Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MELCHIOR WATHELET
presentate il 21 maggio 2015 [1]

Causa C-303/13 P

Commissione europea
contro

Jørgen Andersen

«Impugnazione — Aiuti di Stato — Aiuti concessi dalle autorità danesi all'impresa pubblica Danske Statsbaner (DSB) — Contratti di servizio pubblico per la prestazione di servizi di trasporto ferroviario di passeggeri fra Copenaghen (Danimarca) e Ystad (Svezia) — Decisione che dichiara l'aiuto compatibile con il mercato interno subordinatamente al rispetto di alcune condizioni — Applicazione nel tempo delle norme di diritto sostanziale»

1. Con la presente impugnazione, la Commissione europea chiede, in via principale, l'annullamento della sentenza del Tribunale dell'Unione europea Andersen/Commissione (T-92/11, EU:T:2013:143; in prosieguo: la «sentenza impugnata»), con la quale quest'ultimo ha parzialmente annullato la decisione della Commissione concernente i contratti di servizio di trasporto pubblico tra il ministero dei Trasporti danese e la Danske Statsbaner [2], e il rigetto della domanda di annullamento della decisione controversa. In subordine, la Commissione chiede alla Corte di dichiarare infondato il terzo motivo dedotto in primo grado e di rinviare la causa al Tribunale. Tale impugnazione riguarda l'applicazione nel tempo delle norme di diritto sostanziale relative agli aiuti di Stato e rivela la complessità dell'argomento. Essa solleva, in particolare, la questione se gli aiuti di Stato non notificati di cui trattasi nella fattispecie ricadano, per gli anni dal 2002 al 2008, in una situazione già consolidata, come ha sostanzialmente giudicato il Tribunale, o in una situazione in corso, come sostiene la Commissione. Con le loro impugnazioni incidentali, anche la Danske Statsbaner (DSB) (in prosieguo: la «DSB») e il Regno di Danimarca chiedono alla Corte di annullare la sentenza impugnata.

I – **Fatti**

2. Il sig. Andersen svolge, con la denominazione commerciale Gråhundbus v/Jørgen Andersen, attività di trasporto in autobus in Danimarca e all'estero. Egli garantisce, in particolare, una linea fra Copenaghen (Danimarca) e Ystad (Svezia), collegata per via navigabile all'isola di Bornholm (Danimarca). La DSB è l'operatore ferroviario storico danese. All'epoca dei fatti rilevanti, essa era interamente detenuta dallo Stato danese ed erogava soltanto servizi di trasporto passeggeri per ferrovia e servizi connessi.

1 — Lingua originale: il francese.

2 — Decisione 2011/3/UE, del 24 febbraio 2010 [Aiuto di Stato C 41/08 (ex NN 35/08)] (GU 2011, L 7, pag. 1; in prosieguo: la «decisione controversa»).

3. In seguito all'abolizione del monopolio della DSB il 1º gennaio 2000, esistono in Danimarca due regimi di prestazione di servizi di trasporto ferroviario passeggeri, vale a dire il libero traffico, gestito su base commerciale, e il traffico gestito dal servizio pubblico, disciplinato da contratti di servizio pubblico che possono prevedere il pagamento di corrispettivi per i collegamenti gestiti.

4. Durante il periodo compreso fra il 2000 e il 2004, la DSB ha beneficiato di un contratto di servizio di trasporto pubblico concernente le linee a lunga percorrenza e quelle regionali. A partire dal 15 dicembre 2002, tale contratto ha riguardato altresì il collegamento fra Copenaghen e Ystad, precedentemente soggetto ad un regime di libero traffico. Per il periodo compreso fra il 2005 e il 2014, la DSB ha beneficiato di un nuovo contratto di servizio di trasporto pubblico concernente le linee a lunga percorrenza e quelle regionali, nonché i collegamenti internazionali con la Germania e il collegamento fra Copenaghen e Ystad.

5. A seguito di due denunce, fra cui quella sporta dal sig. Andersen, nei confronti dei contratti di servizio pubblico di cui beneficia la DSB, la Commissione ha deciso, il 10 settembre 2008, di avviare il procedimento di indagine formale di cui all'articolo 88, paragrafo 2, CE (in prosieguo: la «decisione di avvio»). A conclusione di tale procedimento, essa ha adottato, il 24 febbraio 2010, la decisione controversa, il cui articolo 1 recita come segue:

«I contratti di servizio di trasporto pubblico conclusi tra il ministero danese dei Trasporti e la [DSB] comportano aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, [TFUE]. Questi aiuti di Stato sono compatibili con il mercato interno ai sensi dell'articolo 93 [TFUE] nella misura in cui sono rispettate le condizioni di cui all'articolo 2 e 3 della presente decisione».

II – **Procedimento dinanzi al Tribunale e sentenza impugnata**

6. A sostegno del suo ricorso di annullamento della decisione controversa, il sig. Andersen ha dedotto tre motivi: il primo, attinente a un errore di diritto in quanto la Commissione avrebbe ritenuto che il governo danese non aveva commesso un manifesto errore di valutazione qualificando il collegamento Copenaghen-Ystad come «servizio pubblico» e includendolo nel meccanismo di assegnazione dei contratti di servizio di trasporto pubblico, il secondo, attinente a un errore di diritto in quanto la Commissione non avrebbe disposto il recupero del corrispettivo eccedente incompatibile in ragione dei dividendi versati dalla DSB al proprio azionista, lo Stato danese, e il terzo, attinente a un errore di diritto in quanto la Commissione avrebbe applicato il regolamento (CE) n. 1370/2007[3], asseritamente inapplicabile ratione temporis, al posto del regolamento (CEE) n. 1191/69[4], asseritamente applicabile ratione temporis. Il Tribunale ha accolto il terzo motivo e, di conseguenza, ha annullato l'articolo 1, secondo comma, della decisione controversa.

III – **Procedimento innanzi alla Corte**

7. Con ordinanza del 3 aprile 2014, il presidente della Corte ha ammesso l'intervento della Dansk Tog, associazione di diritto danese con sede in Copenaghen, a sostegno delle conclusioni del sig. Andersen. All'udienza tenutasi il 10 marzo 2015, la Commissione, il sig. Andersen, la Dansk Tog, il Regno di Danimarca e la DSB hanno presentato le loro osservazioni (le ultime due parti sono altresì intervenute dinanzi al Tribunale a sostegno delle conclusioni della Commissione).

3 — Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70 (GU L 315, pag. 1)

4 — Regolamento del Consiglio, del 26 giugno 1969, relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile (GU L 156, pag. 1).

IV – **Valutazione**

A – *Sull'impugnazione della Commissione*

8. In via preliminare, occorre rilevare che la DSB e il governo danese hanno presentato due memorie identiche, intitolate rispettivamente «controricorso» e «impugnazione incidentale». Considerato che tali memorie chiedono l'annullamento della sentenza impugnata, è giocoforza ritenere che i controricorsi siano irricevibili, dal momento che non chiedono, come prevede l'articolo 174 del regolamento di procedura della Corte, l'accoglimento o il rigetto dell'impugnazione. L'argomentazione addotta dalla DSB e dal governo danese figurerà dunque soltanto nelle sezioni relative alle loro rispettive impugnazioni incidentali.

1. Sintesi dell'argomentazione delle parti

9. La Commissione ritiene che la valutazione dell'aiuto in questione in base al regolamento n. 1370/2007 non abbia comportato un'applicazione retroattiva di tale regolamento, ma che sia stata coerente con il principio di applicazione immediata.

10. Il sig. Andersen ritiene sostanzialmente che, in linea di principio, le norme di diritto non si applichino retroattivamente, ma il legislatore possa, in casi eccezionali, conferire un effetto retroattivo a un atto giuridico. Un aiuto come quello oggetto del caso di specie intenderebbe sovvenzionare il mantenimento di una determinata attività che, in assenza di tale aiuto, risulterebbe deficitaria e verrebbe dunque probabilmente abbandonata. Orbene, in tali circostanze, la norma più appropriata sarebbe quella che era applicabile al momento in cui l'aiuto è stato elargito e ha prodotto i suoi effetti sul gioco della concorrenza (concetto altresì confermato dalla giurisprudenza in materia di aiuti illegali).

11. La Dansk Tog ritiene che l'applicazione del diritto nel tempo debba, a pena di risultare arbitraria, essere determinata in funzione del solo fattore obiettivo, vale a dire del momento in cui l'aiuto viene elargito e produce effetti sul mercato. Il criterio proposto dalla Commissione le darebbe l'opportunità di determinare arbitrariamente la legge applicabile accelerando o ritardando la sua decisione. D'altronde, la Dansk Tog non è convinta che l'applicazione del regolamento n. 1191/69 avrebbe avuto il medesimo risultato rispetto a quella del regolamento n. 1370/2007.

2. Analisi

a) *Giurisprudenza concernente l'applicazione nel tempo delle norme di diritto sostanziale*

12. Anzitutto, è importante distinguere il concetto di retroattività («echte Rückwirkung»)[5] da quello di applicazione immediata («unechte Rückwirkung»).

5 — Un'applicazione retroattiva può essere incompatibile con i principi generali del legittimo affidamento e della certezza del diritto. Per quanto riguarda quest'ultimo, v. Skouris, V., «La certezza del diritto nell'ordinamento comunitario», in *Mélanges, Michael P. Stathopoulos (Timitikos tomos Mich P. Stathopoulou)*, Vol. II, Atene-Komotini, 2010, pag. 2507. V., in tale contesto, segnatamente, 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, pag. 368.

13. Occorre quindi effettuare una distinzione tra, da un lato, l'applicazione di una nuova norma agli effetti futuri di una situazione sorta in vigenza della norma antecedente (situazione provvisoria) [6] e, dall'altro, l'applicazione di tale norma a una situazione consolidatasi in vigenza della norma antecedente (situazione esistente).

14. La Corte ritiene da molto tempo che «secondo un principio generalmente ammesso, le leggi modificative di una legge precedente si applicano, salvo deroga, agli effetti futuri di situazioni sorte sotto l'impero della vecchia legge» [7].

15. Inoltre, «[s]i deve (…) ricordare che, se è vero che il principio del rispetto del legittimo affidamento è uno dei principi fondamentali della Comunità, tale principio, secondo la costante giurisprudenza, non può essere esteso fino a impedire, in generale, che una nuova disciplina si applichi agli effetti futuri di situazioni sorte sotto l'impero della disciplina anteriore» (v. segnatamente, sentenza Butterfly Music, C-60/98, EU:C:1999:333, punto 25).

16. Quale esempio di «rapporto provvisorio», citerò i fatti della causa che ha dato luogo alla sentenza Gemeinde Altrip e a. (C-72/12, EU:C:2013:712, punto 22), che riguardava uno studio di valutazione dell'impatto ambientale. Le autorità avevano avviato tale studio in vigenza delle norme precedenti, ma il diritto dell'Unione aveva conferito alle organizzazioni non governative (ONG) un nuovo diritto che consentiva loro di contestare questo tipo di studio. La Corte ha ritenuto che la nuova norma fosse immediatamente applicabile alla situazione in questione.

17. Quale ulteriore esempio di «situazione provvisoria», posso parimenti riferirmi ai fatti che la Corte è stata chiamata a esaminare nella sentenza Bauche e Delquignies (96/77, EU:C:1978:26) [8], che riguardava alcuni contratti conclusi nel settore dello zucchero in vigenza di una norma precedente. Per essere in grado di esportare lo zucchero, la società necessitava di una licenza di esportazione rilasciabile esclusivamente nel contesto della nuova norma. La Corte ha ritenuto che dovesse essere applicata la nuova norma, anche se i contratti in questione erano stati conclusi in vigenza di quella precedente.

18. Di contro, riguardo alle «situazioni esistenti» ovvero, per riprendere la formulazione della Corte, «[le] situazion[i] giuridic[he] consolidat[e]» (sentenza Commissione/Freistaat Sachsen, C-334/07 P, EU:C:2008:709, punto 53), la Corte ritiene che «le norme comunitarie di diritto sostanziale devono essere interpretate nel senso che non riguardano situazioni consolidatesi anteriormente alla loro entrata in vigore, salvo che emerga chiaramente dalla loro formulazione, dalla loro finalità o dal loro impianto sistematico che si deve ad esse attribuire tale effetto» (sentenza GruSa Fleisch, C-34/92, EU:C:1993:317, punto 22).

19. Quale esempio di «situazione esistente», la Commissione ha citato in udienza la registrazione di un marchio. Il momento di tale decisione da parte di un organo dell'Unione (v. sentenza Bavaria, C-120/08, EU:C:2010:798) consolida infatti la situazione giuridica creata da tale atto dell'Unione. Lo stesso vale per la decisione di fissazione di una tariffa doganale da parte delle autorità competenti, in questo caso, nella sentenza Molenbergnatie (C-201/04, EU:C:2006:136), quelle doganali tedesche.

6 — L'espressione «situazione provvisoria» è utilizzata, segnatamente, nella sentenza Ferriere Nord/Commissione (T-176/01, EU:T:2004:336, punto 139), per distinguere le due situazioni. Il termine «situazione provvisoria» potrebbe altresì essere utilizzato per definire il contrario della situazione «acquisita anteriormente».

7 — Sentenza Westzucker (1/73, EU:C:1973:78). Questo benché l'avvocato generale Roemer avesse determinato, nelle sue conclusioni in tale causa, che «non esiste alcun principio generale secondo il quale le disposizioni di modifica del diritto pubblico debbano teoricamente essere immediatamente applicate a situazioni ancora non definitivamente consolidate; anche in assenza di un'esplicita disposizione in tal senso» (v. le sue conclusioni nella causa Westzucker, 1/73, EU:C:1973:61, pag. 737). V. altresì sentenze Singer, detta «Hessische Knappschaft» (44/65, EU:C:1965:122, pag. 1200), e Licata/CES (270/84, EU:C:1986:304, punto 31).

8 — V., altresì, sentenze Duchon (C-290/00, EU:C:2002:234, punti 21 e segg.), e Balazs (C-401/13 e C-432/13, EU:C:2015:26, punti 30 e segg.).

20. Come rilevato dall'avvocato generale Cosmas nelle sue conclusioni nella causa Andersson e Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:9, paragrafo 58), «occorre in ogni caso verificare in quale momento si è definitivamente stabilito un rapporto giuridico, perché questo criterio appare decisivo per la scelta della norma giuridica applicabile. In questo contesto non è priva di interesse l'operazione consistente nel verificare la dimensione temporale dei rapporti giuridici ed in particolare nel tracciare una distinzione tra rapporti istantanei e rapporti di durata. Nella prima ipotesi, il rapporto sorge e si consolida nello stesso ed unico momento, ragione per cui è molto facile individuare la norma applicabile. Nel secondo caso, trascorre un certo tempo tra il momento in cui il rapporto nasce e quello in cui si definisce ed è probabile che nel frattempo siano intervenuti dei cambiamenti nel diritto positivo, il che potrebbe condurre ad una scelta errata della base giuridica. In ogni caso quello che più importa, come già ho evidenziato, è verificare quale norma era vigente nel momento in cui il rapporto giuridico si è definitivamente consolidato».

b) Applicazione agli aiuti di Stato

21. L'articolo 88, paragrafo 3, ultima frase, CE (divenuto articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE) «è fondato sul fine cautelare di garantire che non venga mai data esecuzione ad un aiuto incompatibile. In un primo momento, tale fine viene raggiunto, provvisoriamente, per effetto del divieto da esso sancito e, in un secondo momento, definitivamente, per effetto della decisione finale della Commissione che, nel caso in cui sia negativa, osta per il futuro all'attuazione del progetto di aiuto notificato» (sentenza CELF e Ministre de la Culture et de la Communication, C-199/06, EU:C:2008:79, punto 47). Dunque, secondo il punto 48 della medesima sentenza, «[l]a prevenzione in tal modo organizzata mira (...) a far sì che venga data esecuzione solo ad aiuti compatibili. Al fine di conseguire tale obiettivo, l'attuazione di un progetto d'aiuto viene differita finché, con la decisione definitiva della Commissione, non venga dissipato il dubbio circa la sua compatibilità».

22. Del pari, a causa del divieto di esecuzione ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 3, terza frase, TFUE, qualora misure di aiuto nazionali violino il divieto, ciò ha come conseguenza giuridica la loro illegalità (v., segnatamente, sentenza Residex Capital IV, C-275/10, EU:C:2011:814, punto 28).

23. Inoltre, «[s]alvo pregiudicare l'efficacia diretta dell'art. 88, n. 3, ultima frase, CE e trascurare gli interessi dei singoli che i giudici nazionali sono chiamati a tutelare, una decisione della Commissione che dichiara un aiuto non notificato compatibile con il mercato comune non ha l'effetto di sanare, a posteriori, gli atti di esecuzione invalidi per il fatto di essere stati adottati in violazione del divieto sancito in tale articolo. Qualsiasi altra interpretazione condurrebbe a favorire l'inosservanza, da parte dello Stato membro interessato, della disposizione suddetta e svuoterebbe quest'ultima del suo effetto utile» e «qualora, per un determinato regime di aiuti, compatibile o meno con il mercato comune, l'inosservanza dell'art. 88, n. 3, CE non comportasse rischi o svantaggi superiori rispetto alla sua osservanza, l'incentivo per gli Stati membri a procedere alla notifica e ad attendere la decisione sulla compatibilità sarebbe fortemente ridotto – così come sarebbe fortemente ridotta, di conseguenza, la portata del controllo della Commissione» (sentenza Transalpine Ölleitung in Österreich, C-368/04, EU:C:2006:644, punti 41 e 42 e giurisprudenza citata).

24. Come rilevato dalla Commissione, se, pur rispettando le regole e segnalando in tempo utile i propri progetti di concessione di aiuti, uno Stato membro non può aspettarsi di determinare il contesto normativo in base al quale verranno valutati i suoi progetti, c'è da chiedersi come potrebbe aspettarsi un simile risultato ignorando tali regole e attuando il progetto d'aiuto prima di notificarlo la Commissione al fine di ottenere la relativa autorizzazione preliminare. Infatti, secondo un principio logico e costante di controllo degli aiuti di Stato, uno Stato membro che agisca in violazione degli obblighi di notifica e di sospensione sanciti dall'articolo 108, paragrafo 3, TFUE non può essere

trattato più favorevolmente di uno Stato membro che rispetti tali obblighi [9].

25. Inoltre, se i giudici nazionali non sono autorizzati a pronunciarsi sulla compatibilità delle misure d'aiuto con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107, paragrafi 2 e 3, TFUE, dal momento che tale valutazione finale è di esclusiva competenza della Commissione (v., segnatamente, sentenza Residex Capital IV, C-275/10, EU:C:2011:814, punto 27), ciò non vale per il divieto di esecuzione ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 3, terza frase, TFUE. Tale divieto è, infatti, immediatamente applicabile (sentenza Transalpine Ölleitung in Österreich, C-368/04, EU:C:2006:644, punto 41). Per questo motivo il giudice nazionale è tenuto, ad esempio, a ordinare ai beneficiari di rimborsare un aiuto illecito (sentenza Residex Capital IV, C-275/10, EU:C:2011:814, punti da 33 a 36). Pertanto, il divieto di esecuzione può comportare conseguenze negative per i singoli, anche se la Corte ha talora sottolineato, nella sua giurisprudenza, che i giudici nazionali devono «garantire» agli interessati che, in caso di violazione di tale divieto, vengano tratte tutte le conseguenze del caso [10].

26. Tuttavia, i giudici nazionali devono rispettare, generalmente e completamente, il divieto di esecuzione (sentenza Residex Capital IV, C-275/10, EU:C:2011:814, punto 29) e, così facendo, tenere interamente conto degli interessi dell'Unione (sentenza Transalpine Ölleitung in Österreich, C-368/04, EU:C:2006:644, punto 48). Per questo motivo il giudice nazionale deve non solo garantire la tutela dei diritti individuali, ma fare il possibile al fine di contribuire efficacemente all'applicazione del divieto di esecuzione di cui all'articolo 108, paragrafo 3, terza frase, TFUE [11]. Il divieto di esecuzione potrebbe altresì dover essere opposto anche a una domanda diretta ad ottenere l'applicazione estensiva di un aiuto di Stato non notificato, al fine di evitare in tal modo l'ampliamento della cerchia dei beneficiari di un aiuto illegittimo (v., in tal senso, sentenza Transalpine Ölleitung in Österreich, C-368/04, EU:C:2006:644, punto 49).

27. Infatti, «la notifica degli aiuti di Stato è un elemento centrale del dispositivo comunitario della loro vigilanza e (…) le imprese beneficiarie di siffatti aiuti non possono fare legittimo affidamento sulla loro regolarità se questi ultimi non sono stati concessi nel rispetto di tale procedura» (sentenza Commissione/Salzgitter, C-408/04 P, EU:C:2008:236, punto 104 e giurisprudenza citata).

28. In conclusione, se è vero che, secondo la giurisprudenza [12], certi limiti all'applicazione immediata delle norme di diritto sostanziale sono destinati a salvaguardare i principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento, tali limiti non possono essere presi in considerazione per quanto riguarda gli aiuti illegali (o quelli notificati, prima dell'autorizzazione da parte della Commissione). Nell'ambito e nella logica del controllo degli aiuti di Stato, la situazione non è chiaramente definita, in maniera immediata e definitiva, con la notifica o la concessione dell'aiuto, ma rimane aperta fino alla decisione delle istituzioni dell'Unione.

9 — V., segnatamente, sentenze Francia/Commissione (C-301/87, EU:C:1990:67, punto 11), nonché Regione autonoma della Sardegna e a./Commissione (T-394/08, T-408/08, T-453/08 e T-454/08, EU:T:2011:493, punto 91).

10 — V, segnatamente, sentenza Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, punto 27).

11 — V. le conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, EU:C:2009:420, paragrafi da 119 a 122).

12 — V., in particolare, sentenze CNTA/Commissione (74/74, EU:C:1975:59, punti da 33 a 43);Meridionale Industria Salumi e a. (da 212/80 a 217/80, EU:C:1981:270); Sofrimport/Commissione (C-152/88, EU:C:1990:259, punti 16 e 17), nonché Driessen e a. (da C-13/92 a C-16/92, EU:C:1993:828, punti da 30 a 35).

29. Infatti, un aiuto illegale non può essere considerato definitivamente acquisito e, di conseguenza, non costituisce una situazione esistente ma provvisoria, dal momento che la Commissione è l'unico organo competente a determinare la legalità o l'illegalità della misura nazionale in questione, che non ha dunque potuto creare una «situazione giuridica consolidata» prima della decisione della Commissione[13].

30. La giurisprudenza della Corte in materia di aiuti notificati conferma tale conclusione.

31. La Corte ha dichiarato, ai punti 51 e 52 della sentenza Commissione/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709), che la Commissione può applicare una nuova norma a tutte le notifiche di aiuti di Stato pendenti, anche nel caso in cui la notifica sia anteriore alla pubblicazione di tale norma. La Corte ha infatti considerato che le norme, i principi e i criteri di valutazione della compatibilità degli aiuti di Stato vigenti nel momento in cui la Commissione adotta la sua decisione in merito alla compatibilità *in linea di principio, possono essere considerati più adatti al contesto concorrenziale* e che la notifica dei progetti d'aiuto sia un mero obbligo procedurale che *non può produrre l'effetto di fissare il regime giuridico applicabile agli aiuti* che ne sono oggetto. Di conseguenza, la Corte ha statuito che la *notifica da parte di uno Stato membro di un aiuto non dà origine ad una situazione giuridica consolidata*. In tale contesto, occorre rilevare che nella fattispecie, a mio parere in maniera analoga, le norme applicate dalla Commissione (il regolamento n. 1370/2007) possono essere considerate più adatte al contesto concorrenziale e, d'altro canto, il fatto che uno Stato membro decida di accordare un aiuto illegale (senza modificarlo) non può produrre l'effetto di fissare il regime giuridico applicabile agli aiuti che ne sono oggetto. Non si può, infatti, escludere che un aiuto versato anche un decennio fa possa ancora oggi influenzare la concorrenza. Sarebbe questo il caso, ad esempio, di un aiuto periodico al funzionamento (come nella fattispecie), in quanto un siffatto aiuto può determinare la definitiva scomparsa dal mercato di un concorrente. Orbene, tali effetti persistenti sulla concorrenza sono, in linea di principio, valutati in modo migliore sulla base della legislazione vigente nel momento in cui la Commissione adotta la sua decisione.

32. Successivamente, al punto 53 di tale sentenza, la Corte ha dichiarato che, «[d]i conseguenza, la notifica da parte di uno Stato membro di un aiuto o di un regime di aiuti progettati *non dà origine ad una situazione giuridica consolidata* che implichi che la Commissione si pronunci sulla loro compatibilità con il mercato comune applicando le norme in vigore nel momento in cui tale notifica è stata effettuata. Al contrario, la Commissione deve applicare le norme vigenti nel momento in cui essa si pronuncia, che sono le sole in base alle quali deve essere valutata la legittimità della sua decisione in proposito» (il corsivo è mio). Ancora una volta sono dell'avviso che, anche nella presente causa, la Commissione debba applicare le norme in vigore nel momento cui si è pronunciata (il regolamento n. 1370/2007 e non il regolamento n. 1191/69).

33. Infine, al punto 54 della sentenza Commissione/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709) la Corte ha statuito che, «[c]ontrariamente a quanto sostiene il Freistaat Sachsen, questa soluzione non è idonea ad incitare gli Stati membri ad attuare immediatamente gli aiuti che progettano senza notificarli, per poter usufruire del regime giuridico vigente al momento di tale attuazione. Infatti, *anche assumendo che la compatibilità con il mercato comune di un aiuto illegale si valuti in tutti i casi nel momento in cui tale aiuto viene versato, gli Stati membri solo difficilmente possono prevedere nei dettagli i cambiamenti della normativa*. Inoltre, la concessione di un aiuto illegale può esporre lo Stato membro che lo ha versato al rischio di doverlo recuperare, nonché all'obbligo di risarcimento

13 — Addirittura prima della decisione dei giudici dell'Unione se costoro sono aditi della decisione della Commissione. Infatti, la conformità con la procedura indicata dal Trattato dovrebbe rappresentare l'elemento determinante per decidere se una situazione sia consolidata (situazione esistente) oppure ancora aperta e soggetta a cambiamenti normativi (situazione provvisoria). V. Di Bucci, V., e Stobiecka, A., «The Temporal Application of the State Aid Rules» (L'applicazione nel tempo delle norme relative agli aiuti di Stato) in *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, pag. 319. V. altresì pag. 318: «even a national principle of *res judicata* cannot prevent the recovery of State aid granted in breach of Community law» (v. sentenza Lucchini, C-119/05, EU:C:2007:434).

dei danni cagionati a causa dell'illegittimità di tale aiuto» (il corsivo è mio). La Corte ha dunque lasciato aperta la questione se un aiuto illegale debba essere valutato secondo le norme in vigore alla data di cui è stato versato, dal momento che la causa in questione riguarda l'applicazione nel tempo delle norme agli aiuti notificati.

34. Ciò premesso, ritengo che gli argomenti addotti dalla Corte per giustificare la valutazione di un aiuto notificato in base alle norme applicabili al momento della decisione della Commissione e non al momento della notifica valgano a fortiori per un aiuto non notificato (illegale). Come sottolineato dalla Corte al punto 45 della medesima sentenza, «[l]a notifica dei progetti di aiuti di Stato prevista all'art. 88, n. 3, CE costituisce un elemento centrale del dispositivo comunitario di vigilanza su tali aiuti e le imprese beneficiarie di questi ultimi non possono fare legittimo affidamento sulla loro regolarità se essi non sono stati concessi nel rispetto di tale procedura». Pertanto, sarà la valutazione da parte della Commissione della legittimità di un aiuto a determinare le conseguenze giuridiche attuali di avvenimenti passati, specificamente la concessione dell'aiuto in assenza di notifica preventiva [14].

35. D'altronde, a seguire questo approccio non è soltanto la Commissione, che ha deciso che il regolamento n. 1370/2007 costituiva la base giuridica appropriata per valutare gli aiuti non notificati accordati prima del 3 dicembre 2009 [15], ma altresì l'autorità di vigilanza EFTA [16].

c) Qualifica della misura d'aiuto in parola

36. Risulta pacifico tra le parti che, per gli aiuti notificati e non ancora versati (progetti d'aiuto), la legge applicabile all'esame che deve effettuare la Commissione è esclusivamente quella in vigore al momento in cui quest'ultima adotta la sua decisione. Tale questione è stata definitivamente decisa dalla sentenza Commissione/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709, punti da 50 a 52).

37. Nella presente causa, è pacifico che le misure controverse costituiscono aiuti di Stato e che tali aiuti sono stati versati alla DSB dal governo danese senza notifica alla Commissione. Il governo danese e la DSB insistono tuttavia sulla legalità di detti versamenti, essendo dell'opinione che le misure controverse fossero conformi all'articolo 14 del regolamento n. 1191/69 e pertanto esenti, in forza dell'articolo 17, paragrafo 2, di tale regolamento, dall'obbligo di notifica.

38. È vero che, nella sua decisione, la Commissione non ha esplicitamente preso posizione in merito alla legalità di tali versamenti di aiuti non notificati (così come non l'ha fatto la sentenza impugnata).

39. In seguito a un quesito sottopostole dalla Corte in udienza, la Commissione ha chiarito che se, come sostenuto dalla DSB, l'aiuto soddisfaceva le condizioni di esenzione per categoria ai sensi del vecchio regolamento n. 1191/69, essa non sarebbe stata autorizzata ad adottare la decisione controversa. Adottando la decisione controversa, la Commissione avrebbe dunque *implicitamente*

14 — V. Maxian Rusche, T., e 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, pag. 262.

15 — V. la decisione controversa, ma altresì la decisione 2011/501/UE della Commissione, del 23 febbraio 2011, riguardante l'aiuto di Stato C 58/06 (ex NN 98/05) al quale la Germania ha dato esecuzione a favore delle società Bahnen der Stadt Monheim (BSM) e Rheinische Bahngesellschaft (RBG) nel Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (GU L 210, pag. 1).

16 — EFTA Surveillance Authority decisione 254/10/COL, del 21 giugno 2010, relativa a AS Oslo, AS Oslo Sporveier e AS Sporveisbussene. Tale decisione è stata impugnata in un punto diverso nella causa E-14/10, konkurrenten.no/EFTA Surveillance Authority. Secondo Maxian Rusche, T., e Schmidt, S., op. cit., pag. 262, c'erano all'epoca tre mandati in corso aperti dalla Commissione, basati sul regolamento n. 1191/69, ma che sarebbero stati decisi in base al regolamento n. 1370/2007, vale a dire la decisione del 28 novembre 2007, Germania – Emsland, C 54/2007; la decisione Aiuti di Stato/Germania – Aiuto di stato C 47/2007 (già NN 22/05), Contratto di servizio pubblico tra la Deutsche Bahn Regio e i Länder di Berlino e Brandeburgo – Invito a presentare osservazioni ai sensi dell'articolo 88, paragrafo 2, del Trattato CE (GU 2008, C 35, pag. 13) e decisione del 16 aprile 2008, Repubblica ceca – C 17/2008, Usti nad Labem.

giudicato l'aiuto illegale. Essa non lo avrebbe esplicitamente definito illegale su richiesta del governo danese che, come confermato in udienza dal suddetto, intendeva evitare l'eventuale pagamento di interessi da parte delle ferrovie danesi in base alla giurisprudenza CELF e Ministre de la Culture et de la Communication (C-199/06, EU:C:2008:79).

40. Pertanto, secondo la Commissione, il governo danese, che avrebbe potuto far valere nei confronti della Commissione la sua incompetenza, non l'ha fatto. In maniera più convincente, a mio avviso, la Commissione sottolinea che il governo danese ha preso nei suoi confronti un impegno di correzione dell'eccesso di corrispettivo, in assenza del quale la Commissione non avrebbe autorizzato l'aiuto in questione. In altri termini, il governo danese non ha potuto sottoscrivere questo impegno senza ammettere che l'aiuto non era stato assoggettato a un'esenzione per categoria.

d) Sentenza impugnata

41. Osservo innanzitutto che, considerata l'importanza e la complessità dell'argomento, la sentenza impugnata risulta molto laconica (l'analisi è limitata ai punti da 34 a 58), si basa, per quanto riguarda la questione decisiva, solo su due sentenze del Tribunale [17], peraltro rimesse in discussione dalla giurisprudenza della Corte [18], e non chiarisce i motivi per cui uno Stato membro, violando l'articolo 108, paragrafo 3, TFUE, creerebbe una situazione giuridicamente consolidata nel diritto dell'Unione.

42. Nella sentenza impugnata (punto 40), il Tribunale, invocando la sentenza SIDE/Commissione (T-348/04, EU:T:2008:109), statuisce che «per quanto riguarda gli aiuti versati senza essere notificati, le norme di diritto sostanziale sono quelle in vigore al momento in cui viene versato l'aiuto, dal momento che i vantaggi offerti da tale aiuto si sono materializzati nel corso del periodo in cui il suddetto è stato versato». Questo passo della sentenza mi evoca i seguenti commenti.

43. In primo luogo, la questione è quella di decidere non quando i vantaggi si siano materializzati, ma quando possano essere considerati definitivamente e giuridicamente consolidati nel diritto dell'Unione, cosa che a mio parere può avvenire solo a partire dal momento in cui la Commissione adotta una decisione su tali effetti.

44. In secondo luogo, contrariamente a quanto affermato dal Tribunale, in assenza di notifica un concorrente può in qualsiasi momento richiedere al giudice nazionale di abrogare tali vantaggi. Incidentalmente, il sig. Andersen avrebbe potuto fare uso di questo ricorso, invece di lamentare un'applicazione «retroattiva» del regolamento n. 1370/2007 e il fatto che la Commissione avrebbe impiegato troppo tempo per adottare la decisione controversa. Il giudice avrebbe ordinato il recupero dell'aiuto e, all'epoca, avrebbe applicato il regolamento n. 1191/69 alla questione dell'applicabilità dell'esenzione per categoria.

45. In terzo luogo, l'idea che la compatibilità o l'incompatibilità dell'aiuto con il diritto della Unione venga definitivamente determinata quando l'aiuto è accordato e produce i suoi effetti è erronea. Benché la distorsione della concorrenza sia inerente alla nozione d'aiuto, che è una nozione oggettiva (sentenze Ladbroke Racing/Commissione, T-67/94, EU:T:1998:7, punto 52, e SIC/Commissione, T-46/97, EU:T:2000:123, punto 83), è anche vero che «la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti rientra nella competenza esclusiva della Commissione, che opera sotto il controllo del giudice comunitario», visto che la giurisprudenza riconosce alla Commissione ampi poteri discrezionali per procedere in questo senso (sentenza

17 — Vale a dire le sentenze SIDE/Commissione (T-348/04, EU:T:2008:109), e Italia/Commissione (T-3/09, EU:T:2011:27). V. punti 40 e 43 della sentenza impugnata.

18 — V., in particolare, sentenze Commissione/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709); Diputación Foral de Vizcaya e a./Commissione (da C-465/09 P a C-470/09 P, EU:C:2011:372), nonché ordinanza Cantiere navale De Poli/Commissione (C-167/11 P, EU:C:2012:164). A tale riguardo, v. paragrafi 47 e segg. delle presenti conclusioni.

Unicredito Italiano, C-148/04, EU:C:2005:774, punti 42 e 71). Dal momento che la compatibilità di un aiuto con il diritto dell'Unione viene determinata soltanto dalla decisione della Commissione, sotto il controllo del giudice dell'Unione, la situazione è sempre in corso al momento in cui la Commissione adotta la sua decisione ed è necessario tenere conto di qualsiasi cambiamento del quadro normativo precedente a tale decisione [19].

46. In quarto luogo, dire che i vantaggi e gli svantaggi risultanti dalla concessione di un aiuto illegale si siano materializzati durante il periodo in cui l'aiuto in questione è stato versato non è esatto. Infatti, come rilevato dall'avvocato generale Alber nelle sue conclusioni sulle cause riunite Falck e Acciaierie di Bolzano/Commissione (C-74/00 P e C-75/00 P, EU:C:2002:106, paragrafi 143 e 144), «l'effetto derivante da un aiuto illegittimo perdura fino alla sua restituzione. Anche se il vantaggio non trova più riscontro diretto nel bilancio dell'impresa a distanza di anni dalla concessione dell'aiuto, quest'ultimo ha rafforzato però in maniera durevole la posizione concorrenziale del beneficiario rispetto alle altre imprese che non hanno ottenuto sovvenzioni [e] [l]a Commissione non ha il compito di collocarsi retrospettivamente al momento della concessione dell'aiuto e giudicarne solo l'effetto prodotto all'epoca. Essa deve piuttosto tutelare la concorrenza attuale, valutando l'effetto (perdurante) che deriva dall'aiuto in base ai criteri applicabili al momento dell'adozione della decisione».

47. In ogni caso, ritengo (al pari della Commissione) che gli argomenti su cui si basano la sentenza SIDE/Commissione (T-348/04, EU:T:2008:109) e la sentenza impugnata siano stati categoricamente respinti dalla Corte nella sentenza Diputación Foral de Vizcaya e a./Commissione (da C-465/09 P a C-470/09 P, EU:C:2011:372), in cui la Corte ha rilevato innanzitutto, ai punti da 125 a 127, che l'applicazione di nuove norme a un aiuto illegale riguarda non una situazione consolidatasi anteriormente ma una situazione in corso, in secondo luogo, che un'efficace applicazione della politica di concorrenza esige che la Commissione possa in qualsiasi momento adattare la propria valutazione alle esigenze di tale politica e, infine, che uno Stato membro che non abbia notificato un regime di aiuti alla Commissione non possa ragionevolmente attendersi che tale regime venga valutato in base alle regole applicabili al momento della sua adozione.

48. Ciò implica che la Commissione abbia il diritto di applicare nuove norme di compatibilità quando si trova a valutare un aiuto versato e non notificato. Benché la causa in questione riguardasse la legalità di norme transitorie fissate in base agli orientamenti adottati dalla Commissione, la Corte ha citato a sostegno del suo ragionamento la sentenza Pokrzeptowicz-Meyer (C-162/00, EU:C:2002:57), relativa a disposizioni legislative, cosa che, a mio parere, vanifica il tentativo del Tribunale, al punto 55 della sentenza impugnata, di isolare la sentenza Diputación Foral de Vizcaya e a./Commissione (da C-465/09 P a C-470/09 P, EU:C:2011:372) in quanto riguardava unicamente l'applicabilità di orientamenti.

49. I medesimi argomenti si applicano, mutatis mutandis, all'altra sentenza su cui si basa il Tribunale al punto 40 della sentenza impugnata, vale a dire la sentenza Italia/Commissione (T-3/09, EU:T:2011:27) [20]. Quest'ultima sentenza, che riguardava peraltro un aiuto notificato, omette, al pari della sentenza SIDE/Commissione (T-348/04, EU:T:2008:109), di tenere conto di un fattore decisivo, messo in evidenza dalla Corte nelle sentenze Commissione/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709) e Diputación Foral de Vizcaya e a./Commissione (da C-465/09 P a C-470/09 P, EU:C:2011:372) indipendentemente dal fatto che l'aiuto sia stato o meno notificato, vale a dire che la situazione relativa a tale aiuto non può essere considerata definitiva finché la Commissione non abbia adottato una decisione sulla sua compatibilità con il mercato interno, e anche finché tale decisione non sia divenuta definitiva (sentenza Spagna/Commissione, C-169/95, EU:C:1997:10, punto 53).

19 — V. Di Bucci, V., e Stobiecka, A., op. cit., pag. 326.

20 — Occorre notare, ai fini della presente impugnazione, che tale sentenza è identica nella sostanza alla sentenza Cantiere navale De Poli/Commissione (T-584/08, EU:T:2011:26). Queste due sentenze sono state oggetto di un'impugnazione che ha dato luogo alle ordinanze Cantiere navale De Poli/Commissione (C-167/11 P, EU:C:2012:164), e Italia/Commissione (C-200/11 P, EU:C:2012:165).

50. Quanto all'argomento del sig. Andersen, che ritiene di aver diritto alla certezza del diritto e dunque a sapere quale legge si applichi all'aiuto ricevuto dal suo concorrente, è sufficiente ricordare che, secondo la giurisprudenza della Corte, non esiste alcuna protezione nei confronti di un cambiamento delle norme e dunque di nuove norme che si applichino a situazioni perduranti (v. la giurisprudenza citata al paragrafo 15 delle presenti conclusioni).

e) Conclusioni

51. In sintesi, la situazione relativa a un aiuto, notificato o meno, non può essere considerata definitiva finché la decisione della Commissione sulla compatibilità dell'aiuto non è divenuta definitiva.

52. Innanzitutto, infatti, fino a quel momento sia la Commissione sia il giudice nazionale possono ordinarne il recupero.

53. In secondo luogo, uno Stato membro che agisca in violazione degli obblighi di notifica e di sospensione sanciti dall'articolo 108, paragrafo 3, TFUE, non può essere trattato più favorevolmente di uno Stato membro che rispetti tali obblighi. Infatti, «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. È infine chiaro che non occorre neanche tutelare il beneficiario di un aiuto illegale nei confronti di una modifica delle norme di diritto sostanziale applicabili alla valutazione della compatibilità di tale aiuto da parte della Commissione.

55. Ne consegue che il Tribunale è incorso in un errore di diritto accogliendo il terzo motivo del sig. Andersen e ritenendo che la compatibilità di un aiuto non notificato con il mercato interno dovesse essere valutata alla luce delle norme in vigore al momento della sua concezione, e ne consegue altresì che la sentenza impugnata deve essere annullata. La Corte stessa dovrebbe altresì respingere in quanto infondato tale terzo motivo dedotto in primo grado.

56. Per quanto riguarda il primo e il secondo motivo dedotti in primo grado (v. punti 20 e 21 della sentenza impugnata), essi non possono essere giudicati dalla Corte, in particolare perché per esaminarli è necessario verificare la fondatezza di valutazioni economiche complesse effettuate dalla Commissione, cosa che spetta al Tribunale.

B – *Sulle impugnazioni incidentali della DSB e del Regno di Danimarca*

57. Queste due impugnazioni incidentali sollevano sostanzialmente la medesima questione e coincidono a tal punto che occorre esaminarle congiuntamente.

1. Sintesi dell'argomentazione delle parti

58. La DSB deduce un unico motivo, vale a dire il fatto che l'applicazione potenzialmente erronea del regolamento n. 1370/2007 da parte della Commissione non dovrebbe avere alcun effetto sulla validità della decisione controversa, in quanto l'applicazione del regolamento n. 1191/69 non avrebbe condotto la Commissione a una diversa conclusione in merito alla compatibilità dell'aiuto in parola.

21 — V. Lipinsky, J., op. cit.

59. Da parte sua, il governo danese ritiene che, al punto 50 della sentenza impugnata, il Tribunale abbia snaturato il contenuto della decisione controversa decidendo che la valutazione degli aiuti in parola fosse stata effettuata esclusivamente in base al regolamento n. 1370/2007. Esso adduce un argomento sostanzialmente identico a quello della DSB.

60. Basandosi sulla lettura combinata della decisione controversa e della decisione di avvio, la DSB sottolinea che, secondo una giurisprudenza costante, una decisione è sufficientemente motivata qualora rinvii ad un documento che sia già in possesso del destinatario e che contenga gli elementi sui quali l'istituzione ha fondato la sua decisione (sentenza Bundesverband deutscher Banken/Commissione, T-36/06, EU:T:2010:61, punto 53 e giurisprudenza citata).

61. Sempre secondo la DSB, il Tribunale sarebbe stato tenuto a decidere in merito alla correttezza dell'interpretazione del regolamento n. 1191/69 da parte della Commissione e delle conclusioni emerse da tale interpretazione. A tale riguardo, la DSB ricorda che, secondo una giurisprudenza costante, un errore di diritto non giustifica l'annullamento della decisione controversa nel caso in cui, se non avesse commesso tale errore, la Commissione avrebbe adottato la medesima decisione (in particolare, sentenza Falck e Acciaierie di Bolzano/Commissione, C-74/00 P e C-75/00 P, EU:C:2002:524, punto 122).

62. Da parte sua, il governo danese sostiene che il Tribunale ha violato il diritto dell'Unione in quanto, al punto 58 della sentenza impugnata, ha respinto i suoi argomenti tendenti a dimostrare che l'applicazione del regolamento n. 1370/2007 costituiva un'irregolarità di forma che non era di natura tale da incidere sul contenuto della decisione controversa.

63. Il governo danese è infine dell'opinione che la controversia possa essere decisa, dal momento che la Corte è in grado di determinare che la decisione controversa non poteva essere annullata in quanto la Commissione l'ha basata sul regolamento n. 1370/2007, poiché le condizioni a cui è soggetto, in forza del regolamento n. 1191/69, il corrispettivo nell'ambito di contratti di servizio pubblico, sono identiche o meno rigorose rispetto alle condizioni previste dal regolamento n. 1370/2007.

64. La Commissione sostiene, in sostanza, l'argomentazione della DSB, con l'eccezione di quella riassunta al paragrafo 61 delle presenti conclusioni, in quanto essa ritiene che la decisione controversa comporti un'analisi degli aiuti controversi alla luce di entrambi i regolamenti.

2. Analisi

65. Le azioni incidentali sollevano la questione se la Commissione abbia fondato il dispositivo della decisione controversa su un esame degli aiuti controversi alla luce del solo regolamento n. 1370/2007 o anche alla luce del regolamento n. 1191/69.

66. Secondo il sig. Andersen, la conclusione del Tribunale, secondo la quale la Commissione ha effettuato il suo esame unicamente sulla base del regolamento n. 1370/2007, risulta dai punti 307, 314, 397 e 398 della decisione controversa ed è un dato di fatto che non può essere oggetto di valutazione da parte della Corte.

67. Non posso seguire questa linea di pensiero, in quanto l'interpretazione della decisione controversa è chiaramente una questione giuridica. Risulta pertanto, dalla lettura dei punti 304, 307, 314 e 397 di tale decisione, che il Tribunale ha legittimamente concluso che, nella suddetta decisione, la Commissione aveva applicato esclusivamente il regolamento n. 1370/2007.

68. Il Tribunale ha giustamente ritenuto che il punto 398 della decisione controversa (secondo cui l'applicazione del regolamento n. 1191/69 non avrebbe portato a una conclusione diversa) non fosse sufficiente per poter concludere che la Commissione aveva basato la sua valutazione su entrambi i regolamenti, tanto più che la constatazione della Commissione non è preceduta da alcun esame alla luce del suddetto regolamento.

69. La stessa Commissione riconosce d'altronde, in tale punto, che le norme di diritto sostanziale del regolamento n. 1191/69 sono solo sostanzialmente simili a quelle del regolamento n. 1370/2007.

70. Come rilevato dal sig. Andersen, le sentenze invocate dalla DSB non consentono di pervenire a un risultato diverso. Il Tribunale ha statuito, al punto 75 della sentenza González y Díez/Commissione (T-25/04, EU:T:2007:257), che le disposizioni sostanziali in parola erano «identiche», il che non avviene nella fattispecie. Per quanto riguarda la sentenza Diputación Foral de Álava e a./Commissione (da T-30/01 a T-32/01 e da T-86/02 a T-88/02, EU:T:2009:314), è sufficiente constatare che il Tribunale ha sottolineato, al punto 221, che gli aiuti in questione erano aiuti al funzionamento che, indipendentemente dagli orientamenti applicabili, non potevano essere dichiarati compatibili ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera c), TFUE. Quanto alla sentenza CMA CGM e a./Commissione (T-213/00, EU:T:2003:76), essa riguardava non un aiuto di Stato, ma un cartello che sarebbe stato in ogni caso in violazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

71. Il riferimento alla decisione d'avvio non cambia nulla, in quanto la Commissione non ha fatto che esporre l'argomentazione delle parti e dichiarare di nutrire dei dubbi quanto alla fondatezza di quella presentata dalla DSB e dal governo danese. Pertanto, la giurisprudenza del Tribunale invocata dalla DSB al paragrafo 60 delle presenti conclusioni non è pertinente.

72. Al fine di confermare la constatazione della Commissione, secondo cui l'applicazione del regolamento n. 1191/69 non avrebbe portato ad una conclusione diversa da quella contenuta nella decisione controversa, il Tribunale avrebbe dovuto effettuare la propria valutazione degli aiuti controversi alla luce del suddetto regolamento, il che non rientra nelle sue competenze nell'ambito di un ricorso di annullamento.

73. Da tutto ciò che precede consegue che le impugnazioni incidentali della DSB e del Regno di Danimarca andrebbero respinte.

V – **Conclusione**

74. Alla luce di quanto precede, propongo alla Corte di:

— annullare la sentenza del Tribunale dell'Unione europea Andersen/Commissione (T-92/11, EU:T:2013:143);

— dichiarare infondato il terzo motivo in primo grado e rinviare la causa al Tribunale dell'Unione europea per l'esame del primo e del secondo motivo in primo grado;

— respingere le impugnazioni incidentali della Danske Stasbaner (DSB) e del Regno di Danimarca;

— riservare le spese dei due gradi di giudizio.