



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. KOKOTT
fremsat den 16. juli 2020¹

Sag C-160/19 P

**Comune di Milano
mod**

Europa-Kommissionen

»Appel – statsstøtte – støtte i form af kapitaltilførsler fra moderselskabet – groundhandlingsydelse i lufthavnene Milano-Linate og Milano-Malpensa – bevis for tilregnelighed med hensyn til statsmidler – prøvelse af beviser – vurdering af flere på hinanden følgende foranstaltninger som én foranstaltning – omfanget af Unionens retsinstitutters prøvelse i forbindelse med Kommissionens afgørelser på statsstøtteområde – kriteriet om det markedsøkonomiske investorprincip – fordeling af bevisbyrden – relevante oplysninger«

I. Indledning

1. Kapitaltilførsler til dækning af tab i et datterselskab kan udgøre statsstøtte i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF, hvis det udførende moderselskab ejes af staten. Der er imidlertid ikke tale om støtte, hvis en fiktiv privat investor, der handler på sædvanlige markedsøkonomiske vilkår, også ville have foretaget den omtvistede foranstaltning.

2. I den foreliggende sag forelagde medlemsstaten under den administrative behandling ikke tilstrækkelig dokumentation fra denne periode om moderselskabets beslutningsproces forud for kapitaltilførslerne til dets datterselskab for Europa-Kommissionen. Retten anså derfor ikke kriteriet om det markedsøkonomiske investorprincip for opfyldt. Genstanden for Comune di Milanos (Milano kommune, Italien) appel er bl.a., om Retten i denne forbindelse anvendte de rigtige bevisregler og navnlig fordelte bevisbyrden korrekt.

II. Retsforskrifter

3. Retten henviste ikke kun til artikel 107, stk. 1, TEUF, men også til direktiv 2006/111/EF om gennemsækeligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder og om den finansielle gennemsækelighed i bestemte virksomheder². Dette direktivs artikel 2, litra b), andet afsnit, opstiller følgende formodningsregel for offentlige virksomheder:

»I dette direktiv forstås ved:

[...]

¹ – Originalsprog: tysk.

² – Kommissionens direktiv af 16.11.2006 (EUT 2006, L 318, s. 17).

- b) »offentlige virksomheder«: enhver virksomhed, på hvilke de offentlige myndigheder direkte eller indirekte kan have en dominerende indflydelse som følge af ejerforhold, kapitalindskud eller de regler, der gælder for virksomheden.

Dominerende indflydelse antages at foreligge, når de offentlige myndigheder direkte eller indirekte i relation til en virksomhed:

[...]

- ii) råder over mere end halvdelen af de stemmer, som er knyttet til andele, som virksomheden har udstedt [...].«

III. Sagens faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne

A. Tvistens baggrund

4. SEA SpA (herefter »SEA«) er driftsselskab for lufthavnene Milano-Linate og Milano-Malpensa (Italien). Fra 2002 til 2010 var selskabets kapital næsten udelukkende ejet af det offentlige, nemlig 84,56% af appellanten, Comune di Milano (Milano kommune), 14,56% af Provincia di Milano (provinsen Milano, Italien) og 0,88% af andre offentlige og private aktionærer.

5. Indtil den 1. juni 2002 udførte SEA selv groundhandlingsydelser i lufthavnene Milano-Linate og Milano-Malpensa. På grund af nye EU-retlige krav stiftede SEA efterfølgende selskabet SEA Handling SpA (herefter »SEA Handling«), som kontrolleres fuldstændigt af SEA, og som siden den 1. juni 2002 har udført groundhandlingsydelser i lufthavnene Milano-Linate og Milano-Malpensa.

6. Den 26. marts 2002 indgik Comune di Milano, SEA og forskellige fagforeninger en aftale (herefter »fagforeningsaftalen af 2002«), hvori Comune di Milano bl.a. bekræftede, at SEA i mindst yderligere fem år havde aktiemajoriteten i SEA Handling, og at SEA opretholdt cost-benefit-balancen i sit datterselskab, idet »[selskabets] ledelseskapacitet forbliver uændret, samtidig med at der foretages væsentlige yderligere forbedringer af [selskabets] konkurrenceevne på hjemmemarkedet såvel som de internationale markeder«.

7. I perioden fra 2002 til 2010 foretog SEA kapitaltilførsler til SEA Handling på i alt 359 644 000 EUR. I samme periode måtte SEA Handling notere tab på i alt 339 784 000 EUR.

B. Den omtvistede afgørelse

8. Efter at Kommissionen på grund af en klage havde undersøgt kapitaltilførslerne, vedtog den den 19. december 2012 afgørelse 2015/1225 om SEA SpA's kapitaltilførsler til SEA Handling SpA, meddelt under nr. C(2012) 9448³ (herefter »den omtvistede afgørelse«).

9. I den omtvistede afgørelses konklusion konstaterede Kommissionen bl.a., at de kapitaltilførsler, som SEA i perioden 2002-2010 foretog til sit datterselskab SEA Handling, udgør statsstøtte i henhold til artikel 107 TEUF, som er uforenelig med det indre marked og derfor skal tilbagesøges.

3 – Kommissionens afgørelse (EU) 2015/1225 af 19.12.2012 om SEA SpA's kapitaltilførsler til SEA Handling SpA (sag SA.21420 (C 14/10) (ex NN 25/10) (ex CP 175/06)) (EUT 2015, L 201, s. 1).

C. Proceduren ved Retten

10. Appellanten anlagde annullationssøgsmål til prøvelse af den omtvistede afgørelse den 18. marts 2013 i henhold til artikel 263, stk. 4, TEUF. Appellanten trak senere sin anmodning om foreløbige forholdsregler, som blev fremsat i første omgang, tilbage.

11. Ved dom af 13. december 2018, Comune di Milano mod Kommissionen (T-167/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:940) (herefter »den appellerede dom«), stadfæstede Retten Kommissionens afgørelse og forkastede således søgsmålet og forpligtede Comune di Milano til at betale sagens omkostninger.

D. Appelsagen for Domstolen

12. Comune di Milano har iværksat den foreliggende appel af 22. februar 2019 til prøvelse af Rettens dom.

13. Comune di Milano har nedlagt følgende påstande:

- Rettens dom afsagt den 13. december 2018 i sag T-167/13, Comune di Milano mod Kommissionen, ophæves.
- Kommissionens afgørelse (EU) 2015/1225 af 19. december 2012 om SEA SpA's kapitaltilførsler til SEA Handling SpA (sag SA.21420 (C 14/10) (ex NN 25/10) (ex CP 175/06)) annulleres.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne, herunder omkostningerne vedrørende sagen om foreløbige forholdsregler i sag T-167/13 R.

14. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Appellen afvises, henholdsvis forkastes i det hele, da den åbenbart ikke kan antages til realitetsbehandling og/eller er ugrundet
- Comune di Milano tilpligtes at betale sagsomkostningerne vedrørende den foreliggende sag og sagen i første instans og omkostningerne vedrørende sagen om foreløbige forholdsregler.

15. Prosesdeltagerne har forhandlet skriftligt og fremsat bemærkninger til appellen i retsmødet den 4. juni 2020.

IV. Retlig bedømmelse

16. Comune di Milano har støttet sin appel på fire appelanbringender og har sammenfattende gjort gældende, at Retten tilsidesatte artikel 107, stk. 1, TEUF, idet der ikke er tale om statsstøtte i den foreliggende sag.

17. I henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF skal det lægges til grund, at der foreligger statsstøtte, hvis fire kumulative betingelser er opfyldt. Der skal for det første være tale om statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler, denne foranstaltning skal for det andet kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, den skal for det tredje give en fordel og for det fjerde fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene.

18. De første tre appelanbringender vedrører kriteriet om statsmidler henholdsvis spørgsmålet om, hvorvidt midlerne kan tilregnes staten (herom under A, B og C). Det fjerde appelanbringende vedrører kriteriet om det markedsøkonomiske investorprincip, som er relevant i forbindelse med spørgsmålet om, hvorvidt modtageren gives en fordel (herom under D).

A. Det første appelanbringende – statsmidler

19. En støtte er i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF statsstøtte eller støtte, der ydes med statsmidler, hvis den ydede fordel for det første ydes direkte eller indirekte ved hjælp af statsmidler og for det andet kan tilregnes staten⁴.

20. Med det første appelanbringende har appellanten bestridt, at der blev anvendt statsmidler til de angivelige støtteforanstaltninger (det første appelanbringendes første led), og har gjort indsigelse mod den metode, som Retten anvendte til at fastslå, at de omtvistede foranstaltninger kan tilregnes appellanten (første appelanbringendes andet led).

1. Det første appelanbringendes første led

a) Spørgsmålet om formaliteten vedrørende det første appelanbringendes første led

21. Kommissionen har udtrykt tvivl om, hvorvidt appellants argument vedrørende det første appelanbringendes første led kan antages til realitetsbehandling, fordi Comune di Milano for første gang har bestridt de anvendte midlers statslige natur i appelskriftet. Den omstændighed, at Retten alligevel traf afgørelse om det i den appellerede dom, udgør ifølge Kommissionen en afgørelse ultra petita, hvilket ikke kan give appellanten mulighed for første gang i appellen at bestride, at disse kriterier i artikel 107, stk. 1, TEUF er opfyldt.

22. Ifølge artikel 170, stk. 1, andet punktum, i Domstolens procesreglement kan en appel ikke ændre genstanden for sagen for Retten⁵. Ud fra en isoleret betragtning er det således muligt, at det første appelanbringendes første led skal afvises, fordi det for første gang udtrykkeligt sætter spørgsmålstegn ved den forståelse af den gældende retspraksis vedrørende begrebet »statsmidler«, som Kommissionen har henvist til, og som Retten bekræftede.

23. Kommissionen har imidlertid ikke forstået appellants anbringende for Retten korrekt.

24. Ganske vist fremførte appellanten i denne fase af proceduren ikke en argumentation, som var centreret om midlernes egenskab af statsmidler, men kom primært ind på, at Kommissionen anså foranstaltningerne for at kunne tilregnes de italienske myndigheder.

25. Imidlertid gav appellanten allerede i sin stævning⁶ i første instans udtryk for, at man ikke delte Kommissionens vurdering af de anvendte midlers statslige natur. Det fremgik tydeligt af selve argumentationen, men især af betegnelsen af anbringendet samt gengivelsen af Kommissionen afgørelse, som blev anset for forkert, at det ikke kun var spørgsmålet om tilregnelser med hensyn til foranstaltningerne, men også deres karakter af statsmidler, der blev anfægtet.

4 – Dom af 16.5.2002, Frankrig mod Kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis), og af 19.12.2013, Vent De Colère! m.fl. (C-262/12, EU:C:2013:851, præmis 16).

5 – Dom af 1.6.1994, Kommissionen mod Brazzelli Lualdi m.fl. (C-136/92 P, EU:C:1994:211, præmis 59), af 1.2.2007, Sison mod Rådet (C-266/05 P, EU:C:2007:75, præmis 95), og af 16.11.2017, Ludwig-Bölkow-Systemtechnik mod Kommissionen (C-250/16 P, EU:C:2017:871, præmis 29).

6 – Punkt 11 ff.

26. På denne baggrund er Rettens konstateringer om de anvendte midlers egenskab af statsmidler omfattet af sagens genstand. Derfor kan appellanten med rette anfægte disse betragtninger. Det står appellanten frit for at strukturere sin argumentation på denne måde. Det første appelanbringendes første led kan derfor antages til realitetsbehandling.

b) Realiteten med hensyn til det første appelanbringendes første led – statsmidler som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF

27. Appellantens indsigelser mod den statslige natur af de midler, der blev anvendt i forbindelse med kapitaltilførslen, er rettet mod den appellerede doms præmis 63 og 65-67.

28. I den appellerede doms præmis 63 støttede Retten sin kvalificering af de finansielle bidrag til SEA Handling som statsmidler på, at offentlige instanser ejer mere end 99% af aktierne i SEA. I den appellerede doms præmis 65 undersøgte Retten SEA's organisationsretlige struktur for at begrunde, at de anvendte midler var under statslig kontrol. Endelig anførte Retten i den appellerede doms præmis 65 og 66, at der på grund af den organisationsretlige struktur og de italienske myndigheders hermed forbundne rettigheder og pligter som majoritetsaktionær forelå en dominerende statslig indflydelse, og at de finansielle midler, som SEA overførte til SEA Handling, var under permanent statslig kontrol. I denne forbindelse anvendte Retten også formodningen i artikel 2, litra b), andet afsnit, i direktiv 2006/111 til at etablere sammenhængen mellem den italienske stats aktiemajoritet og den dominerende indflydelse på SEA.

29. Appellanten er af den opfattelse, *for det første*, at statens aktiemajoritet i en virksomhed ikke er tilstrækkeligt til at begrunde, at de midler, som denne virksomhed råder over, er statsmidler, *for det andet*, at statsmidler for at kunne klassificeres som sådanne skal være under konstant statslig kontrol, og, *for det tredje*, at Retten fejlagtigt støttede sin argumentation i forbindelse med artikel 107, stk. 1, TEUF på direktiv 2006/111 for at begrunde, at staten har dominerende indflydelse på en virksomhed. Dette direktiv vedrører udelukkende bestemmelserne om offentlige virksomheder i artikel 106 TEUF.

30. Appelanbringendet skal tages til følge, hvis Rettens begrundelse er fejlagtig, og dommen er støttet herpå. Den omhandlede begrundelse fra Retten er imidlertid i det væsentlige rigtig. For så vidt som henvisningen til formodningen i artikel 2, litra b), andet afsnit, i direktiv 2006/111 kan være fejlagtig, er dommen imidlertid ikke støttet herpå.

31. Artikel 107, stk. 1, TEUF omfatter alle økonomiske midler, staten faktisk kan anvende til at støtte virksomheder, uden at det har nogen betydning, om disse midler til stadighed udgør en del af statens formue⁷. Denne faktiske anvendelse foreligger især, når staten udøver en dominerende indflydelse på den virksomhed, som yder de pågældende midler, og dermed styrer anvendelsen af midlerne⁸. Den dominerende indflydelse kan også følge af den statslige aktørs ejerforhold i den pågældende virksomhed⁹.

32. Appellanten har anfægtet den konklusion, hvorefter den statslige kontrol over SEA skulle føre til, at kapitaltilførslerne udgør statsmidler, og har i denne forbindelse henvist til ENEA-sagen¹⁰.

7 – Dom af 16.5.2000, Frankrig mod Ladbroke Racing og Kommissionen (C-83/98 P, EU:C:2000:248, præmis 50), af 16.5.2002, Frankrig mod Kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, præmis 37), af 17.7.2008, Essent Netwerk Noord m.fl. (C-206/06, EU:C:2008:413, præmis 70), af 19.12.2013, Vent De Colère! m.fl. (C-262/12, EU:C:2013:851, præmis 21), og af 13.9.2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671, præmis 25).

8 – Dom af 16.5.2002, Frankrig mod Kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, præmis 38), af 18.5.2017, Fondul Proprietatea (C-150/16, EU:C:2017:388, præmis 17), af 13.9.2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671, præmis 31), og af 9.11.2017, Kommissionen mod TV2/Danmark (C-656/15 P, EU:C:2017:836, præmis 47).

9 – Dom af 16.5.2002, Frankrig mod Kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, præmis 38), og af 18.5.2017, Fondul Proprietatea (C-150/16, EU:C:2017:388, præmis 33).

10 – Dom af 13.9.2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671).

33. Det er korrekt, at den nævnte konklusion i ENA-sagen ikke kunne udledes af de faktiske statslige kontrolbeføjelser over de handlende virksomheder, der forelå i den sag. Dette skyldtes imidlertid, at den ydede fordel ikke havde nogen relation til denne kontrol, men var en følge af en lov. Det drejede sig nemlig om en ordning, som bestod i at pålægge el-leverandørerne at sælge elektricitet produceret ved kraftvarmeproduktion, der skulle udgøre 15% af deres årlige salg af elektricitet til slutbrugerne. Nogle af disse el-leverandører var ganske vist kontrolleret af staten, men det betød ikke, at deres betalinger til leverandørerne af el fra kraftvarmeverker blev til statsmidler. Staten benyttede sig nemlig ikke af sin selskabsretlige kontrol over disse virksomheder til at foranledige betalingen, men af sin lovgivningskompetence, således at købspligten gjaldt for alle el-leverandører uafhængigt af et statsligt ejerskab. Elpriserne fulgte derimod forholdene på markedet¹¹.

34. Det er imidlertid ikke en sådan situation, der foreligger i den foreliggende sag. Afgørelserne om kapitaltilførslerne til fordel for SEA Handling beroede ikke på en lov, men på beslutninger truffet af SEA, som på grund af ejerstrukturen var kontrolleret af statslige italienske instanser. Følgelig begik Retten ikke en retlig fejl i den appellerede dom, da den etablerede en sammenhæng mellem kontrolbeføjelsen og den deraf følgende dominerende indflydelse på den ene side og midlernes egenskab af statsmidler på den anden side. Retten tog tilstrækkeligt hensyn til den foreliggende sags kontekst og tog på denne baggrund hensyn til den relevante retspraksis.

35. På denne baggrund er det ufornuddent at tage stilling til, om Rettens henvisning i den appellerede doms præmis 65 til artikel 2, litra b), andet afsnit, i direktiv 2006/111 var udtryk for en retlig fejl. Det er uklart, om Domstolen fortsat betragter dette direktiv som målestok for kriteriet i artikel 107 TEUF, da den – så vidt ses – kun har støttet sig på den tidligere bestemmelse¹² en enkelt gang¹³. Imidlertid udgør dette argument fra Rettens side kun en supplerende begrundelse, og en retlig fejl på dette punkt derfor ikke ville indebære, at der kunne sættes spørgsmålstegn ved den appellerede dom¹⁴.

2. Det første appelanbringendes andet led – metoden med henblik på bedømmelsen af, om en foranstaltning kan tilregnes staten

36. Med det første appelanbringendes andet led har appellanten indledningsvis gjort gældende, at Retten med urette tilsluttede sig Kommissionens vurdering med hensyn til konstateringen af, at kapitaltilførslerne skulle tilregnes de italienske myndigheder. Kommissionen støttede ifølge appellanten konklusionen, hvorefter foranstaltningerne kunne tilregnes staten, på en ren formodning om statslige instansers deltagelse i beslutningerne om kapitaltilførslerne og førte ikke faktisk bevis herfor.

37. Det er korrekt, at spørgsmålet om tilregning med hensyn til foranstaltninger, som en offentligt kontrolleret virksomhed gennemfører, forudsætter, at statslige instanser deltager i den pågældende beslutning. Denne deltagelse skal dog ikke nødvendigvis dokumenteres konkret, f.eks. ved hjælp af en præcis påvisning¹⁵. Konstateringen af, at foranstaltningerne kan tilregnes staten, kan tværtimod udledes af en helhed af de beviser, der følger af sagens omstændigheder og den sammenhæng, hvori foranstaltningen er truffet. I denne forbindelse kan det endog være tilstrækkeligt, hvis det på grundlag af disse indicer forekommer usandsynligt, at staten ikke deltog i vedtagelsen af de pågældende foranstaltninger¹⁶.

11 – Dom af 13.9.2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671, præmis 27 og 31-35).

12 – Artikel 2, stk. 1, i Kommissionens direktiv 80/723/EØF af 25.6.1980 om gennemsækeligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder (EFT 1980, L 195, s. 35), som ændret ved Kommissionens direktiv 93/84/EF af 30.9.1993 (EFT 1993, L 254, s. 16).

13 – Dom af 16.5.2002, Frankrig mod Kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, præmis 34).

14 – Dom af 11.12.2008, Kommissionen mod Département du Loiret (C-295/07 P, EU:C:2008:707, præmis 74).

15 – Dom af 16.5.2002, Frankrig mod Kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, præmis 52 og 53), og af 17.9.2014, Commerz Nederland, C-242/13, EU:C:2014:2224, præmis 31 ff.).

16 – Dom af 16.5.2002, Frankrig mod Kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, præmis 55 og 56), og af 17.9.2014, Commerz Nederland, C-242/13, EU:C:2014:2224, præmis 32 og 33).

38. I modsætning til, hvad appellanten har gjort gældende, støttede Retten sig imidlertid ikke alene på dette. Appellantens anbringende, hvorefter Retten konkluderede, at kapitaltilførslerne kunne tilregnes den italienske stat alene på grundlag af, at det angiveligt var usandsynligt, at en foranstaltning kunne vedtages uden statslig deltagelse, beror imidlertid på en fejlagtig læsning af den appellerede dom. Retten anvendte nemlig kun denne formodning i forbindelse med den tidsmæssige sammenhæng mellem enkelte beviser og de forskellige foranstaltninger.

39. Det er derimod med urette, at appellanten ud over kritikken i punkt 38 har gjort gældende, at der er sket en fejlagtig vurdering med hensyn til, om foranstaltningerne kan tilregnes staten. Ved vurderingen heraf lagde Retten tværtimod en hel række beviser, som kan tale for eller imod at anse kapitaltilførslerne for at kunne tilregnes den italienske stat, til grund, og den opfyldte dermed de krav, som retspraksis har opstillet til dokumentationen af betingelsen om »statsmidler« som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF.

40. Blandt de prøvede beviser er navnlig aftalen mellem fagforeninger, SEA og Comune di Milano, dvs. den tidligere nævnte fagforeningsaftale af 2002, hvorefter SEA forpligtede sig til at opretholde datterselskabets cost-benefit-balance (den appellerede doms præmis 77-83).

41. Desuden henviste Retten – for at underbygge det indtryk, der var opnået – til mødereferater fra bestyrelsesmøder i SEA Handling efter at have foretaget en kritisk prøvelse af deres bevisværdi. Af disse referater fremgår det bl.a., at appellanten tilsluttede sig planen for den forretningsmæssige udvikling af SEA Handling for perioden fra 2007 (den appellerede doms præmis 85).

42. Rettens prøvelse omfattede endvidere Milanos borgmesters rolle i forbindelse med SEA's bestyrelsesformands fratrædelse i 2006 (den appellerede doms præmis 86) og den omstændighed, at borgmesteren modtog blanko-fratrædelsesanmodninger fra SEA's bestyrelsesmedlemmer (den appellerede doms præmis 87). På denne baggrund kunne Retten derefter i den appellerede doms præmis 88 stadfæste Kommissionens konklusion vedrørende betydningen af de beslutninger, der var truffet i forbindelse med SEA-koncernens samlede strategi, som indicium for anse kapitaltilførslerne for at kunne tilregnes staten.

43. Efterfølgende konstaterede Retten, at de beviser, som appellanten anførte selvstændigt og uafhængigt af Kommissionens argumentation, ikke var egnede til at afkræfte formodningen for en indflydelse, og dermed, at foranstaltningerne kunne tilregnes den italienske stat. I denne forbindelse betragtede Retten de fremførte beviser hver for sig, men den bedømte også deres værdi på grundlag af en samlet betragtning. Retten diskuterede den omstændighed, at et medlem af byrådet af fortrolighedshensyn ikke fik indsigt i bestemte dokumenter (den appellerede doms præmis 90) og korrespondancen i denne forbindelse mellem appellanten og SEA, som viser uoverensstemmelser mellem dem (den appellerede doms præmis 91). Desuden undersøgte Retten korrespondance mellem SEA og et byrådsmedlem (den appellerede doms præmis 92) samt den omstændighed, at viceborgmesteren ikke blev oplyst om bestemte dele i fagforeningsforhandlingerne (den appellerede doms præmis 93).

44. Af de samme grunde er den udvidelse af anvendelsesområdet for artikel 107, stk. 1, TEUF med hensyn til alle statskontrollerede private virksomheder, som appellanten frygter, heller ikke relevant i den foreliggende sag. Som beskrevet ovenfor anså Retten nemlig netop ikke foranstaltningerne for at kunne tilregnes de italienske myndigheder alene på grund af koncernens organisationsretlige struktur, men efter en prøvelse af de konkrete omstændigheder.

45. Da det første appelanbringendes andet led således heller ikke er begrundet, må det første appelanbringende forkastes i sin helhed.

B. Det andet appelanbringende – påvisning af, at der forelå tilregnelser til staten

46. Med det andet appelanbringende har Comune di Milano gjort gældende, at Retten i to henseender tilsidesatte de principper for bevisførelse med hensyn til tilregnelser, som følger af retspraksis, nemlig for det første derved, at den stillede mindre strenge krav til den positive påvisning af, at foranstaltningerne kunne tilregnes staten end til modbeviset (det andet anbringendes første led), og for det andet derved, at den ikke krævede en fuldstændig dokumentation for, at hver enkelt kapitaltilførsel kunne tilregnes staten (det andet anbringendes andet led).

47. Konkret har appellanten med det andet anbringendes første led anfægtet den omstændighed, at Retten forlangte faktuelle indikationer af appellanten som modbevis for, at foranstaltningerne kunne tilregnes de italienske myndigheder, mens Kommissionen til støtte for sin bevisførelse kunne støtte sig på en formodning, og har således gjort gældende, at der var tale om forskelsbehandling.

48. Denne opfattelse kan imidlertid ikke tages til følge. Som beskrevet i punkt 38 har appellanten ikke forstået den appellerede doms præmis 75 og 80 korrekt, idet appellanten lægger til grund, at Retten herved anerkendte, at Kommissionen støttede afgørelsen af spørgsmålet om tilregnelser alene på den formodning, at det var usandsynligt, at de italienske myndigheder ikke var involveret i vedtagelsen af de omhandlede foranstaltninger. Imidlertid lagde Retten i denne præmis i realiteten den nævnte formodning til grund som et af flere beviser, som tilsammen talte for, at kapitaltilførslerne kunne tilregnes de italienske myndigheder. Desuden benyttede Retten kun denne formodning i forbindelse med spørgsmålet om tilregnelser med hensyn til de kapitaltilførsler, som ikke blev foretaget umiddelbart efter fagforeningsaftalen af 2002. Desuden behandlede Retten på baggrund af de principper, der er udviklet i retspraksis, de beviser, som taler for, at foranstaltningerne kan tilregnes den italienske stat, på samme måde som dem, der taler imod en sådan tilregnelser.

49. Heller ikke appellants argument om, at det ganske enkelt er umuligt for appellanten at modbevise den nævnte formodning, er overbevisende. For det første er det, som beskrevet, ikke formodningen som sådan, der skal modbevises, men den samlede vurdering på grundlag af beviserne. For det andet kommer det ikke an på et konkret modbevis, men på at fremlægge tilstrækkelige beviser for det modsatte. Den omstændighed, at de fremlagte beviser ikke var tilstrækkelige til at overbevise Kommissionen og Retten, skyldes den indholdsmæssige vurdering af disse beviser og ikke den anvendte bevisstandard.

50. Det andet anbringendes første led må derfor forkastes.

51. Det samme gælder for så vidt angår det andet anbringendes andet led. I denne forbindelse ser appellanten en retlig fejl deri, at Retten for det første ikke tog stilling til spørgsmålet om tilregnelser i relation til hver enkelt kapitaltilførsel og for det andet, og i sammenhæng hermed, anvendte retspraksis forkert. Domstolen har ganske vist i sin hidtidige praksis i visse tilfælde anset flere på hinanden følgende foranstaltninger for at være en enkelt foranstaltning. Dette skete imidlertid i en anden sammenhæng og kan derfor ikke automatisk overføres på spørgsmålet om, hvorvidt foranstaltninger kan tilregnes staten. Retten fordrejede således angiveligt retspraksis.

52. Dette anbringende beror sandsynligvis på den antagelse fra appellants side, at nogle af kapitaltilførslerne eller måske endda alle kapitaltilførslerne ikke ville kunne tilregnes den italienske stat, hvis de var blevet prøvet enkeltvis. Da dette ikke uden videre kan afvises, er spørgsmålet, om Kommissionen og Retten kunne vurdere de enkelte kapitaltilførsler som en samlet foranstaltning for så vidt angår spørgsmålet om tilregnelser.

53. Som Comune di Milano også anerkender, kan flere på hinanden følgende støtteforanstaltninger betragtes som en enkelt foranstaltning, hvis de, henset til bl.a. deres kronologi og formål samt virksomhedens situation på tidspunktet for indgrebene, er så tæt forbundne, at det er umuligt at adskille dem¹⁷.

54. Denne retspraksis blev ganske vist udviklet inden for rammerne af sager, hvor det centrale i statsstøtteanalysen var begrebet »statsmidler«¹⁸, foranstaltningens selektivitet¹⁹ og anvendelsen af kriteriet om det markedsøkonomiske investorprincip²⁰. Til forskel fra appellants opfattelse kan det imidlertid ikke udledes heraf, at denne praksis kun gælder med hensyn til disse elementer i artikel 107, stk. 1, TEUF. Den nævnte praksis vedrører nemlig udtrykkeligt formålene med anvendelsen af artikel 107, stk. 1, TEUF som helhed²¹ og sonderer i de specifikke betragtninger ikke mellem de enkelte elementer i denne bestemmelse. Også spørgsmålet om tilregnelser i relation til en foranstaltning er et delaspekt af begrebet »statsmidler« og dermed et element i artikel 107, stk. 1, TEUF. Derfor kan argumentationsmønstrene fra den nævnte praksis også overføres med henblik på at kontrollere, om flere på hinanden følgende foranstaltninger kan betragtes som én enkelt foranstaltning for så vidt angår spørgsmålet om tilregnelser i forhold til en stat.

55. På denne baggrund ses der heller ikke på dette punkt at være begået en retlig fejl fra Rettens side. Retten prøvede Kommissionens konstateringer i den appellerede doms præmis 72 og 73 i lyset af de nævnte kriterier og lagde en tidsmæssig sammenfatning til grund, idet den henviste til en flerårig strategi²² for dækning af tab, som dannede grundlag for gennemførelsen af de enkelte kapitaltilførsler. En sådan strategi er egnet til at knytte de enkelte foranstaltninger sammen på en sådan måde, at det er umuligt at adskille dem fra hinanden.

56. Dermed er anbringendets andet led ligeledes ubegrundet. Den videre argumentation, hvormed appellanten bl.a. har anfægtet konklusionen med henvisning til, at der skulle være sket en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, skal behandles i forbindelse med det tredje appelanbringende.

C. Det tredje appelanbringende – urigtig gengivelse af beviser i forbindelse med beviset for tilregnelser

57. Med det tredje anbringende har appellanten gjort gældende, at Retten foretog en urigtig gengivelse af beviserne ved vurderingen af de beviser, som Kommissionen havde lagt til grund for konklusionen om, at foranstaltningerne kunne tilregnes Comune di Milano. I forbindelse med det andet anbringende skal der tillige tages stilling til det anbringende, som appellanten har gjort gældende, hvorefter Retten skulle have gengivet beviserne urigtigt.

58. I henhold til artikel 256 TEUF, sammenholdt med artikel 58, stk. 1, i statuten for Domstolen, har Domstolen kun beføjelse til at kontrollere den retlige kvalificering og de heraf udledte retlige konsekvenser med hensyn til faktiske omstændigheder, som Retten har fastslået eller taget stilling til. Bedømmelsen af de faktiske omstændigheder udgør derfor ikke, medmindre der er tale om en urigtig gengivelse af de for Retten fremlagte beviser, et retsspørgsmål, der som sådant er undergivet Domstolens prøvelsesret²³.

17 – Dom af 19.3.2013, Bouygues og Bouygues Télécom mod Kommissionen (C-399/10 P og C-401/10 P, EU:C:2013:175, præmis 103 og 104), af 4.6.2015, Kommissionen mod MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362, præmis 97), og af 26.3.2020, Larko mod Kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, præmis 33).

18 – Dom af 19.3.2013, Bouygues og Bouygues Télécom mod Kommissionen (C-399/10 P og C-401/10 P, EU:C:2013:175, præmis 89 ff.).

19 – Dom af 4.6.2015, Kommissionen mod MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362, præmis 88 ff.).

20 – Dom af 26.3.2020, Larko mod Kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, præmis 27-34).

21 – Jf. de i fodnote 18 anførte domme.

22 – Antagelsen af denne strategi behandles i punkt 61 og 64 ff. i dette forslag til afgørelse.

23 – Dom af 26.3.2020, Larko mod Kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).

59. En sådan urigtig gengivelse foreligger, hvis det fremgår åbenbart, at gengivelsen af de foreliggende beviser er urigtig²⁴. Den urigtige gengivelse skal endvidere fremgå på åbenbar vis af sagsakterne, uden at det er nødvendigt at foretage en fornyet vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne²⁵. Henset til den karakter af undtagelse, som et anbringende om en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder i henhold til artikel 256 TEUF, artikel 58, stk. 1, i statuten for Domstolen og artikel 168, stk. 1, litra d), i Domstolens procesreglement har, skal en appellant præcist angive de faktiske elementer, som Retten har gengivet urigtigt, og bevise de fejl i analysen, som efter appellants opfattelse har forledt Retten til denne urigtige gengivelse²⁶.

60. Appellanten har i forbindelse med det andet anbringende indledningsvis gjort gældende, at Retten gengav appellants anbringende urigtigt under retssagen. Herved har appellanten tilsyneladende henvist til konstateringen i den appellerede doms præmis 72. Herved har appellanten begrænset sig, uden yderligere forklaring, til at hævde, at Kommissionen ikke havde bevist den logiske tilknytning og sammenhængen mellem de forskellige beviser, som denne anførte for at tilregne den italienske stat samtlige foranstaltninger, som blev truffet i den omhandlede periode. Appellanten har imidlertid ikke angivet, hvilket anbringende Retten angiveligt gengav urigtigt. Følgelig må det nævnte argument afvises.

61. Endvidere har appellanten i forbindelse med det andet anbringende anført, at de italienske myndigheder og SEA, i modsætning til, hvad der fremgår af den appellerede doms præmis 72, ikke havde medgivet, at der fandtes en »flerårig strategi for dækning af tab«. Tværtimod omtaler diverse dokumenter kun en strategi for sanering. Dermed har appellanten imidlertid selv medgivet det afgørende forhold, som er genstanden for det andet anbringende, nemlig at de årlige kapitaltilførsler indgik i en samlet strategi og derfor i henhold til den ovenfor behandlede retspraksis²⁷ ikke skal undersøges separat. I denne forbindelse er det ikke afgørende, om strategien konkret omhandlede dækning af tab eller mere abstrakt saneringen. Dette argument går dermed i realiteten ikke ud på en urigtig gengivelse af beviser, som er væsentlig for afgørelsen.

62. Endelig har appellanten i forbindelse med det andet anbringende fremhævet sit argument for Retten om, at hver enkelt kapitaltilførsel var kendetegnet ved sin individuelle sammenhæng. Med hensyn til dette anbringende har appellanten imidlertid ikke hævdet, at Retten gengav beviser urigtigt, men har anfægtet, at Retten ikke fulgte appellants argumentation. Der sigtes dermed mod en fornyet vurdering af dette anbringende, hvilket imidlertid ikke er tilladt under en appelsag.

63. Klagepunktet om urigtig gengivelse af beviser, som er gjort gældende i forbindelse med det andet anbringende, må derfor forkastes.

64. Med det tredje appelanbringende har appellanten gjort gældende, at fagforeningsaftalen af 2002 er til hinder for Kommissionens og Rettens konklusioner vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt foranstaltningerne kan tilregnes de italienske myndigheder. Aftalen kan ifølge appellanten ikke forstås således, at SEA ved denne aftale på en eller anden måde var forpligtet til at udligne SEA Handlings tab gennem kapitaltilførsler.

65. Med dette anbringende ønsker appellanten imidlertid ligeledes en ny vurdering af de faktiske omstændigheder, nemlig i dette tilfælde fagforeningsaftalen af 2002.

24 – Dom af 17.6.2010, Lafarge mod Kommissionen (C-413/08 P, EU:C:2010:346, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis).

25 – Dom af 3.4.2014, Frankrig mod Kommissionen (C-559/12 P, EU:C:2014:217, præmis 80 og den deri nævnte retspraksis), og af 11.12.2019, Mytilinaios Anonymos Etairia – Omilos Epicheiriseon mod Kommissionen (C-332/18 P, EU:C:2019:1065, præmis 150).

26 – Dom af 7.1.2004, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 50), af 20.10.2011, PepsiCo mod Grupo Promer Mon Graphic (C-281/10 P, EU:C:2011:679, præmis 78), af 9.11.2017, TV2/Danmark mod Kommissionen (C-649/15 P, EU:C:2017:835, præmis 51), og af 16.1.2019, Polen mod Stock Polska og EUIPO (C-162/17 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2019:27, præmis 71).

27 – Jf. ovenfor, punkt 53 og 54.

66. Appellanten har principalt gjort gældende, at Retten ved sin fortolkning ikke tog hensyn til fagforeningsaftalens tidsmæssige og juridiske kontekst. Dermed går appellanten imidlertid netop ind på selve vurderingen af beviserne. Hvis argumentet skulle kunne antages til realitetsbehandling, skulle appellanten i stedet have argumenteret for, at fagforeningsaftalen i sig selv er til hinder for de konklusioner, som Retten drog.

67. I det omfang appellanten har gjort gældende, at fagforeningsaftalen af 2002 ikke indeholder referencer til kapitaltilførsler og tab, kan dennes anbringende forstås således, at det opfylder betingelserne for, at appelanbringendet om urigtig gengivelse af beviser kan antages til realitetsbehandling. Dette er tilfældet, hvis man forstår appellants anbringende således, at det uden de nævnte elementer ikke kan udledes af fagforeningsaftalen, at SEA var forpligtet til at udligne SEA Handlings tab.

68. Rettens vurdering er imidlertid ikke åbenlyst forkert og gengiver derfor ikke beviset urigtigt. Det er nemlig ikke på forhånd udelukket, således som Kommissionen og Retten konkluderede, ud fra de i den appellerede doms præmis 77 gengivne passager af fagforeningsaftalen af 2002, hvorefter SEA skulle opretholde cost-benefit-balancen i SEA Handling i flere år, at antage, at SEA var forpligtet til at udligne tabene i datterselskabet. Navnlig er det ikke en forudsætning for dette, at den måde, hvorpå cost-benefit-balancen skal opretholdes, nævnes konkret. Den omstændighed, at fagforeningsaftalen ikke refererer til en tabsudligning ved kapitaltilførsler, er følgelig ikke til hinder for Kommissionens og Rettens konklusion. Derfor foreligger der ikke en urigtig gengivelse af fagforeningsaftalen.

69. Det tredje appelanbringende kan herefter heller ikke tiltrædes.

D. Det fjerde anbringende – kriteriet om det markedsøkonomiske investorprincip

70. Med det fjerde anbringende har appellanten anfægtet Rettens betragtninger om kriteriet om det markedsøkonomiske investorprincip.

71. Dette kriterium beror på den betragtning, at en foranstaltning ikke udgør støtte som omhandlet i artikel 107 TEUF, hvis den begunstigede offentlige virksomhed kunne opnå den samme fordel som den, der er blevet stillet til rådighed for den ved hjælp af statens midler, på vilkår, der svarer til normale markedsvilkår²⁸. Med henblik på bedømmelsen af dette spørgsmål skal der tages udgangspunkt i en økonomisk aktør, som befinder sig i en situation, som ligger så tæt som muligt på den situation, som de pågældende statslige instanser befinder sig i, i det foreliggende tilfælde altså dog i relation til en fiktiv privat investor²⁹.

72. Appellants væsentligste argumentation henviser dels til de kriterier for prøvelsen, som Retten anvendte, dels til bevisførelsen. Appellanten har i denne forbindelse opdelt det fjerde appelanbringende i fire led, nemlig vurderingen af fagforeningsaftalen af 2002 (herom under 1), Kommissionens vurdering af kriteriet om det markedsøkonomiske investorprincip (herom under 3), kriterierne for prøvelsen ved Unionens retsinstanser (herom under 2) og bevisbyrden (herom under 4).

28 – Dom af 21.3.1991, Italien mod Kommissionen (C-303/88, EU:C:1991:136, præmis 20), og af 5.6.2012, Kommissionen mod EDF m.fl. (C-124/10 P, EU:C:2012:318, præmis 78).

29 – Jf. dom af 5.6.2012, Kommissionen mod EDF m.fl. (C-124/10 P, EU:C:2012:318, præmis 78 og 79), og af 26.3.2020, Larko mod Kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, præmis 28).

1. Det fjerde appelanbringendes første led – vurdering af fagforeningsaftalen af 2002

73. Med det fjerde appelanbringendes første led har appellanten inden for rammerne af det fjerde anbringende bestridt det forhold, at Kommissionen og Retten lagde til grund, at der forelå en flerårig strategi for dækning af tab. Dette fremgår ifølge appellanten hverken af fagforeningsaftalen af 2002 eller af andre dokumenter. Derfor skulle Kommissionen og Retten ikke have ladet en sådan strategi indgå i vurderingen af kriteriet om den private investor.

74. Som beskrevet allerede i forbindelse med det tredje anbringende³⁰ må dette argument imidlertid afvises, da det er rettet mod Rettens vurdering af beviserne. Det er ikke åbenlyst forkert, at Retten accepterede den konklusion, som Kommissionen havde draget, hvorefter fagforeningsaftalen af 2002 forpligtede SEA til at dække SEA Handlings tab gennem flere år.

2. Det fjerde appelanbringendes tredje led – Unionens retsinstansers kriterier for prøvelsen

75. Med det fjerde anbringendes tredje led har appellanten gjort gældende, at Retten fejlagtigt lagde til grund, at den kun kunne foretage en begrænset prøvelse af Kommissionens komplekse økonomiske vurdering i forbindelse med kriteriet om det markedsøkonomiske investorprincip, og at den derfor begik en retlig fejl, da den stillede krav om, at der skulle påvises en åbenlys fejl i Kommissionens vurdering.

76. Denne argumentation må ligeledes forkastes.

77. Det er ganske vist korrekt, at Retten i henhold til artikel 263, stk. 2, TEUF principielt har ubegrænset prøvelseskompetence i relation til søgsmål, der anlægges under påberåbelse af inkompetence, væsentlige formelle mangler, overtrædelse af traktaterne eller af retsregler vedrørende deres gennemførelse samt magtfordrejning.

78. I forbindelse med anvendelsen af kriteriet om den private investor tilkommer det imidlertid Kommissionen at foretage en samlet vurdering, som skal tage hensyn til alle de relevante beviser i sagen, som gør det muligt for den at afgøre, om den modtagende virksomhed klart ikke kunne have opnået tilsvarende ydelser hos en sådan privat aktør.

79. Den vurdering af komplekse økonomiske forhold, som ligger til grund for en sådan samlet vurdering, er endvidere ikke unddraget Unionens retsinstansers kontrol³¹. Denne kontrol er imidlertid begrænset således, at Unionens retsinstanser ikke må erstatte Kommissionens vurdering med sin egen og indholdsmæssigt kun kan kontrollere, om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn eller magtfordrejning³². Derudover kan Unionens retsinstanser efterprøve, om de processuelle regler er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, og om de faktiske omstændigheder materielt set er rigtige³³.

30 – Jf. ovenfor, punkt 64 ff.

31 – Dom af 22.11.2007, Spanien mod Lenzing (C-525/04 P, EU:C:2007:698, præmis 56 og 57), af 2.9.2010, Kommissionen mod Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480, præmis 64 og 65), og af 24.1.2013, Frucona Košice mod Kommissionen (C-73/11 P, EU:C:2013:32, præmis 75).

32 – Dom af 22.11.2007, Spanien mod Lenzing (C-525/04 P, EU:C:2007:698, præmis 59-61), af 2.9.2010, Kommissionen mod Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480, præmis 64-66), af 24.1.2013, Frucona Košice mod Kommissionen (C-73/11 P, EU:C:2013:32, præmis 74-76), og af 26.3.2020, Larko mod Kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, præmis 38-41).

33 – Dom af 2.9.2010, Kommissionen mod Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480, præmis 66), og af 7.5.2020, BTB Holding Investments og Dufenco Participations Holding mod Kommissionen (C-148/19 P, EU:C:2020:354, præmis 56).

80. Appellantens henvisning til retspraksis vedrørende kontrol af kartelbøder³⁴ ændrer ikke ved dette. På dette område har Unionens retsinstanser nemlig i henhold til artikel 261 TEUF og de relevante forordninger fuld prøvelsesret³⁵. Ved prøvelsen af støtteafgørelser gælder derimod de i nærværende forslag til afgørelse beskrevne prøvelseskriterier.

81. Følgelig er den appellerede dom ikke behæftet med en retlig fejl af den grund, at Retten i den appellerede doms præmis 107 og 108 begrænsede sin prøvelse af Kommissionens vurderinger vedrørende anvendelsen af kriteriet om det markedsøkonomiske investorprincip på denne måde.

3. Det fjerde appelanbringendes andet led – kriteriet om det markedsøkonomiske investorprincip

82. Med det fjerde appelanbringendes andet led har appellanten anfægtet det forhold, at Retten accepterede den fiktive private investor, som Kommissionen sammenlignede SEA's adfærd med. SEA er ifølge appellanten ikke et hvilket som helst moderselskab, som skal afgøre, om det fortsat vil drive et underskudsgivende datterselskab, men indehaver af en langsigtet koncession til drift af to lufthavne. Da indtægterne dermed er sikret på lang sigt, forudsætter bevarelsen af SEA Handling ikke detaljeret planlægning, eller at virksomheden er rentabel på kort sigt.

83. Genstanden for dette anbringende er imidlertid Kommissionens vurdering af de komplekse økonomiske forhold, som kendetegner kapitaltilførslerne til SEA Handling. Et element i denne vurdering består i at fastlægge kriterier for sammenligningen og til dette formål at identificere en fiktiv privat investor. I denne forbindelse må Unionens retsinstanser som allerede anført ikke erstatte Kommissionens økonomiske vurdering med sin egen, og de kan således kun prøve, om der foreligger et åbenlyst urigtigt skøn³⁶.

84. Retten fastslog derfor med rette i den appellerede doms præmis 120, at Kommissionens differentierede overvejelser om den sammenlignelige private investor, som er gengivet i den appellerede doms præmis 97, ikke var behæftet med et åbenlyst urigtigt skøn. Tværtimod kunne Kommissionen navnlig forsvare den opfattelse, at en sådan investor ikke ville have fulgt en tilsvarende strategi, inden for hvilken den pågældende årligt ville udligne væsentlige tab i et datterselskab uden at sætte et beløbsmæssigt loft herfor, at vurdere resultatet af hidtidige betalinger eller at undersøge alternative scenarier.

85. I denne forbindelse knytter Rettens fremstilling i den appellerede doms præmis 97 og endnu tydeligere de dele af begrundelsen for den omtvistede afgørelse, som ligger til grund herfor, sig absolut også på SEA's flerårige driftskoncession, som Retten i øvrigt, i det mindste implicit, tog hensyn til i præmis 112. Det er nemlig kun på baggrund af denne, at henvisningen til en flerårig virksomhedsstrategi for SEA Handlings, som både Retten og Kommissionen udtrykkeligt anvendte i deres overvejelser³⁷, giver mening. At Kommissionen på baggrund af denne situation ikke konkluderede, at en fornuftig privat investor med en flerårig driftskoncession ville have handlet som SEA, ligger absolut inden for dens skønsmargin, således at Retten heller ikke kunne kritisere dette.

86. For så vidt som appellanten har anfægtet det forhold, at Retten accepterede den fiktive investor, som Kommissionen anvendte som sammenligningsgrundlag, må det fjerde appelanbringendes andet led derfor forkastes.

34 – Appellanten har henvist til domme af 8.12.2011, KME m.fl. mod Kommissionen (C-272/09 P, EU:C:2011:810, præmis 94) og Chalkor mod Kommissionen (C-386/10 P, EU:C:2011:815, præmis 62).

35 – Domme af 8.12.2011, KME m.fl. mod Kommissionen (C-272/09 P, EU:C:2011:810, præmis 93) og Chalkor mod Kommissionen (C-386/10 P, EU:C:2011:815, præmis 63). Jf. også mit forslag til afgørelse Frucona Košice mod Kommissionen (C-73/11 P, EU:C:2012:535, punkt 80).

36 – Jf. ovenfor, punkt 79.

37 – 225., 226. og 229. betragtning til den omtvistede afgørelse; præmis 97 og 112 i den appellerede dom.

4. Det fjerde appelanbringendes fjerde led – bevisbyrden og hensyntagen til alle relevante aspekter

87. Det fjerde appelanbringendes andet led indeholder imidlertid også en yderligere indvending, som bliver fuldt forklaret i dets fjerde led. Med dette led kritiserer appellanten den bevisbyrde, som Retten lagde til grund, og navnlig, at det gøres gældende, at appellanten ikke afkræftede bestemte antagelser fra Kommissionens side. Desuden har appellanten kritiseret, at der ikke blev taget hensyn til en af denne fremlagt rapport, som først blev udarbejdet efter de kritiserede foranstaltninger, som kunne være til fordel for appellanten.

a) Kriteriet for prøvelsen

88. Hvad angår kriteriet om det markedsøkonomiske investorprincip har Domstolen nærmere bestemt fastslået, at det tilkommer Kommissionen at foretage en samlet vurdering, som skal tage hensyn til alle de relevante beviser i sagen, som gør det muligt for den at afgøre, om den modtagende virksomhed klart ikke kunne have opnået tilsvarende ydelser hos en sådan privat aktør³⁸.

89. Unionens retsinstanter skal således ikke blot tage stilling til bl.a. den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til, samt oplysningernes troværdighed og sammenhæng, men ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for de heraf dragne konklusioner³⁹. Derudover kan Unionens retsinstanter efterprøve, om de processuelle regler er overholdt, og om begrundelsen er tilstrækkelig⁴⁰.

90. I lyset af disse betragtninger skal det undersøges, om Retten foretog en passende prøvelse af Kommissionens konstateringer vedrørende kriteriet om det markedsøkonomiske investorprincip.

b) Hensyntagen til SEA's særlige situation

91. Henset til kravene til Kommissionens vurdering er især de kendetegn ved SEA, som appellanten har fremhævet i forbindelse med det fjerde appelanbringendes andet led⁴¹, blandt de aspekter, som Kommissionen skulle tage hensyn til ved sammenligningen af SEA's adfærd med den fiktive investor, som blev lagt til grund.

92. Retten nævnte kun dette anbringende implicit i den appellerede doms præmis 112, hvor den henviste til strategiske betragtninger, som blev fremsat fra italiensk side. Dette udgør dog ingen retlig fejl og navnlig ingen manglende begrundelse. Begrundelsespligten pålægger ikke Retten at foretage en udtømmende gennemgang af hvert enkelt af de argumenter, der er fremført af parterne i sagen. Begrundelsen kan således fremgå indirekte, forudsat at de berørte parter kan forstå, hvorfor Retten ikke har godtaget deres argumenter, og således, at Domstolen kan råde over de oplysninger, der er nødvendige for, at den kan udøve sin prøvelse⁴².

38 – Dom af 5.6.2012, Kommissionen mod EDF m.fl. (C-124/10 P, EU:C:2012:318, præmis 86), af 24.1.2013, Frucona Košice mod Kommissionen (C-73/11 P, EU:C:2013:32, præmis 73), og af 26.3.2020, Larko mod Kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, præmis 29).

39 – Dom af 2.9.2010, Kommissionen mod Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480, præmis 65), og af 24.1.2013, Frucona Košice mod Kommissionen (C-73/11 P, EU:C:2013:32, præmis 76).

40 – Dom af 2.9.2010, Kommissionen mod Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480, præmis 66), og af 7.5.2020, BTB Holding Investments og Dufenco Participations Holding mod Kommissionen (C-148/19 P, EU:C:2020:354, præmis 56).

41 – Punkt 82 i dette forslag til afgørelse.

42 – Dom af 7.1.2004, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 372), af 11.9.2014, MasterCard m.fl. mod Kommissionen (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 189), og af 19.9.2019, Polen mod Kommissionen (C-358/18 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2019:763, præmis 75).

93. Dette er tilfældet i den foreliggende sag, idet det tydeligt fremgår af Rettens betragtninger, hvilke elementer der fra Kommissionens side ville have gjort beslutningen om kapitaltilførslerne plausible også ud fra det markedsøkonomiske investorprincip. Således bekræftede Retten i den appellerede doms præmis 113 Kommissionens vurdering af, at risikoen i forbindelse med en langsigtet investering med henblik på tabsudligning skulle have været klarere beskrevet både med hensyn til den forventede størrelse og med hensyn til mulighederne for gevinst for at bevæge en privat investor til gentagne kapitaltilførsler.

94. Det fremgår i øvrigt af 225. betragtning til den omtvistede afgørelse, at Kommissionen tog hensyn til dette aspekt.

95. Anbringendet om, at Retten ikke tog tilstrækkeligt hensyn til SEA's situation, må derfor forkastes.

c) Manglende beviser

96. Appellantens vægtigste indvending er rettet mod Rettens betragtninger i den appellerede doms præmis 113-117, som hævdes at bero på en misforståelse, og hvori Retten fremhævede visse manglende oplysninger fra italiensk side, samt i den appellerede doms præmis 121-132, hvori den konstaterede, at visse argumenter ikke kunne afkræfte Kommissionens konstateringer. Disse betragtninger fra Rettens side kan man forstå således, at en medlemsstat, respektive den ved en foranstaltning begunstigede, på forhånd skal bevise, at foranstaltningen også ville være blevet foretaget af en sammenlignelig privat investor.

97. En sådan fordeling af bevisbyrden ville være uforenelig med retspraksis vedrørende kriteriet om det markedsøkonomiske investorprincip. Domstolen har nemlig udtrykkeligt afvist at forstå kriteriet om det markedsøkonomiske investorprincip som en undtagelse fra støttebegrebet⁴³.

98. Det markedsøkonomiske investorprincip er derimod blandt de elementer, som Kommissionen i visse tilfælde har pligt til at tage hensyn til for at fastslå, om der foreligger en støtte⁴⁴. Senest har Domstolen formuleret dette således, at Kommissionen bærer bevisbyrden for, at betingelserne for anvendelse af det markedsøkonomiske investorprincip eventuelt er opfyldt⁴⁵. Dette forstår jeg således, at Kommissionen skal nå frem til en klar afgørelse af, om en privat investor ville have truffet de pågældende foranstaltninger. Hvis Kommissionen ikke råder over de nødvendige beviser til at træffe denne afgørelse, må dette ikke være til skade for medlemsstaten.

99. Bevisbyrden for, at kriteriet principielt kan anvendes, ligger derimod hos den berørte medlemsstat. Det er nemlig en betingelse for anvendelsen, at den berørte medlemsstat overhovedet handlede som privat aktør. Navnlig i tilfælde, hvor den pågældende medlemsstat ved vedtagelsen af den omhandlede foranstaltning udøvede sin beføjelser som offentlig myndighed, er dette mindre nærliggende. I sådanne tvivlstilfælde forlanger Domstolen af medlemsstaten, at den utvetydigt og på grundlag af objektive elementer, som kan efterprøves, fører bevis for, at beslutningen om at gennemføre foranstaltningen blev truffet i dens egenskab af privat aktør⁴⁶.

100. At der er handlet i denne egenskab, betyder imidlertid ikke automatisk, at en sammenlignelig privat investor ville have handlet på samme måde. Prøvelsen af dette påhviler fortsat Kommissionen, som bærer bevisbyrden ud fra de beskrevne kriterier.

43 – Dom af 5.6.2012, Kommissionen mod EDF m.fl. (C-124/10 P, EU:C:2012:318, præmis 103), af 20.9.2017, Kommissionen mod Frucona Košice (C-300/16 P, EU:C:2017:706, præmis 23), og af 26.3.2020, Larko mod Kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, præmis 64).

44 – Dom af 5.6.2012, Kommissionen mod EDF m.fl. (C-124/10 P, EU:C:2012:318, præmis 86), og af 26.3.2020, Larko mod Kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, præmis 64).

45 – Dom af 26.3.2020, Larko mod Kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, præmis 65).

46 – Dom af 5.6.2012, Kommissionen mod EDF m.fl. (C-124/10 P, EU:C:2012:318, præmis 82), og af 26.3.2020, Larko mod Kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, præmis 63).

101. I den foreliggende sag fremgår det imidlertid af 219. betragtning ff. til den omtvistede afgørelse og af præmis 102 ff. i den appellerede dom, at hverken Kommissionen eller Retten var i tvivl om, at kriteriet kunne finde anvendelse. Dette er også logisk, idet kapitalisering af datterselskaber efter sin form er en foranstaltning, som også kan iværksættes af private investorer.

102. Følgelig skulle Kommissionen bevise, at en sammenlignelig privat investor ikke ville have foretaget de omhandlede kapitaltilførsler, og til dette formål anmode den pågældende medlemsstat om at give den alle relevante oplysninger⁴⁷.

103. Retten skulle i denne forbindelse navnlig prøve, om Kommissionen herved havde taget hensyn til alle relevante aspekter. Når man betragter den appellerede dom i sin helhed, fremgår det, at Retten i sidste ende også gjorde dette.

104. Det afgørende i denne forbindelse er de faktiske omstændigheder, som Retten – ud over de ovenfor nævnte angiveligt misforståede betragtninger – allerede positivt identificerede som en del af Kommissionens vurdering. Det er uomtvistet, at SEA gennem ni år overførte betydelige beløb til SEA Handling, som i alt beløb sig til ca. 360 mio. EUR, mens tabene løb op i ca. 340 mio. EUR⁴⁸. Som allerede nævnt bekræftede Retten med rette Kommissionens vurdering af, at kapitaltilførslen udgjorde statsmidler⁴⁹. Appellantens indsigelse mod Rettens konstatering af, at fagforeningsaftalen af 2002 var det væsentligste grundlag for disse foranstaltninger, kan ikke tages til følge⁵⁰.

105. Retten fastslog også, at SEA løbende udlignede sit datterselskabs enorme tab gennem flere år, fordi selskabet af hensyn til samfundets interesse var forpligtet til at gøre det. Disse faktiske omstændigheder, som positivt er fastslået, gør det i første omgang nærliggende at antage, at en privat investor ikke uden videre ville have handlet på samme måde. På denne baggrund har også fraværet af yderligere beslutningsgrundlag bevisværdi, idet det må lægges til grund, at en privat investor ville have måttet gøre sig grundige overvejelser, før den pågældende ville træffe tilsvarende beslutninger. Retten konstaterede, som anført, i den appellerede doms præmis 113 ff., at disse overvejelser netop ikke forelå.

106. Det er uforholdsmæssigt at tage stilling til, om medlemsstaten har *pligt* til at foretage en passende forudgående vurdering af sin investerings rentabilitet, før den foretager denne investering, sådan som Retten lagde til grund i den appellerede doms præmis 110 under påberåbelse af Domstolens praksis⁵¹. Fraværet af en sådan vurdering kræver imidlertid i det mindste en overbevisende forklaring. I modsat fald er det et indicium for, at en sammenlignelig privat investor ikke ville have foretaget betalingerne.

107. Denne overvejelse bekræftes af offentlige virksomheders særlige opbygning. På den ene side skal medlemsstaterne have mulighed for at handle som virksomhed, og allerede på grundlag af princippet om ligebehandling af offentlige og private virksomheder må ethvert offentligt (flertals-)ejerskab af en virksomhed ikke have til følge, at enhver indrømmelse af en fordel fra denne virksomhed opfylder kriteriet i artikel 107, stk. 1, TEUF. På den anden side må netop denne mulighed heller ikke føre til, at det primærretlige forbud mod støtte bliver omgået⁵². For at tage hensyn til begge aspekter kræves

47 – Jf. dom af 5.6.2012, Kommissionen mod EDF m.fl. (C-124/10 P, EU:C:2012:318, præmis 103 og 104), og af 26.3.2020, Larko mod Kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, præmis 68).

48 – Jf. ovenfor, punkt 7.

49 – Jf. ovenfor, punkt 19 ff.

50 – Jf. ovenfor, punkt 64 ff. samt 73 og 74.

51 – Dom af 23.11.2017, SACE og Sace BT mod Kommissionen (C-472/15 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2017:885, præmis 107). Retten udviklede oprindeligt denne formulering i dom af 25.6.2015, SACE og Sace BT mod Kommissionen (T-305/13, EU:T:2015:435, præmis 182), og anvendte den siden i dom af 16.1.2018, EDF mod Kommissionen (T-747/15, EU:T:2018:6), og af 11.12.2018, BTB Holding Investments og Dufenco Participations Holding mod Kommissionen (T-100/17, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:900).

52 – Dom af 16.5.2002, Frankrig mod Kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, præmis 23 og 68 ff.).

der en vis fleksibilitet, som muliggøres med kriteriet om det markedsøkonomiske investorprincip. Det betyder, at medlemsstaterne henholdsvis de virksomheder, som de ejer, som regel skal dokumentere deres beslutning på en måde, som gør det muligt at se, om de i deres egenskab af aktionær har handlet markedskonformt i den pågældende situation.

108. Rettens henvisning til den manglende fremlæggelse af visse oplysninger skal primært ses i dette lys. Retten kunne ikke alene på grundlag af de foreliggende oplysninger afgøre, hvorfor kapitalforhøjelserne på grundlag af de positivt konstaterede omstændigheder skulle svare til en privat investors handlemåde.

109. Derudover viser disse oplysninger, sammenholdt med betragtningerne om, at Kommissionens konstateringer kunne tiltrædes, at appellantenten ikke kunne pege på yderligere aspekter, som Kommissionen også burde have taget hensyn til ved sin vurdering.

110. Mere vidtgående krav til Kommissionens opklaring af de faktiske omstændigheder ville gøre støttekontrollen uforholdsmæssigt vanskelig, i de tilfælde, hvor medlemsstaterne benytter sig af privatretlige handleformer for at yde selektive fordele. Hvordan skal Kommissionen undersøge, om der foreligger markedskonform adfærd, hvis det ikke skal ske gennem beslutningsgrundlaget, der er dokumenteret af den virksomhed, som yder fordelene?

111. Appellantens anbringende om, at Kommissionen ikke undersøgte forholdene på markedet for groundhandlingsydelser tilstrækkeligt og navnlig ikke selv gennemførte en undersøgelse heraf, ændrer heller ikke ved dette. Det kan ganske vist ikke udelukkes, at det er nødvendigt at iværksætte sådanne opklarende foranstaltninger i visse tilfælde for at tage hensyn til alle relevante aspekter. I den foreliggende sag er det imidlertid ikke udtryk for et åbenbart urigtigt skøn, at der er konkluderet på grundlag af konstateringerne af kapitaliseringsforanstaltningernes omfang og varighed samt de underskud, der opstod parallelt hermed, for at nå til det resultat, at en privat investor ikke ville have handlet på denne måde.

112. Retten behøvede derfor ikke at gå imod Kommissionens vurdering, hvorefter en sammenlignelig privat investor ikke ville have truffet de omtvistede foranstaltninger på denne måde. Tværtimod støttede Kommissionen sin konklusion på vægtige beviser. Retten kunne derfor med rette bekræfte den.

113. Det er ganske vist beklageligt, at Retten ikke redegjorde klarere for sin vurdering end ved at fremhæve fraværet af visse oplysninger. Også i dette spørgsmål gælder det imidlertid, at en doms begrundelse også kan indeholde implicitte konstateringer henholdsvis implicitte henvisninger til begrundelsen for andre dele i samme dom⁵³.

114. Derfor må også dette anbringende i sidste ende forkastes.

d) Tidspunktet for beviserne

115. Endelig har appellantenten gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 114 med urette afslog at tage hensyn til en undersøgelse, som blev udarbejdet efter vedtagelsen af de omhandlede foranstaltninger.

53 – Jf. ovenfor, punkt 92.

116. Denne konstatering fra Rettens side er heller ikke behæftet med retlige fejl, men er udtryk for en anerkendelse af Kommissionens prøvelsespligt og dennes omfang. Kommissionen kan ifølge Domstolens praksis endog nægte at prøve oplysninger, hvis de fremlagte beviser stammer fra perioden efter vedtagelsen af beslutningen om at foretage den pågældende kapitaltilførsel. Det er nemlig kun de beviser, som var til rådighed på det tidspunkt, hvor beslutningen om at foretage investeringen blev truffet, og den udvikling, som kunne forudsiges på dette tidspunkt, der er relevante med henblik på anvendelsen af kriteriet om det markedsøkonomiske investorprincip⁵⁴.

117. Domstolens udtalelser herom er ganske vist i deres absolutte form ganske vidtgående, for det er tænkeligt, at beviser fra perioden efter den pågældende foranstaltning kan gøre det muligt at konkludere vedrørende de oplysninger, der forelå på beslutningstidspunktet. Det kan f.eks. være senere udtalelser om den historiske beslutningsproces fra personer, som var involveret. Det er imidlertid rigtigt, at mangler ved beslutningsprocessen ikke kan udbedres efterfølgende.

118. Retten fulgte netop denne fremgangsmåde i den appellerede doms præmis 114 og 117. Dels prøvede Retten de henvisninger til beslutningsprocessen vedrørende kapitaltilførslerne, som findes i den omhandlede rapport, dels præciserer den, at rapporten ikke kunne erstatte manglende overvejelser i beslutningsprocessen.

119. Derfor må også dette anbringende og dermed det fjerde appelanbringende som helhed forkastes.

V. Sagsomkostninger

120. I henhold til artikel 184, stk. 2, i Domstolens procesreglement træffer Domstolen kun afgørelse om sagsomkostningerne i appelsagen, såfremt appellen forkastes. I overensstemmelse med dette procesreglements artikel 138, stk. 1, der i medfør af samme reglements artikel 184, stk. 1, finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom.

121. Da appellanten har tabt sagen, bør det pålægges denne at betale sagsomkostningerne i appelsagen.

VI. Forslag til afgørelse

122. Jeg foreslår derfor Domstolen at træffe afgørelse som følger:

- »1) Appellen iværksat af Comune di Milano forkastes.
- 2) Comune di Milano betaler sagsomkostningerne.«

54 – Dom af 5.6.2012, Kommissionen mod EDF m.fl. (C-124/10 P, EU:C:2012:318, præmis 104 og 105), af 1.10.2015, Electrabel og Dunamenti Erómú mod Kommissionen (C-357/14 P, EU:C:2015:642, præmis 103), og af 23.11.2017, SACE og Sace BT mod Kommissionen (C-472/15 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2017:885, præmis 107).