Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

6. oktober 2015*

»Appel — konkurrence — statsstøtte — støtte ydet af de danske myndigheder til den offentlige virksomhed Danske Statsbaner (DSB) — kontrakter om offentlig trafikbetjening inden for personbefordring med jernbane mellem København (Danmark) og Ystad (Sverige) — afgørelse, hvorved støtten på visse betingelser erklæres forenelig med det indre marked — tidsmæssig anvendelse af materielle retsregler«

I sag C-303/13 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statutten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat den 3. juni 2013,

Europa-Kommissionen ved L. Armati og T. Maxian Rusche, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

appellant,

de øvrige parter i appelsagen:

Jørgen Andersen, Ballerup (Danmark), ved avocats J. Rivas Andrés, G. van de Walle de Ghelcke og M. Nissen,

sagsøger i første instans,

støttet af:

Dansk Tog, København, ved avocats J. Rivas Andrés, G. van de Walle de Ghelcke og M. Nissen,

intervenient i appelsagen,

Kongeriget Danmark ved C. Thorning og V. Pasternak Jørgensen, som befuldmægtigede, bistået af advokat R. Holdgaard,

Danske Statsbaner SV (DSB), København ved advokat M. Honoré,

intervenienter i første instans,

har

* Processprog: engelsk.

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, vicepræsidenten, K. Lenaerts, afdelingsformændene A. Tizzano, L. Bay Larsen, T. von Danwitz samt dommerne A. Rosas, A. Arabadjiev (refererende dommer), C. Toader, M. Safjan, D. Šváby, M. Berger, A. Prechal, E. Jarašiūnas, C.G. Fernlund og C. Lycourgos,

generaladvokat: M. Wathelet

justitssekretær: fuldmægtig C. Strömholm,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 10. marts 2015,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 21. maj 2015,

afsagt følgende

Dom

1 Europa-Kommissionen har med sin appel nedlagt påstand om ophævelse af dom afsagt af Den Europæiske Unions Ret, Andersen mod Kommissionen (T-92/11, EU:T:2013:143, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten delvis annullerede Kommissionens afgørelse 2011/3/EU af 24. februar 2010 vedrørende kontrakter om offentlig trafikbetjening mellem Transportministeriet og Danske Statsbaner (Sag C 41/08 (ex NN 35/08)) (EUT L 7, s. 1, herefter »den omtvistede afgørelse«).

2 Danske Statsbaner SV (DSB) (herefter »DSB«) og Kongeriget Danmark har ved deres respektive kontraappeller ligeledes nedlagt påstand om ophævelse af den appellerede dom.

Retsforskrifter

Forordning (EØF) nr. 1191/69

3 Artikel 5 i Rådets forordning (EØF) nr. 1191/69 af 26. juni 1969 om medlemsstaternes fremgangsmåde med hensyn til de med begrebet offentlig tjeneste forbundne forpligtelser inden for sektoren for transporter med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje (EFT 1969 I, s. 258), som ændret ved Rådets forordning (EØF) nr. 1893/91 af 20. juni 1991 (EFT L 169, s. 1, herefter »forordning nr. 1191/69«), har følgende ordlyd:

»1. En drifts- eller befordringspligt medfører økonomiske ulemper, når den formindskelse af byrderne, som kan opnås gennem en fuldstændig eller delvis ophævelse af denne forpligtelse til en ydelse eller til en samlet mængde af ydelser, som er undergivet denne forpligtelse, er større end den ved denne ophævelse forårsagede indtægtsnedgang.

[...]

2. En tarifpligt medfører økonomiske ulemper, når forskellen mellem indtægterne og byrderne for den forpligtelsen undergivne trafik er ringere end forskellen mellem trafikkens indtægter og byrder, der under hensyntagen til omkostningerne ved de forpligtelsen undergivne ydelser samt til markedssituationen ville fremkomme ved forretningsmæssig drift.«

4 Forordningens artikel 14, stk. 1 og 2, bestemmer:

»1. Ved kontrakt om offentlig tjeneste forstås en kontrakt, der indgås mellem en medlemsstats kompetente myndigheder og en transportvirksomhed med henblik på at sikre offentligheden tilstrækkelige transportydelser.

Kontrakten om offentlig tjeneste kan særligt omfatte:

— transportydelser, der følger fastsatte regler om kontinuitet, regelmæssighed, kapacitet og kvalitet

— supplerende transportydelser

— transportydelsen til bestemte priser og på bestemte vilkår, især for bestemte grupper af rejsende eller bestemte forbindelser

— tilpasninger af ydelserne til de faktiske behov.

2. Kontrakter om offentlig tjeneste omfatter blandt andet følgende punkter:

a) særlige oplysninger om transportydelserne, navnlig vedrørende kontinuitet, regelmæssighed, kapacitet og kvalitet

b) prisen på ydelserne i henhold til kontrakten, der enten udgør et tillæg til takstindtægterne eller omfatter indtægterne, samt nærmere bestemmelser for de finansielle forbindelser mellem de to parter

c) reglerne vedrørende tillægskontrakter og kontraktændringer, navnlig for at tage hensyn til uforudsete ændringer

d) aftalens gyldighedsperiode

e) sanktioner i tilfælde af misligholdelse af kontrakten.«

5 Forordningens artikel 17, stk. 2, første afsnit, bestemmer:

»Med hensyn til kompensationsydelser, der følger af anvendelsen af denne forordning, skal fremgangsmåden med forudgående underretning i henhold til artikel 93, stk. [3, EØS].«

Forordning (EF) nr. 1370/2007

6 Artikel 4, stk. 1-3, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1370/2007 af 23. oktober 2007 om offentlig personbefordring med jernbane og ad vej og om ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 1191/69 og (EØF) nr. 1107/70 (EUT L 315, s. 1), fastsætter bl.a.:

»1. I kontrakter om offentlig trafikbetjening og generelle regler skal det:

a) klart defineres, hvilken offentlig serviceforpligtelse en operatør af offentlig trafikbetjening skal opfylde, og inden for hvilke geografiske områder

b) på objektiv og gennemsigtig måde på forhånd fastlægges

i) hvilke parametre en eventuel kompensation beregnes ud fra, og

ii) i hvilken form og i hvilket omfang eventuelle enerettigheder ydes,

og på en sådan måde, at overkompensation udelukkes[; i] kontrakter om offentlig trafikbetjening indgået efter artikel 5, stk. 2, 4, 5 og 6, fastlægges disse parametre på en sådan måde, at hver enkelt kompensation ikke kan overstige det beløb, der er nødvendigt til dækning af den finansielle nettoeffekt på omkostninger og indtægter ved at opfylde de offentlige serviceforpligtelser, under hensyntagen til de indtægter, en operatør af offentlig trafikbetjening har herved samt en rimelig fortjeneste

c) fastlægges, hvordan omkostningerne til varetagelse af tjenesterne skal fordeles[; i] omkostningerne kan navnlig indgå udgifter til personale, energiforbrug, infrastrukturafgifter, vedligeholdelse og reparation af offentlige transportmidler, det rullende materiel og anlæg, der er nødvendige for at udføre personbefordring, samt faste omkostninger og en passende forrentning af kapitalen.

2. I kontrakter om offentlig trafikbetjening og generelle regler skal det fastlægges, hvor stor en andel af billetindtægterne operatøren af offentlig trafikbetjening kan beholde, hvor stor en andel der gives videre til den kompetente myndighed, og hvor stor en andel der deles mellem operatøren og den kompetente myndighed.

3. Kontrakterne om offentlig trafikbetjening skal være tidsbegrænsede med en løbetid på højst […] 15 år for personbefordring med jernbane eller andre skinnekøretøjer.«

7 Denne forordnings artikel 5, stk. 1, 3 og 6, præciserer:

»1. Kontrakter om offentlig trafikbetjening indgås efter reglerne i denne forordning […]

[…]

3. En kompetent myndighed, der entrerer med andre tredjeparter end interne operatører, skal indgå kontrakter om offentlig trafikbetjening på grundlag af en udbudsprocedure, undtagen i de i stk. […] og 6 nævnte tilfælde. Udbudsproceduren skal være åben for alle operatører, retfærdig og i overensstemmelse med principperne om gennemskuelighed og ikke-forskelsbehandling. Efter indgivelsen af bud og en eventuel første udvælgelse kan der under overholdelse af disse principper føres forhandlinger om, hvordan specifikke og komplekse behov bedst kan opfyldes.

[…]

6. Medmindre national ret forbyder det, kan kompetente myndigheder indgå kontrakter uden forudgående udbud om offentlig trafikbetjening med jernbane med undtagelse af andre skinnekøretøjer som f.eks. metro eller sporvogne. Uanset artikel 4, stk. 3, må sådanne kontrakter ikke løbe længere end ti år […].«

8 Forordningens artikel 6 bestemmer:

»1. Kompensation i forbindelse med en generel regel eller en kontrakt om offentlig trafikbetjening skal være i overensstemmelse med artikel 4, uanset efter hvilken procedure kontrakten er indgået. Enhver form for kompensation, der ydes ifølge en generel regel eller en kontrakt om offentlig trafikbetjening, der er indgået uden forudgående udbud i henhold til artikel 5, stk. […] eller 6, skal desuden være i overensstemmelse med bestemmelserne i bilaget.

2. Efter skriftlig anmodning fra Kommissionen fremsender medlemsstaterne inden for en frist på tre måneder eller en længere frist som fastsat i anmodningen alle de oplysninger, Kommissionen finder nødvendige for at afgøre, om den ydede kompensation er forenelig med denne forordning.«

9 Samme forordnings artikel 8 med overskriften »Overgangsbestemmelser« fastsætter i stk. 2 og 3:

»2. Med forbehold af stk. 3 skal indgåelsen af kontrakter om offentlig trafikbetjening med jernbane og ad vej være i overensstemmelse med artikel 5 senest den 3. december 2019. I denne overgangsperiode træffer medlemsstaterne foranstaltninger, så de gradvis bringer sig i overensstemmelse med artikel 5 med henblik på at undgå alvorlige strukturproblemer, især med transportkapaciteten.

Senest seks måneder efter første halvdel af overgangsperioden aflægger medlemsstaterne en statusrapport til Kommissionen om gennemførelsen af den gradvise indgåelse af kontrakter om offentlig trafikbetjening i overensstemmelse med artikel 5. Kommissionen kan på grundlag af medlemsstaternes statusrapporter fremsætte forslag om relevante foranstaltninger, der rettes til medlemsstaterne.

3. Ved anvendelsen af stk. 2 medregnes ikke de kontrakter om offentlig trafikbetjening, som er indgået i overensstemmelse med fællesskabslovgivningen og national lovgivning

a) før den 26. juli 2000 på grundlag af en retfærdig udbudsprocedure på konkurrencevilkår

b) før den 26. juli 2000 på grundlag af en anden procedure end en retfærdig udbudsprocedure på konkurrencevilkår

c) fra den 26. juli 2000 og inden den 3. december 2009 på grundlag af en retfærdig udbudsprocedure på konkurrencevilkår

d) fra den 26. juli 2000 og inden den 3. december 2009 på grundlag af en anden procedure end en retfærdig udbudsprocedure på konkurrencevilkår.

De kontrakter, der er omhandlet i litra a), kan fortsætte, indtil de udløber. De kontrakter, der er omhandlet i litra b) og c), kan fortsætte, indtil de udløber, men højst i 30 år. De kontrakter, der er omhandlet i litra d), kan fortsætte, indtil de udløber, hvis deres løbetid er begrænset og sammenlignelig med det, der er fastsat i artikel 4.

Kontrakter om offentlig trafikbetjening kan fortsætte, indtil de udløber, hvis deres ophør vil medføre uhensigtsmæssige juridiske eller økonomiske konsekvenser, og forudsat at Kommissionen har givet sin tilladelse.«

10 Artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 1370/2007 fastsætter:

»Kompensationer for offentlig trafikbetjening i forbindelse med drift af offentlig personbefordring eller overholdelse af takstforpligtelser pålagt ved generelle regler, der ydes i overensstemmelse med denne forordnings bestemmelser, er forenelige med fællesmarkedet. Sådanne kompensationer er fritaget for den pligt til forudgående underretning, der er fastsat i […] artikel 88, stk. 3 [EF].«

11 Forordningens artikel 10, stk. 1, bestemmer:

»Forordning (EØF) nr. 1191/69 ophæves. [...]«

12 Forordning (EF) nr. 1370/2007 trådte i overensstemmelse med artikel 12 i kraft den 3. december 2009.

Sagens baggrund

13 Jørgen Andersen driver under navnet Gråhundbus v/Jørgen Andersen bustransportvirksomhed mellem Danmark og udlandet. Jørgen Andersen betjener bl.a. ruten mellem København (Danmark) og Ystad (Sverige). Fra Ystad er der ad vandvejen forbindelse til øen Bornholm (Danmark).

14 DSB er den etablerede jernbaneoperatør i Danmark. DSB var på tidspunktet for de faktiske omstændigheder ejet fuldt ud af den danske stat og tilbød alene personbefordring med jernbane og tilknyttede tjenester.

15 Efter ophævelsen af DSB's monopol den 1. januar 2000 findes der i Danmark to ordninger for trafikbetjening inden for personbefordring med jernbane, nemlig fri trafik, der udføres på forretningsmæssigt grundlag, og offentlig trafikbetjening, der er omfattet af kontrakter om offentlig trafikbetjening, som giver mulighed for at yde kompensation til de betjente ruter.

16 DSB indgik for perioden 2000-2004 en kontrakt om offentlig trafikbetjening vedrørende fjern- og regionaltrafik. Fra den 15. december 2002 omfattede nævnte kontrakt ligeledes ruten mellem København og Ystad, der tidligere havde været underlagt ordningen for fri trafik.

17 DSB indgik for perioden 2005-2014 en ny kontrakt om offentlig trafikbetjening vedrørende fjern- og regionaltrafik, om international trafik til Tyskland og om ruten mellem København og Ystad.

18 Efter at have modtaget to klager, herunder en fra Jørgen Andersen, over de kontrakter om offentlig trafikbetjening, som DSB havde indgået, besluttede Kommissionen den 10. september 2008 at indlede en formel undersøgelsesprocedure i henhold til artikel 88, stk. 2, EF (herefter »afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure«). Kommissionen vedtog efter afslutningen af denne procedure den 24. februar 2010 den omtvistede afgørelse, hvis artikel 1-3 har følgende ordlyd:

»Artikel 1

Kontrakterne om offentlig trafikbetjening, der er indgået mellem det danske Transportministerium og [DSB], indebærer statsstøtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, [TEUF].

Statsstøtten er forenelig med det indre marked i medfør af artikel 93 [TEUF], såfremt betingelserne i denne afgørelses artikel 2 og 3 overholdes.

Artikel 2

Danmark indfører i alle de gældende kontrakter om offentlig trafikbetjening med [DSB] en tilbagebetalingsmekanisme som beskrevet i betragtning 222-240 og 356 i nærværende afgørelse med følgende væsentlige kendetegn:

— Kontraktbetalinger tilpasses ved regnskabsårets afslutning ved at fastsætte en bruttoreduktion, der beregnes ud fra følgende formel:

indtægter i alt – rimelig fortjeneste – udgifter i alt = bruttoreduktion

— Bruttoreduktionen moduleres for at tage hensyn til effektivitetsgevinster og en forbedring af tjenestens kvalitet efter følgende formel og parametre:

tilbagebetalingsmekanisme = bruttoreduktion – korrektioner (omkost. Δ. + pas.km Δ) = nettoreduktion

— omkost. Δ: reduktion af omkostninger (pr. passagerkilometer) i forhold til gennemsnitsomkostningerne i de fire forløbne år efter beregningen: omkostningsforskel pr. passagerkm (i procent) i forhold til gennemsnitsomkostningerne i de fire forløbne år multipliceret med det samlede omkostningsgrundlag, og

— pas.km Δ: stigningen i passagertrafikken målt i passagerkilometer med (0,80 DKK pr. passagerkilometer)

— den samlede reduktion som følge af præstationsforbedringer kan ikke overstige bruttoreduktionen i et givet år; nettoreduktionen ligger dermed mellem nul og bruttoreduktionen.

— Der indføres en overgrænse for tilbagebetalingsmekanismen for at garantere, at fortjenesten holdes på et rimeligt niveau efter følgende formel og kendetegn:

en rimelig fortjeneste (6%) + korrektioner (omkost: Δ + pas.km Δ) / egenkapital< 12%

— I beregningen indgår alene den del af egenkapitalen, der henhører under DSB's offentlige servicevirksomhed.

— Overgrænsen for en rimelig fortjeneste fastsættes til en egenkapitalforrentning på 12%, dog højst 10% over en treårsperiode.

Artikel 3

Den kompensation, som DSB måtte modtage fra virksomheden AnsaldoBreda som følge af den forsinkede levering af det rullende materiel, skal tilbagebetales til den danske stat.«

Sagen for Retten og den appellerede dom

19 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 18. februar 2011 anlagde Jørgen Andersen sag med påstand om annullation af den omtvistede afgørelses artikel 1, stk. 2.

20 Ved dokumenter indleveret til Rettens Justitskontor den 23. maj 2011 fremsatte Kongeriget Danmark og DSB begæringer om at måtte intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande. Ved kendelser af 22. juni 2011 tillod formanden for Rettens Femte Afdeling disse interventioner.

21 Jørgen Andersen fremførte tre anbringender til støtte for søgsmålet, hvoraf det tredje vedrørte en retlig fejl, som Kommissionen skulle have begået ved at anvende forordning nr. 1370/2007 fremfor forordning nr. 1191/69 på de faktiske omstændigheder i sagen.

22 Retten tog det tredje anbringende til følge og annullerede følgelig den omtvistede afgørelses artikel 1, stk. 2.

23 I denne henseende fastslog Retten i den appellerede doms præmis 46 og 48 – efter i dommens præmis 40 at have bemærket, at med hensyn til støtte, der er udbetalt uden forudgående anmeldelse, finder de bestemmelser, der var gældende på det tidspunkt, hvor støtten blev udbetalt, anvendelse – at spørgsmålet, om den omhandlede støtte i det foreliggende tilfælde var forenelig med det indre marked, burde være blevet bedømt på grundlag af de materielle regler, der var gældende på tidspunktet for udbetalingen af den omhandlede støtte, dvs. forordning nr. 1191/69, og at Kommissionen havde begået en retlig fejl, idet den med henblik på denne bedømmelse havde anvendt forordning nr. 1370/2007.

Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande

24 Ved dokument indleveret til Domstolens Justitskontor den 30. september 2013 har Dansk Tog, en dansk forening med hjemsted i København, på grundlag af artikel 40, stk. 2, i statutten for Den Europæiske Unions Domstol anmodet om tilladelse til at indtræde i sagen til støtte for Jørgen Andersens påstande. Ved kendelse af 3. april 2014 har Domstolens præsident imødekommet anmodningen.

25 Kommissionen har med sin appel og DSB med sin kontraappel nedlagt følgende påstande:

— Principalt ophæves den appellerede dom, påstanden om annullation af den omtvistede afgørelse forkastes, og Jørgen Andersen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

— Subsidiært fastslås det, at det tredje anbringende, rejst i første instans, ikke er begrundet, sagen hjemvises til Retten, og afgørelsen om omkostningerne udsættes.

26 Kongeriget Danmark har ved sin kontraappel nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves.

— Det fastslås, at Kommissionens fejlagtige anvendelse af forordning nr. 1370/2007 ikke kan føre til, at den omtvistede afgørelse annulleres.

27 Jørgen Andersen har nedlagt følgende påstande:

— Principalt forkastes appellen og kontraappellerne, og Kommissionen, DSB og Kongeriget Danmark tilpligtes at betale de omkostninger, der er opstået som følge af deres appel henholdsvis kontraappeller.

— Subsidiært hjemvises sagen til Retten.

28 Dansk Tog har nedlagt følgende påstande:

— Principalt forkastes appellen og kontraappellerne.

— Subsidiært hjemvises sagen til Retten.

— Kommissionen, DSB og Kongeriget Danmark tilpligtes at betale de omkostninger, som foreningen har afholdt.

Anmodningen om genåbning af den mundtlige forhandling

29 Den mundtlige forhandling afsluttedes den 21. maj 2015, da generaladvokaten havde fremsat sit forslag til afgørelse.

30 Ved skrivelse af 10. juli 2015, indgået til Domstolen samme dag, har DSB anmodet Domstolen om at genåbne den mundtlige forhandling.

31 DSB har til støtte for denne anmodning gjort gældende, at generaladvokatens forslag til afgørelse beroede på juridiske betragtninger, som sagens parter ikke havde haft tilstrækkelig lejlighed til at udveksle synspunkter om.

32 I denne forbindelse bemærkes for det første, at Domstolen i henhold til procesreglementets artikel 83 til enhver tid, efter at have hørt generaladvokaten, ved kendelse kan bestemme, at retsforhandlingernes mundtlige del skal genåbnes, navnlig hvis den finder, at sagen er utilstrækkeligt oplyst, eller såfremt sagen bør afgøres på grundlag af et argument, som ikke har været drøftet af parterne eller de berørte, som er omfattet af artikel 23 i statutten for Den Europæiske Unions Domstol (dom Commerz Nederland, C-242/13, EU:C:2014:2224, præmis 26).

33 For det andet har generaladvokaten i henhold til artikel 252, stk. 2, TEUF til opgave fuldstændig upartisk og uafhængigt offentligt at fremsætte begrundede forslag til afgørelse af de sager, der i overensstemmelse med statutten for Domstolen kræver generaladvokatens deltagelse. Domstolen er hverken bundet af det forslag til afgørelse eller af den begrundelse, som generaladvokaten er fremkommet med (dom Kommissionen m.fl. mod Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P og C-595/10 P, EU:C:2013:518, præmis 57).

34 I det foreliggende tilfælde vurderer Domstolen, efter at have hørt generaladvokaten, at sagen er tilstrækkeligt oplyst, og at den ikke skal afgøres på grundlag af argumenter, som ikke har været drøftet af parterne. Der er derfor ikke grundlag for at tage anmodningen om genåbning af den mundtlige forhandling til følge.

Hovedappellen

Parternes argumenter

35 Til støtte for hovedappellen har Kommissionen fremsat et enkelt anbringende om, at Retten ved at foreholde Kommissionen, at den har anvendt forordning nr. 1370/2007 med tilbagevirkende kraft på det faktiske omstændigheder i sagen, tilsidesatte artikel 108, stk. 2 og 3, TEUF, artikel 288 TEUF og artikel 297, stk. 1, TEUF.

36 Kommissionen har anført, at det følger af Domstolens faste praksis dels, at en ny regel finder øjeblikkelig anvendelse på fremtidige virkninger af en situation, der opstod, mens den tidligere regel var gældende, dels, at de materielle EU-retlige regler for at sikre overholdelsen af retssikkerhedsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning skal fortolkes således, at de kun omfatter forhold, som ligger forud for ikrafttrædelsen, såfremt det af deres ordlyd, deres formål eller deres opbygning klart fremgår, at dette har været meningen.

37 Kommissionen har anført, at det alene er det sidstnævnte tilfælde, der udgør en anvendelse med tilbagevirkende kraft af en ny regel, og det er følgelig Kommissionens opfattelse, at det afgørende spørgsmål i det foreliggende tilfælde er, om en ulovlig støtte henhører under det ene eller det andet tilfælde.

38 Kommissionen har præciseret, at Domstolen i dom Kommissionen mod Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709) fastslog, at Kommissionen kan anvende en ny regel på enhver påtænkt støtte, herunder i de tilfælde, hvor støtten anmeldes, inden denne nye regel træder i kraft.

39 Domstolen bemærkede således i nævnte doms præmis 51 og 52, at de regler, principper og bedømmelseskriterier for vurderingen af, om statsstøtten er forenelig med det indre marked, der er gældende på det tidspunkt, hvor Kommissionen vedtager sin afgørelse om foreneligheden, i princippet kan betragtes som bedre tilpasset den konkurrencemæssige situation, og at anmeldelse af påtænkt støtte kun er en proceduremæssig forpligtelse, som ikke kan være afgørende for, hvilke regler der skal finde anvendelse på den pågældende støtte.

40 Domstolen udtalte således i den nævnte doms præmis 53, at en medlemsstats anmeldelse af støtte ikke medfører, at der endeligt etableres en retlig situation, der indebærer, at Kommissionen skal tage stilling til støttens forenelighed med det indre marked ved anvendelse af de bestemmelser, der var i kraft på anmeldelsestidspunktet.

41 Kommissionen har tilføjet, at Domstolen i dom Diputación Foral de Vizcaya m.fl. mod Kommissionen (C-465/09 P – C-470/09 P, EU:C:2011:372, præmis 125 og 128) først og fremmest bemærkede, at anvendelsen af nye regler på en ulovlig støtte ikke vedrørte en tidligere fastlagt situation, men en igangværende situation, og derefter at en effektiv gennemførelse af konkurrencepolitikken kræver, at Kommissionen til enhver tid kan tilpasse sin vurdering efter konkurrencepolitikkens krav, og endelig at en medlemsstat, der ikke har anmeldt en støtteordning til Kommissionen, ikke med rimelighed kan have en forventning om, at denne ordning vil blive vurderet i henhold til de regler, der fandt anvendelse på tidspunktet for ordningens indførelse.

42 Retten sondrede i den appellerede doms præmis 55 ifølge Kommissionen med urette mellem den nærværende sag og den sag, der gav anledning til dom Diputación Foral de Vizcaya mod Kommissionen (C-465/09 P – C-470/09 P, EU:C:2011:372). Selv om det er korrekt, at sidstnævnte dom vedrørte lovligheden af de overgangsregler, der var fastsat i de af Kommissionen vedtagne retningslinjer, rækker Domstolens argumentation videre og kan så meget desto mere finde anvendelse på forordninger og andre bindende retsakter. Desuden fremgår det af nævnte dom, at Domstolen ikke fandt, at retningslinjerne var blevet anvendt med tilbagevirkende kraft.

43 Det er følgelig Kommissionens opfattelse, at Retten begik en retlig fejl, idet den i den appellerede doms præmis 40-43 og 46-48 støttede sig til domme SIDE mod Kommissionen (T-348/04, EU:T:2008:109, præmis 58-60) og Italien mod Kommissionen (T-3/09, EU:T:2011:27, præmis 61).

44 Retten fastslog således ifølge Kommissionen med urette i disse domme, at spørgsmålet, om en støtte, der er udbetalt uden at være anmeldt, er forenelig med det indre marked, skal bedømmes i lyset af de regler, der gjaldt på det tidspunkt, hvor støtten blev tildelt, eftersom den sondring mellem anmeldt støtte og ulovlig støtte, som Retten foretog, ikke er retligt relevant.

45 Kommissionen har præciseret, at den situation, der ligger til grund for en anmeldt eller uanmeldt støtte, ikke kan anses for endelig, så længe Kommissionen ikke har truffet afgørelse om støttens forenelighed med det indre marked, og denne afgørelse ikke er blevet endelig. Først og fremmest kan tilbagesøgning af en sådan støtte således til enhver tid anordnes af enten Kommissionen eller en national ret, så længe Kommissionen ikke har godkendt støtten, og godkendelsesafgørelsen ikke er blevet endelig. En medlemsstat, der handler i strid med den anmeldelses- og standstill-forpligtelse, der er fastsat i artikel 108, stk. 3, TEUF, kan endvidere ikke behandles mere fordelagtigt end en medlemsstat, der overholder disse forpligtelser. Endelig er der ikke nogen grund til at beskytte modtageren af en ulovlig støtte mod en ændring af de materielle regler, der finder anvendelse på Kommissionens vurdering af, om denne støtte er forenelig med det indre marked.

46 Kommissionen er af den opfattelse, at Retten begik en retlig fejl, idet den lagde til grund, at de fordele og ulemper, som tildelingen af den omhandlede støtte medførte, kom til udtryk i den periode, hvor denne støtte er blevet udbetalt.

47 Som generaladvokat Alber bemærkede i sit forslag til afgørelse Falck og Acciaierie di Bolzano mod Kommissionen (C-74/00 P og C-75/00 P, EU:C:2002:106, punkt 143 og 144), varer virkningerne af en ulovlig støtte således ved, indtil dens tilbagebetaling, eftersom den på vedvarende vis har styrket den begunstigedes konkurrencesituation i forhold til dennes konkurrenter.

48 Jørgen Andersen og Dansk Tog har bestridt denne argumentation.

Domstolens bemærkninger

49 Ifølge Domstolens faste praksis finder en ny regel principielt øjeblikkelig anvendelse på endnu ikke indtrådte virkninger af en situation, der er opstået, mens den gamle regel var gældende. Domstolen har ligeledes fastslået, at princippet om beskyttelse af den berettigede forventning ikke må udvides så langt, at det generelt forhindrer, at en ny ordning finder anvendelse på endnu ikke indtrådte virkninger af en situation, der er opstået, mens den gamle regel var gældende (dom Kommissionen mod Freistaat Sachsen, C-334/07 P, EU:C:2008:709, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis).

50 Derimod skal EU-rettens materielle regler for at sikre overholdelsen af retssikkerhedsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning fortolkes således, at de kun omfatter forhold, som ligger forud for ikrafttrædelsen, såfremt det af ordlyden, bestemmelsernes formål eller opbygning klart fremgår, at dette har været meningen (domme Pokrzeptowicz-Meyer, C-162/00, EU:C:2002:57, præmis 49, og Kommissionen mod Freistaat Sachsen, C-334/07 P, EU:C:2008:709, præmis 44).

51 Hvad angår spørgsmålet, om den omhandlede støtte vedrører forhold, som ligger forud for ikrafttrædelsen af forordning nr. 1370/2007, eller en situation, der er opstået, mens forordning nr. 1191/69 var gældende, men hvis virkninger stadig udfoldede sig på tidspunktet for denne ikrafttrædelse, skal det bemærkes, at de overgangsbestemmelser, der er fastsat i artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 1370/2007, bestemte, at de kontrakter om offentlig trafikbetjening, der eksisterede den 3. december 2009, »[vil kunne] fortsætte, indtil de udløber«, inden for grænserne af de løbetider, der er fastsat i denne bestemmelse, under forudsætning af, at disse kontrakter »er indgået i overensstemmelse med fællesskabslovgivningen og national lovgivning«.

52 I henhold til artikel 17, stk. 2, i forordning nr. 1191/69 var de kompensationsydelser, der udbetaltes til en transportvirksomhed til gengæld for de byrder, der følger af den forpligtelse til offentlig tjeneste, som nævnte virksomhed var pålagt, imidlertid fritaget for den i artikel 108, stk. 3, TEUF fastsatte anmeldelsespligt, når de overholdt de betingelser, der var indeholdt i afdeling II, III og IV i denne forordning. En sådan støtte ansås i nævnte forordning således for forenelig med det indre marked.

53 Det følger heraf, at støtte, der er udbetalt til en offentlig transportvirksomhed på et tidspunkt, hvor forordning nr. 1191/69 stadig var i kraft, og som overholdt de betingelser, der var indeholdt i afdeling II, III og IV i denne forordning, henhører under en situation, der er endeligt fastlagt forud for ikrafttrædelsen af forordning nr. 1370/2007.

54 Det følger af disse betragtninger, at Kommissionen ved vedtagelsen af den omtvistede afgørelse forinden – på grundlag af forordning nr. 1191/69 – burde have undersøgt den støtte, som blev udbetalt i henhold til den første kontrakt om offentlig trafikbetjening, der blev indgået for årene 2000-2004, og den støtte, som blev udbetalt før den 3. december 2009 i henhold til den anden kontrakt om offentlig trafikbetjening, der blev indgået for årene 2005 til 2014, med henblik på at efterprøve, om denne støtte overholdt betingelserne i afdeling II, III og IV i denne forordning og således var fritaget for den i artikel 108, stk. 3, TEUF fastsatte anmeldelsespligt.

55 Derimod burde Kommissionen have undersøgt såvel lovligheden som foreneligheden med det indre marked af den støtte, der blev udbetalt fra den 3. december 2009 i henhold til den anden kontrakt om offentlig trafikbetjening, som blev indgået for årene 2005-2014, på grundlag af forordning nr. 1370/2007 og med forbehold for de overgangsbestemmelser, der er nævnt i nærværende doms præmis 51.

56 Denne konklusion svækkes ikke af den praksis fra Domstolen, som Kommissionen har henvist til.

57 For det første kan Kommissionen ikke udlede noget argument af præmis 51 og 52 i dom Kommissionen mod Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709), eftersom omstændighederne i nærværende sag adskiller sig grundlæggende fra omstændighederne i den sag, der gav anledning til

nævnte dom, da den dom omhandlede statsstøtte, der ikke henhørte under en gruppefritagelsesforordning på det tidspunkt, hvor de kompetente nationale myndigheder besluttede at tildele den.

58 For det andet giver præmis 125-128 i dom Diputación Foral de Vizcaya m.fl. mod Kommissionen (C-465/09 P – C-470/09 P, EU:C:2011:372) af samme grunde heller ikke nogen støtte til Kommissionens synspunkt, hvorefter den i nærværende sag omhandlede støtte alene skulle bedømmes på grundlag af forordning nr. 1370/2007.

59 For det tredje hvad angår argumentet om, at tilbagesøgning af ulovlig støtte kan anordnes, indtil Kommissionen vedtager en afgørelse vedrørende denne støtte, skal det i det foreliggende tilfælde bemærkes, at det ikke er påvist, at den omhandlede støtte er ulovlig.

60 Når det er sagt, følger det af det i nærværende doms præmis 54 og 55 fastslåede, at Retten begik en retlig fejl, idet den i den appellerede doms præmis 46 fastslog, at vurderingen af, om hele den omhandlede støtte var forenelig med det indre marked, skulle ske på grundlag af forordning nr. 1191/69.

61 Dermed skal den appellerede dom ophæves, for så vidt som Retten med denne dom annullerede den omtvistede afgørelses artikel 1, stk. 2, hvad angår den støtte, som blev udbetalt fra den 3. december 2009 i henhold til den anden kontrakt om offentlig trafikbetjening, der blev indgået for årene 2005 til 2014.

62 Følgelig skal sagen hjemvises til Retten, for at denne med hensyn til de tre anbringender i stævningen, og idet den tager artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 1370/2007 i betragtning, tager stilling til lovligheden af den omtvistede afgørelse, i det omfang den fastslog, at den støtte, som blev udbetalt fra den 3. december 2009 i henhold til den anden kontrakt om offentlig trafikbetjening, der blev indgået for årene 2005 til 2014, var forenelig med det indre marked.

63 I øvrigt forkastes appellen.

Kontraappellerne

Parternes argumenter

64 DSB har gjort gældende, at uanset om det lægges til grund, at forordning nr. 1370/2007 er anvendt fejlagtigt på de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag, er denne omstændighed uden betydning for spørgsmålet, om den omtvistede afgørelse er lovlig, eftersom en anvendelse af forordning nr. 1191/69 ikke ville have ført til den anden konklusion med hensyn til den omhandlede støttes forenelighed med det indre marked.

65 DSB har i denne henseende præciseret, at Kommissionen i den omtvistede afgørelses punkt 398 henviste til reglerne for vurdering i forordning nr. 1191/69, som de allerede var blevet beskrevet i punkt 124-131 i afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure. I sidstnævnte punkter undersøgte Kommissionen imidlertid denne forordnings artikel 14 og konkluderede, at bedømmelsen af, om den nævnte støtte var forenelig med det indre marked, skulle ske på grundlag af generelle principper i EF-traktaten, retspraksis og Kommissionens afgørelsespraksis.

66 Kommissionen anførte navnlig, at disse generelle principper indebar, at kompensationsbeløbet ikke kan overstige, hvad der er nødvendigt for at dække de udgifter, der er afholdt ved udøvelsen af den offentlige serviceforpligtelse, idet der skal tages hensyn til de hermed forbundne indtægter og til en

rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af disse forpligtelser. Kommissionen redegjorde endelig for sin umiddelbare opfattelse med hensyn til spørgsmålet, om dette kriterium var opfyldt for den omhandlede støtte.

67 En samlet læsning af den omtvistede afgørelse og afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure giver således en tilstrækkelig begrundet forklaring på, hvorfor en anvendelse af forordning nr. 1191/69 ikke ville have ført til et andet resultat end det, der følger af anvendelsen af forordning nr. 1370/2007. DSB har fremhævet, at det følger af fast retspraksis, at en afgørelse er tilstrækkeligt begrundet, når den henviser til et dokument, der allerede er i adressatens besiddelse, og som indeholder en angivelse af de forhold, som institutionen har lagt til grund for sin afgørelse (dom Bundesverband deutscher Banken mod Kommissionen, T-36/06, EU:T:2010:61, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis).

68 Det er følgelig DSB's opfattelse, at Retten begik en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 50 at udtale, at bedømmelsen af den omhandlede støtte udelukkende kun var sket på grundlag af forordning nr. 1370/2007, og, i denne doms artikel 58, at den hverken kunne erstatte Kommissionens bedømmelse med sin egen eller fastslå, at støtten var forenelig med det indre marked på grundlag af forordning nr. 1191/69.

69 Retten burde i stedet have taget stilling til for det første, om Kommissionens fortolkning af forordning nr. 1191/69 var korrekt, og for det andet, om de konklusioner, som den udledte af denne fortolkning, var korrekte. DSB har i denne forbindelse mindet om, at det følger af fast retspraksis, at en retlig fejl ikke kan begrunde annullation af den omtvistede afgørelse, når Kommissionen ville have truffet den samme afgørelse, såfremt der ikke var begået en fejl (domme Falck og Acciaierie di Bolzano mod Kommissionen, C-74/00 P og C-75/00 P, EU:C:2002:524, præmis 122, CMA CGM m.fl. mod Kommissionen, T-213/00, EU:T:2003:76, præmis 101-103, González y Díez mod Kommissionen, T-25/04, EU:T:2007:257, præmis 74, og Diputación Foral de Álava m.fl. mod Kommissionen, T-30/01 – T-32/01 og T-86/02 – T-88/02, EU:T:2009:314, præmis 219).

70 Den danske regering har for sin del anført, at Retten i den appellerede doms præmis 50 foretog en urigtig gengivelse af den omtvistede afgørelses indhold, da den fandt, at vurderingen af den omhandlede støtte alene var foretaget på grundlag af forordning nr. 1370/2007. Den danske regering har i denne henseende fremsat en argumentation, der i det væsentlige er identisk med DSB's argumentation, som er sammenfattet i nærværende doms præmis 65-67.

71 Den danske regering har desuden gjort gældende, at Retten tilsidesatte EU-retten, idet den i den appellerede doms præmis 58 afviste den danske regerings argumenter samt Kommissionens og DSB's argumenter, som disse havde fremsat for at godtgøre, at anvendelsen af forordning nr. 1370/2007 alene udgjorde en formfejl, der ikke kan have indvirkning på indholdet af den omtvistede afgørelse. Den danske regering har til støtte herfor henvist til domme González y Díez mod Kommissionen (T-25/04, EU:T:2007:257, præmis 74) og Diputación Foral de Álava m.fl. mod Kommissionen (T-30/01 – T-32/01 og T-86/02 – T-88/02, EU:T:2009:314, præmis 219).

72 Kommissionen støtter både DSB's argumentation med undtagelse af den del, der er sammenfattet i nærværende doms præmis 69, og den danske regerings argumentation, således som den er sammenfattet i nærværende doms præmis 70.

73 Jørgen Andersen har bestridt DSB's og den danske regerings argumentation. Han har navnlig gjort gældende, at Retten, idet den konstaterede, at Kommissionen havde foretaget en undersøgelse af foreneligheden med det indre marked alene på grundlag af forordning nr. 1370/2007, foretog en faktisk bedømmelse, som ikke kan anfægtes inden for rammerne af den foreliggende appel.

Domstolens bemærkninger

74 Hvad angår formaliteten med hensyn til argumentationen om, at Kommissionen undersøgte, om den omhandlede støtte var forenelig med det indre marked, både på grundlag af forordning nr. 1191/69 og forordning nr. 1370/2007, og ikke, i modsætning til Rettens urigtige fortolkning af den omtvistede afgørelse, alene på grundlag af forordning nr. 1370/2007, er det tilstrækkeligt at bemærke, at en sådan fortolkning henhører under en juridisk bedømmelse og ikke blot under en konstatering af de faktiske omstændigheder. Denne argumentation kan følgelig antages til realitetsbehandling.

75 Hvad angår realiteten fremgår det af den omtvistede afgørelses punkt 304, 307, 314 og 397, at Kommissionen udtrykkeligt har angivet, at undersøgelsen af, om den omhandlede støtte var forenelig med det indre marked, udelukkende skulle baseres på forordning nr. 1370/2007. Desuden fremhæver den afgørelses punkt 315-394, at Kommissionen faktisk kun har foretaget denne undersøgelse på grundlag af denne ene forordning.

76 Selv om det er korrekt, at Kommissionen i den omtvistede afgørelses punkt 398 tilkendegav, at en anvendelse af forordning nr. 1191/69 ikke ville have ført til en anden konklusion end den, der fulgte af anvendelsen af forordning nr. 1370/2007, kan en sådan tilkendegivelse ikke i sig selv godtgøre, at Kommissionen, som både Kommissionen selv, den danske regering og DSB har anført, faktisk anvendte forordning nr. 1191/69 for at bedømme, om den omhandlede støtte var forenelig med det indre marked.

77 Hertil kommer, at selv om Kommissionen anførte i den omtvistede afgørelses punkt 398, at de materielle regler i forordning (EF) nr. 1370/2007 »stem[te] overens« med reglerne i forordning (EØF) nr. 1191/69, udledte den ikke heraf en identitet mellem disse to forordninger, således at betingelserne for at anvende den praksis fra Retten, som DSB og den danske regering har støttet sig til, dvs. domme González y Díez mod Kommissionen (T-25/04, EU:T:2007:257, præmis 74) og Diputación Foral de Álava m.fl. mod Kommissionen (T-30/01 – T-32/01 og T-86/02 – T-88/02, EU:T:2009:314, præmis 219), under alle omstændigheder ikke er opfyldt i det foreliggende tilfælde.

78 Hvad angår den omstændighed, at Kommissionen i den omtvistede afgørelses punkt 398 henviste til den fremlægning og fortolkning, som den i afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure havde foretaget af reglerne for vurdering i forordning nr. 1191/69, er det tilstrækkeligt at bemærke, at i modsætning til det, som DSB og den danske regering har anført, indeholder sidstnævnte afgørelse ingen bedømmelse, der kan kompensere for den manglende undersøgelse i den omtvistede afgørelse af den omhandlede støtte på grundlag af denne forordning.

79 I punkt 83-90 og 101-103 i afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, der omhandler spørgsmålet, om der foreligger statsstøtte, samt denne afgørelses punkt 129-131 vedrørende denne støttes eventuelle forenelighed med forordning nr. 1191/69 begrænsede Kommissionen sig således til at gengive parternes argumentation og til at bemærke, at den nærede tvivl med hensyn til, om DSB's og den danske regerings argumentation var begrundede.

80 Dermed er betingelserne for at anvende den retspraksis, som DSB har henvist til, dvs. dom Bundesverband deutscher Banken mod Kommissionen (T-36/06, EU:T:2010:61, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis), hvorefter en afgørelse er tilstrækkeligt begrundet, når den henviser til et dokument, der allerede er i adressatens besiddelse, og som indeholder en angivelse af de forhold, som institutionen har lagt til grund for sin afgørelse, heller ikke opfyldt.

81 Dernæst, hvis Retten havde efterprøvet, hvilket den efter DSB's opfattelse var forpligtet til, om den tilkendegivelse, der fremgår af den omtvistede afgørelses punkt 398, og hvorefter anvendelsen af forordning nr. 1191/69 i det foreliggende tilfælde ikke ville have ført til en anden konklusion, var begrundet, ville den have været tvunget til forinden at foretage en bedømmelse af, om den omtvistede støtte var forenelig med det indre marked, på grundlag af denne forordning.

82 Det følger imidlertid af Domstolens faste praksis, at en sådan undersøgelse ikke henhører under Rettens kompetence i forbindelse med et annullationssøgsmål, eftersom det ikke tilkommer Retten at sætte sin egen økonomiske vurdering i stedet for Kommissionens (jf. i denne retning kendelse DSG mod Kommissionen, C-323/00 P, EU:C:2002:260, præmis 43, og dom KME Germany m.fl. mod Kommissionen, C-272/09 P, EU:C:2011:810, præmis 93 og 103).

83 Under disse omstændigheder må kontraappellerne forkastes.

Sagens omkostninger

84 Da sagen hjemvises til Retten, skal spørgsmålet om sagens omkostninger udsættes.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Store Afdeling):

1) Dom afsagt af Den Europæiske Unions Ret, Andersen mod Kommissionen (T-92/11, EU:T:2013:143), ophæves, for så vidt som Retten med denne dom annullerede artikel 1, stk. 2, i Kommissionens afgørelse 2011/3/EU af 24. februar 2010 vedrørende kontrakter om offentlig trafikbetjening mellem Transportministeriet og Danske Statsbaner (sag C 41/08 (ex NN 35/08)) hvad angår den støtte, som blev udbetalt fra den 3. december 2009 i henhold til den anden kontrakt om offentlig trafikbetjening, der blev indgået for årene 2005 til 2014.

2) I øvrigt forkastes appellen.

3) Kontraappellerne forkastes.

4) Sagen hjemvises til Retten, for at denne med hensyn til de tre anbringender i stævningen, og idet den tager artikel 8, stk. 3, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1370/2007 af 23. oktober 2007 om offentlig personbefordring med jernbane og ad vej og om ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 1191/69 og (EØF) nr. 1107/70 i betragtning, tager stilling til lovligheden af afgørelse 2011/3, i det omfang den fastslog, at den støtte, som blev udbetalt fra den 3. december 2009 i henhold til den anden kontrakt om offentlig trafikbetjening, der blev indgået for årene 2005 til 2014, var forenelig med det indre marked.

5) Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.

Underskrifter