



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PAOLO MENGOTZI
föredraget den 20 juli 2017¹

Mål C-127/16 P

**SNCF Mobilités, tidigare Société nationale des chemins de fer français (SNCF)
mot**

Europeiska kommissionen

”Överklagande – Stöd som lämnats av Republiken Frankrike till förmån för Sernam – Stöd till omstrukturering och kapitaltillskott, garantier och SNCF:s skuldavskrivning till förmån för Sernam – Försäljning av tillgångar som en enhet – Kriteriet om en privat investerare – Tillämplighet – Kompensatoriska åtgärder”

Innehållsförteckning

I. Bakgrund till tvisten	4
II. Förfarandet vid tribunalen och den överklagade domen	5
III. Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden	6
IV. Rättslig bedömning	6
A. Introducerande sammanfattning – från Sernam 1-beslutet till Sernam 3-beslutet	6
B. Prövning av överklagandet	10
1. Den första grunden, avseende felaktig rättstillämpning, otillräcklig motivering och missuppfattning av artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet	10
a) Den första och den tredje delen av den första grunden	11
1) Den överklagade domen	11
2) Sammanfattning av parternas argument	11
i) Den första grundens första del	11

¹ Originalspråk: franska.

ii) Den första grundens tredje del	13
3) Bedömning	13
b) Den första grundens andra del	16
1) Den överklagade domen	16
2) Sammanfattning av parternas argument	17
3) Bedömning	17
2. Den andra grunden, avseende en felaktig rättstillämpning genom tribunalens felaktiga konstaterande att det anbud som lämnats av ledningsgruppen inte var resultatet av ett öppet förfarande	18
a) Den överklagade domen	18
b) Sammanfattning av parternas argument	18
c) Bedömning	19
3. Den tredje grunden, avseende missuppfattning av omständigheterna och felaktig rättstillämpning genom att tribunalen slagit fast att anbudet från Sernams ledningsgrupp varit betydligt mindre förmånligt än det anbud som tidigare lämnats	20
a) Den överklagade domen	20
b) Sammanfattning av parternas argument	21
c) Bedömning	21
4. Den fjärde grunden, avseende en felaktig rättstillämpning och motstridiga skäl avseende tribunalens bedömning att kommissionen inte har förväxlat föremålet för överlåtelsen med försäljningspriset för Sernams tillgångar	22
a) Den överklagade domen	22
b) Sammanfattning av parternas argument	22
c) Bedömning	23
5. Den femte grunden, avseende en felaktig rättstillämpning och en missuppfattning av beslutspunkterna i Sernam 2-beslutet genom att tribunalen slagit fast att upptagandet av beloppet som skulle återkrävas på 41 miljoner euro som skuld i Sernams likvidation inte var förenligt med artikel 4 i Sernam 2-beslutet	24
a) Den överklagade domen	24
b) Sammanfattning av parternas argument	26
c) Bedömning	27
1) Föremålet för övergången	29
2) Ägaridentitet	29

3) Tidpunkten för övergången	30
4) Transaktionens ekonomiska syfte	30
5) Priset för övergången	30
6) Slutsatser avseende den femte grunden	31
6. Den sjätte grunden, avseende en felaktig rättstillämpning, bristfällig motivering och missuppfattning av omständigheterna genom att tribunalen slagit fast att principen om en privat investerare inte var tillämplig på överlåtelsen av Sernams tillgångar som en enhet	31
a) Den överklagade domen	31
b) Den sjätte grundens första del	32
1) Sammanfattning av parternas argument	32
2) Bedömning	33
c) Den sjätte grundens andra del	34
1) Sammanfattning av parternas argument	34
2) Bedömning	35
d) Den sjätte grundens tredje del	37
1) Sammanfattning av parternas argument	37
2) Bedömning	38
e) Slutsatser avseende den sjätte grunden	40
7. Vad kommissionen anfört om talans upptagande till sakprövning i första instans	40
V. Rättegångskostnader	41
VI. Förslag till avgörande	41

1. SNCF Mobilités (nedan kallat SNCF eller klaganden)² har genom förevarande överklagande yrkat att den dom som Europeiska unionens tribunal meddelat den 17 december 2015 i målet SNCF/kommissionen³ (nedan kallad den överklagade domen) genom vilken den lämnade dess talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 2012/398/EU av den 9 mars 2012 om Statligt stöd SA.12522 (C 37/08) – Frankrike – Tillämpningen av Sernam 2-beslutet (nedan kallat Sernam 3-beslutet)⁴, utan bifall.

² För ytterligare information om klaganden, se punkt 1 i den överklagade domen.

³ T-242/12, EU:T:2015:1003.

⁴ EUT L 195, 2012, s. 19.

I. Bakgrund till tvisten

2. Genom beslut av den 23 maj 2001⁵ (nedan kallat Sernam 1-beslutet), godkände kommissionen, på vissa villkor, ett omstruktureringsstöd till Sernam-koncernen, med ett totalt belopp på 503 miljoner euro.⁶

3. I ett andra beslut som antogs år 2004⁷ (nedan kallat Sernam 2-beslutet), fastställde kommissionen att vissa villkor som föreskrevs i Sernam 1-beslutet inte hade iakttagits, vilket hade lett till att det godkända statliga stödet missbrukats.

4. Kommissionen angav i detta sammanhang för det första att det statliga stödet på 503 miljoner euro som godkänts genom Sernam 1-beslutet, med förbehåll för iakttagandet av de nya villkoren, var förenligt med artiklarna 3 och 4 i Sernam 2-beslutet. Vidare påpekade kommissionen att det förelåg ett ytterligare stöd på 41 miljoner euro, som var oförenligt med den inre marknaden och som de franska myndigheterna således skulle återkräva.

5. SNCF har, i enlighet med den möjlighet som föreskrivits i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet,⁸ valt att sälja Sernams tillgångar som en enhet. Enligt de franska myndigheterna har Sernams ekonomiska situation varit sådan att det inte varit möjligt att få några positiva värderingsförslag inom ramen för ett av utomstående med omsorg genomfört anbudsförfarande för SNCF:s räkning. Samtliga anbud som lämnats inom ramen för detta förfarande har varit kraftigt negativa och inget bindande anbud lämnades. Beslut fattades därför om att fortsätta diskussionen enbart med det konsortium som bildats av kandidat nr 5, med koppling till Sernams ledningsgrupp. Den 15 juni 2005 upplyste slutligen kandidat nr 5 muntligen SNCF om att den inte kunde lämna ett anbud om övertagandet, även ett villkorat sådant, förrän den 30 juni 2005.

6. Den 30 juni 2005 fattade SNCF beslutet att sälja Sernams tillgångar som en enhet till dess ledningsgrupp. Efter denna överlåtelse likviderades Sernam, den 15 december 2005. Skulden på 41 miljoner euro, motsvarande det statliga stöd som skulle återbetalas enligt artikel 1.2 i Sernam 2-beslutet, hade upptagits som en skuld vid Sernams likvidation. Av detta belopp har SNCF kunnat återfå 2,75 miljoner euro efter likvidationen.

7. Efter klagomål från konkurrenter den 24 juni 2005, den 10 april 2006 och den 23 april 2007, i vilka det gjordes gällande att Sernam 2-beslutet tillämpats felaktigt eller missbrukats, informerade kommissionen genom skrivelse av den 16 juli 2008,⁹ Republiken Frankrike om sitt beslut att inleda det formella granskningsförfarandet enligt artikel 88.2 EG, vilket ledde fram till antagandet av Sernam 3-beslutet den 9 mars 2012, vilket överlämnades till de franska myndigheterna den 26 mars 2012.

8. Kommissionen anförde i Sernam 3-beslutet att försäljningen av Sernams tillgångar som en enhet inte var förenlig med villkoren i Sernam 2-beslutet och att det otillåtna stödet på 41 miljoner euro inte hade återkrävts. Enligt kommissionen hade det stöd på 503 miljoner euro som godkänts enligt villkoren i Sernam 2-beslutet missbrukats och var således oförenligt med den gemensamma

5 Beslut nr D/288742 om statligt stöd NN 122/00 (ex NJ 140/00) – Frankrike – Omstruktureringsstöd till SCS SERNAM genom SNCF

6 För ytterligare information om Sernam och dess utveckling, se punkterna 1 och följande punkter samt 20 och 21 i den överklagade domen. Till följd av att Sernam haft olika benämningar under det administrativa förfarandet (Sernam SCS, Sernam SA), nöjer jag mig, för enkelhets skull, med att hänvisa allmänt till Sernam i förevarande förslag till avgörande.

7 Beslut 2006/367/EG av den 20 oktober 2004 om det statliga stöd som Frankrike delvis utbetalat till företaget Sernam (EUT L 140, 2006, s. 1).

8 Vars lydelse återgivits i punkt 22 i förevarande förslag till avgörande.

9 För beslutet att inleda förfarandet, se EUT C 4, 2009, s. 5.

marknaden.¹⁰ Kommissionen slog vidare fast att de åtgärder som vidtagits av SNCF för att genomföra denna överlåtelse, i synnerhet det kapitaltillskott på 57 miljoner euro motsvarande det negativa värdet på Sernams tillgångar sedda som en enhet och ett påstått "avstående från fordringar" på 38,5 miljoner euro utgjorde ett nytt stöd som var oförenligt med den inre marknaden.¹¹

9. I artiklarna 1 och 2 i Sernam 3-beslutet föreskrivs följande:

"Artikel 1

1. Det statliga stöd på 503 miljoner euro som Frankrike har beviljat Sernam SCS (numera Sernam SA) och som godkändes genom [Sernam 2-beslutet] har missbrukats. Stödet har även gynnat Sernam Xpress och Financière Sernam samt dess dotterbolag Sernam Services och Aster.

2. Det statliga stöd på 41 miljoner euro som Frankrike beviljat Sernam SCS och som förklarats oförenligt genom Sernam 2-beslutet har även gynnat Sernam Xpress och Financière Sernam samt dess dotterbolag Sernam Services och Aster.

3. SNCF:s kapitaltillskott på 57 miljoner euro till Sernam SA, SNCF:s avstående av fordringar på 38,5 miljoner euro på Sernam SA och de garantier som beviljades av SNCF i samband med överlåtelsen av Sernam SA:s verksamhet till Financière Sernam, med undantag av garantin till järnvägsarbetarna, utgör statligt stöd som är oförenligt med den inre marknaden.

Artikel 2

1. Frankrike ska från Financière Sernam och dess dotterbolag Sernam Services och Aster återkräva det stöd som avses i artikel 1.

..."

10. I beslut den 4 april 2012 slog kommissionen, efter en begäran från Republiken Frankrike, fast att det inte rädde någon ekonomisk kontinuitet mellan Sernam-koncernen och förvärvarna av en del av dess tillgångar, nämligen Geodis (som tillhör SNCF) och BMV, och att skyldigheten att återkräva det stöd som förklarats olagligt och oförenligt i Sernam 3-beslutet inte skulle utsträckas till Geodis och BMV.

11. Den 13 april 2012 försattes Financière Sernam och Sernam Services i likvidation. Samma dag lämnade Geodis ett anbud och utsågs till förvärvare av tillgångarna i Sernam-koncernen.

II. Förfarandet vid tribunalen och den överklagade domen

12. SNCF väckte, genom en ansökan som inkom till tribunalens kansli den 4 juni 2012, talan om ogiltigförklaring av Sernam 3-beslutet.

13. Klaganden anförde följande sex grunder till stöd för sin talan. Den första var att klagandens rätt till försvar åsidosatts. Den andra rörde åsidosättande av principen om skydd för berättigade förväntningar. Den tredje grunden var att det inte lämnats någon rimlig tidsfrist och att rättssäkerheten åsidosatts. Den fjärde grunden avsåg att kommissionen gjort felaktiga rättstillämpningar och felaktigt bedömt omständigheterna när den slog fast att överlåtelsen av Sernams tillgångar som en enhet var oförenlig med villkoren i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet. Den femte grunden var att kommissionen gjort en

10 Sernam SCS (numera Sernam SA), Sernam Xpress, Financière Sernam samt Sernam Services och Aster, dess dotterbolag, har även benämnts stödmottagarna, se artikel 1.1 i Sernam 3-beslutet.

11 Se artikel 1.3 i Sernam 3-beslutet. För en beskrivning av överlåtelserns förlopp, se punkt 22 i den överklagade domen.

felaktig rättstillämpning genom att slå fast att skyldigheten att återkräva statligt stöd på 41 miljoner euro, vilket förklarats otillåtet genom Sernam 2-beslutet, övergått till Financière Sernam och dess dotterbolag. Den sjätte grunden var att kommissionen gjort en felaktig rättstillämpning genom att slå fast att de åtgärder som angivits i protokollet från överenskommelsen den 21 juli 2005 om överlåtelse av Sernams tillgångar som en enhet utgjorde ett nytt stöd till förmån för Sernam Xpress och Financière Sernam.

14. Utan att tribunalen i den överklagade domen uttalat sig om huruvida talan kunde upptas till sakprövning och trots att den godtog vad som anfördes inom ramen för den andra delen av den fjärde grunden,¹² lämnade tribunalen talan utan bifall.

III. Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden

15. Klaganden överklagade den 26 februari 2016 tribunalens dom. SNCF yrkar att domstolen ska uppta talan till sakprövning och ogiltigförklara den överklagade domen samt förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna. Kommissionen har i sin svarsinlaga yrkat att domstolen ska lämna överklagandet utan bifall och förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna i domstolen. Bolagen Mory SA och Mory Team, som intervenerade till stöd för kommissionen i förfarandet vid tribunalen, yrkar även de att domstolen ska lämna överklagandet utan bifall och förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.

16. Klaganden, kommissionen samt Mory SA och Mory Team utvecklade sin talan och svarade på domstolens frågor vid förhandlingen den 9 mars 2017.

IV. Rättslig bedömning

17. Till stöd för sitt överklagande har klaganden åberopat sex grunder. Den första rör en felaktig rättstillämpning, bristfällig motivering och missuppfattning avseende artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet. Den andra rör tribunalens felaktiga rättstillämpning bestående i att fastställa att de krav på öppenhet och insyn som gäller för anbuds förfarandet enligt artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet med nödvändighet ställde krav på att den utvalda sökanden som sådan, och på ett oberoende sätt, deltog i förfarandet från början. För det tredje missuppfattade tribunalen de faktiska omständigheterna och gjorde en felaktig rättstillämpning genom att fastställa att anbudet från Sernams ledningsgrupp var betydligt ofördelaktigare för säljaren än de preliminära anbuden från de övriga sökandena. Den fjärde grunden rör tribunalens felaktiga rättstillämpning samt bristfälliga och motstridiga motivering i det att den ansett att kommissionen inte blandat samman föremålet för och priset vid försäljningen av tillgångarna i Sernam. För det femte görs det gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning samt missförstod artikeldelen i Sernam 2-beslutet genom att slå fast att upptagandet av ett belopp motsvarande stödet på 41 miljoner euro som tillgång i Sernams konkursbo inte var förenligt med artikel 4 i Sernam 2-beslutet. Som sjätte grund anfördes att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning, brast i sin motiveringsskyldighet och missförstod artikeldelen i Sernam 2-beslutet genom att slå fast att kriteriet avseende en privat investerare inte var tillämpligt på överföringen av Sernams tillgångar som en enhet.

A. Introducerande sammanfattning – från Sernam 1-beslutet till Sernam 3-beslutet

18. För att bättre förstå vad förevarande överklagande rör ska jag redovisa en något mer detaljerad bakgrund till denna tvists ursprung.

¹² Tribunalen godtog nämligen inte kommissionens resonemang om att det inte förekommit någon försäljning eftersom överlåtelsen av Sernam skedde till ett negativt pris hade, och den slutsats som kommissionen dragit, det vill säga att artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet inte iakttagits (se punkt 94 och följande punkter i den överklagade domen).

19. Kommissionen prövade i Sernam 1-beslutet omstruktureringsplanen för företaget Sernam som Republiken Frankrike lämnat för prövning. Enligt kommissionens bedömning innehöll planen statligt stöd som var förenligt med EG-fördraget (närmare bestämt de bestämmelser i denna plan som rörde kommersiellt stöd och omstrukturering av Sernam).

20. Medan omstruktureringsplanen inte kunde avslutas på de villkor som beskrevs av Republiken Frankrike i Sernam 1-beslutet, vilken bland annat lett till att SNCF betalat Sernam 41 miljoner euro till följd av den försening som hängde samman med hävningen av avtalet mellan den tilltänkta köparen och SNCF,¹³ prövade kommissionen villkoren för genomförandet av stöd till förmån för Sernam efter antagandet av Sernam 1-beslutet.

21. Efter att ha konstaterat att Republiken Frankrike lämnat stöd på 503 miljoner euro på andra villkor än de som godkänts i Sernam-beslutet¹⁴ kom kommissionen ändå, utifrån samtliga omständigheter och på vissa villkor, fram till att detta belopp var förenligt med fördraget, medan det stöd på 41 miljoner euro som rättstridigt lämnats Sernam var oförenligt och skulle återkrävas.¹⁵ Stödet till förmån för Sernam på 503 miljoner euro kunde anses förenligt med fördraget på villkor att 1) Sernam endast skulle utveckla den del av sin verksamhet som utgörs av järnvägstransporter och att SNCF garanterar att alla transportföretag som önskar utveckla godstransporterna på järnväg [artikel 3.1 a i Sernam 2-beslutet] erbjuds samma villkor som Sernam och 2) Sernam helt och hållet ersatte sina egna vägtransporttjänster och vägtransportresurser med motsvarande tjänster och resurser från ett eller flera företag som var juridiskt och ekonomiskt oberoende av SNCF och som valts ut på ett öppet, tydligt och icke-diskriminerande sätt [artikel 3.1 b i Sernam 2-beslutet]. Det framgår av skälen i Sernam 2-beslutet att det utdragna genomförandet av omstruktureringsplanen jämfört med vad som föreskrivits i Sernam 1-beslutet, vilket kommissionen ansåg utgöra missbruk av stöd, medförde att kommissionen förväntade sig att Sernam skulle utge en särskild motprestation genom att permanent överge de marknadssegment där det rådde överkapacitet, för att en del av stödet skulle kunna godkännas.¹⁶ Det var vidare fråga om att undvika att det företag som hade att upphöra med sin verksamhet till följd av de svårigheter som angivits skulle fortsätta att på ett konstlat sätt behålla extremt efterfrågade marknadsandelar till nackdel för konkurrerande och ekonomiskt sunda företag.¹⁷ Följaktligen ansåg kommissionen att "Sernam varaktigt bör minska sin verksamhet inom de marknadssegment där det råder överkapacitet, dvs. på samlastningsmarknaden och marknaden för traditionella pakettransporter på väg".¹⁸ För det fall att det skulle ske en försäljning av Sernams tillgångar som en enhet till marknadspris till företag som inte har någon juridisk koppling till SNCF, och försäljningen skedde på ett öppet och tydligt sätt, skulle villkoren om Sernams upphörande inom marknadssegment med överkapacitet inte längre gälla¹⁹ eftersom kommissionen ansåg att Sernam då inte längre skulle vara verksamt i sin nuvarande juridiska form och skulle ha frigjort sina marknadsandelar.²⁰

13 Se skälen 70 och 179 i Sernam 2-beslutet.

14 Se skäl 225 i Sernam 2-beslutet. Angående utvecklingen mellan Sernam 1-beslutet och Sernam 2-beslutet, se den tabell som ställts upp i skäl 223 i Sernam 2-beslutet.

15 Till följd av att tillämpningen utgjorde ett missbruk av det ursprungliga stödet, se skäl 179 i Sernam 2-beslutet. När det gäller skyldigheten att återkräva stödet på 41 miljoner, se även artikel 4.2 i Sernam 2-beslutet.

16 Se skäl 208 i Sernam 2-beslutet.

17 Se skäl 209 i Sernam 2-beslutet.

18 Skäl 210 i Sernam 2-beslutet.

19 Se artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet.

20 Se skäl 217 i Sernam 2-beslutet.

22. För att underlätta förståelsen av den bedömning som redovisas nedan är det av värde att hålla lydelsen av artiklarna 3 och 4 i Sernam 2-beslutet i minne:

”Artikel 3

1. Om inte annat följer av punkt 2, skall följande villkor uppfyllas:

- a) Sernam får endast utveckla den del av sin verksamhet som utgörs av järnvägstransporter enligt konceptet med snabbsystemtåg (TBE). SNCF garanterar att alla transportföretag som önskar utveckla godstransporterna på järnväg (TBE) kommer att erbjudas samma villkor som Sernam.
- b) I gengäld måste Sernam under de närmaste två åren efter delgivningen av detta beslut helt och hållet ersätta sina egna vägtransporttjänster och vägtransportresurser med motsvarande tjänster och resurser från ett eller flera företag som är juridiskt och ekonomiskt oberoende av SNCF och som valts ut på ett öppet, tydligt och icke-diskriminerande sätt. ...

2. Villkoren i punkt 1 skall inte gälla om Sernam före den 30 juni 2005 till marknadspris säljer sina tillgångar [som en enhet] till ett företag som inte har någon juridisk koppling till SNCF, och försäljningen sker på ett öppet och tydligt sätt.

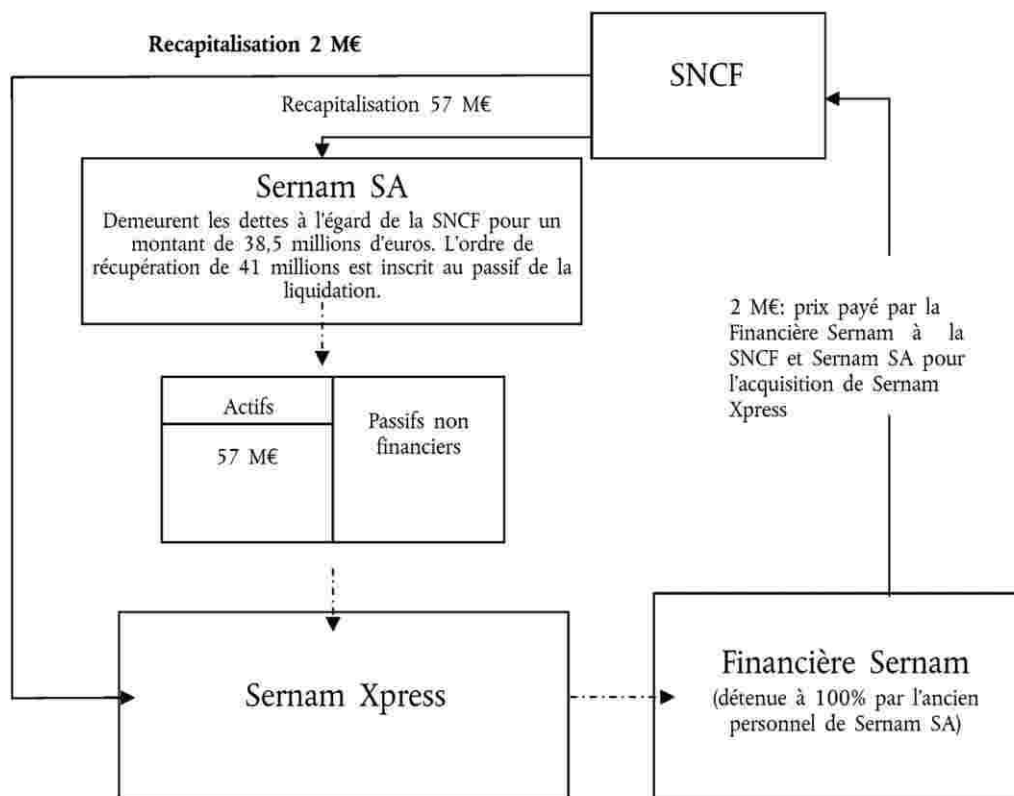
Artikel 4

All försäljning av delar av Sernam eller av företaget som helhet skall ske till marknadspris och genom ett öppet [och tydligt] förfarande i vilket alla konkurrenter har möjlighet att delta. Under dessa förhållanden är Sernam skyldigt att betala tillbaka stödet på 41 miljoner euro, under förutsättning att företaget fortsätter att existera.”

23. Vid genomförandet av Sernam 2-beslutet valde Republiken Frankrike det scenario som anges i artikel 3.2 i beslutet. Därvid har SNCF uppmanat den som kan vara intresserad att ge tillkänna sitt intresse för att ta över samtliga tillgångar i Sernam. Samtliga anbud som inkom hade negativt värde och inget bindande anbud kunde erhållas. Sernams ledningsgrupp lämnade ett anbud om förvärv via ett företag under bildande, som kom att bli Financière Sernam.²¹ Överföringen av verksamhet från Sernam till Financière Sernam genomfördes i fyra steg enligt nedan angivna bild:²²

²¹ Se skäl 31 i Sernam 3-beslutet.

²² I enlighet med skäl 35 i Sernam 3-beslutet.



24. SNCF gav, för det första, sitt helägda dotterbolag Sernam SA ett kapitaltillskott på 57 miljoner euro. Sernam SA överlät, för det andra, till sitt helägda dotterbolag Sernam Xpress samtliga poster på Sernams tillgångssida, innefattande det angivna kapitaltillskottet på 57 miljoner euro och på skuldsidan (med undantag för de så kallade finansiella skulderna) ett belopp av 38,5 miljoner euro. I gengäld fick Sernam SA en andel i Sernam Xpress med det nominella värdet 100 euro. Xpress genomförde därefter, för det tredje, en kapitalökning på 2 miljoner euro, som i sin helhet tecknades av SNCF. Efter denna transaktion ägde SNCF en majoritet av andelarna i Sernam Xpress. Sernam SA och SNCF avyttrade, för det fjärde, alla sina andelar i Sernam Xpress till Financière Sernam till ett pris av 2 miljoner euro, vilket motsvarade hela Sernam Xpress kapital. Sernam SA likviderades den 15 december 2005 och de 41 miljoner euro som skulle återkrävas av SNCF enligt Sernam 2-beslutet upptogs som skuld i denna likvidation.

25. Anbudet från Financière Sernam lämnades till SNCF den 30 juni 2005. Det accepterades i princip samma dag. Avtalet undertecknades den 21 juli 2005. Financière Sernam registrerades i handelsregistret den 14 oktober 2005. De transaktioner som beskrivits ovan genomfördes den 17 oktober 2005.²³

26. Kommissionen slog i Sernam 3-beslutet fast att det stöd som godkänts genom Sernam 2-beslutet missbrukats genom att de franska myndigheterna inte iakttagit de villkor som föreskrivits i artikel 3.2 i beslutet. Kommissionen bland annat att överföringen av verksamheten inte skett innan den 30 juni 2005, att överföringen av dessa tillgångar inte utgjort en försäljning eftersom värdet var negativt, att överföringen av verksamhet inte utgjort en försäljning av tillgångar utan en överföring av Sernam i dess helhet (tillgångar och skulder), att överföringen inte begränsades till de tillgångar som

²³ För en beskrivning av samtliga dessa transaktioner, se skäl 32 i Sernam 3-beslutet.

Sernam hade när Sernam 2-beslutet fattades utan ökat med 59 miljoner euro, att överföringen inte genomförts efter ett öppet och tydligt förfarande, och att syftet med en försäljning av tillgångar inte iakttagits.²⁴ Det missbruk som tillämpningen av stödet på 503 miljoner euro inneburit medförde att det var oförenligt med den inre marknaden och måste återkrävas.

27. När det gäller det stöd på 41 miljoner euro som Republiken Frankrike skulle återkräva från dess mottagare enligt vad som anges i Sernam 2-beslutet²⁵ har kommissionen anförts att detta upptagits som en skuld vid likvidationen av Sernam. Efter att ha konstaterat att det i Sernam 2-beslutet föreskrevs att detta stöd inte skulle återkrävas för det fall att Sernams ekonomiska verksamhet upphörde, efter det att tillgångarna sålts till marknadspris genom ett öppet och tydligt förfarande, analyserade kommissionen situationen i synnerhet utifrån domarna av den 29 april 2004 och den 8 maj 2003 i målen SMI²⁶ respektive Seleco.²⁷ Kommissionen ansåg att efter fusionen mellan Sernam Xpress och Financière Sernam hade skyldigheten att återkräva stödet överförts på sistnämnda bolag, eftersom det fortfarande drog nytta av det stöd på 41 miljoner euro som ursprungligen beviljats Sernam. Kommissionen tillämpade heller inte villkoret avseende en privat investerare.

28. Slutligen undersökte kommissionen de nya stöd som lämnats till Sernam Xpress enligt avtalet av den 21 juli 2005.²⁸ Dessa stöd hade lämnats i ett sammanhang där återkravsskyldighet förelåg. Kommissionen ansåg därför att principen om en privat investerare inte skulle tillämpas. Eftersom staten när ett stöd återkrävs handlar i enlighet med sina skyldigheter enligt unionsrätten.²⁹ Det stöd som undersöktes utgjordes av ett kapitaltillskott på 57 miljoner euro till Sernam från SNCF, ett kapitaltillskott på 2 miljoner euro till Sernam Xpress från SNCF, avstående från fordringar från SNCF till Sernam, garantier som lämnats av SNCF vid övergången av Sernams verksamhet till Financière Sernam³⁰ och det försäljningspris som betalats av Financière Sernam. Kommissionen slog fast att det förekommit nya stöd till förmån för Sernam Xpress/Financière Sernam som är oförenliga med den inre marknaden och ska återkrävas från Financière Sernam och dess dotterbolag som alltjämt är ekonomiskt verksamma och som åtnjutit stödet (vilken tidigare bedrevs av Sernam Xpress, fusionerat med Financière Sernam).

B. Prövning av överklagandet

1. Den första grunden, avseende felaktig rättstillämpning, otillräcklig motivering och missuppfattning av artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet

29. Den första grunden är uppdelad i tre delar. Den första rör syftet med försäljningen av tillgångarna som en enhet. Den andra rör att tribunalen har missuppfattat lydelsen av artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet när det gäller begreppet "försäljning". Den tredje rör felaktig rättstillämpning, en missuppfattning av artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet och bristfällig motivering när det gäller bedömningen att överlåtelsen av tillgångarna som en enhet enbart ska avse tillgångarna och inte innefatta några skulder. Den första och tredje delen av denna grund förefaller lämpligen kunna bedömas tillsammans.

24 Se skälen 88–131 i Sernam 3-beslutet.

25 Se skälen 132–151 i Sernam 3-beslutet.

26 Dom av den 29 april 2004, Tyskland/kommissionen, nedan kallad SMI-domen (C-277/00, EU:C:2004:238).

27 Dom av den 8 maj 2003, Italien och SIM 2 Multimedia/kommissionen, nedan kallad Seleco-domen (C-328/99 och C-399/00, EU:C:2003:252).

28 Se skälen 152–175 i Sernam 3-beslutet.

29 Se skäl 154 i Sernam 3-beslutet.

30 Dessa garantier beskrivs i detalj i skäl 163 i Sernam 3-beslutet.

a) Den första och den tredje delen av den första grunden

1) Den överklagade domen

30. Det framgår av den överklagade domen att tribunalen efter att ha återgett den rättspraxis enligt vilken en rättsakts beslutspunkter inte kan särskiljas från dess motivering, vilket innebär att beslutdelen vid behov ska tolkas med beaktande av de skäl som föranledde att beslutet antogs,³¹ kom fram till, utifrån lydelsen av artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet jämförd med skäl 217 i beslutet, att det "görs en tydlig åtskillnad mellan 'försäljning av Sernam i dess helhet (tillgångar och skulder)' och 'försäljning av Sernams tillgångar [som en enhet]'".³² Tribunalen slog fast att det var riktigt av kommissionen att anse att en försäljning av tillgångarna som en enhet, i den mening som avses i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet, endast ska avse tillgångar och inte skulder,³³ då en motsatt tolkning skulle innebära ett förbiseende av den skillnad som finns mellan de båda alternativa villkor som anges i artikel 3.1 och 3.2 i Sernam 2-beslutet.³⁴ Med en tolkning av villkoret om försäljning av tillgångarna som en enhet såsom innefattande skulder skulle det enligt tribunalen vara "ologiskt och inkonsekvent" att föreskriva dessa olika alternativa villkor.³⁵ Tribunalen har därefter påmint om de två alternativen i artikel 3 i Sernam 2-beslutet och slagit fast att de hade till "syfte att förhindra konkurrenssnedvridning till följd av [omstruktureringsstödet på 503 miljoner euro]".³⁶ Tribunalen bekräftade kommissionens påstående att syftet med en försäljning av tillgångarna som en enhet "var att avbryta Sernams ekonomiska verksamhet".³⁷ Tribunalen slog vidare fast att syftet med överlåtelsen av Sernam som en enhet var att hålla igång företaget och förbättra det, i motsats till syftet att "avbryta dess ekonomiska verksamhet, samt att frigöra marknadsandelar till förmån för köparen av dess tillgångar".³⁸

31. Tribunalen slog vidare fast att kommissionen i skälen 109 och 110 i Sernam 3-beslutet korrekt bedömt den transaktion som benämnts "delöverlåtelse av tillgångar" genom att konstatera att den inte kunde anses utgöra en "försäljning av tillgångar till en tredje man", eftersom den inte enbart avsåg tillgångarna utan även samtliga skulder³⁹ och att den skedde till ett helägt dotterbolag.⁴⁰

2) Sammanfattning av parternas argument

i) Den första grundens första del

32. SNCF har i sak gjort gällande att överlåtelsen av tillgångarna som en enhet som beslutades i juni 2005 till fullo har respekterat det ändamål som eftersträvats med artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet, jämförd med skäl 217 i samma beslut. Tribunalens resonemang är felaktigt av två huvudsakliga skäl. Det första är att i allmänhet leder en överlåtelse av tillgångarna till det oundvikliga resultatet att verksamheten drivs vidare, varvid tillförseln av passivsidan (det vill säga skulderna) inte medför någon effekt i detta avseende, eftersom de endast påverkar värdet på det överlåtna företaget. Tribunalen har inte exemplifierat på vilket sätt en överlåtelse av samtliga Sernams tillgångar som en enhet till en enda köpare som övertar den marknadsandel som övergivits av Sernam skulle kunna leda till ett upphörande av Sernams ekonomiska verksamhet. Klaganden har gjort gällande att den överklagade domen är bristfälligt motiverad i detta avseende. Det andra skälet rör att de skäl som tribunalen anför till stöd

31 Se punkt 87 i den överklagade domen och där angiven rättspraxis. Se även punkt 114 i domen.

32 Punkt 117 i den överklagade domen.

33 Se punkterna 118 och 124 i den överklagade domen.

34 Se punkt 119 i den överklagade domen.

35 Se punkt 119 i den överklagade domen.

36 Punkt 194 i den överklagade domen.

37 Punkt 195 i den överklagade domen.

38 Punkt 204 i den överklagade domen.

39 Med undantag för vissa skulder, se punkt 144 i den överklagade domen.

40 Se punkt 144 i den överklagade domen.

för slutsatsen att en överlåtelse av tillgångarna som en enhet syftade till att bringa Sernams ekonomiska verksamhet att upphöra, inte kan motivera en sådan slutsats. I skäl 217 i Sernam 2-beslutet anges endast att Sernam inte längre är verksamt i sin tidigare rättsliga form, och gjorde det möjligt för en förvärvare som var självständig i förhållande till SNCF att överta Sernams marknadsandel. Tribunalen har, genom att i punkterna 194 och 195 i den överklagade domen anföra att det syfte som eftersträvades var att Sernams ekonomiska verksamhet skulle upphöra, utgått från ett syfte som varken framgår av beslutspunkterna eller av skälen i Sernam 2-beslutet, vilket den på detta sätt följaktligen har missuppfattat. Tribunalens motivering är för övrigt motsägelsefull, då den själv i punkt 218 i den överklagade domen, erkänt att skäl 217 i Sernam 2-beslutet gav ”intrycket av att den ekonomiska verksamheten [i Sernam] fortsätter”. På samma sätt har SNCF gjort gällande att skäl 217 inte bör förstås som en fortsättning av verksamheten som förvärvaren bedriver efter integrering av Sernams tillgångar i sin egen marknadsstrategi och att detta är ett nödvändigt villkor för att anse att det stödmottagande företags marknadsandelar ska anses frisläppta. Skäl 217 i Sernam 2-beslutet utgör endast en redogörelse för frisläppandet av marknadsandelar från Sernam till förmån för den oberoende förvärvaren, det vill säga utan koppling till SNCF.

33. SNCF har i sin replik i sak lagt till att kommissionen inte har visat hur överlåtelsen av ett företags tillgångar som en enhet till en och samma förvärvare inte skulle i ekonomisk och juridisk mening också innebära en övergång av den ekonomiska verksamheten. Kommissionen har själv förklarat för tribunalen och domstolen att detta var just effekterna av sådana överlåtelser i målen SMI och CDA.⁴¹ Kommissionen har även, i sin svarsinlägga, förvanskat lydelsen av skäl 217 i Sernam 2-beslutet där det, enligt klaganden, inte hänvisas till Sernams konkurrenter. Enligt vad som angivits i Sernam 2-beslutet var kommissionens enda syfte att för framtiden bryta varje ekonomiskt band mellan SNCF och dess dotterbolag Sernam för att undvika att det lämnades ytterligare stöd till dotterbolaget. Det enda kravet var att Sernams förvärvare inte hade någon koppling till SNCF. Syftet med att sälja tillgångarna som en enhet var således inte att avbryta Sernams ekonomiska verksamhet. Klaganden har tillagt att det, tvärt emot vad kommissionen påstått, inte finns någon motsättning mellan försäljningen av Sernams tillgångar som en enhet, vilket med nödvändighet innebar att Sernams verksamhet skulle fortsätta, och argumentet att tribunalen gjort en felaktig rättstillämpning vid prövningen av villkoret om ekonomisk kontinuitet, såsom det utvecklats i domstolens praxis.

34. När det slutligen gäller priset krävde kommissionen ett marknadspris som kunde vara negativt. Om tillgångarna såldes som en enhet, innefattande en överlåtelse av en verksamhet som med nödvändighet gått med underskott och uppdragsavtal var det oundvikligt att värdet var negativt. Ett påstående om att priset skulle kunna vara positivt är endast ett obestyrkt antagande och oförenligt med omständigheterna, då samtliga anbud varit kraftigt negativa. SNCF har vidare gjort gällande att det inte funnits något utrymme för tillämpning av de principer som i rättspraxis angivits för tolkning eftersom bestämmelsen är helt tydlig. Det är inte möjligt att överlåta samtliga tillgångar i ett företag utan att samtidigt överlåta den ekonomiska verksamheten till köparen och det är inte möjligt att överlåta ett företags marknadsandelar till en köpare utan att överlåta verksamheten. Den tolkning som kommissionen gjort och som bekräftats av tribunalen leder således till en omöjlig situation.

35. Kommissionen har gjort gällande att talan inte ska bifallas på den första delen av den första grunden.

⁴¹ Dom av den 29 april 2004, Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238, punkterna 68–70) respektive dom av den 19 oktober 2005, CDA Datenträger Albrechts/kommissionen (T-324/00, EU:T:2005:364, punkt 73).

ii) Den första grundens tredje del

36. SNCF har gjort gällande att tribunalen, genom att enbart återge vad som angivits i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet och skäl 217 i detta beslut för att stödja sin tolkning att Sernam 2-beslutet hindrade en försäljning av hela Sernam till skillnad från en försäljning av enbart tillgångarna, gjort kategoriska påståenden, missuppfattat artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet och underlåtit att motivera sitt ställningstagande. Skäl 217 innehåller inget som leder till slutsatsen att en överlåtelse av tillgångarna som en enhet ska förstås som en överlåtelse av enbart tillgångarna. Tribunalen kan inte dra slutsatsen av de alternativa scenarion som anges i skäl 217 att artikel 3.2 inte skulle omfatta en överlåtelse av skulderna, i synnerhet eftersom ett tillägg av alla eller delar av skulderna, utifrån det eftersträlvade ändamålet att avbryta Sernams ekonomiska verksamhet, helt saknar betydelse. Varken kommissionen eller tribunalen har förklarat på vilket sätt en överlåtelse av alla tillgångar som en enda enhet till en enda förvärfvare som ska överta Sernams andel av marknaden kan leda till ett upphörande av den sistnämndas ekonomiska verksamhet.⁴²

37. Tribunalens resonemang i punkterna 118 och 119 i den överklagade domen är felaktigt eftersom det enligt Sernam 2-beslutet gällt olika villkor för de två alternativen. Även om det ändamål som eftersträvades med artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet var att avbryta Sernams ekonomiska verksamhet, var det endast nödvändigt att hänvisa till en metod för överlåtelse som gör det möjligt att uppnå detta ändamål (såsom överlåtelse av tillgångar separat eller i partier, vilket kommissionen tidigare gjort i andra ärenden).⁴³ Tribunalen har således i flera fall gjort en felaktig rättstillämpning, missuppfattat vad som föreskrivits i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet och åsidosatt sin motiveringsskyldighet.

38. Kommissionen har gjort gällande att talan inte ska bifallas på den tredje delen av den första grunden.

3) Bedömning

39. SNCF har inom ramen för den första och den tredje delen av den första grunden bestritt tribunalens tolkning av dels syftet med villkoret om försäljning av tillgångarna som en enhet i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet, dels begreppet "försäljning av tillgångarna som en enhet" i sig.

40. Till att börja med ska invändningen om att tribunalen felaktigt ska ha hänvisat till den klassiska rättspraxis avseende tolkningsmetoder som står unionsdomstolen till buds avfärdas, då tribunalen enbart har påmint om och tillämpat den rättspraxis som fastställer väl etablerade principer⁴⁴ som omger domarens ämbetsutövning vid tolkningen av en unionsrättslig bestämmelse. Jag vill tillägga att mot bakgrund av de skilda uppfattningar om tolkningen av artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet som uppstått mellan SNCF och kommissionen var det inte orimligt att unionsdomstolen gick till andra rättskällor än beslutdelen av detta beslut för att finna det som behövs för att klargöra den exakta omfattningen. Det var således korrekt av tribunalen att inte bara hänvisa till artikelns lydelse, utan även till det sammanhang i vilket den förekommer och de ändamål som eftersträvas med regleringen.⁴⁵

41. I artikel 3 i Sernam 2-beslutet uppställs två alternativ. Enligt artikel 3.1 i beslutet kunde omstruktureringsstödet till Sernam fortsatt anses förenligt med den inre marknaden på villkor att Sernam "endast utveckla[de] den del av sin verksamhet som [utgjordes] av järnvägstransporter enligt konceptet med snabbsystemtåg" och att SNCF samtidigt garanterade att "alla transportföretag som önskade utveckla godstransporterna på järnväg ... kommer att erbjudas samma villkor som Sernam".

⁴² Klaganden har anfört denna invändning i sin replik.

⁴³ SNCF hänvisar i detta avseende till exemplet med polska skeppsvarv.

⁴⁴ Se punkterna 87 och 114 i den överklagade domen.

⁴⁵ Se punkterna 86 och 101 i den överklagade domen.

Vidare skulle Sernam, under de två år som följde på delgivningen av Sernam 2-beslutet, "ersätta sina egna vägtransporttjänster och vägtransportresurser med motsvarande tjänster och resurser från ett eller flera företag som är juridiskt och ekonomiskt oberoende av SNCF och som valts ut på ett öppet, tydligt och icke-diskriminerande sätt". För det fall att det andra alternativet valdes – det som föreskrivs i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet – gäller inte längre dessa villkor. Däremot krävs det att Sernam före den 30 juni 2005 "säljer sina tillgångar [som en enhet] ... till ett företag som inte har någon juridisk koppling till SNCF, och försäljningen sker på ett öppet och tydligt sätt".

42. Att söka efter skälen till att kommissionen ställt upp dessa båda alternativ och, slutligen, syftet med en försäljning av tillgångarna som en enhet medför naturligen att det är nödvändigt att granska hela detta beslut, det vill säga även skälen för detta. Det framgår av dessa skäl att de villkor som angivits i artikel 3.1 i Sernam 2-beslutet avsetts utgöra "vederlag" som Sernam ska erlagga för att det fått ett stöd som missbrukats.⁴⁶ Det krävs således att företaget ska "definitivt dra sig tillbaka från de marknadssegment där det råder överkapacitet" för att undvika att "ett företag som normalt skulle ha tvingats upphöra med sin verksamhet på grund av ekonomiska problem, på konstgjord väg kan ta ytterst åtråvärda marknadsandelar från konkurrerande företag med sunda finanser".⁴⁷

43. Kommissionen har vidare beaktat de franska myndigheternas avsikt att sälja "Sernam i dess helhet (med både tillgångar och skulder)",⁴⁸ och den har varit noggrann med att uttryckligen motsätta sig alternativet med försäljning av Sernam som en enhet. Sålunda anges det i skäl 217 i Sernam 2-beslutet att "villkoren i beslutet (att andra företag övertar Sernams vägtransportverksamhet och att Sernams verksamhet breddas till järnvägstransporter) gäller även om Sernam säljs i sin helhet (med både tillgångar och skulder) såsom de franska myndigheterna planerar". Dessa båda villkor beträffande företagets omstrukturering "gäller emellertid inte om Sernam i stället säljer sina tillgångar [som en enhet]", enligt kommissionen, "eftersom Sernam då inte längre skulle vara verksamt i sin nuvarande juridiska form och skulle ha överlåtit sina marknadsandelar till den fristående köparen (som skulle kunna fortsätta sin verksamhet med Sernams tillgångar)".⁴⁹

44. Jag ska villigt tillstå att en tolkning utifrån enbart lydelsen av artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet tagen för sig kan ge intryck av att en försäljning av tillgångarna som en enhet inte nödvändigtvis uteslöt en samtida försäljning av skulderna. När man emellertid, utan större svårighet, godtar att tribunalen kan hänvisa till skälen i Sernam-beslutet för att klargöra innebörden av dess beslutspunkter, räcker skäl 217 för att bekräfta tribunalens slutsats att försäljningen av tillgångar som en enhet med nödvändighet utesluter skulderna, då kommissionen markerade en uppenbar kontrast mellan Sernam som en helhet (tillgångar och skulder), å ena sidan, och försäljningen av enbart tillgångarna, å den andra sidan. Klaganden anser att tribunalen gjort kategoriska påståenden och dömt utan verkliga bevis. Jag kan emellertid inte se på vilket sätt den kunde ha fått detta att framgå tydligare.

45. När det gäller vad som anförts om åsidosättande av motiveringsskyldigheten framgår det av domstolens fasta praxis att "det av motiveringen till en dom klart och tydligt ska framgå hur tribunalen har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för det fattade beslutet och så att domstolen ges möjlighet att utföra sin prövning".⁵⁰ Dessa villkor har till fullo uppfyllts i förevarande mål.

⁴⁶ Se skäl 208 i Sernam 2-beslutet.

⁴⁷ Se skälen 208 och 209 i Sernam 2-beslutet.

⁴⁸ Skäl 216 i Sernam 2-beslutet. Min kursivering.

⁴⁹ Min kursivering.

⁵⁰ Bland många rättsfall, se dom av den 20 januari 2011, General Química m.fl./kommissionen (C-90/09 P, EU:C:2011:21, punkt 59 och där angiven rättspraxis) samt dom av den 15 januari 2014, kommissionen/Portugal (C-292/11 P, EU:C:2014:3, punkt 72 och där angiven rättspraxis).

46. När det gäller det ändamål som eftersträvas är det, mot bakgrund av det sammanhang i vilket Sernam 2-beslutet har fattats, uppenbart att, såsom tribunalen anför, det varit för att förebygga snedvridningar av konkurrensen.⁵¹ De två alternativ som anges i artikel 3 i Sernam 2-beslutet har tydligt avsetts utgöra alternativ, vilket visar att kommissionen klart ansåg alternativen som likvärdiga när det gäller det eftersträvalde målet och deras effektivitet för att återupprätta en situation av fri konkurrens. Det ändamål som eftersträvas genom artikel 3.1 i Sernam 2-beslutet förklaras i skäl 200 och följande skäl i beslutet. Där anges i sak att Sernam åtnjtit stöd som inte lämnats med iakttagande av vad som angivits i den ursprungliga omstruktureringsplanen. För att motverka denna snedvridning av konkurrensen föreskrev kommissionen följaktligen ”vederlag”⁵² och krävde av Sernam att det skulle lämna de marknadssegment där det rådde överkapacitet, på de villkor som angivits i artikel 3.1 i Sernam 2-beslutet.⁵³ Det är helt följdenligt att det ändamål som eftersträvas med det andra alternativet är detsamma. Även i detta avseende är skäl 217 i beslutet en central omständighet för förståelsen av skälen till regleringen eftersom det där förklaras varför det ”vederlag” som utgår vid genomförande av det första alternativet inte längre utgår om det sker en försäljning av tillgångarna som en enhet. I det fallet anser kommissionen nämligen att ”Sernam då inte längre skulle vara verksam i sin nuvarande juridiska form och skulle ha överlåtits sina marknadsandelar till den fristående köparen (som skulle kunna fortsätta sin verksamhet med Sernams tillgångar)”.⁵⁴ Såsom tribunalen anför ingår detta skäl ”i samma del gällande åtgärder för att förhindra snedvridning av konkurrensen som de ovannämnda skälen 200 och 208–211”.⁵⁵ Det framgår för övrigt klart av lydelsen av detta skäl att, tvärt emot vad klaganden gjort gällande, kommissionen avsåg att ett övertagande av verksamheten av en oberoende förvärfvare, som återupptar den för egen räkning, innebär att Sernam faktiskt lämnar marknaden till förmån för förvärfvaren.

47. Om SNCF:s resonemang skulle godtas innebär det att artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet varken skulle kräva en överlåtelse av tillgångarna som en enhet, med uteslutande av skulderna, eller ett upphörande av Sernams ekonomiska verksamhet. Detta innebär att kommissionen skulle ha godtagit att Sernam kunde säljas i det närmaste i dess helhet och fortsätta sin ekonomiska verksamhet utan att vederlag skulle utgå (då det rörde sig om genomförandet av det andra alternativet) medan den klart krävde, vid en försäljning av Sernam i dess helhet, en rad åtgärder som syftade till att minska dess närvaro på marknaden. En sådan tolkning hänger inte ihop och skulle medföra att artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet helt saknade verkan. Visserligen medför, såsom SNCF gjort gällande, en överlåtelse av tillgångarna att ”verksamheten” fortgår i den meningen att den marknadsandel som Sernam haft övertas av ett annat företag. Sernam, utan sina tillgångar, kan emellertid uppenbarligen inte fortsätta att upprätthålla den ställning det haft på marknaden. Jag menar även, i likhet med, den part som intervenerat till stöd för kommissionen, att den tolkning som SNCF förespråkar är en underförstådd bekräftelse av att transaktionerna för övergång skulle ha lett till att Sernams verksamhet skulle upprätthållas utan genomförande av någon av de kompensationsåtgärder som krävdes för att motverka konkurrensrättsliga problem.

48. Sammanfattningsvis anges i artikel 3 dels alternativet att Sernam fortlever eller att det säljs som en enhet (tillgångar och skulder) och, därmed, att villkoren i artikel 3.1 ska iakttas, dels alternativet med försäljning av tillgångarna som en enhet, då dessa villkor inte längre gällde eftersom Sernam därmed lämnat sina marknadsandelar till förmån för förvärfvaren. En försäljning av tillgångarna som en enhet åtföljd av skulderna medför inte att Sernams verksamhet upphör. När den verksamheten fortsätter krävs kompensationsåtgärder. SNCF har sålt Sernams tillgångar som en enhet tillsammans med

51 Se punkt 194 i den överklagade domen.

52 Se ovan punkt 42 i detta förslag till avgörande.

53 Se skäl 215 i Sernam 2-beslutet.

54 Skäl 217 i Sernam 2-beslutet, slutet.

55 Skäl 193 i den överklagade domen.

”nästan alla sina skulder”⁵⁶ utan att erbjuda någon kompensationsåtgärd som kan kompensera för snedvridningarna av konkurrensen. Resultatet av transaktionerna är neutralt ur den synpunkten, även om det konceptuellt ligger närmare en försäljning av Sernam i dess helhet – vilket skulle vara förenat med strikta och klara villkor om att lämna vissa marknadssegment där det råder överkapacitet.

49. Tribunalen har således inte gjort någon felaktig rättstillämpning när den slog fast att ”[d]en omständigheten att det, vid en överlåtelse [av tillgångarna som en enhet], inte längre var nödvändigt att föreskriva en skyldighet att upphöra med vägtransporttjänster för vilka det rådde överkapacitet kan endast förklaras av att Sernam, för det fall dess tillgångar skulle säljas [som en enhet] till ett bolag som inte hade någon juridisk koppling till [SNCF], på ett öppet och tydligt sätt, skulle försvinna ekonomiskt från marknaden och, med detta, den snedvridning av konkurrensen som är knuten till beviljandet av stödet för Sernams omstrukturering. Följaktligen ska ’överlåtelsen av marknadsandelar till den fristående köparen’ såsom den nämns i skäl 217 i Sernam 2-beslutet, anses ha lett till att snedvridningen av konkurrensen, det vill säga Sernams subventionerade verksamhet, upphörde”.⁵⁷

50. Tribunalen har heller inte motsagt sig själv när den uttalat att det som angavs i skäl 217 i Sernam 2-beslutet kunde ”ge intrycket av att den ekonomiska verksamheten fortsätter” eftersom den genast preciserat att detta intryck inte var korrekt, då det rörde sig ”om en helt annan aktörs verksamhet än Sernams, det vill säga köparens, då denna har inkluderat Sernams tillgångar i sin egen kommersiella strategi. Annars kan parterna på mottagarens marknad inte betraktas som ’befriade’”.⁵⁸ Det finns således inte i den överklagade domen någon motsägelserfull motivering, i synnerhet med avseende på identiteten på förvärvaren av Sernams tillgångar.

51. Om det, vad gäller det som klaganden anfört om domarna i målen SMI och CDA, ändå skulle vara möjligt att ha synpunkter – vilket det inte är – på att tribunalen inte prövade lagenligheten av det angripna beslutet med avseende på uttalanden i domstolens praxis som enbart innebär ett återgivande av vad kommissionen anfört i dessa mål, grundas klagandens syn på dessa domar på en ofullständig genomgång av dem, då kommissionen i dessa utan undantag anfört att även om en försäljning av tillgångarna som en enhet till en och samma förvärvare kan göra det möjligt för förvärvaren att fortsätta den verksamhet som subventionerats – vilket kan leda till att snedvridningen av konkurrensen permanentas – har den, på samma gång, medgett att en särskild uppmärksamhet krävs och att risken för kringgående kan uteslutas om överlåtelsen ägt rum efter ett ovillkorligt och öppet förfarande inkluderande alla konkurrenter, vilket är just ett av de villkor som föreskrivs i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet.

52. Av samtliga de skäl som anförts föreslår jag att överklagandet inte ska bifallas på den första eller tredje delen av den första grunden.

b) Den första grundens andra del

1) Den överklagade domen

53. Tribunalen har i punkt 90 i den överklagade domen slagit fast att den tidpunkt vid vilken det ska bedömas huruvida överlåtelsen ägt rum med nödvändighet är tidpunkten för den faktiska överlåtelsen av tillgångarna, eftersom syftet med artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet, jämförd med skäl 217 i beslutet, var att tvinga Sernam att överföra alla sina tillgångar och frigöra sina marknadsandelar. Enligt tribunalen skulle en formalistisk tolkning av artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet fränta den dess verkningar och riskera att den faktiska överföringen av tillgångarna fördröjdes till en tidpunkt långt efter det att överlåtelsen i rättslig mening hade avslutats.

⁵⁶ Punkt 197 i den överklagade domen.

⁵⁷ Punkt 194 i den överklagade domen.

⁵⁸ Punkt 218 i den överklagade domen.

2) *Sammanfattning av parternas argument*

54. Enligt klaganden skedde överlåtelsen långt före den 30 juni 2005. Tidsvillkoret i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet var således uppfyllt. Beslutet hänvisar inte till någon faktisk övergång av tillgångarna den 30 juni 2005, utan anger endast att försäljningen ska ske senast detta datum. Enligt fransk rätt, i synnerhet artikel 1583 i code civil (civillagen), kännetecknas en försäljning av slutande av avtalet om saken och det pris som ska betalas, även om saken ännu varken levererats eller betalats. Genom att i punkt 90 i den överklagade domen slå fast att den tidpunkt som ska beaktas vid bedömningen av huruvida överlåtelsen skett senast den 30 juni 2005 var tidpunkten för överföringen av tillgångar, har tribunalen i väsentlig mån fyllt ut lydelsen av artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet och missförstått begreppet ”säljer” i denna artikel.

55. Kommissionen har anfört att överklagandet inte ska bifallas på denna grund.

3) *Bedömning*

56. Bland de villkor som fastställts för att stödet på 503 miljoner euro för omstrukturering av Sernam skulle fortsätta att anses förenligt fanns ett tidsmässigt villkor, varvid det i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet i detta avseende anges att om Sernams tillgångar säljs som en enhet ska detta ske senast den 30 juni 2005.

57. Även om tribunalens bedömning av vid vilken tidpunkt försäljningen skedde inte bara är en fråga om en bedömning av omständigheterna har klaganden inte visat att tribunalen gjort någon felaktig bedömning. Det finns visserligen, när det gäller åtgärder för att kompensera för statligt stöd, inte skäl att fastställa en unionsrättslig definition av vad som avses med ”säljer”, utan detta får med nödvändighet ske utifrån nationell rätt.⁵⁹ Kommissionen och unionsdomstolen kan emellertid kräva att detta villkor inte tolkas så att det hotar unionsrättens effektiva verkan. Det är just den risken som identifierats av tribunalen, när den i punkt 90 i den överklagade domen slagit fast att den tolkning som föreslagits av SNCF skulle ”frånta [försäljningen] dess verkningar och eventuellt medföra en fördröjning av den faktiska överföringen av tillgångarna till en tidpunkt långt efter det att ’överlåtelsen’ i rättslig mening hade avslutats”. Det framgår vidare av handlingarna i målet att den 30 juni 2005 hade anbudet från Sernams ledningsgrupp lämnats till SNCF och endast ”[godkänts] i princip av SNCF:s styrelse samma dag”.⁶⁰ Eftersom det alternativ som anges i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet utgör ett alternativ till det som avses i artikel 3.1 i samma beslut och villkoren för det första alternativet inte längre gäller om det andra alternativet tillämpas är det slutligen följdenligt och utan att på ett felaktigt sätt fylla ut lydelsen av artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet, vilket SNCF gjort gällande, av tribunalen att tolka tidsvillkoret på så sätt att det avser att den faktiska överföringen av tillgångarna skulle ske senast den 30 juni 2005. Av de skäl som anförts ovan ska överklagandet inte bifallas på den andra delen av den första grunden.

⁵⁹ Vilket tribunalen för övrigt konstaterat i punkt 102 i den överklagade domen.

⁶⁰ Skäl 32 i Sernam 3-beslutet.

2. Den andra grunden, avseende en felaktig rättstillämpning genom tribunalens felaktiga konstaterande att det anbud som lämnats av ledningsgruppen inte var resultatet av ett öppet förfarande

a) Den överklagade domen

58. Tribunalen har i punkterna 163, 164 och 174 i den överklagade domen i sak, för att avfärda invändningen om att Sernams ledningsgrupp ursprungligen deltagit i anbudsförfarandet och att det anbud som lämnats av den gruppen utgjorde resultatet av ett öppet och tydligt förfarande, att det enbart var det konsortium som anbudsgivare nr 5 och ledningsgruppen bildat som ursprungligen deltog i anbudsförfarandet och lämnade in ett preliminärt anbud, och inte ledningsgruppens medlemmar individuellt. Det var vidare det anbud som lämnats av detta konsortium som valts ut efter den andra omgången av anbudsförfarandet. Tribunalen avfärdade således vad klaganden anfört för att visa att ledningsgruppen deltagit sedan förfarandet inleddes, eftersom den inte deltog självständigt och inte var ensam anbudsgivare. Tribunalen slog fast att anbudet således inte kunde anses följa av ett öppet och tydligt förfarande.

b) Sammanfattning av parternas argument

59. SNCF har anfört att tribunalen gjort en felaktig rättstillämpning genom att dess felaktiga konstaterande att medlemmarna i Sernams ledningsgrupp inte själva deltagit i förfarandet från det att det inleddes, lett till slutsatsen att det förfarande som genomförts inte varit öppet och tydligt, såsom krävs enligt artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet. Det framgår nämligen varken av den artikeln eller Sernam 2-beslutet eller unionsrätten att den kandidat som slutligen väljs ska ha deltagit självständigt och oberoende av andra sedan urvalsförfarandet inleddes. SNCF har, efter att ha påmint om de villkor på vilka förfarandet genomförts efter den andra urvalsomgången, gjort gällande att det framgår av såväl kommissionens beslutspraxis som av rättspraxis att villkoret om anbudsförfarandens öppenhet och tydlighet är uppfyllt när samtliga berörda parter haft möjlighet att inge ett anbud och har haft samma tillgång till upplysningar och omfattats av samma frister.⁶¹ Även om de principer som gäller för offentlig upphandling, i synnerhet de som anges i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner⁶² och i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG,⁶³ skulle vara analogt tillämpliga på förfaranden för överlåtelse av tillgångar, är det enligt unionsrätten tillåtet att tilldela en sådan upphandling till en ekonomisk aktör utan föregående offentliggörande och anbudsförfarande efter det att förfarandet misslyckats, även om en sådan aktör inte deltagit i det första förfarandet och utan att det bryter mot principerna om öppenhet och tydlighet. Dessa principer ska för övrigt anses ha iakttagits när tillgångarna överlåtits till den siste intresserade parten som varit ensam om att lämna ett bindande anbud och har deltagit i hela förfarandet, men under dess första del såsom ingående i ett konsortium där den andre deltagaren avstått från att gå vidare under förfarandet.

60. Kommissionen har anfört att överklagandet i denna del ska avvisas eller, i andra hand, att det inte ska bifallas på den andra grunden.

61 SNCF har i detta avseende hänvisat till beslut av den 3 juli 2001 om det statliga stöd som Spanien har beviljat och avser att bevilja för omstruktureringen av Babcock Wilcox España SA (EGT L 67, 2002, s. 50), beslut av den 27 februari 2008 om statligt stöd som Rumänien har beviljat företaget Automobile Craiova (EUT L 239, s. 12), punkt 95 i SMI-domen, och punkt 110 i CDA-domen.

62 EUT L 94, 2014, s. 1.

63 EUT L 94, 2014, s. 65.

c) *Bedömning*

61. Klaganden har inom ramen för den andra grunden vänt sig mot en del av den bedömning som lett tribunalen till slutsatsen att försäljningen av Sernams tillgångar som en enhet inte skett efter ett öppet och tydligt förfarande, såsom kommissionen krävt. Vid prövningen av den femte delen av den fjärde grunden för talan om ogiltigförklaring har nämligen tribunalen prövat fyra anmärkningar. Den första anmärkningen var att anbudet från Sernams ledningsgrupp följt på ett öppet och tydligt förfarande, eftersom den gruppen deltagit från början av anbudsförfarandet inom ramen för det konsortium som bildats med kandidat nr 5 och lämnat det enda anbudet efter det att dess partner inte kunnat lämna något bindande anbud inom den tidsfrist som kommissionen fastställt. Inom ramen för denna anmärkning har två argument anförts. SNCF har emellertid bestritt det andra argumentet separat.⁶⁴

62. Förevarande grund riktar sig mot punkterna 163 och 164 i den överklagade domen, i vilka det endast konstateras att det var det konsortium som bildats av kandidat nr 5 och ledningsgruppen som ursprungligen deltagit i anbudsförfarandet och att det var innehållet i projektet från detta konsortium som ursprungligen valdes. Tribunalen har därvid endast, i punkt 164 i den överklagade domen, återgivit ett svar från de franska myndigheterna till kommissionen den 6 januari 2012. Det rör sig således väsentligen om en bedömning av omständigheterna, vilket även framgår av punkterna 16 och följande i SNCF:s ansökan till tribunalen. Det framgår i alla händelser av överklagandet att SNCF inom ramen för den andra grunden gjort gällande att tribunalen gjort en felaktig rättstillämpning och inte missuppfattat omständigheterna. Det finns skäl att inte ta upp denna grund till sakprövning, då ett överklagande traditionellt är begränsat till rättsfrågor, utom när omständigheter eller bevis missuppfattats, vilket inte påstås. Samma sak gäller vad som inom ramen för förevarande grund anförts mot tribunalens slutsats i punkt 174 i den överklagade domen, genom vilken tribunalen har avfärdat klagandens argument att ledningsgruppen deltagit i anbudsförfarandet från början eftersom den varken deltagit självständigt eller lämnat det första anbudet ensam.

63. Tribunalen har emellertid därefter gjort en rättslig bedömning av de omständigheter som den konstaterat föreligga, det vill säga att Sernams ledningsgrupp inte deltagit självständigt från förfarandets början, så att ledningsgruppens anbud inte grundat sig på ett öppet och tydligt förfarande i den mening som avses i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet. Denna bedömning omfattas av domstolens prövningsrätt inom ramen för ett överklagande.⁶⁵

64. De former som ska iakttas för förfarandet för överföring av tillgångarna som en enhet är inte, såsom SNCF framhållit, angivna i unionsrätten. Emellertid föreskrivs i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet en uttrycklig begränsning, nämligen att förfarandet ska vara öppet och tydligt.

65. Utan att pröva om de unionsrättsliga principerna för offentlig upphandling är tillämpliga vid genomförandet av artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet – vilket framstår som än onödigare eftersom 1) det inte finns något som tyder på att detta utgjort en utgångspunkt för tribunalens bedömning 2) SNCF inte förefaller ha åberopat direktiven 2014/23 och 2014/24 tidigare och 3) SNCF inte formellt har gjort gällande detta – ska vad klaganden anført, vilken åberopat domen SMI,⁶⁶ besvaras på så sätt att även om domstolen i det fallet slagit fast att när en försäljning av tillgångarna som en enhet inte kunnat ske genast utan först efter ett flertal försök med ett annat bolag, utgör det ”indicier som visar att förfarandet var tillräckligt öppet för insyn”,⁶⁷ gjordes detta konstaterande i ett sammanhang rörande en försäljning som skedde under domstols kontroll, vilket är en omständighet som SNCF underlåtit att nämna.

64 SNCF har nämligen, inom ramen för den tredje grunden för överklagandet, bestritt tribunalens konstaterande att det bindande anbud som Sernams ledningsgrupp lämnat stod mycket långt ifrån det anbud som lämnats i den andra omgången av det konsortium som bildats med kandidat nr 5 och var betydligt mindre förmånligt för säljaren.

65 Se, bland annat, dom av den 10 maj 2007, SGL Carbon/kommissionen (C-328/05 P, EU:C:2007:277, punkt 41 och där angiven rättspraxis).

66 Dom av den 29 april 2004, Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238).

67 Dom av den 29 april 2004, Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238, punkt 95).

66. När det gäller anbudsförfarandet har SNCF hänvisat till kommissionens beslutspraxis och understrukit att det i den fästs vikt vid den omständigheten att "alla företag som kunde ha varit intresserade av att köpa [företaget] hade möjlighet att inkomma med ett anbud, dels att företaget såldes till det företag som lagt högst bud"⁶⁸ och vid likvärdig tillgång till information.⁶⁹ Inom ramen för statligt stöd kräver emellertid kommissionen att det anordnas ett öppet och tydligt förfarande. Detta krav skulle förlora sitt syfte om det skulle anses vara uppfyllt enbart av det skälet att det genomförts på grundval av öppna och tillgängliga uppgifter som säkerställer en likvärdig information till alla berörda. Ett öppet och tydligt förfarande ska råda under hela förfarandet och kan inte, som klaganden gjort gällande, bestå i att tillfälle ges att lägga fram ett anbud utifrån likvärdig information och likvärdiga frister.⁷⁰

67. Det råder i förevarande mål inga tvivel om att den kandidat till vilken Sernams tillgångar⁷¹ överlåtits inte ursprungligen deltog i förfarandet. Då det inte föreligger identitet mellan de kandidater som ursprungligen deltagit och de vars anbud slutligen antagits, var det korrekt av kommissionen, och därefter av tribunalen, att slå fast att det förfarande som genomförts inte varit tydligt genom att det lett till en överenskommelse med en kandidat som inte ursprungligen deltagit i anbudsförfarandet, vilket kunnat leda till en försämrad konkurrenssituation i förhållande till andra deltagare⁷² och att detta byte av deltagare gjorde förfarandet ogiltigt.

68. Av de skäl som anförts ovan ska delar av den andra grunden inte upptas till sakprövning och i övriga delar inte leda till att överklagandet bifalls.

3. Den tredje grunden, avseende missuppfattning av omständigheterna och felaktig rättstillämpning genom att tribunalen slagit fast att anbudet från Sernams ledningsgrupp varit betydligt mindre förmånligt än det anbud som tidigare lämnats

a) Den överklagade domen

69. Det framgår av punkterna 165 och 166 i den överklagade domen att tribunalen, för att avfärda invändningen att det anbud som lämnats av ledningsgruppen följde på ett öppet och tydligt förfarande eftersom den gruppen, som deltagit i förfarandet från början, lämnat ett enda anbud, ursprungligen tillsammans med kandidat nr 5, med vilken gruppen bildat ett konsortium, anført att ledningsgruppens bindande anbud låg mycket långt från det anbud som konsortiet, lett av kandidat nr 5, lämnat i andra omgången och var betydligt mindre förmånligt för säljaren. Tribunalen har därvid hänvisat till ett flertal omständigheter i den skriftväxling som skett mellan kommissionen och Republiken Frankrike år 2005 och år 2012. Den ansåg att skillnaden mellan de två anbuden ska bedömas på grundval av beräknade behov av kapitaltillskott till målbolaget av klaganden, som uppskattats till ett betydligt högre belopp i Sernams ledningsgrupps slutliga anbud jämfört med det anbud som lämnats av det konsortium som letts av kandidat nr 5. Det negativa anbudet från konsortiet i andra omgången uppgick således, enligt tribunalen, på motsvarande sätt till -56,4 miljoner euro medan ledningsgruppens anbud uppgick till -95,5 miljoner euro.⁷³ Den avfärdade även

68 SNCF hänvisar till punkt 102 i beslut av den 3 juli 2001 om det statliga stöd som Spanien har beviljat och avser att bevilja för omstruktureringen av Babcock Wilcox España SA.

69 SNCF hänvisar till punkterna 67–71 i beslut av den 27 februari 2008 om statligt stöd C 46/07 (ex NN 59/07) som Rumänien har beviljat företaget Automobile Craiova.

70 I alla händelser kan det, vid ett godtagande under förfarandet av en kandidat som inte självständigt deltagit under hela förfarandet, ifrågasättas om villkoret avseende likvärdiga frister säkerställts samtliga deltagare i förfarandet.

71 Och huvuddelen av skulderna, se särskilt punkt 48 i detta förslag till avgörande.

72 När det gäller frågan huruvida unionsrätten hindrar att en domstol eller myndighet kan lämna tillstånd till en ekonomisk aktör, som ingår i en grupp av två företag som valts ut att lämna anbud och som lämnat det första utkastet till ett anbud i ett förhandlat förfarande för offentlig upphandling, att fortsätta att delta i förfarandet i eget namn efter det att gruppen upplösts, menar jag att dom av den 24 maj 2016, MT Højgaard och Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), kan ge en viss inspiration, trots stora skillnader vad gäller tillämplig lagstiftning i de mål som domstolen haft att pröva.

73 Se punkt 167 i den överklagade domen.

argumentet att när kandidat nr 5 dragit sig ur förfarandet förs diskussionerna logiskt sett med "den sista berörda personen" och slagit fast att det var kandidat nr 4, som deltagit i förfarandet från början och lämnat ett preliminärt anbud i andra omgången på - 62,5 miljoner, som SNCF skulle ha vunnit över.⁷⁴ Den omständigheten att den kandidaten inte lämnat något bindande anbud saknade enligt tribunalen betydelse eftersom den fråga som ska prövas enbart är huruvida anbudet från Sernams ledningsgrupp lämnats inom ramen för anbuds förfarandet.⁷⁵

b) Sammanfattning av parternas argument

70. Klaganden har gjort gällande att anbudet från Sernams ledningsgrupp inte kan anses följa på ett förfarande som saknar öppenhet och tydlighet av det skälet att det var betydligt mindre förmånligt för säljaren än de preliminära anbud som lämnats av andra kandidater under den andra omgången. Tribunalen har således gjort en felaktig rättstillämpning och missuppfattat omständigheterna genom att slå fast motsatsen. SNCF har anfört att det preliminära anbud som lämnades av konsortiet grundade sig på en likviditetsnivå som skiljde sig från den på vilken kandidat nr 4 grundat sitt preliminära anbud i den andra omgången. SNCF har således bestritt tribunalens bedömning av behovet av kapitaltillskott som kandidat nr 4 gjort. Med anledning av den kraftiga försämringen av Sernams likviditet mellan den 31 december 2004 och den 30 juni 2005, har kandidat nr 4 kraftigt omvärderat Sernams behov av kapitaltillskott till en betydligt högre nivå. Även om det bindande anbud som lämnats av Sernams ledningsgrupp kunde jämföras med konsortiets icke bindande anbud från den andra omgången har tribunalen således gjort en allvarlig felbedömning.

71. Kommissionen har gjort gällande att den tredje grunden är verkningslös och, alternativt, att talan inte ska bifallas på denna grund.

c) Bedömning

72. Klagandens avsikt med den tredje grunden är att visa att tribunalen felaktigt bedömt att det bindande anbud som lämnats av Sernams ledningsgrupp var betydligt mindre förmånligt än det som lämnats av konsortiet med kandidat nr 5 innan den kandidaten drog sig ur förfarandet, och det som lämnats av kandidat nr 4 under den andra preliminära omgången. Det rör sig på nytt om en bedömning av huruvida försäljningen av Sernams tillgångar skett efter ett öppet och tydligt förfarande. Då det emellertid en gång konstaterats inom ramen för min bedömning av den andra grunden att eftersom Sernams ledningsgrupp inte självständigt har deltagit i det ursprungliga urvalsförfarandet och att det slutliga valet av dess anbud därmed inte följde på ett öppet och tydligt förfarande, tvärtemot vad som föreskrivs i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet, kan det konstateras att oavsett om domstolen skulle komma fram till att tribunalen gjort en felaktig rättstillämpning eller missuppfattat omständigheterna – vilket den inte gjorde – när den slog fast att anbudet från Sernams ledningsgrupp var mindre förmånligt, kan detta inte påverka den slutsats som tribunalen kommit fram till och som jag just påmint om. Jag delar således kommissionens uppfattning att den tredje grunden är verkningslös.⁷⁶

73. För fullständighetens skull ska jag tillägga, även det i enighet med kommissionen, att tribunalen i punkterna 166 och 168 i den överklagade domen har konstaterat att det anbud som lämnats i den andra omgången tillsammans med kandidat nr 5 innehöll tillskott med "ett betydande belopp" till Sernams kapital, medan anbudet från Sernams ledningsgrupp endast innehöll ett mindre

⁷⁴ Se punkt 170 i den överklagade domen.

⁷⁵ Se punkt 173 i den överklagade domen.

⁷⁶ Vilket klaganden för övrigt inte förefaller bestrida, då klaganden inte i sin replik reagerat på den inställning som kommissionen gett uttryck för.

kapitaltillskott. Denna del av domen omfattas inte av överklagandet. Skillnaden mellan anbuderna framgår således klart, vilket medför att varje påstående om felaktig rättstillämpning eller missuppfattning av omständigheterna som rör bedömningen av behoven av kapitaltillskott i anbuderna är verkningslöst.

74. Även om det, slutligen, skulle omfattas av domstolens prövning inom ramen för ett överklagande kan tribunalen inte lastas för att inte ha tagit hänsyn till att de olika anbuderna grundade sig på olika nivåer i Sernams likviditet, eftersom SNCF inte har fört fram detta argument vid tribunalen. Tribunalen kan inte ha missuppfattat omständigheter som inte förts fram där. När det gäller tribunalens jämförelse mellan ledningsgruppens bindande anbud och det icke bindande anbudet från konsortiet i den andra omgången, har klaganden inte anfört något argument på denna punkt och förefaller tvärtom erkänna att en sådan jämförelse låter sig göras.⁷⁷

75. Mot denna bakgrund ska talan inte bifallas på den tredje grunden.

4. Den fjärde grunden, avseende en felaktig rättstillämpning och motstridiga skäl avseende tribunalens bedömning att kommissionen inte har förväxlat föremålet för överlåtelsen med försäljningspriset för Sernams tillgångar

a) Den överklagade domen

76. Tribunalen har, i punkt 153 i den överklagade domen, där den prövade den fjärde grunden⁷⁸ avseende en felaktig rättstillämpning av kommissionen genom att, i skäl 117 i Sernam 3-beslutet, slå fast att överföringen inte var begränsad till att avse tillgångarna i Sernam eftersom den hade ökat med 57 miljoner euro netto, bekräftat att kommissionen inte förväxlat föremålet för överlåtelsen med överlåtelsepriset, eftersom beloppet tillkom, genom efter varandra följande kapitaltillskott från Sernam och därefter Sernam Xpress, nämligen till Sernams, och därefter Sernam Xpress, tillgångar. Den slog vidare, i följande punkt, fast att kommissionen inte kan klandras för att inte i sitt beslut ha preciserat att den inte önskade ett negativt pris, eftersom ett negativt pris var resultatet av att förpliktelsen att enbart sälja tillgångarna inte respekterats, vilket för övrigt framgår av de värderingar ”cash free, debt free” som använts av kandidaterna under den första omgången av anbudsförfarandet, vilka alla ledde till förslag med positiva priser.⁷⁹ Tribunalen har därav dragit slutsatsen att dessa positiva värderingar visar att om SNCF hade nöjt sig med att enbart sälja tillgångarna, med uteslutande av skulderna, hade försäljningspriset varit positivt eller neutralt men inte negativt.⁸⁰

b) Sammanfattning av parternas argument

77. Kommissionen har, genom att i skäl 117 i Sernam 3-beslutet slå fast att 57 miljoner euro netto tillfördes tillgångarna genom kapitaltillskotten till Sernam SA och Sernam Xpress och att ett sådant tillskott inte var tillåtet enligt artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet, enligt SNCF förväxlat föremålet för överlåtelsen (tillgångarna som en enhet) med överlåtelsepriset (negativt) som betalats för förvärvet. Från denna utgångspunkt har klaganden anfört att tribunalen, i punkt 153 i den överklagade domen,

⁷⁷ Se punkt 86 i överklagandet, där klaganden endast använt uttrycket ”även om”.

⁷⁸ Avseende att kommissionen gjort en rättslig felbedömning när den ansett att överlåtelsen av tillgångarna som en enhet inte respekterat villkoren i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet.

⁷⁹ Se punkterna 155–157 i den överklagade domen.

⁸⁰ Se punkt 158 i den överklagade domen.

utan närmare bevis och med hjälp av kategoriska påståenden, konstaterat att kommissionen inte gjort någon förväxling av det slag som SNCF påstått. SNCF har vidare gjort gällande att denna slutsats innebar en felaktig rättstillämpning och att punkt 153 i domen är oförenlig med tribunalens bedömning inom ramen för den andra delen av den fjärde grunden.⁸¹

78. SNCF har bestritt att försäljningen av tillgångarna ökats med 57 miljoner euro netto och förklarat att kapitaltillskott uppgående till detta belopp⁸² inte utgjorde ett tillskott till tillgångarna utan det negativa pris som betalades för förvärvet av Sernams tillgångar som en enhet. Även om tribunalen, i punkterna 103 och 107 i den överklagade domen, erkänt att rättsreglerna om statligt stöd inte skiljer mellan de rättsliga former som transaktioner kan ha utan hänför sig till deras ekonomiska realitet, och att det kan vara möjligt att godta en försäljning till ett negativt pris som gör det möjligt för förvärvaren att lämna ett kapitaltillskott, har den vägrat att anse att Sernams kapitaltillskott omfattas av det negativa pris som betalats för överlåtelsen av tillgångarna som en enhet, på grundval av en bedömning som enbart grundas på den rättsliga formen av detta tillskott.

79. Tribunalens resonemang innehåller även en annan felaktig rättstillämpning. Medan tribunalen hävdar att det negativa priset berott på att skyldigheten att endast sälja Sernams tillgångar, med uteslutande av skulderna, inte har respekterats, har SNCF gjort gällande att eftersom försäljningen av Sernams tillgångar som en enhet innebar att Sernams verksamhet skulle fortsätta, innebar förekomsten av "badwill",⁸³ avseende det strukturella underskott som överlätits och den automatiska övergången av anställningsavtal som föreskrivs i fransk rätt ett med nödvändighet negativt värde på verksamheten. Det negativa priset är således inte något som beror på tillskott av vissa tillgångar utan helt enkelt något som följer av själva lydelsen av artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet, som genom att kräva att tillgångarna säljs som en enhet föreskriver en överlåtelse av en verksamhet med ett strukturellt underskott genom att den innefattar de driftskostnader som hör samman med bibehållandet av anställningsavtalen med personalen.

80. SNCF har i sin replik tillagt att det utgör ett obekräftat antagande att försäljningen hade kunnat ske till ett positivt pris och innebär en missuppfattning av omständigheterna, då alla andra bud som lagts fram varit kraftigt negativa.

81. Kommissionen har anfört att överklagandet i denna del ska avvisas eller, i andra hand, att det inte ska bifallas på den fjärde grunden.

c) Bedömning

82. SNCF har gjort gällande att kapitaltillskottet är en av de omständigheter som lett till ett negativt pris för försäljningen av Sernams tillgångar som en enhet. Det ska inledningsvis påpekas att kapitaltillskottet, i egenskap av tillskott till tillgångarna i Sernam från SNCF inte har bestritts såsom faktisk omständighet.⁸⁴ Tribunalen har i punkt 153 i den överklagade domen anfört att "[b]eloppet på 57 miljoner euro netto tillkom, genom efter varandra följande kapitaltillskott från Sernam och därefter Sernam Xpress, nämligen till Sernams, och därefter Sernam Xpress, tillgångar". Det rör sig där om ett konstaterande av fakta, som parterna inte bestritt. Det är därmed svårt att klandra tribunalen för någon form av bristfällig motivering. Tribunalen har för övrigt slutit sig till att det inte skett någon förväxling mellan överlåtelsens föremål och dess pris utifrån lydelsen av skäl 117 i Sernam 3-beslutet, som det hänvisas till i föregående punkt i den överklagade domen.

81 Avseende kommissionens felaktiga rättstillämpning genom att den, i skäl 99–102 i Sernam 3-beslutet, slagit fast att överlåtelsen av Sernams tillgångar som en enhet till ett negativt pris inte utgjorde en försäljning.

82 Närmare bestämt ett kapitaltillskott på 59 miljoner euro, av vilka 2 miljoner dragits av och betalats av Financière Sernam för förvärvet av Sernams tillgångar som en enhet, se punkt 93 i överklagandet.

83 Det vill säga den skillnad som kan föreligga mellan förvärvspriset som betalats i pengar eller genom rättigheter och värdet av tillgångar och skulder, tagna för sig (se punkt 223 i den överklagade domen).

84 Se punkt 93 i överklagandet.

83. Det förefaller heller inte vara motstridigt att slå fast dels att unionsrätten inte hindrar en försäljning till ett negativt pris, såsom tribunalen gjort i punkt 107 i den överklagade domen, dels att ett kapitaltillskott under sådana förhållanden som beskrivits i punkt 153 inte är förenligt med artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet. Det rör sig om två helt olika frågor. Det första påståendet har formulerats inom ramen för bedömningen av villkoret ”säljer” i den artikeln, där kommissionen bestritt att en försäljning kan ske till ett negativt pris. Detta måste skiljas från frågan huruvida ett tillskott till tillgångarna godkänns av kommissionen i Sernam 2-beslutet. Med andra ord har tribunalen vid tolkningen av uttrycket ”säljer sina tillgångar [som en enhet]” först grundat sig på begreppet ”säljer”, medan de delar av domen som prövats inom ramen för den första grunden rört begreppet ”tillgångar [som en enhet]”. Det framgår av rubriken till den fjärde delen av den fjärde grunden i målet vid tribunalen att den prövade frågan huruvida kommissionen hade grund för att, i skäl 117 i Sernam 3-beslutet, slå fast att överföringen av Sernams tillgångar på ett otillåtet sätt hade ökats med 57 miljoner euro. I skäl 117 angavs, efter det att omständigheterna återgivits, att ”[e]tt sådant tillskott till tillgångarna [var] inte tillåtet enligt artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet”.

84. Tribunalens bedömning i punkt 154 i den överklagade domen att det negativa priset är en konsekvens av att skulderna lagts till vid försäljningen av Sernams tillgångar innefattar i sig en bedömning av omständigheterna beträffande vilken klaganden inom ramen för denna grund inte påstått att det har skett någon missuppfattning av omständigheterna. Även om SNCF, för övrigt, allmänt bestrider att en försäljning av tillgångarna som en enhet måste ske med uteslutande av skulderna bestrider SNCF däremot inte att försäljningen av Sernam innefattat huvuddelen av dess skulder. Såsom tidigare anförts skulle en sådan försäljning som föreskrevs i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet faktiskt enbart omfatta tillgångarna med uteslutande av Sernams skulder. Det är tillräckligt att konstatera att skulderna ingått i försäljningen för att fastställa att villkoren i denna artikel inte är uppfyllda. I alla händelser påminner jag om att SNCF vid tribunalens förhandling erkänt att ”en tillgång när den överläts separat per definition har ett värde som kan vara positivt eller neutralt, men som inte kan vara negativt”.⁸⁵ Det är svårt att se hur klaganden, inom ramen för ett överklagande, kan ifrågasätta ett påstående som enbart är en följd av klagandens eget ställningstagande.

85. Av de skäl som anförts ovan ska talan inte bifallas på den fjärde grunden.

5. Den femte grunden, avseende en felaktig rättstillämpning och en missuppfattning av beslutspunkterna i Sernam 2-beslutet genom att tribunalen slagit fast att upptagandet av beloppet som skulle återkrävas på 41 miljoner euro som skuld i Sernams likvidation inte var förenligt med artikel 4 i Sernam 2-beslutet

a) Den överklagade domen

86. Tribunalen har i punkt 237 och följande punkter i den överklagade domen prövat anmärkningen avseende att inget av kriterierna för bedömningen av huruvida det föreligger en ekonomisk kontinuitet mellan Sernam och Sernam Xpress var uppfyllda i förevarande fall. Efter att ha hänvisat till skäl 144 i Sernam 3-beslutet, enligt vilket kommissionen slagit fast att ”[s]amtliga kriterier för att påvisa ekonomisk kontinuitet i den mening som avses i beslutet och i Seleco-domen^[86] [var] därmed uppfyllda”, har tribunalen prövat vart och ett av dessa kriterier.

87. När det gäller föremålet för överlåtelsen hänvisade tribunalen till vad den tidigare slagit fast i punkterna 134–137 i den överklagade domen, nämligen att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den angav att företaget hade överlåtits i dess helhet, i strid med artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet.⁸⁷

⁸⁵ Punkt 155 i den överklagade domen.

⁸⁶ Dom av den 8 maj 2003, Italien och SIM 2 Multimedia/kommissionen (C-328/99 och C-399/00, EU:C:2003:252).

⁸⁷ Se punkt 240 i den överklagade domen.

88. När det gäller frågan om aktieägarnas identitet har tribunalen prövat kommissionens bedömning att överlåtelsen av Sernam till Sernam Xpress hade skett inom klagandens koncern.⁸⁸

89. När det gäller tidpunkten för överlåtelsen har tribunalen anfört dels att det förefaller åtminstone lika sannolikt att ett kringgående sker vid tidpunkten för genomförandet av ett beslut som innebär en möjlighet att överlåta en stödmottagares tillgångar som en enhet, samt en skyldighet att återbetala ett olagligt och oförenligt stöd, som i skedet för det formella granskningsförfarandet då det kringgående som ska ha skett i målen Seleco, SMI och CDA⁸⁹ – som klaganden hänvisat till – ägde rum,⁹⁰ dels att varken de frister eller de villkor som föreskrivs i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet hade iakttagits vid överlåtelsen.⁹¹

90. När det gäller den ekonomiska aspekten har tribunalen även hänvisat till att villkoren i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet inte iakttagits, att Sernams ekonomiska verksamhet inte hade avbrutits och att den artikelns syfte därmed inte uppfyllts.⁹² Den slog även fast att klaganden inte kan åberopa skyldigheter enligt nationell rätt för att berättiga att försäljningen, som inte skulle avse skulderna, innefattat även dessa.⁹³

91. När det gäller priset har tribunalen i sak slagit fast att det negativa pris som erlagts inte kan anses utgöra ett marknadspris som följt på ett öppet och tydligt anbudsförfarande, eftersom tribunalen redan slagit fast att anbudet från Sernams ledningsgrupp inte följt på ett öppet och tydligt förfarande.⁹⁴ Den har även anfört att det negativa priset på 57 miljoner euro snarast ska uppfattas som ett driftstöd som gjorde det möjligt att täcka Sernam Xpress förluster under åren 2005–2008 och att till detta kom ett avstående från fordringar på Sernam till ett belopp av 38,5 miljoner euro.⁹⁵ Tribunalen avfärdade därefter dels värdet av de olika experter som SNCF åberopat som skulle visa att överlåtelsen skedde till marknadspris⁹⁶ dels de argument som lagts fram av SNCF avseende de två sista meningarna i skäl 145 i Sernam 3-beslutet, och hänvisade till att dessa lagts fram för fullständighetens skull och inte innehöll mer än ”ytterligare ett tecken” på att den avtalsmässiga jämvikten mellan SNCF och Financière Sernam inte motsvarade marknadsvillkoren.⁹⁷ Tribunalen slog vidare fast att det var korrekt av kommissionen att slå fast att övergången av verksamhet från Sernam till Sernam Xpress medfört att Sernam Xpress fortsatt att åtnjuta den konkurrensfördel som följt på mottagandet av det stöd som lämnats, genom att det funnits en ekonomisk kontinuitet mellan dessa två bolag.⁹⁸ När det vidare gäller hänvisningen till rättspraxis avseende överlåtelse av aktier enligt vilken det följer att det överlåtna företaget ska återbetala det otillåtna stödet, innebär enligt Republiken Frankrike att det skulle ske en bestraffning av det företag, det vill säga Financière Sernam, som genom att betala ett marknadspris redan har betalat för stödet, har tribunalen anfört att kommissionen bedömt att försäljningen av aktier i Sernam Xpress till Financière Sernam inte medfört att Sernam Xpress befriats från sin skyldighet att återbetala stödet på 41 miljoner euro. Skyldigheten att återbetala det olagliga och oförenliga statliga stödet på 41 miljoner euro övergick nämligen inte till Financière Sernam i dess egenskap av köpare av Sernam Xpress aktier, utan i egenskap av dess juridiska efterträdare till följd av fusionen den 30 juni 2011 på grund av verkan av den universella överföringen av egendom som var kopplad till denna transaktion och eftersom kommissionen visat att det förelåg en ekonomisk

88 Se punkt 243 i den överklagade domen.

89 Dom av den 8 maj 2003, Italien och SIM 2 Multimedia/kommissionen (C-328/99 och C-399/00, EU:C:2003:252), dom av den 29 april 2004, Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238) och dom av den 19 oktober 2005, CDA Datenträger Albrechts/kommissionen (T-324/00, EU:T:2005:364).

90 Se punkt 246 i den överklagade domen.

91 Punkt 247 i den överklagade domen, där tribunalen hänvisat till punkterna 84–93 och 110–187 i den överklagade domen.

92 Se punkt 251 i den överklagade domen.

93 Se punkt 252 i den överklagade domen.

94 Se punkt 255 i den överklagade domen.

95 Se punkt 256 i den överklagade domen.

96 Se punkterna 257–260 i den överklagade domen.

97 Se punkterna 261 och 262 i den överklagade domen.

98 Se punkterna 263–265 i den överklagade domen.

kontinuitet mellan Sernam och Sernam Xpress.⁹⁹ Slutligen har tribunalen funnit att vad SNCF anfört om villkoret avseende en privat investerare var verkningslöst och saknade samband med skyldigheten att återkräva de 41 miljonerna. Detta argument rörde enligt tribunalen däremot kvalificeringen av detta så kallade nya stöd.¹⁰⁰ Tribunalens slutsats var att det var helt i enlighet med domen i målet kommissionen/Spanien¹⁰¹ som kommissionen slog fast att den omständigheten att fordran avseende det otillåtna stödet togs upp i förteckningen över skulderna i likvidationen inte i sig var tillräcklig för att eliminera snedvridningen, och tribunalen avfärdade argumentet att inget av kriterierna för ekonomisk kontinuitet var uppfyllt i förevarande fall.¹⁰²

92. Slutligen har tribunalen i punkt 275 och följande punkter i den överklagade domen prövat anmärkningen om att detta upptagande var förenligt med artikel 4 i Sernam 2-beslutet. Den hänvisade till domen i målet kommissionen/Spanien¹⁰³ enligt vilken stödet ska återkrävas av det bolag som fortsätter den ekonomiska verksamheten i det företag som ursprungligen gynnades av de fördelar som var kopplade till beviljandet av stödet och som, följaktligen fortfarande gynnas av detta. Tribunalens slutsats var att när det gäller återkrav av statligt stöd ska hänvisningen i skäl 135 i Sernam 3-beslutet till Sernams fortsatta existens endast förstås som en hänvisning till Sernams fortsatta ekonomiska verksamhet. Tribunalen avfärdade således argumentet, eftersom upptagandet av det otillåtna stödet som en skuld inte var förenligt med artikel 4 i Sernam 2-beslutet.

b) Sammanfattning av parternas argument

93. SNCF har på nytt gjort gällande att tribunalen missuppfattat beslutspunkterna i Sernam 2-beslutet genom att den slagit fast att artikel 4 i detta beslut ”endast [kan] avse Sernams fortsatta ekonomiska verksamhet”¹⁰⁴ medan den artikelns lydelse klart och otvetydigt inte hänvisar till något avbrott i denna verksamhet och begränsas till huruvida bolaget Sernam, i egenskap av juridisk person, fortsätter att existera eller inte, vilket är till fullo motiverat utifrån fast rättspraxis enligt vilken, när det bolag som mottagit stöd säljer sina tillgångar till en utomstående till marknadspris, värdet av det tidigare stödet i princip ingår i priset och säljaren av företaget behåller därmed värdet av nämnda stöd.¹⁰⁵ Tribunalen har genom att missuppfatta artikel 4 i Sernam 2-beslutet även gjort en felaktig rättstillämpning som bör leda till att den överklagade domen upphävs.

94. Klaganden har vidare gjort gällande att tribunalen i flera fall gjort en felaktig rättstillämpning när den prövat villkoren för om det förelegat ekonomisk kontinuitet mellan Sernam och förvärvaren av dess tillgångar som en enhet¹⁰⁶ och trots att kommissionen i alla händelser inte var skyldig att beakta samtliga dessa kriterier.¹⁰⁷

95. Vad gäller ägaridentiteten har SNCF anfört att de villkor som angivits i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet inte har gjort det möjligt att sälja Sernams tillgångar som en enhet till Financière Sernam, av skäl som hör samman med bestämmelser i fransk rätt.¹⁰⁸ Förfarandet med en transaktion för avyttring, vilken föregåtts av ett kapitaltillskott för det fall priset är negativt, motsvarar i realiteten en överlåtelse av tillgångarna som en enhet till marknadspris från Sernam till Financière Sernam. Tribunalen har,

99 Se punkterna 266–270 i den överklagade domen.

100 Se punkterna 271 och 272 i den överklagade domen.

101 Dom av den 11 december 2012, kommissionen/Spanien (C-610/10, EU:C:2012:781).

102 Se punkterna 273 och 274 i den överklagade domen.

103 Dom av den 11 december 2012, kommissionen/Spanien (C-610/10, EU:C:2012:781).

104 Punkt 278 i den överklagade domen.

105 Klaganden hänvisar därvid till dom av den 20 september 2001, Banks (C-390/98, EU:C:2001:456, punkt 77) och dom av den 29 april 2004, Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238, punkt 80).

106 När det gäller definitionen av dessa villkor har SNCF hänvisat till tribunalens dom av den 13 september 2010, Grekland m.fl./kommissionen (T-415/05, T-416/05 och T-423/05, EU:T:2010:386, punkt 135) och dom av den 28 mars 2012, Ryanair/kommissionen (T-123/09, EU:T:2012:164, punkt 155).

107 Såsom tribunalen anfört i punkt 235 i den överklagade domen.

108 Beskrivna i detalj i punkt 116 i överklagandet.

genom att slå fast att frågan om ekonomisk kontinuitet ska bedömas mellan Sernam och Sernam Xpress, på ett konstlat sätt delat upp en enda transaktion, som motiveras av enbart den ekonomiska logiken i att överföra ägandet av Sernams tillgångar som en enhet. Tribunalen har således åsidosatt principen om att frågan huruvida det föreligger statligt stöd inte ska bedömas utifrån den rättsliga form som en transaktion kan ha, utan enbart utifrån dess faktiska ekonomiska verkningar. Dess domskäl är vidare motstridiga med avseende på principen, som återges i punkt 107 i den överklagade domen, enligt vilken en försäljning kan ske till ett negativt pris. Sernam Xpress var endast ett verktyg som skapats för att möjliggöra en övergång av ägandet av Sernams tillgångar som en enhet till Financière Sernam. För övrigt fusionerades Financière Sernam med Sernam Xpress så snart transaktionen genomförts. Tribunalen beaktade inte heller att det var Financière Sernam som ägde och exploaterade de tillgångar i Sernam som inrymts i Sernam Xpress och att det således inte förelåg någon ägaridentitet mellan Financière Sernam och Sernam.

96. När det gäller marknadspriset har SNCF gjort gällande att tribunalen gjort en rättslig felbedömning genom att vägra att beakta det marknadspris som betalats för Sernams tillgångar trots att förekomsten av ett marknadspris enligt rättspraxis är ett av de viktigaste kriterierna för att slå fast att det inte föreligger någon ekonomisk kontinuitet. Klaganden har härvid hänvisat särskilt till domarna i målen SMI och CDA.¹⁰⁹

97. Vad avser föremålet för överlåtelsen har tribunalen slagit fast att hela företaget överlåtits. Det var felaktigt, eftersom det som sålts var Sernams tillgångar som en enhet tillsammans med enbart driftsskulder.

98. I fråga om tidpunkten för överlåtelsen har SNCF gjort gällande att det inte kan påstås att det skett något kringgående, eftersom kommissionen själv förutsett möjligheten av en överlåtelse av Sernams tillgångar som en enhet och att dessa tillgångar skulle säljas till marknadspris.

99. När det gäller transaktionens ekonomiska syfte har tribunalen felaktigt konstaterat att artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet innebar ett krav på att Sernams ekonomiska verksamhet skulle upphöra trots att möjligheten att överlåta tillgångarna som en enhet möjliggjorde en överlåtelse av Sernams verksamhet. Tribunalen kan inte hävda att transaktionens syfte strider mot beslutets ändamål när denna transaktion tilläts enligt artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet.

100. SNCF har avslutningsvis anfört att tribunalen gjort en rättslig felbedömning och missuppfattat artikel 4 i Sernam 2-beslutet genom att slå fast att upptagandet av en skuld på 41 miljoner euro i Sernams likvidation, motsvarande det statliga stöd som förklarats otillåtet i Sernam 2-beslutet, inte var förenligt med artikel 4 i detta beslut.

101. Kommissionen har gjort gällande att vad som anförts inom ramen för denna grund delvis är verkningslöst och att talan i övriga delar inte ska bifallas på denna grund.

c) Bedömning

102. I artikel 4 i Sernam 2-beslutet föreskrivs att all försäljning av Sernam ska ske till marknadspris och genom ett öppet förfarande i vilket alla konkurrenter har möjlighet att delta, och att, om dessa villkor iakttas, Sernam är skyldigt att betala tillbaka stödet på 41 miljoner euro.¹¹⁰ Denna skyldighet åligger "bolaget Sernam" om "Sernam" fortsätter att existera. Kommissionen har i Sernam 3-beslutet prövat huruvida det förfarande för återkrav av stöd som valts av Republiken Frankrike, det vill säga att

¹⁰⁹ Dom av den 29 april 2004, Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238, punkterna 66, 70, 78, 84, 86 och 93–95) och dom av den 19 oktober 2005, CDA Datenträger Albrechts/kommissionen (T-324/00, EU:T:2005:364, punkterna 97–99).

¹¹⁰ Väsentligen motsvarande de ytterligare stöd som lämnats till följd av förseningen från Sernam till Geodis, vilket de franska myndigheterna inte informerat kommissionen om förrän i dess årsrapport 2002 och då utan att det tilläggsbeloppet var föremål för en ny anmälan i ärendet (se i synnerhet skäl 176 i Sernam 2-beslutet).

ta upp statens fordran i Sernams konkurs, kunde eliminera snedvridningen av konkurrensen.¹¹¹ Eftersom det i artikel 4 i Sernam 2-beslutet särskiljs mellan huruvida Sernams ekonomiska verksamhet fortgått utan avbrott eller inte har kommissionen prövat överföringen av verksamhet från Sernam till Financière Sernam mot bakgrund av de kriterier och principer som lagts fast i domarna i målen SMI, CDA och Seleco för att avgöra huruvida återbetalningsskyldigheten skulle utsträckas till att även omfatta Financière Sernam och dess dotterbolag. Denna bedömning redovisas i skäl 143–151 i Sernam 3-beslutet. Såsom framgått har kommissionen kommit till slutsatsen att överföringen av verksamhet från Sernam till Sernam Xpress medfört att Sernam Xpress alltså drog nytta av den konkurrensfördel som hängde samman med förmånen av de stöd som beviljats, eftersom det förelåg en ekonomisk kontinuitet mellan de två bolagen, och överföringen utgjorde, alltså enligt kommissionen, ett kringgående av det återkrav som åvilade Sernam.¹¹² Efter fusionen mellan Sernam Xpress och Financière Sernam vilade återkravsskyldigheten på sistnämnda bolag, som tillsammans med sina dotterbolag fortsatte Sernams och Sernam Xpress verksamhet och fortsatte att dra nytta av det stöd på 41 miljoner euro som ursprungligen lämnats till Sernam.¹¹³

103. Tribunalen har prövat den bedömning som kommissionen gjort i punkt 237 och följande punkter i den överklagade domen. Det är mot denna del av domen som den femte grunden riktas, med en argumentation från klaganden som stundom är förvirrad, ofta repetitiv och i vilken det är svårt att klart identifiera den felaktiga rättstillämpning som påstås, då klaganden ofta sammanblandar fakta och rättsregler.

104. Jag ska genast besvara anmärkningen om missuppfattning och felaktig rättstillämpning till följd av tribunalens felaktiga tolkning av artikel 4 i Sernam 2-beslutet. Enligt ordstävets ”det större innefattar det mindre” ska jag enbart pröva den påstådda felaktiga rättstillämpningen, då bedömningen av huruvida det skett en missuppfattning med nödvändighet är ytterligare.

105. Tribunalen har, för att slå fast att det enligt artikel 4 i Sernam 2-beslutet förelåg en skyldighet att återkräva stödet för Sernam SA för det fall dess ekonomiska verksamhet fortsatte, hänvisat inte bara till den artikeln, utan även till det sammanhang i vilket den förekommer, vilket rör återkrav av statligt stöd. Det framgår av fast rättspraxis som SCNF väl känner till att det främsta syftet med återbetalning av ett otillåtet statligt stöd som lämnats är att omintetgöra den snedvridning av konkurrensen som orsakats av den konkurrensfördel som lämnats.¹¹⁴ Det är vidare nödvändigt att återställa den situation som rådde innan ett otillåtet eller med den gemensamma marknaden oförenligt stöd betalades ut, för att, på ett allmänt plan, bevara den ändamålsenliga verkan av fördragets bestämmelser om statliga stödåtgärder.¹¹⁵ Enbart den omständigheten att Sernam upphört som juridisk person är i detta avseende inte tillräckligt för att säkerställa att den subventionerade verksamheten upphör. Slutligen ska, såsom tribunalen framhållit,¹¹⁶ stödet återkrävas av det bolag som fortsätter *den ekonomiska verksamheten* i det företag som ursprungligen gynnades.

106. Den kontextuella tolkning av artikel 4 i Sernam 2-beslutet som tribunalen gjort innefattar således inte någon felaktig rättstillämpning, utan utgör en klassisk metod som står till unionsdomstolens förfogande. Påståendet om att tribunalen gjort en felaktig rättstillämpning genom att tolka artikel 4 i Sernam 2-beslutet på ett felaktigt sätt ska således avfärdas.

¹¹¹ Se skäl 37 i Sernam 3-beslutet.

¹¹² Se, i synnerhet, skäl 148 i Sernam 3-beslutet.

¹¹³ Se skäl 150 i Sernam 3-beslutet.

¹¹⁴ Se, bland annat, dom av den 29 april 2004, Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238, punkt 77).

¹¹⁵ Dom av den 20 september 2001, Banks (C-390/98, EU:C:2001:456, punkt 75).

¹¹⁶ Se punkt 277 i den överklagade domen, med hänvisning till dom av den 11 december 2012, kommissionen/Spanien (C-610/10, EU:C:2012:781).

107. När det fastställts att Sernam alltför, i kommissionens ögon, var förpliktad att återbetala stödet på 41 miljoner euro om dess ekonomiska verksamhet fortsatte, ska det prövas om de nödvändiga kriterierna för en sådan fortsättning har bedömts på ett korrekt sätt av tribunalen. Såsom framgår av punkt 236 i den överklagade domen har SNCF inte ”besträtt denna metod för att bedöma förekomsten av ekonomisk kontinuitet” som angivits i punkterna 234 och 235 i domen, utan det sätt på vilken tribunalen tillämpat den.

1) Föremålet för övergången

108. SNCF har gjort en felaktig tolkning av den överklagade domen och påstått att tribunalen ansett att kriteriet avseende föremålet för övergången var uppfyllt av det skälet att hela Sernam överlätits i strid med artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet. Tribunalen har, i punkt 240 i den överklagade domen, slagit fast att detta kriterium ska anses vara uppfyllt inte bara för att överlåtelsen skett i strid med artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet utan tvärtom för att den, inom ramen för prövningen av den tredje delen av den fjärde grunden, konstaterat att det var korrekt av kommissionen att slå fast att hela Sernam överlätits.¹¹⁷ Då SNCF endast avsett att dess anmärkning skulle visa att tribunalens argument var verkningslöst, har bolaget inte besträtt konstaterandet i sak. Såsom kommissionen understrukit har SNCF här inte invänt mot punkt 137 i den överklagade domen där tribunalen slog fast att ”[k]ommissionen har emellertid inte gjort sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning eller felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna beträffande föremålet för transaktionen genom att, i skäl 116 i [Sernam 3-beslutet], slå fast att överlåtelsen av verksamheten inte utgjorde en försäljning av tillgångar utan en överlåtelse av Sernam i dess helhet (tillgångar och skulder), med några få undantag”.¹¹⁸

2) Ägaridentitet

109. Det framgår klart av den figur som återgivits i punkt 23 i detta förslag till avgörande att klaganden, som kommissionen ålade att överlåta tillgångarna i dess dotterbolag till, Sernam, ägde ett annat dotterbolag benämnt Sernam Xpress och att det är till detta dotterbolag som Sernams tillgångar har överlätits. SNCF har sålunda överlätit det företag som mottagit stödet till ett av sina dotterbolag.

110. SNCF har kritiserat tribunalen för att ha bedömt kriteriet om ägaridentitet genom att se till förhållandet mellan Sernam och Sernam Xpress och inte mellan Sernam Xpress och Financière Sernam. SNCF har förklarat att Sernam Xpress inte har utgjort något verktyg för överföringen av Sernams tillgångar och vars medverkan var nödvändig till följd av en kombination av rättsliga begränsningar i nationell rätt och i unionsrätten.

111. Jag ska emellertid påminna om att det är Sernams tillgångar i dess helhet som överförts till Sernam Xpress. SNCF har inte besträtt att denna övergång skett. Såsom tribunalen framhållit har kommissionen inte grundat sin bedömning på den ekonomiska kontinuiteten mellan Sernam och Financière Sernam. Det var inte för att det föreligger ägaridentitet mellan Sernam och Financière Sernam som kommissionen ansett detta kriterium vara uppfyllt, utan närmare bestämt för att det föreligger ägaridentitet mellan Sernam och Sernam Xpress. Kommissionen har dragit slutsatsen att Financière Sernam ska anses vara skyldigt att återkräva stödet på 41 miljoner euro enbart av det skälet att det har fusionerats med Sernam Xpress, men utifrån analysen var det emellertid Sernam Xpress

¹¹⁷ Utifrån den rättspraxis som återges i punkt 234 i den överklagade domen, och vilket SNCF inte har besträtt, är ett sådant övertagande av anställningsavtalen som SNCF hänvisat till vid ett flertal tillfällen även ett tecken på att föremålet för övergången avser åtminstone en väsentlig del av Sernam.

¹¹⁸ Min kursivering.

som var skyldigt att i första hand återkräva detta stöd.¹¹⁹ Vad SNCF anfört i syfte att visa att det inte föreligger någon ägaridentitet mellan Sernam och Financière Sernam är därmed verkningslöst. Detsamma gäller påståendet att principen om att reglerna om statligt stöd är neutrala i förhållande till vilken rättslig form som en transaktion har och att enbart den ekonomiska verkligheten har betydelse.

3) Tidpunkten för övergången

112. Även om det kunde godtas att övergången skett efter antagandet av Sernam 2-beslutet och i syfte att verkställa det, visste emellertid de franska myndigheterna, från den stund de fått kännedom om detta beslut, att det ankom på dem att återkräva stödet på 41 miljoner euro. Tribunalen gjorde därvid inte någon felaktig rättstillämpning när den konstaterade att det inte kunde uteslutas, även om övergången skett efter antagandet av det slutliga beslutet, att det funnits en avsikt att kringgå återkravsskyldigheten, och SCNF har heller inte identifierat någon rättsregel som tribunalen i så fall skulle ha åsidosatt.

4) Transaktionens ekonomiska syfte

113. Klaganden har gjort gällande att tribunalen inte kunnat konstatera att transaktionen inte avbrutit Sernams ekonomiska verksamhet och att, därmed, syftet med artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet inte respekterats, när den artikeln, enligt SCNF, möjliggjorde en överlåtelse av Sernams verksamhet. SNCF har således endast upprepat de argument som redan anförts, bedömts och avfärdats inom ramen för den första grunden för förevarande överklagande, till vilken jag således hänvisar.

5) Priset för övergången

114. SNCF har gjort gällande att tribunalen vägrat beakta det marknadspris som betalats för Sernams tillgångar, trots att, enligt SNCF, priset ”enligt rättspraxis är det viktigaste kriteriet för att avgöra om den ekonomiska kontinuiteten brutits”.¹²⁰ Klaganden har parafraserat vad kommissionen anfört i punkt 137 och följande punkter i Sernam 3-beslutet angående rättspraxis avseende försäljning av verksamheter som mottagit stöd. SNCF har särskilt fäst sig vid tribunalens påstående i målet CDA¹²¹ om att när förvärvaren betalar ett marknadspris för förvärvet är det inte möjligt att fastställa att förvärvaren fortsätter att dra nytta av den konkurrensfördel som lämnats.

115. Jag är, för det första, inte övertygad om att tribunalen kan kritiseras för att inte ha beaktat detta kriterium, eftersom den har gjort en bedömning som avsett att klargöra om kriteriet var uppfyllt i förevarande fall, och kommit fram till att så inte var fallet.

116. Även om SCNF, för det andra, anfört att priskriteriet är ett av de viktigaste – vilket är korrekt – har bolaget möjligen glömt att det i alla händelser inte är ett tillräckligt kriterium för att dra slutsatsen att det inte finns någon ekonomisk kontinuitet. Även om tribunalen skulle ha gjort en felaktig rättstillämpning avseende det pris som betalats inom ramen för sin bedömning av ekonomisk kontinuitet, är detta inte tillräckligt för att hela dess bedömning ska falla, och än mindre för att, såsom klaganden anfört, upphäva den överklagade domen.

¹¹⁹ Se skäl 149 i den överklagade domen.

¹²⁰ Se punkterna 120 och 125 i överklagandet.

¹²¹ Dom av den 19 oktober 2005, CDA Datenträger Albrechts/kommissionen (T-324/00, EU:T:2005:364, punkterna 97–99).

117. SNCF har, för det tredje, med hänvisning till den del av domen i målet SMI¹²² i vilken domstolen också beaktat arten av det förfarande som genomförts för att komma fram till det påstådda marknadspriset, inte förnekat sambandet som tribunalen, i punkt 255 i den överklagade domen, slagit fast mellan å ena sidan ett öppet och tydligt förfarande och, å andra sidan, kravet på ett marknadspris. Det framgår av bedömningen av den andra grunden för förevarande överklagande att förfarandet, som skulle leda till en försäljning av Sernams tillgångar som en enhet, inte hade alla kännetecken som karaktäriserar ett öppet och tydligt förfarande.

6) Slutsatser avseende den femte grunden

118. Då samtliga invändningar som anförts inom ramen för den femte grunden har avfärdats ska talan inte bifallas på denna grund.

6. Den sjätte grunden, avseende en felaktig rättstillämpning, bristfällig motivering och missuppfattning av omständigheterna genom att tribunalen slagit fast att principen om en privat investerare inte var tillämplig på överlåtelsen av Sernams tillgångar som en enhet

a) Den överklagade domen

119. Den sjätte grunden riktar sig mot punkt 283 och följande punkter i den överklagade domen, där tribunalen har prövat den första delen av den sjätte grunden för talan om ogiltigförklaring¹²³ och klaganden gjort gällande att kommissionen gjort en felaktig rättstillämpning genom att slå fast att kriteriet om en privat investerare inte var tillämpligt i förevarande fall.

120. Tribunalen har anfört att kommissionens beslut att inte tillämpa kriteriet om en privat investerare grundas på två motiv som angivits i skälen 154 och 155 i Sernam 3-beslutet och har inledningsvis prövat vad SNCF anfört avseende det andra motivet¹²⁴ i vilket kommissionen ansett att det negativa pris som överenskommits mellan SNCF och Financière Sernam visade att det rörde sig om avyttring av en förlustbringande verksamhet, som inte kunde vara likvärdig med en kompensationsåtgärd och att det negativa priset utgjorde ett driftstöd till företaget, som inte i sig kunde bidra till att minska snedvridningen av konkurrensen. Det felaktiga genomförandet av de kompensationsåtgärder som föreskrivits i artikel 3 i Sernam 2-beslutet medförde enligt kommissionen att kriteriet om en privat investerare inte var tillämpligt.¹²⁵

121. När det gäller det andra motivet har tribunalen först prövat anmärkningen om att försäljningen av tillgångarna som en enhet inte utgjorde något alternativ till de kompensationsåtgärder som föreskrivs i artikel 3.1 i Sernam 2-beslutet.¹²⁶ Tribunalen hänvisade därvid, för det första, till att artikel 3.2 i beslutet avsåg genomförandet av ett av de två alternativa villkor för omstruktureringsstödet förenlighet som kommissionen föreslagit och ett likvärdigt alternativ till villkoren i punkt 1. De båda punkterna avsåg exakt samma syfte att kompensera för snedvridningen av konkurrensen (frånträdande från den marknad med överkapacitet i alternativet enligt artikel 3.1 i Sernam 2-beslutet eller upphörandet av Sernams subventionerade verksamhet vid ett genomförande av artikel 3.2, i beslutet, det vill säga en försäljning av Sernams tillgångar som en enhet). Tribunalen drog därav slutsatsen att försäljningen av Sernams tillgångar som en enhet kunde anses likvärdig med det alternativ som anges i artikel 3.1 i Sernam 2-beslutet.¹²⁷ För det andra avfärdade tribunalen vad SNCF anfört om att det var

¹²² Dom av den 29 april 2004, Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238). SNCF har i synnerhet hänvisat till punkterna 93–95 i domen.

¹²³ Avseende kommissionens felaktiga rättstillämpning genom att den ansett att de åtgärder som föreskrivits i avtalsprotokollet av den 21 juli 2005 om överlåtelsen av Sernams tillgångar som en enhet utgjorde nytt statligt stöd till förmån för Sernam-Xpress-Financière Sernam.

¹²⁴ Se punkt 288 i den överklagade domen.

¹²⁵ Se punkterna 287 och 288 i den överklagade domen.

¹²⁶ Se punkt 293 och följande punkter i den överklagade domen.

¹²⁷ Se punkt 297 i den överklagade domen.

Sernams fortsatta verksamhet i den juridiska form företaget hade före överlåtelsen som var skälet till att kompensationsåtgärderna i artikel 3.1 i Sernam 2-beslutet skulle anses vara uppfyllda, genom att slå fast att det är den fortsatta driften av stödmottagarens ekonomiska verksamhet som gör att villkoren i artikel 3.1 i Sernam 2-beslutet uppfylls och inte enbart det förhållandet att dess juridiska personlighet bibehållits.¹²⁸ För det tredje har tribunalen slagit fast att villkoret om försäljning av tillgångarna som en helhet uteslöt att skulderna togs med, vilket per definition innebar att priset inte kunde vara negativt utan att det fanns ett behov av att kräva att kommissionen uttryckligen skulle ha angett att överlåtelsen inte fick ske till ett negativt pris.¹²⁹ Tribunalen avfärdade därmed den första anmärkningen avseende skäl 155 i Sernam 3-beslutet.

122. Tribunalen bemötte därefter den andra anmärkningen om att det rörde sig om implementering av en kompensationsåtgärd som låg stödmottagaren eller staten i egenskap av aktieägare, men inte staten i egenskap av myndighet.¹³⁰ Tribunalen konstaterade att försäljningen av Sernams tillgångar som en enhet enligt artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet inte var ett beslut som en privat investerare hade kunnat fatta på "normala" marknadsvillkor, i ett med ekonomisk rationalitet förenligt syfte att maximera vinsten eller minimera förlusterna, eftersom det underliggande syftet med de kompensationsåtgärder som föreskrevs var att förhindra varje överdriven snedridning av konkurrensen i samband med beviljandet av omstruktureringsstöd som förklarats förenligt på vissa villkor genom Sernam 2-beslutet.¹³¹ Tribunalen underströk vidare att dessa kompensationsåtgärder kunde tvinga såväl stödmottagare som dess aktieägare till en icke-optimal lösning i ekonomiskt hänseende, vilket en privat investerare i en normal situation inte hade kunnat.¹³² Den drog därav slutsatsen att det ekonomiska syftet med en försäljning av tillgångarna som en enhet var ett annat än det syfte som en privat investerare skulle ha haft.¹³³ Slutligen anförde tribunalen att det enligt artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet inte rörde sig om att sälja ett förlustbringande bolag i dess helhet, utan enbart de tillgångar som hade ett positivt ekonomiskt värde. I förevarande fall omfattade ledningsgruppens anbud krav på kapitaltillskott, avstående från skulder och garantier från säljarens sida, eftersom Sernam hade sålts i sin helhet, med ett finansieringsbehov. Dessa åtgärder följde således direkt av åsidosättandet av artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet och har således ingen koppling till tillämpningen av kriteriet om en privat investerare.¹³⁴ Tribunalen avfärdade således även den andra anmärkningen mot skäl 155 i Sernam 3-beslutet.

123. Då tribunalen konstaterat att det andra motiv som kommissionen anfört för att inte tillämpa kriteriet om en privat investerare varit korrekt, har den bedömt att det inte fanns skäl att pröva övriga argument som anförts avseende det första motivet i det sammanhang som utgörs av "återbetalning" av statligt stöd.¹³⁵

b) Den sjätte grundens första del

1) Sammanfattning av parternas argument

124. SNCF har gjort gällande att tribunalen, som enbart återgivit motiveringen i Sernam 3-beslutet till att kommissionen vägrat tillämpa kriteriet om en privat investerare på försäljningen av Sernams tillgångar som en enhet, inte har bemött anmärkningen om att motiveringen är motstridig. Även om, enligt SNCF, en överlåtelse av tillgångarna som en enhet utgör en kompensationsåtgärd får den

¹²⁸ Se punkterna 298 och 299 i den överklagade domen.

¹²⁹ Se punkterna 300 och 301 i den överklagade domen.

¹³⁰ Se punkt 303 och följande punkter i den överklagade domen.

¹³¹ Se punkterna 305 och 306 i den överklagade domen.

¹³² Se punkterna 307 och 308 i den överklagade domen.

¹³³ Se punkt 309 i den överklagade domen.

¹³⁴ Se punkt 310 i den överklagade domen.

¹³⁵ Se punkt 312 i den överklagade domen.

funktionen av ett villkor för att omstruktureringsstödet till Sernam ska tillåtas. Därmed kan artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet, där sådana villkor anges, anses ingå i ett sammanhang rörande återkrav av stödet. Kommissionen har inte kunnat vägra att tillämpa kriteriet om en privat investerare av det skälet att det påstods föreligga en återkravssituation. Tribunalen har punkt 312 i den överklagade domen inte tagit ställning till den anmärkningen när den anfört att "det [finns] inte längre någon anledning att pröva de övriga argumenten avseende den grund som kommissionen först har anfört för att berättiga icke-tillämpligheten av principen om en privat investerare, i sammanhanget med "återbetalning" av det statliga stödet". Denna brist på bemötande medför att motiveringen i den överklagade domen är bristfällig.

125. SNCF har i sin replik kritiserat tribunalen för att den inte prövat anmärkningen om de motsägelsefulla skäl som ligger till grund för kommissionens beslut att inte tillämpa kriteriet om en privat investerare. Kommissionen kan inte på samma gång anse att det föreligger en återkravssituation (vilket tyder på att stödet skulle vara otillåtet) och att det samtidigt är fråga om en kompensationsåtgärd (vilket tyder på att stödet skulle vara tillåtet).

126. Kommissionen har gjort gällande att talan inte ska bifallas på den första delen av denna grund.

2) Bedömning

127. Det framgår av skälen 154 och 155 i Sernam 3-beslutet att kommissionen ansett att det inte fanns skäl att tillämpa kriteriet om en privat investerare på marknaden för att, i förekommande fall, undvika att de åtgärder som föreskrivits i avtalsprotokollet av den 21 juli 2005 kvalificerades som statligt stöd, då den bedömde dels att när dessa åtgärder antagits "[handlade] det om att återkräva stöd",¹³⁶ dels att försäljningen av Sernams tillgångar som en enhet som föreskrivits i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet betraktas som likvärdig med de kompensationsåtgärder som införts och att det för övrigt framgick av gemenskapens riktlinjer för statligt stöd till undsättning och omstrukturering av företag i svårigheter¹³⁷ att en avyttring av en förlustbringande verksamhet betraktas som en kompensationsåtgärd, så att det negativa pris som betalats vid överlåtelsen motsvarade ett driftsstöd, som till sin art är en åtgärd som inte kan minska snedvridningen av konkurrensen.¹³⁸

128. Tribunalens bedömning har skett utifrån denna struktur medan prövningen däremot skett i omvänd ordning. Således har tribunalen först prövat klagandens argument avseende motiveringen till att kriteriet om en privat investerare inte var tillämpligt i skäl 154 i Sernam 3-beslutet. Som ovan anförts har tribunalen avfärdat samtliga argument som ifrågasatte att det skälet var välgrundat, och tribunalen bekräftade att det var korrekt av kommissionen att anse att den inte var skyldig att tillämpa det kriteriet på åtgärderna i fråga.

129. När tribunalen väl fastställt detta och konstaterat att de argument som klaganden anfört mot de motiv som angivits i skäl 154 i Sernam 3-beslutet inte längre kunde påverka prövningen av anmärkningen att kommissionen hade gjort en felaktig rättstillämpning genom att förklara att kriteriet om en privat investerare inte var tillämpligt, var dessa argument därmed verkningslösa. Det är av det skälet som tribunalen, utan att dess motiveringsplikt åsidosatts, kunde slå fast att de argument som lagts fram mot det första motiv som kommissionen anfört till stöd för en icke-tillämpning av kriteriet om en privat investerare, inom ramen för återkrav av statligt stöd, inte behövde prövas.

¹³⁶ Skäl 154 i Sernam 3-beslutet.

¹³⁷ Meddelande från kommissionen – Gemenskapens riktlinjer för statligt stöd till undsättning och omstrukturering av företag i svårigheter (EUT C 244, 2004, s. 2).

¹³⁸ Se skäl 155 i den överklagade domen.

130. När det gäller kritiken mot tribunalen att den varken upptäckt eller åtgärdat motsägelsen mellan de två motiv som kommissionen lagt till grund för att anse att kriteriet om en privat investerare inte är tillämpligt och som har lagts fram av SNCF i dess replik, är det tillräckligt att konstatera att någon sådan motsägelse inte påståtts föreligga i målet vid tribunalen. Som kommissionen anfört är i alla händelser Sernam 2-beslutet ett beslut med ett flertal aspekter som fattats i samband med återkrav av stödet på 41 miljoner euro och som utgjorde villkor för omstruktureringsstödet förenlighet. Tribunalen kan därmed inte lastas för att inte ha identifierat en motsägelse som inte har funnits och som dessutom inte har gjorts gällande vid denna instans.

131. Talan ska således inte bifallas på den första delen av den sjätte grunden.

c) Den sjätte grundens andra del

1) Sammanfattning av parternas argument

132. SNCF har gjort gällande att tribunalen, genom att bekräfta kommissionens angreppssätt att eftersom överlåtelsen av tillgångar var avsedd som kompensationsåtgärd och kriteriet om en privat investerare därmed inte var tillämpligt, allvarligt missuppfattat Sernam 2-beslutet. Klaganden har i detta avseende fört fram fyra anmärkningar.

133. För det första föreskrivs i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet att försäljningen av Sernams tillgångar som en enhet ska ske till marknadspris och efter ett öppet och tydligt anbudsförfarande, vilket innebär just en tillämpning av kriteriet om en privat investerare, som således skrivits in i den artikeln. Tribunalen har således missuppfattat omständigheterna och innehållet i Sernam 2-beslutet och ersatt det med sin egen motivering.

134. För det andra har tribunalen, genom att slå fast att överlåtelsen av Sernams tillgångar som en enhet skulle ske med uteslutande av samtliga skulder och, följaktligen, att möjligheten att erhålla ett negativt pris därmed per definition uteslöts, missuppfattat Sernam 2-beslutet, såsom klaganden har gjort gällande inom ramen för den första grunden. Genom att, dessutom, föreskriva att överlåtelsen av Sernams tillgångar som en enhet skulle ske till marknadspris, och då detta pris kunde visa sig vara negativt,¹³⁹ samt det i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet aldrig föreskrivits att priset ska vara neutralt eller positivt, har tribunalen lagt till ett villkor som inte föreskrivits i artikeln och därmed missuppfattat den.

135. För det tredje har tribunalen, genom att i punkt 100 i den överklagade domen slå fast att det enda krav som angivits i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet var att det pris som betalades skulle vara ett marknadspris, för att sedan i punkt 301 i samma dom slå fast att priset per definition inte kunde vara negativt, lämnat motstridiga domskäl.

136. För det fjärde har, även om det ska ske en teleologisk tolkning av artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet, frågan om negativt eller positivt marknadspris ingen betydelse i detta avseende. SNCF hänvisar till skäl 217 i Sernam 2-beslutet, enligt vilket ändamålet klart framgår, nämligen att göra det möjligt för en utomstående att, genom överlåtelsen av Sernams tillgångar som en enhet, överta Sernams marknadsandelar då Sernam inte längre skulle vara verksamt i sin tidigare juridiska form. Frågan huruvida den överlåtelsen skett till ett negativt eller positivt pris saknar utifrån detta ändamål betydelse. Sernams marknadsandelar har frisläppts till förmån för en oberoende förvärvare till ett marknadspris som är resultatet av ett öppet och tydligt anbudsförfarande. Tribunalen har således missuppfattat Sernam 2-beslutet genom att slå fast att överlåtelsen av Sernams tillgångar som en enhet per definition inte kunde ske till ett negativt pris.

¹³⁹ Klaganden hänvisar till dom av den 28 januari 2003, Tyskland/kommissionen (C-334/99, EU:C:2003:55, punkt 133) och dom av den 13 maj 2015, Niki Luftfahrt/kommissionen (T-511/09, EU:T:2015:284, punkt 139).

137. SNCF har i sin replik tillagt att kommissionen inte, med hänsyn till sitt tillkännagivande om begreppet statligt stöd,¹⁴⁰ kan göra gällande att kriteriet om en privat investerare inte hör samman med villkoret om försäljning till marknadspris efter ett öppet och tydligt förfarande, medan själva principen om en privat investerare inom ramen för ett offentligt företags försäljning av tillgångarna medför ett krav på uppnående av ett marknadspris vars existens kan presumeras efter det att ett sådant förfarande genomförts. SNCF har vidare gjort gällande att, tvärt emot vad kommissionen påstått, en överlåtelse av enbart tillgångarna kan leda till ett negativt pris och att det totala värdet på de tillgångar som överläts som en helhet i förevarande fall också kan vara negativt, med hänsyn till att verksamheten och de förpliktelser som följer av denna överlåtelse i strukturellt hänseende var förlustbringande.

138. Kommissionen har gjort gällande att talan inte ska bifallas på den andra delen av den sjätte grunden.

2) Bedömning

139. Inom ramen för den andra delen av den sjätte grunden har SNCF i sak kritiserat tribunalen för att ha missuppfattat artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet genom att 1) inte konstatera att den artikeln, genom kravet på att överlåtelsen ska ske till marknadspris efter ett öppet och tydligt förfarande, redan i sig innehåller grunderna för en tillämpning av kriteriet om en privat investerare, 2) den tolkat denna artikel på så sätt att den innefattade ett krav på att enbart Sernams tillgångar skulle säljas och att den försäljningen inte fick ske till ett negativt pris och 3) den teleologiska tolkning som tribunalen gjort inte kan motivera att den uteslöt en försäljning till ett negativt pris. SNCF har vidare gjort gällande att tribunalens motivering är motstridig.

140. Tribunalen har i punkt 292 i domen anförts att frågan om kriteriet om en privat investerare är tillämpligt beror på om den berörda medlemsstaten har beviljat en ekonomisk förmån till ett statligt ägt företag i sin egenskap av aktieägare, och inte i sin egenskap av myndighet, eftersom statens åtgärder för att uppfylla de skyldigheter den har som myndighet inte kan jämföras med en privat investerares agerande i en marknadsekonomi. I synnerhet kan omständigheter som är relevanta vara åtgärdens karaktär och föremål, det sammanhang i vilket åtgärden vidtagits, det eftersträfvade syftet med åtgärden samt de regler som gäller för densamma.¹⁴¹

141. Syftet med detta kriterium är att ”avgöra om den ekonomiska fördelen som beviljats, av vilket slag den än är, med hjälp av statliga medel till ett offentligt företag är ägnad att – på grund av sin verkan – snedvrider eller hota att snedvrider konkurrensen och att påverka handeln mellan medlemsstaterna”.¹⁴² Kriteriet om en privat investerare prövas således endast när fördelen lämnats av staten i dess egenskap av aktieägare. Domstolen har slagit fast att frågan om det uppkommit en ”ekonomisk fördel ... [ska] bedömas utifrån kriteriet om en privat investerare, om en helhetsbedömning ger vid handen att den berörda medlemsstaten, trots användningen av sådana medel som hör till myndighetsutövning, har beviljat förmånen i sin egenskap av aktieägare i företaget”.¹⁴³ Härav följer att ”tillämpligheten av kriteriet om en privat investerare på ett ingripande från det allmänna inte avser den form som gäller för beviljandet av en förmån, utan på kvalificeringen av ingripandet som ett beslut som har fattats av en aktieägare i det berörda företaget”.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107.1 FEUF (EUT C 262, 2016, s. 1, särskilt punkterna 74 och 84).

¹⁴¹ Se punkt 292 i den överklagade domen och där angiven rättspraxis.

¹⁴² Se dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, punkt 89), även kallad domen EDF.

¹⁴³ Dom av den 3 april 2014, kommissionen/Nederländerna och ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213, punkt 30), även kallad domen ING.

¹⁴⁴ Dom av den 3 april 2014, kommissionen/Nederländerna och ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213, punkt 31).

142. Det kan i förevarande mål konstateras att det var korrekt av tribunalen att, såsom framgår av punkt 46 och följande punkter i detta förslag till avgörande, bekräfta att syftet med det alternativ som anges i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet var kompensatoriskt. Försäljningen av Sernams tillgångar som en enhet framstår som ett alternativ till den omlokalisering av dess verksamhet som föreskrivs i artikel 3.1 i samma beslut, då artikel 3 helt ägnats de villkor som skulle vara uppfyllda för att omstruktureringsstödet som lämnats till Sernam skulle anses tillåtet. Överlåtelsen av dess tillgångar som en enhet har således skett enbart eftersom Sernam 2-beslutet uppställde en alternativ förpliktelse. Det har därmed ingen större betydelse att innehållet i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet indikerar, såsom SNCF gjort gällande, en förmodad tillämpning av kriteriet om en privat investerare. Ett krav på att kompensatoriska åtgärder genomförs under förhållanden som syftar till att återupprätta en sund konkurrens utgör kompensationens själva kärna, men förutsätter inte något statligt deltagande i själva genomförandet. Det framgår vidare av den bedömning som redovisats tidigare att försäljningen av Sernams tillgångar som en enhet skulle ske med uteslutande av samtliga skulder. Även om ett marknadspris kan vara negativt har klaganden inte visat att priset skulle ha kunnat vara negativt även om enbart Sernams tillgångar hade överlåtits. Det kan i detta avseende framhållas att det argument som återgivits i punkt 137 i detta förslag till avgörande direkt motsäger vad SNCF uppgav under förhandlingen vid tribunalen och som återgivits i punkt 84 i detta förslag till avgörande. Även om tribunalen, för övrigt, i förevarande mål ansett att det marknadspris som avses i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet med nödvändighet inte kunde vara negativt, var det för att den med rätta ansåg att kommissionen som kompensationsåtgärd räknade med att enbart Sernams tillgångar skulle överlåtas. Tvärtemot vad SNCF har gjort gällande har tribunalen inte lagt till något villkor till artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet. Av samma skäl ska argumentet avseende påstått motstridiga domskäl i punkterna 100 och 301 i den överklagade domen avfärdas. När det för övrigt gäller vad som anförts om en teleologisk tolkning av artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet vill jag åter framhålla att syftet med denna artikel har prövats i punkt 46 och följande punkter i detta förslag till avgörande. Det är heller inte svårt att förstå på vilket sätt ett negativt pris – som förutsatte ett kapitaltillskott från SNCF, och således ett nytt tillskott av likvida medel i Sernam – står i direkt motsättning till det eftersträvade kompensationssyftet.

143. Slutligen ska vad SNCF, utifrån den senaste lydelsen av kommissionens riktlinjer för statligt stöd till undsättning och omstrukturering av icke-finansiella företag i svårigheter, gjort gällande avseende att strukturella åtgärder i princip bör bestå av ”avyttringar enligt fortlevnadsprincipen av lönsamma fristående företag som om de drivs av en lämplig köpare kan konkurrera effektivt på lång sikt”.¹⁴⁵ Förutom att detta argument inte lagts fram vid tribunalen, finner jag att dess återopande avslöjar den snedvridning som präglar argumentationen från SNCF inom ramen för förevarande överklagande. SNCF förefaller helt bortse från situationen som helhet och grundar sig på premissen att tillgångarna överlåtits helt i överensstämmelse med vad som föreskrivits i Sernam 2-beslutet och på att de vidtagna åtgärderna som helhet medfört, såsom föreskrivet, att snedvridningarna av konkurrensen begränsats. Så är emellertid inte fallet, i synnerhet till följd av – såsom redovisats ovan – föremålet för överlåtelsen, ägaridentiteten och arten av det förfarande som genomförts. Under dessa förhållanden är ett negativt pris, som i andra situationer kan vara fullständigt berättigat, ett tecken att lägga till många andra på att de franska myndigheterna, via SNCF, inte har uppträtt som unionsrätten föreskriver att de ska göra.

144. Då det således varken skett någon missuppfattning eller lämnats motstridiga domskäl som kan fläcka tribunalens resonemang ska talan inte bifallas på den andra delen av den sjätte grunden.

¹⁴⁵ Se punkt 80 i riktlinjer för statligt stöd till undsättning och omstrukturering av icke-finansiella företag i svårigheter (EUT C 249, 2014, s. 1).
Min kursivering.

d) Den sjätte grundens tredje del

1) Sammanfattning av parternas argument

145. Den tredje delen rör flera fall av felaktig rättstillämpning till följd av att kriteriet om en privat investerare inte ansetts vara tillämpligt i den mån överlåtelsen av Sernams tillgångar som en enhet utgjort en kompensationsåtgärd. Enligt SNCF ankommer genomförandet av en sådan åtgärd på stödmottagaren som kan vara ett offentligt eller privat företag, och inte på staten i egenskap av myndighet. Det finns inget som berättigar slutsatsen att kriteriet om en privat investerare skulle omintetgöra genomförandet av en kompensationsåtgärd. Tribunalen har, genom att komma fram till motsatsen, åsidosatt artikel 107.1 FEUF. SNCF har åberopat klassisk rättspraxis avseende domstolsprövning av statligt stöd och om de omständigheter som gör att ett sådant stöd anses föreligga¹⁴⁶ och hänvisat till de omständigheter som ledde fram till domen i målet ING¹⁴⁷ där domstolen slog fast att den omständigheten att ett ursprungligt kapitaltillskott till ett företag i svårigheter, som drivs av staten, utgjorde statligt stöd inte påverkade statens skyldighet att uppträda som en förnuftig privat investerare, som uppfyller kravet på ekonomisk rationalitet, i samband med ändringen av villkoren för återbetalning av kapitaltillskottet.

146. Tribunalens dom grundas således på en uppenbart felaktig rättstillämpning när den i punkterna 306 och 307 i den överklagade domen slog fast att syftet med kompensationsåtgärderna var att förhindra varje överdriven snedvridning av konkurrensen som uppstått, och att dessa åtgärder kunde tvinga såväl stödmottagare som dess aktieägare till en icke-optimal lösning avseende ren ekonomisk räntabilitet, vilket en privat investerare i en så kallad normal situation inte hade kunnat. Genom att anta Sernam 2-beslutet väntade sig nämligen kommissionen att SNCF skulle uppnå specifika ändamål, och att SNCF i egenskap av aktieägare i Sernam skulle uppträda ekonomiskt rationellt för att uppnå detta mål, som vilken privat investerare som helst. SNCF har i detta avseende hänvisat till domstolens praxis¹⁴⁸ med beaktande av den omständigheten att privata investerare är underkastade rättsliga skyldigheter eller begränsningar och anpassar sitt uppträdande till att vara så ekonomiskt rationellt som möjligt. Syftet att genomföra kompensationsåtgärder är inte en skyldighet som gäller för offentliga myndigheter utan gäller för varje mottagare, offentlig eller privat, av omstruktureringsstöd. I förevarande mål ska således SNCF:s uppträdande jämföras med vad en privat ägare skulle ha gjort i samma situation, det vill säga en aktieägare som var skyldig att överlåta ett dotterbolags tillgångar som en enhet när dotterbolaget lämnats omstruktureringsstöd, och kommissionen kan således inte befrias från sin skyldighet att bedöma den ekonomiska rationaliteten hos de omtvistade åtgärderna.¹⁴⁹ Detta krav på ekonomisk rationalitet gör sig även gällande för offentliga företag. Det är, med hänsyn till att en likvidation är kostsammare än genomförandet av denna kompensationsåtgärd, uppenbart att en privat ägare skulle ha uppträtt som SNCF har gjort. SNCF har således gjort gällande att tribunalen har åsidosatt artikel 107.1 FEUF genom att i punkt 309 i den överklagade domen slå fast att ”den kompensationslogik avseende försäljningen av Sernams tillgångar [som en enhet] ... [skiljde sig] från logiken med en privat aktör som strävade efter att maximera sin vinst eller, i det aktuella fallet, att minimera sina förluster”. Tribunalen skulle ha konstaterat att kommissionen var skyldig att bedöma den ekonomiska rationaliteten av samtliga åtgärder som SNCF vidtagit vid tidpunkten för försäljningen av Sernams tillgångar som en enhet. Tribunalen kunde heller inte slå fast att upptagandet av skulden från Sernams likvidation som en skuld medförde en fördel för Sernam Xpress och senare Financière Sernam, utan att tillämpa kriteriet

¹⁴⁶ SNCF hänvisar i synnerhet till dom av den 9 december 1997, Tiercé Ladbroke/kommissionen (C-353/95 P, EU:C:1997:596), dom av den 16 maj 2000, Frankrike/Ladbroke Racing och kommissionen (C-83/98 P, EU:C:2000:248, punkt 25) och dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, punkt 78).

¹⁴⁷ Dom av den 3 april 2014, kommissionen/Nederländerna och ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213, punkterna 32–37).

¹⁴⁸ Dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, punkt 79).

¹⁴⁹ Klaganden hänvisar, för ett motsvarande synsätt, till dom av den 3 april 2014, kommissionen/Nederländerna och ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213).

om en privat investerare.¹⁵⁰ På samma sätt kunde tribunalen inte undgå att tillämpa kriteriet om en privat investerare när det gäller de skuldgarantier som lämnats till köparen vid försäljningen av Sernams tillgångar som en enhet utan att bedöma om sådana garantier skulle vara godtagbara för en privat investerare i en marknadsekonomi.¹⁵¹ Vidare borde tribunalen heller inte ha underlåtit att tillämpa detta kriterium på de omtvistade åtgärderna av enbart det skälet att de var en direkt konsekvens av åsidosättandet av artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet och att det således inte fanns något samband med tillämpningen av kriteriet om en privat investerare,¹⁵² eftersom detta konstaterande grundas på den felaktiga förutsättningen att överlåtelsen av tillgångarna som en enhet gjort det möjligt att lämna nya statliga stöd till Sernam Xpress och Financière Sernam.

147. SNCF har i sin replik tillagt att om en privat investerare av en myndighet skulle åläggas en skyldighet att överlåta ett företags tillgångar som en enhet till följd av statligt stöd som lämnats till det företaget, är det uppenbart att denna privata investerare skulle genomföra detta åläggande så ekonomiskt rationellt som möjligt och att, i enlighet med likabehandlingsprincipen, ett offentligt företag borde kunna göra detsamma. SNCF har, till svar på vad kommissionen anfört om att denna princip inte är tillämplig i förevarande mål eftersom varje beslut om ett statligt stöds villkorade förenlighet är riktat till staten, på vilken det ankommer att ålägga stödmottagaren att genomföra kompensationsåtgärder, anfört att det framgår av riktlinjerna för statligt stöd till undsättning och omstrukturering av företag i svårigheter¹⁵³ att det är företaget som ska genomföra omstruktureringsplanen och verkställa varje annan skyldighet som föreskrivs i beslutet från kommissionen.¹⁵⁴ Slutligen har SNCF, trots uppenbara skillnader i fråga om omständigheter mellan de målen och detta överklagande, insisterat på relevansen av domarna i målen EDF och ING¹⁵⁵ för prövningen av den principfråga som förts fram inom ramen för denna del av den sjätte grunden.

148. SNCF har följaktligen gjort gällande att tribunalen, genom att underlåta att tillämpa kriteriet om en privat investerare på överlåtelsen av Sernams tillgångar som en enhet av det skälet att artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet utgjorde en kompensationsåtgärd, i flera fall gjort felaktiga rättstillämpningar.

149. Kommissionen har gjort gällande att talan inte ska bifallas på den tredje delen av den sjätte grunden.

2) Bedömning

150. Frågan är huruvida det kompensatoriska sammanhang i vilket de omtvistade åtgärderna genomförts är tillräckligt för att utesluta tillämpligheten av kriteriet om en privat investerare, när, slutligen, verkningarna av dessa åtgärder låg mycket långt ifrån det syfte att kompensera för stöd som ligger till grund för artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet.

151. Jag påminner om att kommissionen i skäl 152 och följande skäl har prövat de åtgärder som anges i protokollet av den 21 juli 2005,¹⁵⁶ i synnerhet de som genomförts samtidigt som kommissionen krävde genomförande av kompensationsåtgärder för att omstrukturingsstödet till Sernam skulle kunna anses vara tillåtet.

¹⁵⁰ Se punkt 323 i den överklagade domen.

¹⁵¹ Se punkt 327 i den överklagade domen.

¹⁵² Se punkt 310 i den överklagade domen.

¹⁵³ Hänvisningar i fotnot 137 i detta förslag till avgörande.

¹⁵⁴ Klaganden hänvisar särskilt till punkt 47 i riktlinjerna.

¹⁵⁵ Dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318) och dom av den 3 april 2014, kommissionen/Nederländerna och ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213).

¹⁵⁶ Det vill säga ett kapitaltillskott på 57 miljoner euro till Sernam, ett kapitaltillskott på 2 miljoner euro till Sernam Xpress, avstående från fordringar från SNCF till Sernam på 38,5 miljoner euro, garantier som lämnats av SNCF som ett åtagande att inom en viss frist slutföra utformningen av en anläggning som var nödvändig för driften av TBE, täckande av en eventuell höjning av hyran för nya driftsställen, förlängning på tre år av rätten för friställda arbetstagare att återvända till Sernam, förlängning på tre år av ett kollektivavtal och garantier från SNCF för den permanenta driften av TBE från dess tillträde.

152. Statens roll som aktieägare, å ena sidan, och statens uppträdande som myndighet, å andra sidan, ska särskiljas och tillämpligheten av kriteriet om en privat investerare ankommer ”till syvende och sist på om den berörda medlemsstaten har beviljat en ekonomisk förmån till ett statligt ägt företag i sin egenskap av aktieägare, och inte i sin egenskap av myndighetsutövare”.¹⁵⁷ Som tidigare anförts framgår det av domen i målet EDF att det ankommer på kommissionen ”att göra en helhetsbedömning. Utöver de omständigheter som åberopats av [den berörda] medlemsstaten ska kommissionen vid denna helhetsbedömning beakta alla andra relevanta omständigheter som gör det möjligt för kommissionen att avgöra om den aktuella åtgärden har vidtagits av medlemsstaten i dess egenskap av aktieägare eller i dess egenskap av myndighetsutövare. Sådana omständigheter som är relevanta för denna bedömning kan ... särskilt utgöras av åtgärdens *karaktär* och *föremål*, det *sammanhang* som låg bakom åtgärdens vidtagande, det eftersträvade *syftet* med åtgärden samt de *regler* som gäller för densamma”.¹⁵⁸ Annorlunda uttryckt beror tillämpligheten av kriteriet om en privat investerare på kvalificeringen av det offentliga ingripandet som ett beslut som har fattats av en ägare till det berörda företaget.¹⁵⁹

153. Jag är inte övertygad om att domen i målet ING¹⁶⁰ i sig är tillräcklig för att besvara den fråga som domstolen här har att bedöma, då det sammanhang i vilket den uppkommer är relativt begränsat och, i alla händelser, saknar samband med det kompensatoriska syfte som varje åtgärd för genomförandet av artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet ska eftersträva. I det beslut från kommissionen som var föremål för talan om ogiltigförklaring vid tribunalen i målet ING hade kommissionen för övrigt bedömt de båda åtgärderna separat (det ursprungliga stödet å ena sidan, och ändringarna i villkoren för återbetalning å andra sidan).¹⁶¹

154. Den fråga som prövades i den domen var således om kommissionen kunde underlåta att pröva den ekonomiska rationaliteten av ändringarna i villkoren för återbetalning utifrån kriteriet om en privat investerare enbart av det skälet att kapitaltillskottet som var föremål för återbetalning redan i sig utgjorde statligt stöd.¹⁶² Domen säger således inget om tillämpligheten av kriteriet om en privat investerare i fråga om kompensationsåtgärder i strikt mening, men den har gett domstolen viss vägledning om arten av den bedömning som ska göra det möjligt för kommissionen att avgöra om detta kriterium är tillämpligt.

155. Det som domarna i målen EDF och ING¹⁶³ säger oss är således att kommissionen ska göra en helhetsbedömning av situationen, vilket tribunalen tydligt framhållit i punkt 292 i den överklagade domen och därefter prövat.

156. Jag ska genast framhålla att SNCF inom ramen för den argumentation som ägnats denna tredje del av den sjätte grunden har erkänt att dess inblandning i olika åtgärder som nämnts ovan skett inom ramen för genomförande av kompensationsåtgärder på uttrycklig begäran av kommissionen. Såsom framhållits inom ramen för prövningen av den första grunden har de kompensationsåtgärder som kommissionen föreskrivit och vars iakttagande var en förutsättning för att omstruktureringsstödet till Sernam skulle vara lagenligt, föreskrivits i ett beslut som riktar sig till staten och syftar till att mildra den snedvridning av konkurrensen som detta stöd orsakat. Syftet, såsom kommissionen framhållit i sina inlagor, med kompensationsåtgärderna var att ”beröva mottagaren en del av sin konkurrensfördel” och att ”delvis återupprätta konkurrenssituationen”. De har således föreskrivits av allmänintresse snarare än i mottagarens intresse. Jag delar för övrigt kommissionens uppfattning att

¹⁵⁷ Dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, punkterna 80 och 81).

¹⁵⁸ Dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, punkt 86). Min kursivering.

¹⁵⁹ Dom av den 3 april 2014, kommissionen/Nederländerna och ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213, punkt 31).

¹⁶⁰ Dom av den 3 april 2014, kommissionen/Nederländerna och ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213).

¹⁶¹ Vilket kan påverka den valda lösningen, se punkt 39 i generaladvokat Sharpstons förslag till avgörande i målen kommissionen/Nederländerna och ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2013:870).

¹⁶² Se punkt 37 i dom av den 3 april 2014, kommissionen/Nederländerna och ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213).

¹⁶³ Dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318) och dom av den 3 april 2014, kommissionen/Nederländerna och ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213).

de åtgärder som vidtagits enligt artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet ursprungligen avsåg skyldigheten att genomföra omstruktureringsplanen på de villkor som fastställts av kommissionen, för att omstruktureringsstödet, som, vilket inte kan förnekas, utgör en åtgärd inom ramen för myndighetsutövning, skulle vara lagenligt.

157. Mot denna bakgrund, och även om jag inte avser att ställa upp någon presumtion, förefaller det mig klart framgå av en helhetsbedömning av situationen, såsom krävs enligt rättspraxis, det vill säga mot bakgrund av åtgärdens karaktär och föremål, dess sammanhang, det eftersträlvade syftet och de regler som gäller för densamma, att den franska staten som ägare till SNCF i detta fall inte har uppträtt i den egenskapen.

158. Klaganden har i sin replik anförut att det föreligger en åtskillnad i behandling av offentliga företag och privata företag. Detta påstående har inte gjorts i tid, åtminstone som skrivelserna från SNCF vid tribunalen inte innehåller något därom. I alla händelser har jag svårt att se någon sådan åtskillnad. Företrädaren för SNCF har, vid domstolens förhandling, lagt fram sina argument på följande sätt: Ett offentligt företag som betalar ett negativt pris vid en överlåtelse uppfyller inte artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet, vilket medför kända rättsliga konsekvenser för det initiala stödets förenlighet, men det kan också klandras för att ha godtagit ett nytt statligt stöd, medan ett privat företag, för vilket en myndighet föreskriver en skyldighet att genomföra kompensationsåtgärder på grundval av ett beslut från kommissionen, som inte heller respekterar villkoret för stödets förenlighet, genom att betala ett negativt pris, vilket medför samma rättsliga konsekvenser, inte under några omständigheter kan klandras för att ha godtagit ett nytt stöd, eftersom det negativa priset betalas med privata medel. Med andra ord är, när kompensationsåtgärder genomförs av ett privat företag, förekomsten av ett nytt stöd otänkbart, vilket utgör åtskillnaden i behandling.

159. Enligt min mening närmar sig detta resonemang det absurda, mot bakgrund av att det, per definition och naturligen, inte kan vara fråga om statligt stöd utan att offentliga medel används. Följaktligen är den jämförelse som SNCF gjort inte relevant. Detta gäller så mycket mer som att den fokuseras på det negativa prisets art, trots att detta inte var det enda åsidosättandet av de villkor som angivits i artikel 3.2 i Sernam 2-beslutet.

160. Av de skäl som ovan anförts ska talan inte bifallas på den tredje delen av den sjätte grunden.

e) Slutsatser avseende den sjätte grunden

161. Då de tre delarna som utgör den sjätte grunden har avfärdats ska talan inte bifallas på den sjätte grunden.

7. Vad kommissionen anförut om talans upptagande till sakprövning i första instans

162. Kommissionen har, i sin svarsinlaga, i sak gjort gällande att talan vid tribunalen borde ha avvisats, men att tribunalen av processekonomiska skäl underlätit att ta ställning till den frågan. Inför domstolen har kommissionen gjort gällande att domstolen är skyldig, om så krävs på eget initiativ, att uttala sig om den grund avseende allmän ordning genom åsidosättande av de villkor som föreskrivs i artikel 263 fjärde stycket FEUF, enligt vilket en sökande inte får begära ogiltigförklaring av en rättsakt som inte är riktad till den eller som inte direkt och personligen berör den. Klaganden är inte direkt och personligen berörd av Sernam 3-beslutet och befinner sig, i förhållande till det ifrågasatta beslutet, i en situation som motsvarar bolaget DEFI i domen DEFI/kommissionen,¹⁶⁴ i synnerhet av det skälet att SNCF inte har en självständig beslutsbefogenhet.

¹⁶⁴ Dom av den 10 juli 1986 (282/85, EU:C:1986:316).

163. Hur intressant den än kan förefalla förtjänar den fråga kommissionen väckt om avvísning av talan vid tribunalen enligt min mening inte ytterligare prövning, och detta av två huvudsakliga skäl. Det första är att kommissionen inte drar någon självständig slutsats av de argument som den lagt fram vid domstolen angående upptagande till sakprövning av den talan som väckts vid tribunalen. Det andra är att tribunalen motiverat sitt val att inte pröva frågan om upptagande till sakprövning av "processekonomiska skäl"¹⁶⁵ och hänvisat till, bland annat, domen i målet Boehringer.¹⁶⁶ Domstolen hade där att pröva ett överklagande av en dom från tribunalen där den slagit fast att "den inte behövde pröva rådets invändning om rättegångshinder, eftersom [sökandenas] yrkanden ... ändå skulle ogillas".¹⁶⁷ Domstolen uttalade att det "ankom på [tribunalen] att ... bedöma huruvida en god rättskipning, mot bakgrund av omständigheterna i målet, motiverade att talan ogillades i sak, utan att rådets invändning om rättegångshinder prövades".¹⁶⁸ Oavsett vilka legitima invändningar¹⁶⁹ som kan anföras mot denna rättspraxis, vilken domstolen därefter har överfört på mål där talan direkt väckts vid denna¹⁷⁰ och inom ramen för sin egen kontroll i överklagade mål,¹⁷¹ kan det emellertid konstateras att kommissionen inte, inom ramen för detta överklagande, har utvecklat sin kritik av denna riktning i rättspraxis. Mot bakgrund av att jag avser att föreslå att överklagandet ska lämnas utan bifall saknas det skäl att närmare bedöma frågan om upptagande av den talan som SNCF väckt vid tribunalen till sakprövning.

V. Rättegångskostnader

164. Enligt artikel 184.2 i domstolens rättegångsregler ska domstolen besluta om rättegångskostnaderna när överklagandet lämnas utan bifall.

165. Enligt artikel 138.1 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 184.1 ska tillämpas i mål om överklagande, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att klaganden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Klaganden ska enligt min mening anses ha tappat målet och ska därför ersätta de rättegångskostnader som är hänförliga till överklagandet.

166. Slutligen ska Mory SA och Mory Team stå för sina egna rättegångskostnader, i enlighet med artikel 140.3 i domstolens rättegångsregler.

VI. Förslag till avgörande

167. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen beslutar följande:

1. Överklagandet lämnas utan bifall.
2. SNCF Mobilités ska ersätta Europeiska kommissionens rättegångskostnader.
3. Mory SA och Mory Team ska stå för sina egna rättegångskostnader.

¹⁶⁵ Punkt 419 i den överklagade domen.

¹⁶⁶ Dom av den 26 februari 2002, rådet/Boehringer (C-23/00 P, EU:C:2002:118).

¹⁶⁷ Dom av den 26 februari 2002, rådet/Boehringer (C-23/00 P, EU:C:2002:118, punkt 51).

¹⁶⁸ Dom av den 26 februari 2002, rådet/Boehringer (C-23/00 P, EU:C:2002:118, punkt 52).

¹⁶⁹ Se punkt 50 och följande punkter i generaladvokaten Bots förslag till avgörande i målet Philips Lighting Poland och Philips Lighting/rådet (C-511/13 P, EU:C:2015:206).

¹⁷⁰ Se dom av den 23 mars 2004, Frankrike/kommissionen (C-233/02, EU:C:2004:173).

¹⁷¹ Se dom av den 24 juni 2015, Fresh Del Monte Produce/kommissionen och kommissionen/Fresh Del Monte Produce (C-293/13 P och C-294/13 P, EU:C:2015:416, punkt 193).