



## Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

10 december 2020\*

„Hogere voorziening – Staatssteun – Luchtvervoersector – Grondafhandelingsdiensten op de luchthavens Milaan-Linate (Italië) en Milaan-Malpensa (Italië) – Kapitaalinjecties van de beheerder van deze luchthavens in zijn 100 %-dochteronderneming die deze diensten verricht – Publiek aandeelhouderschap van de beheerder – Besluit waarbij deze steunmaatregelen onwettig en onverenigbaar met de interne markt worden verklaard – Artikel 107, lid 1, VWEU – Begrippen , staatsmiddelen’, ,maatregel die aan de staat kan worden toegerekend’ en ,economisch voordeel’ – Criterium van de particuliere marktdeelnemer – Criterium van de particuliere investeerder – Bewijslast – Ingewikkelde economische beoordelingen – Intensiteit van de rechterlijke toetsing – Onjuiste opvatting van de bewijselementen”

In zaak C-160/19 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 22 februari 2019,

**Comune di Milano** (Italië), vertegenwoordigd door A. Mandarano, E. Barbagiovanni, S. Grassani en L. Picciano, advocati,

rekwirant,

andere partij in de procedure:

**Europese Commissie**, vertegenwoordigd door D. Recchia, G. Conte en D. Grespan als gemachtigden,

verweerster in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: A. Arabadjiev (rapporteur), kamerpresident, K. Lenaerts, president van het Hof, waarnemend rechter van de Tweede kamer, M. Ilešič, A. Kumin en T. von Danwitz, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,

griffier: R. Schiano, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 4 juni 2020,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 16 juli 2020,

\* Procestaal: Italiaans.

het navolgende

### Arrest

- 1 Met zijn hogere voorziening verzoekt de Comune di Milano (gemeente Milaan, Italië) om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 13 december 2018, Comune di Milano/Commissie (T-167/13, EU:T:2018:940; hierna: „bestreden arrest”), waarbij het Gerecht zijn beroep tot nietigverklaring van besluit (EU) 2015/1225 van de Commissie van 19 december 2012 betreffende de door SEA SpA ten behoeve van SEA [Handling] SpA doorgevoerde kapitaalverhogingen [SA.21420 (C 14/10) (ex NN 25/10) (ex CP 175/06)] (PB 2015, L 201, blz. 1; hierna: „litigieus besluit”), heeft verworpen.

### Voorgeschiedenis van het geding

- 2 SEA SpA is het bedrijf dat het beheer van de luchthavens Milaan-Linate (Italië) en Milaan-Malpensa (Italië) verzorgt. Tussen 2002 en 2010 (hierna: „relevante periode”) was haar aandelenkapitaal vrijwel geheel in handen van overheden: het bedrijf was voor 84,56 % eigendom van rekwirant, de Comune di Milano, voor 14,56 % van de Provincia di Milano (provincie Milaan, Italië) en voor 0,88 % van andere publieke en private aandeelhouders. In december 2011 verwierf F2i – Fondi Italiani per le infrastrutture SGR SpA, voor rekening van twee door haar beheerde fondsen, 44,31 % van het kapitaal van SEA. Deze 44,31 % bestond uit een deel van het kapitaal dat in handen was van de Comune di Milano (29,75 %) en uit het volledige deel van het kapitaal dat in handen was van de Provincia di Milano (14,56 %).
- 3 Tot 1 juni 2002 werden de grondafhandelingsdiensten op de luchthavens Milaan-Linate en Milaan-Malpensa door SEA zelf verricht. Na de inwerkingtreding van decreto legislativo n. 18 – Atuazione della direttiva 96/67/CE relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità (wetgevend besluit nr. 18 tot uitvoering van richtlijn 96/67/EG betreffende de toegang tot de grondafhandelingsmarkt op de luchthavens van de Gemeenschap) van 13 januari 1999 (gewoon supplement bij GURI nr. 28 van 4 februari 1999) heeft SEA overeenkomstig de verplichting van artikel 4, lid 1, van richtlijn 96/67/EG van de Raad van 15 oktober 1996 betreffende de toegang tot de grondafhandelingsmarkt op de luchthavens van de Gemeenschap (PB 1996, L 272, blz. 36) een boekhoudkundige en juridische scheiding doorgevoerd tussen haar activiteiten met betrekking tot het verlenen van grondafhandelingsdiensten en haar andere activiteiten. Daartoe heeft zij een nieuwe vennootschap opgericht, SEA Handling SpA, die volledig door haar werd gecontroleerd, en die met ingang van 1 juni 2002 werd belast met het verlenen van grondafhandelingsdiensten op de luchthavens Milaan-Linate en Milaan-Malpensa.
- 4 Op 26 maart 2002 hebben het bestuur van de Comune di Milano, SEA en de vakbonden een overeenkomst gesloten (hierna: „vakbondsovereenkomst van 26 maart 2002”), waarin het volgende werd bepaald:

„Het bestuur van de [Comune di Milano] [...] bevestigt dat [...]

- het meerderheidsbelang in de afhandelingsonderneming ten minste voor vijf jaar in handen van SEA blijft;
- SEA zich ertoe verbindt om de bonden te informeren over de keuze van eventuele partners en samen met hen het ondernemingsplan en de ondernemingsstructuur te presenteren [...]. Het akkoord dat SEA sluit met de bonden treedt in werking nadat dit plan aan de bonden is gepresenteerd en zij zich daarover hebben uitgesproken;

- het overeengekomen sociaal plan een oplossing moet bieden voor eventueel overtollig personeel, waarbij collectieve ontslagprocedures zijn uitgesloten en SEA de kosten op zich neemt van bijscholing, omscholing, premies voor vrijwillig vertrek en vervroegd pensioenregelingen voor de betrokken personeelsleden;
- de overgang van de werknemers naar de nieuwe onderneming gebeurt met behoud van de opgebouwde rechten en met werkgelegenheidsgarantie voor de komende vijf jaar;
- het evenwicht kosten/opbrengsten en het algemene economische kader worden ondersteund door SEA en haar eventuele partners door de beheerscapaciteiten van de onderneming ongewijzigd te behouden en het vermogen van de onderneming om te concurreren op de nationale en internationale markten verder en substantieel te verbeteren;
- met de bevoegde ministeries en de luchthavenautoriteiten [...] contact [wordt] gezocht om de nodige richtsnoeren goed te keuren voor het behoud van de werkgelegenheid bij het openstellen van de grondafhandelingsactiviteiten voor concurrentie, onder meer met het oog op de verplichtingen inzake veiligheid en betrouwbaarheid die luchthavenbeheerders krijgen opgelegd, verplichtingen die ook moeten gelden voor medewerkers die actief zijn in de grondafhandelingsdiensten.

Ten slotte zullen het gemeentebestuur en de bonden de inhoud van dit akkoord monitoren door via regelmatige bijeenkomsten toe te zien op de verschillende fasen van uitvoering.”

- 5 Deze toezeggingen zijn bevestigd in de akkoorden die, met name op 4 april 2002 en 19 juni 2003, werden gesloten tussen SEA en de bonden, waarin de inhoud van het akkoord van 26 maart 2002 uitdrukkelijk is overgenomen.
- 6 In de loop van de betrokken periode heeft SEA Handling van SEA subsidies in de vorm van kapitaalinjecties ten bedrage van in totaal 359,644 miljoen EUR ontvangen (hierna: „betrokken maatregelen”). Deze subsidies waren bedoeld ter dekking van de exploitatieverliezen van SEA Handling, die voor diezelfde periode in totaal 339,784 miljoen EUR bedroegen, dat wil zeggen ongeveer 43,639 miljoen EUR (2002), 49,489 miljoen EUR (2003), 47,962 miljoen EUR (2004), 42,430 miljoen EUR (2005), 44,150 miljoen EUR (2006), 59,724 miljoen EUR (2007), 52,387 miljoen EUR (2008), 29,7 miljoen EUR (2009) en 13,4 miljoen EUR (2010).
- 7 Zo heeft SEA Handling in het kader van de betrokken maatregelen achtereenvolgens 39,965 miljoen EUR (2002), 49,132 miljoen EUR (2003), 55,236 miljoen EUR (2004), 40,229 miljoen EUR (2005), 60,439 miljoen EUR (2006), 41,559 miljoen EUR (2007), 25,271 miljoen EUR (2008) en 47,810 miljoen EUR (2009) verkregen.
- 8 Bij brief van 13 juli 2006 heeft de Europese Commissie een klacht ontvangen betreffende staatssteun die zou zijn verleend aan SEA Handling.
- 9 Bij brief van 23 juni 2010 heeft de Commissie de Italiaanse overheden in kennis gesteld van haar besluit om de formele onderzoeksprocedure van artikel 108, lid 2, VWEU in te leiden.
- 10 Op 19 december 2012 heeft de Commissie het litigieuze besluit vastgesteld. In punt 191 van dat besluit heeft zij verklaard dat de middelen die waren gebruikt om de verliezen van SEA Handling te dekken, afkomstig waren van de overheid, aangezien zij afkomstig waren van SEA, waarvan het kapitaal – gedurende de hier te onderzoeken periode – voor 99,12 % in handen was van de Comune di Milano en de Provincia di Milano.

- 11 In de punten 192 tot en met 217 van dat besluit is de Commissie tot de slotsom gekomen dat de betrokken maatregelen aan de Italiaanse Staat konden worden toegerekend op basis van een reeks van vijf aanwijzingen, waaronder ten eerste de in de punten 4 en 5 van het onderhavige arrest genoemde vakbondsovereenkomsten en andere documenten, ten tweede de bijzondere afhankelijkheid van de directie van SEA ten opzichte van de Comune di Milano, ten derde het bestaan van blanco ontslagbrieven die door de directeurs van SEA aan de Comune di Milano waren overhandigd, ten vierde het belang van de operaties van de luchthavens Milaan-Malpensa en Milaan-Linate, en ten vijfde het uitzonderlijke karakter van de kapitaalverhogingen, die door de algemene vergadering van SEA moesten worden goedgekeurd. In het bijzonder heeft de Commissie uit deze aanwijzingen afgeleid dat er sprake was van één enkele strategie en van voortdurende betrokkenheid van de Italiaanse overheid, welke omstandigheid volgens haar tot gevolg had dat zij niet elk van de maatregelen afzonderlijk hoefde te onderzoeken.
- 12 In de punten 219 tot en met 315 van datzelfde besluit heeft de Commissie het criterium van de particuliere investeerder getoetst aan de hand van de gegevens die de Italiaanse overheden, SEA en SEA Handling hadden verstrekt met betrekking tot 1) een meerjarenstrategie voor verliesdekking, 2) de kapitaalinjecties van 2002, 3) de context van de besluiten over die kapitaalinjecties, 4) de alternatieven voor het dekken van de verliezen, 5) de keuze van het bedrijfsmodel van de SEA-groep om de door SEA Handling aangeboden diensten zelf te verrichten, 6) de herstructurering van SEA Handling en de doelstellingen die SEA in dit verband nastreeft, 7) de opeenvolgende economische resultaten van SEA Handling en 8) de vergelijking van die resultaten met die van andere bedrijven. Aan het einde van dit onderzoek heeft de Commissie geconcludeerd dat met betrekking tot geen van de betrokken maatregelen aan dit criterium was voldaan.
- 13 In het dispositief van het litigieuze besluit heeft de Commissie met name geoordeeld dat de kapitaalverhogingen die SEA ten faveure van SEA Handling tijdens elk van de boekjaren van de betrokken periode heeft doorgevoerd staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU vormden (artikel 1) en dat die steun, die in strijd met artikel 108, lid 3, VWEU was verleend, onverenigbaar was met de interne markt (artikel 2). Bijgevolg heeft zij de Italiaanse Republiek gelast de in artikel 1 bedoelde steun van de begunstigde terug te vorderen (artikel 3, lid 1).

### **Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest**

- 14 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 18 maart 2013, heeft de Comune di Milano beroep ingesteld, primair, tot nietigverklaring van het litigieuze besluit en, subsidiair, tot nietigverklaring van de artikelen 3 tot en met 5 daarvan.
- 15 Ter ondersteuning van zijn beroep heeft de Comune di Milano vier middelen aangevoerd, waarvan het eerste en het tweede middel waren ontleend aan schending van artikel 107, lid 1, VWEU doordat de Commissie, ten eerste, ten onrechte had vastgesteld dat er sprake was van een overdracht van staatsmiddelen en dat de betrokken maatregelen aan de Italiaanse Staat konden worden toegerekend en, ten tweede, het criterium van de particuliere investeerder had geschonden.
- 16 Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht het beroep verworpen en de Comune di Milano verwezen in de kosten.

### **Conclusies van partijen**

- 17 De Comune di Milano verzoekt het Hof het bestreden arrest te vernietigen, het litigieuze besluit nietig te verklaren en de Commissie te verwijzen in de kosten.

- 18 De Commissie verzoekt het Hof de hogere voorziening af te wijzen en de Comune di Milano te verwijzen in de kosten.

### **Hogere voorziening**

- 19 Ter ondersteuning van zijn hogere voorziening voert de Comune di Milano vier middelen aan, waarvan het eerste en het vierde middel zijn ontleend aan schending van artikel 107, lid 1, VWEU doordat het Gerecht, ten eerste, ten onrechte heeft vastgesteld dat er sprake was van een overdracht van staatsmiddelen en tot de conclusie is gekomen dat de betrokken maatregelen aan de Comune di Milano konden worden toegerekend en, ten tweede, het criterium van de particuliere investeerder heeft geschonden. Met het tweede en het derde middel, die eveneens betrekking hebben op de toerekenbaarheid van de betrokken maatregelen aan de Comune di Milano, voert de Comune di Milano aan dat het Gerecht de beginselen van de bewijslast onjuist heeft toegepast en feiten en bewijzen onjuist heeft opgevat.

### ***Eerste middel, betreffende het begrip staatssteun***

#### *Eerste onderdeel van het eerste middel, betreffende het begrip staatsmiddelen*

##### *– Argumenten van partijen*

- 20 De Comune di Milano voert aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich in de punten 65 en 66 van het bestreden arrest te baseren op zijn meerderheidsbelang in SEA en op het vermoeden van overheersende invloed in de zin van artikel 2, onder b), van richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen de lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen (PB 2006, L 318, blz. 17), zonder na te gaan of de Commissie het bestaan van die invloed, of zelfs het beheer van SEA-middelen in zijn voordeel, had aangetoond.
- 21 Om te beginnen bewijst het feit dat de leden van de raad van bestuur en de raad van commissarissen van SEA zijn benoemd door de meerderheidsaandeelhouder geenszins, gelet op de toepasselijke Italiaanse vennootschapsrechtelijke regels, dat de financiële middelen van SEA constant onder toezicht van de overheid stonden.
- 22 Vervolgens is richtlijn 2006/111 vastgesteld, waarbij als rechtsgrondslag werd uitgegaan van artikel 106 VWEU en niet van artikel 107 VWEU, zodat de logica van deze richtlijn niet relevant is voor de beoordeling van de begrippen die in laatstgenoemde bepaling zijn opgenomen.
- 23 Ten slotte is volgens de rechtspraak aan de voorwaarde van een constant openbaar toezicht op de middelen slechts voldaan indien de betrokken middelen constant ter beschikking van de overheid staan en dit op basis van concrete gegevens kan worden vastgesteld, hetgeen in casu niet het geval is. Zo heeft het Hof in zijn arrest van 13 september 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671), geoordeeld dat uit het enkele feit dat de staat meerderheidsaandeelhouder is van een aantal bedrijven, niet kan worden afgeleid dat hij een dominerende invloed uitoefent die hem in staat stelt het gebruik van de middelen van die bedrijven te sturen. Bovendien moet worden bewezen dat de staat instructies heeft gegeven in verband met het beheer van de voor de steunverlening gebruikte middelen.
- 24 De Commissie betoogt dat het Gerecht ultra petita heeft beslist toen het in het bestreden arrest heeft onderzocht of er sprake was van een overdracht van staatsmiddelen, terwijl de Comune di Milano in eerste aanleg geen enkel argument had aangevoerd ter betwisting van de kwalificatie van de middelen van SEA als staatsmiddelen, zoals blijkt uit de punten 55 tot en met 58 en 64 van het bestreden

arrest. Bijgevolg kan de Comune di Milano in het kader van de onderhavige hogere voorziening niet worden toegestaan op te komen tegen de analyse door het Gerecht van een middel dat niet in eerste aanleg was aangevoerd. De Commissie betwist bovendien het betoog ten gronde van de Comune di Milano.

– *Beoordeling door het Hof*

- 25 Wat de ontvankelijkheid van het eerste onderdeel van het eerste middel van de hogere voorziening betreft, is het inderdaad zo dat het Gerecht, zoals de Commissie opmerkt, het staatssteunkarakter van de middelen van SEA die aan SEA Handling waren overgedragen heeft onderzocht zonder dat de Comune di Milano dienaangaande enig specifiek argument had aangevoerd, hetgeen het Gerecht overigens in punt 64 van het bestreden arrest heeft benadrukt.
- 26 Zoals de advocaat-generaal in punt 25 van haar conclusie heeft opgemerkt, blijkt uit het verzoekschrift in eerste aanleg echter duidelijk dat de Comune di Milano met zijn eerste middel niet alleen de toerekening van de betrokken maatregelen maar ook het staatssteunkarakter van de gebruikte staatsmiddelen heeft betwist. Hieruit volgt dat het Gerecht met de overwegingen in de punten 65 en 66 van het bestreden arrest niet ultra petita heeft beslist, zodat het betoog van de Commissie inzake de niet-ontvankelijkheid van het eerste onderdeel van het eerste middel van de hogere voorziening moet worden afgewezen.
- 27 Wat de gegrondheid van dit onderdeel betreft, moet om te beginnen in herinnering worden gebracht dat volgens vaste rechtspraak van het Hof, een maatregel pas kan worden aangemerkt als een „steunmaatregel van de staat” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, wanneer is voldaan aan alle hierna genoemde voorwaarden. Ten eerste moet het gaan om een maatregel die uitgaat van de staat of met staatsmiddelen is bekostigd. Ten tweede moet deze maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Ten derde moet de maatregel de begunstigde een selectief voordeel verschaffen. Ten vierde moet hij de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen (zie arrest van 19 december 2019, Arriva Italia e.a., C-385/18, EU:C:2019:1121, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 28 Bijgevolg kunnen voordelen slechts als „steunmaatregelen” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU worden beschouwd indien zij, overeenkomstig de eerste van die voorwaarden, ten eerste, direct of indirect met staatsmiddelen zijn bekostigd en, ten tweede, aan de staat kunnen worden toegerekend (zie arrest van 18 mei 2017, Fondul Proprietatea, C-150/16, EU:C:2017:388, punt 14 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 29 Aangaande meer in het bijzonder de voorwaarde dat het voordeel al dan niet rechtstreeks met staatsmiddelen wordt bekostigd, volgt uit vaste rechtspraak dat het begrip steun een algemenere strekking heeft dan het begrip subsidie, daar het niet alleen positieve prestaties omvat zoals de subsidies zelf, maar ook maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor – zonder subsidies in de strikte zin van het woord te zijn – van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden (arrest van 18 mei 2017, Fondul Proprietatea, C-150/16, EU:C:2017:388, punt 15 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 30 In dat verband heeft het Hof reeds geoordeeld dat artikel 107, lid 1, VWEU geldt voor alle geldelijke middelen die de overheid daadwerkelijk kan gebruiken om bedrijven te steunen, ongeacht of deze middelen permanent deel uitmaken van het vermogen van de staat. Dus ook al zijn de bedragen die overeenkomen met de betrokken maatregel niet permanent in het bezit van de schatkist, dan nog volstaat het feit dat zij constant onder staatscontrole en daarmee ter beschikking van de bevoegde nationale overheid staan, om ze als staatsmiddelen aan te merken (arrest van 18 mei 2017, Fondul Proprietatea, C-150/16, EU:C:2017:388, punt 16 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 31 Meer in het bijzonder met betrekking tot openbare bedrijven zoals SEA, heeft het Hof voorts geoordeeld dat de staat, door zijn dominerende invloed op deze ondernemingen uit te oefenen, het gebruik van hun middelen kan sturen om, in voorkomend geval, specifieke voordelen voor andere ondernemingen te financieren (arrest van 18 mei 2017, *Fondul Proprietatea*, C-150/16, EU:C:2017:388, punt 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 32 In dit verband moet een onderneming die voor bijna 100 % in handen is van overheden en waarvan de leden van de raad van bestuur bovendien door die overheden worden benoemd, worden beschouwd als een openbaar bedrijf dat onder staatscontrole staat, aangezien die overheden op deze ondernemingen al dan niet rechtstreeks een dominerende invloed kunnen uitoefenen (zie in die zin arrest van 16 mei 2002, *Frankrijk/Commissie*, C-482/99, EU:C:2002:294, punten 33 en 34).
- 33 Ook het verlenen van garanties door een bedrijf dat volledig eigendom is van een gemeente houdt de inzet van staatsmiddelen in, aangezien die garanties een voldoende concreet economisch risico inhouden, dat lasten kan meebrengen voor dat bedrijf (zie in die zin arrest van 17 september 2014, *Commerz Nederland*, C-242/13, EU:C:2014:2224, punt 30).
- 34 Wanneer de staat perfect in staat is om door zijn dominerende invloed op deze ondernemingen het gebruik van hun middelen te sturen teneinde, in voorkomend geval, specifieke voordelen voor andere ondernemingen te financieren, is bovendien de omstandigheid dat de betrokken middelen worden beheerd door entiteiten die losstaan van de overheid of een privaatrechtelijke herkomst hebben, niet van invloed (arrest van 9 november 2017, *Commissie/TV2/Danmark*, C-656/15 P, EU:C:2017:836, punten 47 en 48).
- 35 In casu volgt uit die rechtspraak dat het Gerecht in de punten 65 en 66 van het bestreden arrest, zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting, uit het feit dat de aandelen van SEA nagenoeg volledig en rechtstreeks in handen waren van overheden, waaronder de Comune di Milano, en dat laatstgenoemde de leden van de raad van bestuur en de raad van commissarissen van SEA aanwees, hetzij rechtstreeks hetzij via zijn meerderheid in de algemene vergadering van deze vennootschap, kon afleiden dat de door laatstgenoemde aan SEA Handling toegekende financiële middelen moesten worden gekwalificeerd als staatsmiddelen.
- 36 Anders dan de Comune di Milano stelt, wordt aan deze vaststelling niet afgedaan door de verwijzing in punt 65 van het bestreden arrest naar artikel 2, onder b), van richtlijn 2006/111, noch door de lering die kan worden getrokken uit het arrest van 13 september 2017, *ENEA* (C-329/15, EU:C:2017:671).
- 37 Ten eerste volstaan, zelfs indien de verwijzing naar richtlijn 2006/111 in casu niet relevant zou zijn, de in punt 35 van het onderhavige arrest vermelde elementen namelijk om de conclusie van het Gerecht inzake de aanwending van staatsmiddelen te ondersteunen.
- 38 Ten tweede volgt, zoals de advocaat-generaal in de punten 33 en 34 van haar conclusie heeft opgemerkt, uit de punten 27 en 31 tot en met 35 van het arrest van 13 september 2017, *ENEA* (C-329/15, EU:C:2017:671), dat de omstandigheden die tot dat arrest hebben geleid, verschillen van die welke in de onderhavige procedure aan de orde zijn. In dat arrest ging het namelijk om een verplichting tot afname van groene stroom die, op grond van wetgevend optreden van de betrokken lidstaat, zowel gold voor elektriciteitsleveranciers waarvan het merendeel van het kapitaal in handen was van de staat, als voor elektriciteitsleveranciers waarvan het grootste deel van het kapitaal in handen was van particuliere marktdeelnemers. Het voordeel dat eventueel werd toegekend met dit optreden van de betrokken lidstaat, in zijn hoedanigheid van wetgever, vloeide dus niet voort uit de controlebevoegdheden die de staat in zijn hoedanigheid van meerderheidsaandeelhouder binnen de betrokken openbare bedrijven kon uitoefenen en kon dus, in de in de punten 32 tot en met 35 van dat arrest genoemde omstandigheden, niet worden aangemerkt als bekostigd met staatsmiddelen.

- 39 Gelet op de voorgaande overwegingen moet het eerste onderdeel van het eerste middel ongegrond worden verklaard.

*Tweede onderdeel van het eerste middel, betreffende de toerekenbaarheid van de betrokken maatregelen*

*– Argumenten van partijen*

- 40 De Comune di Milano voert aan dat het Gerecht artikel 107, lid 1, VWEU heeft geschonden, door in punt 80 van het bestreden arrest te oordelen dat voor de vaststelling van de betrokkenheid van Comune di Milano bij de toekenning van de betrokken maatregelen geen positief bewijs moest worden geleverd, maar enkel werd vereist dat het ontbreken van betrokkenheid onwaarschijnlijk was.
- 41 De Comune di Milano zet in dit verband uiteen dat het Hof, teneinde een te ruime uitlegging van het begrip staatssteun te vermijden, aan het criterium van de toerekenbaarheid van organische banden het striktere criterium van actieve betrokkenheid van de staat bij de vaststelling van de betrokken maatregelen heeft toegevoegd, waarbij deze betrokkenheid identificeerbaar moet zijn en een voldoende sterk concreet causaal verband moet vertonen met elk van de genomen maatregelen. Derhalve moet worden aangetoond dat alle maatregelen op initiatief van de staat zijn genomen of dat deze in de ontwerpfase is opgetreden, dat de staat zijn controlerende bevoegdheid daadwerkelijk heeft uitgeoefend en dat hij een beslissende invloed heeft uitgeoefend op elk van de genomen beslissingen.
- 42 Dit bewijs is in casu niet geleverd, aangezien het Gerecht het criterium heeft gehanteerd van de onwaarschijnlijkheid van het ontbreken van betrokkenheid, zodat het een kennelijke fout heeft gemaakt bij de vaststelling van het bewijsniveau op het gebied van toerekenbaarheid.
- 43 De Commissie merkt om te beginnen op dat de Comune di Milano slechts punt 80 van het bestreden arrest bekritiseert, waarin enkel de in punt 75 van dat arrest uiteengezette beginselen uit de rechtspraak met betrekking tot het begrip toerekenbaarheid worden herhaald, zodat dit onderdeel gedeeltelijk niet-ontvankelijk of niet ter zake dienend is. Hoe dan ook heeft het Gerecht zich niet gebaseerd op een onjuiste opvatting van het begrip toerekenbaarheid en heeft het geen negatieve vermoedens gehanteerd, noch een onjuist bewijsniveau toegepast.

*– Beoordeling door het Hof*

- 44 Om te beginnen moet het betoog van de Commissie dat het tweede onderdeel van het eerste middel van de hogere voorziening niet-ontvankelijk is, worden afgewezen, aangezien de Comune di Milano ondubbelzinnig de rechtsbeginselen heeft betwist waarop het Gerecht zich heeft gebaseerd om het gedrag van SEA toe te rekenen aan de Comune di Milano. In dit verband is het als zodanig irrelevant of het Gerecht die beginselen op verschillende plaatsen in het bestreden arrest heeft vermeld.
- 45 Wat de grond van de zaak betreft, is in punt 28 van dit arrest in herinnering gebracht dat voordelen, om als steun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU te kunnen worden aangemerkt, ten eerste, al dan niet rechtstreeks met staatsmiddelen moeten worden bekostigd en, ten tweede, aan de staat moeten kunnen worden toegerekend.
- 46 Wat meer in het bijzonder de voorwaarde betreft dat een door een openbaar bedrijf genomen maatregel waarbij voordelen worden toegekend toerekenbaar moet zijn aan de staat, zij eraan herinnerd dat die toerekenbaarheid niet kan worden afgeleid uit het enkele feit dat een door de staat gecontroleerd openbaar bedrijf de garanties heeft verleend. Zelfs indien de staat de mogelijkheid heeft om een openbaar bedrijf te controleren en beslissende invloed op zijn activiteiten uit te oefenen, rechtvaardigt dit namelijk niet automatisch het vermoeden dat deze controle in een concreet geval ook metterdaad wordt uitgeoefend. Daarnaast dient te worden nagegaan of de overheden op een of



andere manier bij de vaststelling van de maatregelen waren betrokken (zie in die zin arrest van 17 september 2014, *Commerz Nederland*, C-242/13, EU:C:2014:2224, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 47 In dit verband kan niet worden geëist dat op basis van een gedetailleerd onderzoek wordt aangetoond dat de overheden het openbare bedrijf concreet hebben aangezet tot het vaststellen van de betrokken steunmaatregelen. De toerekenbaarheid aan de staat van een steunmaatregel van een openbaar bedrijf kan immers worden afgeleid uit een samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van de zaak en de context waarin deze maatregel is genomen (arresten van 17 september 2014, *Commerz Nederland*, C-242/13, EU:C:2014:2224, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 18 mei 2017, *Fondul Proprietatea*, C-150/16, EU:C:2017:388, punt 18 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 48 In het bijzonder is elke aanwijzing relevant waaruit in het concrete geval blijkt dat overheden hetzij betrokken zijn bij de vaststelling van een maatregel of dat het onwaarschijnlijk is dat zij hierbij niet betrokken zijn, mede gelet op de omvang van deze maatregel, op de inhoud ervan of op de eraan verbonden voorwaarden, hetzij niet betrokken zijn bij de vaststelling van die maatregel (zie arrest van 17 september 2014, *Commerz Nederland*, C-242/13, EU:C:2014:2224, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 49 Ook de enkele omstandigheid dat een openbaar bedrijf is opgericht in de vorm van een kapitaalvennootschap naar gemeen recht kan, gelet op de autonomie die het aan deze rechtsvorm kan ontlenen, nog geen reden zijn om uit te sluiten dat een steunmaatregel van een dergelijke vennootschap aan de staat kan worden toegerekend. Wegens het bestaan van een controlesituatie en de daarmee verband houdende reële mogelijkheid om een dominerende invloed uit te oefenen, kan namelijk niet zonder meer worden uitgesloten dat een door een dergelijke vennootschap genomen maatregel aan de staat kan worden toegerekend, en dus evenmin dat de Verdragsregels inzake staatssteun worden ontdoken, wat niet wegneemt dat de rechtsvorm van het openbare bedrijf als zodanig, naast andere elementen, een relevante aanwijzing vormt om in een concreet geval vast te stellen of de staat bij de steunmaatregel betrokken is (arrest van 18 mei 2017, *Fondul Proprietatea*, C-150/16, EU:C:2017:388, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 50 In casu moet worden vastgesteld dat het Gerecht, toen het in de punten 80 tot en met 88 van het bestreden arrest is nagegaan of op basis van de door de Commissie in de punten 195 tot en met 200 van het litigieuze besluit aangevoerde aanwijzingen kon worden vermoed dat de Comune di Milano betrokken was geweest bij de vaststelling van de betrokken maatregelen, de beginselen heeft toegepast die het Hof heeft ontwikkeld in zijn in de punten 46 tot en met 49 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte rechtspraak.
- 51 Uit deze beginselen blijkt immers met name, ten eerste, dat het, anders dan de Comune di Milano stelt, niet aan de Commissie stond om aan te tonen, noch aan het Gerecht om zich ervan te verzekeren dat de overheden het openbare bedrijf concreet ertoe hadden aangezet de betrokken maatregelen te nemen.
- 52 Ten tweede hoeft geen uitspraak te worden gedaan over de vraag of de Commissie zich volgens de in punt 48 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte rechtspraak uitsluitend kon baseren op aanwijzingen die in het concrete geval aantoonde dat het onwaarschijnlijk was dat de overheden niet betrokken waren. Zoals de advocaat-generaal in de punten 38 tot en met 44 van haar conclusie heeft opgemerkt, berust het betoog van de Comune di Milano op een onjuiste lezing van het bestreden arrest, volgens welke het Gerecht zou hebben erkend dat de Commissie de toerekenbaarheid van de betrokken maatregelen uitsluitend kon baseren op de onwaarschijnlijkheid dat de Comune di Milano niet betrokken was bij de vaststelling ervan.

- 53 Om te beginnen heeft het Gerecht in de punten 80 tot en met 83 van het bestreden arrest namelijk geoordeeld, ten eerste, dat de bewoordingen van de vakbondsovereenkomst van 26 maart 2002 SEA een duidelijke en nauwkeurige verplichting oplegden om de verliezen van SEA Handling ten minste voor een periode van vijf jaar te compenseren. Ten tweede heeft het geoordeeld dat de Comune di Milano door de ondertekening van deze overeenkomst formeel zijn goedkeuring had gegeven – ook in zijn hoedanigheid van meerderheidsaandeelhouder van SEA – niet alleen met betrekking tot het vastleggen van deze verplichting, maar ook met betrekking tot de latere naleving en uitvoering ervan door SEA. Ten derde heeft het hieruit afgeleid dat de actieve betrokkenheid van de Comune di Milano bij de onderhandelingen over en de sluiting van die overeenkomst het voornaamste bewijselement vormden voor de betrokkenheid van de Italiaanse overheden bij de toekenning van de betrokken maatregelen.
- 54 Vervolgens heeft het Gerecht in de punten 84 tot en met 87 van het bestreden arrest, in het kader van zijn beoordeling van de feiten, een positieve bewijswaarde toegekend aan de notulen van de vergaderingen van de raad van bestuur van SEA Handling, aan het feit dat de burgemeester van Milaan in de loop van 2006 het ontslag van de voorzitter van de raad van bestuur van SEA had gevraagd en verkregen, en aan het bestaan van blanco ontslagbrieven die de leden van de raad van bestuur aan die burgemeester hadden overhandigd.
- 55 Ten slotte bevestigde het Gerecht in punt 88 van het bestreden arrest het in punt 210 van het litigieuze besluit weergegeven standpunt van de Commissie volgens hetwelk de betrokken maatregelen „belangrijke besluiten” waren, waaruit de Commissie in datzelfde punt met name heeft afgeleid dat het onwaarschijnlijk was dat de Comune di Milano niet bij de vaststelling ervan betrokken was.
- 56 Uit de punten 80 tot en met 88 van het bestreden arrest blijkt dus duidelijk dat het Gerecht heeft vastgesteld dat er positieve aanwijzingen waren waaruit in het concrete geval is gebleken dat de Comune di Milano betrokken was bij de vaststelling van die maatregelen en dat het op basis van die positieve aanwijzingen heeft erkend dat de Commissie zich ook kon baseren op de onwaarschijnlijkheid dat de Comune di Milano niet betrokken was bij de vaststelling, op zijn minst, van sommige van de betrokken maatregelen in de periode na de sluiting van de vakbondsovereenkomst van 26 maart 2002.
- 57 Gelet op het voorgaande moet het tweede onderdeel, en dus het eerste middel in zijn geheel, ongegrond worden verklaard.

### ***Tweede middel, betreffende de beginselen van de bewijslast***

#### *Eerste onderdeel van het tweede middel, betreffende een vermeend onwettige bewijslast*

##### *– Argumenten van partijen*

- 58 De Comune di Milano betoogt dat het Gerecht heeft verzuimd de door de Comune di Milano aangedragen bewijzen nauwgezet te onderzoeken, door in de punten 89 tot en met 94 van het bestreden arrest het aangedragen bewijsmateriaal kortweg, en zich beperkend tot het letterlijk overnemen van de overwegingen van het litigieuze besluit, van de hand te wijzen daar dit onvoldoende was om de onwaarschijnlijkheid dat de Comune di Milano niet bij de betrokken maatregelen betrokken was, te ontkrachten.
- 59 Door aldus te handelen heeft het Gerecht de Commissie toegestaan zich te baseren op het negatieve bewijs van de onwaarschijnlijkheid van het ontbreken van betrokkenheid, terwijl het de Comune di Milano heeft opgedragen het positieve en zekere bewijs van dit ontbreken te leveren, waardoor van laatstgenoemde een probatio diabolica werd verlangd.

60 Dit blijkt met name uit punt 82 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht het argument van de Comune di Milano dat deze bij de sluiting van de vakbondsovereenkomst van 26 maart 2002 slechts als politiek bemiddelaar was opgetreden, heeft afgewezen, ondanks het feit dat deze omstandigheid door ad-hocverklaringen onder ede van vakbondsvertegenwoordigers werd aangetoond. Behalve dat het Gerecht aan die verklaringen geen enkele waarde heeft toegekend, heeft het namelijk evenmin enig belang gehecht aan het feit dat de handtekening op deze overeenkomst die was van de locoburgemeester die belast was met personeels- en arbeidszaken, en niet die van de locoburgemeester die belast was met begrotingszaken.

61 De Commissie is van mening dat het betoog van de Comune di Milano niet-ontvankelijk is aangezien laatstgenoemde het Hof verzoekt de feiten opnieuw te beoordelen. Hoe dan ook heeft het Gerecht het bewijs van het ontbreken van toerekenbaarheid niet onmogelijk gemaakt en evenmin een ongelijke bewijslast toegepast, maar heeft het zowel de aanwijzingen voor toerekenbaarheid als de aanwijzingen voor niet-toerekenbaarheid zorgvuldig beoordeeld.

*– Beoordeling door het Hof*

62 Voor zover de Comune di Milano het Gerecht verwijt dat het de vaststelling van de toerekenbaarheid van de betrokken maatregelen uitsluitend heeft gebaseerd op de onwaarschijnlijkheid dat hij niet bij de vaststelling ervan betrokken was, is in de punten 52 en 56 van het onderhavige arrest reeds opgemerkt dat dit betoog berust op een onjuiste lezing van het bestreden arrest, aangezien het Gerecht in de punten 80 tot en met 88 van het bestreden arrest heeft vastgesteld dat er positieve aanwijzingen waren dat de Comune di Milano daadwerkelijk betrokken was bij de vaststelling van de betrokken maatregelen.

63 Bovendien heeft het Gerecht zich, zoals de advocaat-generaal in punt 48 van haar conclusie heeft opgemerkt, overeenkomstig de in de rechtspraak ontwikkelde beginselen in gelijke mate gebogen over de aanwijzingen die de Comune di Milano had aangevoerd om aan te tonen dat hij niet betrokken was bij de vaststelling van die maatregelen.

64 Zo heeft het Gerecht voor elk van de door de Commissie of de Comune di Milano aangevoerde aanwijzingen de elementen onderzocht die ten gunste van en ten nadele van de bewijswaarde ervan pleitten, alsook die betreffende het belang dat eraan moest worden gehecht. Hieruit volgt dat het Gerecht de door partijen aangevoerde argumenten en bewijzen op rechtvaardige wijze heeft onderzocht en dat het tot zijn conclusie is gekomen na een gedetailleerde analyse van alle aangevoerde elementen.

65 Zoals de advocaat-generaal in punt 49 van haar conclusie heeft opgemerkt, is de afwijzing door het Gerecht van het betoog van de Comune di Milano, anders dan laatstgenoemde stelt, dus niet te wijten aan de oplegging door het Gerecht van een verplichting om positief en zeker bewijs te leveren van het bestaan van zijn betrokkenheid bij de vaststelling van de betrokken maatregelen, noch aan de toepassing door het Gerecht van een ongelijke bewijslast, maar aan de beoordeling door het Gerecht van de bewijswaarde van elk van de aangevoerde aanwijzingen.

66 Voor zover de Comune di Milano met het in punt 60 van het onderhavige arrest samengevatte betoog deze beoordeling van het Gerecht ter discussie wil stellen, moet hij ten slotte, zoals de Commissie terecht betoogt, worden geacht uit te zijn op een nieuwe beoordeling van de feiten, iets waartoe het Hof niet bevoegd is (zie in die zin arrest van 30 november 2016, Commissie/Frankrijk en Orange, C-486/15 P, EU:C:2016:912, punt 97).

67 Bijgevolg moet het eerste onderdeel van het tweede middel ten dele niet-ontvankelijk en ten dele ongegrond worden verklaard.

*Tweede onderdeel van het tweede middel, betreffende het te leveren bewijs*

*– Argumenten van partijen*

- 68 De Comune di Milano is van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich in de punten 73 en 83 van het bestreden arrest op het standpunt te stellen dat de Commissie terecht had geoordeeld dat zijn actieve deelname aan de sluiting van de vakbondsovereenkomst van 26 maart 2002 als zodanig volstond om aan te nemen dat hij betrokken was bij de vaststelling van de betrokken maatregelen, die als één enkele maatregel moesten worden beschouwd.
- 69 Volgens de rechtspraak had de Commissie namelijk moeten aantonen dat elk van de herkapitalisatiemaatregelen die in de betrokken periode zijn genomen, toerekenbaar was, aangezien deze diverse maatregelen volledig van elkaar verschilden. Hoewel het Hof heeft erkend dat verschillende opeenvolgende maatregelen van de staat als één enkele maatregel kunnen worden beschouwd, heeft het daaraan wel de voorwaarde verbonden dat die maatregelen, gelet op de chronologie en de doeleinden ervan en op de toestand van de onderneming, zo nauw met elkaar verbonden zijn dat zij onmogelijk van elkaar kunnen worden gescheiden. Bovendien heeft het Gerecht deze rechtspraak inzake de criteria van de staatsmiddelen en de particuliere marktdeelnemer ten onrechte uitgebreid tot de toerekenbaarheid van een maatregel.
- 70 In dit verband heeft de Comune di Milano het Gerecht er allereerst op gewezen dat de vermeende aanwijzingen voor toerekenbaarheid weinig talrijk en van onbevredigende kwaliteit waren, en dat zij geen rechtstreeks verband hielden met de betrokken maatregelen. Vervolgens is het volgens hem onjuist om te stellen dat de Italiaanse overheden en SEA het bestaan van een meerjarige strategie ter dekking van de verliezen van SEA Handling tijdens de voor haar herstructurering noodzakelijke periode hadden erkend, aangezien de betrokken beweringen enkel betrekking hadden op een saneringsstrategie van SEA Handling. Ten slotte hebben de herkapitalisaties altijd plaatsgevonden binnen contexten die geen enkele samenhang vertoonden.
- 71 De Commissie antwoordt hierop dat het in strijd zou zijn met de bewoordingen en de logica van de rechtspraak van het Hof inzake de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan opdat verschillende opeenvolgende maatregelen van de staat als één enkele maatregel kunnen worden beschouwd, om deze te beperken tot enkel de criteria van de staatsmiddelen en de particuliere marktdeelnemer. Verder beperkt de Comune di Milano zich er volgens de Commissie toe het Hof te verzoeken de feiten opnieuw te beoordelen, welk verzoek in het stadium van de hogere voorziening niet-ontvankelijk is.

*– Beoordeling door het Hof*

- 72 Volgens vaste rechtspraak kunnen maatregelen van de staten verschillende vormen aannemen en moeten zij op basis van de gevolgen ervan worden onderzocht, zodat niet kan worden uitgesloten dat verschillende opeenvolgende maatregelen van de staat voor de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU als één enkele maatregel moeten worden beschouwd. Dat kan onder meer het geval zijn wanneer opeenvolgende maatregelen, met name gelet op de chronologie en de doeleinden ervan alsook op de toestand waarin de onderneming zich ten tijde van die maatregelen bevond, zo nauw met elkaar verbonden zijn dat zij onmogelijk afzonderlijk kunnen worden gezien (arresten van 4 juni 2015, Commissie/MOL, C-15/14 P, EU:C:2015:362, punt 97 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 26 maart 2020, Larko/Commissie, C-244/18 P, EU:C:2020:238, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 73 Aangezien deze rechtspraak, wat de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU betreft, betrekking heeft op overheidsmaatregelen als zodanig en met zich meebrengt dat deze op objectieve wijze moeten worden geanalyseerd aan de hand van de gevolgen ervan, kan zij niet uitsluitend worden toegepast op een bepaalde selectie van de in die bepaling genoemde criteria. Zoals de advocaat-generaal in punt 54 van haar conclusie heeft opgemerkt, kan die rechtspraak dus ook van toepassing zijn op het criterium van toerekenbaarheid van dergelijke maatregelen aan de staat.
- 74 Hieruit volgt dat, anders dan de Comune di Milano stelt, het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 71 van het bestreden arrest naar diezelfde rechtspraak te verwijzen en deze vervolgens toe te passen in het kader van zijn analyse van de toerekenbaarheid van de betrokken maatregelen aan de Comune di Milano.
- 75 Voor het overige beperkt de Comune di Milano zich ertoe, zoals de Commissie terecht aanvoert, aan de hand van het in punt 70 van het onderhavige arrest samengevatte betoog te verzoeken om een nieuwe beoordeling van de feiten ten opzichte van die welke het Gerecht heeft verricht in de punten 72 en 73 van het bestreden arrest, hetgeen, zoals blijkt uit de in punt 66 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak, in hogere voorziening niet-ontvankelijk is.
- 76 Bijgevolg moet het tweede onderdeel van het tweede middel en, derhalve, dat middel in zijn geheel, gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond worden verklaard.

### ***Derde middel, inzake een onjuiste opvatting van de bewijsmiddelen***

#### *Argumenten van partijen*

- 77 De Comune di Milano stelt dat het Gerecht de vakbondsovereenkomst van 26 maart 2002 onjuist heeft opgevat door in punt 77 van het bestreden arrest te oordelen dat deze overeenkomst SEA een duidelijke en nauwkeurige verplichting had opgelegd om het evenwicht kosten/opbrengsten en het algemene economische kader van SEA Handling gedurende een periode van ten minste vijf jaar te ondersteunen, en door daaruit af te leiden dat SEA op grond van die verplichting was gehouden om eventuele verliezen van SEA Handling die de continuïteit van haar economische activiteit konden beïnvloeden, te compenseren.
- 78 De Comune di Milano legt in dit verband uit dat SEA in deze overeenkomst geen verplichting tot herkapitalisatie van SEA Handling wordt opgelegd, aangezien daarin geen melding wordt gemaakt van verliezen, noch van herkapitalisaties, en zelfs niet van toezeggingen van SEA in geval van dergelijke gebeurtenissen. Bijgevolg heeft het Gerecht, gelet op de latere herkapitalisaties, een lezing met terugwerkende kracht verricht en dus verzuimd om uit te gaan van de context waarin die overeenkomst was gesloten. Volgens de bewoordingen van die overeenkomst is SEA Handling opgericht om te kunnen concurreren op andere Italiaanse luchthavens en dus in het vooruitzicht van een positief groeiscenario.
- 79 De Comune di Milano preciseert dat hij weliswaar in een clause van de vakbondsovereenkomst van 26 maart 2002 heeft „bevestigd” dat „het evenwicht kosten/opbrengsten en het algemene economische kader” van SEA Handling zouden worden ondersteund, maar dat een dergelijke clause was opgenomen tussen de bepaling inzake de inkrimping van het personeelsbestand en die betreffende de uitbreiding van de activiteiten van SEA Handling naar andere markten, waarbij die maatregelen het mogelijk moesten maken herkapitalisaties te vermijden. Bovendien verwijst die overeenkomst naar de mogelijke toetreding van aandeelhouders tot het kapitaal van SEA Handling, teneinde haar positieve vooruitzichten te versterken. Tot slot wordt daarin verklaard dat de beheerscapaciteiten van SEA Handling behouden zouden blijven teneinde het vermogen van de onderneming om te concurreren op de nationale en internationale markten nog verder te verbeteren.

- 80 Hieruit volgt dat de Comune di Milano in de vakbondsovereenkomst van 26 maart 2002 geen enkele materiële of juridische toezegging in verband met herkapitalisaties heeft gedaan.
- 81 De Commissie is van mening dat de Comune di Milano enkel, onder het mom van een vermeende onjuiste opvatting, opkomt tegen de beoordeling door het Gerecht van de aanwijzingen voor de toerekenbaarheid van het gedrag van SEA aan de Comune di Milano, waardoor dat betoog niet-ontvankelijk is. Dat betoog is volgens haar hoe dan ook ongegrond.

### *Beoordeling door het Hof*

- 82 Volgens vaste rechtspraak van het Hof volgt uit artikel 256, lid 1, tweede alinea, VWEU en artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie dat het Gerecht bij uitsluiting bevoegd is, enerzijds, om de feiten vast te stellen, behoudens het geval waarin de feitelijke onjuistheid van zijn vaststellingen blijkt uit de aan het Gerecht overgelegde processtukken en, anderzijds, om die feiten te beoordelen (arrest van 30 november 2016, Commissie/Frankrijk en Orange, C-486/15 P, EU:C:2016:912, punt 97 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 83 Bijgevolg levert de beoordeling van de feiten – behoudens het geval van onjuiste opvatting van de aan het Gerecht overgelegde bewijselementen – geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof (arrest van 30 november 2016, Commissie/Frankrijk en Orange, C-486/15 P, EU:C:2016:912, punt 98 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 84 Wanneer een rekwirant stelt dat het Gerecht bewijzen onjuist heeft opgevat, moet hij op basis van artikel 256 VWEU, artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en artikel 168, lid 1, onder d), van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, precies aangeven welke elementen volgens hem onjuist zijn opgevat, en aantonen welke fouten in de analyse tot die onjuiste opvatting in de beoordeling van het Gerecht hebben geleid. Bovendien is het vaste rechtspraak van het Hof dat een onjuiste opvatting duidelijk uit de processtukken moet blijken, zonder dat de feiten en de bewijzen opnieuw hoeven te worden beoordeeld (arrest van 30 november 2016, Commissie/Frankrijk en Orange, C-486/15 P, EU:C:2016:912, punt 99 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 85 In de onderhavige zaak heeft het Gerecht, in punt 77 van het bestreden arrest, opgemerkt dat SEA, overeenkomstig de vakbondsovereenkomst van 26 maart 2002, een duidelijke en nauwkeurige verplichting op zich had genomen om gedurende ten minste vijf jaar „het evenwicht kosten/opbrengsten en het algemene economische kader” van SEA Handling te behouden, „door de beheerscapaciteiten van de onderneming ongewijzigd te behouden en [haar] vermogen [...] om te concurreren op de nationale en internationale markten verder en substantieel te verbeteren”.
- 86 Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de bewoordingen van de vakbondsovereenkomst van 26 maart 2002 de door het Gerecht in punt 77 van het bestreden arrest aangehouden lezing mogelijk maken volgens welke SEA ingevolge die verplichting gehouden was om eventuele verliezen van SEA Handling die de continuïteit van haar economische activiteit konden beïnvloeden, te compenseren. Deze lezing vindt overigens, zoals het Gerecht in datzelfde punt heeft vastgesteld, steun in de in punt 5 van het onderhavige arrest bedoelde latere vakbondsovereenkomsten, zodat de gestelde onjuiste opvatting hoe dan ook niet duidelijk blijkt uit de processtukken.
- 87 Voor het overige kan worden volstaan met op te merken dat, zoals de Commissie terecht heeft aangevoerd en de advocaat-generaal in de punten 65 tot en met 68 van haar conclusie heeft opgemerkt, de Comune di Milano zich ertoe beperkt, onder het mom van een vermeende onjuiste opvatting van deze overeenkomst, de beoordeling door het Gerecht van dat bewijselement te betwisten, wanneer hij stelt dat het Gerecht heeft verzuimd om uit te gaan van de context waarin die overeenkomst was gesloten.

88 Het derde middel moet dan ook deels niet-ontvankelijk en deels ongegrond worden verklaard.

***Vierde middel, inzake het criterium van de particuliere investeerder***

*Argumenten van partijen*

- 89 De Comune di Milano betoogt dat het Gerecht in de punten 97, 107 en 108 van het bestreden arrest de feiten onjuist heeft gekwalificeerd en derhalve het criterium van de particuliere investeerder heeft geschonden.
- 90 Ten eerste kan namelijk, zoals in het kader van het tweede middel van de hogere voorziening is aangetoond, noch op basis van de vakbondsovereenkomst van 26 maart 2002, noch op basis van enig ander document worden geconcludeerd dat SEA een strategie had om de verliezen van SEA Handling te dekken.
- 91 Ten tweede is het Gerecht bij de beoordeling van het criterium van de particuliere investeerder niet uitgegaan van de context van de toenmalige bijzondere situatie van SEA, een situatie die verschilde van die van een generieke particuliere investeerder, aangezien SEA tot 2041 een exclusieve concessie voor het beheer van de luchthavens van Milaan had en dus opereerde met een laag risico en met het vooruitzicht op een rentabiliteit van haar investeringen op zeer lange termijn.
- 92 De onjuiste opvatting van het Gerecht is gelegen in het belang dat het heeft gehecht aan het ontbreken van contemporaine economische studies die aantonen dat de rentabiliteit van de herkapitalisaties van SEA Handling en de terugverdientijd van die investeringen nauwgezet zijn onderzocht aan de hand van een analyse van kosten en opbrengsten. Dit blijkt met name uit punt 114 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat een door de Comune di Milano verstrekte economische studie niet relevant was, enkel en alleen omdat deze studie na de vaststelling van de betrokken maatregelen was opgesteld.
- 93 De rechtspraak vereist namelijk niet dat de bewijzen betreffende de economische rationaliteit van een maatregel dateren uit de tijd van de vaststelling van die maatregel, maar dat bij de beoordeling van die maatregel aan de hand van dat criterium wordt uitgegaan van de context van de vaststelling ervan, zodat het in de economische studie vastgestelde perspectief is dat ex ante dient te zijn, en niet de economische studie als zodanig. Het zou immers absurd zijn om, zoals het Gerecht heeft gedaan, een particuliere onderneming te verplichten om als *conditio sine qua non* voor toepassing van het criterium van de particuliere investeerder het bewijs te leveren van het bestaan van een document dat zijn vooruitzichten staft.
- 94 In dit verband herinnert de Comune di Milano eraan dat de vooruitzichten van SEA Handling in de loop van 2002 positief waren en dat een aantal exogene en onvoorzienbare gebeurtenissen die zich later hebben voorgedaan, haar saneringsproces hebben vertraagd. Zo hoefde SEA niet voor elke herkapitalisatie een specifieke beoordeling van de rentabiliteit ervan te verrichten en was zij naar nationaal recht evenmin verplicht om met de hulp van economen van buitenaf schriftelijk aan te tonen dat haar interventies rationeel waren. Aangezien het probleem van SEA Handling in wezen verband hield met de personeelskosten, bestond er met name geen enkele reden om economische studies te doen verrichten.
- 95 Ten derde heeft het Gerecht volgens de Comune di Milano ten onrechte geoordeeld dat de Unierechter de complexe economische beoordelingen van de Commissie slechts beperkt dient te toetsen. Volgens de rechtspraak staat het namelijk aan het Gerecht om een diepgaande en volledige toetsing te verrichten, feitelijk en rechtens, die met name betrekking heeft op de uitlegging door de Commissie van gegevens van economische aard.

- 96 Ten vierde verwijt de Comune di Milano het Gerecht dat het de bewijslast in verband met het criterium van de particuliere investeerder bij hem heeft gelegd, aangezien de Commissie dienaangaande niets heeft aangetoond. Zoals zij voor het Gerecht heeft toegegeven, heeft de Commissie immers geen enkele studie uitgevoerd van de markt van luchthavendiensten en geen enkele economische studie verricht met betrekking tot dit criterium, noch een analyse van de economische resultaten van andere, vergelijkbare marktdeelnemers. Evenmin heeft zij aangegeven welke maatregelen SEA op grond van dat criterium had moeten nemen.
- 97 Anders dan de rechtspraak vereist, is de Commissie, bij gebreke van gegevens waaruit het bestaan ervan blijkt, uitgegaan van de veronderstelling dat SEA Handling een voordeel heeft genoten, waarbij zij zich baseert op een negatief vermoeden dat berust op het ontbreken van informatie die tot de tegengestelde conclusie kan leiden. Door niet na te gaan of de Commissie bij haar beoordeling rekening had gehouden met alle relevante gegevens, heeft het Gerecht dus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.
- 98 De Commissie betwist de gegrondheid van het betoog van de Comune di Milano.

#### *Beoordeling door het Hof*

- 99 In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat het in punt 90 van het onderhavige arrest samengevatte betoog van de Comune di Milano slechts het in het kader van het tweede middel aangevoerde betoog herhaalt, zodat het om dezelfde redenen als die welke in punt 75 van het onderhavige arrest zijn uiteengezet, niet kan slagen.
- 100 Wat in de tweede plaats het in punt 95 van het onderhavige arrest samengevatte betoog inzake de rechterlijke toetsing door het Gerecht betreft, is het vaste rechtspraak dat het onderzoek dat de Commissie bij de toepassing van het beginsel van de particuliere marktdeelnemer dient te verrichten een complexe economische beoordeling vergt en dat de rechterlijke instanties van de Unie, wanneer zij de complexe economische beoordelingen van de Commissie in steunaangelegenheden toetsen, hun economische beoordeling niet in de plaats kunnen stellen van die van de Commissie (arrest van 26 maart 2020, Larko/Commissie, C-244/18 P, EU:C:2020:238, punt 39).
- 101 Bijgevolg heeft het Gerecht in het bestreden arrest geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door ten aanzien van de economische beoordelingen van de Commissie inzake de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder uitsluitend te toetsen of die beoordelingen een kennelijke beoordelingsfout bevatten.
- 102 Anders dan de Comune di Milano stelt, kan uit de rechtspraak die voortvloeit uit de arresten van 8 december 2011, KME Germany e.a./Commissie (C-272/09 P, EU:C:2011:810), en 8 december 2011, Chalkor/Commissie (C-386/10 P, EU:C:2011:815), geen andere conclusie worden getrokken. Zoals de advocaat-generaal in punt 80 van haar conclusie in wezen heeft opgemerkt, kan deze rechtspraak, die betrekking heeft op de rechterlijke toetsing van besluiten van de Commissie houdende vaststelling van inbreuken op de artikelen 101 en 102 VWEU waarbij, in voorkomend geval, financiële sancties uit hoofde daarvan worden opgelegd, immers niet als zodanig worden toegepast op de rechterlijke toetsing van besluiten van de Commissie inzake staatssteun.
- 103 Wat in de derde plaats het argument betreft dat het Gerecht in de punten 113 tot en met 117 van het bestreden arrest de regels inzake de verdeling van de bewijslast heeft geschonden, dient eraan te worden herinnerd dat het begrip „steun” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU geen betrekking kan hebben op een ten behoeve van een onderneming genomen maatregel die met staatsmiddelen is bekostigd, wanneer de onderneming onder met normale marktvoorwaarden overeenkomende omstandigheden hetzelfde voordeel had kunnen genieten, waarbij de beoordeling van de voorwaarden



waaronder een dergelijk voordeel is verstrekt, in beginsel gebeurt aan de hand van het beginsel van de particuliere marktdeelnemer (arrest van 6 maart 2018, Commissie/FIH Holding en FIH Erhvervsbank, C-579/16 P, EU:C:2018:159, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 104 Dienaangaande staat het, wanneer blijkt dat het criterium van de particuliere investeerder van toepassing kan zijn, aan de Commissie om de betrokken lidstaat te vragen haar alle relevante informatie te bezorgen op basis waarvan kan worden uitgemaakt of is voldaan aan de voorwaarden voor toepasselijkheid en toepassing van dit beginsel (arresten van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, punt 104, en 6 maart 2018, Commissie/FIH Holding en FIH Erhvervsbank, C-579/16 P, EU:C:2018:159, punt 47).
- 105 De toepassing van het criterium van de particuliere investeerder strekt er namelijk toe om uit te maken of het aan een onderneming in welke vorm dan ook met staatsmiddelen toegekende economische voordeel wegens de gevolgen ervan de mededinging kan vervalsen of dreigen te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden (arrest van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, punt 89). Bijgevolg moet niet worden nagegaan of een particuliere investeerder op precies dezelfde wijze zou hebben gehandeld als een openbare investeerder, maar of hij in vergelijkbare omstandigheden eenzelfde bedrag zou hebben ingebracht als een openbare investeerder (zie in die zin arrest van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, punt 95).
- 106 Ter beoordeling van de vraag of dezelfde maatregel onder normale marktomstandigheden zou zijn genomen door een particuliere investeerder die zich in een situatie bevindt die zo dicht mogelijk de situatie van de staat benadert, dient alleen rekening te worden gehouden met de voordelen en verplichtingen die de staat heeft in zijn hoedanigheid van aandeelhouder, en niet met die welke voortvloeien uit zijn hoedanigheid van overheid (arrest van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, punt 79). Indien een lidstaat zich in de loop van de administratieve procedure beroept op het criterium van de particuliere investeerder, moet hij bij twijfel derhalve ondubbelzinnig en op basis van objectieve en controleerbare gegevens aantonen dat hij de maatregel in zijn hoedanigheid van aandeelhouder ten uitvoer heeft gelegd (arrest van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, punt 82).
- 107 Uit die gegevens moet duidelijk blijken dat de betrokken lidstaat vóór of tegelijk met de toekenning van het economische voordeel heeft besloten om met de daadwerkelijk ten uitvoer gelegde maatregel te investeren in het gecontroleerde openbare bedrijf. Daartoe kunnen met name gegevens noodzakelijk zijn waaruit blijkt dat dit besluit is genomen op grond van economische ramingen die te vergelijken zijn met die welke een rationele particuliere investeerder die zich in een situatie bevindt die zo dicht mogelijk die van die lidstaat benadert, in de omstandigheden van het geval zou hebben doen uitvoeren, alvorens deze investering te doen, teneinde uit te maken of een dergelijke investering in de toekomst winst zal opleveren (arrest van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, punten 83-84).
- 108 Zoals de advocaat-generaal in punt 101 van haar conclusie heeft opgemerkt, blijkt in casu ondubbelzinnig uit het litigieuze besluit en het bestreden arrest dat de Commissie in dat besluit het beginsel van de particuliere marktdeelnemer heeft toegepast en dat de toepasselijkheid van het criterium van de particuliere investeerder in casu noch voor de Commissie noch voor het Gerecht ter discussie is gesteld, hetgeen de Commissie overigens ter terechtzitting voor het Hof heeft bevestigd.
- 109 Het criterium van de particuliere investeerder is een van de aspecten waarmee de Commissie rekening moet houden om vast te stellen of er sprake is van steun en vormt dus geen uitzondering die enkel geldt op verzoek van een lidstaat, wanneer is vastgesteld dat de bestanddelen van het begrip „staatssteun” als bedoeld in artikel 107, lid 1, VWEU aanwezig zijn (arresten van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, punt 103, en 26 maart 2020, Larko/Commissie, C-244/18 P, EU:C:2020:238, punt 64 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 110 Het staat dus aan de Commissie om, met name rekening houdend met de door de betrokken lidstaat verstrekte informatie, te bewijzen dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van het beginsel van de particuliere marktdeelnemer, zodat de betrokken overheidsmaatregel een voordeel verschafft in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (zin arrest van 26 maart 2020, Larko/Commissie, C-244/18 P, EU:C:2020:238, punt 65 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 111 In dit verband moet worden opgemerkt dat de Commissie in het kader van een besluit tot beëindiging van de formele onderzoeksprocedure op grond van artikel 7 van verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel [108 VWEU] (PB 1999, L 83, blz. 1), niet mag veronderstellen dat een onderneming heeft geprofiteerd van voordeel dat staatssteun oplevert, door simpelweg uit te gaan van een negatief vermoeden dat is gebaseerd op het ontbreken van informatie die tot de tegengestelde conclusie kan leiden, bij gebreke van andere gegevens die het bestaan van een dergelijk voordeel concreet kunnen aantonen (arresten van 17 september 2009, Commissie/MTU Friedrichshafen, C-520/07 P, EU:C:2009:557, punt 58, en 26 maart 2020, Larko/Commissie, C-244/18 P, EU:C:2020:238, punt 70 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 112 Niettemin zijn voor de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder alleen de gegevens die beschikbaar en de ontwikkelingen die voorzienbaar zijn op het moment waarop de beslissing om de betrokken maatregel te treffen is genomen, relevant (arrest van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, punt 105). Aangezien de Commissie niet rechtstreeks op de hoogte is van de omstandigheden waarin een investeringsbesluit is genomen, moet zij zich voor de toepassing van dat criterium overigens grotendeels baseren op de objectieve en controleerbare gegevens die de betrokken lidstaat heeft overgelegd om aan te tonen dat hij de maatregel in zijn hoedanigheid van aandeelhouder ten uitvoer heeft gelegd en dat voornoemd criterium dus van toepassing is, overeenkomstig de in de punten 106 en 107 aangehaalde rechtspraak.
- 113 Aangezien rekening moet worden gehouden met de beslissing die de particuliere investeerder zou hebben genomen op het tijdstip waarop de investering is gedaan, kan het ontbreken van een voorafgaande raming, hoewel niet beslissend op zich, bijgevolg een relevante factor zijn bij de toetsing van de gegrondheid van de ingewikkelde economische beoordelingen die de Commissie in het kader van de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder moet verrichten.
- 114 Wanneer de kapitaalinjecties van een openbare investeerder zelfs op lange termijn elk uitzicht op rentabiliteit ontberen, kunnen zij immers niet worden geacht in overeenstemming te zijn met het criterium van de particuliere investeerder en moeten zij worden beschouwd als steun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (zie in die zin arresten van 21 maart 1991, Italië/Commissie, C-303/88, EU:C:1991:136, punt 22, en 6 maart 2018, Commissie/FIH Holding en FIH Erhvervsbank, C-579/16 P, EU:C:2018:159, punt 61).
- 115 In dit verband dient het Gerecht zich ervan te vergewissen, zoals in de punten 100 en 101 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, dat dergelijke ingewikkelde economische beoordelingen van de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout bevatten, hetgeen betekent dat het niet alleen de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, de betrouwbaarheid en de samenhang ervan moet controleren, maar ook moet nagaan of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen dragen (arrest van 26 maart 2020, Larko/Commissie, C-244/18 P, EU:C:2020:238, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 116 Zoals de advocaat-generaal in de punten 103 en 104 van haar conclusie heeft opgemerkt, blijkt uit de beoordeling in de punten 113 tot en met 117 van het bestreden arrest, los van de keuze van de daarin gehanteerde bewoordingen, niet dat het Gerecht de regels inzake de verdeling van de bewijslast met betrekking tot het criterium van de particuliere investeerder heeft geschonden.

- 117 Uit de analyse in de punten 85 en 86 van het onderhavige arrest volgt namelijk dat het Gerecht, door vast te stellen dat SEA in het kader van de vakbondsovereenkomst van 26 maart 2002 had toegezegd om gedurende een periode van ten minste vijf jaar eventuele verliezen van SEA Handling die de continuïteit van haar economische activiteit konden beïnvloeden, te compenseren, geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Zoals de advocaat-generaal in de punten 105 en 106 van haar conclusie heeft overwogen, zou een particuliere investeerder een dergelijke toezegging niet hebben gedaan zonder eerst een passende raming te hebben gemaakt van de rentabiliteit en de economische rationaliteit daarvan. In die omstandigheden en in het licht van de in de punten 107 en 114 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak, kan het ontbreken van een passende voorafgaande raming van de rentabiliteit of de economische rationaliteit van dergelijke investeringen een essentieel gegeven zijn om aan te tonen dat een particuliere investeerder in vergelijkbare omstandigheden niet eenzelfde bedrag zou hebben ingebracht als een openbare investeerder.
- 118 Na in punt 97 van het bestreden arrest rekening te hebben gehouden met de feitelijke elementen waarop de Commissie zich in het litigieuze besluit had gebaseerd om aan te nemen dat de betrokken maatregelen waren vastgesteld zonder de passende voorafgaande raming die een particuliere investeerder in de situatie van SEA zou hebben laten opstellen om zich van hun rentabiliteit of economische rationaliteit te verzekeren, heeft het Gerecht met name in de punten 113 tot en met 117 van het bestreden arrest onderzocht of die beoordelingen van de Commissie al dan niet kennelijke beoordelingsfouten bevatten. In de punten 120 en 132 van het bestreden arrest heeft het geoordeeld dat dit niet het geval was.
- 119 Bijgevolg heeft het Gerecht, door met name in de punten 113 tot en met 117 van het bestreden arrest te onderzoeken of de Commissie zonder een kennelijke beoordelingsfout te maken kon oordelen of de tijdens de administratieve procedure verstrekte gegevens al dan niet konden aantonen dat een dergelijke raming ontbrak, de toetsing verricht die het diende te verrichten.
- 120 In die omstandigheden is het Gerecht niet voorbijgegaan aan het feit dat het aan de Commissie staat om te bewijzen dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van het beginsel van de particuliere marktdeelnemer, toen het in diezelfde punten 113 tot en met 117 van het bestreden arrest vaststelde dat de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt toen zij de in punt 97 van het bestreden arrest in herinnering gebrachte vaststellingen deed.
- 121 Bovendien kan de Comune di Milano, gelet op de overwegingen in de punten 117 tot en met 120 van het onderhavige arrest, niet op goede gronden stellen dat het Gerecht de regels inzake de op de Commissie rustende bewijslast had geschonden door deze niet te bekritisieren wegens het niet verrichten van marktonderzoeken, het zich baseren op negatieve vermoedens, of het niet in aanmerking nemen van alle relevante elementen.
- 122 In de vierde plaats moet, voor zover de Comune di Milano het Gerecht verwijt dat het in punt 114 van het bestreden arrest geen rekening heeft gehouden met een economische studie enkel en alleen omdat deze was opgesteld na de betrokken maatregelen, al meteen worden opgemerkt dat dit betoog berust op een onjuiste lezing van dat arrest. Uit de bewoordingen zelf van dat punt 114 volgt namelijk dat het Gerecht de inhoud van de door de Comune di Milano overgelegde economische studie heeft geverifieerd en deze heeft verworpen, allereerst omdat de daarin opgenomen verklaringen summier en tegenstrijdig waren en de studie bijgevolg intrinsiek ontoereikend was voor een analyse in het kader van het criterium van de particuliere investeerder. Pas na voornoemd punt 114 heeft het Gerecht er ook op gewezen dat deze economische studie na de betrokken maatregelen was opgesteld.
- 123 Hoe dan ook moet worden vastgesteld dat voor de toepassing van het beginsel van de particuliere marktdeelnemer alleen relevantie toekomt aan de gegevens die beschikbaar en de ontwikkelingen die voorzienbaar waren op het moment waarop het besluit om de betrokken maatregel te treffen werd genomen (arrest van 26 maart 2020, Larko/Commissie, C-244/18 P, EU:C:2020:238, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak), met name om aan te tonen waardoor de keuze van de betrokken

overheidsentiteit om de litigieuze investering te doen daadwerkelijk is ingegeven. De economische beoordeling die de Commissie in de loop van de administratieve procedure verricht, vindt echter in het geval van steun die in strijd met de aanmeldingsplicht van artikel 108, lid 3, VWEU is toegekend noodzakelijkerwijs pas plaats na de vaststelling van de betrokken maatregelen.

- 124 Economische studies en analyses waarop deze economische beoordeling van de Commissie is gebaseerd, evenals eventuele tegenexpertises van dezelfde aard die door de betrokken lidstaat of de begunstigde van de steun worden aangevoerd om te antwoorden op de beoordelingen waarop de Commissie zich baseert, kunnen dus relevant zijn voor de toepassing van het beginsel van de particuliere marktdeelnemer, voor zover zij uitsluitend zijn gebaseerd op de beschikbare gegevens en op de ontwikkelingen die voorzienbaar zijn op het tijdstip waarop het besluit om de betrokken maatregel te treffen is genomen.
- 125 In casu kan de na de vaststelling van de betrokken maatregelen verrichte economische studie waarop de Comune di Milano zich beroept voor zijn beoordeling, niet afdoen aan de vaststelling van de Commissie dat er geen passende voorafgaande raming bestond van de rentabiliteit en de economische rationaliteit van deze maatregelen, welke vaststelling essentieel was voor de Commissie om aan te tonen dat een particuliere investeerder in vergelijkbare omstandigheden geen gelijke bedragen zou hebben ingebracht als die welke SEA had ingebracht in SEA Handling.
- 126 Hieruit volgt dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door, ten eerste, na te gaan of de door de Comune di Milano aangevoerde economische studie elementen van economische analyse bevatte die relevant waren voor de economische beoordeling die de Commissie diende te verrichten in het kader van de toepassing van het beginsel van de particuliere marktdeelnemer, en, ten tweede, te oordelen dat de verrichting van die studie na de perioden waarin de betrokken maatregelen waren vastgesteld, uitsloot dat als gevolg van het bestaan van die studie het standpunt van de Commissie in het litigieuze besluit dat deze maatregelen waren vastgesteld zonder de passende voorafgaande raming die een particuliere investeerder in de situatie van SEA zou hebben laten opstellen om zich van hun rentabiliteit of economische rationaliteit te verzekeren, een kennelijke beoordelingsfout bevatte.
- 127 Wat in de vijfde plaats het argument van de Comune di Milano betreft dat het Gerecht heeft verzuimd uit te gaan van de bijzondere situatie van SEA in de betrokken periode, een situatie die werd gekenmerkt door winstverwachtingen op zeer lange termijn, blijkt om te beginnen uit punt 112 van het bestreden arrest dat het Gerecht met dat element wel degelijk rekening heeft gehouden.
- 128 Zelfs indien de rentabiliteitsvooruitzichten, zoals de Comune di Milano stelt, zouden moeten worden uitgebreid tot 2041, zou het voor laatstgenoemde bovendien nodig zijn geweest om de verwachte investeringsopbrengst van deze maatregelen vast te leggen vóór die datum. Vastgesteld moet worden dat het door het Gerecht in de punten 113 tot en met 131 van het bestreden arrest verrichte onderzoek er juist toe strekte na te gaan of dit het geval was.
- 129 Ten slotte moet ervan worden uitgegaan dat de Comune di Milano, voor zover deze de gegrondheid van het aldus door het Gerecht verrichte onderzoek wil betwisten, het Hof om een nieuwe beoordeling van de feiten verzoekt, hetgeen overeenkomstig de in punt 66 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak niet tot de bevoegdheid van het Hof behoort.
- 130 In die omstandigheden dient het vierde middel te worden afgewezen.
- 131 Uit een en ander volgt dat de hogere voorziening moet worden afgewezen.

## **Kosten**

- <sup>132</sup> Artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof bepaalt dat het Hof over de kosten beslist wanneer de hogere voorziening ongegrond is.
- <sup>133</sup> Ingevolge artikel 138, lid 1, van dit Reglement voor de procesvoering, dat op grond van artikel 184, lid 1, ervan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, moet de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd.
- <sup>134</sup> Aangezien de Comune di Milano in het ongelijk is gesteld, dient deze overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten te worden verwezen.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart:

- 1) De hogere voorziening wordt afgewezen.**
- 2) De Comune di Milano wordt verwezen in de kosten.**

ondertekeningen