



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. MENGOZZI
fremsat den 20. juli 2017¹

Sag C-127/16 P

**SNCF Mobilités, tidligere Société nationale des chemins de fer français (SNCF)
mod**

Europa-Kommissionen

»Appel – støtte iværksat af Den Franske Republik til fordel for Sernam – støtte til omstrukturering og rekapitalisering, garantier og eftergivelse af SNCF's fordringer på Sernam – salg af aktiver en bloc – kriteriet om den private investor – anvendelse – kompensationsforanstaltninger«

Indhold

I. Sagens baggrund	4
II. Retsforhandlingerne for Retten og den appellerede dom	5
III. Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande	6
IV. Retlig vurdering	6
A. Indledende gennemgang: fra Sernam 1-beslutningen til Sernam 3-afgørelsen	6
B. Appellen	10
1. Det første anbringende om retlige fejl, utilstrækkelig begrundelse og fordrejning af Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2	10
a) Det første anbringendes første og tredje led	10
1) Den appellerede dom	10
2) Sammenfatning af parternes argumenter	11
i) Det første anbringendes første led	11
ii) Det første anbringendes tredje led	12

¹ – Originalsprog: fransk.

3) Bedømmelse	12
b) Det første anbringendes andet led	16
1) Den appellerede dom	16
2) Sammenfatning af parternes argumenter	16
3) Bedømmelse	16
2. Det andet anbringende om, at Retten begik en retlig fejl ved fejlagtigt at fastslå, at ledelsens bud ikke kunne anses for at være baseret på en åben og gennemskuelig procedure	17
a) Den appellerede dom	17
b) Sammenfatning af parternes argumenter	17
c) Bedømmelse	18
3. Det tredje anbringende om urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder og en retlig fejl, for så vidt som Retten med urette lagde til grund, at buddet fra Sernams ledelse ikke var nær så attraktivt for sælgeren som de øvrige tilbudsgiveres uforpligtende bud	19
a) Den appellerede dom	19
b) Sammenfatning af parternes argumenter	20
c) Bedømmelse	20
4. Det fjerde anbringende om en retlig fejl samt en utilstrækkelig og selvmodsigende begrundelse, for så vidt som Retten fastslog, at Kommissionen ikke havde forvekslet genstanden og prisen for salget af Sernams aktiver en bloc	21
a) Den appellerede dom	21
b) Sammenfatning af parternes argumenter	21
c) Bedømmelse	22
5. Det femte anbringende om en retlig fejl og en fordrejning af Sernam 2-beslutningens dispositive del, for så vidt som Retten lagde til grund, at det ikke var i overensstemmelse med Sernam 2-beslutningens artikel 4 at opføre fordringen vedrørende tilbagesøgning af støtten på 41 mio. EUR som passiv ved Sernams likvidation	23
a) Den appellerede dom	23
b) Sammenfatning af parternes argumenter	25
c) Bedømmelse	26
1) Overførsels genstand	27
2) Aktionærernes identitet	28
3) Tidspunktet for overførslen	28
4) Transaktionens økonomiske følgerlighed	29

5) Overførselsprisen	29
6) Konklusion vedrørende det femte anbringende	29
6. Det sjette anbringende om en retlig fejl, utilstrækkelig begrundelse og urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, for så vidt som Retten lagde til grund, at princippet om den private investor ikke fandt anvendelse på overdragelsen af Sernams aktiver en bloc	30
a) Den appellerede dom	30
b) Det sjette anbringendes første led	31
1) Sammenfatning af parternes argumenter	31
2) Bedømmelse	32
c) Det sjette anbringendes andet led	33
1) Sammenfatning af parternes argumenter	33
2) Bedømmelse	34
d) Det sjette anbringendes tredje led	35
1) Sammenfatning af parternes argumenter	35
i) Bedømmelse	37
e) Konklusion vedrørende det sjette anbringende	39
7. Kommissionens argumenter om formaliteten med hensyn til sagen i første instans	39
V. Sagsomkostninger	40
VI. Forslag til afgørelse	40

1. SNCF Mobilités (herefter »SNCF«)² har ved denne appel nedlagt påstand om ophævelse af Den Europæiske Unions Rets dom af 17. december 2015, SNCF mod Kommissionen³ (herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten forkastede SNCF's påstand om annullation af Kommissionens afgørelse 2012/398/EU af 9. marts 2012 om statsstøtte SA.12522 (K 37/08) – Frankrig – gennemførelse af »Sernam 2«-beslutningen (herefter »Sernam 3-afgørelsen«)⁴.

2 – Nærmere oplysninger om appellantens kan ses i den appellerede doms præmis 1.

3 – T-242/12, EU:T:2015:1003.

4 – EUT 2012, L 195, s. 19.

I. Sagens baggrund

2. Ved en beslutning af 23. maj 2001⁵ (herefter »Sernam 1-beslutningen«) godkendte Kommissionen på visse betingelser en omstrukturingsstøtte på i alt 503 mio. EUR til Sernam⁶.

3. Ved en anden beslutning vedtaget i 2004⁷ (herefter »Sernam 2-beslutningen«) konstaterede Kommissionen, at nogle af de betingelser, der var fastsat i Sernam 1-beslutningen, ikke var blevet overholdt, hvilket havde givet anledning til misbrug af den godkendte støtte.

4. I denne forbindelse erklærede Kommissionen for det første, at støtten på 503 mio. EUR, der blev godkendt ved Sernam 1-beslutningen, var forenelig med det indre marked, forudsat at en række nye betingelser samt betingelserne i Sernam 2-beslutningens artikel 3 og 4 var opfyldt. For det andet pegede den på, at der forelå en supplerende støtte på 41 mio. EUR, som var uforenelig med det indre marked, og som derfor skulle tilbagesøges af de franske myndigheder.

5. SNCF udnyttede muligheden i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2⁸, og valgte at sælge Sernams aktiver en bloc. Ifølge de franske myndigheder var det på grund af Sernams økonomiske situation ikke muligt at få forslag til positiv værdiansættelse i forbindelse med det udbud, der blev iværksat af en tredjepart på SNCF's vegne. Alle bud, der blev afgivet i forbindelse med denne procedure, var på en særdeles negativ værdi, og der indkom ingen faste bud. Det blev herefter besluttet kun at fortsætte forhandlingerne med det konsortium, der bestod af tilbudsgiver nr. 5, som var tilknyttet ledelsen i Sernam. Den 15. juni 2005 underrettede tilbudsgiver nr. 5 endelig SNCF mundtligt om, at tilbudsgiveren ikke var i stand til at fremsætte et overtagelsestilbud (uanset om det var betinget) inden den 30. juni 2005.

6. Den 30. juni 2005 besluttede SNCF at sælge Sernams aktiver en bloc til ledelsen i Sernam. Den 15. december 2005 – efter denne overdragelse – trådte Sernam i likvidation. Fordringen på 41 mio. EUR, som svarede til den statsstøtte, der skulle tilbagebetales i henhold til Sernam 2-beslutningens artikel 1, stk. 2, blev opført som passiv ved Sernams likvidation. Af dette beløb lykkedes det reelt SNCF at tilbagesøge 2,75 mio. EUR efter likvidationen.

7. Efter at have modtaget klager den 24. juni 2005, den 10. april 2006 og den 23. april 2007 fra konkurrenterne, som gjorde gældende, at Sernam 2-beslutningen var blevet anvendt på fejlagtig og uretmæssig vis, underrettede Kommissionen ved skrivelse af 16. juli 2008⁹ Den Franske Republik om, at den havde besluttet at indlede den formelle undersøgelsesprocedure efter artikel 88, stk. 2, EF, hvilket førte til vedtagelsen af Sernam 3-afgørelsen af 9. marts 2012, som blev fremsendt til de franske myndigheder den 26. marts 2012.

8. I Sernam 3-afgørelsen fandt Kommissionen, at overdragelsen af Sernams aktiver en bloc ikke var sket i overensstemmelse med betingelserne i Sernam 2-beslutningen, og at den uforenelige støtte på 41 mio. EUR ikke var blevet tilbagesøgt. Den konkluderede, at den statsstøtte på 503 mio. EUR, der på visse betingelser var blevet godkendt ved Sernam 2-beslutningen, var blevet udbetalt på uretmæssig vis, og at den derfor var uforenelig med fællesmarkedet¹⁰. Domstolen fastslog desuden, at de

5 – Beslutning D/288742 vedrørende statsstøtte NN 122/20.00 (ex NJ 140/00 – Frankrig – SNCF's støtte til omstrukturering af SCS Sernam).

6 – Nærmere oplysninger om Sernam og selskabets udvikling kan ses i den appellerede doms præmis 1 ff., præmis 20 og 21. Da Sernam har haft forskellige navne under den administrative procedure (Sernam SCS og Sernam SA), vil jeg for nemheds skyld blot henvise generelt til »Sernam« i dette forslag til afgørelse.

7 – Beslutning 2006/367/EF af 20.10.2004 om statsstøtte, som Frankrig delvist har ydet virksomheden »Sernam« (EUT 2006, L 140, s. 1).

8 – Denne bestemmelse er citeret i punkt 22 i dette forslag til afgørelse.

9 – Beslutningen om at indlede proceduren blev offentliggjort i EUT 2009, C 4, s. 5.

10 – Sernam SCS (der blev til Sernam SA), Sernam Xpress samt Fiancière Sernam og dets datterselskaber Sernam Services og Aster er også blevet udpeget som støttemodtagere, jf. Sernam 3-afgørelsens artikel 1, stk. 1.

foranstaltninger, som SNCF havde truffet for at gennemføre denne overdragelse, og navnlig rekapitaliseringen på 57 mio. EUR, hvilket svarede til den negative pris for Sernams aktiver en bloc og en påstået »eftergivelse af fordringer« på 38,5 mio. EUR, udgjorde ny statsstøtte, der var uforenelig med det indre marked¹¹.

9. Sernam 3-afgørelsens artikel 1 og 2 har følgende ordlyd:

»Artikel 1

1. Den statsstøtte på 503 mio. EUR, som Frankrig bevilgede til Sernam SCS (som blev Sernam SA), og Kommissionen godkendte ved [Sernam 2-beslutningen], er blevet udbetalt på uretmæssig vis. Den er ikke forenelig med det indre marked. Støtten har ligeledes omfattet Sernam Xpress og Financière Sernam og dets datterselskaber, Sernam Services og Aster.

2. Statsstøtten på 41 mio. EUR, som Frankrig bevilgede til Sernam SCS, og som blev erklæret uforenelig ved Sernam 2-beslutningen, har også omfattet Sernam Xpress samt Financière Sernam og dets datterselskaber, navnlig Sernam Services og Aster.

3. SNCF's rekapitalisering af Sernam SA på 57 mio. EUR, SNCF's eftergivelse af fordringer på Sernam SA til et beløb på 38,5 mio. EUR og de garantier, SNCF stillede ved overdragelsen af aktiviteter fra Sernam SA til Financière Sernam med undtagelse af garantien til jernbanearbejderne, udgør statsstøtte, der er uforenelig med det indre marked.

Artikel 2

1. Frankrig skal tilbagesøge den i artikel 1 omhandlede støtte hos Financière Sernam og dets datterselskaber, Sernam Services og Aster.

[...]«

10. Den 4. april 2012 fastslog Kommissionen efter anmodning fra Den Franske Republik, at der ikke var økonomisk kontinuitet mellem Sernam-koncernen og selskaberne i Geodis-koncernen, der indgik i SNCF, og BMV-koncernen, som eventuelt skulle overtage en del af Sernams aktiver, og at forpligtelsen til at tilbagesøge den støtte, der blev erklæret ulovlig og uforenelig i Sernam 3-afgørelsen, derfor ikke skulle udvides til at omfatte Geodis og BMV.

11. Den 13. april 2012 trådte Financière Sernam og Sernam Services i likvidation, og den samme dag afgav Geodis et bud og blev udpeget som overtager af aktiverne i Sernam-koncernen.

II. Retsforhandlingerne for Retten og den appellerede dom

12. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 4. juni 2012 anlagde appellanten sag med påstand om annullation af Sernam 3-afgørelsen.

13. Appellanten fremførte seks anbringender til støtte for sin påstand. Det første anbringende vedrørte en tilsidesættelse af appellants ret til forsvar. Det andet anbringende vedrørte en tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning. Det tredje anbringende vedrørte en tilsidesættelse af forpligtelsen til at overholde en rimelig frist og af retssikkerhedsprincippet. Det fjerde anbringende vedrørte retlige og faktiske fejl, som Kommissionen begik, idet den fandt, at overdragelsen af Sernams aktiver en bloc ikke skete i overensstemmelse med betingelserne i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2. Det femte anbringende vedrørte en retlig fejl, som Kommissionen begik, idet den fandt,

¹¹ – Jf. Sernam 3-afgørelsens artikel 1, stk. 3. Jf. beskrivelsen af overdragelsesprocessen i den appellerede doms præmis 22.

at forpligtelsen til at tilbagesøge en støtte på 41 mio. EUR, der blev erklæret uforenelig ved Sernam 2-beslutningen, var blevet overført til Financière Sernam og til dets datterselskaber. Det sjette anbringende vedrørte en retlig fejl, som Kommissionen begik, idet den fandt, at foranstaltningerne i aftaleprotokollen af 21. juli 2005 vedrørende overdragelsen af Sernams aktiver en bloc udgjorde ny statsstøtte til Sernam Xpress-Financière Sernam.

14. Retten tog ikke stilling til sagens formalitet i den appellerede dom, og selv om den tog det fjerde anbringendes andet led til følge¹², frifandt den Kommissionen.

III. Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande

15. Appellanten har den 26. februar 2016 iværksat appel til prøvelse af den appellerede dom. SNCF har nedlagt påstand om, at Domstolen antager appellen til realitetsbehandling og giver appellanten medhold, og at den som følge heraf ophæver den appellerede dom og tilpligter Europa-Kommissionen at betale sagens omkostninger. Kommissionen har i sit svarskrift nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger. Selskaberne Mory SA og Mory Team, der intervererede til støtte for Kommissionen under sagen for Retten, har i fællesskab også nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

16. Appellanten, Kommissionen samt Mory SA og Mory Team afgav mundtlige indlæg og besvarede spørgsmål fra Retten under retsmødet den 9. marts 2017.

IV. Retlig vurdering

17. Appellanten har fremsat seks anbringender til støtte for sin appel: Det første anbringende vedrører en retlig fejl, utilstrækkelig begrundelse og fordrejning af Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2. Det andet anbringende vedrører en retlig fejl, for så vidt som Retten lagde til grund, at de principper om åbenhed og gennemsækelighed, der var fastsat i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, krævede, at den udvalgte tilbudsgiver som sådan og selvstændigt havde deltaget i proceduren lige fra begyndelsen. Det tredje anbringende vedrører en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder og en retlig fejl, for så vidt som Retten lagde til grund, at budet fra Sernams ledelse ikke var nær så attraktivt for sælgeren som de øvrige tilbudsgiveres uforpligtende bud. Det fjerde anbringende vedrører en retlig fejl samt en utilstrækkelig og selvmodsigende begrundelse, for så vidt som Retten lagde til grund, at Kommissionen ikke havde forvekslet genstanden og prisen for salget af Sernams aktiver en bloc. Det femte anbringende vedrører en retlig fejl og en fordrejning af Sernam 2-beslutningens dispositive del, for så vidt som Retten lagde til grund, at det ikke var i overensstemmelse med Sernam 2-beslutningens artikel 4 at opføre fordringen vedrørende tilbagesøgning af støtten på 41 mio. EUR som passiv ved Sernams likvidation. Det sjette anbringende vedrører en retlig fejl, utilstrækkelig begrundelse og urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, for så vidt som Retten lagde til grund, at princippet om den private investor ikke fandt anvendelse på overdragelsen af Sernams aktiver en bloc.

A. Indledende gennemgang: fra Sernam 1-beslutningen til Sernam 3-afgørelsen

18. Det er nødvendigt at se lidt nærmere på baggrunden for den foreliggende tvist for at opnå en bedre forståelse af appelsagens omfang.

12 – Retten fastslog således, at Kommissionens ræsonnement om, at der ikke havde været tale om et salg, da prisen for overdragelsen af Sernam var negativ, og dens konklusion om, at Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, ikke var blevet overholdt, var forkerte (jf. den appellerede doms præmis 94 ff.).

19. I Sernam 1-beslutningen tog Kommissionen stilling til omstruktureringsplanen for virksomheden Sernam, som Den Franske Republik havde fremlagt for Kommissionen. Efter denne analyse konkluderede Kommissionen, at planen omfattede statsstøtte, der var forenelig med EF-traktaten (nærmere bestemt de foranstaltninger i denne plan, der vedrørte kommerciel bistand til og genopretning af Sernam).

20. Da det ikke var muligt at gennemføre omstruktureringsplanen på de betingelser, som Den Franske Republik havde beskrevet i Sernam 1-beslutningen, hvilket i øvrigt resulterede i, at SNCF udbetalte beløbet på 41 mio. EUR til Sernam som følge af det forsinkede partnerskab i forbindelse med ophævelsen af aftaleprotokollen mellem den udpegede overtager og SNCF¹³, undersøgte Kommissionen betingelserne for tildeling af støtten til Sernam i forlængelse af Sernam 1-beslutningen.

21. Efter at have konstateret, at Den Franske Republik havde udbetalt beløbet på 503 mio. EUR på andre betingelser end dem, der var godkendt i Sernam-beslutningen¹⁴, konkluderede Kommissionen ikke desto mindre, at dette beløb, henset til samtlige omstændigheder og på visse betingelser, var foreneligt med traktaten, hvorimod støtten på 41 mio. EUR, der var udbetalt ulovligt til Sernam, var uforenelig og skulle tilbagesøges¹⁵. Statsstøtten på 503 mio. EUR til Sernam kunne anses for at være forenelig med traktaten, forudsat at 1) Sernam kun udvikler sine aktiviteter inden for kurertransport med jernbane, og SNCF garanterer at tilbyde enhver anden operatør, der måtte anmode herom, samme betingelser som Sernam med henblik på udvikling af jernbanegodstransport [Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 1, litra a)], og forudsat at 2) Sernam foretager en fuldstændig udskiftning af sine egne midler og tjenester til landevejstransport med midler og tjenester fra en eller flere virksomheder, der er juridisk og økonomisk uafhængige af SNCF, og som vælges efter en åben, gennemsækelig og ikke-diskriminerende procedure [Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 1, litra b)]. Det fremgår af Sernam 2-beslutningens begrundelse, at Kommissionen i betragtning af misbruget og forlængelsen af omstruktureringsplanen i forhold til bestemmelserne i Sernam 1-beslutningen forventede, at Sernam leverede en særlig modydelse ved på varig vis at trække sig ud af markedssegmenterne med overkapacitet, således at det var berettiget at godkende en del af støtten¹⁶. Det var desuden vigtigt at undgå, at en virksomhed, der ellers var tvunget til at indstille sine aktiviteter som følge af de vanskeligheder, den havde oplyst, på kunstig vis kunne gøre sig gældende inden for nogle meget efterspurgte markedssegmenter til skade for konkurrerende og økonomisk sunde virksomheder¹⁷. Kommissionen vurderede som følge heraf, at »Sernam på varig vis [skulle] indstille sine aktiviteter i markedssegmenterne med overkapacitet, dvs. markedet for almindelig samlegods- og kurertransport ad landevej«¹⁸. Hvis Sernam solgte sine aktiver en bloc til markedsprisen til en virksomhed, der ikke havde nogen juridisk forbindelse med SNCF, efter en gennemsækelig og åben procedure, fandt betingelserne om, at Sernam skulle trække sig ud af de markedssegmenter, hvor der var overkapacitet, imidlertid ikke længere anvendelse¹⁹, da Kommissionen fandt, at Sernam i så fald ikke længere ville have samme retlige status og ville have frigjort sine andele²⁰.

13 – Jf. 70. og 179. betragtning til Sernam 2-beslutningen.

14 – Jf. 215. betragtning til Sernam 2-beslutningen. Oversigten i 223. betragtning til Sernam 2-beslutningen viser udviklingen i situationen mellem Sernam 1-beslutningen og Sernam 2-beslutningen.

15 – Eftersom støtten var en direkte konsekvens af misbruget af den oprindelige støtte, jf. 179. betragtning til Sernam 2-beslutningen. Jf. vedrørende forpligtelsen til at tilbagesøge støtten på 41 mio. EUR også Sernam 2-beslutningens artikel 4, stk. 2.

16 – Jf. 208. betragtning til Sernam 2-beslutningen.

17 – Jf. 209. betragtning til Sernam 2-beslutningen.

18 – 210. betragtning til Sernam 2-beslutningen.

19 – Jf. Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2.

20 – Jf. 217. betragtning til Sernam 2-beslutningen.

22. Med henblik på nedenstående vurdering er det vigtigt at huske på Sernam 2-beslutningens artikel 3 og 4, der har følgende ordlyd:

»Artikel 3

1. Nedenstående betingelser skal opfyldes, jf. dog stk. 2:

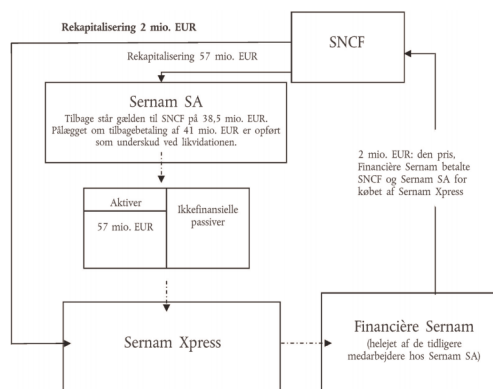
- a) Sernam må kun udvikle sine aktiviteter inden for kurertransport med jernbane (konceptet »Train bloc express« (TBE)). I denne henseende garanterer SNCF at tilbyde enhver anden operatør, der måtte anmode herom, samme betingelser som Sernam med henblik på udvikling af jernbanegodstransport (TBE).
- b) Samtidig skal Sernam i en periode på to år at regne fra datoen for meddelelsen af nærværende beslutning foretage en fuldstændig udskiftning af sine egne midler og tjenester til landevejstransport med midler og tjenester fra en eller flere virksomheder, der er juridisk og økonomisk uafhængige af SNCF, og som vælges efter en åben, gennemskelig og ikke-diskriminerende procedure. [...]

2. Hvis Sernam sælger sine aktiver »en bloc« inden den 30. juni 2005 til markedsprisen til en virksomhed, der ikke har nogen juridisk forbindelse med SNCF, efter en åben, gennemskelig og ikke-diskriminerende procedure, finder betingelserne i stk. 1 ikke anvendelse.

Artikel 4

Ethvert delvist eller fuldstændigt salg af Sernam skal foretages til markedsprisen efter en gennemskelig procedure, der er åben for alle Sernams konkurrenter. Det påhviler i så fald Sernam at tilbagebetale støtten på 41 mio. EUR, hvis virksomheden fortsætter med at eksistere.»

23. Den Franske Republik valgte scenariet i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, da den skulle gennemføre denne beslutning. Til dette formål opfordrede SNCF først alle interesserede parter til at tilkendegive deres interesse i at overtage alle Sernams aktiver. Alle de modtagne bud var negative, og der indkom ingen faste bud. Sernams ledelse fremsatte et overtagelsestilbud gennem et kommende selskab, det senere Financière Sernam²¹. Overdragelsen af Sernams aktiviteter til Financière Sernam foregik over fire etaper som vist i følgende skema²²:



24. For det første rekapitaliserede SNCF sit helejede datterselskab Sernam SA med 57 mio. EUR. For det andet foretog Sernam SA et indskud på 38,5 mio. EUR, der omfattede alle aktiver, inklusive de 57

21 – Jf. 31. betragtning til Sernam 3-afgørelsen.

22 – I overensstemmelse med 35. betragtning til Sernam 3-afgørelsen.

mio. EUR fra ovennævnte rekapitalisering og Sernams passiver (undtagen de rene »finansielle« passiver), i sit helejede datterselskab Sernam Xpress. Til gengæld fik Sernam SA en andel i Sernam Xpress til en nominal værdi på 100 EUR. For det tredje foretog Sernam Xpress en kapitalforhøjelse på 2 mio. EUR, der udelukkende blev tegnet af SNCF, hvorved SNCF fik aktiemajoriteten i Sernam Xpress. For det fjerde afhændede Sernam SA og SNCF alle deres selskabsandele i Sernam Xpress til Financière Sernam til en pris på 2 mio. EUR, hvilket udgjorde hele Sernam Xpress' kapital. Sernam SA blev i øvrigt likvideret den 15. december 2005, og de 41 mio. EUR, der skulle betales tilbage til SNCF i henhold til Sernam 2-beslutningen, blev opført som passiver ved denne likvidation.

25. Den 30. juni 2005 fremsendte Financière Sernam sit bud til SNCF, der i princippet accepterede det samme dag. Aftaleprotokollen blev undertegnet den 21. juli 2005, Financière Sernam blev optaget i handelsregistret den 14. oktober 2005, og de transaktioner, der er beskrevet ovenfor, fandt sted den 17. oktober 2005²³.

26. I Sernam 3-afgørelsen konkluderede Kommissionen indledningsvis, at den støtte, der blev godkendt ved Sernam 2-beslutningen, var blevet misbrugt, eftersom de franske myndigheder ikke havde overholdt betingelserne i denne beslutnings artikel 3, stk. 2. Kommissionen fastslog bl.a., at overdragelsen af aktiviteterne ikke var sket den 30. juni 2005, at overdragelsen af disse aktiviteter ikke udgjorde et salg, fordi prisen var negativ, at overdragelsen af aktiviteterne ikke udgjorde et salg af aktiver, men en fuldstændig overdragelse af Sernam (aktiver og passiver), at overdragelsen ikke var begrænset til de aktiver, som Sernam ejede på tidspunktet for Sernam 2-beslutningen, men var blevet forhøjet med 59 mio. EUR, at overdragelsen ikke havde fundet sted efter en gennemsækelig og åben procedure, og at formålet med et salg af aktiver ikke var opfyldt²⁴. Da støtten på 503 mio. EUR var udbetalt uretmæssigt, var den uforenelig med det indre marked og skulle tilbagesøges.

27. Med hensyn til støtten på 41 mio. EUR, som Frankrig skulle tilbagesøge hos modtageren i medfør af Sernam 2-beslutningen²⁵, anførte Kommissionen, at denne støtte var blevet opført som passiver ved likvidationen af Sernam. Kommissionen påpegede, at der ifølge Sernam 2-beslutningen ikke var nogen grund til at foretage tilbagesøgning hos dem, der havde erhvervet aktiverne til markedsprisen i forbindelse med en åben og gennemsækelig procedure, hvis Sernams økonomiske aktivitet var forsvundet, hvorefter den gennemgik situationen i forhold til bl.a. SMI-dommen²⁶ og Seleco-dommen²⁷. Kommissionen fastslog således, at tilbagesøgningsforpligtelsen efter fusionen mellem Sernam Xpress og Financière Sernam var blevet overført til det sidstnævnte selskab, hvilket navnlig skyldtes, at selskabet fortsat modtog den støtte på 41 mio. EUR, der oprindeligt var blevet bevilget til Sernam. Kommissionen anvendte i øvrigt ikke kriteriet om den private investor.

28. Kommissionen undersøgte endelig den nye støtte, der var bevilget til Sernam Xpress i henhold til aftaleprotokollen af 21. juli 2005²⁸. Da den nye støtte var blevet tildelt i en situation, hvor der skulle tilbagesøges støtte, fandt Kommissionen, at der ikke var grund til at anvende princippet om den private investor, eftersom staten i denne sammenhæng havde handlet i henhold til sine forpligtelser i medfør af EU-retten²⁹. Den undersøgte støtte bestod af SNCF's rekapitalisering af Sernam med 57 mio. EUR, SNCF's rekapitalisering af Sernam Xpress med 2 mio. EUR, SNCF's eftergivelse af fordringer på Sernam, de garantier, som SNCF stillede ved overdragelsen af aktiviteter fra Sernam til Financière Sernam³⁰, og den salgspris, som Financière Sernam betalte. Kommissionen konkluderede, at der forelå

23 – Jf. vedrørende alle disse aspekter 32. betragtning til Sernam 3-afgørelsen.

24 – Jf. 88.-131. betragtning til Sernam 3-afgørelsen.

25 – Jf. 132.-151. betragtning til Sernam 3-afgørelsen.

26 – Dom af 29.4.2004, Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238).

27 – Dom af 8.5.2003, Italien og SIM 2 Multimedia mod Kommissionen (C-328/99 og C-399/00, EU:C:2003:252).

28 – Jf. 152.-175. betragtning til Sernam 3-afgørelsen.

29 – Jf. 154. betragtning til Sernam 3-afgørelsen.

30 – Disse garantier beskrives nærmere i 163. betragtning til Sernam 3-afgørelsen.

ny støtte til fordel for Sernam Xpress/Financière Sernam, og at denne støtte var uforenelig med det indre marked og skulle tilbagesøges hos Financière Sernam og dets datterselskaber, der videreførte den økonomiske aktivitet, som var omfattet af støtten (og som tidligere blev udøvet af Sernam Xpress, der var fusioneret med Financière Sernam).

B. Appellen

1. Det første anbringende om retlige fejl, utilstrækkelig begrundelse og fordrejning af Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2

29. Det første anbringende er delt i tre led: Det første led vedrører formålet med salget af aktiver en bloc, det andet vedrører Rettens fordrejning af ordlyden af Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, for så vidt angår begrebet »salg«, og det tredje vedrører retlige fejl, fordrejning af Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, og tilsidesættelse af begrundelsespligten for så vidt angår bedømmelsen, hvorefter overdragelsen af aktiver en bloc skal forstås således, at den kun omfatter aktiverne og ikke passiverne. Da det første og det tredje led synes at være forbundet, vil jeg vurdere dem under ét.

a) Det første anbringendes første og tredje led

1) Den appellerede dom

30. Det fremgår af den appellerede dom, at Retten – efter at have mindet om retspraksis, hvorefter man ikke kan skille en retsakts dispositive del fra dens betragtninger, hvorfor den om nødvendigt må fortolkes under hensyntagen til de betragtninger, som har ført til dens vedtagelse³¹ – henset til ordlyden af Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, sammenholdt med 217. betragtning til denne beslutning, udledte, at der heri »[sondredes] klart mellem et »fuldstændigt salg (aktiver og passiver) af Sernam« og et salg af Sernams »aktiver en bloc«³². Den fandt derfor, at Kommissionen med rette havde fastslået, at salget af aktiver en bloc som omhandlet i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, udelukkende skulle vedrøre aktierne og ikke passiverne³³, da den modsatte fortolkning ville have svaret til ikke at anerkende forskellen mellem de alternative betingelser, der er opstillet i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 1, og den samme beslutnings artikel 3, stk. 2³⁴. Såfremt salget af aktiver en bloc blev fortolket således, at det omfattede passiver, ville det efter Rettens opfattelse ikke være »logisk og konsekvent« at opstille disse alternative betingelser³⁵. Retten mindede dernæst om, at Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 1 og 2, var alternative, og bemærkede, at begge bestemmelser havde »til formål at undgå de konkurrencefordrejninger, som [omstrukturingsstøtten på 503 mio. EUR] kunne medføre«³⁶. Den støttede Kommissionens antagelse om, at salget af aktiver en bloc »sigtet mod at afbryde Sernams økonomiske aktivitet«³⁷. Den fandt således, at overdragelsen af hele Sernam med det formål at holde selskabet i live og genoprette det stod i modsætning til formålet om »at afbryde dets økonomiske aktivitet og frigøre dets markedsandele til fordel for køberen af dets aktiver«³⁸.

31 – Jf. den appellerede doms præmis 87 og den deri nævnte retspraksis. Jf. også dommens præmis 114.

32 – Den appellerede doms præmis 117.

33 – Jf. den appellerede doms præmis 118 og 124.

34 – Jf. den appellerede doms præmis 119.

35 – Jf. den appellerede doms præmis 119.

36 – Den appellerede doms præmis 194.

37 – Den appellerede doms præmis 195.

38 – Den appellerede doms præmis 204.

31. Retten fastslog i øvrigt, at Kommissionen havde vurderet den transaktion, der kaldtes »delvis tilførsel af aktiver«, korrekt i 109. og 110. betragtning til Sernam 3-afgørelsen, hvori den konkluderede, at denne transaktion ikke kunne kaldes »salg af aktiver til tredjemand«, fordi salget ikke kun vedrørte aktiverne, men også alle passiverne³⁹, og fordi det var sket til et helejet datterselskab⁴⁰.

2) *Sammenfatning af parternes argumenter*

i) *Det første anbringendes første led*

32. SNCF har i det væsentlige gjort gældende, at overdragelsen af aktiver en bloc, der blev besluttet i juni 2005, var i fuld overensstemmelse med det formål, der blev forfulgt med Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, sammenholdt med 217. betragtning hertil. Der er navnlig to grunde til, at Rettens ræsonnement er forkert. Den første grund er, at det som regel ikke kan undgås, at aktiviteterne videreføres efter en overdragelse af aktiver. Tilføjelse af passiverne (dvs. gælden) har ingen betydning for dette og påvirker kun ansættelsen af den overdragne virksomheds værdi. Retten har ikke forklaret, hvordan overdragelsen af alle Sernams aktiver en bloc til en enkelt køber, som skulle overtage den markedsandel, Sernam havde frigjort, kunne føre til afbrydelse af Sernams økonomiske aktivitet. Appellanten har anført, at den appellerede dom ikke er tilstrækkeligt begrundet på dette punkt. Den anden grund er, at Rettens begrundelse for at fastslå, at overdragelsen en bloc havde til formål fjerne Sernam rent økonomisk, ikke støttede en sådan fortolkning. I 217. betragtning til Sernam 2-beslutningen kræves det blot, at Sernam ikke har den samme retlige status som tidligere, og at en køber, der er uafhængig af SNCF, får mulighed for at udnytte Sernams markedsandel. Med bemærkningen i den appellerede doms præmis 194 og 195, hvorefter formålet var at afbryde Sernams økonomiske aktivitet, pegede Retten på et formål, der på ingen måde kunne udledes af den dispositive del af eller betragtningerne til Sernam 2-beslutningen, som den dermed fordrejede. Rettens begrundelse virker desuden selvmodsigende, eftersom den i den appellerede doms præmis 218 selv erkendte, at det, henset til 217. betragtning til Sernam 2-beslutningen, »kunne [...] se ud til, at [Sernams] økonomiske aktivitet [...] blev videreført«. SNCF har i samme retning anført, at det ikke fremgår af 217. betragtning, at videreførelsen af aktiviteten skulle forstås som den aktivitet, der blev videreført af køberen, som integrerede Sernams aktiver i sin egen forretningsstrategi, hvilket var en nødvendig betingelse for, at det støttemodtagende selskabs markedsandele kunne anses for at være blevet frigjort. 217. betragtning til Sernam 2-beslutningen beskriver imidlertid kun frigivelsen af Sernams andele til fordel for den uafhængige køber, der ikke har nogen forbindelse med SNCF.

33. I replikken har SNCF i det væsentlige tilføjet, at Kommissionen ikke godtgjorde, hvorfor det ikke kunne resultere i, at den økonomiske aktivitet blev overført i økonomisk og retlig henseende, når alle en virksomheds aktiver blev overført på en og samme gang og til en og samme køber. Kommissionen har over for Retten og Domstolen selv forklaret, at en sådan overdragelse netop har denne virkning, i SMI-sagen og CDA-sagen⁴¹. Kommissionen har i sit svarskrift også forvansket ordlyden af 217. betragtning til Sernam 2-beslutningen, som ifølge appellanten ikke indeholder nogen henvisning til Sernams konkurrenter. Det fremgår af Sernam 2-beslutningen, at Kommissionens eneste formål var at afbryde enhver fremtidig kapitalforbindelse mellem SNCF og datterselskabet Sernam for at undgå, at SNCF fortsatte med at støtte dette selskab, og at det eneste krav var, at køberen af Sernam ikke havde nogen forbindelse med SNCF. Formålet med at sælge aktiverne en bloc var således ikke at afbryde Sernams økonomiske aktivitet. Appellanten har tilføjet, at der i modsætning til det af Kommissionen

39 – Med undtagelse af visse gældsposter, jf. den appellerede doms præmis 144.

40 – Jf. den appellerede doms præmis 144.

41 – Henholdsvis Domstolens dom af 29.4.2004, Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238, præmis 68-70), og Rettens dom af 19.10.2005, CDA Datenträger Albrechts mod Kommissionen (T-324/00, EU:T:2005:364, præmis 73).

anførte ikke er nogen modstrid mellem overdragelsen af Sernams aktiver en bloc, som nødvendigvis medfører, at Sernams aktiviteter videreføres, og argumentet om, at Retten begik en retlig fejl ved undersøgelsen af de forskellige kriterier om økonomisk kontinuitet, der er udviklet i Domstolens praksis.

34. Med hensyn til prisen forlangte Kommissionen endelig en markedspris, der kunne være negativ. Hvis aktiver sælges en bloc, hvorved der overføres en klart tabsgivende aktivitet samt ansættelseskontrakter, kan det ikke undgås, at der opstår en negativ værdi. Antagelsen om, at prisen kunne have været positiv, er uden hold i virkeligheden og udtryk for urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, da samtlige bud var særdeles negative. SNCF har i øvrigt anført, at der ikke er nogen grund til at anvende retslige fortolkningsprincipper, når den pågældende bestemmelse ikke kan misforstås. Det er ikke muligt at overdrage alle aktiver i en virksomhed uden at overføre den økonomiske aktivitet til køberen, og det er ikke muligt at overføre en virksomheds markedsandel til køberen uden at overføre aktiviteterne. Kommissionens fortolkning, som Retten tilsluttede sig, resulterer således i en umulig situation.

35. Kommissionen har gjort gældende, at det første anbringendes første led må forkastes.

ii) Det første anbringendes tredje led

36. SNCF har anført, at Retten ved kun at støtte sin fortolkning om, at der i Sernam 2-beslutningen sondredes klart mellem et fuldstændigt salg af Sernam og et salg af aktiverne alene, på bestemmelserne i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, og i 217. betragtning til denne beslutning har fremsat uimodsigelige påstande, fordrejet Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, og baseret sit ræsonnement på en utilstrækkelig begrundelse. 217. betragtning indeholder intet, der gør det muligt at konkludere, at overdragelsen af aktiver en bloc skulle forstås således, at den kun omfattede passiverne. Retten kunne ikke udlede af det alternative scenario, der er nævnt i 217. betragtning, at artikel 3, stk. 2, ikke omfattede passiverne. I betragtning af at formålet var at afbryde Sernams økonomiske aktivitet, havde det således ingen betydning, om alle eller en del af aktiverne var blevet overdraget. Hverken Kommissionen eller Retten har forklaret, hvordan en overdragelse af alle aktiver en bloc til en enkelt køber, som skulle overtage Sernams markedsandel, kunne føre til afbrydelse af Sernams økonomiske aktivitet⁴².

37. Det ræsonnement, som Retten lagde til grund i den appellerede doms præmis 118 og 119, er forkert, eftersom der faktisk blev opstillet forskellige betingelser for hvert af de to scenarier i Sernam 2-beslutningen. Hvis formålet med Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, var at afbryde Sernams aktiviteter, havde det været tilstrækkeligt at henvise til en overdragelsesform, der gjorde det muligt at opfylde dette formål (f.eks. overdragelse af aktiver enkeltvis eller i bundter, hvilket Kommissionen allerede har beskrevet i andre sager⁴³). Retten har derfor begået flere retlige fejl, fordrejet bestemmelserne i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, og tilsidesat begrundelsespligten.

38. Kommissionen har anført, at det første anbringendes tredje led må forkastes.

3) Bedømmelse

39. SNCF har med det første anbringendes første og tredje led anfægtet Rettens fortolkning af dels formålet med det salg af aktiver en bloc, der kræves i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, dels selve begrebet »salg af aktiver en bloc«.

42 – Dette klagepunkt er indeholdt i appellantens replik.

43 – SNCF har i denne forbindelse henvist til eksemplet med de polske skibsværfter.

40. Indledningsvis må klagepunktet om, at Retten ikke havde behovet at anvende den klassiske retspraksis vedrørende de fortolkningsmetoder, som Unionens retsinstanser råder over, forkastes, da Retten blot henviste til og dernæst anvendte en fast retspraksis, som indeholder velfunderede principper⁴⁴ for retsinstansens opgaver, når denne skal fortolke en EU-retlig bestemmelse. Hertil kommer, at det, henset til SNCF's og Kommissionens forskellige fortolkning af Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, ikke var overflødigt, at Retten ledte efter de elementer, der var nødvendige for at belyse denne bestemmelses præcise betydning og rækkevidde, uden for denne beslutnings dispositive del. Det var derfor også med føje, at Retten ikke kun henviste til denne artikels ordlyd, men også til den sammenhæng, hvori den indgår, og til de mål, der forfølges med den ordning, som den udgør en del af⁴⁵.

41. Det skal dernæst fremhæves, at Sernam 2-beslutningens artikel 3 omhandler to scenarier. Ifølge denne beslutnings artikel 3, stk. 1, vil støtten til omstrukturering af Sernam fortsat kunne anses for at være forenelig med det indre marked på betingelse af, at Sernam kun udvikler »sine aktiviteter inden for kurertransport med jernbane«, og at SNCF samtidig garanterer »at tilbyde enhver anden operatør, der måtte anmode herom, samme betingelser som Sernam med henblik på udvikling af jernbanegodstransport«. I en periode på to år efter meddelelsen af Sernam 2-beslutningen skulle Sernam desuden »foretage en fuldstændig udskiftning af sine egne midler og tjenester til landevejstransport med midler og tjenester fra en eller flere virksomheder, der er juridisk og økonomisk uafhængige af SNCF, og som vælges efter en åben, gennemskelig og ikke-diskriminerende procedure«. Hvis det andet scenario blev valgt – scenariet i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2 – fandt disse betingelser ikke længere anvendelse. Det forudsatte til gengæld, at Sernam »sælger sine aktiver »en bloc« inden den 30. juni 2005 til markedsprisen til en virksomhed, der ikke har nogen juridisk forbindelse med SNCF, efter en åben, gennemskelig og ikke-diskriminerende procedure«.

42. Hvis man vil vide, hvorfor Kommissionen opererede med disse to muligheder, og hvad formålet med salget af aktiver en bloc i sidste ende var, kræver det selvfølgelig en nærmere gennemlæsning af denne beslutning og af dens begrundelse. Det fremgår imidlertid af denne begrundelse, at betingelserne i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 1, betragtes som »modydelser«, som Sernam skal levere for at have modtaget støtte på uretmæssig vis⁴⁶. Det kræves således, at Sernam »på varig vis [trækker] sig ud af markedssegmenterne med overkapacitet«, for at undgå at give en virksomhed, »der ellers var tvunget til at indstille sine aktiviteter som følge af de vanskeligheder, den havde oplyst, mulighed for på kunstig vis at gøre sig gældende inden for nogle meget efterspurgte markedssegmenter til skade for de konkurrerende og økonomisk sunde virksomheder«⁴⁷.

43. Kommissionen tog desuden højde for, at de franske myndigheder agtede at sælge »hele virksomheden Sernam (*både aktiver og passiver*)«⁴⁸, og sammenlignede denne mulighed eksplicit med muligheden for at sælge Sernams aktiver en bloc. Det fremgår således af 217. betragtning til Sernam 2-beslutningen, at »betingelserne i beslutningen (overdragelse af Sernams landevejstransport til andre virksomheder og diversifikation af Sernams aktiviteter i retning af godstransport med jernbane) i tilfælde af et *fuldstændigt* salg (*aktiver og passiver*) af Sernam, således som de franske myndigheder har planer om, *under alle omstændigheder* finder anvendelse. Hvis Sernam *derimod* skulle sælge sine *aktiver »en bloc«*, understreger Kommissionen, at ovennævnte to betingelser vedrørende virksomhedens omstrukturering ikke vil finde anvendelse, eftersom Sernam *ikke længere vil have samme retlige status og vil have frigjort sine markedsandele* til fordel for den uafhængige køber (der de facto kan fortsætte sine aktiviteter med Sernams aktiver)«⁴⁹.

44 – Jf. den appellerede doms præmis 87 og 114.

45 – Jf. den appellerede doms præmis 86 og 101.

46 – Jf. 208. betragtning til Sernam 2-beslutningen.

47 – Jf. 208. og 209. betragtning til Sernam 2-beslutningen.

48 – 216. betragtning til Sernam 2-beslutningen. Min fremhævelse.

49 – 217. betragtning til Sernam 2-beslutningen. Min fremhævelse.

44. Jeg vil gerne indrømme, at man ud fra en isoleret fortolkning af Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, kunne tro, at salget af aktiver en bloc ikke nødvendigvis udelukkede et salg af passiver. Når man uden videre problemer har erkendt, at Retten kunne præcisere betydningen af Sernam-beslutningens dispositive del med henvisning til betragtningerne, er en gennemgang af 217. betragtning imidlertid tilstrækkelig til at bekræfte Rettens konklusion om, at salget af aktiver en bloc nødvendigvis udelukkede passiverne, eftersom Kommissionen sondrede skarpt mellem et fuldstændigt salg (aktiver og passiver) af Sernam og et salg af aktiver en bloc alene. Appellanten er af den opfattelse, at Retten har fremsat en uimodsigelig påstand, som den reelt ikke har underbygget. Jeg har dog vanskeligt ved at se, hvordan den skulle have dokumenteret dette mere klart.

45. Hvad angår klagepunktet om utilstrækkelig begrundelse skal jeg minde om, at det fremgår af Domstolens faste praksis, at »begrundelsen for en dom klart og utvetydigt skal angive de betragtninger, som Retten har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den truffede beslutning, og således at Domstolen kan udøve sin prøvelsesret«⁵⁰. Dette krav er i hvert fald opfyldt her.

46. Henset til den sammenhæng, hvori Sernam 2-beslutningen indgik, var dens formål selvfølgelig – som Retten bemærkede – at undgå konkurrencefordrejninger⁵¹. De to scenarier, der præsenteres i Sernam 2-beslutningens artikel 3, skal tydeligvis betragtes som alternativer, hvilket indebærer, at Kommissionen klart opfattede de to valgmuligheder som ligeværdige i forhold til deres formål og deres evne til at genskabe en situation med fri konkurrence. Det mål, der forfølges med Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 1, er imidlertid præciseret i 200. betragtning ff. til denne beslutning. Det påpeges i det væsentlige heri, at Sernam har modtaget støtte, som ikke var i overensstemmelse med den oprindelige omstruktureringsplan. For at afhjælpe denne konkurrencefordrejning har Kommissionen stillet krav om »modydelser«⁵² og forlangt, at Sernam trækker sig ud af markedssegmenter med overkapacitet på de betingelser, der er beskrevet i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 1⁵³. Det siger sig selv, at det andet scenario forfølger det samme mål. 217. betragtning til denne beslutning er også her en nøgle til at forstå baggrunden for den, eftersom den forklarer, hvorfor de »modydelser«, der kræves, hvis det første scenario tages i brug, ikke kræves, hvis aktiverne sælges en bloc. I dette tilfælde finder Kommissionen således, at »Sernam ikke længere vil have samme retlige status og vil have frigjort sine markedsandele til fordel for den uafhængige køber (der de facto kan fortsætte sine aktiviteter med Sernams aktiver)«⁵⁴. Som Retten ganske rigtigt har bemærket, er denne betragtning »indeholdt i det samme afsnit om forebyggelse af konkurrenceforvridninger som [...] 200. og 208.-211. betragtning«⁵⁵. I modsætning til, hvad appellanten har hævdet, fremgår det desuden klart af denne betragtnings ordlyd, at Kommissionen regnede med, at aktiviteterne ville blive overtaget af en uafhængig køber, der selv ville videreføre dem, og at Sernam faktisk ville trække sig ud af markedet til fordel for køberen.

47. Ifølge SNCF's argumentation kræver Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, hverken, at aktiverne overdrages en bloc uden passiverne, eller at Sernams økonomiske aktivitet afbrydes. Kommissionen skulle med andre ord have accepteret, at størsteparten af Sernam kunne sælges, og at Sernam kunne fortsætte sin økonomiske aktivitet uden nogen som helst modydelse (da der var tale om det andet scenario), selv om Kommissionen klart havde krævet, at der blev truffet foranstaltninger til at begrænse Sernams tilstedeværelse på markedet, hvis hele selskabet blev solgt. En sådan fortolkning er usammenhængende og tømmer Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, for ethvert indhold og enhver virkning. SNCF har naturligvis ret i, at overdragelsen af aktiverne resulterer i, at »aktiviteterne«

50 – Jf. blandt mange andre dom af 20.1.2011, General Química m.fl. mod Kommissionen (C-90/09 P, EU:C:2011:21, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis), og af 15.1.2014, Kommissionen mod Portugal (C-292/11 P, EU:C:2014:3, præmis 72 og den deri nævnte retspraksis).

51 – Jf. den appellerede doms præmis 194.

52 – Jf. punkt 42 i dette forslag til afgørelse.

53 – Jf. 215. betragtning til Sernam 2-beslutningen.

54 – 217. betragtning til Sernam 2-beslutningen, in fine.

55 – Den appellerede doms præmis 193.

videreføres i den forstand, at de markedsandele, som Sernam havde, overtages af en anden interesseret virksomhed. Da Sernam havde mistet sine aktiver, var det imidlertid klart, at det ikke kunne bevare sin position på markedet. Jeg er desuden – i lighed med den part, der er interveneret til støtte for Kommissionen – tilbøjelig til at mene, at der i SNCF's fortolkning ligger en stiltiende indrømmelse af, at transaktionerne i forbindelse med overførslen resulterede i, at Sernams aktiviteter blev videreført uden levering af de modbydelser, som var nødvendige for at dæmme op for konkurrenceproblemerne.

48. Det fremgik kort fortalt af artikel 3, dels at Sernam kunne fortsætte med at eksistere eller sælges fuldstændigt (aktiver og passiver), og at betingelserne i stk. 1 i så fald skulle opfyldes, dels at aktiverne kunne sælges en bloc, og at disse betingelser i så fald ikke længere var gældende, da Sernam ville have frigjort sine markedsandele til fordel for køberen. Et salg af aktiver en bloc ledsaget af en del af passiverne gjorde det ikke muligt at afbryde Sernams aktiviteter. Hvis disse aktiviteter fortsatte, skulle der leveres modbydelser. SNCF solgte Sernams aktiver en bloc sammen med »næsten alle [dets] aktiver«⁵⁶ uden at tilbyde nogen som helst modbydelse, der kunne kompensere for forstyrrelsen af konkurrencen. Set i dette perspektiv er transaktionens resultat for så vidt neutralt, men begrebsmæssigt er der snarere tale om et fuldstændigt salg af Sernam, og et sådant salg var underlagt strenge og klare betingelser om, at Sernam skulle trække sig ud af visse markedssegmenter, hvor der var overkapacitet.

49. Rettens ræsonnement var derfor ikke behæftet med nogen retlig fejl, da den konkluderede, at »[d]en omstændighed, at det ikke længere var nødvendigt at stille krav om tilbagetrækning fra vejtransportsektoren, hvor der var overkapacitet, hvis aktiverne blev solgt en bloc, kan kun forklares med den omstændighed, at i det tilfælde, at Sernams aktiver blev solgt en bloc til markedsprisen til en virksomhed, der ikke havde nogen juridisk forbindelse med [SNCF], efter en gennemskuelig og åben procedure, ville Sernam rent økonomisk forsvinde fra markedet sammen med den konkurrencefordrejning, som tildelingen af omstrukturingsstøtte til Sernam var årsag til«, eftersom »[frigørelsen af] markedsandele til fordel for den uafhængige køber [måtte] anses for at have bragt konkurrencefordrejningen, dvs. Sernams støttede aktiviteter, til ophør«⁵⁷.

50. Retten modsagde heller ikke sig selv, da den erkendte, at det, henset til 217. betragtning til Sernam 2-beslutningen, kunne »se ud til, at den økonomiske aktivitet [...] blev videreført«. Den præciserede nemlig straks, at det ikke var tilfældet, da der måtte være tale om »aktiviteten hos en helt anden aktør end Sernam, dvs. køberen, som integrerede Sernams aktiver i sin egen forretningsstrategi, idet støttemodtagerens markedsandele ellers ikke ville kunne anses for at være »frigjorte«⁵⁸. Den appellerede doms begrundelse er således ikke selvmodsigende i denne henseende og slet ikke hvad angår selve identiteten af køberen af Sernams aktiver.

51. Med hensyn til appellants påberåbelse af SMI- og CDA-dommene – hvis det da overhovedet kan foreholdes Retten (hvilket det ikke kan), at den ikke undersøgte, om den afgørelse, der var indbragt for den, var lovlig, i forhold til påstande i Domstolens praksis, der blot gengav den holdning, som Kommissionen havde indtaget i den sammenhæng, hvori disse sager indgik – har appellanten baseret sin fortolkning af disse domme på en delvis gennemgang, for så vidt som Kommissionen deri fastholdt, at salget af et selskabs aktiver en bloc til den samme køber gjorde det muligt for denne at videreføre den støttede økonomiske aktivitet, hvilket kunne resultere i vedvarende konkurrencefordrejning, men samtidig erkendte, at der måtte udvises særlig årvågenhed, og at der ikke var nogen risiko for omgåelse, hvis overdragelsen skete efter en procedure, som var ubetinget og stod åben for alle konkurrenter, hvilket netop er en af betingelserne i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2.

56 – Den appellerede doms præmis 197.

57 – Den appellerede doms præmis 194.

58 – Den appellerede doms præmis 218.

52. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg derfor, at det første anbringendes første og tredje led forkastes i deres helhed.

b) Det første anbringendes andet led

1) Den appellerede dom

53. I den appellerede doms præmis 90 fastslog Retten, at det var nødvendigt at vurdere, om salget havde fundet sted, ud fra tidspunktet for den faktiske overdragelse af aktiverne, eftersom formålet med Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, sammenholdt med 217. betragtning til denne beslutning, var at tvinge Sernam til at skille sig af med alle sine aktiver og frigøre sine markedsandele. Ifølge Retten ville en formalistisk fortolkning af Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, blokere dens virkninger og risikere at medføre, at den faktiske overdragelse af aktiverne først fandt sted længe efter afslutningen af salget i ordets retlige forstand.

2) Sammenfatning af parternes argumenter

54. Appellanten har anført, at salget rent faktisk blev afsluttet den 30. juni 2005, og at den tidsmæssige betingelse i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, derfor var opfyldt. Det fremgik ikke af denne beslutning, at den faktiske overdragelse af aktiverne skulle finde sted den 30. juni 2005, men blot, at salget skulle være sket senest på denne dato. Ifølge fransk ret, nærmere bestemt artikel 1583 i code civil (den borgerlige lovbog), kendetegnes salget desuden ved, at der indgås en aftale om genstanden og den pris, der skal betales, selv om genstanden endnu ikke er blevet leveret eller betalt. Med bemærkningen i den appellerede doms præmis 90 om, at det skulle vurderes, om salget faktisk havde fundet sted den 30. juni 2005, ud fra tidspunktet for overdragelsen af aktiverne, udvidede Retten ordlyden af Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, betydeligt, samtidig med at den fordrejede begrebet »salg« i denne artikel.

55. Kommissionen har gjort gældende, at det første anbringendes andet led må forkastes.

3) Bedømmelse

56. De betingelser, der skulle være opfyldt, for at støtten på 503 mio. EUR til omstrukturering af Sernam fortsat kunne anses for at være forenelig, omfattede en tidsmæssig betingelse – Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2 – hvoraf det fremgik, at et eventuelt salg af Sernams aktiver en bloc skulle finde sted senest den 30. juni 2005.

57. Hvis det antages, at Rettens vurdering af, hvornår salget fandt sted, ikke kun beror på en vurdering af de faktiske omstændigheder, har appellanten ikke godtgjort, at Rettens undersøgelse var mangelfuld. Selv om der ikke kan opstilles en EU-retlig definition af begrebet »salg« i forbindelse med foranstaltninger til kompensation for statsstøtte, og dette salg nødvendigvis skal ske på de betingelser, der er fastsat i national ret⁵⁹, har Kommissionen og Unionens retsinstanser altså alligevel ret til at kræve, at disse betingelser ikke bringer EU-rettens effektive virkning i fare. Det var netop denne risiko, Retten pegede på, da den i den appellerede doms præmis 90 fastslog, at den fortolkning, som SNCF havde foreslået, »ville blokere dens virkninger og risikere at medføre, at den faktiske overdragelse af aktiverne først fandt sted længe efter afslutningen af »salget« i ordets retlige forstand«. Det fremgår desuden af sagsakterne, at budet fra Sernams ledelse var blevet fremsendt til SNCF den 30. juni 2005 og alene var blevet »principielt accepteret samme dag af SNCF's øverste ledelse«⁶⁰. Da

59 – Dette bemærkede Retten i øvrigt i den appellerede doms præmis 102.

60 – 32. betragtning til Sernam 3-afgørelsen.

scenariet i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, udgør et alternativ til scenariet i denne beslutnings artikel 3, stk. 1, og da betingelserne for anvendelsen af det første scenario ikke gælder, hvis det andet scenario tages i brug, var det endelig logisk og udvidede ikke ordlyden af Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, i urimeligt omfang, således som SNCF har påstået, at Retten fortolkede den tidsmæssige betingelse heri som et krav om, at aktiverne faktisk skulle overdrages senest den 30. juni 2005. Det følger af det ovenstående, at det første anbringendes andet led bør forkastes.

2. Det andet anbringende om, at Retten begik en retlig fejl ved fejlagtigt at fastslå, at ledelsens bud ikke kunne anses for at være baseret på en åben og gennemskelig procedure

a) Den appellerede dom

58. I den appellerede doms præmis 163, 164 og 174 fastslog Retten i det væsentlige, at det kun var konsortiet mellem tilbudsgiver nr. 5 og Sernams ledelse, der oprindeligt havde deltaget i udbuddet og fremsat et foreløbigt bud, og ikke de enkelte medlemmer af ledelsen, og at klagepunktet om, at Sernams ledelse havde deltaget i udbuddet lige fra begyndelsen, og at dens bud var baseret på en gennemskelig og åben procedure, derfor måtte forkastes. Det var desuden konsortiets projekt, der oprindeligt var blevet valgt efter den anden udbudsrunde. Retten afviste således det argument, der tilsigtede at godtgøre, at ledelsen havde deltaget i udbuddet lige fra begyndelsen af proceduren, eftersom den ikke deltog selvstændigt og ikke var ene om at afgive budet. Retten konkluderede, at dette bud derfor ikke kunne anses for at være baseret på en åben og gennemskelig procedure.

b) Sammenfatning af parternes argumenter

59. SNCF har foreholdt Retten, at den begik en retlig fejl ved fejlagtigt at fastslå, at proceduren ikke havde været åben og gennemskelig som krævet i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, når medlemmerne af Sernams ledelse ikke havde deltaget selvstændigt lige fra procedurens begyndelse. Det fremgik nemlig hverken af denne artikel eller af Sernam 2-beslutningen eller EU-retten, at den tilbudsgiver, der endte med at blive valgt, skulle have deltaget selvstændigt og uafhængigt lige siden begyndelsen af udvælgelsesprocessen. Efter at have forklaret, hvordan proceduren forløb efter den anden udvælgelsesrunde, har SNCF anført, at det både fremgår af Kommissionens praksis og af retspraksis, at betingelsen om, at et udbud skal være åbent og gennemskeligt, er opfyldt, hvis alle interesserede parter har haft mulighed for at afgive et bud, og hvis de har haft samme adgang til oplysninger og været omfattet af de samme frister⁶¹. Hvis det antages, at principperne for offentlige kontrakter, som bl.a. er fastsat i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter⁶² og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF⁶³, kan overføres analogt på procedurer for overdragelse af aktiver, kan en sådan kontrakt i henhold til EU-retten tildeles en erhvervsdrivende uden forudgående offentliggørelse og udbud efter en mislykket procedure, selv om den erhvervsdrivende ikke har deltaget i den første procedure, og uden at det tilsidesætter principperne om åbenhed og gennemskelighed. Disse principper bør i særdeleshed anses for at være overholdt, når aktiverne er blevet overdraget til den sidste interesserede part, som var den eneste, der havde afgivet et fast bud, og når denne part deltog i hele processen, men i første omgang som medlem af et konsortium, som den anden part trådte ud af under proceduren.

60. Kommissionen har gjort gældende, at det andet anbringende må afvises, subsidiært forkastes.

61 – SNCF har herved påberåbt sig beslutning af 3.7.2001 om Spaniens statsstøtte og påtænkte statsstøtte til omstrukturering af Babcock Wilcox España SA (EFT 2002, L 67, s. 50), beslutning af 27.2.2008 om Rumæniens statsstøtte C 46/07 til virksomheden Automobile Craiova (EUT 2008, L 239, s. 12), Domstolens dom af 29.4.2004, Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238, præmis 95), og Rettens dom af 19.10.2005, CDA Datenträger Albrechts mod Kommissionen (T-324/00, EU:T:2005:364, præmis 110).

62 – EUT 2014, L 94, s. 1.

63 – EUT 2014, L 94, s. 65.

c) Bedømmelse

61. Appellanten har med det andet anbringende anfægtet en del af den vurdering, hvorpå Retten støttede sin konklusion om, at salget af Sernams aktiver en bloc ikke var sket efter en åben og gennemsæuelig procedure som krævet af Kommissionen. Retten undersøgte således fire klagepunkter i forbindelse med det fjerde annullationsanbringendes femte led. Med det første klagepunkt havde SNCF gjort gældende, at buddet fra Sernams ledelse var baseret på en åben og gennemsæuelig procedure, eftersom ledelsen deltog i udbudsprocessen lige fra begyndelsen inden for rammerne af et konsortium, der var oprettet i fællesskab med tilbudsgiver nr. 5, og først afgav et bud alene, efter at dens partner havde meddelt, at denne ikke ville være i stand til at afgive et fast bud inden for den frist, Kommissionen havde fastsat. Retten fremførte to argumenter i forbindelse med dette klagepunkt, hvoraf SNCF imidlertid har anfægtet det andet særskilt⁶⁴.

62. Det skal indledningsvis påpeges, at det andet anbringende vedrører den appellerede doms præmis 163 og 164, hvori det blot fastslås, at det var konsortiet mellem tilbudsgiver nr. 5 og ledelsen, der oprindeligt deltog i udbudsproceduren, og at det var projektet fra dette konsortium, der oprindeligt blev valgt. I den appellerede doms præmis 164 nøjes Retten med at gengive et svar, som de franske myndigheder gav Kommissionen den 6. januar 2012. Der er således i det væsentlige tale om en bedømmelse af de faktiske omstændigheder, som også fremgår af punkt 16 ff. i SNCF's stævning for Retten. Det fremgår under alle omstændigheder af appelskriftet, at SNCF med det andet anbringende har foreholdt Retten, at den begik en retlig fejl, og ikke, at den gengav de faktiske omstændigheder urigtigt. Dette anbringende bør afvises af formalitetsgrunde, da en appel traditionelt er begrænset til retsspørgsmål, medmindre der er foretaget urigtig gengivelse af faktiske omstændigheder og beviser, hvilket ikke gøres gældende her. Anbringendet kan heller ikke tiltrædes, for så vidt som det vedrører den konklusion, som Retten drog i den appellerede doms præmis 174, og hvorved Retten afviste det argument, der tilsigtede at godtgøre, at ledelsen deltog i udbuddet lige fra begyndelsen, eftersom den ikke deltog selvstændigt og ikke var ene om at afgive buddet fra begyndelsen.

63. Herefter foretog Retten imidlertid en retlig kvalificering af de faktiske omstændigheder, da den af disse omstændigheder – at Sernams ledelse ikke havde deltaget selvstændigt lige siden procedures begyndelse – udledte, at ledelsens bud ikke kunne anses for at være baseret på en åben og gennemsæuelig procedure som omhandlet i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2. Denne kvalificering kan efterprøves af Domstolen under en appelsag⁶⁵.

64. Som SNCF har fremhævet, var det ikke bestemt i EU-retten, hvordan proceduren for overdragelse af Sernams aktiver en bloc skulle tilrettelægges. Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, indeholdt imidlertid et udtrykkeligt krav, nemlig at proceduren skulle være åben og gennemsæuelig.

65. Uden at det er nødvendigt at tage stilling til, om de EU-retlige principper for offentlige kontrakter finder anvendelse i forbindelse med gennemførelsen af Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2 – især da 1) intet tyder på, at Rettens vurdering var baseret på denne forudsætning, 2) SNCF ikke synes at have påberåbt sig direktiv 2014/23 og 2014/24 tidligere, og 3) SNCF ikke har bestridt dette formelt – skal det over for appellanten, som har påberåbt sig præcedens i form af SMI-dommen⁶⁶, påpeges, at selv om Domstolen i denne dom fastslog, at den omstændighed, at salget af aktiver en bloc ikke fandt sted straks, men efter flere forgæves forsøg på at sælge til et andet selskab, »indikerer, at den fulgte procedure var tilstrækkeligt åben og gennemsæuelig«⁶⁷, var der tale om et salg, der skete under tilsyn fra en domstol, hvilket SNCF har undladt at nævne.

64 – I forbindelse med det tredje anbringende i den foreliggende sag har SNCF således anfægtet Rettens bemærkning om, at Sernams ledelses faste bud lå meget langt fra det bud, som konsortiet ledet af tilbudsgiver nr. 5 afgav under den anden runde, og at det ikke var nær så attraktivt for sælgere.

65 – Jf. bl.a. dom af 10.5.2007, SGL Carbon mod Kommissionen (C-328/05 P, EU:C:2007:277, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).

66 – Dom af 29.4.2004, Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238).

67 – SMI-dommen, præmis 95.

66. For så vidt angår udbud har SNCF henvist til Kommissionens praksis og understreget, at Kommissionen lægger vægt på, at »alle de virksomheder, som kunne have interesse i at købe [...], havde mulighed for at afgive bud, og at virksomheden blev solgt til det højeste bud«⁶⁸, samt på lige adgang til oplysninger⁶⁹. Når Kommissionen i forbindelse med statsstøtte kræver, at der iværksættes en åben og gennemsækelig procedure, vil dette krav imidlertid miste sin effektive virkning, hvis det anses for opfyldt, når proceduren er blevet indledt på et åbent og gennemsæeligt grundlag, der giver alle interesserede parter lige adgang til oplysninger. Proceduren skal være åben og gennemsæelig gennem hele processen og kan ikke, som appellantens har anført, begrænses til at gøre det muligt at afgive et bud, hvor parterne har samme adgang til oplysninger og er omfattet af de samme frister⁷⁰.

67. Der er i det foreliggende tilfælde ingen tvivl om, at den tilbudsgiver, som Sernams aktiver⁷¹ blev overdraget til, ikke deltog i proceduren lige fra begyndelsen. Når det valgte bud stammede fra en tilbudsgiver, som ikke var blandt de oprindelige potentielle overtagere, kunne Kommissionen og senere Retten med rette lægge til grund, at den iværksatte procedure ikke havde været gennemsæelig, for så vidt som den medførte, at der blev indgået aftale om overdragelsen med en tilbudsgiver, som ikke havde deltaget i udbuddet fra begyndelsen, hvilket kunne have forringet de øvrige tilbudsgivers konkurrencemæssige stilling⁷² og gjort proceduren ugyldig.

68. Det følger af det ovenstående, at det andet anbringende delvis bør afvises og delvis bør forkastes.

3. Det tredje anbringende om urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder og en retlig fejl, for så vidt som Retten med urette lagde til grund, at budet fra Sernams ledelse ikke var nær så attraktivt for sælgeren som de øvrige tilbudsgivers uforpligtende bud

a) Den appellerede dom

69. Det fremgår af den appellerede doms præmis 165 og 166, at Rettens begrundelse for at forkaste klagepunktet om, at budet fra Sernams ledelse var baseret på en gennemsæelig og åben procedure, eftersom ledelsen, der deltog i processen lige fra begyndelsen, afgav det eneste bud – oprindeligt inden for rammerne af det konsortium, der var oprettet i fællesskab med tilbudsgiver nr. 5 – var, at ledelsens faste bud lå meget langt fra det bud, som konsortiet ledet af tilbudsgiver nr. 5 afgav under den anden runde, og at det ikke var nær så attraktivt for sælgeren. Retten støttede denne konklusion på en række oplysninger i de skrivelser, der blev udvekslet mellem Kommissionen og Den Franske Republik i 2005 og 2012, og fandt, at forskellen mellem de to bud skulle vurderes efter kriteriet om det forventede behov for forudgående rekapitalisering af målvirksomheden fra appellantens side, hvilket i Sernams ledelsens endelige bud blev anslået til et langt højere beløb end det, konsortiet ledet af tilbudsgiver nr. 5 havde foreslået. Konsortiets negative bud i anden runde udgjorde ifølge Retten og inden for de givne rammer -56,4 mio. EUR, hvorimod ledelsens bud udgjorde -95,5 mio. EUR⁷³. Retten afviste også argumentet om, at drøftelserne af logiske årsager var fortsat med den »sidste interesserede part«, efter at tilbudsgiver nr. 5 var udgået af proceduren, og fastslog, at SNCF burde have rettet

68 – SNCF har her henvist til 102. betragtning til beslutning af 3.7.2001 om Spaniens statsstøtte og påtænkte statsstøtte til omstrukturering af Babcock Wilcox España SA.

69 – SNCF har her henvist til 67.-71. betragtning til beslutning af 27.2.2008 om Rumæniens statsstøtte C-46/07 (ex NN 59/07) til virksomheden Automobile.

70 – Når en tilbudsgiver, der ikke har deltaget selvstændigt lige fra begyndelsen, får adgang til proceduren senere hen, er det under alle omstændigheder også uklart, om deltagerne i proceduren reelt har været omfattet af de samme frister i det foreliggende tilfælde.

71 – Og de fleste af passiverne, jf. navnlig punkt 48 i dette forslag til afgørelse.

72 – Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt EU-retten er til hinder for, at en ordregiver tillader en erhvervsdrivende, som indgik i en sammenslutning af to virksomheder, der var blevet prækvalificeret og havde afgivet det første tilbud i et udbud med forhandling om tildeling af en offentlig kontrakt, at fortsætte deltagelsen i denne udbudsprocedure i sit eget navn efter opløsningen af den nævnte sammenslutning, henvises til dom af 24.5.2016, MT Højgaard og Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), som ganske vist adskiller sig væsentligt med hensyn til de regler, som fandt anvendelse i den sag, der blev indbragt for Domstolen, men som alligevel kan tjene til inspiration.

73 – Jf. den appellerede doms præmis 167.

opmærksomheden mod tilbudsgiver nr. 4, som havde deltaget i proceduren lige fra begyndelsen, og som havde afgivet et foreløbigt bud i anden runde på -62,5 mio. EUR⁷⁴. Retten lagde ikke vægt på, at tilbudsgiveren ikke havde afgivet noget fast bud, og fokuserede kun på spørgsmålet om, hvorvidt ledelsens faste bud var baseret på udbudsproceduren⁷⁵.

b) Sammenfatning af parternes argumenter

70. Appellanten har anført, at Sernams ledelses bud ikke kunne anses for at være baseret på et åbent og gennemskueligt udbud, eftersom det ikke havde været nær så attraktivt for sælgeren som de foreløbige bud, de andre tilbudsgivere havde afgivet i anden runde. Retten begik derfor en retlig fejl og gengav de faktiske omstændigheder urigtigt ved at fastslå det modsatte. SNCF har påpeget, at den likviditet, som konsortiets foreløbige bud var baseret på, adskilte sig fra den, som tilbudsgiver nr. 4 havde baseret sit foreløbige bud i anden runde på. SNCF har således anfægtet Rettens vurdering af det rekapitaliseringsbehov, som tilbudsgiver nr. 4 havde beregnet. Da Sernams likviditet blev væsentligt forringet i perioden fra den 31. december 2004 til den 30. juni 2005, beregnede tilbudsgiver nr. 4 naturligvis et langt højere rekapitaliseringsbehov for Sernam. Hvis det antages, at Sernams ledelses faste bud kan sammenlignes med konsortiets uforpligtende bud i anden runde, begik Retten således en alvorlig fejl.

71. Kommissionen anser det tredje anbringende for at være irrelevant og subsidært ugrundet.

c) Bedømmelse

72. Appellantens hensigt med det tredje anbringende er at godtgøre, at Retten med urette fastslog, at det faste bud fra Sernams ledelse ikke var nær så attraktivt som buddet fra det konsortium, der var oprettet i fællesskab med tilbudsgiver nr. 5, før denne udgik af proceduren, og som det bud, tilbudsgiver nr. 4 afgav efter den anden indledende runde. Det drejer sig også her om at afgøre, om salget af Sernams aktiver fandt sted efter en åben og gennemskuelig procedure. Da jeg i forbindelse med min vurdering af det andet anbringende har konstateret, at Sernams ledelse ikke deltog selvstændigt i udvælgelsesproceduren lige fra begyndelsen, og at den endelige udvælgelse af dens bud derfor alene af denne grund ikke var baseret på en åben og gennemskuelig procedure, hvilket var i strid med kravet i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, må det konstateres, at selv om Domstolen – rent teoretisk – måtte fastslå, at Retten har begået en retlig fejl eller gengivet de faktiske omstændigheder urigtigt ved at fastslå, at buddet fra Sernams ledelse var mindre fordelagtigt, kan det ikke rejse tvivl om den konklusion, som den nåede frem til, og som jeg netop har nævnt. Jeg tilslutter mig derfor Kommissionen holdning om, at det tredje anbringende er irrelevant⁷⁶.

73. For fuldstændighedens skyld vil jeg i lighed med Kommissionen tilføje, at Retten i den appellerede doms præmis 166 og 168 fastslog, at det ifølge buddet i anden runde fra det konsortium, der var oprettet i fællesskab med tilbudsgiver nr. 5, var hensigten at tilføre »et stort beløb« til Sernams kapital, hvorimod ledelsens bud indebar en langt mindre tilførsel. Denne del af dommen anfægtes imidlertid ikke i forbindelse med appellen. Den fremgår således meget klart, at der var stor forskel på buddene, og det var derfor ikke muligt at begå retlige fejl eller foretage urigtig gengivelse ved vurderingen af rekapitaliseringsbehovet i forbindelse med buddene.

74 – Jf. den appellerede doms præmis 170.

75 – Jf. den appellerede doms præmis 173.

76 – Hvilket appellanten i øvrigt ikke synes at bestride, eftersom denne ikke har kommenteret Kommissionens holdning i sin replik.

74. For så vidt som dette kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, kan det ikke foreholdes Retten, at den ikke tog hensyn til, at de forskellige bud ikke var baseret på den samme likviditet hos Sernam, eftersom SNCF ikke fremførte dette argument ved Retten. Retten kan ikke have gengivet faktiske omstændigheder forkert, når disse ikke var blevet fremlagt for den. Hvad angår Rettens sammenligning af ledelsens faste bud med konsortiets uforpligtende bud i anden runde har appellanten ikke formuleret noget retligt begrundet klagepunkt herom og synes tværtimod at medgive, at en sådan sammenligning er mulig⁷⁷.

75. Det følger af det ovenstående, at det tredje anbringende bør forkastes.

4. Det fjerde anbringende om en retlig fejl samt en utilstrækkelig og selvmodsigende begrundelse, for så vidt som Retten fastslog, at Kommissionen ikke havde forvekslet genstanden og prisen for salget af Sernams aktiver en bloc

a) Den appellerede dom

76. I den appellerede doms præmis 153 – hvori Retten gennemgik det fjerde anbringendes fjerde led⁷⁸ vedrørende en retlig fejl, som Kommissionen begik, da den i 117. betragtning til Sernam 3-afgørelsen fandt, at overdragelsen ikke var begrænset til Sernams aktiver, da den var blevet forhøjet med 57 mio. EUR netto – bemærkede Retten, at Kommissionen ikke havde forvekslet salgsgenstanden med salgsprisen, da dette beløb ved de successive rekapitaliseringer af Sernam og Sernam Xpress var blevet føjet til aktiverne i disse selskaber. I præmis 154 fastslog den også, at det ikke kunne bebrejdes Kommissionen, at den i denne afgørelse ikke havde oplyst, at den ikke kunne acceptere en negativ pris, for så vidt som den negative pris skyldes, at forpligtelsen til kun at sælge aktiverne ikke blev overholdt. Dette fremgår desuden af de værdiansættelser, som tilbudsgiverne foretog »cash free, debt free« efter den første udbudsrunde, og som alle resulterede i positive pristilbud⁷⁹. Retten konkluderede, at det fremgik af disse positive værdiansættelser, at aktivernes salgspris ville have været positiv eller nul, men ikke negativ, hvis SNCF havde nøjedes med at sælge aktiverne og ikke passiverne⁸⁰.

b) Sammenfatning af parternes argumenter

77. Ifølge SNCF forvekslede Kommissionen salgsgenstanden (aktiverne en bloc) med den (negative) pris for deres erhvervelse, da den i 117. betragtning til Sernam 3-afgørelsen fandt, at der gennem rekapitaliseringen af Sernam og Sernam Xpress blev tilføjet et nettobeløb på 57 mio. EUR til aktiverne, og at en sådan tilføjelse ikke tilladt i henhold til Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2. Appellanten har på dette grundlag kritiseret Retten for, at den i den appellerede doms præmis 153 blot fastslog, at Kommissionen ikke havde foretaget nogen forveksling som påstået af SNCF, ved hjælp af uimodsigelige påstande og uden at underbygge dette nærmere. Appellanten har også anført, at denne konklusion må betragtes som en retlig fejl, og at præmis 153 synes at modsige det ræsonnement, som Retten lagde til grund i forbindelse med det fjerde anbringendes andet led⁸¹.

77 – Jf. appelskriftets punkt 86, hvori appellanten blot har anvendt udtrykket »under antagelse af at«.

78 – Vedrørende retlige og faktiske fejl, som Kommissionen begik, idet den fandt, at overdragelsen af aktiverne en bloc ikke skete i overensstemmelse med betingelserne i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2.

79 – Jf. den appellerede doms præmis 155-157.

80 – Jf. den appellerede doms præmis 158.

81 – Vedrørende retlige og faktiske fejl, som Kommissionen begik, da den i 99.-102. betragtning til Sernam 3-afgørelsen fandt, at overdragelsen af Sernams aktiver en bloc til en negativ pris ikke udgjorde et salg.

78. SNCF har bestridt, at salget af aktiver var blevet forhøjet med 57 mio. EUR netto, og forklaret, at rekapitaliseringen med dette beløb⁸² ikke udgjorde en tilføjelse til de overtagne aktiver, men den negative pris, der blev betalt for erhvervelsen af Sernams aktiver en bloc. Selv om Retten i den appellerede doms præmis 103 og 107 erkendte, at statsstøtteregeleerne ikke fokuserer på transaktioners retlige former, men på deres økonomiske realitet, og at det er muligt at foretage et salg til en negativ pris efter sælgerens forudgående rekapitalisering, afviste den efter en vurdering, der udelukkende var baseret på denne overdragelses retlige form, dog, at rekapitaliseringen af Sernam kunne betragtes som den negative pris, der blev betalt for overdragelsen af aktiver en bloc.

79. Rettens ræsonnement er behæftet med endnu en retlig fejl. Hvad angår Rettens bemærkning om, at den negative pris skyldtes, at forpligtelsen til kun at sælge Sernams aktiver og ikke passiverne ikke var blevet opfyldt, har SNCF gjort gældende, at overdragelsen af Sernams aktiver en bloc betød, at Sernams aktiviteter blev videreført, og at der derfor forelå en »badwill«⁸³ som følge af afhændelsen af den strukturelt tabsgivende aktivitet og den automatiske overførsel af ansættelseskontrakter i henhold til fransk ret, hvilket selvfølgelig resulterede i, at aktiviteten fik en negativ værdi. Den negative pris skyldtes således ikke tilføjeisen af visse passiver, men selve ordlyden af Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, som krævede, at aktiverne blev overdraget en bloc, og dermed gjorde det muligt at afhænde en strukturelt tabsgivende aktivitet, hvilket omfattede de driftsomkostninger, der var forbundet med at opretholde personalets ansættelseskontrakter.

80. I replikken har SNCF videre anført, at antagelsen om, at salget kunne være sket til en positiv pris, er uden hold i virkeligheden og udtryk for urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, da samtlige bud var særdeles negative.

81. Ifølge Kommissionen bør det fjerde anbringende dels afvises, delvis forkastes.

c) Bedømmelse

82. SNCF's antagelse går på, at rekapitaliseringen er et af elementerne i salget af Sernams aktiver en bloc til en negativ pris. Jeg vil indledningsvis påpege, at SNCF's rekapitalisering af Sernam ved tilføjelse af aktiver ikke bestrides i faktisk henseende⁸⁴. I den appellerede doms præmis 153 bemærkede Retten imidlertid, at »[n]ettobeløbet på 57 mio. EUR fra de successive rekapitaliseringer af Sernam og Sernam Xpress blev [...] føjet til aktiverne i Sernam og siden i Sernam Xpress«. Dette er en faktisk konstatering, som parterne ikke har bestridt. Retten kan derfor ikke kritiseres for en utilstrækkelig begrundelse. Retten afgjorde desuden, at der ikke var sket nogen forveksling mellem salgsgenstanden og salgsprisen, på grundlag af 117. betragtning til Sernam 3-afgørelsen, der er nævnt i den appellerede doms præmis 152.

83. Det virker i øvrigt heller ikke selvmodsigende at fastslå, dels at EU-retten ikke er til hinder for, at et salg har fundet sted til en negativ pris, hvilket Retten gjorde i den appellerede doms præmis 107, dels at en rekapitalisering, som er sket under de omstændigheder, der er beskrevet i præmis 153, ikke er forenelig med Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2. Der er tale om to vidt forskellige spørgsmål. Den første bemærkning blev fremsat i forbindelse med vurderingen af kravet i denne artikel om et »salg«, hvor Kommissionen havde anført, at der ikke kunne ske et salg til en negativ pris. Dette problem bør adskilles fra spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen havde tilladt en tilføjelse af aktiver i Sernam 2-beslutningen. Selv om Retten behandlede begrebet »salg« først i forbindelse med sin fortolkning af begrebet »salg af aktiver en bloc«, handler de dele af dommen, der anfægtes med det foreliggende anbringende, mere om begrebet »aktiver en bloc«. Som det fremgår af overskriften for

82 – Nærmere bestemt en rekapitalisering på 59 mio. EUR, hvoraf Financière Sernam anvendte 2 mio. EUR til at erhverve Sernams aktiver en bloc (jf. punkt 93 i appelskriftet).

83 – Dvs. den eventuelle difference mellem den anskaffelsespris, der er afregnet kontant eller med aktier, og værdien af de erhvervede udestående aktiver og passiver betragtet individuelt (jf. den appellerede doms præmis 223).

84 – Jf. appelskriftets punkt 93.

det fjerde anbringendes fjerde led, der er fremført for Retten, undersøgte Retten spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen i 117. betragtning til Sernam 3-afgørelsen med rette kunne fastslå, at overdragelsen, der var begrænset til Sernams aktiver, uretmæssigt var blevet forhøjet med 57 mio. EUR. Efter en gennemgang af de faktiske omstændigheder konkluderes det som bekendt i 117. betragtning, at »[e]n sådan tilføjelse til aktiverne [...] ikke [var] tilladt i henhold til artikel 3, stk. 2, i Sernam 2-beslutningen«.

84. Retten vurderede i den appellerede doms præmis 154, at den negative pris skyldtes, at der var tilføjet passiver ved salget af Sernams aktiver, hvilket må betragtes som en bedømmelse af de faktiske omstændigheder. Appellanten har i forbindelse med det foreliggende anbringende ikke gjort gældende, at Retten gengav de faktiske omstændigheder urigtigt. Selv om SNCF generelt har bestridt, at salget af aktiver en bloc ikke måtte omfatte passiver, har selskabet i øvrigt af logiske årsager ikke bestridt, at salget af Sernam omfattede langt de fleste af disse passiver. Som jeg tidligere har nævnt, skulle det salg, der var omhandlet i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, reelt forstås således, at det kun omfattede Sernams aktiver og ikke dets passiver. Når salget omfattede passiver, kan det uden videre fastslås, at betingelserne i denne artikel ikke var overholdt. Det bør under alle omstændigheder også påpeges, at SNCF under retsmødet ved Retten erkendte, at »et aktiv, der afhændes særskilt, pr. definition har en værdi, som kan være positiv eller nul, men ikke kan være negativ«⁸⁵. Jeg har derfor vanskeligt ved at se, at appellanten under appelsagen kan rejse tvivl om en bemærkning, som blot drager konsekvenserne af dennes eget standpunkt.

85. Det følger af det ovenstående, at det fjerde anbringende bør forkastes.

5. Det femte anbringende om en retlig fejl og en fordrejning af Sernam 2-beslutningens dispositive del, for så vidt som Retten lagde til grund, at det ikke var i overensstemmelse med Sernam 2-beslutningens artikel 4 at opføre fordringen vedrørende tilbagesøgning af støtten på 41 mio. EUR som passiv ved Sernams likvidation

a) Den appellerede dom

86. I den appellerede doms præmis 237 ff. undersøgte Retten klagepunktet om, at ingen af kriterierne for, at der havde været økonomisk kontinuitet mellem Sernam og Sernam Xpress, var opfyldt i det foreliggende tilfælde. Efter at have henvist til 144. betragtning til Sernam 3-afgørelsen, hvori Kommissionen konkluderede, at »[a]lle kriterier til påvisning af den økonomiske forbindelse i henhold til beslutningen og Seleco-dommen⁸⁶ [...] derfor [var] til stede«, gennemgik Retten disse kriterier enkeltvis.

87. Hvad angår overførselens genstand bemærkede Retten med henvisning til, hvad den havde fastslået i den appellerede doms præmis 134-137, at Kommissionen med rette havde fundet, at hele virksomheden var blevet overdraget i strid med Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2⁸⁷.

88. Hvad angår aktionærernes identitet tilsluttede Retten sig Kommissionens konklusion om, at Sernams indskud i Sernam Xpress havde fundet sted inden for appellants koncern⁸⁸.

⁸⁵ – Den appellerede doms præmis 155.

⁸⁶ – Dom af 8.5.2003, Italien og SIM 2 Multimedia mod Kommissionen (C-328/99 og C-399/00, EU:C:2003:252).

⁸⁷ – Jf. den appellerede doms præmis 240.

⁸⁸ – Jf. den appellerede doms præmis 243.

89. Hvad angår tidspunktet for overførslen bemærkede Retten for det første, at det er lige så let at omgå tilbagesøgningspligten på tidspunktet for gennemførelse af en afgørelse, som indebærer en mulighed for salg af støttemodtagerens aktiver en bloc og en forpligtelse til tilbagesøgning af ulovlig og uforenelig støtte, som det er under den formelle undersøgelsesprocedure, hvor den hævdede omgåelse i Seleco-, SMI- og CDA-dommene⁸⁹, som appellanten har påberåbt sig, foregik⁹⁰, og for det andet, at den tidligere havde fastslået, at transaktionen hverken overholdt tidsfristen eller reglerne i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2⁹¹.

90. Hvad angår den økonomiske følgerigtighed bemærkede Retten også, at betingelserne i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, ikke var blevet overholdt, at Sernams økonomiske aktivitet ikke var blevet afbrudt, og at formålet med denne artikel derfor ikke var opfyldt⁹². Den fastslog ligeledes, at appellantens ikke kunne begrunde, at salget, der skulle ske uden passiver, faktisk omfattede passiver, med støtte i national ret⁹³.

91. Hvad angår prisen fastslog Retten i det væsentlige, at den negative pris, der blev betalt, ikke kunne betragtes som en markedspris, som var resultatet af et åbent og gennemsommeligt udbud, eftersom Retten allerede havde fastslået, at Sernams ledelses bud ikke var resultatet af en åben og gennemsommeligt procedure⁹⁴. Den bemærkede også, at den negative pris på 57 mio. EUR snarere var udformet som en driftsstøtte, som skulle dække Sernam Xpress' tab i årene 2005-2008, og at den var ledsaget af en eftergivelse af fordringer på Sernam svarende til et beløb af 38,5 mio. EUR⁹⁵. Retten afviste dernæst dels bevisværdien af de forskellige uafhængige ekspertvurderinger, som SNCF havde påberåbt sig, og som angiveligt bekræftede, at prisen for overdragelsen var en markedspris⁹⁶, dels SNCF's argumenter vedrørende de to sidste punktummer i 145. betragtning til Sernam 3-afgørelsen, da de var fremsat for fuldstændighedens skyld og kun var »endnu et tegn« på, at den kontraktmæssige balance mellem SNCF og Financière Sernam ikke afspejlede markedsvilkårene⁹⁷. Retten fastslog desuden, at Kommissionen med rette havde konkluderet, at overførslen af aktiviteter fra Sernam til Sernam Xpress havde medført, at Sernam Xpress faktisk nød godt af den med støtten forbundne konkurrencefordel, eftersom der var økonomisk kontinuitet mellem de to selskaber⁹⁸. Hvad angår henvisningen til retspraksis vedrørende salg af aktier, hvoraf det efter Den Franske Republiks opfattelse fremgår, at hvis det pålægges den solgte virksomhed at tilbagebetale den ulovlige og uforenelige støtte, vil dette være til skade for køberen af denne virksomhed, dvs. Financière Sernam, som allerede har betalt denne støtte ved at købe virksomheden til markedsprisen, bemærkede Retten i øvrigt, at Kommissionen med rette havde fundet, at salget af andele i Sernam Xpress til Financière Sernam ikke havde medført, at Sernam Xpress var blevet fritaget for forpligtelsen til at tilbagebetale støtten på 41 mio. EUR. Financière Sernam var således ikke blevet pålagt at tilbagebetale støtten på 41 mio. EUR som køber af andele i Sernam Xpress, men som dette selskabs retssuccessor efter fusionen med Sernam Xpress den 30. juni 2011 og den efterfølgende overdragelse af formuen som helhed, og eftersom Kommissionen havde ført tilstrækkeligt bevis for, at der var økonomisk kontinuitet mellem Sernam og Sernam Xpress⁹⁹. Retten fandt det endelig ikke relevant, at SNCF påberåbte sig kriteriet om den private investor, som efter Rettens opfattelse ikke var forbundet med forpligtelsen til at tilbagesøge de 41 mio. EUR, men vedrørte et helt andet spørgsmål om kvalificeringen af den nye

89 – Henholdsvis Domstolens dom af 8.5.2003, Italien og SIM 2 Multimedia mod Kommissionen (C-328/99 og C-399/00, EU:C:2003:252), SMI-dommen og CDA-dommen.

90 – Jf. den appellerede doms præmis 246.

91 – Den appellerede doms præmis 247, hvori Retten henviste til den appellerede doms præmis 84-93 og 110-187.

92 – Jf. den appellerede doms præmis 251.

93 – Jf. den appellerede doms præmis 252.

94 – Jf. den appellerede doms præmis 255.

95 – Jf. den appellerede doms præmis 256.

96 – Jf. den appellerede doms præmis 257-260.

97 – Jf. den appellerede doms præmis 261 og 262.

98 – Jf. den appellerede doms præmis 263-265.

99 – Jf. den appellerede doms præmis 266-270.

støtte¹⁰⁰. Retten fastslog afslutningsvis, at det var i fuld overensstemmelse med dommen i sagen Kommissionen mod Spanien¹⁰¹, da Kommissionen fandt, at det ikke var tilstrækkeligt at opføre den ulovlige og uforenelige støtte som passiver ved likvidationen af Sernam med henblik på at fjerne konkurrencefordrejningen, hvorefter Retten forkastede klagepunktet om, at ingen af kriterierne om økonomisk kontinuitet var opfyldt i det foreliggende tilfælde¹⁰².

92. I den appellerede doms præmis 275 ff., hvori Retten undersøgte klagepunktet om, at denne opførelse var forenelig med Sernam 2-beslutningens artikel 4, henviste den endelig til dommen i sagen Kommissionen mod Spanien¹⁰³, hvorefter støtten skal tilbagesøges hos det selskab, som viderefører den økonomiske aktivitet i det selskab, der oprindeligt havde fordel af den tildelte statsstøtte, og som faktisk nyder godt af denne fordel, og konkluderede, at når der var tale om tilbagesøgning af statsstøtte, måtte henvisningen i 135. betragtning til Sernam 3-afgørelsen om Sernams fortsatte eksistens sigte til videreførelsen af Sernams økonomiske aktivitet. Retten forkastede således klagepunktet, da den ikke fandt det foreneligt med Sernam 2-beslutningens artikel 4 at opføre den ulovlige og uforenelige støtte som passiver ved likvidationen af Sernam.

b) Sammenfatning af parternes argumenter

93. SNCF har endnu en gang foreholdt Retten, at den fordrejede Sernam 2-beslutningens dispositive del, for så vidt som den fastslog, at denne beslutnings artikel 4 »nødvendigvis [måtte] sigte til videreførelsen af Sernams økonomiske aktivitet«¹⁰⁴, selv om denne artikels ordlyd er klar og entydig, ikke henviser til afbrydelsen af denne aktivitet og blot sonderer mellem, om selskabet Sernam fortsætter med at eksistere som juridisk person eller ej, hvilket var fuldt berettiget ifølge fast retspraksis, hvorefter prisen indbefatter den fordel, der er forbundet med salgsskøtten, når det selskab, der har modtaget skøtten, sælger sine aktiver til en tredjemand og til markedsprisen, således at sælgeren faktisk stadig nyder godt af denne støtte¹⁰⁵. Ved at fordreje Sernam 2-beslutningens artikel 4 begik Retten også en retlig fejl, hvilket medfører, at den appellerede dom må ophæves.

94. Appellanten har desuden peget på en række retlige fejl, som Retten begik, da den gennemgik betingelserne for den økonomiske kontinuitet mellem Sernam og køberen af aktiverne en bloc¹⁰⁶, når Kommissionen under alle omstændigheder ikke var forpligtet til at tage alle disse forhold i betragtning¹⁰⁷.

95. Hvad angår aktionærernes identitet har SNCF påpeget, at betingelserne i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, ikke gjorde det muligt for selskabet at sælge Sernams aktiver en bloc til Financière Sernam, hvilket skyldtes særlige aspekter i national ret¹⁰⁸. Indskuddet og overdragelsen og den forudgående rekapitalisering, der skulle ske, hvis prisen var negativ, afspejlede den økonomiske realitet i forbindelse med en overdragelse af Sernams aktiver en bloc til Financière Sernam til markedsprisen. Med bemærkningen om, at det skulle undersøges, om der var økonomisk kontinuitet mellem Sernam og Sernam Xpress, foretog Retten en kunstig opdeling af en enkelt transaktion, hvis eneste økonomiske følgerigtighed var at overdrage ejendomsretten til Sernams aktiver en bloc. Retten tilsidesatte dermed princippet om, at statsstøttereglerne ikke fokuserer på transaktioners forskellige

100 – Jf. den appellerede doms præmis 271 og 272.

101 – Dom af 11.12.2012, Kommissionen mod Spanien (C-610/10, EU:C:2012:781).

102 – Jf. den appellerede doms præmis 273 og 274.

103 – Dom af 11.12.2012, Kommissionen mod Spanien (C-610/10, EU:C:2012:781).

104 – Den appellerede doms præmis 278.

105 – Appellanten har i denne forbindelse henvist til dom af 20.9.2001, Banks (C-390/98, EU:C:2001:456, præmis 77), og SMI-dommens præmis 80.

106 – SNCF har med hensyn til fastlæggelsen af disse betingelser henvist til Rettens dom af 13.9.2010, Grækenland m.fl. mod Kommissionen (T-415/05, T-416/05 og T-423/05, EU:T:2010:386, præmis 135), og af 28.3.2012, Ryanair mod Kommissionen (T-123/09, EU:T:2012:164, præmis 155).

107 – Hvilket Retten bemærkede i den appellerede doms præmis 235.

108 – Som nærmere beskrevet i appelskriftets punkt 116.

retlige former, men på deres økonomiske realitet, og baserede sin dom på en selvmodsigende begrundelse, henset til det i den appellerede doms præmis 107 nævnte princip om, at et salg kan ske til en negativ pris. Sernam Xpress blev udelukkende stiftet for at gøre det muligt at overføre Sernams aktiver en bloc til Financière Sernam. Financière Sernam fusionerede i øvrigt med Sernam Xpress, så snart dette var sket. Retten tog ikke hensyn til, at Financière Sernam ejer og anvender Sernams aktiver, som er overført til Sernam Xpress, og at aktionærerne i Financière Sernam og Sernam derfor ikke er de samme.

96. Hvad angår markedsprisen har SNCF foreholdt Retten at have begået en retlig fejl, for så vidt som den undlod at tage hensyn til den markedspris, der blev betalt for Sernams aktiver, selv om markedsprisen ifølge retspraksis er et af de vigtigste kriterier for, om det kan konkluderes, at der ikke foreligger økonomisk kontinuitet. Appellanten har i denne forbindelse navnlig støttet sig på SMI-dommen og CDA-dommen¹⁰⁹.

97. Hvad angår overførselens genstand fandt Retten med urette, at hele virksomheden var blevet overdraget, eftersom overdragelsen kun omfattede Sernams aktiver en bloc og driftspassiverne.

98. Hvad angår tidspunktet for overførslen har SNCF anført, at der ikke forelå nogen omgåelse, da Kommissionen selv havde sagt god for en overdragelse af Sernams aktiver en bloc, og disse aktiver blev overdraget til markedsprisen.

99. Hvad angår transaktionens økonomiske følgerigtighed fastslog Retten fejlagtigt, at Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, krævede, at Sernams økonomiske aktivitet blev afbrudt, når overdragelsen af aktiverne en bloc netop gjorde det muligt at overføre Sernams aktiviteter. Retten kunne ikke lægge til grund, at transaktionens følgerigtighed var i modstrid med denne beslutnings formål, når denne transaktion var tilladt ifølge Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2.

100. SNCF har konkluderet, at Retten begik en retlig fejl og fordrejede Sernam 2-beslutningens artikel 4, da den fastslog, at det ikke var i overensstemmelse med Sernam 2-beslutningens artikel 4 at opføre fordringen vedrørende støttebeløbet på 41 mio. EUR, der blev erklæret uforenelig ved denne beslutning, som passiv ved Sernams likvidation.

101. Ifølge Kommissionen bør dette anbringende delvis afvises og delvis forkastes.

c) Bedømmelse

102. Sernam 2-beslutningens artikel 4 bestemte, at ethvert salg af Sernam skulle foretages til markedsprisen efter en gennemsøgende procedure, der var åben for alle Sernams konkurrenter, og at det i så fald påhvilede »Sernam« at tilbagebetale støtten på 41 mio. EUR¹¹⁰, hvis »virksomheden« fortsatte med at eksistere. I Sernam 3-afgørelsen undersøgte Kommissionen, om den metode til tilbagesøgning af den uforenelige støtte, som Frankrig havde valgt, nemlig at anmelde statens fordring til Sernams konkursbo, faktisk gjorde det muligt at fjerne konkurrencefordrejningen¹¹¹. Da der i Sernam 2-beslutningens artikel 4 skelnedes mellem, om Sernams økonomiske aktivitet var blevet afbrudt eller ej, undersøgte Kommissionen overførslen af Sernams aktiviteter til Financière Sernam i lyset af de kriterier og principper, der var fastsat i SMI-dommen, CDA-dommen og Seleco-dommen, for at afgøre, om tilbagesøgningen skulle udvides til at omfatte Financière Sernam og dets datterselskaber. Denne analyse er indeholdt i 143.-151. betragtning til Sernam 3-afgørelsen. Kommissionen konkluderede som bekendt, at overførslen af aktiviteter fra Sernam til Sernam Xpress

109 – Henholdsvis SMI-dommens præmis 66, 70, 78, 84, 86 og 93-95, og CDA-dommens præmis 97-99.

110 – Hvilket stort set svarede til den supplerende støtte, der var blevet udbetalt som følge af det forsinkede partnerskab mellem Sernam og Geodis, og som de franske myndigheder først informerede Kommissionen om i deres årsberetning fra 2002, selv om dette supplerende beløb burde have været genstand for en ny fuldstændig meddelelse om sagen (jf. bl.a. 176. betragtning til Sernam 2-beslutningen).

111 – Jf. 37. betragtning til Sernam 3-afgørelsen.

medførte, at Sernam Xpress faktisk nød godt af den med støtten forbundne konkurrencefordel, eftersom der var økonomisk kontinuitet mellem de to selskaber, og at overførslen svarede til en omgåelse af tilbagesøgningspålægget mod Sernam¹¹². Efter fusionen mellem Sernam Xpress og Financière Sernam er tilbagesøgningsforpligtelsen blevet overført til det sidstnævnte selskab, som – sammen med sine datterselskaber – viderefører Sernam og Sernam Xpress' aktiviteter og fortsat modtager den støtte på 41 mio. EUR, som oprindeligt blev bevilget til Sernam¹¹³.

103. Retten efterprøvede Kommissionens ovenfor nævnte analyse i den appellerede doms præmis 237 ff. Det er denne del af dommen, der er tale om i det femte anbringende, som appellantens har støttet på en til tider forvirrende og ofte repetitiv argumentation, hvoraf det ikke klart fremgår, hvilke retlige fejl der rent konkret påtales, da der ikke sondres tilstrækkeligt mellem de faktiske og de retlige forhold.

104. Jeg vil indledningsvis behandle klagepunktet om en fordrejning og en retlig fejl, som skyldtes, at Retten fortolkede Sernam 2-beslutningens artikel 4 forkert. Ifølge princippet om »det mindre i det mere« vil jeg kun undersøge den påståede retlige fejl nærmere og nøjes med en overfladisk gennemgang af fordrejningen.

105. Rettens konklusion om, at støtten i henhold til Sernam 2-beslutningens artikel 4 kun skulle tilbagesøges hos Sernam SA, hvis dets økonomiske aktivitet blev videreført, var ikke kun baseret på denne artikels ordlyd, men også på den sammenhæng – dvs. tilbagesøgning af statsstøtte – hvori den indgik. Henset til fast retspraksis kunne SNCF set bort fra, at det hovedformål, som forfølges med tilbagebetalingen af ulovligt ydet statsstøtte, er at fjerne den konkurrencefordrejning, som er forårsaget af den opnåede konkurrencefordel¹¹⁴. Hertil kommer, at det resultat, der tilsigtes med at genoprette den situation, som forelå før udbetalingen af den ulovlige støtte, normalt er at opretholde den effektive virkning af traktatbestemmelserne om statsstøtte¹¹⁵. Selv om Sernam forsvinder som juridisk person, garanterer det således på ingen måde, at de aktiviteter, der er ydet støtte til, forsvinder. Som Retten mindede om¹¹⁶, skal støtten endelig tilbagesøges hos det selskab, som viderefører *den økonomiske aktivitet* i det selskab, der oprindeligt opnåede fordelene.

106. Den kontekstuelle fortolkning af Sernam 2-beslutningens artikel 4, som Retten foretog, var som følge heraf ikke behæftet med nogen fejl og byggede endvidere på en klassisk fortolkningsmetode, som Unionens retsinstanser kan benytte sig af. Klagepunktet om en retlig fejl, som skyldtes, at Retten fortolkede Sernam 2-beslutningens artikel 4 forkert, bør derfor forkastes.

107. Da det ligger fast, at Sernam efter Kommissionens opfattelse stadig var forpligtet til at tilbagebetale støtten på 41 mio. EUR, hvis selskabet videreførte sin økonomiske aktivitet, skal det også efterprøves, om Retten vurderede de nødvendige kriterier for denne videreførelse korrekt. Det fremgår af den appellerede doms præmis 236, at SNCF »ikke har anfægtet [den] metode til analyse af den økonomiske kontinuitet«, der er beskrevet i denne doms præmis 234 og 235.

1) Overførsels genstand

108. SNCF fortolker den appellerede dom forkert, når selskabet hævder, at Retten anså kriteriet om overførsels genstand for at være opfyldt, fordi hele Sernam blev overdraget i strid med Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2. I den appellerede doms præmis 240 fastslog Retten, at dette kriterium ikke kun skulle anses for opfyldt, fordi overdragelsen havde fundet sted i strid med Sernam

112 – Jf. navnlig 148. betragtning til Sernam 3-afgørelsen.

113 – Jf. 150. betragtning til Sernam 3-afgørelsen.

114 – Jf. bl.a. SMI-dommens præmis 77.

115 – Dom af 20.9.2001, Banks (C-390/98, EU:C:2001:456, præmis 75).

116 – Jf. den appellerede doms præmis 277, hvori der henvises til dom af 11.12.2012, Kommissionen mod Spanien (C-610/10, EU:C:2012:781).

2-beslutningens artikel 3, stk. 2, men fordi Retten ved gennemgangen af det fjerde anbringendes tredje led havde konstateret, at Kommissionen med rette havde fundet, at hele Sernam var blevet overdraget¹¹⁷. Da SNCF's klagepunkt kun har til formål at godtgøre, at Rettens argument ikke var relevant, har selskabet desuden ikke fremsat et klagepunkt for at bestride rigtigheden af Rettens konstatering. Som Kommissionen har påpeget, har SNCF i denne forbindelse ikke rejst tvivl om den appellerede doms præmis 137, hvori Retten konkluderer, at »Kommissionen [...] således ikke [begik] nogen retlig eller faktisk fejl hvad angår transaktionens genstand, da den i 116. betragtning til [Sernam 3-afgørelsen] fastslog, at overdragelsen af aktiviteter ikke udgjorde et salg af aktiverne, men med nogle få undtagelser en *fuldstændig* overdragelse af Sernam (aktiver og passiver)«¹¹⁸.

2) Aktionærernes identitet

109. Det fremgår klart af skemaet i punkt 23 i dette forslag til afgørelse, at appellant, som Kommissionen havde bedt om at overdrage aktiverne i datterselskabet Sernam, havde et andet datterselskab ved navn Sernam Xpress, og at Sernams aktiver blev overdraget til dette datterselskab. SNCF overdrog altså den støttemodtagende virksomhed til et af sine datterselskaber.

110. SNCF har foreholdt Retten, at den vurderede kriteriet om aktionærernes identitet ud fra forholdet mellem Sernam og Sernam Xpress og ikke ud fra forholdet mellem Sernam Xpress og Financière Sernam. SNCF har forklaret, at Sernam Xpress udelukkende tjente til at overdrage Sernams aktiver, og at dets medvirken havde beroet på en kombination af nationale og EU-retlige krav.

111. Det må dog ikke glemmes, at det var alle Sernams aktiver, der blev overført til Sernam Xpress, og at SNCF ikke har bestridt, at denne overførsel fandt sted. Som Retten ganske rigtigt bemærkede, baserede Kommissionen desuden ikke sit ræsonnement på den økonomiske kontinuitet mellem Sernam og Financière Sernam. Kommissionen anså nærmere bestemt ikke dette kriterium for at være opfyldt, fordi aktionærerne i Sernam og Financière Sernam var de samme, men fordi aktionærerne i Sernam og Sernam Xpress var de samme. Kommissionen konkluderede også, at støtten på 41 mio. EUR kun skulle tilbagesøges fra Financière Sernam, fordi dette selskab var fusioneret med Sernam Xpress, men at tilbagesøgningspligten i første række havde ligget hos Sernam Xpress¹¹⁹. På denne baggrund er SNCF's argumenter for, at aktionærerne i Sernam og Financière Sernam ikke var de samme, ikke relevante. Klagepunktet om tilsidesættelse af princippet om, at statsstøttereglerne ikke fokuserer på transaktioners forskellige retlige former, men på deres økonomiske realitet, kan af de samme grunde heller ikke tiltrædes.

3) Tidspunktet for overførslen

112. Det må i denne forbindelse konstateres, at selv om det antages, at overførslen fandt sted efter Sernam 2-beslutningens vedtagelse og med henblik på at gennemføre denne beslutning, var de franske myndigheder alligevel klar over, at de skulle tilbagesøge støtten på 41 mio. EUR, så snart de fik kendskab til denne beslutning. Retten begik ikke nogen retlig fejl ved at bemærke, at det ikke kan udelukkes, at der foreligger en hensigt om at omgå tilbagesøgningspligten, når overførslen sker efter vedtagelsen af den endelige beslutning, og SNCF har heller ikke peget på en særlig retsregel, som Retten skulle have tilsidesat.

117 – Henset til den retspraksis, der er nævnt i den appellerede doms præmis 234, og som SNCF ikke har anfægtet, er overtagelsen af ansættelseskontrakterne, som SNCF har henvist til flere gange, også et tegn på, at overførselens genstand i hvert fald vedrører en væsentlig del af Sernam.

118 – Min fremhævelse.

119 – Jf. den appellerede doms præmis 149.

4) Transaktionens økonomiske følgerigtighed

113. Appellanten har i denne forbindelse anfægtet Rettens konklusion om, at transaktionen ikke havde afbrudt Sernams økonomiske aktivitet, og at formålet med Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, derfor ikke var blevet opfyldt, selv om denne artikel efter SNCF's opfattelse gjorde det muligt at overføre Sernams aktiviteter. Appellanten nøjes med ganske kort at gentage de argumenter, der allerede er blevet fremført, vurderet og forkastet i forbindelse med det første appelanbringende, som jeg derfor henviser til.

5) Overførsels pris

114. SNCF har i denne forbindelse foreholdt Retten, at den undlod at tage hensyn til den markedspris, der blev betalt for Sernams aktiver, selv om denne pris »ifølge retspraksis er et af de vigtigste kriterier for, om det kan konkluderes, at der ikke foreligger økonomisk kontinuitet«¹²⁰. I forbindelse med sin argumentation nøjes appellanten med at omskrive den gennemgang af retspraksis vedrørende salg af aktiviteter, hvortil der er ydet støtte, som Kommissionen kom med i 137. betragtning ff. til Sernam 3-afgørelsen. SNCF har især peget på CDA-sagen¹²¹, hvori Retten fastslog, at det ikke kan konkluderes, at køberen faktisk fortsat nyder godt af konkurrencefordelen, når køberen har betalt en markedsbestemt pris.

115. For det første er jeg ikke overbevist om, at det kan foreholdes Retten, at den ikke tog hensyn til dette kriterium, eftersom den faktisk foretog en vurdering for at afgøre, om dette kriterium var opfyldt i det foreliggende tilfælde, og konkluderede, at det var det ikke.

116. For det andet har SNCF med rette anført, at kriteriet om markedsprisen er et af de vigtigste kriterier, men har måske glemt, at dette kriterium i hvert fald ikke er tilstrækkeligt til at konkludere, at der ikke foreligger økonomisk kontinuitet. Selv om det lykkes at finde en retlig fejl i Rettens vurdering af kriteriet om den pris, der blev betalt, i forbindelse med vurderingen af den økonomiske kontinuitet, vil den derfor ikke være tilstrækkelig til at tilsidesætte hele denne vurdering og slet ikke til at ophæve den appellerede dom, som appellanten kræver.

117. For det tredje har SNCF i forbindelse med sin henvisning til de præmisser i SMI-dommen¹²², hvori Domstolen også tog hensyn til karakteren af den procedure, der blev iværksat for at sælge aktiverne til den påståede markedspris, ikke bestridt, at der, som Retten fastslog i den appellerede doms præmis 255, var en sammenhæng mellem på den ene side kravet om en åben og gennemsæuelig procedure og på den anden side kravet om en markedspris. Det fremgår imidlertid af min vurdering af det andet appelanbringende, at den procedure, der skulle resultere i salget af Sernams aktiver en bloc, ikke havde alle de træk, der kendetegner en åben og gennemsæuelig procedure.

6) Konklusion vedrørende det femte anbringende

118. Da de klagepunkter, der er fremsat i forbindelse med det femte anbringende, ikke kan tiltrædes, må dette anbringende forkastes.

¹²⁰ – Jf. appelskriftets punkt 120 og 125.

¹²¹ – CDA-dommens præmis 97-99.

¹²² – Præmis 93-95.

6. Det sjette anbringende om en retlig fejl, utilstrækkelig begrundelse og urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, for så vidt som Retten lagde til grund, at princippet om den private investor ikke fandt anvendelse på overdragelsen af Sernams aktiver en bloc

a) Den appellerede dom

119. Det sjette anbringende vedrører den appellerede doms præmis 283 ff., hvori Retten behandlede det sjette annullationsanbringendes første led¹²³ om, at Kommissionen begik en retlig fejl ved at fastslå, at kriteriet om den private investor ikke fandt anvendelse i det foreliggende tilfælde.

120. Retten bemærkede, at Kommissionen i 154. og 155. betragtning til Sernam 3-afgørelsen angav to begrundelser for ikke at anvende kriteriet om den private investor, og først undersøgte SNCF's argumenter vedrørende den anden begrundelse¹²⁴, hvorefter Kommissionen fandt, at den negative pris, der blev aftalt mellem SNCF og Financière Sernam, viste, at der var tale om afhændelse af en tabsgivende aktivitet, som ikke kunne ligestilles med en kompensationsforanstaltning, og at den negative pris svarede til en driftsstøtte, som i sagens natur ikke kunne mindske konkurrencefordrejningerne. Da de kompensationsforanstaltninger, der var fastsat i Sernam 2-beslutningens artikel 3, ikke blev iværksat korrekt, fandt Kommissionen det ikke muligt at anvende kriteriet om den private investor¹²⁵.

121. Med hensyn til den anden begrundelse behandlede Retten først begrundelsen om, at salget af aktiver en bloc ikke udgjorde noget alternativ til kompensationsforanstaltningerne i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 1¹²⁶. Retten bemærkede herom for det første, at denne beslutnings artikel 3, stk. 2, måtte anses for at opfylde en af de to alternative betingelser for omstrukturingsstøttens forenelighed, som Kommissionen havde foreslået, og var et alternativ, som kunne ligestilles med betingelserne i stk. 1, da stk. 1 og 2 havde nøjagtig det samme formål, nemlig at tage højde for konkurrencefordrejninger (tilbagebetaling fra vejtransportmarkedet, hvor der var overkapacitet, ifølge scenariet i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 1, eller indstilling af Sernams støttede aktiviteter ved anvendelse af denne beslutnings artikel 3, stk. 2, dvs. salg af Sernams aktiver en bloc). Retten udledte heraf, at salget af Sernams aktiver en bloc kunne ligestilles med foranstaltningerne i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 1¹²⁷. For det andet forkastede Retten SNCF's argument om, at det var videreførelsen af Sernam med den samme retlige status som før overdragelsen, der begrundede overholdelsen af kompensationsforanstaltningerne i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 1, og bemærkede, at det var videreførelsen af den økonomiske aktivitet i den virksomhed, der havde modtaget omstrukturingsstøtten, på markedet og ikke kun den omstændighed, at Sernam havde bevaret sin retlige status, der begrundede dette¹²⁸. For det tredje fandt Retten, at når betingelsen om salg af aktiver en bloc ikke omfattede passiver, var det i sagens natur ikke muligt at operere med en negativ pris, og at det ikke var nødvendigt, at Kommissionen udtrykkeligt præciserede, at en negativ overdragelsespris ikke var mulig¹²⁹. Retten forkastede derfor det første klagepunkt vedrørende 155. betragtning til Sernam 3-afgørelsen.

123 – Vedrørende en retlig fejl, som Kommissionen begik, idet den fandt, at foranstaltningerne i aftaleprotokollen af 21.7.2005 vedrørende overdragelsen af Sernams aktiver en bloc udgjorde ny statsstøtte til Sernam Xpress-Financière Sernam.

124 – Jf. den appellerede doms præmis 288.

125 – Jf. den appellerede doms præmis 287 og 288.

126 – Jf. den appellerede doms præmis 293 ff.

127 – Jf. den appellerede doms præmis 297.

128 – Jf. den appellerede doms præmis 298 og 299.

129 – Jf. den appellerede doms præmis 300 og 301.

122. Retten undersøgte dernæst det andet klagepunkt vedrørende denne betragtning, hvormed det gøres gældende, at det påhvilede støttemodtageren eller staten som aktionær, men ikke staten som offentlig myndighed at iværksætte en kompensationsforanstaltning¹³⁰. Retten fastslog således, at salget af Sernams aktiver en bloc som omhandlet i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, ikke var en beslutning, som en privat investor ville have truffet under normale markedsvilkår for at opnå den størst mulige fortjeneste eller det mindst mulige tab baseret på økonomisk rationalitet, da det grundlæggende formål med kompensationsforanstaltningerne var at forhindre urimelig konkurrencefordrejning i forbindelse med tildelingen af den omstrukturingsstøtte, der på visse betingelser blev erklæret forenelig ved Sernam 2-beslutningen¹³¹. Retten understregede videre, at kompensationsforanstaltningerne kunne tvinge støttemodtageren eller aktionæren til at vælge en løsning, der ikke var økonomisk optimal, hvilket en privat investor ikke ville overveje under normale markedsforshold, og at dette var sket i det foreliggende tilfælde¹³². Heraf udledte den, at den økonomiske følgerigtighed i forbindelse med salget af aktiver en bloc adskilte sig fra målsætningen for en privat erhvervsdrivende¹³³. Retten pegede endelig på, at Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, ikke stillede krav om salg af et tabsgivende selskab i sin helhed, men kun om salg af aktiver, der havde en positiv økonomisk værdi. Buddet fra Sernams ledelse indeholdt krav om rekapitalisering, eftergivelse af fordringer og garantier fra sælgerens side, netop fordi hele Sernam var blevet solgt, og der var behov for finansiering. Disse foranstaltninger følger således direkte af overtrædelsen af Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, og er ikke forbundet med anvendelsen af kriteriet om den private investor¹³⁴. Retten forkastede derfor også det andet klagepunkt vedrørende 155. betragtning til Sernam 3-afgørelsen.

123. Da Retten havde konstateret, at Kommissionens anden begrundelse for ikke at anvende kriteriet om den private investor var lovlig, fastslog den, at det ikke var nødvendigt at undersøge de øvrige argumenter om den første begrundelse vedrørende rammerne for tilbagesøgning af statsstøtten¹³⁵.

b) Det sjette anbringendes første led

1) Sammenfatning af parternes argumenter

124. SNCF har foreholdt Retten – der nøjedes med at gengive begrundelsen for Sernam 3-afgørelsen og at forklare, hvorfor Kommissionen undlod at anvende princippet om den fornuftige private investor i forbindelse med overdragelsen af Sernams aktiver en bloc – at den ikke undersøgte klagepunktet om, at begrundelserne var indbyrdes modstridende. SNCF er således af den opfattelse, at overdragelsen af aktiver en bloc var en betingelse for, at omstrukturingsstøtten til Sernam var forenelig, såfremt denne overdragelse var en kompensationsforanstaltning. Selskabet har heraf udledt, at Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, hvori disse betingelser er fastsat, kan anses for at vedrøre en situation, hvor støtten skal tilbagesøges. Kommissionen kunne ikke undlade at anvende princippet om den private investor, fordi der angiveligt forelå en sådan situation. Retten tog imidlertid ikke stilling til dette klagepunkt og bemærkede i den appellerede doms præmis 312, at »[d]et er under disse omstændigheder ikke nødvendigt at undersøge de øvrige argumenter om den første begrundelse, som Kommissionen gav for ikke at anvende kriteriet om den private investor, og som vedrører rammerne for tilbagesøgning af statsstøtten«. Den manglende undersøgelse gør den appellerede doms begrundelse ukorrekt.

130 – Jf. den appellerede doms præmis 303 ff.

131 – Jf. den appellerede doms præmis 305 og 306.

132 – Jf. den appellerede doms præmis 307 og 308.

133 – Jf. den appellerede doms præmis 309.

134 – Jf. den appellerede doms præmis 310.

135 – Jf. den appellerede doms præmis 312.

125. I replikken har SNCF endelig foreholdt Retten, at den ikke tog stilling til de modstridende begrundelser, hvorpå Kommissionen baserede sin beslutning om ikke at anvende kriteriet om den private investor, eftersom Kommissionen ikke kunne beslutte dette, både fordi der forelå en situation, hvor støtten skulle tilbagesøges (hvilket indikerer, at støtten er uforenelig), og en kompensationsforanstaltning (hvilket indikerer, at støtten er forenelig).

126. Kommissionen har gjort gældende, at det første led må forkastes.

2) *Bedømmelse*

127. Det fremgår af 154. og 155. betragtning til Sernam 3-afgørelsen, at Kommissionen fandt, at der ikke var grund til at anvende kriteriet om en privat investor under markedsøkonomiske vilkår for at undgå, at foranstaltningerne i aftaleprotokollen af 21. juli 2005 i givet fald blev kvalificeret som statsstøtte, da den på den ene side mente, at disse foranstaltninger var blevet vedtaget »i en situation, hvor der skal tilbagesøges støtte«¹³⁶, men på den anden side også mente, at salget af Sernams aktiver en bloc i henhold til Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, var ligestillet med kompensationsforanstaltninger, mens det af rammebestemmelserne for statsstøtte til redning og omstrukturering af kriseramte virksomheder¹³⁷ fremgik, at afhændelse af tabsgivende aktiviteter ikke kunne betragtes som en sådan foranstaltning. Den negative pris, der blev betalt ved overdragelsen af Sernam, svarede derfor til en driftsstøtte til virksomheden, som i sagens natur ikke kunne mindske konkurrencefordrejningerne¹³⁸.

128. Rettens vurdering var baseret på denne struktur, selv om rækkefølgen ikke var den samme. Retten undersøgte som følge heraf først appellants argumenter vedrørende den begrundelse for ikke at anvende kriteriet om den private investor, der var indeholdt i 155. betragtning til Sernam 3-afgørelsen. Som jeg tidligere har nævnt, forkastede Retten begge argumenter, hvormed denne betragtnings rigtighed blev bestridt, og bekræftede således, at Kommissionen med rette havde fundet, at den ikke var forpligtet til at anvende dette kriterium på de omhandlede foranstaltninger.

129. Når Retten havde fastslået dette, havde dens eventuelle vurdering af appellants argumenter vedrørende den begrundelse, der var indeholdt i 154. betragtning til Sernam 3-afgørelsen, imidlertid ikke længere nogen betydning for behandlingen af klagepunktet om, at Kommissionen begik en retlig fejl ved at fastslå, at kriteriet om den private investor ikke fandt anvendelse. Disse argumenter blev dermed irrelevante. Det var grunden til, at Retten – uden at dens ræsonnement blev behæftet med en begrundelsesmangel eller en manglende afgørelse – fandt, at det ikke var nødvendigt at undersøge de øvrige argumenter om den første begrundelse, som Kommissionen gav for ikke at anvende kriteriet om den private investor, og som vedrører de såkaldte rammer for tilbagesøgning af statsstøtten.

130. Hvad angår den kritik, som SNCF fremsatte med i replikken – at Retten ikke opdagede eller påtalte uoverensstemmelsen mellem de to begrundelser, som Kommissionen angav for ikke at anvende kriteriet om den private investor – vil jeg blot konstatere, at en sådan uoverensstemmelse ikke blev gjort gældende over for Retten. Som Kommissionen har fremhævet, er Sernam 2-beslutningen under alle omstændigheder en flerspektret beslutning, der både kræver, at støtten på 41 mio. EUR tilbagesøges, og fastsætter betingelser for omstrukturingsstøttens forenelighed. Det kan derfor ikke foreholdes Retten, at den ikke opdagede en uoverensstemmelse, som ikke eksisterer, men tilsyneladende heller ikke blev gjort gældende over for denne instans.

131. Det sjette anbringendes første led bør som følge heraf forkastes.

¹³⁶ – 154. betragtning til Sernam 3-afgørelsen.

¹³⁷ – Meddelelse fra Kommissionen — Fællesskabets rammebestemmelser for statsstøtte til redning og omstrukturering af kriseramte virksomheder (EUT 2004, C 244, s. 2).

¹³⁸ – Jf. 155. betragtning til Sernam 3-afgørelsen.

c) Det sjette anbringendes andet led

1) Sammenfatning af parternes argumenter

132. SNCF har anført, at Retten foretog en alvorlig fordrejning af Sernam 2-beslutningen, da den tiltrådte Kommissionens anskuelse om, at princippet om den private investor ikke fandt anvendelse, for så vidt som overdragelsen af aktiver udgjorde en kompensationsforanstaltning. Appellanten har fremsat fire klagepunkter i denne forbindelse.

133. For det første fremgik det af Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, at overdragelsen af Sernams aktiver en bloc skulle foretages til markedsprisen efter en gennemsøkelig og åben procedure, hvilket netop svarede til at anvende princippet om den private investor, der således var en central del af denne artikel. Retten gengav derfor de faktiske omstændigheder og Sernam 2-beslutningens indhold urigtigt, da den satte sin egen begrundelse i stedet for begrundelsen heri.

134. For det andet fordrejede Retten Sernam 2-beslutningen, således som appellanten har gjort gældende i forbindelse med det første anbringende, da den fastslog, at overdragelsen af Sernams aktiver en bloc ikke måtte omfatte passiver, og at det derfor i sagens natur ikke var muligt at operere med en negativ pris. Da det fremgik af Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, at overdragelsen af Sernams aktiver en bloc skulle ske til markedsprisen, og da denne pris sagtens kunne være negativ¹³⁹, behøvede prisen for overdragelsen heller ikke at være nul eller positiv, hvilket indebar, at Retten tilføjede en betingelse, som ikke var fastsat i denne artikel, der således blev fordrejet.

135. For det tredje støttede Retten den appellerede dom på modstridende begrundelser, da den i denne doms præmis 100 fastslog, at det eneste krav til prisen ifølge Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, var, at der skulle være tale om en markedspris, og at salgsprisen i sagens natur ikke kunne være negativ.

136. Hvis det for det fjerde antages, at der skal anlægges en teleologisk fortolkning af Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, har det i denne henseende ingen betydning, om markedsprisen var negativ eller positiv. SNCF har i denne forbindelse henvist til 217. betragtning til Sernam 2-beslutningen, hvorefter formålet klart var at gøre det muligt for en tredjemand at overtage Sernams markedsandele ved overdragelse af Sernams aktiver en bloc, således at Sernam ikke længere havde samme retlige status på markedet som tidligere. Det var ligegyldigt for dette formål, om overdragelsen fandt sted til en negativ eller en positiv pris. Sernams markedsandele blev reelt frigjort til fordel for en uafhængig køber til en markedspris, som var resultatet af et gennemsøkeligt og åbent udbud. Retten fordrejede således Sernam 2-beslutningen, da den fastslog, at overdragelsen af Sernams aktiver en bloc i sagens natur ikke kunne ske til en negativ pris.

137. I replikken har SNCF tilføjet, at Kommissionen henset til indholdet af dens seneste meddelelse om begrebet statsstøtte¹⁴⁰ ikke kunne påstå, at kriteriet om den private investor adskilte sig fra betingelsen om, at salget skulle ske til markedsprisen efter en åben og gennemsøkelig procedure, når princippet om den private investor i forbindelse med en offentlig virksomheds salg af aktiver kræver, at der opnås en markedspris, hvilket formodes at være tilfældet, når prisen følger af en sådan procedure. SNCF har i øvrigt anført, at overdragelsen af et enkelt aktiv, i modsætning til det af Kommissionen anførte kan resultere i en negativ pris, og at den samlede værdi af de aktiver, der blev overdraget en bloc, i det foreliggende tilfælde kunne være negativ, eftersom aktiviteten og de forpligtelser, der var forbundet med denne overdragelse, var strukturelt tabsgivende.

139 – Appellanten har i denne forbindelse påberåbt sig Domstolens dom af 28.1.2003, Tyskland mod Kommissionen (C-334/99, EU:C:2003:55, præmis 133), og Rettens dom af 13.5.2015, Niki Luftfahrt mod Kommissionen (T-511/09, EU:T:2015:284, præmis 139).

140 – Kommissionens meddelelse om begrebet statsstøtte i artikel 107, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (EUT 2016, C 262, s. 1, navnlig punkt 74 og 84).

138. Ifølge Kommissionen bør det andet led forkastes.

2) *Bedømmelse*

139. Med det andet led har SNCF i det væsentlige foreholdt Retten, at den fordrejede Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, eftersom 1) den ikke lagde til grund, at denne artikel, hvori det kræves, at overdragelsen finder sted til markedsprisen efter en åben og gennemsæuelig procedure, allerede lagde kimen til anvendelsen af kriteriet om den private investor, 2) den fortolkede denne artikel således, at det kun var Sernams aktiver, der kunne overdrages, og at denne overdragelse ikke kunne ske til en negativ pris, og 3) at Rettens teleologiske fortolkning heller ikke gav adgang til at udelukke et salg til en negativ pris. SNCF har i øvrigt foreholdt Retten, at dens begrundelser var modstridende.

140. Retten bemærkede i dommens præmis 292, at anvendelsen af kriteriet om den private investor afhænger af, om medlemsstaten i sin egenskab af aktionær og ikke i sin egenskab af offentlig myndighed indrømmer en økonomisk fordel til en virksomhed, som tilhører den, og at statslige foranstaltninger, som har til formål at opfylde de forpligtelser, der påhviler staten som offentlig myndighed, således ikke kan sammenlignes med de foranstaltninger, en privat investor træffer i et samfund med markedsøkonomi. Af relevans i denne forbindelse kan navnlig være denne foranstaltnings art og indhold, baggrunden herfor såvel som det forfulgte mål og de bestemmelser, som nævnte foranstaltning er omfattet af¹⁴¹.

141. Anvendelsen af dette kriterium tilsigter som bekendt »at fastslå, om den økonomiske fordel, uanset sin form, som ved hjælp af statens midler er blevet indrømmet en offentlig virksomhed i kraft af sine virkninger kan fordreje eller true konkurrencen og påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne«¹⁴². Kriteriet om den private investor anvendes således kun, hvis staten har indrømmet fordel i sin egenskab af aktionær, og Domstolen har fastslået, at »en økonomisk fordel [...] skal bedømmes i lyset af kriteriet om den private investor, hvis det efter en samlet vurdering viser sig, at den pågældende medlemsstat til trods for, at den har anvendt sådanne midler, som henhører under den offentlige myndighed, har indrømmet nævnte fordel i sin egenskab af aktionær i den virksomhed, som tilhører den«¹⁴³. Det følger heraf, at »anvendeligheden af kriteriet om den private investor på et offentligt indgreb ikke beror på den form, hvorunder fordelene er blevet indrømmet, men på kvalifikationen af nævnte indgreb som en beslutning, der er truffet af en aktionær i den omhandlede virksomhed«¹⁴⁴.

142. I den foreliggende sag må det dog konstateres, at det var med føje, at Retten i overensstemmelse med det i punkt 46 ff. i dette forslag til afgørelse anførte bekræftede, at scenariet i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, havde et kompenserende formål. Salget af Sernams aktiver en bloc skulle reelt betragtes som et alternativ til den omlægning af Sernams aktiviteter, der krævedes i denne beslutnings artikel 3, stk. 1, og hele artikel 3 omhandlede de betingelser, der skulle være opfyldt, for at omstrukturingsstøtten til Sernam var forenelig. Overdragelsen af aktiver en bloc fandt således kun sted, fordi der var tale om et alternativt påbud i Sernam 2-beslutningen. Det spiller ingen særlig rolle, om indholdet af Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, som påstået af SNCF, peger i retning af en formodet anvendelse af princippet om den private investor. Kravet om, at der iværksættes kompensationsforanstaltninger på betingelser, som skal genskabe en sund konkurrence, udgør kernen i kompensationen, men afhænger ikke af, hvilken rolle staten havde det tidspunkt, hvor de blev iværksat. Det fremgår i øvrigt også af ovenstående vurdering, at salget af Sernams aktiver ikke måtte omfatte passiver. En markedspris kan ganske vist vise sig at være en negativ pris, men appallanten har ikke

141 – Jf. den appellerede doms præmis 292 og den deri nævnte retspraksis.

142 – Jf. dom af 5.6.2012, Kommissionen mod EDF (C-124/10 P, herefter »EDF-dommen«, EU:C:2012:318, præmis 89).

143 – Dom af 3.4.2014, Kommissionen mod Nederlandene og ING Groep (C-224/12 P, herefter »ING-dommen«, EU:C:2014:213, præmis 30).

144 – ING-dommens præmis 31.

godtgjort, at prisen også ville have været negativ, hvis det kun var Sernams aktiver, der var blevet overdraget. Det skal ikke desto mindre pointeres, at det argument, der er angivet i punkt 137 i dette forslag til afgørelse, står i direkte modsætning til de udtalelser, som SNCF kom med under retsmødet ved Retten, og som er beskrevet i punkt 84 i dette forslag til afgørelse. Når Retten fandt, at den markedspris, der var nævnt i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, på ingen måde kunne være negativ i det foreliggende tilfælde, skyldtes det desuden, at den med rette lagde til grund, at Kommissionen regnede med, at det kun var Sernams aktiver, der skulle overdrages som kompensation. Retten tilføjede ikke nogen betingelse til Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, således som SNCF påstår. Argumentet om de formodede modstridende begrundelser i den appellerede doms præmis 100 og 301 kan af de samme grunde ikke tiltrædes. Hvad angår argumentet om en teleologisk fortolkning af Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, skal det desuden gentages, at jeg allerede har undersøgt det formål, der forfølges med denne artikel, i punkt 46 ff. i dette forslag til afgørelse. Det er derfor ikke vanskeligt at forstå, at en negativ pris – hvilket forudsatte en rekapitalisering af Sernam fra SNCF's side og dermed et nyt indskud af likvide midler – var i direkte modstrid med det kompenserende formål, der blev forfulgt.

143. Det bringer mig endelig videre til argumentet fra SNCF, som med støtte i den seneste opdatering af Kommissionens rammebestemmelser for statsstøtte til redning og omstrukturering af kriseramte virksomheder har hævdet, at strukturelle kompensationsforanstaltninger i princippet bør »have form af frasalg efter going concern-princippet af rentable, selvstændige forretningsenheder, der, hvis de drives af en egnet køber, kan konkurrere effektivt på lang sigt«¹⁴⁵. Rent bortset fra, at dette argument ikke er blevet fremført for Retten, er det efter min opfattelse et tydeligt eksempel på SNCF's argumentation i den foreliggende appelsag, som slet ikke tager højde for den overordnede situation og bygger på en antagelse om, at aktiverne blev overdraget i fuld overensstemmelse med de betingelser, der var opstillet i Sernam 2-beslutningen, og at alle de foranstaltninger, der blev truffet, resulterede i den krævede begrænsning af konkurrencefordrejningerne. Det var imidlertid ikke tilfældet, hvilket navnlig – som jeg tidligere har nævnt – skyldtes overførselens genstand, køberens identitet og karakteren af den valgte procedure. Under disse omstændigheder er den negative pris, som blev betalt, og som måske ville have været fuldt berettiget i andre sammenhænge, et af de talrige indicier på, at de franske myndigheder, repræsenteret ved SNCF, ikke handlede, som de skulle i henhold til EU-retten.

144. Da Rettens ræsonnement ikke var behæftet med fordrejning eller modstridende begrundelser, bør det sjette anbringendes andet led således forkastes.

d) Det sjette anbringendes tredje led

1) Sammenfatning af parternes argumenter

145. Det tredje led vedrører en række retlige fejl som følge af den påståede manglende anvendelse af kriteriet om den fornuftige private investor, for så vidt som overdragelsen af Sernams aktiver en bloc kunne ligestilles med en kompensationsforanstaltning. Ifølge SNCF påhviler det støttemodtageren, uanset om denne er en offentlig eller privat virksomhed, men ikke staten som offentlig myndighed, at iværksætte en sådan foranstaltning. SNCF finder det ikke begrundet at undlade at anvende kriteriet om den private investor, når der er iværksat en kompensationsforanstaltning. Retten tilsidesatte artikel 107, stk. 1, TEUF ved at fastslå det modsatte. SNCF har peget på den klassiske retspraksis vedrørende den retslige prøvelse på statsstøtteområdet og elementerne i denne støtte¹⁴⁶ samt på de faktiske

145 – Jf. punkt 80 i rammebestemmelserne for statsstøtte til redning og omstrukturering af kriseramte ikke-finansielle virksomheder (EUT 2014, C 249, s. 1). Min fremhævelse.

146 – SNCF har bl.a. henvist til dom af 9.12.1997, Tiercé Ladbroke mod Kommissionen (C-353/95 P, EU:C:1997:596), af 16.5.2000, Frankrig mod Ladbroke Racing og Kommissionen (C-83/98 P, EU:C:2000:248, præmis 25), og EDF-dommens præmis 78.

omstændigheder, der lå til grund for ING-dommen¹⁴⁷, hvori Domstolen fastslog, at selv om statens oprindelige kapitalindskud i en kriseramt virksomhed udgjorde statsstøtte, fritog det ikke staten for at handle som en fornuftig privat investor, der opfyldte et krav om økonomisk rationalitet, i forbindelse med ændringen af betingelserne for tilbagebetaling af kapitalindskuddet.

146. Retten behæftede således sin dom med en åbenbar retlig fejl, da den i den appellerede doms præmis 306 og 307 fastslog, at formålet med kompensationsforanstaltningerne var at forhindre urimelig konkurrencefordrejning, og at disse foranstaltninger derfor kunne tvinge både støttemodtageren og aktionæren til at vælge en løsning, der ikke var optimal, alene henset til den økonomiske rentabilitet, hvilket en privat investor ikke ville overveje under normale markedsforhold. Når Kommissionen med vedtagelsen af Sernam 2-beslutningen forventede, at SNCF sigtede mod et bestemt formål, skulle SNCF i sin egenskab af aktionær i Sernam handle på en økonomisk rationel måde for at opfylde dette formål i lighed med enhver privat aktionær. SNCF har i denne forbindelse påpeget, at der i Domstolens praksis¹⁴⁸ tages hensyn til, at private investorer er underlagt retlige forpligtelser eller krav og udviser den mest økonomisk rationelle adfærd. Formålet om at iværksætte kompensationsforanstaltninger kan ikke sidestilles med en forpligtelse, der gælder for en offentlig myndighed, men gælder for alle private eller offentlige modtagere af statslig omstrukturingsstøtte. I det foreliggende tilfælde bør SNCF's adfærd derfor sammenlignes med adfærden hos en privat aktionær, der befinder sig i samme situation, dvs. en aktionær, der har pligt til at overdrage aktiverne en bloc til et datterselskab, som har modtaget omstrukturingsstøtte, og Kommissionen kunne derfor ikke blive fritaget fra sin forpligtelse til at undersøge, om de omtvistede foranstaltninger var økonomisk rationelle¹⁴⁹. Dette krav om økonomisk rationalitet må også gælde, når der er tale om en offentlig virksomhed. Da en likvidation ville være mere bekostelig end at iværksætte denne kompensationsforanstaltning, er det klart, at en privat aktionær ville have handlet på samme måde som SNCF. SNCF har derfor anført, at Retten tilsidesatte artikel 107, stk. 1, TEUF, da den i den appellerede doms præmis 309 fastslog, at »[d]et kompenserende formål med salget af Sernams aktiver en bloc [...] adskilte sig fra målsætningen for en privat erhvervsdrivende, der tilstræber at opnå den størst mulige fortjeneste eller – som her – det mindst mulige tab«. Retten burde have konstateret, at Kommissionen var forpligtet til at undersøge, om alle de foranstaltninger, SNCF traf på tidspunktet for overdragelsen af Sernams aktiver en bloc, var økonomisk rationelle. Den kunne i så fald ikke have fastslået, at Sernam Xpress og efterfølgende Financière Sernam blev indrømmet en fordel, ved at SNCF opførte fordringer som passiver ved Sernams likvidation, uden at anvende kriteriet om den private investor¹⁵⁰. Retten kunne tilsvarende ikke undlade at anvende princippet om den private investor på de garantier for passiver, som erhververen blev tildelt i forbindelse med salget af Sernams aktiver en bloc, uden at undersøge, om disse garantier ville have været acceptable for en privat sælger under markedsøkonomiske vilkår¹⁵¹. Retten kunne i øvrigt heller ikke undlade at anvende dette princip på de omtvistede foranstaltninger, alene fordi de fulgte direkte af overtrædelsen af Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, og derfor ikke var forbundet med anvendelsen af kriteriet om den private investor¹⁵², da en sådan konstatering hvilede på en fejlagtig antagelse om, at overdragelsen af aktiver en bloc gjorde det muligt at yde ny statsstøtte til Sernam Xpress og Financière Sernam.

147. I replikken har SNCF tilføjet, at hvis den offentlige myndighed forpligter en privat investor til at overdrage en virksomheds aktiver en bloc, fordi investoren har modtaget statsstøtte, er det klart, at den private investor vil opfylde denne forpligtelse på den økonomisk mest rationelle måde, og at en offentlig virksomhed bør gøre det samme i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet. Til Kommissionen, der har anført, at dette princip ikke finder anvendelse her, eftersom enhver afgørelse om, at en støtte er betinget forenelig, er rettet til den stat, som skal pålægge den støttemodtagende

147 – Præmis 32-37.

148 – Jf. bl.a. EDF-dommens præmis 79.

149 – Appellanten har henvist analogt til ING-dommen.

150 – Jf. den appellerede doms præmis 323.

151 – Jf. den appellerede doms præmis 327.

152 – Jf. den appellerede doms præmis 310.

virksomhed at overholde kompensationsforanstaltninger, har SNCF svaret, at det fremgår af rammebestemmelserne for redning og omstrukturering af kriseramte virksomheder¹⁵³, at det er virksomheden, der skal gennemføre omstruktureringsplanen og opfylde alle forpligtelser i Kommissionens afgørelse¹⁵⁴. SNCF har endelig pointeret, at EDF-dommen og ING-dommen¹⁵⁵ er relevante for løsningen af det principielle problem, der er rejst i forbindelse med det sjette anbringendes tredje led, på trods af de faktuelle forskelle mellem disse domme og den foreliggende appelsag.

148. SNCF påstår som følge heraf, at Retten behæftede sin dom med en række retlige fejl, da den undlod at anvende kriteriet om den private investor på overdragelsen af Sernams aktiver en bloc, fordi Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, vedrørte en kompensationsforanstaltning.

149. Kommissionen har gjort gældende, at det sjette anbringendes tredje led må forkastes.

i) Bedømmelse

150. Det spørgsmål, der skal belyses her, er, om den compensationssammenhæng, som de omtvistede foranstaltninger indgik i, var tilstrækkelig til, at Retten kunne undlade at anvende kriteriet om den private investor, når disse foranstaltningers virkning lå meget langt fra det kompenserende formål, der blev forfulgt med Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2.

151. I 152. betragtning ff. til Sernam 3-afgørelsen undersøgte Kommissionen foranstaltningerne i protokollen af 21. juli 2005¹⁵⁶, hvilket navnlig skyldtes, at de blev truffet, selv om Kommissionen havde krævet, at der blev iværksat kompensationsforanstaltninger, for at støtten til omstrukturering af Sernam kunne anses for forenelig.

152. Der skal foretages en sontring mellem statens rolle som aktionær i en virksomhed på den ene side og staten, der handler som offentlig myndighed, på den anden side, og anvendelsen af kriteriet om den private investor »afhænger [...] i sidste ende af, om den omhandlede medlemsstat i sin egenskab af aktionær og ikke i sin egenskab af offentlig myndighed indrømmer en økonomisk fordel til en virksomhed, som tilhører den«¹⁵⁷. Det fremgår som tidligere nævnt af EDF-dommen, at det tilkommer Kommissionen »at foretage en samlet vurdering, som ud over de af [den omhandlede medlemsstat] fremlagte beviser skal tage hensyn til alle andre relevante beviser i sagen, som gør det muligt for den at afgøre, om den omhandlede foranstaltning er blevet truffet af nævnte medlemsstat i dens egenskab af aktionær eller dens egenskab af offentlig myndighed. Af relevans i denne forbindelse er navnlig [...] denne foranstaltningens *art* og *indhold*, *baggrunden* herfor såvel som det forfulgte *mål* og de *bestemmelser*, som nævnte foranstaltning er omfattet af«¹⁵⁸. Anvendelsen af kriteriet om den private investor beror med andre ord på kvalifikationen af det offentlige indgreb som en beslutning, der er truffet af en aktionær i den omhandlede virksomhed¹⁵⁹.

153 – Nævnt i fodnote 137 til dette forslag til afgørelse.

154 – Appellanten har i denne forbindelse navnlig støttet sig på punkt 47 i disse rammebestemmelser.

155 – Henholdsvis dom af 5.6.2012, Kommissionen mod EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318), og af 3.4.2014, Kommissionen mod Nederlandene og ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213).

156 – Dvs. rekapitalisering af Sernam med 57 mio. EUR og Sernam Xpress med 2 mio. EUR, eftergivelse af SNCF's fordringer på Sernam til et beløb på 38,5 mio. EUR, garantier stillet af SNCF, herunder en forpligtelse til at afslutte et anlægsarbejde, som var nødvendigt for driften af TBE, dækning af en eventuel forhøjelse af lejen for de nye driftsanlæg, forlængelse med tre år af retten til at vende tilbage for jernbanearbejdere, der var udstationeret hos Sernam, forlængelse af en social protokol med tre år og SNCF's garanti for eksistensen af TBE og adgangen hertil.

157 – EDF-dommens præmis 80 og 81.

158 – EDF-dommens præmis 86. Min fremhævelse.

159 – IG-dommens præmis 31.

153. Jeg er ikke sikker på, at ING-dommen¹⁶⁰ i sig selv er tilstrækkelig til at afgøre det spørgsmål, der er stillet, da denne dom vedrørte en ganske særlig situation og i hvert fald ikke havde nogen forbindelse med det kompenserende formål, der forfølges med enhver gennemførelse af Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2. I den beslutning fra Kommissionen, der var genstand for annulationssøgsmålet ved Retten i ING-sagen, havde Kommissionen desuden gennemgået de to foranstaltninger (den oprindelige støtte og ændringen af tilbagebetalingsbetingelserne) enkeltvis¹⁶¹.

154. Dommen fokuserede således på spørgsmålet om, hvorvidt det var muligt for Kommissionen at blive fritaget fra sin forpligtelse til at undersøge, om ændringen af betingelserne for tilbagebetaling var økonomisk rationel på grundlag af kriteriet om den private investor, blot fordi det kapitalindskud, der skulle tilbagebetales, allerede i sig selv udgjorde statsstøtte¹⁶². Sagen vedrører derfor reelt ikke anvendelsen af kriteriet om den private investor i sammenhæng med kompensation, men gav Domstolen lejlighed til at bekræfte, hvilken analyse Kommissionen skal foretage for at afgøre, om dette kriterium finder anvendelse.

155. EDF- og ING-dommene¹⁶³ viser således, at Kommissionen skal foretage en samlet vurdering af situationen, hvilket Retten påpegede og kontrollerede i den appellerede doms præmis 292.

156. Jeg vil indledningsvis fremhæve, at SNCF i forbindelse med sin argumentation vedrørende sjette anbringendes tredje led har erkendt, at dets indgreb i form af de forskellige foranstaltninger, der er beskrevet ovenfor, skete i sammenhæng med de kompensationsforanstaltninger, der blev iværksat efter Kommissionens udtrykkelige anmodning. Som jeg også har påpeget i forbindelse med gennemgangen af det første anbringende, er de kompensationsforanstaltninger, som Kommissionen har pålagt, og som skal overholdes, for at omstrukturingsstøtten til Sernam er forenelig, indeholdt i en beslutning, som er rettet til staten, og de har til formål at afhjælpe den konkurrencefordrejning, som den tildelte støtte var årsag til. Som Kommissionen har påpeget i sine skriftlige indlæg, sigter kompensationsforanstaltningerne mod at »fjerne en del af støttemodtagerens konkurrencefordel« og at sikre »delvis genoprettelse af konkurrencesituationen«. De tilgodeser således i højere grad offentlighedens interesse end støttemodtagerens interesse. Jeg er desuden – i lighed med Kommissionen – tilbøjelig til at mene, at de foranstaltninger, der blev truffet i henhold til Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, oprindeligt vedrørte forpligtelsen til at gennemføre omstrukturingsplanen på de betingelser, som Kommissionen havde fastsat, for at sikre, at omstrukturingsstøtten, der i sagens natur klart er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, var forenelig.

157. Selv om jeg vil undlade at fremsætte formodninger, mener jeg, at det under disse omstændigheder følger klart af en samlet vurdering af situationen, således som det kræves i henhold til retspraksis, dvs. i lyset af foranstaltningernes art og indhold, baggrunden herfor, det forfulgte mål og de bestemmelser, som disse foranstaltninger er omfattet af, at den franske stat i dette tilfælde ikke har grebet ind i sin egenskab af aktionær i SNCF.

158. Appellanten har i sin replik gjort gældende, at princippet om ligebehandling af offentlige virksomheder og private virksomheder er blevet tilsidesat. Det er temmelig sent at fremsætte denne påstand, som ikke er nævnt i SNCF's skriftlige indlæg for Retten. Jeg har under alle omstændigheder vanskeligt ved at få øje på en sådan tilsidesættelse. SNCF's repræsentant fremsatte følgende argumenter under retsmødet ved Domstolen: En offentlig virksomhed, der betaler en negativ pris i forbindelse med en overdragelse, overholder ikke Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2, hvilket som

160 – Dom af 3.4.2014, Kommissionen mod Nederlandene og ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213).

161 – Hvilket kan have påvirket den valgte løsning: jf. punkt 39 i generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse, Kommissionen mod Nederlandene og ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2013:870).

162 – Jf. ING-dommens præmis 37.

163 – Henholdsvis dom af 5.6.2012, Kommissionen mod EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318), og af 3.4.2014, Kommissionen mod Nederlandene og ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213).

bekendt har retsvirkninger i forhold til foreneligheden af den oprindelige støtte, men den vil også blive kritiseret for at have ydet ny statsstøtte, mens en privat virksomhed, der betaler en negativ pris, og som staten som offentlig myndighed pålægger at iværksætte kompensationsforanstaltninger på grundlag af en afgørelse fra Kommissionen, heller ikke overholder betingelsen om forenelighed, hvilket har de samme retsvirkninger; men den kan under ingen omstændigheder kritiseres for at have ydet ny støtte, da den negative pris er betalt med private midler. Når kompensationsforanstaltninger iværksættes af en privat virksomhed, kan der med andre ord ikke foreligge nogen ny støtte, og det er deri forskelsbehandlingen ligger.

159. Jeg må indrømme, at dette ræsonnement er temmelig absurd, eftersom der pr. definition og i sagens natur ikke kan være tale om statsstøtte, når der ikke er anvendt offentlige midler. Jeg mener derfor ikke, at den sammenligning, som SNCF har foretaget, er relevant, og den fokuserer desuden på den negative salgspris, som ikke var det eneste kritikpunkt i forbindelse med betingelserne i Sernam 2-beslutningens artikel 3, stk. 2.

160. Det følger af det ovenstående, at det sjette anbringendes tredje led også bør forkastes.

e) Konklusion vedrørende det sjette anbringende

161. Da alle tre led i det sjette anbringende bør forkastes, må det sjette anbringende forkastes i sin helhed.

7. Kommissionens argumenter om formaliteten med hensyn til sagen i første instans

162. I svarskriftet har Kommissionen i det væsentlige anført, at Retten af procesøkonomiske hensyn ikke tog hensyn til dens indsigelse om, at sagen ikke kunne antages til realitetsbehandling. Kommissionen har i sagen for Domstolen gjort gældende, at denne er forpligtet til, i givet fald af egen drift, at tage stilling til et anbringende om en ufravigelig procesforudsætning vedrørende manglende overholdelse af betingelsen i artikel 263, stk. 4, TEUF, hvorefter en sagsøger kun kan begære en afgørelse, som ikke er rettet til vedkommende, annulleret, hvis sagsøgeren er umiddelbart og individuelt berørt af denne afgørelse. Appellanten er imidlertid ikke umiddelbart og individuelt berørt af Sernam 3-afgørelsen og befinder sig for så vidt angår den anfægtede afgørelse i en tilsvarende situation som selskabet DEFI i dommen i sagen DEFI mod Kommissionen¹⁶⁴, navnlig fordi SNCF ikke havde mulighed for at træffe selvstændige beslutninger.

163. Selv om Kommissionens spørgsmål om formaliteten med hensyn til sagen for Retten kan være nok så interessant, vil jeg ikke behandle det yderligere, hvilket der er to væsentlige grunde til. Den første grund er, at Kommissionen ikke har nedlagt nogen selvstændig påstand baseret på de argumenter, som den har fremført for Domstolen vedrørende formaliteten med hensyn til sagen for Retten. Den anden er, at Retten begrundede sit valg om ikke at tage stilling til formaliteten først i »procesøkonomiske hensyn«¹⁶⁵, bl.a. med henvisning til den såkaldte Boehringer-dom¹⁶⁶. I denne sag, der vedrørte en appel til prøvelse af en dom, hvori Retten havde fundet »det ufornuddent at tage stilling til Rådets afvisningspåstand, når [sagsøgernes] påstande [...] under alle omstændigheder måtte forkastes«¹⁶⁷, bekræftede Domstolen, at »Retten var [...] kompetent til at foretage den af den anlagte vurdering af, om det hvad angår realiteten var berettiget efter sagens omstændigheder af hensyn til god retspleje at frifinde Rådet uden at tage stilling til dets afvisningspåstand«¹⁶⁸. Selv om der kan være

164 – Dom af 10.7.1986 (282/85, EU:C:1986:316).

165 – Den appellerede doms præmis 419.

166 – Dom af 26.2.2002, Rådet mod Boehringer (C-23/00 P, EU:C:2002:118).

167 – Dom af 26.2.2002, Rådet mod Boehringer (C-23/00 P, EU:C:2002:118, præmis 51).

168 – Dom af 26.2.2002, Rådet mod Boehringer (C-23/00 P, EU:C:2002:118, præmis 52).

god grund til at udtrykke forbehold¹⁶⁹ over for en sådan retspraksis, som Domstolen efterfølgende har overført på direkte søgsmål ved Domstolen¹⁷⁰ og anvendt i forbindelse med sin egen prøvelse i appelsager¹⁷¹, må det imidlertid konstateres, at Kommissionen i den foreliggende appelsag ikke har fremført yderligere kritikpunkter mod denne retspraksis. Da jeg mener, at appellen bør forkastes, er der ikke behov for nærmere undersøgelse af spørgsmålet om, hvorvidt SNCF's søgsmål for Retten kunne antages til realitetsbehandling.

V. Sagsomkostninger

164. I henhold til artikel 184, stk. 2, i Domstolens procesreglement træffer Domstolen afgørelse om sagsomkostningerne, såfremt appellen ikke tages til følge.

165. Ifølge dette procesreglements artikel 138, stk. 1, der i medfør af artikel 184, stk. 1, finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellantens tilpligtes at betale sagsomkostningerne, og da appellantens efter min opfattelse bør tabe sagen, bør det pålægges denne at betale omkostningerne i forbindelse med appelsagen.

166. Mory SA og Mory Team bør endelig bære deres egne omkostninger i medfør af artikel 140, stk. 3, i Domstolens procesreglement.

VI. Forslag til afgørelse

167. Henset til det anførte foreslår jeg Domstolen at afsige følgende dom:

- »1) Appellen forkastes.
- 2) SNCF Mobilités betaler de af Europa-Kommissionen afholdte omkostninger.
- 3) Mory SA og Mory Team bærer hver deres egne omkostninger.«

169 – Jf. punkt 50 ff. i generaladvokat Bots forslag til afgørelse Philips Lighting Poland og Philips Lighting mod Rådet (C-511/13 P, EU:C:2015:206).

170 – Jf. dom af 23.3.2004, Frankrig mod Kommissionen (C-233/02, EU:C:2004:173).

171 – Jf. dom af 24.6.2015, Fresh Del Monte Produce mod Kommissionen og Kommissionen mod Fresh Del Monte Produce (C-293/13 P og C-294/13 P, EU:C:2015:416, præmis 193).