêt Pokrzeptowicz-Meyer (C-162/00, EU:C:2002:57), qui concernait des dispositions législatives, ce qui, à mon sens, rend vaine la tentative du Tribunal au point 55 de l'arrêt attaqué d'isoler l'arrêt Diputación Foral de Vizcaya e.a./Commission (C-465/09 P à C-470/09 P, EU:C:2011:372), parce qu'il ne concernait que l'applicabilité de lignes directrices.

49. Les mêmes arguments s'appliquent mutatis mutandis à l'autre arrêt sur lequel le Tribunal s'appuie au point 40 de l'arrêt attaqué, à savoir l'arrêt Italie/Commission (T-3/09, EU:T:2011:27) [20]. Ce dernier arrêt, qui concernait d'ailleurs une aide notifiée, omet, comme l'arrêt SIDE/Commission (T-348/04, EU:T:2008:109), de tenir compte d'un facteur décisif, mis en évidence par la Cour dans les arrêts Commission/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709) et Diputación Foral de Vizcaya e.a./Commission (C-465/09 P à C-470/09 P, EU:C:2011:372), que l'aide ait été notifiée ou non, à savoir que la situation liée à cette aide ne saurait être considérée comme définitive tant que la Commission n'a pas pris sa décision sur sa compatibilité avec le marché intérieur – et même tant que cette décision n'est pas devenue définitive (arrêt Espagne/Commission, C-169/95, EU:C:1997:10, point 53).

50. Quant à l'argument de M. Andersen selon lequel il a droit à la sécurité juridique et donc de savoir quelle loi s'applique à l'aide que son concurrent a reçue, il suffit de rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour, il n'y a pas de protection vis-à-vis d'un changement de règles et donc de nouvelles règles qui s'appliquent à des situations qui perdurent (voir jurisprudence citée au point 15 des présentes conclusions).

e) Conclusion

51. En résumé, la situation liée à une aide, notifiée ou non, ne saurait être considérée comme définitive tant que la décision de la Commission sur la compatibilité de l'aide n'est pas devenue définitive.

52. En effet, tout d'abord, le recouvrement peut être ordonné jusqu'à ce moment-là soit par la Commission, soit par le juge national.

20 — Il convient de noter, aux fins du présent pourvoi, que cet arrêt est identique en substance à l'arrêt Cantiere navale De Poli/Commission (T-584/08, EU:T:2011:26). Ces deux arrêts ont fait l'objet d'un pourvoi qui a donné lieu aux ordonnances Cantiere navale De Poli/Commission (C-167/11 P, EU:C:2012:164) et Italie/Commission (C-200/11 P, EU:C:2012:165).

53. Ensuite, un État membre agissant en violation des obligations de notification et de suspension imposées par l'article 108, paragraphe 3, TFUE ne peut être traité plus favorablement qu'un État membre respectant ces obligations. En effet, «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. Enfin, il est clair qu'il n'y a pas lieu non plus de protéger le bénéficiaire d'une aide illégale contre une modification des règles matérielles applicables à l'appréciation de la compatibilité de cette aide par la Commission.

55. Il s'ensuit que le Tribunal a commis une erreur de droit en accueillant le troisième moyen de M. Andersen et jugeant que la compatibilité d'une aide non notifiée avec le marché intérieur devait être appréciée à la lumière de règles en vigueur au moment de son octroi et l'arrêt attaqué doit être annulé. La Cour devrait ainsi rejeter elle-même comme non fondé ce troisième moyen invoqué en première instance.

56. En ce qui concerne les premier et deuxième moyens invoqués en première instance (voir points 20 et 21 de l'arrêt attaqué), ces derniers ne sont pas en état d'être jugés par la Cour, notamment, parce que leur examen exige de vérifier le bien-fondé d'appréciations économiques complexes effectuées par la Commission, ce qui revient au Tribunal.

B – *Sur les pourvois incidents de DSB et du Royaume de Danemark*

57. Ces deux pourvois incidents soulèvent, en substance, la même question et se recoupent d'une telle manière qu'il convient de les examiner ensemble.

1. Synthèse de l'argumentation des parties

58. DSB invoque un seul moyen, à savoir que l'application potentiellement erronée du règlement nº 1370/2007 par la Commission ne devrait avoir aucun effet sur la validité de la décision litigieuse, puisque l'application du règlement nº 1191/69 n'aurait pas conduit la Commission à une conclusion différente concernant la compatibilité de l'aide en cause.

59. Pour sa part, le gouvernement danois considère que, au point 50 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a dénaturé le contenu de la décision litigieuse en estimant que l'appréciation des aides en cause avait été effectuée uniquement sur la base du règlement nº 1370/2007. Il avance une argumentation en substance identique à celle de DSB.

60. Se fondant sur la lecture combinée de la décision litigieuse et de la décision d'ouverture, DSB souligne que, selon une jurisprudence constante, une décision est suffisamment motivée lorsqu'elle renvoie à un document qui est déjà en possession du destinataire et qui contient les éléments sur lesquels l'institution a fondé sa décision (arrêt Bundesverband deutscher Banken/Commission, T-36/06, EU:T:2010:61, point 53 et jurisprudence citée).

61. Toujours selon DSB, le Tribunal aurait été tenu de décider si l'interprétation du règlement nº 1191/69 à laquelle s'est livrée la Commission et les conclusions tirées de cette interprétation étaient justes. À cet égard, DSB rappelle que, selon une jurisprudence constante, une erreur de droit ne justifie pas l'annulation de la décision litigieuse lorsque, en l'absence de l'erreur commise, la Commission aurait adopté la même décision (voir, notamment, arrêt Falck et Acciaierie di Bolzano/Commission, C-74/00 P et C-75/00 P, EU:C:2002:524, point 122).

21 — Voir Lipinsky, J., op. cit.

62. Pour sa part, le gouvernement danois fait valoir que le Tribunal a enfreint le droit de l'Union en ayant, au point 58 de l'arrêt attaqué, rejeté ses arguments visant à démontrer que l'application du règlement nº 1370/2007 constituait une irrégularité de forme qui n'était pas de nature à avoir une incidence sur le contenu de la décision litigieuse.

63. Enfin, le gouvernement danois est d'avis que le litige est en état d'être jugé, la Cour étant à même de décider que la décision litigieuse ne pouvait être annulée en raison du fait que la Commission l'a fondée sur le règlement nº 1370/2007, puisque les conditions auxquelles est subordonnée, en vertu du règlement nº 1191/69, la compensation dans le cadre des contrats de transport public sont identiques ou moins strictes que les conditions exigées par le règlement nº 1370/2007.

64. La Commission soutient, en substance, l'argumentation de DSB, à l'exception de celle résumée au point 61 des présentes conclusions, car elle estime que la décision litigieuse comporte une analyse des aides litigieuses au regard des deux règlements.

2. Analyse

65. Les pourvois incidents posent la question de savoir si la Commission a fondé le dispositif de la décision litigieuse sur un examen des aides litigieuses au regard du seul règlement nº 1370/2007 ou également du règlement nº 1191/69.

66. Selon M. Andersen, la conclusion du Tribunal selon laquelle la Commission a effectué son examen sur la seule base du règlement nº 1370/2007 ressort des considérants 307, 314, 397 et 398 de la décision litigieuse et est une question de fait qui ne peut pas faire l'objet de l'appréciation de la Cour.

67. Je ne peux suivre cette argumentation, car l'interprétation de la décision litigieuse est clairement une question juridique. Cela étant, il ressort de la lecture des considérants 304, 307, 314 et 397 de cette décision que le Tribunal a conclu à bon droit que, dans ladite décision, la Commission avait exclusivement appliqué le règlement nº 1370/2007.

68. Le Tribunal a jugé avec raison que le considérant 398 de la décision litigieuse (selon lequel l'application du règlement nº 1191/69 n'aurait pas conduit à une conclusion différente) ne suffisait pas pour conclure que la Commission avait fondé son appréciation sur les deux règlements, et ce d'autant plus que la constatation de la Commission n'est précédée d'aucun examen au regard dudit règlement.

69. D'ailleurs, la Commission reconnaît elle-même audit considérant que les règles matérielles du règlement nº 1191/69 ne sont qu'«en substance similaires» à celles du règlement nº 1370/2007.

70. Ainsi que l'a relevé M. Andersen, les arrêts invoqués par DSB ne permettent pas d'aboutir à un résultat différent. Le Tribunal a jugé, au point 75 de l'arrêt González y Díez/Commission (T-25/04, EU:T:2007:257), que les dispositions matérielles en cause étaient «identiques», ce qui n'est pas le cas de l'espèce. S'agissant de l'arrêt Diputación Foral de Álava e.a./Commission (T-30/01 à T-32/01 et T-86/02 à T-88/02, EU:T:2009:314), il suffit de constater que le Tribunal a souligné au point 221 que les aides en question étaient des aides au fonctionnement, lesquelles ne pouvaient pas être déclarées compatibles au regard de l'article 107, paragraphe 3, sous c), TFUE indépendamment des lignes directrices applicables. Quant à l'arrêt CMA CGM e.a./Commission (T-213/00, EU:T:2003:76), il concernait non pas une aide d'État, mais une entente qui aurait été en tout état de cause contraire à l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

71. Le renvoi à la décision d'ouverture ne change rien, dès lors que la Commission n'y fait qu'exposer l'argumentation des parties et relever qu'elle «nourrit des doutes» quant au bien-fondé de celle présentée par DSB et le gouvernement danois. Partant, la jurisprudence du Tribunal invoquée par DSB au point 60 des présentes conclusions n'est pas pertinente.

72. Aux fins de confirmer la constatation de la Commission selon laquelle l'application du règlement n° 1191/69 n'aurait pas conduit à une conclusion différente de celle retenue dans la décision litigieuse, le Tribunal aurait dû effectuer sa propre appréciation des aides litigieuses au regard dudit règlement, ce qui n'est pas de son ressort dans le cadre d'un recours en annulation.

73. Il s'ensuit de tout ce qui précède que les pourvois incidents de DSB et du Royaume de Danemark devraient être rejetés.

V – Conclusion

74. Eu égard à ce qui précède, je propose à la Cour:

— d'annuler l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne Andersen/Commission (T-92/11, EU:T:2013:143);

— de déclarer le troisième moyen invoqué en première instance non fondé et de renvoyer l'affaire devant le Tribunal de l'Union européenne pour examen des premier et deuxième moyens en première instance;

— de rejeter les pourvois incidents de Danske Statsbaner (DSB) et du Royaume de Danemark;

— de réserver les dépens des deux instances.