Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MELCHIOR WATHELET
föredraget den 21 maj 2015 [1]

Mål C-303/13 P

Europeiska kommissionen
mot

Jørgen Andersen

”Överklagande — Statligt stöd — Stöd som de danska myndigheterna beviljat det offentliga företaget Danske Statsbaner (DSB) — Avtal om allmän trafikplikt avseende tillhandahållande av persontrafik på järnväg mellan Köpenhamn (Danmark) och Ystad (Sverige) — Beslut som förklarar stödet förenligt med den inre marknaden på vissa villkor — Tillämpningen i tiden av materiella rättsregler”

1. Europeiska kommissionen har i första hand yrkat att domstolen ska upphäva den dom som meddelades av Europeiska unionens tribunal i målet Andersen/kommissionen (T-92/11, EU:T:2013:143) (nedan kallad den överklagade domen), genom vilken tribunalen delvis ogiltigförklarade kommissionens beslut om avtal om trafiktjänster på grund av allmän trafikplikt mellan det danska transportministeriet och Danske Statsbaner [2], och ogillade yrkandet om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet. Kommissionen har i andra hand yrkat att domstolen ska underkänna den tredje grunden som sökanden åberopade i första instans och återförvisa målet till tribunalen. Detta överklagande avser tillämpningen i tiden av materiella bestämmelser om statligt stöd och åskådliggör hur komplext detta område är. Överklagandet rör i synnerhet frågan huruvida det oanmälda statliga stöd som det är fråga om i förevarande mål, när det gäller åren 2002–2008, omfattas av en situation som etablerades tidigare, såsom tribunalen slog fast, eller av en pågående situation, såsom förordats av kommissionen. Danske Statsbaner (DSB) (nedan kallade DSB) och Konungariket Danmakr har med sina anslutningsöverklaganden yrkat att domstolen ska upphäva den överklagade domen.

I – **Bakgrund till tvisten**

2. Jørgen Andersen bedriver transportverksamhet med buss i Danmark och utomlands, under firmanamnet Gråhundbus v/Jørgen Andersen. Han tillhandahåller bland annat en trafikförbindelse mellan Köpenhamn (Danmark) och Ystad (Sverige), vilken passerar via ön Bornholm (Danmark). DSB är Danmarks traditionella järnvägsföretag. Vid tidpunkten för omständigheterna i målet var DSB helägt av den danska staten och bedrev endast persontrafik på järnväg och tillhandahöll kringtjänster.

3. Sedan DSB:s monopol avskaffades den 1 januari 2000, finns det i Danmark två system för drift av persontrafik på järnväg – dels fri trafik som bedrivs på kommersiell basis, dels allmän trafik som regleras av avtal om allmän trafikplikt, i vilka det kan föreskrivas att ersättning ska utgå för de förbindelser som trafikeras.

1 — Originalspråk: franska

2 — Beslut 2011/3/EU av den 24 februari 2010 (statligt stöd C-41/08 [f.d. NN 35/08]) (EUT L 7, s. 1) (nedan kallat det omtvistade beslutet).

4. Under perioden 2000–2004 hade DSB ett avtal om allmän trafikplikt avseende fjärr- och regionaltrafik. Från och med den 15 december 2002, omfattade detta avtal även förbindelsen mellan Köpenhamn och Ystad, som tidigare hade trafikerats inom systemet med fri trafik. För perioden 2005–2014 skrevs ett nytt avtal med DSB om allmän trafikplikt avseende fjärr- och regionaltrafik. Detta avtal omfattade även internationella förbindelser med Tyskland och förbindelsen mellan Köpenhamn och Ystad.

5. Till följd av två klagomål, varav det ena från Jørgen Andersen, gällande de avtal om allmän trafikplikt som hade tecknats med DSB, beslutade kommissionen den 10 september 2008 att inleda det formella granskningsförfarandet enligt artikel 88.2 EG (nedan kallat beslutet att inleda förfarandet). Detta förfarande utmynnade i att kommissionen den 24 februari 2010 antog det omtvistade beslutet. Artikel 1 i detta beslut har följande lydelse:

”De avtal om allmän trafikplikt som ingåtts mellan det danska transportministeriet och [DSB] utgör statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 [FEUF] [och, 2)].

Detta statliga stöd är förenligt med den inre marknaden enligt artikel 93 [FEUF], under förutsättning att villkoren i artiklarna 2 och 3 nedan uppfylls.”

II – **Förfarandet vid tribunalen och den överklagade domen**

6. Jørgen Andersen åberopade tre grunder till stöd för sin talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet. Som första grund gjorde han gällande att kommissionen hade gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att hävda att den danska regeringen inte hade gjort en uppenbart oriktig bedömning när den kvalificerade förbindelsen Köpenhamn–Ystad som en allmän tjänst och införlivade den i systemet med avtal om allmän trafikplikt. I den andra grunden anfördes att kommissionen hade gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att, med hänvisning till den aktieutdelning som DSB gjort till sin aktieägare danska staten, besluta att inte återkräva den oförenliga överkompensation som betalats ut till DSB. Såvitt avser den tredje grunden gjorde Jørgen Andersen gällande att kommissionen hade gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att tillämpa förordning (EG) nr 1370/2007[3], som enligt Jørgen Andersen inte var tillämplig i tidsmässigt hänseende, istället för den enligt honom tidsmässigt tillämpliga förordningen (EEG) nr 1191/69[4]. Tribunalen biföll talan såvitt avsåg den tredje grunden och ogiltigförklarade följaktligen artikel 1 andra stycket i det omtvistade beslutet.

III – **Förfarandet vid domstolen**

7. Genom beslut av domstolens ordförande den 3 april 2014 tilläts Dansk Tog, en förening bildad enligt dansk rätt med säte i Köpenhamn, att intervenera till stöd för Jørgen Andersens yrkanden. Kommissionen, Jørgen Andersen, Dansk Tog, konungariket Danmark och DSB avgav sina yttranden vid förhandlingen den 10 mars 2015 (de två sistnämnda intervenerade även vid tribunalen till stöd för kommissionens yrkanden).

3 — Europaparlamentets och rådets förordning av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1170/70 (EUT L 315, s. 1).

4 — Rådets förordning av den 26 juni 1969 om medlemsstaternas åtgärder i fråga om allmän trafikplikt på järnväg, väg och inre vattenvägar (EGT L 156, s. 1; svensk specialutgåva, område 7, volym 1, s. 64).

IV – **Bedömning**

A – *Kommissionens överklagande*

8. Det ska inledningsvis påpekas att DSB och den danska regeringen har inkommit med vardera två identiska inlagor. De första betecknade ”svarsinlaga” och de andra betecknade ”anslutningsöverklagande”. Mot bakgrund av att samtliga inlagor avser att den överklagade domen ska upphävas, måste det konstateras att svarsinlagorna ska avvisas, eftersom de inte, såsom föreskrivs i artikel 174 i domstolens rättegångsregler, avser att överklagandet ska bifallas, avvisas eller ogillas. DSB:s och den danska regeringens argumentation kommer jag således att redogöra för endast i de avsnitt som rör deras respektive anslutningsöverklaganden.

1. Sammanfattning av parternas argument

9. Kommissionen anser inte att den omständigheten att bedömningen av stödet i fråga baserades på förordning nr 1370/2007 innebär att det gjordes en retroaktiv tillämpning av förordningen, utan tillämpningen skedde i överensstämmelse med principen om omedelbar tillämpning.

10. Jørgen Andersen har anfört att rättsregler i princip inte kan tillämpas retroaktivt, men att lagstiftaren i undantagsfall kan ge en rättsakt retroaktiv verkan. Ett stöd som det som är aktuellt i förevarande mål syftar till att stödja en viss verksamhet som, i avsaknad av stöd, skulle vara förlustbringande och därför sannolikt inte skulle drivas vidare. Under dessa förhållanden är den mest ändamålsenliga bestämmelsen den som var tillämplig vid tidpunkten då stödet betalades ut och gav upphov till effekter på konkurrensen (något som enligt Jørgen Andersen också följer av rättspraxis avseende olagligt stöd).

11. Dansk Tog menar att frågan om vilka bestämmelser som är tillämpliga i tidsmässigt hänseende, för att undvika godtycklighet, måste avgöras utifrån den enda objektiva faktorn, nämligen den tidpunkt då stödet betalades ut och gav upphov till effekter på marknaden. Det kriterium som kommissionen förordat ger den möjlighet att godtyckligt besluta om vilken rättsakt som är tillämplig genom att påskynda eller fördröja sitt beslut. Dansk Tog är för övrigt inte övertygat om att en tillämpning av förordning nr 1191/69 skulle ha gett upphov till samma resultat som tillämpningen av förordning nr 1370/2007.

2. Bedömning

a) Rättspraxis avseende tillämpningen i tiden av materiella bestämmelser

12. Det är först och främst viktigt att skilja retroaktivitet (”echte Rückwirkung”)[5] från omedelbar tillämpning (”unechte Rückwirkung”).

5 — En retroaktiv tillämpning kan strida mot de allmänna principerna om skydd för berättigade förväntningar och rättssäkerhet. Vad gäller den sistnämnda principen, se V. Skouris, ”La sécurité juridique dans l’ordre juridique communautaire”, i *Mélanges Michael P. Stathopoulos (Timitikos tomos Mich. P. Stathopoulou)*, Volym II, Athènes-Komotini, 2010, s. 2507. Se i detta sammanhang, till exempel, Lipinsky, J., ”Man of Steel? The General Court and the Principle of Legal Certainty: Annotation on the Judgement in Case T-308/00 RENV, Salzgitter AG”, *European State Aid Quarterly*, 2/2014, s. 368.

13. Vidare är det nödvändigt att göra en distinktion mellan å ena sidan tillämpningen av en ny bestämmelse på de framtida verkningarna av en situation som uppkommit medan den äldre bestämmelsen var i kraft (”interimssituation”) [6] och å andra sidan tillämpningen av denna bestämmelse på en situation som slutgiltigt etablerades medan den äldre bestämmelsen var i kraft (”befintlig situation”).

14. Domstolen har sedan mycket länge framhållit att ”enligt en allmänt erkänd princip, ska en lag om ändring av en lagbestämmelse, om inget undantag medges, vara tillämplig på framtida verkningar av en situation som uppkommit under den äldre bestämmelsens giltighetstid”. [7]

15. Vidare ”[ska det] erinra[s] … om att även om principen om skydd för berättigade förväntningar är en del av gemenskapens grundläggande principer, framgår det av fast rättspraxis att denna princip inte får utsträckas så långt att den allmänt hindrar att en ny reglering tillämpas på de framtida verkningarna av situationer som har uppkommit när den tidigare regleringen gällde” (se bland annat dom Butterfly Music, C-60/98, EU:C:1999:333, punkt 25).

16. Som ett exempel på en interimssituation kan nämnas omständigheterna i det mål som gav upphov till domen Gemeinde Altrip m.fl. (C-72/12, EU:C:2013:712, punkt 22), där fråga var om en miljökonsekvensbedömning. Myndigheterna hade påbörjat denna utredning när äldre bestämmelser var i kraft, men unionsrätten hade gett icke-statliga organisationer en ny rätt att få denna typ av utredning prövad. Domstolen slog fast att den nya bestämmelsen var omedelbart tillämplig på den aktuella situationen.

17. Ett annat exempel på en interimssituation som jag kan referera till är de omständigheter som domstolen hade att bedöma i målet Bauche och Delquignies (96/77, EU:C:1978:26). [8] Målet gällde avtal som ingåtts inom sockersektorn när en äldre bestämmelse var i kraft. För att kunna exportera sockret behövde bolaget en exportlicens som endast kunde utfärdas inom ramen för den nya bestämmelsen. Domstolen slog fast att den nya bestämmelsen skulle tillämpas, trots att avtalen i fråga hade ingåtts när den äldre bestämmelsen var i kraft.

18. Däremot, vad gäller befintliga situationer eller, för att använda domstolens uttryck, ”rättslig[a] situation[er] [som] slutgiltigt har fastställts” (dom kommissionen/Freistaat Sachsen, C-334/07 P, EU:C:2008:709, punkt 53), har domstolen funnit att ”de materiella gemenskapsbestämmelserna ska tolkas så, att de avser situationer som har inträffat innan de trädde i kraft endast i den mån det av deras lydelse, syfte eller struktur klart framgår att de ska ges en sådan verkan, detta för att säkerställa att rättssäkerhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar iakttas”(dom GruSa Fleisch, C-34/92, EU:C:1993:317, punkt 22).

19. Som ett exempel på en befintlig situation, nämnde kommissionen vid förhandlingen registreringen av ett varumärke. I den stund som detta beslut fattas av ett unionsorgan (se dom Bavaria, C-120/08, EU:C:2010:798), fastställs slutgiltigt den rättsliga situation som uppstod till följd av detta beslut. Detsamma gäller för ett beslut om fastställande av tulltaxa som fattas av de behöriga myndigheterna, som när det gäller målet som gav upphov till domen Molenbergnatie (C-201/04, EU:C:2006:136) var den tyska tullmyndigheten.

6 — Uttrycket interimssituation används till exempel i domen Ferriere Nord/kommissionen (T-176/01, EU:T:2004:336, punkt 139), för att skilja de två situationerna åt. Detta uttryck kan även användas för att beskriva motsatsen till en situation som ”redan är etablerad”.

7 — Dom Westzucker (1/73, EU:C:1973:78). Detta trots att generaladvokaten Roemer i sitt förslag till avgörande i detta mål hade bedömt att ”det inte finns någon allmän princip enligt vilken bestämmelser om ändring av offentligrättsliga bestämmelser som princip ska tillämpas omedelbart på situationer som ännu inte slutgiltigt fastställts, till och med när det saknas en uttrycklig bestämmelse härom” (se hans förslag till avgörande i målet Westzucker, 1/73, EU:C:1973:61, s. 737). Se även dom Singer, även kallad Hessische Knappschaft (44/65, EU:C:1965:122, s. 1200) och dom Licata/CES (270/84, EU:C:1986:304, punkt 31).

8 — Se även dom Duchon (C-290/00, EU:C:2002:234, punkt 21 och följande punkter) och dom Balazs (C-401/13 och C-432/13, EU:C:2015:26, punkt 30 och följande punkter).

20. Såsom generaladvokaten Cosmas har påpekat i sitt förslag till avgörande i målet Andersson och Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:9, punkt 58), ”bör man i varje enskilt fall ta reda på vid vilken tidpunkt ett rättsförhållande slutgiltigt fixerats, eftersom detta kriterium är avgörande för valet av tillämplig rättsregel. I detta sammanhang är det inte utan intresse att pröva rättsförhållandenas tidsdimension och att särskilt göra en distinktion mellan övergående förhållanden och kontinuerliga förhållanden. I det första fallet uppstår och fixeras förhållandet vid en och samma tidpunkt, varför det är mycket enkelt att avgöra vilken regel som är tillämplig. I det andra fallet går det viss tid mellan det att förhållandet uppkommer och att det fixeras, och det är troligt att förändringar under mellantiden inträffat i den materiella rätten, vilket kan leda till ett felaktig val av rättslig grund. I vilket fall som helst är det viktigaste, såsom jag redan påpekat, att ta reda på vilken regel som gällde när rättsförhållandet slutgiltigt fixerades.”

b) Tillämpningen på statligt stöd

21. Artikel 88.3 sista meningen EG (nu artikel 108.3 sista meningen FEUF) ”grundas … på det bevarande ändamålet att säkerställa att ett oförenligt stöd aldrig skall verkställas. Detta ändamål uppnås till en början tillfälligt genom det förbud som föreskrivs i artikeln och därefter i ett senare skede definitivt genom kommissionens slutgiltiga beslut vilket, när det är negativt, utgör ett framtida hinder för genomförandet av det anmälda stödprojektet” (dom CELF och ministre de la Culture et de la Communication, C-199/06, EU:C:2008:79, punkt 47). Enligt punkt 48 i samma dom är ”[s]yftet med det sålunda organiserade förebyggandet … att endast förenliga stöd skall verkställas. För att uppnå detta syfte skjuts genomförandet av ett stödprojekt upp till dess att tveksamheten avseende dess förenlighet har klarats ut genom kommissionens slutgiltiga beslut.”

22. På samma sätt innebär genomförandeförbudet i artikel 108.3 tredje meningen FEUF, att när nationella stödåtgärder genomförs i strid med detta förbud blir den rättsliga följden att stödåtgärderna är olagliga (se bland annat dom Residex Capital IV, C-275/10, EU:C:2011:814, punkt 28).

23. Dessutom, ”[e]tt beslut av kommissionen att en stödåtgärd som inte anmälts är förenlig med den gemensamma marknaden innebär inte att rättsakter om genomförande – som när de antogs var ogiltiga på grund av att det förbud som anges i artikel 88.3 sista meningen EG åsidosatts – blir giltiga i efterhand, eftersom den direkta effekten av artikel 88.3 sista meningen EG i annat fall skulle inskränkas och enskildas intressen, vilka det är de nationella domstolarnas uppgift att säkerställa, skulle åsidosättas. Varje annan tolkning skulle leda till att ett åsidosättande från den berörda medlemsstatens sida av denna bestämmelse skulle kunna löna sig, och detta skulle beröva denna bestämmelse dess ändamålsenliga verkan … [O]m underlåtenheten att iaktta artikel 88.3 EG för en viss stödplan, oavsett om stödplanen var förenlig med den gemensamma marknaden eller ej, inte medförde någon större risk eller någon strängare sanktionsåtgärd än vad som är fallet om denna bestämmelse iakttas, skulle medlemsstaternas incitament att anmäla och avvakta ett beslut om förenligheten minskas kraftigt. Detta skulle i sin tur innebära att kommissionens kontrollmöjligheter minskade i motsvarande mån” (dom Transalpine Ölleitung in Österreich, C-368/04, EU:C:2006:644, punkterna 41 och 42 och där angiven rättspraxis).

24. Kommissionen har med rätta påpekat att om en medlemsstat inte kan förvänta sig att kunna fastställa ramen inom vilken bedömningen av dess planerade stöd kommer att ske, ens om den respekterar bestämmelserna och inom den föreskrivna tiden anmäler sina planerade stödåtgärder, hur skulle den då kunna uppnå detta genom att ignorera dessa bestämmelser och genomföra stödet innan det anmäls till kommissionen i avsikt att få ett förhandstillstånd? Enligt en fast och konsekvent princip för kontroll av statligt stöd, kan en medlemsstat som agerar i strid med skyldigheten att anmäla och avvakta, som följer av artikel 108.3 FEUF, inte behandlas mer förmånligt än en medlemsstat som

respekterar dessa skyldigheter.[9]

25. Nationella domstolar saknar behörighet att avgöra frågor om stödåtgärders förenlighet enligt artikel 107.2 FEUF och 107.3 FEUF med den inre marknaden. Denna slutliga bedömning omfattas av den exklusiva behörighet som tillkommer kommissionen (se, exempelvis, dom Residex Capital IV (C-275/10, EU:C:2011:814, punkt 27). Det förhåller sig emellertid annorlunda med genomförandeförbudet i artikel 108.3 tredje meningen FEUF. Detta förbud är nämligen omedelbart tillämpligt (dom Transalpine Ölleitung in Österreich, C-368/04, EU:C:2006:644, punkt 41). Det är därför som den nationella domstolen är skyldig att, till exempel, besluta att stödmottagarna ska återbetala ett olagligt stöd (dom Residex Capital IV, C-275/10, EU:C:2011:814, punkterna 33–36). Genomförandeförbudet kan sålunda medföra negativa konsekvenser för den enskilde, även om domstolen ibland har understrukit i sin praxis att de nationella domstolarna ska ”tillförsäkra” enskilda att följderna av ett åsidosättande av genomförandeförbudet beaktas fullt ut.[10]

26. Det ankommer emellertid på de nationella domstolarna att på att allmänt och heltäckande sätt respektera genomförandeförbudet (dom Residex Capital IV, C-275/10, EU:C:2011:814, punkt 29) och därvid fullt ut beakta unionsintresset (dom Transalpine Ölleitung in Österreich, C-368/04, EU:C:2006:644, punkt 48). Av den anledningen ska den nationella domstolen inte enbart säkerställa skyddet för enskildas rättigheter, utan göra allt för att i den nationella rätten genomföra genomförandeförbudet i artikel 108.3 tredje meningen FEUF.[11] Detta förbud skulle därför också kunna anföras i samband med ett överklagande som avser utökat utnyttjande av en icke-anmäld stödåtgärd, för att på så sätt förhindra att kretsen av mottagare av olagligt stöd utvidgas (se, för ett liknande resonemang, dom Transalpine Ölleitung in Österreich, C-368/04, EU:C:2006:644, punkt 49).

27. Faktum är att ”anmälan av statligt stöd är en central beståndsdel i gemenskapslagstiftningen avseende kontroll av sådant stöd och … de företag som mottar ett stöd … kan [inte] åberopa berättigade förväntningar på att stödet är lagligt om det inte har beviljats med iakttagande av detta förfarande” (dom kommissionen/Salzgitter, C-408/04 P, EU:C:2008:236, punkt 104 och där angiven rättspraxis).

28. Sammanfattningsvis kan det konstateras att det enligt rättspraxis[12] förvisso är riktigt att begränsningarna vad gäller omedelbar tillämplighet av materiella bestämmelser är ägnade att värna om principerna om rättssäkerhet och skydd för berättigade förväntningar. Dessa begränsningar är emellertid inte relevanta när det gäller olagligt stöd (eller anmält stöd fram till tidpunkten då kommissionen godkänner stödet). Inom systemet för kontroll av statligt stöd, och i linje med detta systems logik, är det uppenbart att situationen inte är definierad omedelbart och slutgiltigt genom anmälan eller beviljande av stödet, utan det rör sig om en öppen situation fram till dess att ett beslut fattas av unionsinstitutionerna.

9 — Se bland annat dom Frankrike/kommissionen (C-301/87, EU:C:1990:67, punkt 11) och dom Regione autonoma della Sardegna m.fl./kommissionen (T-394/08, T-408/08, T-453/08 och T-454/08, EU:T:2011:493, punkt 91).

10 — Se bland annat dom Adria-Wien Pipeline och Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, punkt 27).

11 — Se generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i målet Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, EU:C:2009:420, punkterna 119–122).

12 — Se, bland annat, dom CNTA/kommissionen (74/74, EU:C:1975:59, punkterna 33–43); dom Meridionale Industria Salumi m.fl. (212/80–217/80, EU:C:1981:270); dom Sofrimport/kommissionen (C-152/88, EU:C:1990:259, punkterna 16 och 17), samt dom Driessen m.fl. (C-13/92–C-16/92, EU:C:1993:828, punkterna 30–35.

29. Ett olagligt stöd kan inte anses ha blivit slutgiltigt förvärvat och situationen är följaktligen inte befintlig utan det rör sig om en interimssituation. Kommissionen är nämligen ensam behörig att avgöra huruvida den nationella åtgärden i fråga är laglig eller olaglig, varför denna åtgärd inte kan ha genererat en ”rättslig situation som slutgiltigt har fastställts” före kommissionens beslut.[13]

30. Domstolens rättspraxis vad gäller anmält statligt stöd bekräftar denna slutsats.

31. Domstolen har slagit fast, i punkterna 51 och 52 i domen kommissionen/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709), att kommissionen kan tillämpa en ny bestämmelse på alla anhängiggjorda anmälningar om statligt stöd, även i de fall där anmälan gjordes innan offentliggörandet av denna nya bestämmelse. Domstolen fann att de bestämmelser, principer och granskningskriterier för bedömningen av om ett statligt stöd är förenligt med den gemensamma marknaden som gäller då kommissionen fattar sitt beslut, *i princip kan anses bättre anpassade till konkurrenssituationen*. Domstolen fann vidare att anmälan av planerade stöd endast är en processuell skyldighet som *inte kan vara avgörande för vilka bestämmelser som ska tillämpas på det stöd* som anmälan avser. Följaktligen slog domstolen fast att *en medlemsstats anmälan av ett planerat stöd inte innebär att en rättslig situation slutgiltigt har fastställts*. I förevarande mål, med ett analogt resonemang, kan man enligt min mening konstatera att de bestämmelser som kommissionen tillämpade (förordning nr 1370/2007) kan ”anses bättre anpassade till konkurrenssituationen”, och att den omständigheten att en medlemsstat beslutar att bevilja ett olagligt stöd (ett oanmält stöd) ”inte kan vara avgörande för vilka bestämmelser som ska tillämpas på det stöd som anmälan avser”. Man kan nämligen inte utesluta att ett stöd som betalades ut så långt tillbaka som för tio år sedan fortfarande skulle kunna inverka på konkurrensen i dag. Så vore exempelvis fallet med ett periodiskt driftstöd (som i förevarande mål), eftersom ett sådant stöd kan medföra att en konkurrent definitivt försvinner från marknaden. En sådan bestående inverkan på konkurrensen hanteras, i princip, lämpligast genom den lagstiftning som är i kraft vid tidpunkten då kommissionen fattar sitt beslut.

32. I punkt 53 i denna dom konstaterade domstolen vidare att ”[e]n medlemsstats anmälan av ett planerat stöd eller en planerad stödordning … följaktligen *inte [innebär] att en rättslig situation slutgiltigt har fastställts* som innebär att kommissionen ska ta ställning till stödets eller stödordningens förenlighet med den gemensamma marknaden utifrån de bestämmelser som gäller vid tiden för denna anmälan. Det ankommer däremot på kommissionen att tillämpa de bestämmelser som gäller då beslut meddelas. Rättsenligheten av det beslut som kommissionen fattar i detta hänseende ska endast bedömas utifrån dessa bestämmelser” (min kursivering). Återigen, jag anser att kommissionen även i förevarande fall skulle ha tillämpat de bestämmelser som gällde då beslutet meddelades (förordning nr 1370/2007 och inte förordning nr 1191/69).

33. Slutligen, i punkt 54 i domen kommissionen/Freistaat Sachsen (C-334/0 P, EU:C:2008:709), slog domstolen fast att ”[i] motsats till vad Freistaat Sachsen har hävdat är denna lösning inte ägnad att ge medlemsstaterna ett incitament att omedelbart och utan föregående anmälan genomföra planlagt stöd för att kunna dra nytta av de bestämmelser som gäller vid tiden för detta genomförande. *Även under antagande av att ett olagligt stöds förenlighet med den gemensamma marknaden i samtliga fall bedöms utifrån förhållandena vid den tid då stödet betalades ut, kan medlemsstaterna i själva verket endast med svårighet i detalj förutse ändringarna av gällande bestämmelser*. Beviljande av ett olagligt stöd kan dessutom medföra att den medlemsstat som har utbetalat stödet måste återkräva detta och

13 — Eller ens före ett avgörande från unionsdomstolarna om kommissionens beslut har överklagats. Faktum är att frågan huruvida det förfarande som fastställts i fördraget har följts måste vara den avgörande faktorn för att bedöma om en situation är slutgiltigt fastställd (befintlig situation) eller om den fortfarande är öppen och avhängig eventuella regeländringar (interimssituation). Se V. Di Bucci och A. Stobiecka, ”The Temporal Application of the State Aid Rules” (Tillämpningen i tiden av bestämmelser om statligt stöd) i *EC State Aid Law – Le droit des aides d'Etat dans la CE – Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Alphen an den Rijn, Kluwer Law International, 2008, s. 319. Se även s. 318, ”even a national principle of *res judicata* cannot prevent the recovery of State aid granted in breach of Community law” (se dom Lucchini, C-119/05, EU:C:2007:434).

betala ersättning för skada som orsakats av att stödet är olagligt" (min kursivering). Målet i fråga gällde bestämmelsernas tillämpning i tiden på stöd som hade anmälts. Domstolen lämnade sålunda frågan huruvida ett olagligt stöd ska bedömas enligt de bestämmelser som gäller det datum då stödet utbetalats öppen.

34. Med beaktande av det ovanstående, anser jag att domstolens argument för att ett anmält stöd ska bedömas enligt de bestämmelser som gällde vid tidpunkten för kommissionens beslut och inte vid tidpunkten för anmälan, är än mer relevanta vad gäller ett stöd som inte har anmälts (olagligt stöd). Domstolen underströk i punkt 45 i nämnda dom att "[a]nmälan av planerat statligt stöd, såsom föreskrivs i artikel 88.3 EG, är en central beståndsdel i gemenskapslagstiftningen avseende kontroll av sådant stöd, och de företag som mottar ett stöd kan inte åberopa berättigade förväntningar på att stödet är lagligt om det inte har beviljats med iakttagande av detta förfarande." Således är det kommissionens bedömning av huruvida ett stöd är lagligt som avgör de aktuella rättsliga följderna av tidigare händelser, bland annat beviljande av stöd innan föregående anmälan. [14]

35. Det är för övrigt inte endast kommissionen – som har beslutat att förordning nr 1370/2007 utgör den rättsliga grunden för att bedöma oanmält stöd som beviljats före den 3 december 2009 [15] – utan även EFTAs övervakningsmyndighet som har antagit detta synsätt. [16]

c) Bedömning av den aktuella stödåtgärden

36. Parterna är eniga om att när det gäller stöd som anmälts och ännu inte betalats ut (planerade stöd), ska den granskning som kommissionen ska utföra baseras uteslutande på den lag som är tillämplig vid tidpunkten då den antar sitt beslut. Denna fråga har avgjorts slutgiltigt genom domen kommissionen/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709, punkterna 50–52).

37. I förevarande mål är det klarlagt att de omtvistade åtgärderna utgör statligt stöd och att stöden har betalats ut av den danska regeringen till DSB utan föregående anmälan till kommissionen. Den danska regeringen och DSB vidhåller emellertid att dessa utbetalningar var lagliga, eftersom de omtvistade åtgärderna enligt dem var i överensstämmelse med artikel 14 i förordning nr 1191/69 och därför undantagna från anmälningsplikten enligt artikel 17.2 i samma förordning.

38. Det stämmer att kommissionen i sitt beslut inte uttryckligen tog ställning till frågan huruvida dessa utbetalningar var lagliga (något som för övrigt inte heller gjordes i den överklagade domen).

39. Som svar på en fråga från domstolen till kommissionen vid förhandlingen, förklarade kommissionen att om stödet hade uppfyllt kriterierna för gruppundantag enligt den tidigare förordningen nr 1191/69, såsom DSB påstod, hade kommissionen saknat behörighet att anta det omtvistade beslutet. Genom att anta det omtvistade beslutet måste kommissionen således *underförstått* ha ansett att stödet var olagligt. Kommissionen ska ha avstått från att uttryckligen förklara stödet olagligt på en förfrågan av den danska regeringen som, vilket den bekräftade vid förhandlingen, ville undvika att de danska järnvägsbolagen ålades att betala eventuell ränta, på grund av domen i målet CELF och ministre de la culture et de la Communication (C-199/06, EU:C:2008:79).

14 — Se Maxian Rusche, T., och 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, s. 262.

15 — Se det omtvistade beslutet, men även kommissionens beslut 2011/501/EU av den 23 februari 2011 om det statliga stöd C-58/06 (f.d. NN 98/05) som Tyskland har genomfört till förmån för Bahnen der Stadt Monheim (BSM) och Rheinische Bahngesellschaft (RBG) i Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (EUT L 210, s. 1)

16 — Beslut av EFTAs övervakningsmyndighet 254/10/COL av den 21 juni 2010 beträffande AS Oslo Sporveier och AS Sporveisbussene. Detta beslut överklagades på en annan punkt i mål E-14/10, konkurrenten.no/EFTA Surveillence Authority. Enligt Maxian Rusche och Schmidt, ovan, s. 262, fanns det vid kommissionen vid den tidpunkten ytterligare tre pågående utredningar som inletts på grundval av förordning nr 1191/69 men som sedan kom att avgöras på grundval av förordning nr 1370/2007: beslut av den 28 november 2007, Tyskland – Emsland, C-54/07, beslut Statligt stöd – Tyskland – Statligt stöd C-47/07 (ex NN 22/05) – Avtal om allmänna trafiktjänster mellan Deutsche Bahn Regio och delstaterna Berlin och Brandenburg – Uppmaning att inkomma med synpunkter enligt artikel 88.2 i EG-fördraget (EUT C 35, 2008, s. 13), och beslut av den 16 april 2008, republiken Tjeckien – C-17/08, Usti nad Labem.

40. Av den anledningen, menar kommissionen, avstod den danska regeringen från möjligheten att göra gällande kommissionens bristande behörighet. På ett mer övertygande sätt, enligt min mening, har kommissionen understrukit att den danska regeringen gjorde ett åtagande gentemot kommissionen innebärande att den skulle korrigera överkompensationen. Utan detta åtagande skulle kommissionen inte ha godkänt stödet i fråga. Med andra ord kunde den danska regeringen inte ha gjort detta åtagande utan att erkänna att stödet inte omfattades av ett gruppundantag.

d) Den överklagade domen

41. Jag noterar inledningsvis att med tanke på hur angelägen och komplex denna fråga är, framstår den överklagade domen som mycket kortfattad (bedömningen ryms i punkterna 34–58). I den avgörande frågan grundar den sig endast på två domar från tribunalen [17], vilka dessutom har ifrågasatts i domstolens rättspraxis [18], och det förklaras inte hur en medlemsstat, genom att åsidosätta artikel 108.3 FEUF, skulle kunna framkalla en slutgiltigt fastställd rättslig situation.

42. I den överklagade domen (punkt 40) konstaterar tribunalen, med hänvisning till domen SIDE/kommissionen (T-348/04, EU:T:2008:109) följande: ”När det rör sig om stöd som har betalats ut utan att ha anmälts, är materiella bestämmelser som var i kraft när stödet utbetalades tillämpliga, eftersom de fördelar som följer av ett sådant stöd uppkommer under den period då det aktuella stödet betalas ut.” Denna del av domen föranleder mig att göra nedanstående kommentarer.

43. Det kan först konstateras att fråga inte är om när fördelarna uppkommer, utan när de kan anses vara slutgiltigt och rättsligt definierade i unionsrätten. Detta kan enligt min mening inte ske förrän vid den tidpunkt då kommissionen antar ett beslut angående detta.

44. I motsats till vad tribunalen konstaterade har en konkurrent dessutom möjlighet att när som helst begära att den nationella domstolen undanröjer dessa fördelar om det inte har förekommit någon anmälan. I förbigående kan det påpekas att Jørgen Andersen hade kunnat använda sig av detta förfarande, istället för att klaga på en ”retroaktiv” tillämpning av förordning nr 1370/2007 och på att kommissionen tagit för lång tid på sig innan den antog det omtvistade beslutet. Den nationella domstolen skulle ha beslutat om återkrav av stödet och vid den tidpunkten tillämpat förordning nr 1191/69 som grund för att avgöra frågan om bestämmelserna om gruppundantag var tillämpliga.

45. Vidare är idén att ett statligt stöds förenlighet eller oförenlighet med unionsrätten skulle vara slutgiltigt fastställd när stödet beviljas och ger upphov till verkningar felaktig. Det ligger i själva begreppet statligt stöd att det har en snedvridande effekt på konkurrensen, och begreppet statligt stöd är ett objektivt begrepp (dom Ladbroke Racing/kommissionen, T-67/94, EU:T:1998:7, punkt 52 och SIC/kommissionen, T-46/97, EU:T:2000:123, punkt 83). Inte desto mindre förhåller det sig så att vad gäller ”bedömningen av om stödåtgärder eller en stödordning är förenliga med den gemensamma marknaden, är kommissionen, med förbehåll för domstolens prövningsrätt, ensam behörig att avgöra detta” och kommissionen har enligt rättspraxis ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning härvidlag (dom Unicredito Italiano, C-148/04, EU:C:2005:774, punkterna 42 och 71). Eftersom det först genom kommissionens beslut, som kan prövas av domstolen, fastställs huruvida ett stöd är förenligt med unionsrätten, är situationen fortfarande pågående vid den tidpunkt då kommissionen antar sitt beslut. Varje förändring av de rättsliga bestämmelserna före detta beslut måste beaktas. [19]

17 — Nämligen dom SIDE/kommissionen (T-348/04, EU:T:2008:109) och dom Italien/kommissionen (T-3/09, EU:T:2011:27). Se punkterna 40 och 43 i den överklagade domen.

18 — Se bland annat dom kommissionen/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709) och Diputación Foral de Vizcaya m.fl./kommissionen (C-465/09 P–C-470/09 P, EU:C:2011:372), liksom beslut Cantiere navale De Poli/kommissionen (C-167/11 P, EU:C:2012:164). I detta avseende, se punkt 47 och följande punkter i detta förslag till avgörande.

19 — Se Di Bucci V. och Stobiecka A., ovan, s. 326.

46. Det är inte heller riktigt att påstå att de fördelar och nackdelar som följer av beviljandet av ett olagligt stöd uppkommer under den period då stödet betalas ut. Generaladvokaten Alber har i sina förslag till avgörande i de förenade målen Falck och Acciaierie di Bolzano/kommissionen (C-74/00 P och C-75/00 P, EU:C:2002:106, punkterna 143 och 144) påpekat att ”effekten av ett rättsstridigt stöd består tills det återbetalas. Även om fördelen inte längre får några omedelbara återverkningar i företagets balansräkning flera år efter det att stödet beviljats, så har stödet inneburit att det gynnade företagets konkurrenssituation varaktigt har förstärkts i förhållande till andra företag som inte har erhållit något understöd [och] [d]et är inte kommissionens uppgift att vrida klockan tillbaka till den tidpunkt när stödet beviljades och endast bedöma stödets dåvarande verkningar. Tvärtom måste kommissionen skydda den nuvarande konkurrensen, genom att mäta stödets (bestående) verkningar med den måttstock som var tillämplig när beslutet antogs.”

47. Under alla omständigheter anser jag (i likhet med kommissionen) att de argument som låg till grund för domen SIDE/kommissionen (T-348/04, EU:T:2008:109) och den överklagade domen, har underkänts på ett kategoriskt sätt av domstolen i domen Diputación Foral de Vizcaya m.fl./kommissionen (C-465/09 P–C-470/09 P, EU:C:2011:372). I denna dom angav domstolen, i punkterna 125–127, att tillämpningen av nya bestämmelser på ett olagligt stöd inte avser en situation som redan etablerats utan en pågående situation och, vidare, att en effektiv tillämpning av konkurrenspolitiken kräver att kommissionen när som helst kan anpassa bedömningen efter vad denna politik kräver. Slutligen angav domstolen att en medlemsstat som har underlåtit att anmäla en stödordning inte rimligtvis kan förvänta sig att denna stödordning ska bedömas med hänsyn till bestämmelser som var tillämpliga då stödordningen antogs.

48. Av detta följer att kommissionen har rätt att tillämpa nya bestämmelser om förenlighet när den bedömer ett stöd som har utbetalats men inte anmälts. Det ovannämnda målet avsåg förvisso lagligheten av övergångsbestämmelser fastställda i riktlinjer som kommissionen hade antagit. Till stöd för sitt resonemang hänvisade domstolen emellertid till domen Pokrzeptowicz-Meyer (C-162/00, EU:C:2002:57), där fråga var om bestämmelser i lagstiftning. Enligt min mening innebär detta att tribunalens försök, i punkt 55 i den överklagade domen, att framställa domen Diputación Foral de Vizcaya m.fl./kommissionen (C-465/09 P–C-470/09 P, EU:C:2011:372) som isolerad på grund av att den endast rörde tillämpligheten av riktlinjer, blir verkningslöst.

49. Samma argument gäller, efter nödvändiga anpassningar, för den andra domen som tribunalen stöder sig på i punkt 40 i den överklagade domen, nämligen domen Italien/kommissionen (T-3/09, EU:T:2011:27).[20] I denna dom, som för övrigt rörde ett anmält stöd, försummade tribunalen, på samma sätt som i domen SIDE/kommissionen (T-348/04, EU:T:2008:109) att beakta en avgörande faktor. Såsom domstolen har klargjort i domarna kommissionen/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709) och Diputación Foral de Vizcaya m.fl./kommissionen (C-465/09 P–C-470/09 P, EU:C:2011:372) ska den situation som ett stöd medför, oavsett om det har anmälts eller inte, inte anses som slutgiltig innan kommissionen har fattat beslut angående stödets förenlighet med den inre marknaden – och inte ens innan dess beslutet vunnit laga kraft (dom Spanien/kommissionen, C-169/95, EU:C:1997:10, punkt 53).

50. När det gäller Jørgen Andersens argument att han har rätt till rättssäkerhet och således rätt att veta vilken lag som är tillämplig på det stöd som hans konkurrent har erhållit, räcker det att erinra om att det enligt domstolens rättspraxis inte finns något skydd mot att bestämmelser ändras. Det finns följaktligen inte något skydd mot att nya bestämmelser införs och att dessa blir tillämpliga på situationer som är pågående (se den rättspraxis som angetts ovan i punkt 15 i detta förslag till avgörande).

20 — Det kan noteras, med förevarande överklagande i åtanke, att denna dom i huvudsak är identisk med domen Cantiere navale De Poli/kommissionen (T-584/08, EU:T:2011:26). Dessa två domar överklagades, och målen avgjordes genom beslut Cantiere navale De Poli/kommissionen (C-167/11 P, EU:C:2012:164) och beslut Italien/kommissionen (C-200/11 P, EU:C:2012:165).

e) Slutsats

51. Sammanfattningsvis kan den situation som följer av en stödåtgärd, oavsett om den har anmälts eller inte, inte betraktas som slutgiltig förrän kommissionens beslut avseende stödets förenlighet har vunnit laga kraft.

52. Det är faktiskt så att stödet kan återkrävas fram till denna tidpunkt, antingen av kommissionen eller av den nationella domstolen.

53. Vidare kan en medlemsstat som åsidosatt sin skyldighet att anmäla och avvakta som föreskrivs i artikel 108.3 FEUF inte behandlas mer förmånligt än en medlemsstat som har fullgjort denna skyldighet. Det vill säga ”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. Slutligen står det klart att inte heller mottagaren av ett olagligt stöd omfattas av något skydd mot att de materiella bestämmelser som ligger till grund för kommissionens bedömning av stödets förenlighet ändras.

55. Av detta följer att tribunalen gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den biföll talan såvitt avsåg Jørgen Andersens tredje grund och slog fast att förenligheten av ett oanmält stöd med den inre marknaden ska bedömas mot bakgrund av de bestämmelser som var i kraft när stödet beviljades. Den överklagade domen ska därför upphävas. Domstolen ska således ogilla talan i den mån den avser den i första instans åberopade tredje grunden.

56. Såvitt avser den första och den andra grunden som åberopades i första instans (se punkterna 20 och 21 i den överklagade domen), är målet inte färdigt för avgörande, eftersom prövningen av dessa grunder kräver en kontroll av huruvida de komplicerade ekonomiska bedömningar som kommissionen gjorde var välgrundade. Denna kontroll ankommer på tribunalen.

B – *Anslutningsöverklagandena från DSB och Konungariket Danmark*

57. Dessa två anslutningsöverklaganden aktualiserar i huvudsak samma fråga och sammanfaller på ett sådant sätt att det är lämpligt att behandla dem tillsammans.

1. Sammanfattning av parternas argument

58. DSB har åberopat en enda grund, nämligen att den omständigheten att det eventuellt var fel av kommissionen att tillämpa förordning nr 1370/2007 inte på något sätt påverkar giltigheten av det omtvistade beslutet. DSB menar nämligen att kommissionen inte hade kommit till en annan slutsats angående det aktuella stödets förenlighet om den hade tillämpat förordning nr 1191/69.

59. Den danska regeringen anser att tribunalen, i punkt 50 i den överklagade domen, missuppfattade innehållet i det omtvistade beslutet när den angav att bedömningen av stödet i fråga hade gjorts uteslutande med stöd av förordning nr 1370/2007. Den danska regeringen har framfört argument som i huvudsak är identiska med DSB:s argument.

21 — Se Lipinsky, J., ovan.

60. Med stöd av en jämförelse mellan det omtvistade beslutet och beslutet om inledande av förfarandet, har DSB framhållit att enligt fast rättspraxis är ett beslut tillräckligt motiverat när det däri hänvisas till en handling som adressaten redan har tillgång till och som innehåller de uppgifter på vilka institutionen har grundat sitt beslut (dom Bundesverband deutscher Banken/kommissionen, T-36/06, EU:T:2010:61, punkt 53 och där angiven rättspraxis).

61. DSB hävdar vidare att tribunalen var skyldig att bedöma om kommissionens tolkning av förordning nr 1191/69 och de slutsatser den drog därav var riktiga. DSB har i detta avseende erinrat om att enligt fast rättspraxis motiverar en felaktig rättstillämpning inte att det omtvistade beslutet ogiltigförklaras när kommissionen, för det fall det inte hade förekommit en sådan felaktighet, hade antagit samma beslut (se bland annat dom Falck och Acciaierie di Bolzano/kommissionen, C-74/00 P och C-75/00 P, EU:C:2002:524, punkt 122).

62. Den danska regeringen har gjort gällande att tribunalen åsidosatte unionsrätten när den, i punkt 58 i den överklagade domen, avvisade de argument som den hade framfört för att visa att tillämpningen av förordning nr 1370/2007 utgjorde ett formfel som inte påverkade innehållet i det omtvistade beslutet.

63. Slutligen anser den danska regeringen att målet är färdigt för avgörande. Den anser att domstolen direkt kan fastställa att det omtvistade beslutet inte kan ogiltigförklaras på den grunden att kommissionen antog det med stöd av förordning nr 1370/2007. De villkor som gällde enligt förordning nr 1191/69, för ersättning som utbetalas inom ramen för avtal om allmän trafikplikt, var nämligen identiska med eller mindre strikta än de villkor som föreskrivs i förordning nr 1370/2007.

64. Kommissionen har anslutit sig till DSB:s argument, med undantag för det som sammanfattas i punkt 61 i detta förslag till avgörande. Kommissionen anser nämligen att bedömningen av stödet i det omtvistade beslutet gjordes mot bakgrund av båda förordningarna.

2. Bedömning

65. Anslutningsöverklagandena aktualiserar frågan huruvida kommissionen grundade artikeldelen i det omtvistade beslutet på en undersökning av det aktuella stödet endast mot bakgrund av förordning nr 1370/2007, eller om denna undersökning gjordes även mot bakgrund av förordning nr 1191/69.

66. Enligt Jørgen Andersen är tribunalens slutsats att kommissionen gjorde sin undersökning endast mot bakgrund av förordning nr 1370/2007, grundad på skälen 307, 314, 397 och 398 i det omtvistade beslutet och utgör en bevisfråga som inte kan prövas av domstolen.

67. Jag ställer mig frågande till detta argument, då tolkningen av det omtvistade beslutet klart utgör en rättsfråga. Det framgår emellertid när man läser skälen 304, 307, 314 och 397 i detta beslut att tribunalen gjorde en riktig bedömning när den slog fast att kommissionen endast hade tillämpat förordning nr 1370/2007.

68. Tribunalen gjorde en riktig bedömning när den slog fast att skäl 398 i det omtvistade beslutet (enligt vilket en tillämpning av förordning nr 1191/69 inte skulle ha lett till en annan slutsats) inte räckte för att kunna sluta sig till att kommissionen hade grundat sin bedömning på båda förordningarna, i synnerhet som kommissionens konstaterande inte föregicks av någon som helst undersökning av denna förordning.

69. För övrigt anger kommissionen själv i ovannämnda skäl att de materiella reglerna i förordning nr 1191/69 bara ”innehållsmässigt” motsvarar reglerna i förordning nr 1370/2007.

70. Såsom Jørgen Andersen har påpekat ger de domar som DSB åberopat inte upphov till någon annan slutsats. Tribunalen konstaterade, i punkt 75 i domen González y Díez/kommissionen (T-25/04, EU:T:2007:257), att de materiella bestämmelserna i fråga var ”identiska”, vilket inte är fallet i förevarande fall. När det gäller domen Diputación Foral de Álava m.fl./kommissionen (T-30/01-T-32/01 och T-86/02–T-88/02, EU:T:2009:314), räcker det att konstatera att tribunalen i punkt 221 betonade att stöden i fråga utgjorde driftstöd, och som sådana inte kunde anses förenliga enligt artikel 107.3 c FEUF, oavsett tillämpliga riktlinjer. Vad beträffar domen CMA CGM m.fl./kommissionen (T-213/00, EU:T:2003:76) var det där inte fråga om statligt stöd, utan om konkurrensbegränsande samverkan, som under alla omständigheter hade varit oförenlig med artikel 101.1 FEUF.

71. Hänvisningen till beslutet att inleda förfarandet förändrar ingenting. Kommissionen redogör i detta beslut endast för parternas argumentation och anger att den hyser tvivel beträffande de argument som DSB och den danska regeringen lagt fram. Den rättspraxis från tribunalen som DSB åberopat, se punkt 60 i detta förslag till avgörande, är således inte relevant.

72. För att kunna verifiera kommissionens konstaterande att en tillämpning av förordning nr 1191/69 inte hade lett till en annan slutsats än den i det omtvistade beslutet, hade tribunalen varit tvungen att göra en egen bedömning av det aktuella stödet mot bakgrund av denna förordning, vilket den inte är behörig att göra inom ramen för en talan om ogiltigförklaring.

73. Av det som ovan anförts följer att anslutningsöverklagandena från DSB och konungariket Danmark ska ogillas.

V – **Förslag till avgörande**

74. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen ska:

— upphäva den dom som meddelades av Europeiska unionens tribunal i målet Andersen/kommissionen (T-92/11, EU:T:2013:143),

— slå fast att den tredje grunden som åberopades i första instans inte kan leda till bifall för talan och återförvisa målet till Europeiska unionens tribunal för prövning av den första och den andra grunden som åberopades i första instans,

— ogilla anslutningsöverklagandena från Danske Statsbaner (DSB) och konungariket Danmark, och

— fastslå att frågan om rättegångskostnader anstår.