CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. WATHELET
van 21 mei 2015 [1]

Zaak C-303/13 P

Europese Commissie
tegen

Jørgen Andersen

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

1. Met de onderhavige hogere voorziening verzoekt de Europese Commissie primair om vernietiging van het arrest Andersen/Commissie (T-92/11, EU:T:2013:143; hierna: „bestreden arrest”), waarbij het Gerecht van de Europese Unie het besluit van de Commissie betreffende de contracten voor openbaarvervoersdiensten tussen het Deense ministerie van Vervoer en Danske Statsbaner [2] gedeeltelijk nietig heeft verklaard, en afwijzing van het verzoek tot nietigverklaring van het litigieuze besluit. Subsidiair verzoekt de Commissie het Hof om het in eerste aanleg aangevoerde derde middel ongegrond te verklaren en de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht. Deze hogere voorziening heeft betrekking op de toepassing in de tijd van de materiële regels inzake staatssteun en toont de complexiteit van deze problematiek aan. Meer bepaald rijst de vraag of de niet-aangemelde staatssteun die in deze zaak aan de orde is, voor de periode van 2002 tot 2008 moet worden beschouwd als een reeds bestaande situatie, zoals het Gerecht in wezen heeft geoordeeld, of als een nog voortdurende situatie, zoals de Commissie betoogt. Met hun incidentele hogere voorzieningen verzoeken Danske Statsbaner (DSB) (hierna: „DSB”) en het Koninkrijk Denemarken het Hof eveneens om vernietiging van het bestreden arrest.

I – **Voorgeschiedenis van het geding**

2. J. Andersen vervoert onder de handelsnaam Gråhundbus v/Jørgen Andersen personen per bus in Denemarken en het buitenland. In het bijzonder exploiteert hij een lijn tussen Kopenhagen (Denemarken) en Ystad (Zweden), dat per ferry is verbonden met het eiland Bornholm (Denemarken). DSB is van oudsher de spoorwegonderneming in Denemarken. Op het ogenblik van de relevante feiten was zij volledig in handen van de Deense Staat en bood zij alleen reizigersvervoer per spoor en aanverwante diensten aan.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — Besluit 2011/3/EU van 24 februari 2010 [Steunmaatregel C 41/08 (ex NN 35/08)] (PB 2011, L 7, blz. 1; hierna: „litigieus besluit”).

3. Sinds de afschaffing van het monopolie van DSB op 1 januari 2000 bestaan in Denemarken twee stelsels waaronder reizigersvervoer per spoor wordt aangeboden, namelijk het vrije vervoer, dat wordt geëxploiteerd op commerciële basis, en het vervoer als openbare dienst, dat wordt geregeld door openbaredienstcontracten waarbij mogelijk compensatie voor de geëxploiteerde lijnen wordt betaald.

4. Van 2000 tot en met 2004 was aan DSB een contract gegund voor openbaarvervoersdiensten op grote en regionale lijnen. Vanaf 15 december 2002 had dat contract ook betrekking op de lijn Kopenhagen-Ystad, die voorheen onder het stelsel van vrij vervoer werd geëxploiteerd. Voor de periode 2005-2014 was aan DSB een nieuw contract gegund voor openbaarvervoersdiensten op grote en regionale lijnen, alsook op de internationale lijnen met Duitsland en de lijn Kopenhagen-Ystad.

5. Naar aanleiding van twee klachten tegen de openbaredienstcontracten van DSB, waaronder die van Andersen, heeft de Commissie op 10 september 2008 besloten de formele onderzoeksprocedure van artikel 88, lid 2, EG in te leiden (hierna: „besluit tot inleiding van de procedure"). Na afloop van die procedure heeft zij op 24 februari 2010 het litigieuze besluit vastgesteld, waarvan artikel 1 bepaalt:

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

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

II – **Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arrest**

6. Ter ondersteuning van zijn beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit heeft Andersen drie middelen aangevoerd. Met het eerste middel stelde hij dat de Commissie het recht verkeerd had toegepast door te oordelen dat de Deense regering geen blijk had gegeven van een kennelijk onjuiste beoordeling door de lijn Kopenhagen-Ystad te kwalificeren als een „openbare dienst" en deze onder het stelsel van de openbaredienstcontracten op te nemen. Volgens het tweede middel was er sprake van een verkeerde toepassing van het recht voor zover de Commissie geen terugvordering had gelast van de onverenigbare overcompensatie die het gevolg was van de dividenden die DSB had betaald aan haar aandeelhouder, de Deense Staat. Het derde middel betrof een verkeerde toepassing van het recht voor zover de Commissie verordening (EG) nr. 1370/2007 [3] had toegepast, die op dat ogenblik ratione temporis niet van toepassing zou zijn geweest, in plaats van verordening (EEG) nr. 1191/69 [4], ratione temporis wel van toepassing. Het Gerecht heeft het derde middel aanvaard en bijgevolg artikel 1, tweede alinea, van het litigieuze besluit nietig verklaard.

III – **Procesverloop voor het Hof**

7. Bij beschikking van 3 april 2014 heeft de president van het Hof Dansk Tog, een te Kopenhagen gevestigde vereniging naar Deens recht, toegelaten tot interventie aan de zijde van Andersen. Ter terechtzitting van 10 maart 2015 hebben de Commissie, Andersen, Dansk Tog, het Koninkrijk Denemarken en DSB pleidooi gehouden (twee laatstgenoemde partijen hadden ook bij het Gerecht aan de zijde van de Commissie geïntervenieerd).

3 — Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (PB L 315, blz. 1).

4 — Verordening van de Raad van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (PB L 156, blz. 1).

IV – **Beoordeling**

A – *Hogere voorziening van de Commissie*

8. Vooraf zij opgemerkt dat zowel DSB als de Deense regering twee identieke memories hebben ingediend, de eerste met het opschrift „memorie van antwoord" en de tweede met het opschrift „incidentele hogere voorziening". Met al deze memories wordt vernietiging van het bestreden arrest gevorderd, zodat de memories van antwoord niet-ontvankelijk zijn, daar zij overeenkomstig artikel 174 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof niet concluderen tot toewijzing of afwijzing van de hogere voorziening. De argumenten van DSB en de Deense regering zullen dus slechts aan bod komen in de onderdelen die betrekking hebben op hun respectieve incidentele hogere voorzieningen.

1. Samenvatting van de argumenten van partijen

9. De Commissie stelt dat de beoordeling van de betrokken steun op basis van verordening nr. 1370/2007 geen retroactieve toepassing van die verordening inhield, maar in overeenstemming was met het beginsel van onmiddellijke toepassing.

10. Andersen betoogt, zakelijk weergegeven, dat rechtsregels in beginsel niet retroactief gelden, maar dat de wetgever in uitzonderlijke gevallen retroactieve werking aan een rechtshandeling kan toekennen. Steun zoals in de onderhavige zaak strekt ertoe het behoud te subsidiëren van een bepaalde activiteit, die zonder die steun verlieslatend zou zijn en dus waarschijnlijk zou worden stopgezet. In die omstandigheden is de meest geschikte regel de regel die van toepassing was op het ogenblik dat de steun is betaald en gevolgen had voor de mededinging (wat ook uit de rechtspraak inzake onrechtmatige staatssteun volgt).

11. Volgens Dansk Tog moet – om willekeur te vermijden – de werking van het recht in de tijd worden bepaald aan de hand van de enige objectieve factor, namelijk het ogenblik waarop de steun wordt betaald en gevolgen heeft voor de markt. Het door de Commissie voorgestelde criterium geeft haar de mogelijkheid arbitrair te beslissen welke wettelijke regeling toepasselijk is, door haar besluitvorming te versnellen of te vertragen. Daarnaast is Dansk Tog er niet van overtuigd dat toepassing van verordening nr. 1191/69 tot hetzelfde resultaat zou hebben geleid als de toepassing van verordening nr. 1370/2007.

2. Analyse

a) Rechtspraak over de toepassing in de tijd van materiële regels

12. Om te beginnen moet een onderscheid worden gemaakt tussen retroactiviteit („echte Rückwirkung") [5] en onmiddellijke toepassing („unechte Rückwirkung").

5 — Retroactieve toepassing kan ingaan tegen de algemene beginselen van gewettigd vertrouwen en rechtszekerheid. Wat dat laatste beginsel betreft, zie Skouris, V., „La sécurité juridique dans l'ordre juridique communautaire", in *Mélanges Michael P. Stathopoulos (Timitikos tomos Mich. P. Stathopoulou)*, deel II, Athene-Komotini, 2010, blz. 2507. Zie in dat verband met name Lipinsky, J., „Man of Steel? The General Court and the Principle of Legal Certainty", noot onder arrest T-308/00 RENV, Salzgitter AG, *European State Aid Quarterly*, 2/2014, blz. 368.

13. Vervolgens moet een onderscheid worden gemaakt tussen de toepassing van een nieuwe regel op de toekomstige gevolgen van een situatie die is ontstaan onder de oude regel (voorlopige situatie)[6] enerzijds, en de toepassing van die regel op een situatie die definitief is geworden onder de oude regel (bestaande situatie) anderzijds.

14. Het Hof is al sinds zeer lang van oordeel dat „volgens een algemeen erkend beginsel de wet waarbij een wettelijke bepaling wordt gewijzigd, van toepassing is, tenzij het tegendeel is bepaald, op de toekomstige gevolgen van feitelijke situaties welke onder vigeur van de oude wet zijn ontstaan”.[7]

15. Bovendien „moet eraan worden herinnerd, dat het vertrouwensbeginsel weliswaar een van de fundamentele beginselen van de Gemeenschap is, maar dat volgens vaste rechtspraak, dit beginsel niet zodanig mag worden verruimd, dat een nieuwe regeling nooit van toepassing zou kunnen zijn op de toekomstige gevolgen van situaties die onder de oude regeling zijn ontstaan” (zie onder meer arrest Butterfly Music, C-60/98, EU:C:1999:333, punt 25).

16. Als voorbeeld van een „voorlopige situatie” verwijs ik naar de feiten van de zaak die heeft geleid tot het arrest Gemeinde Altrip e.a. (C-72/12, EU:C:2013:712, punt 22) en die betrekking had op een milieueffectbeoordeling. De autoriteiten waren met een dergelijke studie begonnen onder de oude regels, maar het Unierecht had aan niet-gouvernementele organisaties (ngo's) een nieuw recht toegekend om tegen dit soort studies op te komen. Het Hof heeft geoordeeld dat de nieuwe regel onmiddellijk van toepassing was op de betrokken situatie.

17. Een ander voorbeeld van een „voorlopige situatie” is te vinden in de feiten van de zaak die heeft geleid tot het arrest van het Hof Bauche en Delquignies (96/77, EU:C:1978:26)[8] en die betrekking had op overeenkomsten die waren gesloten in de suikersector onder de oude regeling. Om suiker uit te kunnen voeren, had de onderneming een exportvergunning nodig, die enkel kon worden verleend in het kader van de nieuwe regeling. Het Hof heeft geoordeeld dat de nieuwe regeling van toepassing was, hoewel de betrokken overeenkomsten waren gesloten onder de oude regeling.

18. Voor „bestaande situaties” of, in de woorden van het Hof, „definitieve rechtssituatie[s]” (arrest Commissie/Freistaat Sachsen, C-334/07 P, EU:C:2008:709, punt 53), moeten daarentegen volgens het Hof „[de] materiële communautaire rechtsregels, ter verzekering van de eerbiediging van de beginselen van rechtszekerheid en gerechtvaardigd vertrouwen, aldus worden uitgelegd, dat zij alleen gelden ten aanzien van vóór hun inwerkingtreding verworven rechtsposities voor zover er blijkens hun bewoordingen, doelstelling of opzet zulke gevolgen aan dienen te worden toegekend” (arrest GruSa Fleisch, C-34/92, EU:C:1993:317, punt 22).

19. Als voorbeeld van een „bestaande situatie” heeft de Commissie ter terechtzitting verwezen naar de inschrijving van een merk. Op het ogenblik dat een orgaan van de Unie dat besluit vaststelt (zie arrest Bavaria, C-120/08, EU:C:2010:798), wordt de door die handeling van de Unie gecreëerde rechtspositie immers definitief. Hetzelfde geldt voor een besluit tot vaststelling van een douanetarief dat wordt gegeven door de bevoegde autoriteiten, in het arrest Molenbergnatie (C-201/04, EU:C:2006:136) de Duitse douaneautoriteiten.

6 — De uitdrukking „voorlopige situatie” wordt onder meer in het arrest Ferriere Nord/Commissie (T-176/01, EU:T:2004:336, punt 139) gebruikt om een onderscheid te maken tussen de twee situaties. Het begrip „voorlopige situatie” zou ook kunnen worden gebruikt als het omgekeerde van de „definitief verworven” situatie.

7 — Arrest Westzucker (1/73, EU:C:1973:78). Advocaat-generaal Roemer was in zijn conclusie in die zaak daarentegen van mening dat „het bestaan van een algemene rechtsregel dat publiekrechtelijke bepalingen tot wetswijziging ook zonder uitdrukkelijk voorschrift in beginsel rechtstreeks op nog levende rechtsverhoudingen van toepassing zijn, niet aantoonbaar is” (zie zijn conclusie in de zaak Westzucker, 1/73, EU:C:1973:61, blz. 736). Zie ook arresten Singer, „Hessische Knappschaft” (44/65, EU:C:1965:122, blz. 1156), en Licata/ESC (270/84, EU:C:1986:304, punt 31).

8 — Zie ook arresten Duchon (C-290/00, EU:C:2002:234, punten 21 e.v.) en Balazs (C-401/13 en C-432/13, EU:C:2015:26, punten 30 e.v.).

20. Zoals advocaat-generaal Cosmas heeft opgemerkt in zijn conclusie in de zaak Andersson en Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:9, punt 58), „moet telkens het tijdstip worden gezocht waarop een rechtssituatie definitief bepaald is, want dit is immers het criterium voor de keuze van de toepasselijke rechtsregel. Dienaangaande is het niet zonder belang, de temporele dimensie van rechtssituaties na te gaan en in het bijzonder een tijdelijke situatie van een meer duurzame te onderscheiden. In het eerste geval wordt de situatie bepaald op het moment waarop zij zich voordoet, zodat de toepasselijke regel zeer gemakkelijk kan worden bepaald. In het tweede geval verstrijkt er zekere tijd tussen het moment waarop de situatie zich voordoet en het moment waarop zij bepaald is; in de tussenliggende tijd kunnen wijzigingen in het positieve recht zijn aangebracht, waardoor een verkeerde rechtsgrondslag kan worden gekozen. In ieder geval is het, zoals ik al heb aangegeven, van belang, dat de regel wordt gezocht die van kracht is op het moment waarop de juridische situatie een definitief karakter krijgt”.

b) Toepassing op staatssteun

21. Artikel 88, lid 3, laatste volzin, EG (thans artikel 108, lid 3, laatste volzin, VWEU) is „bedoeld om er preventief voor te zorgen dat een onverenigbare steunmaatregel nooit tot uitvoering zal worden gebracht. Deze doelstelling wordt in eerste instantie voorlopig bereikt door middel van het verbod dat deze bepaling uitvaardigt, en in tweede instantie, definitief, door middel van de eindbeslissing van de Commissie, die, wanneer zij negatief is, eraan in de weg staat dat het aangemelde voornemen van steunmaatregelen nog tot uitvoering wordt gebracht” (arrest CELF en ministre de la Culture et de la Communication, C-199/06, EU:C:2008:79, punt 47). Volgens punt 48 van datzelfde arrest „[is] [d]e aldus bij wege van voorzorg vastgestelde regeling [...] derhalve bedoeld om ervoor te zorgen dat enkel verenigbare steunmaatregelen tot uitvoering worden gebracht. Teneinde deze doelstelling te bereiken, wordt de uitvoering van een voorgenomen steunmaatregel opgeschort totdat de twijfel omtrent de verenigbaarheid ervan is weggenomen door de eindbeslissing van de Commissie”.

22. Evenzo vloeit uit het in artikel 108, lid 3, derde volzin, VWEU neergelegde verbod op uitvoering voort dat nationale steunmaatregelen die dit verbod schenden onrechtmatig zijn (zie onder meer arrest Residex Capital IV, C-275/10, EU:C:2011:814, punt 28).

23. Voorts is geoordeeld dat „[o]m te voorkomen dat afbreuk wordt gedaan aan de rechtstreekse werking van artikel 88, lid 3, laatste volzin, EG en dat de belangen van de justitiabelen, die de nationale rechterlijke instanties dienen te beschermen, worden geschonden, [...] een beschikking van de Commissie waarbij niet-aangemelde steun verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard, niet tot gevolg [heeft] dat de ongeldigheid van uitvoeringsmaatregelen die in strijd met het in deze bepaling neergelegde verbod zijn vastgesteld, achteraf wordt gedekt. Elke andere uitlegging zou in de hand werken dat de betrokken lidstaat deze bepaling niet in acht neemt en zou deze bepaling van haar nuttig effect beroven” en „de lidstaten [zouden], indien in het kader van een al dan niet met de gemeenschappelijke markt verenigbaar steunvoornemen niet-naleving van artikel 88, lid 3, EG niet meer risico’s of sancties zou inhouden dan naleving ervan, veel minder ertoe geneigd zijn, een steunvoornemen aan te melden en te wachten op een beschikking inzake verenigbaarheid, en bijgevolg zou ook het toezicht van de Commissie veel minder omvangrijk worden” (arrest Transalpine Ölleitung in Österreich, C-368/04, EU:C:2006:644, punten 41 en 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

24. Zoals de Commissie heeft opgemerkt kan een lidstaat er, ook wanneer hij de regels in acht neemt en zijn voorgenomen steunmaatregelen tijdig aanmeldt, niet op rekenen dat hij het wettelijk kader bepaalt op grond waarvan zijn plannen zullen worden beoordeeld. Hoe kan een dergelijk resultaat dan worden bereikt door die regels te overtreden en de steun uit te voeren vóór aanmelding bij de Commissie met het oog op voorafgaande toestemming? Volgens een vaststaand en logisch beginsel van staatssteuntoezicht mag een lidstaat die de in artikel 108, lid 3, VWEU neergelegde aanmeldingsplicht en opschortingsplicht niet naleeft, niet gunstiger worden behandeld dan een lidstaat

die deze verplichtingen wel in acht neemt.[9]

25. Bovendien is de nationale rechter weliswaar niet bevoegd om vast te stellen of steunmaatregelen met de interne markt verenigbaar zijn overeenkomstig artikel 107, leden 2 en 3, VWEU, aangezien die eindbeoordeling de uitsluitende bevoegdheid van de Commissie is (zie met name arrest Residex Capital IV, C-275/10, EU:C:2011:814, punt 27), maar geldt dit niet voor het verbod op uitvoering in artikel 108, lid 3, derde volzin, VWEU. Dit is immers onmiddellijk van toepassing (arrest Transalpine Ölleitung in Österreich, C-368/04, EU:C:2006:644, punt 41). De nationale rechter moet daarom bijvoorbeeld de begunstigden gelasten onrechtmatige steun terug te betalen (arrest Residex Capital IV, C-275/10, EU:C:2011:814, punten 33-36). Het verbod op uitvoering kan dus negatieve gevolgen voor particulieren hebben, hoewel in de rechtspraak van het Hof soms is benadrukt dat de nationale rechter de justitiabelen moest „waarborgen" dat uit schending van het verbod op uitvoering alle consequenties worden getrokken.[10]

26. De nationale rechter moet echter het verbod op uitvoering algemeen en volledig in acht nemen (arrest Residex Capital IV, C-275/10, EU:C:2011:814, punt 29) en daarbij het belang van de Unie ten volle in aanmerking nemen (arrest Transalpine Ölleitung in Österreich, C-368/04, EU:C:2006:644, punt 48). Om die reden moet de nationale rechter niet alleen de bescherming van de individuele rechten verzekeren, maar ook alles doen om op doeltreffende wijze bij te dragen tot de toepassing van het in artikel 108, lid 3, derde volzin, VWEU neergelegde verbod op uitvoering.[11] Dat kan betekenen dat hij zich ook op het verbod op uitvoering moet beroepen om een verzoek af te wijzen dat tot gevolg zou kunnen hebben dat het beroep op niet-aangemelde steun wordt uitgebreid, om te beletten dat de kring van ontvangers van onrechtmatige steun wordt vergroot (zie in die zin arrest Transalpine Ölleitung in Österreich, C-368/04, EU:C:2006:644, punt 49).

27. „[D]e aanmelding van staatssteun [vormt immers] een kernelement van de communautaire regeling voor het toezicht daarop [...] en [...] de ondernemingen die deze steun genieten, [kunnen] geen beroep [...] doen op een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid daarvan, wanneer de steun niet met inachtneming van deze procedure is toegekend" (arrest Commissie/Salzgitter, C-408/04 P, EU:C:2008:236, punt 104 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

28. Kortom, de grenzen aan de onmiddellijke toepassing van materiële regels zijn er volgens de rechtspraak[12] weliswaar op gericht de beginselen van rechtszekerheid en gewettigd vertrouwen te beschermen, maar zij kunnen geen rol spelen wat betreft onrechtmatige steun (of aangemelde steun totdat de Commissie deze goedkeurt). Binnen het stelsel en de logica van het staatssteuntoezicht wordt de situatie duidelijk niet onmiddellijk en definitief vastgesteld door de aanmelding of de verlening van de steun, maar blijft zij open totdat de instellingen van de Unie een beslissing treffen.

9 — Zie onder meer arresten Frankrijk/Commissie (C-301/87, EU:C:1990:67, punt 11) en Regione autonoma della Sardegna e.a./Commissie (T-394/08, T-408/08, T-453/08 en T-454/08, EU:T:2011:493, punt 91).

10 — Zie onder meer arrest Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, punt 27).

11 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, EU:C:2009:420, punten 119-122).

12 — Zie met name arresten CNTA/Commissie (74/74, EU:C:1975:59, punten 33-43), Meridionale Industria Salumi e.a. (212/80–217/80, EU:C:1981:270), Sofrimport/Commissie (C-152/88, EU:C:1990:259, punten 16 en 17) en Driessen e.a. (C-13/92–C-16/92, EU:C:1993:828, punten 30-35).

29. Onrechtmatige steun kan immers niet worden geacht definitief verworven te zijn en bijgevolg vormt zij geen bestaande situatie, maar een voorlopige situatie, aangezien de Commissie als enig orgaan bevoegd is om te oordelen of de betrokken nationale maatregel rechtmatig dan wel onrechtmatig is, zodat deze maatregel geen „definitieve rechtspositie" heeft kunnen doen ontstaan vóór het besluit van de Commissie. [13]

30. Deze conclusie wordt bevestigd door de rechtspraak van het Hof inzake aangemelde steun.

31. In de punten 51 en 52 van het arrest Commissie/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709) heeft het Hof geoordeeld dat de Commissie een nieuwe regel mag toepassen op alle aanmeldingen van staatssteun die in behandeling zijn, ook ingeval de steun is aangemeld vóór de bekendmaking van die nieuwe regel. Het Hof heeft immers vastgesteld dat de regels, beginselen en criteria voor de beoordeling van de verenigbaarheid van steun die gelden op de datum waarop de Commissie haar besluit betreffende de verenigbaarheid vaststelt, *in beginsel kunnen worden geacht beter te zijn afgestemd op de mededingingsverhoudingen*, en dat de aanmelding van voorgenomen steunmaatregelen slechts een procedurele verplichting is die *niet bepalend kan zijn voor de rechtsregeling die van toepassing is op de aangemelde steunmaatregelen*. Bijgevolg was het Hof van oordeel dat *de aanmelding van steun door een lidstaat geen definitieve rechtssituatie schept*. In dit verband kan volgens mij in casu op analoge wijze de door de Commissie toegepaste regeling (verordening nr. 1370/2007) „worden geacht beter te zijn afgestemd op de mededingingsverhoudingen" en kan daarnaast de omstandigheid dat een lidstaat beslist onrechtmatige steun te verlenen (zonder deze aan te melden) „niet bepalend [...] zijn voor de rechtsregeling die van toepassing is op de aangemelde steunmaatregelen". Het kan immers niet worden uitgesloten dat steun die misschien tien jaar geleden is verleend, vandaag nog een weerslag heeft op de mededinging. Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn bij periodieke exploitatiesteun (zoals in casu), aangezien steun van die aard ertoe kan leiden dat de markt van een concurrent definitief verdwijnt. De wettelijke regeling die van toepassing is op het ogenblik dat de Commissie haar besluit vaststelt, houdt in beginsel beter rekening met dergelijke blijvende gevolgen voor de mededinging.

32. Voorts heeft het Hof in punt 53 van dat arrest geoordeeld dat „[d]e aanmelding van een voorgenomen steunmaatregel of steunregeling door een lidstaat [...] dan ook *geen definitieve rechtssituatie [schept*] die impliceert dat de Commissie zich over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt uitspreekt met toepassing van de regels die gelden op de datum van de aanmelding. De Commissie moet integendeel de regels toepassen die gelden op het tijdstip waarop zij haar beslissing neemt; dit zijn de enige regels aan de hand waarvan de wettigheid van haar desbetreffende beschikking moet worden beoordeeld" (eigen cursivering). Opnieuw ben ik van mening dat de Commissie ook in de onderhavige zaak de regels moest toepassen die golden op het tijdstip waarop zij haar beslissing nam (verordening nr. 1370/2007 in plaats van verordening nr. 1191/69).

33. Tot slot heeft het Hof in punt 54 van het arrest Commissie/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709) geoordeeld dat „[a]nders dan de Freistaat Sachsen betoogt, [...] deze oplossing de lidstaten er niet toe [zal] aanzetten de voorgenomen steunmaatregelen zonder aanmelding dadelijk tot uitvoering te brengen, teneinde onder de dan geldende regeling te vallen. *Zelfs indien de verenigbaarheid van onrechtmatige steun met de gemeenschappelijke markt altijd zou moeten worden beoordeeld op de datum waarop hij is betaald, kunnen de lidstaten* immers *slechts moeilijk alle details van de wijzigingen van de regeling voorzien*. Bovendien kan de toekenning van onrechtmatige steun ertoe leiden dat de lidstaat in kwestie die steun moet terugvorderen en de schade moet vergoeden die

13 — Of vóór de beslissing van de rechter van de Unie wanneer bij hem wordt opgekomen tegen het besluit van de Commissie. De inachtneming van de door het Verdrag vastgestelde procedure zou immers de doorslaggevende factor moeten zijn om te bepalen of een situatie definitief is vastgesteld (bestaande situatie) dan wel of zij nog niet afgesloten is en onderworpen aan regelgevende wijzigingen (voorlopige situatie). Zie Di Bucci, V., en Stobiecka, A., „The Temporal Application of the State Aid Rules" (Werking in de tijd van regels inzake staatssteun), in *EC State Aid Law – Le droit des aides d'État dans la CE – Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, blz. 319. Zie ook blz. 318: „even a national principle of *res judicata* cannot prevent the recovery of State aid granted in breach of Community law" (zie arrest Lucchini, C-119/05, EU:C:2007:434).

is ontstaan wegens de onrechtmatigheid van de steunmaatregel" (eigen cursivering). Het Hof heeft dus geen antwoord gegeven op de vraag of onrechtmatige steun moet worden beoordeeld volgens de regels die gelden op de datum dat deze is betaald, aangezien die zaak betrekking had op de temporele toepassing van regels op aangemelde steun.

34. Daarmee rekening houdend, meen ik dat de redenen die het Hof noemt om aangemelde steun te beoordelen op basis van de regels die gelden op het ogenblik dat de Commissie haar besluit vaststelt en niet op het ogenblik van de aanmelding, a fortiori gelden voor niet-aangemelde (onrechtmatige) steun. Zoals het Hof benadrukt in punt 45 van dat arrest „[is] [d]e in artikel 88, lid 3, EG bedoelde aanmelding van voorgenomen steunmaatregelen [...] een kernelement van de communautaire regeling voor het toezicht op die steun en [kunnen] de ondernemingen die deze steun genieten, [...] geen beroep doen op een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid daarvan, wanneer de steun niet met inachtneming van deze procedure is toegekend". Derhalve zal de beoordeling van de rechtmatigheid van de steun door de Commissie de huidige rechtsgevolgen bepalen van gebeurtenissen in het verleden, met name de verlening van steun zonder voorafgaande aanmelding. [14]

35. Overigens is dit niet alleen de benadering van de Commissie – die van oordeel was dat verordening nr. 1370/2007 de geschikte rechtsgrondslag was voor de beoordeling van niet-aangemelde steun die was verleend vóór 3 december 2009 [15] – maar ook van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA. [16]

c) Kwalificatie van de betrokken steunmaatregel

36. Partijen zijn het erover eens dat voor aangemelde en nog niet betaalde steun (voorgenomen steun) de toepasselijke wettelijke regeling bij het onderzoek dat de Commissie moet verrichten, uitsluitend de regeling is die geldt op het ogenblik dat de Commissie haar besluit vaststelt. Deze kwestie is definitief beslecht in het arrest Commissie/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709, punten 50-52).

37. In de onderhavige zaak staat vast dat de litigieuze maatregelen staatssteun zijn en dat deze steun door de Deense regering aan DSB is betaald zonder aanmelding bij de Commissie. De Deense regering en DSB houden echter vol dat deze betaling rechtmatig was, aangezien de litigieuze maatregelen volgens hen in overeenstemming waren met artikel 14 van verordening nr. 1191/69 en dus krachtens artikel 17, lid 2, van die verordening vrijgesteld waren van aanmelding.

38. De Commissie heeft in haar besluit inderdaad geen uitdrukkelijk standpunt ingenomen over de rechtmatigheid van die betaling van niet-aangemelde steun en het Gerecht in het bestreden arrest overigens evenmin.

39. De Commissie heeft naar aanleiding van een vraag die het Hof haar ter terechtzitting heeft gesteld, verduidelijkt dat indien de steun voldeed aan de voorwaarden voor een groepsvrijstelling onder de oude verordening nr. 1191/69, zoals DSB stelt, zij niet de bevoegdheid zou hebben gehad om het litigieuze besluit vast te stellen. Door het litigieuze besluit vast te stellen heeft de Commissie dus *impliciet* geoordeeld dat de steun onrechtmatig was. Zij heeft de steun niet uitdrukkelijk als

14 — Zie Maxian Rusche, T., en 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, blz. 262.

15 — Zie het litigieuze besluit, maar ook besluit 2011/501/EU van de Commissie van 23 februari 2011 betreffende de door Duitsland toegekende staatssteun in zaak C 58/06 (ex NN 98/05) ten gunste van Bahnen der Stadt Monheim (BSM) en Rheinische Bahngesellschaft (RBG) in het Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (PB L 210, blz. 1).

16 — Besluit nr. 254/10/COL van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA van 21 juni 2010 (AS Oslo Sporveier en AS Sporveisbussene). Tegen dit besluit is op een ander punt opgekomen in zaak E-14/10, konkurrenten.no/Toezichthoudende Autoriteit van de EVA. Volgens Maxian Rusche, T., en Schmidt, S., op. cit., blz. 262, had de Commissie in die periode nog drie andere onderzoeken ingeleid die nog in behandeling waren en die waren ingeleid op basis van verordening nr. 1191/69 maar waarin de beslissing zou worden genomen op basis van verordening nr. 1370/2007, namelijk besluit van 28 november 2007, Duitsland – Emsland, C 54/2007; Steunmaatregel van de staten – Duitsland – Steunmaatregel C 47/07 (ex NN 22/05) – Contract voor openbare dienstverlening tussen Deutsche Bahn Regio en de deelstaten Berlijn en Brandenburg – Uitnodiging overeenkomstig artikel 88, lid 2, van het EG-Verdrag om opmerkingen te maken (PB 2008, C 35, blz. 13), en besluit van 16 april 2008, Tsjechië – C 17/2008, Usti nad Labem.

„onrechtmatig" gekwalificeerd op verzoek van de Deense regering, die, wat deze regering ter terechtzitting heeft bevestigd, wenste te vermijden dat de Deense spoorwegen overeenkomstig het arrest CELF en ministre de la Culture et de la Communication (C-199/06, EU:C:2008:79) eventueel interesten moesten betalen.

40. Niettemin heeft de Deense regering volgens de Commissie de onbevoegdheid van de Commissie niet aangevoerd, hoewel zij dit had kunnen doen. Overtuigender is volgens mij het argument van de Commissie dat de Deense regering zich ertoe heeft verbonden de overcompensatie te corrigeren, bij gebreke waarvan de Commissie de betrokken steun niet zou hebben goedgekeurd. Met andere woorden, de Deense regering kon die verbintenis niet aangaan zonder toe te geven dat de steun niet onder een groepsvrijstelling viel.

d) Bestreden arrest

41. Om te beginnen merk ik op dat het Gerecht in het bestreden arrest, gelet op het belang en de complexiteit van het onderwerp, zeer beknopt is (de analyse beslaat slechts de punten 34-58), zich voor de beslissende vraag slechts baseert op twee arresten van het Gerecht [17] – waarop overigens door de rechtspraak van het Hof [18] is teruggekomen – en niet verduidelijkt in welke zin een lidstaat door artikel 108, lid 3, VWEU te schenden een definitieve rechtssituatie naar Unierecht tot stand zou brengen.

42. In het bestreden arrest (punt 40) oordeelt het Gerecht onder verwijzing naar het arrest SIDE/Commissie (T-348/04, EU:T:2008:109) dat „wat de steun betreft die is betaald zonder te zijn aangemeld, de materiële rechtsregels van toepassing zijn die golden op het ogenblik dat de steun werd betaald, aangezien de uit die steun voortvloeiende voor- en nadelen zijn ontstaan in het tijdvak waarin de betrokken steun is betaald". Deze overweging noopt mij tot de hierna volgende opmerkingen.

43. In de eerste plaats is de vraag niet wanneer de voordelen zijn ontstaan, maar wanneer zij naar Unierecht als definitieve rechtsgevolgen kunnen worden beschouwd, wat volgens mij pas het geval is vanaf het ogenblik dat de Commissie beslist over die gevolgen.

44. In de tweede plaats kan een concurrent, anders dan het Gerecht overweegt, op elk ogenblik de nationale rechter verzoeken die voordelen ongedaan te maken indien er geen aanmelding is geweest. Terloops moet worden opgemerkt dat Andersen zich tot de nationale rechter had kunnen wenden, in plaats van op te komen tegen een „retroactieve" toepassing van verordening nr. 1370/2007 en de omstandigheid dat de Commissie er te lang over heeft gedaan om het litigieuze besluit vast te stellen. De rechter zou de terugbetaling van de steun hebben gelast en zich op dat ogenblik op verordening nr. 1191/69 hebben gebaseerd om na te gaan of de groepsvrijstelling van toepassing was.

45. In de derde plaats is de opvatting dat de verenigbaarheid of onverenigbaarheid van steun met het Unierecht definitief vaststaat wanneer de steun is verleend en gevolgen heeft, onjuist. De omstandigheid dat verstoring van de mededinging inherent is aan het begrip steun, dat een objectief begrip is (arresten Ladbroke Racing/Commissie, T-67/94, EU:T:1998:7, punt 52, en SIC/Commissie, T-46/97, EU:T:2000:123, punt 83), doet er niet aan af dat „de beoordeling van de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt [...] onder de exclusieve bevoegdheid van de Commissie [valt], die daarbij onder toezicht van de gemeenschapsrechter staat", waarbij in de rechtspraak wordt erkend dat de Commissie daarvoor over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt (arrest Unicredito Italiano, C-148/04, EU:C:2005:774, punten 42 en 71). Aangezien de

17 — Namelijk arresten SIDE/Commissie (T-348/04, EU:T:2008:109) en Italië/Commissie (T-3/09, EU:T:2011:27). Zie de punten 40 en 43 van het bestreden arrest.

18 — Zie met name arresten Commissie/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709) en Diputación Foral de Vizcaya e.a./Commissie (C-465/09 P–C-470/09 P, EU:C:2011:372), en beschikking Cantiere navale De Poli/Commissie (C-167/11 P, EU:C:2012:164). Zie dienaangaande de punten 47 e.v. van de onderhavige conclusie.

verenigbaarheid van steun met het Unierecht pas vaststaat door het besluit van de Commissie, onder toezicht van de Unierechter, duurt de situatie nog voort op het ogenblik dat de Commissie haar besluit vaststelt, en zal er rekening moeten worden gehouden met elke wijziging van de juridische context die dateert van vóór dat besluit.[19]

46. In de vierde plaats is het onjuist te stellen dat de voordelen en nadelen die voortvloeien uit de verlening van onrechtmatige staatssteun zijn ontstaan in het tijdvak waarin de betrokken steun is betaald. Zoals advocaat-generaal Alber immers heeft opgemerkt in zijn conclusie in de gevoegde zaken Falck en Acciaierie di Bolzano/Commissie (C-74/00 P en C-75/00 P, EU:C:2002:106, punten 143 en 144) „duurt het effect van onrechtmatige steun voort tot en met de terugbetaling. Zelfs wanneer het voordeel jaren na de toekenning van de steun niet meer direct op de balans van de onderneming is terug te vinden, heeft de steun de concurrentiepositie van de begunstigde in vergelijking met andere ondernemingen die niets hebben gekregen, toch duurzaam versterkt [en] [h]et behoort niet tot de taak van de Commissie terug te gaan naar het tijdstip van de toekenning van de steun en alleen de toenmalige gevolgen te beoordelen. De Commissie dient integendeel de huidige mededinging te beschermen door de (voortdurende) gevolgen van de steun aan de regels te toetsen, die bij de vaststelling van de beschikking toepasselijk zijn".

47. Hoe dan ook ben ik (met de Commissie) van oordeel dat de argumenten waarop het arrest SIDE/Commissie (T-348/04, EU:T:2008:109) en het bestreden arrest zijn gebaseerd, duidelijk zijn afgewezen door het Hof in het arrest Diputación Foral de Vizcaya e.a./Commissie (C-465/09 P–C-470/09 P, EU:C:2011:372), waarin het Hof in de punten 125 tot en met 127 om te beginnen heeft vastgesteld dat de toepassing van nieuwe regels op onrechtmatige steun geen betrekking heeft op een definitief verworven situatie, maar op een nog voortdurende situatie, vervolgens dat een doeltreffende toepassing van het mededingingsbeleid vereist dat de Commissie op elk ogenblik haar beoordeling kan aanpassen aan de eisen van dit beleid, en tot slot dat een lidstaat die een steunregeling niet bij de Commissie heeft aangemeld, niet redelijkerwijze mag verwachten dat die regeling wordt beoordeeld aan de hand van de regels die golden op het ogenblik van de vaststelling ervan.

48. Dit betekent dat de Commissie het recht heeft om nieuwe regels inzake de verenigbaarheid toe te passen wanneer zij steun onderzoekt die is betaald zonder te zijn aangemeld. Hoewel de betrokken zaak de rechtmatigheid betrof van overgangsregels die waren vastgesteld in richtsnoeren van de Commissie, heeft het Hof ter ondersteuning van zijn motivering het arrest Pokrzeptowicz-Meyer (C-162/00, EU:C:2002:57) aangehaald, dat betrekking had op wettelijke bepalingen. Het Gerecht tracht volgens mij in punt 55 van het bestreden arrest dan ook vergeefs het arrest Diputación Foral de Vizcaya e.a./Commissie (C-465/09 P–C-470/09 P, EU:C:2011:372) te isoleren op grond dat het enkel betrekking had op de toepasbaarheid van richtsnoeren.

49. Dezelfde argumenten gelden mutatis mutandis voor het andere arrest waarop het Gerecht zich baseert in punt 40 van het bestreden arrest, namelijk het arrest Italië/Commissie (T-3/09, EU:T:2011:27).[20] In dat arrest, dat overigens betrekking had op aangemelde steun, wordt net zoals in het arrest SIDE/Commissie (T-348/04, EU:T:2008:109) geen rekening gehouden met een bepalende factor die het Hof in de arresten Commissie/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709) en Diputación Foral de Vizcaya e.a./Commissie (C-465/09 P–C-470/09 P, EU:C:2011:372) naar voren brengt, ongeacht of de steun is aangemeld, namelijk dat de situatie die met deze steun samenhangt niet als definitief kan worden aangemerkt zolang de Commissie geen besluit heeft vastgesteld over de verenigbaarheid ervan met de interne markt, en zelfs zolang dat besluit niet definitief is geworden (arrest Spanje/Commissie, C-169/95, EU:C:1997:10, punt 53).

19 — Zie Di Bucci, V., en Stobiecka, A., op. cit., blz. 326.

20 — Met het oog op de onderhavige hogere voorziening zij opgemerkt dat dit arrest in wezen identiek is aan het arrest Cantiere navale De Poli/Commissie (T-584/08, EU:T:2011:26). Deze twee arresten waren het voorwerp van een hogere voorziening, die heeft geleid tot de beschikkingen Cantiere navale De Poli/Commissie (C-167/11 P, EU:C:2012:164) en Italië/Commissie (C-200/11 P, EU:C:2012:165).

50. Wat het argument van Andersen betreft dat hij recht heeft op rechtszekerheid en dus om te weten welke wettelijke regeling van toepassing is op de steun die zijn concurrent heeft ontvangen, kan ermee worden volstaan de rechtspraak van het Hof in herinnering te brengen dat er geen bescherming bestaat ten aanzien van een wijziging van de regels en dus nieuwe regels die van toepassing zijn op situaties die voortduren (zie de rechtspraak aangehaald in punt 15 van de onderhavige conclusie).

e) Conclusie

51. Samengevat kan worden geconstateerd dat de situatie die samenhangt met – al dan niet aangemelde – steun niet als definitief kan worden aangemerkt zolang het besluit van de Commissie over de verenigbaarheid van die steun niet definitief is geworden.

52. Om te beginnen kan immers tot dat ogenblik terugbetaling worden gelast, door de Commissie of door de nationale rechter.

53. Voorts mag een lidstaat die handelt in strijd met de in artikel 108, lid 3, VWEU neergelegde aanmeldingsplicht en opschortingsplicht, niet gunstiger worden behandeld dan een lidstaat die deze verplichtingen in acht neemt. Terecht wordt gesteld dat „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. Tot slot is het duidelijk dat de begunstigde van onrechtmatige steun evenmin hoeft te worden beschermd tegen een wijziging van de materiële regels die de Commissie toepast bij de beoordeling van de verenigbaarheid van die steun.

55. Bijgevolg berust het arrest van het Gerecht op een onjuiste opvatting van het recht doordat het derde middel van Andersen is toegewezen en is geoordeeld dat de verenigbaarheid van niet-aangemelde steun met de interne markt moest worden beoordeeld aan de hand van de regels die golden op het ogenblik van de verlening ervan, zodat het moet worden vernietigd. Ik geef het Hof derhalve in overweging dit in eerste aanleg aangevoerde derde middel ongegrond te verklaren.

56. Wat het eerste en het tweede middel in eerste aanleg betreft (zie punten 20 en 21 van het bestreden arrest), zij vastgesteld dat deze niet in staat van wijzen zijn voor het Hof, met name omdat voor een onderzoek daarvan de gegrondheid van de complexe economische beoordeling door de Commissie moet worden nagegaan, wat aan het Gerecht staat.

B – *Incidentele hogere voorzieningen van DSB en het Koninkrijk Denemarken*

57. Deze twee incidentele hogere voorzieningen betreffen in wezen dezelfde vraag en stemmen dermate overeen dat zij samen moeten worden onderzocht.

1. Samenvatting van de argumenten van partijen

58. DSB voert één middel aan, namelijk dat de mogelijk onterechte toepassing van verordening nr. 1370/2007 door de Commissie geen invloed heeft op de geldigheid van het litigieuze besluit, aangezien de Commissie niet tot een andere slotsom betreffende de verenigbaarheid van de betrokken steun zou zijn gekomen indien zij verordening nr. 1191/69 had toegepast.

21 — Zie Lipinsky, J., op. cit.

59. De Deense regering van haar kant betoogt dat het Gerecht in punt 50 van het bestreden arrest de inhoud van het litigieuze besluit onjuist heeft voorgesteld door te oordelen dat de betrokken steun uitsluitend op basis van verordening nr. 1370/2007 is beoordeeld. Zij voert in wezen dezelfde argumenten aan als DSB.

60. DSB verwijst in het licht van het litigieuze besluit juncto het besluit tot inleiding van de procedure naar de vaste rechtspraak dat een besluit voldoende is gemotiveerd wanneer daarin wordt verwezen naar een document dat reeds in het bezit is van de adressaat van het besluit, en de gegevens bevat waarop de instelling haar beslissing heeft gebaseerd (arrest Bundesverband deutscher Banken/Commissie, T-36/06, EU:T:2010:61, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

61. Voorts stelt DSB dat het Gerecht had moeten oordelen of de uitlegging van verordening nr. 1191/69 door de Commissie en de conclusies die zij daaruit heeft getrokken, juist waren. In dat verband brengt DSB de vaste rechtspraak in herinnering dat een litigieus besluit niet nietig kan worden verklaard op grond van een onjuiste rechtsopvatting wanneer de Commissie hetzelfde besluit zou hebben vastgesteld indien zij geen blijk had gegeven van een onjuiste opvatting (zie met name arrest Falck en Acciaierie di Bolzano/Commissie, C-74/00 P en C-75/00 P, EU:C:2002:524, punt 122).

62. De Deense regering betoogt dat het Gerecht het Unierecht heeft geschonden door in punt 58 van het bestreden arrest geen gevolg te geven aan haar argumenten die ertoe strekten aan te tonen dat de toepassing van verordening nr. 1370/2007 een vormfout was die geen weerslag kon hebben op de inhoud van het litigieuze besluit.

63. Tot slot meent de Deense regering dat de zaak in staat van wijzen is, aangezien het Hof kan oordelen dat het litigieuze besluit niet nietig kon worden verklaard op grond van de omstandigheid dat de Commissie dit had gebaseerd op verordening nr. 1370/2007, daar de voorwaarden voor compensatie in het kader van openbaarvervoercontracten in verordening nr. 1191/69 identiek zijn aan of minder streng zijn dan de voorwaarden in verordening nr. 1370/2007.

64. De Commissie steunt in wezen het betoog van DSB, behoudens de in punt 61 van deze conclusie weergegeven stelling, omdat zij meent dat de betrokken steun in het litigieuze besluit aan de hand van beide verordeningen is onderzocht.

2. Analyse

65. De incidentele hogere voorzieningen betreffen de vraag of de Commissie met het oog op het dispositief van het litigieuze besluit de betrokken steun enkel heeft onderzocht aan de hand van verordening nr. 1370/2007, of ook aan de hand van verordening nr. 1191/69.

66. Volgens Andersen volgt het oordeel van het Gerecht dat de Commissie haar onderzoek enkel op basis van verordening nr. 1370/2007 heeft verricht uit de overwegingen 307, 314, 397 en 398 van het litigieuze besluit en is dit een feitenkwestie die niet door het Hof kan worden beoordeeld.

67. Daarmee ben ik het niet eens, omdat de uitlegging van het litigieuze besluit duidelijk een juridische kwestie is. Uit de overwegingen 304, 307, 314 en 397 van dat besluit volgt echter dat het Gerecht terecht heeft geoordeeld dat de Commissie in dat besluit uitsluitend verordening nr. 1370/2007 heeft toegepast.

68. Het Gerecht heeft terecht geoordeeld dat overweging 398 van het litigieuze besluit (volgens welke toepassing van verordening nr. 1191/69 niet tot een andere conclusie zou hebben geleid) niet volstond om vast te stellen dat de Commissie haar beoordeling op beide verordeningen had gebaseerd, temeer daar aan die vaststelling van de Commissie geen enkel onderzoek aan de hand van die verordening voorafgaat.

69. De Commissie erkent overigens zelf in die overweging dat de materiële regels van verordening nr. 1191/69 slechts „in wezen dezelfde" zijn als die van verordening nr. 1370/2007.

70. Zoals Andersen heeft opgemerkt, kunnen de door DSB aangevoerde arresten niet tot een ander resultaat leiden. Het Gerecht heeft in punt 75 van het arrest González y Díez/Commissie (T-25/04, EU:T:2007:257) geoordeeld dat de betrokken materiële bepalingen „identiek" waren, wat in casu niet het geval is. Wat het arrest Diputación Foral de Álava e.a./Commissie (T-30/01–T-32/01 en T-86/02–T-88/02, EU:T:2009:314) betreft, kan ermee worden volstaan vast te stellen dat het Gerecht in punt 221 heeft onderstreept dat de betrokken steun exploitatiesteun was, die niet verenigbaar kon worden verklaard ingevolge artikel 107, lid 3, onder c), VWEU, los van de toepasselijke richtsnoeren. Het arrest CMA CGM e.a./Commissie (T-213/00, EU:T:2003:76) had geen betrekking op staatssteun maar op een kartel dat hoe dan ook in strijd was met artikel 101, lid 1, VWEU.

71. De verwijzing naar het besluit tot inleiding van de procedure doet daar niets aan af, aangezien de Commissie daarin enkel de argumenten van partijen uiteenzet en opmerkt dat zij twijfels heeft over de gegrondheid van het betoog van DSB en de Deense regering. De door DSB aangevoerde rechtspraak van het Gerecht die wordt aangehaald in punt 60 van deze conclusie, is dus niet relevant.

72. Om de vaststelling van de Commissie dat toepassing van verordening nr. 1191/69 niet tot een andere conclusie dan die van het litigieuze besluit zou hebben geleid, te bevestigen, had het Gerecht de betrokken steun zelf aan die verordening moeten toetsen, waartoe het niet bevoegd is in het kader van een beroep tot nietigverklaring.

73. Gelet op een en ander moeten de incidentele hogere voorzieningen van DSB en het Koninkrijk Denemarken worden afgewezen.

V – **Conclusie**

74. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging:

— het arrest van het Gerecht van de Europese Unie Andersen/Commissie (T-92/11, EU:T:2013:143) te vernietigen;

— het in eerste aanleg aangevoerde derde middel ongegrond te verklaren en de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht van de Europese Unie voor een onderzoek van het eerste en het tweede middel in eerste aanleg;

— de incidentele hogere voorzieningen van Danske Statsbaner (DSB) en het Koninkrijk Denemarken af te wijzen;

— de beslissing omtrent de kosten van beide procedures aan te houden.