



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JULIANE KOKOTT
föredraget den 16 juli 2020¹

Mål C-160/19 P

**Comune di Milano
mot**

Europeiska kommissionen

”Överklagande – Statligt stöd – Stöd i form av kapitaltillskott från moderbolaget – Markttjänster på flygplatserna Milano-Linate och Milano-Malpensa – Bevis för att en åtgärd har vidtagits med statliga medel – Prövning av indicier – Bedömning av på varandra följande ingripanden som ett enda ingripande – Omfattningen av unionsdomstolarnas prövning av kommissionsbeslut som avser statligt stöd – Kriteriet om en privat investerare i en marknadsekonomi – Fördelning av bevisbördan – Relevanta uppgifter”

I. Inledning

1. Kapitaltillskott för att täcka förluster i ett dotterbolag kan utgöra statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF om moderbolaget som står för tillskottet ägs av staten. Det är emellertid inte fråga om statligt stöd om en fiktiv privat investerare som verkar på normala marknadsekonomiska villkor också skulle ha vidtagit den aktuella åtgärden.

2. I förevarande mål har medlemsstaten under det administrativa förfarandet till kommissionen inte överlämnat tillräckligt med handlingar som rör moderbolagets beslutsprocess från tiden före kapitaltillskottet till dotterbolaget. Tribunalen fann därför att villkoret om en fiktiv privat investerare som verkar på normala marknadsekonomiska villkor inte är uppfyllt. Överklagandet från Comune di Milano (kommunen Milano, Italien) avser huruvida tribunalen i detta sammanhang har tillämpat rätt beviskrav och i synnerhet om den fördelat bevisbördan på rätt sätt.

II. Tillämpliga bestämmelser

3. Tribunalen hänvisade inte endast till artikel 107.1 FEUF utan även till kommissionens direktiv 2006/111/EG om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag samt i vissa företags ekonomiska verksamhet.² I artikel 2 b andra stycket i nämnda direktiv föreskrivs följande presumtionsregel för offentliga företag:

”I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges: ...

¹ Originalspråk: tyska.

² Kommissionens direktiv av den 16 november 2006 (EUT L 318, 2006, s. 17).

- b) *offentliga företag*: varje företag, över vilket de offentliga myndigheterna direkt eller indirekt kan utöva ett dominerande inflytande till följd av ägarskap, finansiell medverkan eller gällande regler.

Ett dominerande inflytande skall anses föreligga, när de offentliga myndigheterna direkt eller indirekt

...

- ii) kontrollerar majoriteten av röstetalet för bolagets samtliga aktier ...”

III. Bakgrund till tvisten och förfarandet

A. Bakgrund till tvisten

4. SEA SpA (nedan kallat SEA) är det företag som sköter driften av flygplatserna Milano-Linate och Milano-Malpensa (Italien). Mellan åren 2002 och 2010 ägdes kapitalet i företaget nästan helt av de offentliga myndigheterna, det vill säga 84,56 procent ägdes av sökanden, kommunen Milano, 14,56 procent av Provincia di Milano (Italien) och 0,88 procent av andra offentliga och privata aktieägare.

5. Fram till den 1 juni 2002 tillhandahöll SEA självt marktjänsterna på flygplatserna Milano-Linate och Milano-Malpensa. Till följd av att nya unionsrättsliga bestämmelser infördes bildade SEA därefter ett nytt bolag, som helt kontrollerades av SEA och som fick namnet SEA Handling SpA (nedan kallat SEA Handling). SEA Handling har tillhandahållit marktjänsterna på flygplatserna Milano-Linate och Milano-Malpensa sedan den 1 juni 2002.

6. Den 26 mars 2002 ingick Comune di Milano, SEA och olika fackförbund ett avtal (nedan kallat 2002 års fackliga avtal) i vilket Comune di Milano bekräftade att SEA under en period av åtminstone fem år framåt ska fortsätta vara majoritetsägare i SEA Handling och att SEA ska bära ansvaret för kostnads-/intäktsbalansen i dotterbolaget genom att ”bibehålla [dess] ledningskapacitet och avsevärt förbättra [dess] konkurrensförmåga på de nationella och internationella marknaderna”.

7. Under perioden från år 2002 till år 2010 genomförde SEA kapitaltillskott till förmån för SEA Handling med ett belopp på sammanlagt 359 644 000 euro. Under samma tidsperiod redovisade SEA Handling förluster på sammanlagt 339 784 000 euro.

B. Det angripna beslutet

8. Till följd av ett klagomål undersökte kommissionen kapitaltillskotten och antog med anledning av detta den 19 december 2012 beslut 2015/1225 om de kapitaltillskott som gjorts av företaget SEA SpA till förmån för SEA Handling SpA, delgivet med nr C(2012) 9448³ (nedan kallat det angripna beslutet).

9. I beslutsdelen av det angripna beslutet konstaterade kommissionen bland annat att de kapitaltillskott som SEA har genomfört till förmån för dotterbolaget SEA Handling under perioden 2002 till 2010 utgör statligt stöd i den mening som avses i artikel 107 FEUF som är oförenligt med den inre marknaden och därför ska återkrävas.

3 Kommissionens beslut (EU) 2015/1225 av den 19 december 2012 om de kapitaltillskott som gjorts av företaget SEA SpA till förmån för SEA Handling SpA (ärendet SA.21420 [C 14/10] [f.d. NN 25/10] [f.d. CP 175/06]) [delgivet med nr C(2012) 9448] (EUT L 201, 2015, s. 1).

C. Förfarandet vid tribunalen

10. Comune di Milano väckte den 18 mars 2013 talan om ogiltigförklaring av det angripna beslutet enligt artikel 263.4 FEUF. Comune di Milano ingav även en ansökan om interimistiska åtgärder, vilken dock återkallades.

11. Genom dom av den 13 december 2018, Comune di Milano/kommissionen (T-167/13, EU:T:2018:940) (nedan kallad den överklagade domen) fastställde tribunalen kommissionens beslut, ogillade följaktligen talan och förpliktade Comune di Milano att ersätta rättegångskostnaderna.

D. Målet om överklagande vid domstolen

12. Comune di Milano överklagade tribunalens dom genom förevarande överklagande av den 22 februari 2019.

13. Comune di Milano har yrkat att domstolen ska

- upphäva tribunalens dom av den 13 december 2018 i mål T-167/13, Comune di Milano/kommissionen,
- ogiltigförklara Europeiska kommissionens beslut (EU) 2015/1225, av den 19 december 2012 om de kapitaltillskott som genomförts av SEA SpA till förmån för SEA Handling SpA (ärende SA.21420 (C14/10) (ex NN25/10)), och
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna, inbegripet de kostnader som är hänförliga till det interimistiska förfarandet i mål T-167/13 R.

14. Kommissionen har yrkat att domstolen ska

- avvisa överklagandet, eftersom det är uppenbart att det inte i någon del kan tas upp till prövning, och/eller ogilla överklagandet i sin helhet såsom uppenbart oggrundat,
- förplikta Comune di Milano att ersätta rättegångskostnaderna för förevarande förfarande, för förfarandet vid tribunalen samt för förfarandet om interimistiska åtgärder.

15. Parterna utvecklade sin talan skriftligen och yttrade sig muntligen om överklagandet vid förhandlingen den 4 juni 2020.

IV. Rättslig bedömning

16. Till stöd för överklagandet har Comune di Milano åberopat fyra grunder som alla avser att tribunalen har åsidosatt artikel 107 FEUF, eftersom det inte föreligger några åtgärder som kan anses utgöra statligt stöd i förevarande mål.

17. Ett statligt stöd enligt artikel 107.1 FEUF föreligger om fyra kumulativa villkor är uppfyllda. För det första måste det röra sig om en statlig åtgärd eller en åtgärd som vidtas med statliga medel, för det andra måste denna åtgärd kunna påverka handeln mellan medlemsstaterna, för det tredje måste den ge ett företag en selektiv fördel och för det fjärde ska åtgärden snedvrida eller hota att snedvrida konkurrensen.

18. De första tre grunderna för överklagandet rör villkoret som avser statliga medel och frågan huruvida åtgärden kan tillskrivas staten (se nedan avsnitt A, B och C). Den fjärde grunden avser kriteriet om en privat investerare i en marknadsekonomi, vilket har betydelse i samband med frågan huruvida stödmottagaren ges en fördel (se nedan avsnitt D).

A. Den första grunden – statliga medel

19. Ett stöd ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF om den fördel som ges för det första tilldelas med statliga medel och beslutet som ligger till grund för fördelen för det andra kan tillskrivas en statlig aktör.⁴

20. Inom ramen för den första grunden har Comune di Milano dels ifrågasatt att det påstådda statliga stödet innebär användande av statliga medel (den första grundens första del), dels ifrågasatt metoden som tribunalen tillämpat vid fastställandet av huruvida åtgärden kan tillskrivas staten (den första grundens andra del).

1. Den första grundens första del

a) Huruvida den första grundens första del kan tas upp till sakprövning

21. Kommissionen har gjort gällande att de argument som Comune di Milano tagit upp inom ramen för den första grundens första del inte kan tas upp till sakprövning, eftersom Comune di Milano för första gången i överklagandet ifrågasatt att de medel som använts är statliga. Den omständigheten att tribunalen prövade denna fråga i den överklagade domen och därmed dömde utöver vad som yrkats av parterna (*ultra petita*) ska emellertid inte medföra en möjlighet för Comune di Milano att för första gången i överinstansen göra gällande att detta villkor i artikel 107.1 FEUF inte är uppfyllt.

22. Enligt artikel 170.1 andra meningen i domstolens rättegångsregler får överklagandet inte ändra saken i målet vid tribunalen. Om man betraktar den första grundens första del separat kanske den inte kan tas upp till sakprövning, eftersom det är inom ramen för denna som kommissionens tolkning av befintlig rättspraxis rörande begreppet statliga medel, vilken bekräftades av tribunalen, för första gången ifrågasätts uttryckligen.⁵

23. Kommissionen har emellertid missförstått den argumentation som Comune di Milano framförde inför tribunalen.

24. Comune di Milano framförde visserligen inte redan i detta skede i förfarandet en argumentation som var direkt riktad mot frågan om medlen var statliga, utan fokuserade i första hand på att kommissionen ansett att åtgärderna kan tillskrivas de italienska myndigheterna.

25. Comune di Milano gav emellertid redan i ansökan⁶ i första instans uttryck för att den inte delar kommissionens bedömning att de använda medlen är statliga till sin karaktär. Det framgår tydligt redan av resonemanget i sig, men i synnerhet av rubriken till grunden liksom av redogörelsen för – det påstått rättsstridiga – beslutet från kommissionen, att det inte endast är frågan om åtgärderna kan tillskrivas staten som ifrågasätts, utan även att de har sitt ursprung i statliga medel.

⁴ Dom av den 16 maj 2002, Frankrike/kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, punkt 24 och där angiven rättspraxis), och dom av den 19 december 2013, Vent De Colère! m.fl. (C-262/12, EU:C:2013:851, punkt 16).

⁵ Dom av den 1 juni 1994, kommissionen/Brazzelli Lualdi m.fl. (C-136/92 P, EU:C:1994:211, punkt 59), dom av den 1 februari 2007, Sison/rådet (C-266/05 P, EU:C:2007:75, punkt 95), och dom av den 16 november 2017, Ludwig-Bölkow-Systemtechnik/kommissionen (C-250/16 P, EU:C:2017:871, punkt 29).

⁶ Se ansökan punkt 11 och följande punkter.

26. Mot denna bakgrund omfattas tribunalens konstateranden med avseende på om de använda medlen är statliga av parternas yrkanden. Följaktligen kan Comune di Milano ifrågasätta dessa överväganden. Det står alltså Comune di Milano fritt att utvidga sin argumentation på detta sätt. Den första grundens första del kan således tas upp till sakprövning.

b) Prövning i sak av den första grundens första del – statliga medel i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF

27. Comune di Milanos invändningar som avser att de medel som använts för kapitaltillskotten inte är statliga till sin karaktär riktar sig mot punkterna 63 och 65–67 i den överklagade domen.

28. Tribunalen hänvisade i punkt 63 i den överklagade domen till omständigheten att mer än 99 procent av aktierna i SEA innehades av offentliga organ för att kvalificera de ekonomiska bidragen till SEA Handling som statliga medel. I punkt 65 i den överklagade domen prövade tribunalen SEA:s organisatoriska struktur och konstaterade på grundval av denna prövning att de använda medlen var statligt kontrollerade. Slutligen fann tribunalen i punkterna 65 och 66 i den överklagade domen att det, på grund av den organisatoriska strukturen och de rättigheter och skyldigheter som följer av denna för de italienska myndigheterna i egenskap av majoritetsägare, förelåg ett dominerande statligt inflytande och att de finansiella medel som SEA överförde till SEA Handling fortlöpande kontrollerades av staten. Tribunalen hänvisade i detta sammanhang också till presumtionen enligt artikel 2 b andra stycket i direktiv 2006/111 för att skapa en koppling mellan omständigheten att den italienska staten är majoritetsägare och det dominerande inflytandet över SEA.

29. Comune di Milano anser, *för det första*, att statens majoritetsägande i ett företag inte är tillräckligt för att tillerkänna de medel som detta företag förfogar över en statlig karaktär, *för det andra*, att statliga medel måste vara under ständig statlig kontroll för att kunna kvalificeras som sådana, och slutligen, *för det tredje*, att tribunalen felaktigt grundat sin argumentation i samband med artikel 107.1 FEUF på direktiv 2006/111 och således felaktigt kommit fram till att staten utövar ett dominerande inflytande på ett företag. Nämda direktiv avser endast bestämmelserna om offentliga företag enligt artikel 106 FEUF.

30. Överklagandet kan vinna bifall såvitt avser denna grund om tribunalens motivering är felaktig och domen grundar sig på denna. Tribunalens motivering på denna punkt är dock i huvudsak riktig. I den mån som hänvisningen till presumtionen enligt artikel 2 b andra stycket i direktiv 2006/111 är felaktig, grundar sig domen emellertid inte på denna.

31. Artikel 107.1 FEUF omfattar alla ekonomiska medel som staten faktiskt kan använda för att stödja företag och det är inte relevant om dessa medel permanent ingår bland statens tillgångar eller inte.⁷ Denna faktiska möjlighet föreligger i synnerhet när staten utövar ett dominerande inflytande på företaget som tillhandahåller de aktuella medlen och därigenom kan bestämma över användningen av dessa medel.⁸ Ett dominerande inflytande kan i sin tur följa av den statliga aktörens aktieinnehav i det aktuella företaget.⁹

⁷ Dom av den 16 maj 2000, Frankrike/Ladbroke Racing och kommissionen (C-83/98 P, EU:C:2000:248, punkt 50), 16 maj 2002, Frankrike/kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, punkt 37), dom av den 17 juli 2008, Essent Netwerk Noord m.fl. (C-206/06, EU:C:2008:413, punkt 70), dom av den 19 december 2013, Vent De Colère! m.fl. (C-262/12, EU:C:2013:851, punkt 21), och dom av den 13 september 2017, (C-329/15, EU:C:2017:671, punkt 25).

⁸ Dom av den 16 maj 2002, Frankrike/kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, punkt 38), dom av den 18 maj 2017, Fondul Proprietatea (C-150/16, EU:C:2017:388, punkt 17), dom av den 13 september 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671, punkt 31), och dom av den 9 november 2017, kommissionen/TV2/Danmark (C-656/15 P, EU:C:2017:836, punkt 47).

⁹ Dom av den 16 maj 2002, Frankrike/kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, punkt 38), och dom av den 18 maj 2017, Fondul Proprietatea (C-150/16, EU:C:2017:388, punkt 33).

32. Comune di Milano har invänt mot denna slutsats rörande den statliga karaktären av de kapitaltillskott som härrör från det statliga inflytandet över SEA och har därvid åberopat målet ENEA.¹⁰

33. Det stämmer visserligen att denna slutsats i ovannämnda mål inte kunde nås med stöd av de faktiska statliga kontrollbefogenheterna över de agerande företagen. Detta berodde dock på att den förmån som beviljats inte hade något samband med denna kontroll, utan i stället berodde på en lag: det var nämligen fråga om en bestämmelse som krävde att elleverantörer skulle sälja kraftvärmeel uppgående till en andel på 15 procent av deras årliga elförsäljning till slutanvändare. Visserligen stod en del av dessa elleverantörer under statlig kontroll, men därigenom fick deras betalningar till elproducenter som tillhandahåller kraftvärmeel inte karaktären av statliga medel. Staten utnyttjade nämligen inte sin bolagsrättsliga kontroll över dessa företag för att initiera betalningen, utan utövade i stället sin lagstiftningsbefogenhet, vilket medförde att köpskyldigheten gällde för alla elleverantörer oavsett statligt ägande. Priserna för elen bestämdes däremot på grundval av förhållandena på marknaden.¹¹

34. Sådana omständigheter föreligger emellertid inte i förevarande mål. Besluten om kapitaltillskott till SEA Handling grundades inte på lagstiftning, utan på beslut som fattades av SEA som på grund av ägarstrukturen kontrollerades av statliga italienska myndigheter. Följaktligen gjorde tribunalen inte en felaktig rättstillämpning i den överklagade domen när den konstaterade att det föreligger ett samband mellan kontrollbefogenheten och det dominerande inflytande som följer av denna befogenhet å ena sidan och medlens statliga karaktär å andra sidan. Tribunalen har tagit tillräcklig hänsyn till sammanhanget i förevarande mål och mot denna bakgrund även beaktat relevant rättspraxis.

35. Med hänsyn till det ovan anförda kan det lämnas öppet huruvida tribunalens hänvisning till artikel 2 b andra stycket i direktiv 2006/111 i punkt 65 i den överklagade domen utgjorde felaktig rättstillämpning. Det är visserligen oklart huruvida domstolen fortfarande anser att värderingarna som kommer till uttryck i detta direktiv ska användas som kriterium för villkoren i artikel 107 FEUF, eftersom den – såvitt framgår – endast har grundat sig på bestämmelsens föregångare¹² i ett enda tidigare mål.¹³ Emellertid är detta resonemang från tribunalens sida endast en kompletterande motivering, vilket innebär att en felaktig rättstillämpning på denna punkt inte kan påverka den överklagade domen.¹⁴

2. Den första grundens andra del – metoden för att bedöma om en åtgärd kan tillskrivas staten

36. Inom ramen för den första grundens andra del har Comune di Milano i första hand gjort gällande att tribunalen felaktigt har fastställt kommissionens bedömning med avseende på att kapitaltillskotten ska tillskrivas de italienska myndigheterna. Kommissionen har ansett att åtgärderna kan tillskrivas statliga organ endast på grundval av en presumtion om att dessa har varit delaktiga i besluten om kapitaltillskott, utan att ha lagt fram några faktiska bevis för att staten kan tillskrivas ansvar.

10 Dom av den 13 september 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671).

11 Dom av den 13 september 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671, punkterna 27 och 31–35).

12 Artikel 2.1 andra strecksatsen i kommissionens direktiv 80/723/EEG av den 25 juni 1980 om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag (EGT L 195, 1980, s. 35) i dess ändrade lydelse enligt kommissionens direktiv 93/84/EWG av den 30 september 1993 (EGT L 254, 1993, s. 16).

13 Dom av den 16 maj 2002, Frankrike/kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, punkt 34).

14 Se dom av den 11 december 2008, kommissionen/Département du Loiret (C-295/07 P, EU:C:2008:707, punkt 74).

37. Det stämmer att en förutsättning för att åtgärder som ett offentligt kontrollerat företag genomför ska kunna tillskrivas staten är att statliga organ varit delaktiga i besluten som dessa åtgärder vilar på. Sådan delaktighet måste dock inte bevisas konkret, till exempel genom en utförlig undersökning.¹⁵ Tvärtom kan statligt ansvar för en åtgärd härledas ur samtliga omständigheter i det enskilda fallet och det sammanhang i vilket åtgärden vidtagits. I detta avseende kan det till och med räcka med att dessa omständigheter enbart pekar mot att det är osannolikt att staten inte varit delaktig i vidtagandet av åtgärden.¹⁶

38. Tribunalen grundade sig emellertid – i motsats till vad Comune di Milano har gjort gällande – inte endast på detta: I den mån Comune di Milano har kritiserat tribunalen för att ha baserat slutsatsen att kapitaltillskotten ska tillskrivas den italienska staten endast på ett antagande om att det är osannolikt att en åtgärd vidtagits utan statens delaktighet, grundar sig detta på en felaktig tolkning av den överklagade domen. Tribunalen förlitade sig nämligen endast på detta antagande med avseende på sambandet i tiden mellan enskilda omständigheter och olika åtgärder.

39. Däremot ska Comune di Milanos invändning som, utöver anklagelsen som omnämns i punkt 38, även avser att prövningen av vem åtgärderna ska tillskrivas är felaktig lämnas utan avseende. Med avseende på om åtgärderna kan tillskrivas staten har tribunalen tvärtom värderat ett stort antal omständigheter som kan tala både för och emot att kapitaltillskotten ska tillskrivas den italienska staten och har således uppfyllt de krav som uppställs i rättspraxis vad gäller bevisningen avseende denna aspekt av ”statliga medel” i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF.

40. Bland de omständigheter som prövats finns särskilt avtalet mellan fackföreningarna, SEA och Comune di Milano, 2002 års fackliga avtal som redan nämnts, enligt vilket SEA förpliktades att bära ansvar för kostnads-intäktsbalansen i sitt dotterbolag (punkterna 77–83 i den överklagade domen).

41. Vidare har tribunalen – till ytterligare stöd för det samlade intrycket – efter kritisk prövning av omständigheternas bevisvärde även hänvisat till protokoll från SEA Handlings styrelsesammanträden. Av dessa framgår bland annat att Comune di Milano godkänt verksamhetsutvecklingsplanen för SEA Handling för perioden från och med år 2007 (punkt 85 i den överklagade domen).

42. Andra omständigheter som prövades av tribunalen var den roll som kommunfullmäktiges ordförande i Milano spelat när SEA:s styrelseordförande avgick år 2006 (punkt 86 i den överklagade domen) och det faktum att ansökningar om entledigande in blanko överlämnats till kommunfullmäktigeordföranden av SEA:s styrelseledamöter (punkt 87 i den överklagade domen). Mot denna bakgrund fastställde tribunalen i punkt 88 i den överklagade domen kommissionens konstateranden rörande betydelsen som de beslut som fattats inom ramen för SEA-koncernens enhetliga strategi hade som indicium för att kapitaltillskotten ska tillskrivas staten.

43. Därefter konstaterade tribunalen att de indicier som Comune di Milano hade åberopat separat och fristående från kommissionens påståenden inte föranleder någon annan slutsats med avseende på det avgörande inflytandet och således inte heller med avseende på att åtgärderna kan tillskrivas staten. Tribunalen har i detta sammanhang prövat de åberopade indicierna enskilt, men vid bedömningen av deras bevisvärde beaktat dem tillsammans. Tribunalen tog även hänsyn till omständigheten att SEA av sekretessskäl vägrade ge en ledamot av kommunfullmäktige tillgång till vissa handlingar (punkt 90 i den överklagade domen) och att det av den efterföljande skriftväxlingen mellan Comune di Milano och

15 Dom av den 16 maj 2002, Frankrike/kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, punkterna 52 och 53), och dom av den 17 september 2014, Commerz Nederland, C-242/13, EU:C:2014:2224, punkt 31 och följande punkter).

16 Dom av den 16 maj 2002, Frankrike/kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, punkterna 55 och 56), och dom av den 17 september 2014, Commerz Nederland, C-242/13, EU:C:2014:2224, punkterna 32 och 33).

SEA framgår meningsskiljaktigheter mellan båda (punkt 91 i den överklagade domen). Dessutom prövade tribunalen skriftväxlingen mellan SEA och en kommunfullmäktigeledamot (punkt 92) och omständigheten att den ställföreträdande kommunfullmäktigeordföranden inte tillhandahölls vissa uppgifter om fackliga förhandlingar (punkt 93 i den överklagade domen).

44. För övrigt aktualiseras av samma skäl inte heller den av Comune di Milano befarade utvidgningen av tillämpningsområdet för artikel 107.1 FEUF med avseende på alla statligt kontrollerade privata företag i förevarande mål: tribunalen har, såsom visats, inte tillskrivit de italienska myndigheterna de aktuella åtgärderna endast på grund av den organisatoriska strukturen i koncernen, utan efter en prövning av omständigheterna i det enskilda fallet.

45. Mot denna bakgrund är även den första grundens andra del ogrundad, varför överklagandet ska ogillas såvitt avser den första grunden i sin helhet.

B. Den andra grunden – bevis för att staten ska tillskrivas ansvar

46. Inom ramen för den andra grunden har Comune di Milano gjort gällande att tribunalen har åsidosatt bevisrättsliga principer som följer av fast rättspraxis vad gäller frågan huruvida åtgärden kan tillskrivas staten, både med avseende på att tribunalen ställt mindre stränga krav på bevisningen som ska styrka denna omständighet än på motbevisningen å ena sidan (den andra grundens första del) och med avseende på att den godtagit avsaknaden av fullständig bevisning å andra sidan (den andra grundens andra del).

47. Närmare bestämt har Comune di Milano genom den andra grundens första del ifrågasatt tribunalens krav att Comune di Milano skulle åberopa faktiska omständigheter för att vederlägga att åtgärderna ska tillskrivas de italienska myndigheterna, medan kommissionen endast behövde åberopa en presumtion för sin bevisning, och har gjort gällande bristande likehandling i detta avseende.

48. Detta påstående ska emellertid lämnas utan avseende. Såsom visats i punkt 38 har Comune di Milano gjort en felaktig tolkning av punkterna 75 och 80 i den överklagade domen: Comune di Milano anser att tribunalen har godtagit att kommissionen endast åberopat presumptionen att det är osannolikt att de italienska myndigheterna inte har varit delaktiga i de aktuella åtgärderna för att styrka att åtgärderna ska tillskrivas myndigheterna. I verkligheten har tribunalen emellertid tolkat den i nämnda punkter omnämnda presumptionen som en av flera omständigheter som sammantaget talar för att kapitaltillskotten ska tillskrivas de italienska myndigheterna. Dessutom använder tribunalen endast denna presumtion i fråga om tillskrivandet av de kapitaltillskott som inte genomfördes direkt efter 2002 års fackliga avtal. För övrigt har tribunalen genomfört en prövning i linje med de principer som utvecklats i rättspraxis både av de omständigheter som talar för att åtgärderna ska tillskrivas den italienska staten och av de omständigheter som talar mot detta.

49. Inte heller Comune di Milanos påstående att det helt enkelt är omöjligt att motbevisa nämnda presumtion kan godtas. För det första behöver, såsom redan visats, inte presumptionen som sådan motbevisas, utan endast det samlade intryck som följer av en gemensam bedömning av omständigheterna. För det andra är det inte avgörande att ett konkret motbevis förebringas, utan det räcker med att anföra tillräckliga omständigheter som tyder på motsatsen. Att de omständigheter som åberopats inte övertygar kommissionen och tribunalen beror på den materiella bedömningen av dessa och inte på den metod för bevisvärdering som tillämpas.

50. Följaktligen ska överklagandet ogillas såvitt avser den andra grundens första del.

51. Detsamma gäller den andra grundens andra del. Inom ramen för denna anser Comune di Milano att tribunalen har gjort en felaktig rättstillämpning när den för det första inte prövat huruvida varje enskilt kapitaltillskott kan tillskrivas staten och för det andra, att den därigenom har gjort en felaktig tillämpning av rättspraxis. Domstolen har visserligen i sin nuvarande praxis ansett att på varandra följande ingripanden under vissa omständigheter ska betraktas som ett enda ingripande. Detta har emellertid avsett andra omständigheter och kan således inte nödvändigtvis överföras på en fråga om huruvida vissa åtgärder ska tillskrivas staten. Följaktligen har tribunalen missuppfattat rättspraxis i detta avseende.

52. Detta påstående grundas antagligen på att Comune di Milano anser att vissa eller till och samtliga kapitaltillskott inte skulle tillskrivas den italienska staten om man skulle göra en separat prövning av åtgärderna. Eftersom detta påstående inte utan vidare kan antas vara ogrundat, uppkommer frågan huruvida kommissionen och tribunalen fick bedöma de enskilda kapitaltillskotten gemensamt som ett enda ingripande i samband med bedömningen av om de ska tillskrivas staten.

53. Även Comune di Milano har medgett att flera på varandra följande statliga ingripanden kan betraktas som ett enda ingripande om de mot bakgrund av bland annat deras tidsföljd och syfte samt företagets situation vid tidpunkten för ingripandena, uppvisar så nära samband att det är omöjligt att skilja dem åt.¹⁷

54. Denna rättspraxis utvecklades visserligen i mål vars centrala fråga med avseende på bestämmelserna om statligt stöd var analysen av begreppet statliga medel,¹⁸ åtgärdens selektivitet¹⁹ respektive tillämpningen av villkoret om en privat investerare i en marknadsekonomi.²⁰ Till skillnad från vad Comune di Milano har gjort gällande följer härav inte att denna rättspraxis endast gäller för dessa aspekter av artikel 107.1 FEUF. Denna rättspraxis omfattar uttryckligen även tillämpningen av artikel 107.1 FEUF i sin helhet²¹ och skiljer i deras specifika utformning inte mellan de enskilda delarna av denna bestämmelse. Även den omständigheten att en åtgärd kan tillskrivas staten är, såsom en delaspekt av begreppet statliga medel, en aspekt av artikel 107.1 FEUF. Därför kan argumentationen i nämnda rättspraxis också överföras för att kontrollera huruvida på varandra följande ingripanden kan betraktas som ett enda ingripande med avseende på frågan huruvida de kan tillskrivas en stat.

55. Mot denna bakgrund gjorde tribunalen inte heller på denna punkt någon felaktig rättstillämpning. Tribunalen prövade kommissionens konstateranden i punkterna 72 och 73 i den överklagade domen mot bakgrund av de nämnda kriterierna och fann att den fortlöpande tillämpningen i tiden kan förklaras av en flerårig strategi²² för att täcka förlusterna, och att de enskilda besluten om att genomföra kapitaltillskotten vilade på denna strategi. En sådan strategi är ägnad att göra att de enskilda åtgärderna uppvisar så nära samband att det är omöjligt att skilja dem åt.

56. Följaktligen kan inte heller den andra grundens andra del godtas. Vidare har Comune di Milano hävdatt att slutsatsen att det finns en strategi utgör en missuppfattning av de faktiska omständigheterna, vilket ska prövas i samband med den tredje grunden.

17 Dom av den 19 mars 2013, Bouygues och Bouygues Télécom/kommissionen (C-399/10 P och C-401/10 P, EU:C:2013:175, punkterna 103 och 104), dom av den 4 juni 2015, kommissionen/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362, punkt 97), och dom av den 26 mars 2020, Larko/kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, punkt 33).

18 Dom av den 19 mars 2013, Bouygues och Bouygues Télécom/kommissionen (C-399/10 P och C-401/10 P, EU:C:2013:175, punkt 89 och följande punkter).

19 Dom av den 4 juni 2015, kommissionen/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362, punkt 88 och följande punkter).

20 Dom av den 26 mars 2020, Larko/kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, punkterna 27–34).

21 Se de domar som anges i fotnot 18.

22 Denna strategi diskuteras i punkterna 61 och 64 och följande punkter i förevarande förslag till avgörande.

C. Den tredje grunden – felaktig bedömning av bevisningen som åberopats till stöd för att åtgärderna kunde tillskrivas kommunen

57. Inom ramen för den tredje grunden har Comune di Milano gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig bedömning av bevisningen när den prövade de indicier som kommissionen hade åberopat till stöd för påståendet att åtgärderna i fråga kunde tillskrivas Comune di Milano. I detta sammanhang ska även Comune di Milanos påstående att tribunalen gjorde en felaktig bedömning av bevisningen inom ramen för den andra grunden prövas.

58. När tribunalen har fastställt eller bedömt de faktiska omständigheterna är domstolen enligt artikel 256 FEUF i förening med artikel 58.1 i stadgan för domstolen enbart behörig att pröva tribunalens rättsliga bedömning av dessa omständigheter och de rättsliga följderna därav. Bedömningen av de faktiska omständigheterna utgör inte, med undantag för då tribunalen har missuppfattat bevisningen, en rättsfråga som ska prövas av domstolen.²³

59. En missuppfattning av bevisningen föreligger när bedömningen av den befintliga bevisningen framstår som uppenbart felaktig.²⁴ En sådan missuppfattning ska härvid framstå som uppenbar av handlingarna i målet utan att det är nödvändigt att göra en ny bedömning av de faktiska omständigheterna och av bevisningen.²⁵ Med beaktande av att ett påstående om en missuppfattning av de faktiska omständigheterna utgör ett undantagsfall, krävs det enligt artikel 256 FEUF, artikel 58 första stycket i domstolens stadga och artikel 168.1 första stycket d i domstolens rättegångsregler särskilt att klaganden tydligt anger de omständigheter och den bevisning som ska ha missuppfattats av tribunalen och visar vilka fel i bedömningen som enligt klaganden utgör en sådan missuppfattning.²⁶

60. Comune di Milano har inledningsvis inom ramen för den andra grunden gjort gällande att tribunalen missuppfattade argumentationen som kommunen framförde vid domstolsförfarandet. Comune di Milano förefaller hänvisa till tribunalens konstateranden i punkt 72 i den överklagade domen. I denna punkt konstaterade tribunalen att Comune di Milano, utan närmare förklaringar, endast hade hävdatt att kommissionen inte visat att de indicier som den lagt fram för att tillskriva den italienska staten samtliga de åtgärder som vidtogs under den aktuella perioden är logiska och samstämmiga. Comune di Milano har emellertid inte preciserat vilken del av argumentationen som tribunalen ska ha missuppfattat. Detta påstående kan således inte prövas i sak.

61. Vidare har Comune di Milano inom ramen för den andra grunden gjort gällande att de italienska myndigheterna och SEA i motsats till ett ytterligare konstaterande i punkt 72 i den överklagade domen inte har medgett att det fanns en ”flerårig strategi för att täcka förlusterna”. Tvärtom har det i olika dokument endast varit tal om en strategi för omstrukturering. Därmed har Comune di Milano emellertid tillstått den avgörande aspekt som är tvistig inom ramen för den andra grunden: de årliga kapitaltillskotten ingår i en enhetlig strategi och behöver därför inte undersökas separat i enlighet med den rättspraxis som redogjorts för ovan.²⁷ Huruvida strategin direkt omfattade förlusttäckningen eller bara mer allmänt omstrukturering saknar betydelse i detta sammanhang. Följaktligen avser denna argumentation en missuppfattning av bevisningen som inte är avgörande för målets utgång.

²³ Dom av den 26 mars 2020, Larko/kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, punkt 25 och där angiven rättspraxis).

²⁴ Dom av den 17 juni 2010, Lafarge/kommissionen (C-413/08 P, EU:C:2010:346, punkt 17 och där angiven rättspraxis).

²⁵ Dom av den 3 april 2014, Frankrike/kommissionen (C-559/12 P, EU:C:2014:217, punkt 80 och där angiven rättspraxis), och dom av den 11 december 2019, Mytilinaios Anonymos Etairia – Omilos Epicheiriseon/kommissionen (C-332/18 P, EU:C:2019:1065, punkt 150).

²⁶ Dom av den 7 januari 2004, Aalborg Portland m.fl./kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, EU:C:2004:6, punkt 50), dom av den 20 oktober 2011, PepsiCo/Grupo Promer Mon Graphic (C-281/10 P, EU:C:2011:679, punkt 78), dom av den 9 november 2017, TV2/Danmark/kommissionen (C-649/15 P, EU:C:2017:835, punkt 51), och dom av den 16 januari 2019, Polen/Stock Polska sp. z o.o. och EUIPO (C-162/17 P, ej publicerad, EU:C:2019:27, punkt 71).

²⁷ Se ovan punkterna 53 och 54.

62. Slutligen har Comune di Milano inom ramen för den andra grunden framhållit att den inför tribunalen har gjort gällande att varje enskilt kapitaltillskott måste ses i det sammanhang i vilket åtgärden vidtagits. Comune di Milano har i detta hänseende emellertid inte gjort gällande att tribunalen faktiskt missuppfattade bevisningen, utan endast invänt mot att tribunalen ansåg att det inte fanns fog för dess argument. Av detta följer att Comune di Milano med sin argumentation eftersträvar att domstolen ska göra en ny bedömning av argumentet, vilket dock inte är möjligt inom ramen för ett överklagande.

63. De invändningar om att tribunalen missuppfattat bevisningen som Comune di Milano gjort inom ramen för den andra grunden ska således underkännas.

64. Inom ramen för den tredje grunden har Comune di Milano gjort gällande att det i 2002 års fackliga beslut inte finns något som ger utrymme för kommissionens och tribunalens slutsatser med avseende på att åtgärderna ska tillskrivas de italienska myndigheterna. Beslutet kan inte tolkas på så sätt att det på något sätt förpliktade SEA att täcka SEA Handlings förluster genom kapitaltillskott.

65. Även med detta argument eftersträvar Comune di Milano emellertid att domstolen ska göra en ny bedömning av de faktiska omständigheterna – denna gång av 2002 års fackliga beslut.

66. Comune di Milano har först och främst gjort gällande att tribunalen i sin tolkning inte har tagit hänsyn till det fackliga beslutets kronologiska eller rättsliga sammanhang. Genom detta argument har Comune di Milano emellertid ifrågasatt just bevisvärderingen som sådan. Om Comune di Milano däremot hade anfört att det fackliga beslutet i sig inte ger utrymme för tribunalens slutsatser, hade det varit möjligt att ta upp detta argument till prövning i sak.

67. I den mån som Comune di Milano visar att det inte fanns någon hänvisning till kapitaltillskott och förluster i 2002 års fackliga beslut, kan detta argument tolkas så, att kommunen därigenom uppfyller förutsättningarna för att grunden som avser att bevisning missuppfattats ska kunna tas upp till prövning i sak. Så skulle vara fallet om man ur vad Comune di Milano anfört utläser uppfattningen att det i avsaknad av de omnämnda inslagen inte vore möjligt att härleda en skyldighet för SEA att täcka förlusterna i SEA Handling från det fackliga beslutet.

68. Tribunalens bedömning är emellertid inte uppenbart felaktig och den har således inte heller missuppfattat bevisningen. Det är nämligen inte möjligt att på förhand avfärda att de avsnitt i 2002 års fackliga beslut som citeras i punkt 77 i den överklagade domen, enligt vilka SEA åtagit sig att upprätthålla balansen rörande SEA Handlings finanser under flera års tid, ger utrymme för att såsom kommissionen och tribunalen gjort dra slutsatsen att SEA är skyldigt att täcka sitt dotterbolags förluster. För denna slutsats krävs i synnerhet inte att det konkret anges på vilket sätt som kostnads-/intäktsbalansen ska upprätthållas. Att det fackliga beslutet inte innehåller något omnämnande av förlusttäckning genom kapitaltillskott utgör således inte hinder för kommissionens och tribunalens slutsats. Följaktligen har tribunalen inte missuppfattat det fackliga beslutet.

69. Således ska överklagandet ogillas även såvitt avser den tredje grunden.

D. Den fjärde grunden – privat investerare i en marknadsekonomi

70. Inom ramen för den fjärde grunden har Comune di Milano ifrågasatt tribunalens bedömning vad gäller kriteriet om en privat investerare i en marknadsekonomi.

71. Detta kriterium vilar på övervägandet att en åtgärd inte utgör stöd i den mening som avses i artikel 107 FEUF om det mottagande företaget hade kunnat få samma fördel som den som företaget fått genom statliga medel under förhållanden som motsvarar normala marknadsvillkor.²⁸ För att bedöma denna fråga ska man utgå från en aktör som befinner sig i en situation som ligger så nära som möjligt den situation som staten befinner sig i, vilket i förevarande mål alltså vore en fiktiv privat investerare.²⁹

72. Argumentationen som Comune di Milano i huvudsak anfört avser de kriterier som tribunalen tillämpat vid prövningen å ena sidan och bevisningen å andra sidan. Comune di Milano har delat upp den fjärde grunden i fyra delar som avser bedömningen av 2002 års fackliga avtal (se avsnitt 1 nedan), hur kriteriet om en privat investerare i en marknadsekonomi ska bedömas (se avsnitt 3 nedan), de kriterier som unionsdomstolarna tillämpar (se avsnitt 2 nedan) och bevisbördan (se avsnitt 4 nedan).

1. Den fjärde grundens första del – bedömningen av 2002 års fackliga avtal

73. Genom den fjärde grundens första del har Comune di Milano även inom ramen för den fjärde grunden invänt mot att kommissionen och tribunalen har dragit slutsatsen att det fanns en flerårig strategi för att täcka förlusterna. En sådan framgång varken av 2002 års fackliga avtal eller av andra handlingar. Följaktligen får kommissionen och tribunalen inte ta hänsyn till en sådan strategi vid bedömningen av kriteriet om en privat investerare i en marknadsekonomi.

74. Som jag redan har visat inom ramen för övervägandena avseende den tredje grunden³⁰ ska detta argument avvisas, eftersom det avser tribunalens bevisvärdering. Tribunalen gjorde inte en uppenbart felaktig bedömning när den godtog kommissionens slutsats att 2002 års fackliga avtal förpliktade SEA att täcka förluster som uppstår i SEA Handling under flera års tid.

2. Den fjärde grundens tredje del – de kriterier som unionsdomstolarna tillämpar vid prövningen

75. Inom ramen för den fjärde grundens tredje del har Comune di Milano gjort gällande att tribunalen gjorde fel när den fann att den endast kan genomföra en begränsad kontroll av kommissionens komplicerade ekonomiska bedömningar med tillämpning av kriteriet om en privat investerare i en marknadsekonomi, och att tribunalen således gjorde en felaktig rättstillämpning när den krävde att kommunen skulle bevisa att kommissionens bedömning var uppenbart felaktig.

76. Inte heller detta argument kan godtas.

77. Det stämmer visserligen att tribunalen enligt artikel 263 andra stycket FEUF i princip utan begränsningar ska pröva en talan som väcks rörande bristande behörighet, åsidosättande av väsentliga formföreskrifter, åsidosättande av fördragen eller av någon rättsregel som gäller deras tillämpning eller rörande maktmissbruk.

78. Vid tillämpningen av kriteriet om en privat investerare ankommer det dock på kommissionen att göra en helhetsbedömning, varvid den ska beakta alla de relevanta omständigheterna i det aktuella fallet som gör det möjligt för kommissionen att avgöra om det är uppenbart att det berörda företaget inte skulle ha erhållit motsvarande betalningslättnader av en privat aktör.

²⁸ Dom av den 21 mars 1991, Italien/kommissionen (C-303/88, EU:C:1991:136, punkt 20), och dom av den 5 juni 2012, kommission/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, punkt 78).

²⁹ Se dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, punkterna 78 och 79), och dom av den 26 mars 2020, Larko/kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, punkt 28).

³⁰ Se ovan punkt 64 och följande punkter.

79. Den komplexa ekonomiska bedömning som ligger till grund för en sådan helhetsbedömning är inte heller undantagen från unionsdomstolarnas kontroll.³¹ Denna kontroll är emellertid begränsad på så sätt att unionsdomstolen inte får ersätta kommissionens bedömning med sin egen och att den materiella prövningen endast får omfatta frågan huruvida kommissionen gjort en uppenbart oriktig bedömning eller gjort sig skyldig till maktmissbruk.³² Dessutom kan unionsdomstolarna pröva huruvida reglerna för handläggning och motivering har följts samt att uppgifterna om de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga.³³

80. Comune di Milanos hänvisning till rättspraxis avseende kontrollen av kartellböter³⁴ påverkar inte denna bedömning. På detta område har unionsdomstolarna nämligen tillerkänts en obegränsad behörighet enligt artikel 261 FEUF och relevanta förordningar.³⁵ Vid kontroll av beslut rörande stöd gäller däremot de kriterier som redovisats ovan.

81. Följaktligen är den överklagade domen inte rättsstridig på den grunden att tribunalen i punkterna 107 och 108 i den överklagade domen begränsade sin prövning av kommissionens bedömning med avseende på tillämpningen av kriteriet om en privat investerare på detta sätt.

3. Den fjärde grundens andra del – kriteriet om en privat investerare i en marknadsekonomi

82. I den fjärde grundens andra del har Comune di Milano invänt mot att tribunalen godtagit den fiktiva privata investerare med vilken kommissionen jämfört SEA:s agerande. SEA är inte jämförbart med vilket moderbolag som helst som måste avgöra om det ska fortsätta driften av ett olönsamt dotterbolag, utan innehavare av en långfristig koncession för driften av två flygplatser. På grund av de intäkter som garanteras långsiktigt därigenom, krävs inte någon detaljerad planering eller lönsamhet på kort sikt för att bibehålla SEA Handling.

83. Detta argument avser emellertid kommissionens bedömning av de komplicerade ekonomiska sammanhang som kännetecknar kapitaltillskotten till SEA Handling. Det ingår även i bedömningen att fastställa jämförelsekriterier och i detta syfte identifiera en fiktiv privat investerare. I detta sammanhang får unionsdomstolarna, som jag redan påpekat ovan, inte ersätta den ekonomiska bedömning som gjorts av kommissionen med sin egen bedömning och domstolsprövningen får således endast avse en kontroll av att bedömningen av dessa omständigheter inte är uppenbart oriktig.³⁶

84. Tribunalen fann således i punkt 120 i den överklagade domen helt riktigt att de konstateranden som återges i punkt 97 i den överklagade domen som avser kommissionens detaljerade överväganden med avseende på en jämförbar privat investerare inte gjorts på grundval av en uppenbart felaktig bedömning. Tvärtom kunde kommissionen i synnerhet anse att en sådan investerare inte skulle ha följt en jämförbar strategi, inom ramen för vilken investeraren varje år täcker omfattande förluster i ett dotterbolag, utan att sätta någon övre gräns för investeringsbeloppet, bedöma om de utbetalningar som gjorts hittills varit framgångsrika, eller analysera alternativa scenarier.

31 Dom av den 22 november 2007, Spanien/Lenzing (C-525/04 P, EU:C:2007:698, punkterna 56 och 57), dom av den 2 september 2010, kommissionen/Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480, punkterna 64 och 65) och dom av den 24 januari 2013, Frucona Košice/kommissionen (C-73/11 P, EU:C:2013:32, punkt 75).

32 Dom av den 22 november 2007, Spanien/Lenzing (C-525/04 P, EU:C:2007:698, punkterna 59–61), dom av den 2 september 2010, kommissionen/Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480, punkterna 64–66), dom av den 24 januari 2013, Frucona Košice/kommissionen (C-73/11 P, EU:C:2013:32, punkterna 74–76), och dom av den 26 mars 2020, Larko/kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, punkterna 38–41).

33 Dom av den 2 september 2010, kommissionen/Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480, punkt 66), och dom av den 7 maj 2020, BTB Holding Investments och Duferco Participations Holding/kommissionen (C-148/19 P, EU:C:2020:354, punkt 56).

34 Dom av den 8 december 2011, KME m.fl./kommissionen (C-272/09 P, EU:C:2011:810, punkt 94), och Chalkor/kommissionen (C-386/10 P, EU:C:2011:815, punkt 62).

35 Dom av den 8 december 2011, KME m.fl./kommissionen (C-272/09 P, EU:C:2011:810, punkt 93), och Chalkor/kommissionen (C-386/10 P, EU:C:2011:815, punkt 63). Se även mitt förslag till avgörande i målet Frucona Košice/kommissionen (C-73/11 P, EU:C:2012:535, punkt 80).

36 Se ovan punkt 79.

85. I detta sammanhang grundas tribunalens framställning i punkt 97 i den överklagade domen, och ännu tydligare de delar av det angripna beslutets motivering som denna framställning bygger på, på den omständigheten att SEA har en flerårig driftkoncession, vilken tribunalen för övrigt åtminstone implicit tar hänsyn till i punkt 112. Det är nämligen endast mot bakgrund av denna som det blir tydligt varför både tribunalen och kommissionen i sina argument uttryckligen framhåller att SEA Handling haft en långsiktig verksamhetsstrategi.³⁷ Att kommissionen av dessa omständigheter i slutändan inte dragit slutsatsen att en försiktig privat investerare med en flerårig driftkoncession skulle ha agerat som SEA, ligger helt klart inom kommissionens bedömningsutrymme, vilket innebär att tribunalen inte kunde ifrågasätta denna bedömning.

86. Comune di Milanos invändning mot att tribunalen godtagit kommissionens bedömning av den fiktiva investeraren som lagts till grund för jämförelsen ska underkännas, och följaktligen ska överklagandet ogillas såvitt avser den fjärde grundens andra del.

4. Den fjärde grundens fjärde del – bevisbörda och beaktande av samtliga relevanta omständigheter

87. Den fjärde grundens andra del innehåller dock en annan invändning som inte utvecklas fullt ut förrän i den fjärde delen av denna grund. Comune di Milano har närmare bestämt invänt mot den fördelning av bevisbördan som tribunalen tillämpat, och i synnerhet att det gjorts gällande att kommunen inte motbevisat vissa av kommissionens påståenden. Comune di Milano har dessutom invänt mot att ett expertutlåtande som tagits fram först efter det att de aktuella åtgärderna vidtagits och som kommunen åberopat till sitt försvar inte beaktades till kommunen fördel.

a) Prövningskriterierna

88. Domstolen har i synnerhet med avseende kriteriet om en privat investerare i en marknadsekonomi framhållit att det ankommer på kommissionen att göra en helhetsbedömning, varvid den ska beakta alla de relevanta omständigheter i det aktuella fallet som gör det möjligt för kommissionen att avgöra om det är uppenbart att det berörda företaget inte skulle ha erhållit motsvarande förmåner av en sådan privat aktör.³⁸

89. Det ankommer nämligen på tribunalen att inte bara pröva huruvida de bevis som åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, utan att även pröva om dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som ska beaktas för att bedöma en komplicerad situation och om de styrker de slutsatser som dragits.³⁹ Dessutom ska tribunalen, som jag redan nämnt ovan, i förekommande fall kontrollera att reglerna för handläggning och motivering har följts.⁴⁰

90. Mot bakgrund av dessa överväganden ska det prövas huruvida tribunalen har genomfört en lämplig kontroll av det som kommissionen fastställt beträffande kriteriet om en privat investerare i en marknadsekonomi.

³⁷ Skälen 225, 226 och 229 i det omtvistade beslutet; punkterna 97 och 112 i den överklagade domen.

³⁸ Dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF m.fl. (C-124/10 P, EU:C:2012:318, punkt 86), dom av den 24 januari 2013, Frucona Košice/kommissionen (C-73/11 P, EU:C:2013:32, punkt 73), och dom av den 26 mars 2020, Larko/kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, punkt 29).

³⁹ Dom av den 2 september 2010, kommissionen/Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480, punkt 65), och dom av den 24 januari 2013, Frucona Košice/kommissionen (C-73/11 P, EU:C:2013:32, punkt 76).

⁴⁰ Dom av den 2 september 2010, kommissionen/Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480, punkt 66), och dom av den 7 maj 2020, BTB Holding Investments och Duferco Participations Holding/kommissionen (C-148/19 P, EU:C:2020:354, punkt 56).

b) Beaktande av SEA:s särskilda situation

91. Mot bakgrund av kraven som ställs på kommissionens bedömning, hör i synnerhet SEA:s utmärkande drag – vilka Comune di Milano anför i samband med den fjärde grundens andra del⁴¹ – till de omständigheter som kommissionen måste beakta när den jämför SEA:s agerande med den fiktiva investerarens agerande.

92. Tribunalen har endast underförstått tagit upp detta argument i punkt 112 i den överklagade domen, där den behandlar de strategiska överväganden som åberopats av den italienska sidan. Detta utgör emellertid inte någon felaktig rättstillämpning och i synnerhet inte någon bristande motivering. Motiveringsskyldigheten innebär inte att tribunalen är skyldig att lämna en uttömmande redogörelse för vart och ett av de argument som parterna i tvisten har anför. Motiveringen kan således vara underförstådd under förutsättning att den ger de berörda personerna möjlighet att få reda på skälen till varför tribunalen inte ansåg att det fanns fog för deras argument, och att domstolen kan få tillräckligt underlag för att utöva sin kontroll.⁴²

93. Så är fallet i förevarande mål, eftersom det tydligt framgår av tribunalens resonemang vilka inslag som skulle ha krävts för att det för kommissionen skulle framstå som trovärdigt att en jämförbar privat investerare som verkar på normala marknadsekonomiska villkor också skulle ha fattat samma beslut om kapitaltillskotten. Tribunalen bekräftar i punkt 113 i den överklagade domen kommissionens bedömning att det inte gjorts en tillräckligt omfattande bedömning av riskerna med en långsiktig investering för att täcka förluster, både med avseende på de förväntade kostnaderna och med avseende på den potentiella avkastningen, vilket en privat investerare hade krävt för att upprepede gånger gå in med kapitaltillskott.

94. För övrigt framgår det även av skäl 225 i det angripna beslutet att kommissionen har tagit hänsyn till denna aspekt.

95. Följaktligen ska argumentet att tribunalen inte i tillräcklig utsträckning har beaktat SEA:s situation underkännas.

c) Avsaknad av bevisning

96. Comune di Milanos tyngst vägande invändning avser tribunalens i vart fall oklara överväganden i punkterna 113–117 i den överklagade domen, där tribunalen framhöll att de italienska myndigheterna i vissa avseenden lämnat bristfälliga uppgifter, samt i punkterna 121–132 i den överklagade domen, där tribunalen konstaterade att vissa argument som framförts inte kan vederlägga kommissionens slutsatser. Dessa resonemang från tribunalen kan man förstå så, att en medlemsstat eller den som gynnas av en åtgärd redan från början måste bevisa att åtgärden även skulle ha vidtagits av en jämförbar privat investerare.

97. En sådan fördelning av bevisbördan skulle strida mot rättspraxis avseende en privat investerare i en marknadsekonomi. Domstolen har nämligen uttryckligen fastställt att kriteriet om en privat investerare i en marknadsekonomi inte ska utgöra något undantag till begreppet statligt stöd.⁴³

⁴¹ Punkt 82 i förevarande förslag till avgörande.

⁴² Dom av den 7 januari 2004, Aalborg Portland m.fl./kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, EU:C:2004:6, punkt 372), dom av den 11 september 2014, MasterCard m.fl./kommissionen (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkt 189), och dom av den 19 september 2019, Polen/kommissionen (C-358/18 P, ej publicerad, EU:C:2019:763, punkt 75).

⁴³ Dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, punkt 103), dom av den 20 september 2017, kommissionen/Frucona Košice (C-300/16 P, EU:C:2017:706, punkt 23) och dom av den 26 mars 2020, Larko/kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, punkt 64).

98. Kriteriet om en privat investerare i en marknadsekonomi ingår i stället bland de faktorer som kommissionen ska beakta för att fastställa huruvida det är fråga om statligt stöd.⁴⁴ Domstolen har nyligen formulerat detta på så sätt att det ankommer på kommissionen att bevisa huruvida villkoren för att tillämpa principen om en privat investerare är uppfyllda eller ej.⁴⁵ Jag tolkar detta på så sätt att kommissionen måste fatta ett klart beslut om huruvida en privat investerare skulle ha vidtagit de aktuella åtgärderna. Om kommissionen inte förfogar över nödvändig bevisning för att fatta detta beslut får det inte medföra någon nackdel för medlemsstaten.

99. Bevisbördan för att kriteriet i princip är tillämpligt ligger däremot hos den berörda medlemsstaten. En förutsättning för dess tillämplighet är nämligen att den berörda medlemsstaten över huvud taget har agerat i egenskap av privat aktör. Detta framstår som särskilt främmande när den berörda medlemsstaten vidtar åtgärder i egenskap av myndighetsutövare. I fall där det råder sådana tvivel kräver domstolen att medlemsstaten entydigt, med stöd av objektiva och kontrollerbara uppgifter, visar att åtgärden vidtagits av staten i dess egenskap av privat aktör.⁴⁶

100. Att staten agerat i denna egenskap betyder emellertid inte med nödvändighet att även en jämförbar privat investerare skulle ha agerat likadant. Det ankommer på kommissionen att bedöma detta, som bär bevisbördan i detta avseende enligt de kriterier som angetts ovan.

101. I förevarande fall visar dock skäl 219 och följande skäl i det angripna beslutet och punkt 102 och följande punkter i den överklagade domen att varken kommissionen eller tribunalen hyser några tvivel om att nämnda kriterium är tillämpligt. Det är också logiskt, eftersom kapitalisering av dotterbolag till formen är en åtgärd som även privata investerare vidtar.

102. Det ankommer således på kommissionen att bevisa att en jämförbar privat investerare inte skulle ha genomfört de aktuella kapitaltillskotten och även att förelägga den berörda medlemsstaten att inkomma med alla relevanta upplysningar för denna prövning.⁴⁷

103. I detta sammanhang ska tribunalen i synnerhet pröva huruvida kommissionen har beaktat samtliga relevanta omständigheter. Om man betraktar den överklagade domen noggrant visar det sig att tribunalen också har gjort just detta.

104. Avgörande i detta sammanhang är de omständigheter som tribunalen, utöver de ovan angivna oklara framställningarna, redan har ansett vara styrka i kommissionens bedömning. Det är otvistigt att SEA under en period på nio år överförde betydande belopp till SEA Handling som sammanlagt motsvarande cirka 360 miljoner euro, medan SEA Handlings under samma tidsperiod redovisade förluster på cirka 340 miljoner euro.⁴⁸ Som jag konstaterat ovan har tribunalen med rätta bekräftat kommissionens bedömning att kapitaltillskotten tilldelats med statliga medel.⁴⁹ Comune di Milano har även utan framgång invänt mot tribunalens konstaterande att 2002 års fackliga avtal var den väsentliga grunden för dessa åtgärder.⁵⁰

44 Dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, punkt 86), och dom av den 26 mars 2020, Larko/kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, punkt 64).

45 Dom av den 26 mars 2020, Larko/kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, punkt 65).

46 Dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, punkt 82), och dom av den 26 mars 2020, Larko/kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, punkt 63).

47 Se dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, punkterna 103 och 104), och dom av den 26 mars 2020, Larko/kommissionen (C-244/18 P, EU:C:2020:238, punkt 68).

48 Se ovan punkt 7.

49 Se ovan punkt 19 och följande punkter.

50 Se ovan punkt 64 och följande punkter liksom punkterna 73 och 74.

105. Tribunalen har alltså konstaterat att SEA under flera års tid kontinuerligt täckte sitt dotterbolags enorma förluster, eftersom SEA var skyldigt att göra det på grund av ett allmänintresse. Dessa omständigheter som slagits fast pekar initialt på att en privat investerare inte utan vidare skulle ha agerat på samma sätt. Mot denna bakgrund får avsaknaden av ytterligare beslutsunderlag även ett bevisvärde i sig, eftersom det kan antas att en privat investerare skulle ha gjort vissa grundläggande analyser innan denne fattade jämförbara beslut. Tribunalen har, som jag påpekat ovan, i punkt 113 och följande punkter i den överklagade domen även slagit fast att just sådana analyser saknas.

106. Det är oväsentligt huruvida medlemsstaten har en *skyldighet* att utföra en lämplig förhandskalkyl av en investerings räntabilitet innan investeringen görs, vilket tribunalen med hänvisning till domstolen⁵¹ fann i punkt 110 i den överklagade domen. Dock måste det åtminstone finnas en övertygande förklaring till varför en sådan kalkyl inte gjorts. I annat fall är det ett tecken på att en jämförbar privat investerare inte hade gjort dessa utbetalningar.

107. Detta övervägande bekräftas av den särskilda situation i vilken offentliga företag befinner sig. Å ena sidan måste medlemsstaterna kunna bedriva affärsverksamhet, och varje offentligt (majoritets)aktieinnehav i ett företag får – redan på grund av principen om likabehandling mellan offentliga och privata företag – inte medföra att varje fördel som detta företag erhåller uppfyller kriterierna i artikel 107.1 FEUF. Å andra sidan får just denna möjlighet inte heller leda till att det primärrättsliga förbudet mot statligt stöd kringgås.⁵² För att tillgodose båda dessa krav är det nödvändigt med en viss flexibilitet, vilken möjliggörs av kriteriet om en privat investerare i en marknadsekonomi. Det innebär att medlemsstaterna och de företag som de äger i regel måste dokumentera sina beslut på ett sådant sätt att det är möjligt att identifiera huruvida de har agerat marknadsmässigt i sin egenskap av privat aktieägare i den konkreta situationen.

108. Tribunalens hänvisning till underlåtelsen att inkomma med vissa uppgifter ska först och främst förstås i detta avseende. Tribunalen kunde inte endast på grundval av de uppgifter den hade tillgång till förstå varför kapitaltillskotten, i motsats till det intryck som ges av de omständigheter som faktiskt fastställts i målet, skulle överensstämma med en privat investerares agerande.

109. Dessutom visar de i förening med resonemangen om att vissa av kommissionens konstateranden inte kunnat vederläggas, att Comune di Milano inte har framfört några ytterligare synpunkter som kommissionen borde ha tagit hänsyn till i sin bedömning.

110. Att ställa mer långtgående krav på kommissionens utredning av de faktiska omständigheterna skulle göra det orimligt svårt att genomföra kontrollen av statliga stöd i fall då medlemsstaterna tillämpar privaträttsliga handlingsformer för att bevilja selektiva fördelar. Hur ska kommissionen kunna utreda huruvida ett visst agerande är marknadsmässigt, om inte genom dokumentationen av beslutsfattandet i det företag som beviljar fördelen?

111. Denna slutsats påverkas inte heller av Comune di Milanos påstående att kommissionen inte gjort en tillräckligt omfattande utredning av marknaden för marktjänster och i synnerhet inte genomfört en egen studie i detta avseende. Det kan visserligen inte uteslutas att det i vissa fall är nödvändigt med sådana utredningsåtgärder för att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter. I förevarande fall är det dock inte en uppenbart oriktig bedömning att på grundval av vad som konstaterats med avseende på kapitaliseringsåtgärdernas omfattning och varaktighet och de underskott som ackumulerats parallellt med dessa dra slutsatsen att en privat investerare inte skulle ha agerat på motsvarande sätt.

⁵¹ Dom av den 23 november 2017, SACE och Sace BT/kommissionen (C-472/15 P, ej publicerad, EU:C:2017:885, punkt 107). Ursprungligen utvecklade tribunalen denna formulering i dom av den 25 juni 2015, SACE och Sace BT/kommissionen (T-305/13, EU:T:2015:435, punkt 182) och använde den därefter i dom av den 16 januari 2018, EDF/kommissionen (T-747/15, EU:T:2018:6), samt i dom av den 11 december 2018, BTB Holding Investments och Duferco Participations Holding/kommissionen (T-100/17, ej publicerad, EU:T:2018:900).

⁵² Dom av den 16 maj 2002, Frankrike/kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, punkterna 23 och 68 och följande punkter).

112. Följaktligen behövde tribunalen inte underkänna kommissionens bedömning att en jämförbar privat investerare inte skulle ha vidtagit de omtvistade åtgärderna. Tvärtom har kommissionen baserat sin slutsats på relevanta omständigheter. Tribunalen kunde således bekräfta denna slutsats.

113. Det är visserligen beklagligt att tribunalen inte klargjort denna grund för sin bedömning tydligare, när den framhöll avsaknaden av vissa uppgifter. Även i detta avseende gäller emellertid att motiveringen av en dom får innehålla underförstådda konstateranden eller underförstådda hänvisningar till motiveringen av andra punkter i samma dom.⁵³

114. Mot denna bakgrund ska slutligen även denna invändning som framförts av Comune di Milano underkännas såsom ogrundad.

d) Bevisningens sammanhang i tiden

115. Slutligen har Comune di Milano invänt mot att tribunalen i punkt 114 i den överklagade domen har vägrat beakta en studie som upprättades efter det att de aktuella åtgärderna vidtagits.

116. Inte heller detta konstaterande från tribunalen utgör felaktig rättstillämpning, utan överensstämmer med kommissionens prövningsskyldighet. Enligt domstolens rättspraxis får kommissionen till och med vägra att lägga sådana upplysningar till grund för sin bedömning om den åberopade bevisningen har upprättats efter det att beslutet om att genomföra det berörda kapitaltillskottet hade fattats. Det enda som är relevant för bedömningen angående kriteriet om en privat investerare är dels sådana uppgifter som fanns tillgängliga då investeringsbeslutet fattades, dels sådana utvecklingstendenser som kunde förutses då nämnda investeringsbeslut fattades.⁵⁴

117. Visserligen går detta uttalande från domstolen alltför långt i dess absoluta form, eftersom man kan tänka sig att det även utifrån bevisning som upprättats efter den aktuella åtgärden är möjligt att i efterhand dra slutsatser med avseende på de uppgifter som var tillgängliga vid tidpunkten då beslutet fattades. Man kan i detta sammanhang till exempel tänka sig senare uttalanden från parterna rörande den historiska beslutsprocessen. Det stämmer emellertid att brister i beslutsprocessen inte kan avhjälpas i efterhand.

118. Precis så har tribunalen gått till väga i punkterna 114 och 117 i den överklagade domen. Å ena sidan har tribunalen prövat de hänvisningar som det aktuella expertutlåtandet innehåller med avseende på beslutsprocessen rörande kapitaltillskotten och å andra sidan klargör den att expertutlåtandet inte kan ersätta överväganden som saknades under själva beslutsprocessen.

119. Mot denna bakgrund är även detta argument ogrundat. Följaktligen ska överklagandet ogillas såvitt avser den fjärde grunden i sin helhet.

V. Rättegångskostnaderna

120. Enligt artikel 184.2 i domstolens rättegångsregler ska domstolen endast besluta om rättegångskostnaderna när överklagandet ogillas. Enligt artikel 138.1, vilken enligt artikel 184.1 i rättegångsreglerna är tillämplig på överklaganden, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

121. Eftersom Comune di Milano har tappat målet, ska den förpliktas ersätta rättegångskostnaderna.

⁵³ Se ovan punkt 92.

⁵⁴ Dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, punkterna 104 och 105), dom av den 1 oktober 2015, Electrabel och Dunamenti Erőmű/kommissionen (C-357/14 P, EU:C:2015:642, punkt 103), och dom av den 23 november 2017, SACE och Sace BT/kommissionen (C-472/15 P, ej publicerad, EU:C:2017:885, punkt 107).

VI. Förslag till avgörande

122. Mot denna bakgrund föreslår jag att domstolen meddelar följande dom:

1. Comune di Milanos överklagande ogillas.
2. Comune di Milano ska ersätta rättegångskostnaderna.