ARREST VAN HET GERECHT (Achtste kamer)

12 mei 2011 *

In de gevoegde zaken T-267/08 en T-279/08,

Région Nord-Pas-de-Calais (Frankrijk), vertegenwoordigd door M. Cliquennois en F. Cavedon, advocaten,

verzoekster in zaak T-267/08,

Communauté d'agglomération du Douaisis (Frankrijk), vertegenwoordigd door M. Y. Benjamin en D. Rombi, advocaten,

verzoekster in zaak T-279/08,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door C. Giolito en B. Stromsky als gemachtigden,

verweerster,

* Procestaal: Frans.

betreffende aanvankelijk een verzoek tot nietigverklaring van beschikking C(2008) 1089 def. van de Commissie van 2 april 2008 betreffende steunmaatregel C 38/07 (ex NN 45/07) die door Frankrijk ten uitvoer is gelegd ten gunste van Arbel Fauvet Rail SA, en vervolgens een verzoek tot nietigverklaring van beschikking C(2010) 4112 def. van de Commissie van 23 juni 2010 betreffende steunmaatregel C 38/07 (ex NN 45/07) die door Frankrijk ten uitvoer is gelegd ten gunste van Arbel Fauvet Rail,

wijst

HET GERECHT (Achtste kamer),

samengesteld als volgt: L. Truchot (rapporteur), kamerpresident, M.E. Martins Ribeiro en H. Kanninen, rechters,

griffier: C. Kristensen, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 11 november 2010,

het navolgende

Arrest

Aan de gedingen ten grondslag liggende feiten

1 Arbel Fauvet Rail (hierna: „AFR") is een fabrikant van rollend spoorwegmaterieel voor industrieel gebruik die gevestigd is in Dowaai, Frankrijk.

2 Op 4 juli 2005 ontving AFR van de Région Nord-Pas-de-Calais (hierna: „Région NPDC") en de Communauté d'agglomération du Douaisis (hierna: „CAD") twee voorschotten van elk één miljoen EUR tegen een rente van 4,08 % per jaar, die in halfjaarlijkse tranches dienden te worden terugbetaald over een periode van drie jaar te rekenen vanaf 1 januari 2006.

3 Naar aanleiding van een klacht verzocht de Commissie van de Europese Gemeenschappen de Franse autoriteiten om over die maatregelen informatie te verstrekken. De Franse autoriteiten antwoordden daarop bij brieven van 27 april 2006, 24 oktober 2006, 30 januari 2007 en 6 juni 2007.

4 Bij schrijven van 12 september 2007 stelde de Commissie de Franse Republiek in kennis van haar besluit de formele onderzoeksprocedure van artikel 88, lid 2, EG in te leiden (hierna: „inleidingsbesluit").

5 Het inleidingsbesluit werd in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 24 oktober 2007 (PB C 249, blz. 17) bekendgemaakt. De Commissie verzocht de belanghebbenden om hun opmerkingen over de betrokken maatregelen te maken.

6 De Commissie ontving de opmerkingen van de Franse autoriteiten bij brieven van 12 oktober 2007 en 18 en 19 december 2007. Zij ontving geen opmerkingen van de belanghebbenden.

7 Bij beschikking C(2008) 1089 def. van 2 april 2008 betreffende steunmaatregel C 38/07 (ex NN 45/07) die door Frankrijk ten uitvoer is gelegd ten gunste van AFR (PB L 238, blz. 27; hierna: „oorspronkelijke beschikking"), besloot de Commissie dat de door de Région NPDC en de CAD verleende voorschotten staatssteun waren. Aangezien het ging om een aan een onderneming in moeilijkheden toegekend krediet waarvan de terugbetaling niet was gegarandeerd door enige zekerheid, was de Commissie van

mening dat het bedrag van die steun overeenkwam met het saldo van de daadwerkelijk gehanteerde rente en de rente die de begunstigde onderneming voor dat krediet op de particuliere markt had kunnen krijgen.

8 De Commissie stelde zich op het standpunt dat de door de Franse Republiek ten gunste van AFR ten uitvoer gelegde steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar was. Zij gelastte dan ook dat de Franse Republiek de steun van de begunstigde, vermeerderd met rente, zou terugvorderen.

Procesverloop en nieuwe ontwikkelingen hangende het geding

9 Bij verzoekschriften, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 11 respectievelijk 17 juli 2008, hebben de Région NPDC en de CAD in zaak T-267/08 respectievelijk T-279/08 aanvankelijk beroep tot nietigverklaring van de oorspronkelijke beschikking ingesteld.

10 De Région NPDC heeft in repliek verzocht om voeging van de zaken T-267/08 en T-279/08. De Commissie heeft daartegen geen bezwaar gemaakt, en de CAD heeft haar instemming betuigd.

11 Bij beschikking van 19 februari 2009 heeft de president van de Zesde kamer van het Gerecht overeenkomstig artikel 50, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht de zaken T-267/08 en T-279/08 gevoegd voor de mondelinge behandeling en het arrest.

12 Op 23 juni 2010 heeft de Commissie de oorspronkelijke beschikking ingetrokken op de grond dat deze wat de berekening van het steunbedrag betreft niet rechtens genoegzaam was gemotiveerd, gelet op het arrest van het Gerecht van 3 maart 2010, Freistaat Sachsen e.a./Commissie (T-102/07 en T-120/07, Jurispr. blz. II-585, hierna: „arrest Biria").

13 De oorspronkelijke beschikking is vervangen door beschikking C(2010) 4112 def. van de Commissie van 23 juni 2010 betreffende steunmaatregel C 38/07 (ex NN 45/07) die door Frankrijk ten uitvoer is gelegd ten gunste van AFR (hierna: „bestreden beschikking"), waarbij de Commissie de onverenigbaarheid van die steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt heeft bevestigd en de Franse Republiek heeft gelast de steun van de begunstigde terug te vorderen, met rente.

14 Op 23 augustus 2010 hebben de Région NPDC en de CAD in hun naar aanleiding van de vaststelling van de bestreden beschikking gemaakte opmerkingen gepreciseerd dat zij, niettegenstaande de intrekking van de oorspronkelijke beschikking, niet voornemens waren afstand te doen van de aanvankelijke conclusies van de beroepen, en hebben zij verzocht hun conclusies aldus te mogen aanpassen dat de beroepen ook op de bestreden beschikking zien.

15 Op 27 september 2010 heeft de Commissie geantwoord op de opmerkingen van verzoeksters van 23 augustus 2010. Zij heeft afgezien van haar vordering dat verzoeksters worden verwezen in de kosten en erom verzocht dat elke partij haar eigen kosten draagt.

16 Bij de wijziging van de samenstelling van de kamers van het Gerecht is de rechter-rapporteur toegevoegd aan de Achtste kamer, naar welke kamer de onderhavige zaak dan ook is verwezen.

17 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Achtste kamer) de mondelinge behandeling geopend en in het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang, bedoeld in artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering, schriftelijke vragen aan verzoeksters en de Commissie gesteld. Verzoeksters en de Commissie hebben binnen de gestelde termijn daarop geantwoord.

18 Ter terechtzitting van 11 november 2010 hebben partijen pleidooi gehouden en geantwoord op mondelinge vragen van het Gerecht.

Conclusies van partijen

19 In zaak T-267/08 concludeert de Région NPDC dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

20 In zaak T-279/08 concludeert de CAD dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

21 In de zaken T-267/08 en T-279/08 concludeert de Commissie dat het het Gerecht behage:

— de beroepen ongegrond te verklaren;

— elke partij te verwijzen in haar eigen kosten.

In rechte

A — *Procedurele gevolgen van de intrekking van de oorspronkelijke beschikking en van de vervanging ervan door de bestreden beschikking*

22 Zoals uit de punten 12 en 13 hierboven blijkt, is de oorspronkelijke beschikking na de indiening van de verzoekschriften ingetrokken en vervangen door de bestreden beschikking. Verzoeksters hebben verzocht hun aanvankelijke conclusies aldus te mogen aanpassen dat hun beroepen strekken tot nietigverklaring van de bestreden beschikking.

23 In dit verband zij eraan herinnerd dat een beschikking die in de loop van een procedure een andere beschikking met hetzelfde voorwerp vervangt, als een nieuw gegeven moet worden beschouwd, zodat de verzoeker zijn conclusies en middelen mag aanpassen. Het zou immers in strijd zijn met een goede rechtsbedeling en met de proceseconomie om de verzoeker te verplichten een nieuw beroep in te stellen. Ook zou het onbillijk zijn indien de betrokken instelling, teneinde het hoofd te bieden aan de grieven in een bij de Unierechter ingediend verzoekschrift tegen een besluit, het bestreden besluit kon aanpassen of vervangen door een ander en hangende het

geding van die wijziging of vervanging gebruik kon maken om de wederpartij de mogelijkheid te ontnemen haar aanvankelijke middelen en conclusies ook te doen gelden voor het latere besluit of nadere, tegen het latere besluit gerichte conclusies en middelen voor te dragen (zie arrest Gerecht van 12 december 2006, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Raad, T-228/02, Jurispr. blz. II-4665, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

24 In het onderhavige geval moet dus enerzijds ervan worden uitgegaan dat de aanvankelijke beroepen van verzoeksters tot nietigverklaring van de oorspronkelijke beschikking als gevolg van de intrekking van die beschikking bij de bestreden beschikking zonder voorwerp zijn geraakt, zodat daarop niet meer hoeft te worden beslist, en anderzijds tegemoet worden gekomen aan de nieuwe, in punt 14 hierboven genoemde verzoeken van verzoeksters om aan te nemen dat hun beroepen strekken tot nietigverklaring van de bestreden beschikking, zodat partijen hun conclusies, middelen en argumenten in het licht van die nieuwe factor mogen herformuleren, wat voor hen het recht inhoudt nadere conclusies, middelen en argumenten voor te dragen.

B — *Beroep tot nietigverklaring van de bestreden beschikking*

25 Het beroep in zaak T-267/08 omvat zeven middelen. Het eerste middel betreft schending van de motiveringsplicht. Het tweede middel ziet op schending van de rechten van de verdediging, van het beginsel van hoor en wederhoor, van het gelijkheidsbeginsel, van het beginsel van behoorlijk bestuur, van het beginsel van eerbiediging van de grondwettelijke identiteit van de lidstaten en van het vertrouwensbeginsel. Het derde middel betreft een kennelijke beoordelingsfout, doordat de specifieke juridische kenmerken van de verstrekker van de steun niet in aanmerking zijn genomen. Het vierde middel is ontleend aan schending van artikel 107, lid 1, VWEU. Het bestaat uit twee onderdelen, waarvan het ene betrekking heeft op een onjuiste beoordeling van de oorsprong van de middelen en het andere op de onterechte kwalificatie van AFR als onderneming in moeilijkheden. Het vijfde middel ziet op een onjuiste beoordeling van het vermeende voordeel dat AFR van de terug te betalen voorschotten zou hebben gehad. Het zesde middel betreft een onjuiste beoordeling van het steunbedrag.

Het zevende middel is ontleend aan schending van de rechten van de verdediging tijdens de contentieuze procedure en aan misbruik van bevoegdheid.

26 Het beroep in zaak T-279/08 omvat vier middelen. Het eerste middel betreft schending van de rechten van de verdediging en van het beginsel van hoor en wederhoor. Het tweede middel is ontleend aan schending van de motiveringsplicht. Het derde middel ziet op een onjuiste beoordeling van het begrip „onderneming in moeilijkheden". Het vierde middel betreft een onjuiste beoordeling van het begrip „staatsmiddelen".

27 Bovendien heeft de CAD ter terechtzitting een vijfde middel aangevoerd, volgens hetwelk de Commissie het ontbreken van zekerheden ter garantie dat de voorschotten worden terugbetaald kennelijk onjuist heeft beoordeeld.

1. *Ontvankelijkheid van het vijfde middel van het beroep in zaak T-279/08*

a) Argumenten van partijen

28 Ter terechtzitting heeft de CAD betoogd dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout had gemaakt door te stellen dat de betrokken terug te betalen voorschotten waren toegekend zonder dat enige zekerheid bestond dat deze zouden worden terugbetaald. De betaling van het voorschot door de CAD was immers afhankelijk gesteld van de onomkeerbare fusie van AFR met Lormafer, een onderneming onder de zeggenschap van Arbel SA. Deze fusie vormt een garantie aangezien de schuldeisers daardoor ruimere mogelijkheden hebben om de schulden te innen.

29 De Commissie heeft ter terechtzitting gesteld dat dit middel niet-ontvankelijk was omdat het tardief is aangevoerd. Subsidiair heeft zij betoogd dat de door de CAD genoemde voorwaarde voor betaling van de steun juridisch niet kan worden gelijkgesteld met een garantie, en dat de betaling van de betrokken voorschotten niet afhankelijk was gesteld van het stellen van een zekerheid.

30 In antwoord op het niet-ontvankelijkheidsbezwaar van de Commissie heeft de CAD gesteld dat het aan de orde zijnde argument in punt 30 van haar verzoekschrift stond en dat de genoemde voorwaarde werd vermeld in de als bijlage A.2 aan haar verzoekschrift gehechte notulen van de raad van bestuur van de CAD van 24 juni 2005.

b) Beoordeling door het Gerecht

31 Uit artikel 44, lid 1, sub c, juncto artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering volgt dat het verzoekschrift het voorwerp van het geschil en een summiere uiteenzetting van de aangevoerde middelen dient te bevatten, en dat nieuwe middelen niet in de loop van het geding mogen worden voorgedragen, tenzij zij steunen op gegevens, rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken.

32 In casu heeft verzoekster, anders dan zij betoogt, het onderhavige middel niet in haar verzoekschrift aangevoerd. In punt 30 van het verzoekschrift staat immers slechts dat de CAD het betrokken voorschot „onder bepaalde voorwaarden" heeft toegekend, zonder dat er sprake is dat een van die voorwaarden, namelijk de onomkeerbare fusie van AFR met Lormafer, een garantie vormt, en zonder dat wordt gesteld dat de Commissie dus een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat geen enkele zekerheid bestond dat de voorschotten zouden worden terugbetaald. Voorts vermelden de als bijlage A.2 aan het verzoekschrift gehechte notulen van de raad van bestuur van de CAD welke voorwaarden er aan de betaling van het voorschot zijn verbonden, maar wordt daarbij niet verwezen naar enige vorm van zekerheid

ter garantie dat dit voorschot wordt terugbetaald, zodat deze notulen in geen geval aldus kunnen worden uitgelegd dat zij het onderhavige middel bevatten. Dit middel wordt door verzoekster evenmin aangevoerd in haar in punt 14 hierboven genoemde verzoek tot aanpassing van haar conclusies en middelen.

33 Bovendien stelt verzoekster niet dat het onderhavige middel steunt op gegevens, rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken.

34 Overeenkomstig de in punt 31 hierboven genoemde bepalingen van het Reglement voor de procesvoering moet het middel inzake een kennelijk onjuiste beoordeling van het ontbreken van zekerheden ter garantie dat de voorschotten worden terugbetaald, derhalve niet-ontvankelijk worden verklaard.

35 Ten overvloede zij erop gewezen dat, zelfs al zou dat argument kunnen worden beschouwd als de uitwerking van een eerder opgeworpen middel en dus ontvankelijk worden geacht (zie in die zin arresten Hof van 19 mei 1983, Verros/Parlement, 306/81, Jurispr. blz. 1755, punt 9, en 22 november 2001, Nederland/Raad, C-301/97, Jurispr. blz. I-8853, punt 169), het hoe dan ook niet kan worden aanvaard. De voorwaarde waarvan de betaling van het door de CAD toegekende voorschot afhankelijk was gesteld, namelijk de fusie van AFR met Lormafer, verleent de CAD immers geen bevoorrechte positie ten opzichte van de andere schuldeisers van AFR. Zij heeft niet tot gevolg dat een derde een verplichting aangaat jegens de CAD of dat een goed wordt bestemd om de CAD bij voorrang te voldoen. Deze voorwaarde kan dan ook niet worden aangemerkt als een zekerheid ter verzekering van terugbetaling van het betrokken voorschot. De Commissie heeft op dit punt dus geen kennelijke beoordelingsfout gemaakt.

2. *Eerste middel van het beroep in zaak T-267/08 en tweede middel van het beroep in zaak T-279/08 inzake schending van de motiveringsplicht*

a) Argumenten van partijen

36 Volgens de Région NPDC vertoont de bestreden beschikking een motiveringsgebrek. Om te beginnen heeft de Commissie een globaal en samenhangend onderzoek verricht van de aan AFR toegekende steun, die zij heeft beschouwd als één enkele steunmaatregel, en niet als twee afzonderlijke steunmaatregelen, waarvan de ene door de Région NPDC en de andere door de CAD was vastgesteld.

37 De motivering is onjuist wat de door de CAD toegekende steun betreft, aangezien in punt 18 van de oorspronkelijke beschikking de Commissie heeft uiteengezet dat deze steun door de gemeenten van de CAD was verleend. De CAD is evenwel vanuit administratief en begrotingsoogpunt een autonoom openbaar lichaam, dat juridisch te onderscheiden is van de gemeenten die er deel van uitmaken, waarmee contractuele relaties kunnen worden aangegaan, en dat beschikt over eigen bevoegdheden en een eigen fiscaal stelsel. De motivering betreffende de vermeende steun van die gemeenten doet dus niet ter zake, zodat een motivering ontbreekt voor de door de CAD toegekende steun. Het feit dat de Commissie de in punt 18 van de oorspronkelijke beschikking gemaakte vergissing heeft gerectificeerd in punt 27 van de bestreden beschikking, heeft niet tot gevolg dat die vormfout niet heeft plaatsgevonden, nu de Commissie niet heeft uitgelegd waarom zij een andere kwalificatie heeft gegeven.

38 De motivering voor het regionale deel van de steun moet derhalve ook worden geacht te ontbreken, aangezien de motivering ondeelbaar is.

39 Mocht het Gerecht van oordeel zijn dat de motivering deelbaar is, is er subsidiair sprake van een ontoereikende motivering wat het regionale deel van de steun betreft, daar de situatie van AFR is beoordeeld op basis van een totaal steunbedrag van twee miljoen EUR. De beoordeling van het begrip „voordeel voor de onderneming" is dus op onjuiste gronden gebaseerd.

40 Volgens de CAD is de bestreden beschikking, net zoals de oorspronkelijke beschikking, onvoldoende onderbouwd wat betreft de methode voor de berekening van het steunbedrag, welke methode berust op een opslag van 800 basispunten ten opzichte van de referentierente (hierna: „risico-opslag"). De Commissie verwijst immers alleen naar de oorspronkelijke beschikking en naar haar mededeling 2008/C 14/02 over de herziening van de methode waarmee de referentie- en disconteringspercentages worden vastgesteld (PB C 14, blz. 6; hierna: „mededeling van 2008 inzake referentiepercentages"). Nochtans is de oorspronkelijke beschikking ingetrokken omdat de berekening van die risico-opslag onvoldoende was gemotiveerd, en volstaat het volgens de rechtspraak niet te verwijzen naar de toepasselijke voorschriften zonder nadere specifieke motivering op grond waarvan kan worden nagegaan in hoeverre het onderzoek relevant is, aangezien het Gerecht aldus geen toezicht kan uitoefenen op de geldigheid van de methode voor de berekening van de toegepaste renteverhoging.

41 In repliek voert de CAD voorts aan dat de Commissie het mechanisme van de aan AFR verleende terug te betalen voorschotten globaal en in samenhang met elkaar heeft onderzocht, terwijl het in werkelijkheid om twee verschillende voorschotten ging.

42 Volgens de Commissie moeten de onderhavige middelen worden afgewezen.

b) Beoordeling door het Gerecht

43 Volgens vaste rechtspraak hangt de omvang van de motiveringsplicht af van de aard en de context van de betrokken handeling. De motivering moet de redenering van de

instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking brengen, zodat de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de rechtvaardigingsgronden van de maatregel teneinde hun rechten te kunnen verdedigen en te kunnen nagaan of de beschikking al dan niet gegrond is, en zodat de Unierechter zijn wettigheidstoetsing kan verrichten. Het is niet noodzakelijk dat alle relevante gegevens, rechtens of feitelijk, in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de vraag of de motivering van een handeling aan de eisen van artikel 296 VWEU voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, maar ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen. In het bijzonder is de Commissie niet verplicht een standpunt te bepalen ten aanzien van alle door de belanghebbenden voorgedragen argumenten, maar kan zij volstaan met een uiteenzetting van de feiten en rechtsoverwegingen die in het bestek van haar beschikking van wezenlijk belang zijn (zie arrest Gerecht van 15 juni 2005, Corsica Ferries France/Commissie, T-349/03, Jurispr. blz. II-2197, punten 62-64 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

44 Bovendien kan de beschikking die is vastgesteld in een context die de belanghebbende goed kende, summier worden gemotiveerd (arresten Hof van 26 november 1975, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique e.a./Commissie, 73/74, Jurispr. blz. 1491, punt 31, en 30 september 2003, Duitsland/Commissie, C-301/96, Jurispr. blz. I-9919, punten 89 en 92).

45 Volgens de rechtspraak is de motiveringsplicht een wezenlijk vormvoorschrift dat moet worden onderscheiden van de vraag naar de gegrondheid van de motivering, die de inhoudelijke rechtmatigheid van de omstreden handeling betreft (arrest Hof van 22 maart 2001, Frankrijk/Commissie, C-17/99, Jurispr. blz. I-2481, punt 35, en arresten Gerecht van 12 november 2008, Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-406/06, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 47, en 20 mei 2009, VIP Car Solutions/Parlement, T-89/07, Jurispr. blz. II-1403, punt 63). De grieven en argumenten ter betwisting van de gegrondheid van die handeling doen derhalve niet ter zake in het kader van een middel betreffende gebrekkige of ontoereikende motivering (zie in die zin arrest Gerecht van 12 september 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commissie, T-68/03, Jurispr. blz. II-2911, punt 79, en arrest Biria, punt 12 supra, punt 210).

Eerste middel van het beroep in zaak T-267/08

46 De Région NPDC stelt in wezen dat de bestreden beschikking een motiveringsgebrek bevat omdat daaruit blijkt dat het door de CAD verleende terug te betalen voorschot volgens de Commissie door de gemeenten van de CAD is toegekend.

47 Aangezien de oorspronkelijke beschikking is ingetrokken, kan de Région NPDC zich niet met succes op een vermeend motiveringsgebrek in die beschikking beroepen om de bestreden beschikking te betwisten. Bovendien wordt in de punten 16, 17 en 27 van de bestreden beschikking duidelijk en ondubbelzinnig naar de CAD, en niet naar de gemeenten die daar deel van uitmaken, verwezen als het openbaar lichaam dat een van de twee betrokken terug te betalen voorschotten heeft toegekend, zodat het onderhavige middel als feitelijk ongegrond moet worden afgewezen.

Tweede middel van het beroep in zaak T-279/08

48 Het middel bevat twee onderdelen. Het eerste onderdeel betreft de ontoereikende motivering van de methode voor de berekening van het steunbedrag. Het tweede onderdeel ziet op een motiveringsgebrek dat blijkt uit het gezamenlijke algemene onderzoek van de aan AFR toegekende steun.

— Eerste onderdeel: ontoereikende motivering van de methode voor de berekening van het steunbedrag

49 In de bestreden beschikking heeft de Commissie haar methode voor de berekening van het steunbedrag als volgt uiteengezet:

„(49) In het geval van steun die in de vorm van kredieten aan ondernemingen in moeilijkheden wordt toegekend, wordt het steunbestanddeel gevormd door het saldo van de daadwerkelijk berekende rente en de rente die de begunstigde onderneming voor hetzelfde krediet op de particuliere markt had kunnen krijgen.

(50) Overeenkomstig de mededeling van 1997 inzake referentiepercentages stelt de Commissie referentiepercentages vast die worden geacht het gemiddelde niveau van de marktrenten weer te geven voor leningen op middellange en lange termijn tegen normale zekerheidstellingen. In deze mededeling wordt er ook op gewezen dat het referentiepercentage een minimumpercentage is dat in omstandigheden met bijzondere risico's kan worden verhoogd, bijvoorbeeld wanneer sprake is van een onderneming in moeilijkheden of de door de banken verlangde gebruikelijke zekerheden ontbreken. In dergelijke gevallen kan de opslag oplopen tot 400 basispunten en meer. In de mededeling van 1997 inzake referentiepercentages staat niet of verschillende risico-opslagen bij elkaar kunnen worden opgeteld indien rekening wordt gehouden met verschillende risico's. Ofschoon dat niet is uitgesloten, moet de Commissie in haar beschikking de methode die is gebruikt om de verschillende risico-opslagen bij elkaar op te tellen, onderbouwen door middel van een analyse van de praktijken op de financiële markten.

(51) In 2004 heeft [een] accountantskantoor [...] een onderzoek [...] uitgevoerd voor de Commissie (hierna: ‚accountantsonderzoek'). Daarin worden aan de hand van empirisch onderzoek de op de markt gehanteerde opslagen voor verschillende categorieën van op ondernemingen of op transacties betrekking hebbende risico's (met verschillende zekerheidstellingen) in kaart gebracht. Het accountantsonderzoek toont duidelijk aan dat het gelijktijdig voorkomen van meerdere risicoaspecten (kredietwaardigheid van de kredietnemer, zekerheidstellingen) leidt tot opslagen die bij het basispercentage moeten worden opgeteld.

(52) Aansluitend op het accountantsonderzoek is de wijze waarop de Commissie het steunbestanddeel in leningen berekent, verfijnd en nader uitgewerkt in haar mededeling van 2008 over de herziening van de methode waarmee de referentie- en disconteringspercentages worden vastgesteld [...] (hierna: ‚mededeling

van 2008 inzake referentiepercentages'). Deze mededeling bevat de in het accountantsonderzoek aanbevolen methode en voorziet in verschillende verhogingen van de basispercentages, zowel op basis van de kredietwaardigheid van de onderneming als op basis van de geboden zekerheden.

(53) Vastgesteld moet evenwel worden dat het onderzoek naar het steunbestanddeel van de maatregelen betrekking heeft op het begrip staatssteun en dat volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie ‚het begrip staatssteun beantwoordt aan een objectieve situatie die wordt beoordeeld op de datum waarop de Commissie haar beschikking vaststelt'.

[...]

(54) De Commissie is dan ook van mening dat de in de mededeling van 2008 inzake referentiepercentages vastgestelde methode de geschikte methode is om het steunbestanddeel te onderzoeken en zal de betrokken maatregelen tegen de achtergrond van deze mededeling bekijken.

(55) Volgens de mededeling van 2008 inzake referentiepercentages bedraagt de opslag waarbij kan worden uitgesloten dat sprake is van staatssteun in het geval van een onderneming in moeilijkheden met een lage zekerheidstelling, 1 000 basispunten.

(56) Zoals onder 5.1.3 is aangetoond, is de Commissie van mening dat AFR een onderneming in moeilijkheden was toen de (steun)maatregelen zijn vastgesteld. De Commissie merkt bovendien op dat voor de terug te betalen voorschotten geen zekerheden waren gesteld en dat dus sprake is van een lage zekerheidstelling.

(57) Bijgevolg komt het steunbestanddeel in beginsel overeen met het verschil tussen het met 1 000 punten verhoogde basispercentage en het bij de vaststelling van de maatregel gehanteerde percentage. Aangezien zij in haar oorspronkelijke beschikking van 2 april 2008 van mening was dat de toe te passen opslag 800 basispunten bedroeg, de begunstigde van de steun niet tegen die beschikking is opgekomen, en de concurrenten van de begunstigde evenmin de wettigheid van de oorspronkelijke beschikking hebben betwist, is de Commissie, gelet op alle omstandigheden van deze zaak, echter van mening dat die opslag in dit geval niet hoeft te worden verhoogd.

(58) De Commissie concludeert dat het steunbestanddeel bestaat uit het verschil tussen de met 800 basispunten verhoogde referentierente en de bij de vaststelling van de maatregel gehanteerde rente."

50 Vastgesteld moet worden dat de motivering van de door de Commissie gebruikte methode voor de berekening van het steunbedrag, anders dan de CAD stelt, niet slechts een verwijzing naar de mededeling van 2008 inzake referentiepercentages en naar de oorspronkelijke beschikking behelst. De bestreden beschikking bevat immers een uitvoerige beschrijving van de gekozen berekeningsmethode, te weten het gebruik van een referentiepercentage, verhoogd met een forfaitaire opslag wegens de moeilijke situatie van AFR en het ontbreken van zekerheden voor de terug te betalen voorschotten.

51 In de eerste plaats is in de door de Commissie uiteengezette berekeningsmethode sprake van mededeling 97/C 273/03 over de methode waarmee de referentie- en disconteringspercentages worden vastgesteld (PB C 273, blz. 3; hierna: „mededeling van 1997 inzake referentiepercentages") alsook van de mededeling van 2008 inzake referentiepercentages.

52 In de tweede plaats is de bestreden beschikking onderbouwd met een diepgaande analyse van de financiële situatie van AFR — waarbij de vraag of deze analyse gegrond is, een andere vraag is dan de vraag of de motiveringsplicht is nagekomen — en van het ontbreken van zekerheden.

53 In de derde plaats bevat de bestreden beschikking met betrekking tot de motivering van de verhoging van het referentiepercentage, die gelet op de cumulatieve risico's voortvloeiend uit de financiële situatie van AFR en het ontbreken van zekerheden is doorgevoerd, in lijn met de rechtspraak van het Gerecht (arrest Biria, punt 12 supra, punt 218) een analyse van de situatie op de financiële markt, welke analyse in oktober 2004 voor de Commissie door een accountantskantoor is uitgevoerd aan de hand van empirisch onderzoek naar de op de markt gehanteerde opslagen voor verschillende categorieën van op ondernemingen of op transacties betrekking hebbende risico's.

54 Met de verwijzing naar de oorspronkelijke beschikking in punt 57 van de bestreden beschikking, naast de vermelding dat de andere omstandigheden van de zaak in aanmerking zijn genomen, werd slechts beoogd te motiveren waarom de Commissie de risico-opslag op 800 basispunten heeft vastgesteld. Het Gerecht is van oordeel dat toereikend is gemotiveerd waarom de risico-opslag op die hoogte is vastgesteld.

55 Gelet op het voorgaande moet het eerste onderdeel van dit middel ongegrond worden verklaard.

— Tweede onderdeel: motiveringsgebrek dat blijkt uit het „gezamenlijke algemene" onderzoek van de aan AFR verleende voorschotten

56 Ten eerste moet erop worden gewezen dat de Commissie in de bestreden beschikking, bij de beschrijving van de betrokken steunmaatregelen in punt 17, wel een onderscheid heeft gemaakt tussen het terug te betalen voorschot van de Région NPDC en het terug te betalen voorschot van de CAD.

57 Ten tweede moet worden vastgesteld dat in punt 16 van de bestreden beschikking weliswaar sprake is van een „gezamenlijk verstrekt terugbetaalbaar voorschot", maar dat deze omstandigheid geen motiveringsgebrek oplevert. In punt 17 van de bestreden beschikking is immers ook aangegeven dat volgens de door de Franse autoriteiten aan de Commissie toegezonden informatie aan het voorschot van de CAD de voorwaarde was verbonden dat een vergelijkbaar terugbetaalbaar voorschot onder dezelfde voorwaarden zou worden verleend door de Région NPDC.

58 Ten derde heeft de Commissie in de bestreden beschikking de kwalificatie van de betrokken voorschotten als staatssteun, de bepaling van de hoogte ervan en de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt weliswaar gezamenlijk onderzocht, maar dit levert op zich geen schending van de motiveringsplicht op. Aangezien de voorschotten tegen dezelfde voorwaarden qua rente, wijze van terugbetaling en ontbreken van zekerheden én aan dezelfde begunstigde werden verstrekt, beantwoordt een gezamenlijke motivering in casu immers aan het doel van de motiveringsplicht, namelijk aan de noodzaak om de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking te doen komen, opdat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen.

59 Het tweede onderdeel van dit middel moet dus worden afgewezen.

60 Gelet op het voorgaande moet het tweede middel van het beroep in zaak T-279/08, ontleend aan niet-nakoming van de motiveringsplicht, in zijn geheel worden afgewezen.

3. *Tweede middel van het beroep in zaak T-267/08: schending van de rechten van de verdediging, van het beginsel van hoor en wederhoor, van het gelijkheidsbeginsel, van het beginsel van behoorlijk bestuur, van het beginsel van eerbiediging van de grondwettelijke identiteit van de lidstaten en van het vertrouwensbeginsel, en eerste middel van het beroep in zaak T-279/08: schending van de rechten van de verdediging en van het beginsel van hoor en wederhoor*

a) Argumenten van partijen

61 De Région NPDC stelt dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging, die van toepassing is in elke procedure die tegen iemand is ingeleid en voor hem tot een bezwarende handeling kan leiden, in staatssteunprocedures niet alleen geldt jegens de adressaat van de beschikking, maar ook jegens het openbaar lichaam dat de steun heeft verleend. De Commissie heeft zich evenwel niet gewend tot de vaste commissie van de regionale raad van de NPDC, die tot steunverlening heeft besloten, en evenmin tot de voorzitter van deze regionale raad, die bevoegd is voor de uitvoering van de steunverlening. De Franse Republiek heeft deze verkozen autoriteiten van de regionale raad ook niet om uitleg verzocht, nu er slechts contacten zijn geweest met de administratieve autoriteiten daarvan. Bovendien hebben de besluitvormende en administratieve autoriteiten van de Région NPDC geen toegang tot het dossier gehad en evenmin de processtukken, de opmerkingen van de Franse Republiek of de vragen van de Commissie over de litigieuze steun ontvangen. De Commissie had zich rechtstreeks tot de Région NPDC moeten wenden of de Franse Republiek moeten vragen om haar wettelijke vertegenwoordiger, namelijk de voorzitter van de regionale raad, officieel opdracht te geven aan haar zijn opmerkingen te doen toekomen.

62 Door te handelen zoals zij heeft gedaan, heeft de Commissie het beginsel van behoorlijk bestuur en het beginsel van eerbiediging van de grondwettelijke identiteit van de lidstaten geschonden en afbreuk gedaan aan de door de Franse grondwet van 4 oktober 1958 gewaarborgde bestuurlijke vrijheid van territoriale openbare lichamen.

63 Ook de omstandigheid dat voor de vaststelling van de bestreden beschikking de formele onderzoeksprocedure niet is heropend, terwijl daarbij wordt uitgegaan van een andere methode voor de berekening van het steunbedrag dan de in de oorspronkelijke beschikking gebruikte methode, levert schending van de rechten van de verdediging, van het recht op informatie van de Région NPDC als belanghebbende en van haar recht om te worden gehoord op. De rechten van verdediging van de Franse Republiek zijn eveneens geschonden.

64 Voorts heeft de Commissie, door zich in de bestreden beschikking niet alleen op nieuwe gegevens te baseren maar ook op het vermeende feit dat de documenten die de Franse autoriteiten haar met betrekking tot het door AFR uitgevoerde saneringsplan hebben overgelegd, niet toereikend waren, het vertrouwensbeginsel geschonden. Dit beginsel vereist volgens de rechtspraak dat de eindbeschikking van de Commissie niet wordt gebaseerd op het ontbreken van gegevens waarvan partijen op basis van de vermeldingen in de voorlopige beschikking niet konden menen dat zij aan de Commissie dienden te worden verstrekt. In dit geval is zelfs geen sprake van een voorlopige beschikking, maar heeft de Commissie slechts de oorspronkelijke beschikking door de bestreden beschikking vervangen, zonder enige vorm van formaliteiten en in de grootste stilte. Bijgevolg kon noch de Région NPDC noch de Franse Republiek gegevens verstrekken waarvan zij konden menen dat zij dienden te worden verstrekt.

65 De Commissie heeft ook het beginsel van gelijkheid van alle bij de steun betrokken partijen geschonden, aangezien de klager die de aanzet heeft gegeven tot het inleiden van de procedure wordt geacht een belanghebbende in de zin van artikel 108, lid 2, VWEU te zijn, terwijl het territoriaal openbaar lichaam dat de steun heeft verleend waarop de klacht betrekking heeft, slechts als een belanghebbende derde wordt beschouwd die niet in aanmerking komt om deel te nemen aan de procedure.

66 De CAD verwijt de Commissie dat zij noch haar, noch de Région NPDC, noch AFR heeft geraadpleegd, terwijl uit de rechtspraak blijkt dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging vereist dat de belanghebbenden de gelegenheid wordt geboden hun zienswijze kenbaar te maken en een standpunt in te nemen over de door de administratie van de Unie overgelegde documenten, ook al bestaat er geen regeling

voor de betrokken procedure. Raadpleging van slechts de Franse Republiek is niet voldoende.

67 Verder moet worden nagegaan of de mededeling van punten van bezwaar is gesteld in bewoordingen die voor de betrokkenen voldoende duidelijk zijn om daadwerkelijk te weten welke gedragingen hun worden verweten.

68 De omstandigheid dat de formele onderzoeksprocedure niet is heropend voor de vaststelling van de bestreden beschikking, levert schending door de Commissie op van de rechten van de verdediging, van het beginsel van hoor en wederhoor en van het recht om te worden gehoord. De CAD heeft niet de mogelijkheid gekregen haar zienswijze kenbaar te maken, daar de Commissie haar niet op de hoogte heeft gesteld van het nieuwe onderzoek naar de litigieuze voorschotten en van het gebruik van een andere methode voor de berekening van de steun dan de methode waarop de oorspronkelijke beschikking berust.

69 De Commissie betwist de gegrondheid van de argumenten van verzoeksters.

b) Beoordeling door het Gerecht

70 Volgens vaste rechtspraak moet de eerbiediging van de rechten van de verdediging in iedere tegen een persoon gerichte procedure die tot een voor hem bezwarend besluit kan leiden, worden beschouwd als een fundamenteel beginsel van Unierecht, dat zelfs bij ontbreken van enig specifiek voorschrift in acht moet worden genomen. Dit beginsel verlangt dat de betrokkene reeds in het stadium van de administratieve procedure in staat wordt gesteld naar behoren zijn standpunt kenbaar te maken inzake de juistheid en de relevantie van de door de Commissie aangevoerde feiten, grieven

en omstandigheden (arrest Hof van 10 juli 1986, België/Commissie, 234/84, Jurispr. blz. 2263, punt 27, en arrest Gerecht van 30 maart 2000, Kish Glass/Commissie, T-65/96, Jurispr. blz. II-1885, punt 32).

71 Met betrekking tot de rechten van lagere openbare lichamen die staatssteun hebben verleend, moet erop worden gewezen dat de administratieve procedure inzake staatssteun uitsluitend tegen de betrokken lidstaat wordt ingeleid. Derhalve kan alleen de betrokken lidstaat zich als adressaat van de bestreden beschikking beroepen op echte rechten van verweer (arrest Gerecht van 1 juli 2009, Operator ARP/Commissie, T-291/06, Jurispr. blz. II-2275, punt 35). Steunverlenende lagere openbare lichamen, zoals verzoeksters, worden, evenals de steunontvangende ondernemingen en hun concurrenten, in deze procedure slechts als belanghebbenden in de zin van artikel 108, lid 2, VWEU beschouwd (zie in die zin arrest Gerecht van 16 december 1999, Acciaierie di Bolzano/Commissie, T-158/96, Jurispr. blz. II-3927, punt 42).

72 Voorts is het vaste rechtspraak dat de Commissie tijdens de in artikel 108, lid 2, VWEU bedoelde onderzoeksfase de belanghebbenden moet aanmanen hun opmerkingen in te dienen (arresten Hof van 19 mei 1993, Cook/Commissie, C-198/91, Jurispr. blz. I-2487, punt 22; 15 juni 1993, Matra/Commissie, C-225/91, Jurispr. blz. I-3203, punt 16, en 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 59).

73 Met betrekking tot deze verplichting heeft het Hof geoordeeld dat de bekendmaking van een mededeling in het Publicatieblad een doeltreffend middel is om alle belanghebbenden van de inleiding van een procedure in kennis te stellen (arrest Hof van 14 november 1984, Intermills/Commissie, 323/82, Jurispr. blz. 3809, punt 17) en dat deze mededeling er uitsluitend toe strekt bij de belanghebbenden alle inlichtingen ter voorlichting van de Commissie met het oog op haar toekomstig beleid in te winnen (arrest Hof van 12 juli 1973, Commissie/Duitsland, 70/72, Jurispr. blz. 813, punt 19, en arrest Gerecht van 22 oktober 1996, Skibsværftsforeningen e.a./Commissie, T-266/94, Jurispr. blz. II-1399, punt 256).

74 Deze rechtspraak kent de belanghebbenden vooral de rol toe van informatiebron voor de Commissie in het kader van de administratieve procedure van artikel 108, lid 2, VWEU. Hieruit volgt dat de belanghebbenden zich niet kunnen beroepen op de rechten van verdediging die toekomen aan de personen tegen wie een procedure is ingeleid, maar enkel het recht hebben om, gelet op de omstandigheden van het concrete geval, op passende wijze bij de administratieve procedure te worden betrokken (arresten Gerecht van 25 juni 1998, British Airways e.a./Commissie, T-371/94 en T-394/94, Jurispr. blz. II-2405, punten 59 en 60, en 6 maart 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale en Land Nordrhein-Westfalen/Commissie, T-228/99 en T-233/99, Jurispr. blz. II-435, punt 125).

75 De belanghebbenden kunnen zich dus niet beroepen op schending van het beginsel van behoorlijk bestuur omdat de Commissie hun niet persoonlijk zou hebben verzocht om hun opmerkingen over de procedure voor onderzoek van de steun in te dienen [arrest Gerecht van 31 mei 2006, Kuwait Petroleum (Nederland)/Commissie, T-354/99, Jurispr. blz. II-1475, punt 82]. De Commissie is ook niet verplicht de belanghebbenden de opmerkingen of informatie te doen toekomen die zij van de regering van de betrokken lidstaat heeft ontvangen.

76 In casu stellen verzoeksters dat de Commissie hen in hun rechten van verdediging heeft geschaad en het beginsel van hoor en wederhoor en het recht op behoorlijk bestuur heeft geschonden, ten eerste door niet rechtstreeks aan hen uitleg te vragen of de Franse Republiek te vragen om haar wettelijke vertegenwoordiger opdracht te geven zijn opmerkingen in te dienen, ten tweede door hun geen toegang tot het dossier te verlenen, en ten derde omdat zij de processtukken, de opmerkingen van de Franse Republiek en de vragen van de Commissie over de litigieuze steun niet hebben ontvangen.

77 De CAD voert tevens aan dat naast haar eigen rechten van verdediging ook die van de Région NPDC en van de begunstigde van de steun, AFR, zijn geschonden, aangezien zij niet werden verzocht hun opmerkingen kenbaar te maken. In dit verband moet worden vastgesteld dat de CAD slechts procesbelang heeft om de eerbiediging van haar eigen procedurele rechten af te dwingen [zie naar analogie beschikking Gerecht

van 30 april 2001, British American Tobacco International (Holdings)/Commissie, T-41/00, Jurispr. blz. II-1301, punten 18 en 19, en arrest Gerecht van 8 oktober 2008, Sogelma/EBW, T-411/06, Jurispr. blz. II-2771, punt 101]. Aangezien de CAD geen procesbelang heeft om de eerbiediging van de rechten van de verdediging van de Région NPDC en van de begunstigde van de steun af te dwingen, is de grief inzake schending van die rechten niet-ontvankelijk voor zover de CAD deze grief indient.

78 Uit de in de punten 70 tot en met 75 hierboven aangehaalde rechtspraak volgt dat belanghebbenden zoals verzoeksters zich niet op de rechten van de verdediging als dusdanig kunnen beroepen, maar enkel het recht hebben om gelet op de omstandigheden van het geval op passende wijze te worden gehoord en bij de procedure te worden betrokken. De door verzoeksters aangevoerde schending van de rechten van de verdediging, van het beginsel van hoor en wederhoor en van het recht op behoorlijk bestuur moet dus slechts worden getoetst aan de schending van het recht van verzoeksters om te worden gehoord en bij de procedure te worden betrokken.

79 Vastgesteld moet worden dat de Commissie alle belanghebbenden op de hoogte heeft gesteld van het feit dat een procedure is ingeleid, door de bekendmaking in het Publicatieblad van 24 oktober 2007 van een uitnodiging om overeenkomstig artikel 88, lid 2, EG opmerkingen in te dienen over niet-aangemelde staatssteun die de Franse Republiek aan AFR heeft verleend, welke uitnodiging de publicatie van het inleidingsbesluit en een samenvatting daarvan bevatte.

80 Wat betreft de grief van de CAD dat de mededeling van punten van bezwaar niet is gesteld in bewoordingen die voor de belanghebbenden voldoende duidelijk zijn om daadwerkelijk te weten welke gedragingen hun worden verweten, moet eraan worden herinnerd dat in artikel 6 van verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel [88 EG] (PB L 83, blz. 1) is bepaald dat wanneer de Commissie besluit de formele onderzoeksprocedure in te leiden, in het inleidingsbesluit kan worden volstaan met een samenvatting van de relevante feiten en rechtspunten, een eerste beoordeling

omtrent de steunverlenende aard van de betrokken overheidsmaatregel, en een uiteenzetting van de redenen waarom getwijfeld wordt aan de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt (arresten Gerecht van 23 oktober 2002, Diputación Foral de Guipúzcoa e.a./Commissie, T-269/99, T-271/99 en T-272/99, Jurispr. blz. II-4217, punt 104, en 22 oktober 2008, TV 2/Danmark e.a./Commissie, T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04, Jurispr. blz. II-2935, punt 138).

81 Het inleidingsbesluit moet de belanghebbenden dus in staat stellen doeltreffend deel te nemen aan de formele onderzoeksprocedure, waarin zij hun argumenten kunnen aanvoeren. Daartoe volstaat het dat de belanghebbenden weten op grond van welke redenering de Commissie voorlopig heeft geoordeeld dat de betrokken maatregel een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare nieuwe steunmaatregel is (arrest Gerecht van 30 april 2002, Government of Gibraltar/Commissie, T-195/01 en T-207/01, Jurispr. blz. II-2309, punt 138, en arrest Diputación Foral de Guipúzcoa e.a./Commissie, punt 80 supra, punt 105).

82 In casu heeft de Commissie in het inleidingsbesluit duidelijk uiteengezet waarom zij voorlopig heeft geconcludeerd dat de betrokken terug te betalen voorschotten staatssteun vormden (punten 8-15 van het inleidingsbesluit) en waarom er volgens haar twijfel bestond over de verenigbaarheid van deze steun met de gemeenschappelijke markt (punten 16-20 van dat besluit).

83 Voorts moet met betrekking tot de grief van de Région NPDC en de CAD dat de formele onderzoeksprocedure na de intrekking van de oorspronkelijke beschikking niet is heropend, in herinnering worden gebracht dat volgens de rechtspraak de procedure ter vervanging van een onwettige handeling weer mag worden opgenomen op het precieze punt waarop de onwettigheid is ontstaan, zonder dat de Commissie de procedure hoeft te hervatten in een stadium voorafgaand aan dat precieze punt (zie in die zin arrest Hof van 3 oktober 2000, Industrie des poudres sphériques/Raad,

C-458/98 P, Jurispr. blz. I-8147, punt 82 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest Gerecht van 9 juli 2008, Alitalia/Commissie, T-301/01, Jurispr. blz. II-1753, punten 99 en 142). In casu gaat de ontoereikende motivering die tot intrekking van de oorspronkelijke beschikking heeft geleid, niet terug tot de inleiding van de procedure, die op generlei wijze onwettig is. Aangezien zij over de nodige gegevens voor het door het arrest Biria, punt 12 supra, voorgeschreven nieuwe onderzoek met betrekking tot de berekening van de risico-opslag beschikte, was de Commissie dus niet verplicht tot een nieuwe instructie van de zaak over te gaan.

84 Daar het recht van verzoeksters om te worden gehoord en bij de procedure te worden betrokken bij de vaststelling van de oorspronkelijke beschikking is geëerbiedigd, vormden de intrekking van die beschikking wegens de ontoereikende motivering ervan en de vervanging ervan door een nieuwe beschikking dus geen aanleiding voor heropening van de formele onderzoeksprocedure. Bovendien moet, ook al zou worden aangenomen dat de Région NPDC kan aanvoeren dat de rechten van verdediging van de Franse Republiek zijn geschonden, worden vastgesteld dat zij niets heeft aangevoerd ten bewijze dat het niet heropenen van de formele onderzoeksprocedure een dergelijke schending oplevert.

85 De toevoeging van extra gegevens in de bestreden beschikking over de door AFR genomen saneringsmaatregelen doet niet af aan deze vaststelling. Zoals de Commissie opmerkt, is deze toevoeging bedoeld om uitgebreider te antwoorden op de argumenten die verzoeksters in het kader van hun beroepen hebben geformuleerd. De toevoeging van extra gegevens is dan ook niet in strijd met het recht van verzoeksters om te worden gehoord, maar zorgt er juist voor dat dit recht wordt geëerbiedigd. Hoe dan ook hebben verzoeksters geen gegevens verstrekt die, mocht de Commissie ze in aanmerking hebben genomen, ertoe hadden kunnen leiden dat zij in de bestreden beschikking tot een andere conclusie was gekomen. Een dergelijke schending van de rechten van de verdediging kan echter slechts tot nietigverklaring leiden indien de procedure zonder die onregelmatigheid een andere afloop had kunnen hebben (arresten Hof van 11 november 1987, Frankrijk/Commissie, 259/85, Jurispr. blz. 4393, punten 12 en 13, en 14 februari 1990, Frankrijk/Commissie, C-301/87, Jurispr. blz. I-307, punten 30 en 31).

86 Uit het voorgaande blijkt dat de Commissie het recht van verzoeksters om te worden gehoord en bij de procedure te worden betrokken, het recht op behoorlijk bestuur en het beginsel van hoor en wederhoor niet heeft geschonden.

87 De grief van de Région NPDC inzake schending van het gelijkheidsbeginsel kan evenmin slagen. Op het gebied van het toezicht op staatssteun beschikken lagere territoriale openbare lichamen die steun verlenen, zoals verzoeksters, immers over dezelfde procedurele rechten als de eventuele klagers. Laatstgenoemden worden in deze procedure slechts als belanghebbenden beschouwd, waarmee de Commissie geen contradictoir debat hoeft aan te gaan (arrest Commissie/Sytraval en Brink's France, punt 72 supra, punt 59, en arrest Gerecht van 12 december 2006, Asociación de Estaciones de Servicio de Madrid en Federación Catalana de Estaciones de Servicio/Commissie, T-95/03, Jurispr. blz. II-4739, punt 140).

88 Voorts moet met betrekking tot de grief van de Région NPDC die is ontleend aan de eerbiediging van de grondwettelijke identiteit van de lidstaten, eraan worden herinnerd dat niet kan worden uitgesloten dat een lager openbaar lichaam als gevolg van zijn status, rechtens en feitelijk, ten opzichte van de centrale overheid van een lidstaat dermate autonoom is dat, door de maatregelen die het vaststelt, dit openbaar lichaam — en niet de centrale overheid — een fundamentele rol speelt in de vaststelling van de politieke en economische omgeving waarin de ondernemingen opereren (arresten Hof van 6 september 2006, Portugal/Commissie, C-88/03, Jurispr. blz. I-7115, punt 58, en 11 september 2008, Unión General de Trabajadores de la Rioja e.a., C-428/06–C-434/06, Jurispr. blz. I-6747, punt 48). In de controleprocedure inzake staatssteun is de rol van andere belanghebbenden dan de betrokken lidstaat echter beperkt tot de rol die in punt 74 hierboven in herinnering is gebracht. Zij kunnen zelf geen aanspraak maken op een contradictoir debat met de Commissie, zoals dit voor deze lidstaat openstaat (arrest Hof van 24 september 2002, Falck en Acciaierie di Bolzano/Commissie, C-74/00 P en C-75/00 P, Jurispr. blz. I-7869, punt 82). Deze grief moet dus ongegrond worden verklaard.

89 Ten slotte is de door de Région NPDC aangevoerde grief inzake schending van het vertrouwensbeginsel (zie punt 64 supra) evenmin overtuigend.

90 Volgens de rechtspraak moet de Commissie bij de afwikkeling van de procedure tot onderzoek van staatssteun rekening houden met het gewettigd vertrouwen dat kon worden ontleend aan de vermeldingen in het besluit tot inleiding van de onderzoeksprocedure (arrest Gerecht van 5 juni 2001, ESF Elbe-Stahlwerke Feralpi/Commissie, T-6/99, Jurispr. blz. II-1523, punt 126). De Commissie mag haar eindbeschikking bijgevolg niet baseren op het niet verstrekken van gegevens waarvan de belanghebbende partijen op basis van de vermeldingen in het inleidingsbesluit niet konden menen dat het zinvol was ze aan de Commissie te verstrekken (arrest Gerecht van 12 september 2007, González y Díez/Commissie, T-25/04, Jurispr. blz. II-3121, punt 125).

91 In casu luidt punt 18 van het inleidingsbesluit als volgt:

„In dit stadium betwijfelt de Commissie of is voldaan aan de in de richtsnoeren gestelde voorwaarden voor de verenigbaarheid van herstructureringssteun. De Commissie wijst daarbij op de volgende punten:

— de Franse autoriteiten hebben de Commissie geen herstructureringsplan voorgelegd dat voldoet aan de punten 34 tot en met 37 van de richtsnoeren;

— de Commissie is niet in kennis gesteld van compenserende maatregelen die iedere buitensporige concurrentieverstoring als gevolg van de steun moeten voorkomen (punten 38-42 van de richtsnoeren)."

92 Het inleidingsbesluit bevat dus vermeldingen waaruit blijkt dat de Commissie twijfelde aan de verenigbaarheid van de betrokken maatregelen omdat er geen herstructureringsplan was dat voldeed aan de punten 34 tot en met 37 van de mededeling van de Commissie over de communautaire richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden (PB 2004, C 244, blz. 2; hierna: „richtsnoeren").

93 De belanghebbende partijen en de Franse Republiek wisten dus dat zij moesten aantonen dat een dergelijk herstructureringsplan, waarvan de toekenning van de steun afhankelijk was, voorhanden was teneinde de verenigbaarheid van de toegekende steun te doen vaststellen. Van schending van het vertrouwensbeginsel kan op dit punt dan ook geen sprake zijn.

94 Gelet op al het voorgaande moeten de onderhavige middelen in hun geheel worden afgewezen.

4. *Derde middel van het beroep in zaak T-267/08: kennelijk onjuiste beoordeling doordat geen rekening is gehouden met de specifieke juridische kenmerken van de steunverlener*

a) Argumenten van partijen

95 De Région NPDC stelt dat uit het ontbreken van een motivering betreffende de steun die de CAD als openbaar lichaam aan AFR heeft verleend, blijkt dat de motivering van de bestreden beschikking onjuist is. De Commissie heeft, door ten onrechte te menen dat de steun door de gemeenten van de CAD is toegekend, geen rekening gehouden met de specifieke juridische kenmerken van de steunverlener. Zij heeft zich

niet uitgesproken over de helft van de verleende steun en de bijzondere wijze van financiering daarvan niet onderzocht, terwijl de gevolgen van de steun onlosmakelijk verbonden zijn met de wijze van financiering van die steun.

96 De Commissie concludeert tot verwerping van de argumenten van de Région NPDC.

b) Beoordeling door het Gerecht

97 Om te beginnen moet erop worden gewezen dat aangezien de oorspronkelijke beschikking is ingetrokken, verzoekster niet op goede gronden kan aanvoeren dat die beschikking een kennelijk onjuiste beoordeling bevat wat de identiteit van een van de steunverleners betreft. Voorts heeft de Commissie, indien aangenomen wordt dat dit argument ook is aangevoerd tegen de bestreden beschikking, geen blijk gegeven van een kennelijk onjuiste beoordeling door met name in de punten 16, 17 en 27 ervan te oordelen dat de CAD het openbaar lichaam was dat een van de twee litigieuze terug te betalen voorschotten heeft toegekend.

98 Het van het vorige argument te onderscheiden argument dat geen rekening is gehouden met de bijzondere wijze van financiering van de door de CAD verleende steun, valt samen met het eerste onderdeel van het vierde middel van het beroep in zaak T-267/08 en zal binnen dat kader worden onderzocht.

99 De grief dat geen rekening is gehouden met de specifieke juridische kenmerken van de CAD moet derhalve ongegrond worden verklaard.

5. *Eerste onderdeel van het vierde middel van het beroep in zaak T-267/08: onjuiste beoordeling van de herkomst van de middelen, en vierde middel van het beroep in zaak T-279/08: onjuiste beoordeling van het begrip staatsmiddelen*

a) Argumenten van partijen

100 Volgens de Région NPDC heeft de Commissie blijk gegeven van een onjuiste beoordeling van de herkomst van de betrokken middelen, aangezien deze middelen niet afkomstig zijn van de gemeenten van de CAD, zoals de Commissie in de oorspronkelijke beschikking heeft gesteld, maar van de CAD zelf, een openbaar lichaam voor samenwerking tussen gemeenten. De Commissie was dan ook ten onrechte van mening dat het door de CAD toegekende voorschot afkomstig is van staatsmiddelen, terwijl gemeentelijke samenwerkingsverbanden over eigen middelen beschikken. Die middelen zijn gedeeltelijk afkomstig uit verplichte bijdragen van fiscale of parafiscale aard en komen daarnaast voort uit diensten van economische aard die door deze openbare lichamen worden aangeboden.

101 De Région NPDC benadrukt onder verwijzing naar de artikelen L. 4331-1 tot en met L. 4331-3 van de Franse Code général des collectivités territoriales (Franse algemene wet territoriale overheden) waarin een overzicht van de middelen van de regio's wordt gegeven, dat de door haar verleende steun ook afkomstig is van middelen die niet uitsluitend fiscale of parafiscale middelen zijn.

102 De Région NPDC verwijt de Commissie ook dat zij in de bestreden beschikking ervan is uitgegaan dat de aan AFR toegekende voorschotten aan de staat toerekenbaar waren, louter omdat zij door territoriale openbare lichamen zijn verleend. Blijkens de rechtspraak dient de Commissie echter elk individueel geval aan het toerekeningscriterium te toetsen, hetgeen zij niet heeft gedaan aangezien de betrokken voorschotten volgens haar door de gemeenten van de CAD waren verleend.

103 Volgens de CAD beschikken gemeentelijke samenwerkingsverbanden over tal van verschillende middelen, waaronder van de verschillende belastingen en heffingen te onderscheiden inkomsten, zoals de inkomsten uit hun roerende en onroerende goederen, de bedragen die zij van overheidsinstanties, verenigingen of particulieren ontvangen in ruil voor een dienst die wordt verleend, en de inkomsten uit aan hen gedane schenkingen en legaten. Deze inkomsten, die niet afkomstig zijn uit een krachtens het recht van de staat opgelegde verplichte bijdrage, zijn geen staatsmiddelen. De Commissie had de herkomst van de middelen waarmee het terug te betalen voorschot is gefinancierd, moeten onderzoeken om vast te stellen of dat voorschot met staatsmiddelen dan wel met andere middelen van de CAD was bekostigd.

104 De CAD voert tevens aan dat het verleende terug te betalen voorschot voor haar geen extra last maar een toekomstige bron van inkomsten vormt, aangezien het gaat om een geldlening tegen terugbetaling met rente tegen een percentage van 4,08 %, hetgeen overeenstemt met het communautaire referentiepercentage op het tijdstip van de steunverlening.

105 Volgens de Commissie moeten de onderhavige middelen worden afgewezen.

b) Beoordeling door het Gerecht

106 Om te beginnen moet worden herinnerd aan de rechtspraak dat voor de kwalificatie van een maatregel als steun in de zin van het Verdrag vereist is dat is voldaan aan elk van de vier cumulatieve criteria van artikel 107, lid 1, VWEU. In de eerste plaats moet het gaan om een maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd, in de tweede plaats moet deze maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, in de derde plaats moet de maatregel de begunstigde een voordeel verschaffen en in de vierde plaats moet hij de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen (zie arrest Hof van 17 november 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri, C-169/08, Jurispr. blz. I-10821, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

107 Verzoeksters betwisten met de onderhavige middelen dat is voldaan aan het eerste criterium, volgens hetwelk voordelen pas als steunmaatregelen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU kunnen worden beschouwd indien zij rechtstreeks of indirect met staatsmiddelen zijn bekostigd en aan de staat kunnen worden toegerekend (zie arrest Hof van 15 juli 2004, Pearle e.a., C-345/02, Jurispr. blz. I-7139, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest Gerecht van 26 juni 2008, SIC/Commissie, T-442/03, Jurispr. blz. II-1161, punt 93 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

108 Benadrukt moet worden dat een maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd niet per se door de centrale overheid van de betrokken lidstaat behoeft te zijn vastgesteld, maar evengoed kan uitgaan van een instantie op een lager niveau. Volgens vaste rechtspraak kan een door een territoriaal openbaar lichaam en niet door de centrale overheid vastgestelde maatregel een steunmaatregel vormen wanneer aan de voorwaarden van artikel 107, lid 1, VWEU is voldaan (arrest Hof van 14 oktober 1987, Duitsland/Commissie, 248/84, Jurispr. blz. 4013, punt 17, en arrest Portugal/Commissie, punt 88 supra, punt 55). Anders gezegd, maatregelen van decentrale (gedecentraliseerde, federatieve, regionale of andere) lichamen van de lidstaten vallen — ongeacht hun statuut en benaming — evenals maatregelen van de federale of centrale overheid binnen de werkingssfeer van artikel 107, lid 1, VWEU indien aan de voorwaarden van deze bepaling is voldaan (arrest Gerecht van 6 maart 2002, Diputación Foral de Álava e.a./Commissie, T-92/00 en T-103/00, Jurispr. blz. II-1385, punt 57).

109 Wat het begrip staatsmiddelen betreft, volgt uit de rechtspraak van het Hof dat artikel 107, lid 1, VWEU alle geldelijke middelen omvat die de overheid daadwerkelijk kan gebruiken om ondernemingen te steunen, ongeacht of deze middelen al dan niet permanent deel uitmaken van het vermogen van die overheid. Dus ook al zijn de bedragen die overeenkomen met de betrokken maatregel niet permanent in het bezit van de overheid, het feit dat zij constant onder openbaar toezicht en daarmee ter beschikking van de bevoegde nationale autoriteiten staan, volstaat om ze als staatsmiddelen aan te merken (zie in die zin arresten Hof van 16 mei 2000, Frankrijk/Ladbroke

Racing en Commissie, C-83/98 P, Jurispr. blz. I-3271, punt 50, en 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie, C-482/99, Jurispr. blz. I-4397, punt 37).

110 Uit de in punt 108 hierboven aangehaalde rechtspraak volgt dat het feit dat de voorschotten door de Région NPDC en door de CAD waren toegekend, dus door territoriale openbare lichamen en niet door de centrale overheid, niet zodanig is dat dit reeds volstond om deze maatregelen buiten de werkingssfeer van artikel 107, lid 1, VWEU te doen vallen. Aan de voorwaarde dat de betrokken maatregelen aan de staat konden worden toegerekend, is dan ook voldaan.

111 Uit de in punt 109 hierboven aangehaalde rechtspraak blijkt bovendien dat het feit dat de litigieuze maatregelen zouden zijn gefinancierd met eigen middelen van de Région NPDC en van de CAD die niet van fiscale of parafiscale aard zijn, die maatregelen evenmin aan de kwalificatie als staatssteun doet ontsnappen. Het beslissende criterium op het gebied van staatsmiddelen is immers het openbare toezicht, en artikel 107, lid 1, VWEU omvat alle geldelijke middelen, of die nu uit verplichte bijdragen komen of niet, die de openbare sector daadwerkelijk kan gebruiken om ondernemingen te steunen.

112 Voorts moet het argument van de CAD dat het verleende voorschot geen last maar een toekomstige bron van inkomsten vormt, aangezien het gaat om een geldlening tegen terugbetaling met rente, worden verworpen. De rente die een onderneming voor de lening dient te betalen, kan immers het door de onderneming genoten voordeel niet volledig tenietdoen (zie in die zin arrest Hof van 29 juni 1999, DM Transport, C-256/97, Jurispr. blz. I-3913, punt 21). Er is namelijk een last voor de begroting van de CAD, aangezien de CAD een hoger rendement had kunnen halen door dat bedrag onder normale marktvoorwaarden uit te lenen of door het anders te plaatsen of te investeren. In dat geval bestaat de steun uit het verschil tussen de rente die zou zijn betaald indien het volgens normale marktvoorwaarden geldende rentepercentage was gehanteerd, en de daadwerkelijk betaalde rente (arrest Gerecht van 30 april 1998, Cityflyer Express/Commissie, T-16/96, Jurispr. blz. II-757, punt 53). De door de Commissie verrichte beoordeling omtrent de vraag of sprake is van een dergelijk voordeel voor de begunstigde van de steun, gelet op het gehanteerde rentepercentage en de

financiële situatie van AFR, zal worden getoetst bij de behandeling van het vijfde middel van het beroep in zaak T-267/08, dat is ontleend aan een onjuiste beoordeling van het door AFR genoten voordeel door de terug te betalen voorschotten.

113 Ten slotte moet erop worden gewezen dat aangezien de oorspronkelijke beschikking is ingetrokken, de CAD niet op goede gronden kan betogen dat die beschikking een onjuiste beoordeling van de identiteit van een van de steunverleners bevat. Voorts heeft de Commissie, indien aangenomen wordt dat dit argument ook is aangevoerd tegen de bestreden beschikking, geen blijk gegeven van een onjuiste beoordeling van de financiering van de litigieuze maatregel door met name in de punten 16, 17 en 27 van de bestreden beschikking te oordelen dat de CAD het openbaar lichaam was dat een van de twee litigieuze terug te betalen voorschotten heeft toegekend.

114 Gelet op al het voorgaande moeten het eerste onderdeel van het vierde middel van het beroep in zaak T-267/08 betreffende een onjuiste beoordeling van de herkomst van de middelen en het vierde middel van het beroep in zaak T-279/08 betreffende een onjuiste beoordeling van het begrip staatsmiddelen worden afgewezen.

6. *Tweede onderdeel van het vierde middel van het beroep in zaak T-267/08: onjuiste kwalificatie van AFR als onderneming in moeilijkheden, en derde middel van het beroep in zaak T-279/08: onjuiste beoordeling van het begrip onderneming in moeilijkheden*

a) Argumenten van partijen

115 De Région NPDC stelt dat de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste beoordeling door AFR als onderneming in moeilijkheden in de zin van punt 10, sub a, en subsidiair in de zin van punt 11 van de richtsnoeren te kwalificeren.

116 Wat de kwalificatie van AFR als onderneming in moeilijkheden in de zin van punt 10, sub a, van de richtsnoeren betreft, heeft de Commissie bij haar onderzoek alleen gekeken naar de in de tabel in punt 15 van de bestreden beschikking weergegeven financiële resultaten van AFR die betrekking hebben op de periode van 31 december 2001 tot en met 31 december 2004, terwijl de steun op 4 juli 2005 is toegekend. De Commissie heeft geen rekening gehouden met de eerste positieve resultaten van het door AFR uitgewerkte herstelplan, hoewel deze resultaten merkbaar waren vanaf de eerste helft van 2005, toen de steun werd verleend. Zo bedroeg de omzet op 31 december 2005 45 miljoen EUR, bijna het dubbele van de omzet van het voorgaande boekjaar, die 22,7 miljoen EUR bedroeg. De verliezen zijn gedaald van 14,3 miljoen EUR op 31 december 2003 tot 8,1 miljoen EUR op 31 december 2005. Twaalf leveringscontracten, voor een totaal bedrag van 61 608 790 EUR, zijn tussen 4 maart 2004 en 30 juni 2005 afgesloten. Met deze contracten is een bedrag gemoeid van 31 805 650 EUR in de eerste helft van 2005. De Commissie heeft helemaal geen rekening gehouden met deze positieve ontwikkelingen of met het feit dat de daling van de omzet over 2004 het gevolg was van een herpositionering op de markt voor technisch hoogwaardige wagons met een hoge toegevoegde waarde.

117 De Franse autoriteiten hebben dat herstructureringsplan uitgebreid beschreven voor de Commissie in een schrijven van 24 oktober 2006. Indien zij zich niet voldoende ingelicht achtte omtrent de inhoud van het plan, had de Commissie om aanvullende informatie moeten vragen krachtens de onderzoeksbevoegdheden waarover zij op grond van verordening nr. 659/1999 beschikt. De Commissie heeft op algemene wijze een eenzijdig onderzoek gedaan en daarbij vooral alles uitgesloten wat erop kon wijzen dat AFR bij de toekenning van de terug te betalen voorschotten niet langer een onderneming in moeilijkheden was.

118 De Région NPDC wijst erop dat de betrokken terug te betalen voorschotten door de CAD en door haarzelf vanwege die positieve ontwikkelingen zijn verleend, zoals uit de in deze instanties gehouden debatten blijkt. Doordat de litigieuze voorschotten onverenigbaar met de verdragsbepalingen zijn verklaard, terwijl deze voorschotten gericht zijn op de ondersteuning van het concurrentievermogen van een innoverende onderneming die producten voor de toekomst ontwikkelt, strookt de bestreden beschikking niet met de door het voor het mededingingsbeleid bevoegde lid van de Commissie ter sprake gebrachte overwegingen bij de voorstelling op 7 juli 2008 van

de tekst die verordening (EG) nr. 800/2008 van de Commissie van 6 augustus 2008 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen [107 VWEU en 108 VWEU] met de gemeenschappelijke markt verenigbaar worden verklaard (PB L 214, blz. 3) (hierna: „algemene groepsvrijstellingsverordening") is geworden, die tot doel heeft de lidstaten de mogelijkheid te bieden om steun te verlenen ten behoeve van de werkgelegenheid, het concurrentievermogen en het milieu, zonder dat de Commissie daarbij betrokken hoeft te worden.

119 De Région NPDC betoogt dat de Commissie niet heeft gekeken naar de economische context en het concurrentielandschap waarbinnen AFR actief was toen de terug te betalen voorschotten werden toegekend, en met name niet naar de groeiperspectieven van het rail-wegvervoer. Daarbij baseert zij zich op het door de vereniging „Route roulante 2006" verricht onderzoek van 8 september 2005 waaruit blijkt dat AFR mogelijkerwijs aan een project voor een „rollende autoweg" zou deelnemen, met name vanwege de geringere kosten van haar producten, en op een door AFR verricht onderzoek waaruit blijkt welke inspanningen deze onderneming heeft geleverd om de technische kwaliteit en de productiekosten van haar producten te verbeteren.

120 De Commissie heeft voorts geen rekening gehouden met de omstandigheid dat AFR op 5 november 2004 1,5 miljoen EUR subsidie uit het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling (EFRO) heeft ontvangen en dat in november 2005 een eerste betaling is verricht, hetgeen niet mogelijk zou zijn geweest indien was aangetoond dat AFR een onderneming in moeilijkheden in de zin van het mededingingsrecht van de Unie was.

121 Volgens de Région NPDC heeft de Commissie ook een onjuiste beoordeling gemaakt door AFR subsidiair als onderneming in moeilijkheden in de zin van punt 11 van de richtsnoeren aan te merken, aangezien alle relevante aanwijzingen niet in aanmerking zijn genomen.

122 De Région NPDC stelt ten slotte dat de vervanging van de oorspronkelijke beschikking door de bestreden beschikking bevestigt dat de Commissie tijdens de administratieve

procedure een onvolledige beoordeling heeft gemaakt van de economische context waarin de terug te betalen voorschotten zijn verleend. De vaststelling van de bestreden beschikking doet niet af aan de onwettigheid van de oorspronkelijke beschikking, daar de Commissie geen nieuw, voldoende diepgaand en uitgebreid onderzoek van de relevante feiten heeft verricht maar slechts de „gaten" in een onvolledig onderzoek heeft gedicht.

123 De CAD voert aan dat de Commissie niet de moeite heeft genomen om de algemene economische context te onderzoeken waarin haar optreden zou plaatsvinden, welke context werd gekenmerkt door het verval van een groot aantal bedrijven in de metaalsector. Zij wijst erop dat de Région NPDC overeenkomstig de regeling betreffende de structuurfondsen voor het tijdvak 2000-2006 als doelstelling 2-gebied was aangewezen, wat betekent dat het ging om een gebied met structurele moeilijkheden dat ondersteuning in de vorm van overheidssubsidies voor economische en sociale omschakeling nodig had.

124 De CAD stelt tevens dat AFR bij de toekenning van het voorschot aanzienlijke handelsactiviteiten ontplooide. AFR heeft de CAD leveringscontracten ten bedrage van 30 398 301 EUR voor die periode voorgelegd. AFR voldoet dan ook niet aan de definitie van een onderneming in moeilijkheden.

125 Een herstructureringsplan voor AFR is opgesteld en door de Franse autoriteiten ter kennis van de Commissie gebracht in twee brieven van 27 april 2006 en 24 oktober 2006. Dat plan berust met name op een herpositionering van de onderneming op de markt voor technisch hoogwaardigere wagons met een hogere toegevoegde waarde. Deze strategie verklaart de in 2004 vastgestelde tijdelijke daling van de omzet. Bovendien heeft dit plan geleid tot een vermindering van het tekort van de onderneming in 2005, een stijging van de omzet van 22,6 miljoen EUR in 2004 naar 45 miljoen EUR in 2005, en een orderportefeuille met een waarde van meer dan 70 miljoen EUR in 2006. Indien zij zich niet voldoende ingelicht achtte over het aantrekken van de activiteiten van AFR, had de Commissie om aanvullende informatie moeten vragen krachtens de onderzoeksbevoegdheden waarover zij op grond van verordening nr. 659/1999

beschikt. De Commissie heeft op algemene wijze een eenzijdig onderzoek gedaan en daarbij vooral alles uitgesloten wat erop kon wijzen dat AFR bij de toekenning van de terug te betalen voorschotten niet langer een onderneming in moeilijkheden was.

126 De bestreden beschikking dient voorts te worden gelezen in samenhang met de mededeling van de Commissie over de communautaire richtsnoeren betreffende staatssteun aan spoorwegondernemingen (PB 2008, C 184, blz. 13; hierna: „richtsnoeren betreffende staatssteun aan spoorwegondernemingen"), waarin sprake is van bepaalde maatregelen ter vergemakkelijking van overheidssteun aan spoorwegondernemingen.

127 Daarnaast kan volgens de Franse rechtspraak alleen aan de hand van de gegevens op het uittreksel uit het handelsregister worden bepaald of een onderneming al dan niet in economische moeilijkheden verkeert.

128 De Commissie betwist de gegrondheid van de argumenten van verzoeksters.

b) Beoordeling door het Gerecht

129 Om te beginnen moet eraan worden herinnerd dat de Commissie bij de toepassing van artikel 107, lid 3, VWEU over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt (arresten Hof van 17 september 1980, Philip Morris Holland/Commissie, 730/79, Jurispr. blz. 2671, punt 17, en 29 april 2004, Italië/Commissie, C-372/97, Jurispr. blz. I-3679, punt 83).

130 De Commissie kan zichzelf voor de uitoefening van die bevoegdheid indicatieve regels stellen door middel van handelingen als de in casu toepasselijke richtsnoeren, voor zover deze regels niet afwijken van de verdragsbepalingen. Wanneer de Commissie een dergelijke handeling heeft vastgesteld, heeft deze voor haar dwingende werking (zie arrest Gerecht van 15 juni 2005, Regione autonoma della Sardegna/Commissie, T-171/02, Jurispr. blz. II-2123, punt 95 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

131 De rechter moet dus nagaan of de Commissie de regels die zij zichzelf heeft gesteld, heeft nageleefd (arrest Regione autonoma della Sardegna/Commissie, punt 130 supra, punt 96).

132 Aangezien het echter bij de aan de Commissie toegekende ruime beoordelingsbevoegdheid, die in voorkomend geval nader wordt bepaald door de door haar vastgestelde indicatieve regels, gaat om de beoordeling van ingewikkelde sociaal-economische situaties, is de rechterlijke toetsing hiervan beperkt. Zij beperkt zich tot de vraag of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid (zie arrest Regione autonoma della Sardegna/Commissie, punt 130 supra, punt 97 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

133 Er is weliswaar geen Unierechtelijke definitie van een onderneming in moeilijkheden, maar in punt 9 van de richtsnoeren gaat de Commissie ervan uit dat een onderneming in moeilijkheden verkeert „wanneer zij niet in staat is — noch met haar eigen middelen, noch met middelen die haar eigenaren/aandeelhouders of haar schuldeisers bereid zijn in te brengen — de verliezen te stelpen die, zonder externe steun van de overheid, op korte of middellange termijn vrijwel zeker tot het faillissement van de onderneming zouden leiden".

134 Volgens punt 10, sub a, van de richtsnoeren wordt een onderneming „in beginsel en ongeacht haar omvang", in het geval van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, als een onderneming in moeilijkheden beschouwd „wanneer meer dan de

helft van het maatschappelijk kapitaal is verdwenen en meer dan een kwart van dit kapitaal tijdens de afgelopen twaalf maanden is verloren gegaan". Krachtens punt 10, sub c, van de richtsnoeren geldt hetzelfde voor alle ondernemingsvormen wanneer de onderneming volgens het nationale recht aan de voorwaarden voldoet om aan een collectieve insolventieprocedure te worden onderworpen.

135 Punt 11 van de richtsnoeren bepaalt:

„Zelfs wanneer aan geen van de in punt 10 genoemde voorwaarden is voldaan, kan een onderneming toch als onderneming in moeilijkheden worden beschouwd, met name wanneer de typische symptomen van een onderneming in moeilijkheden aanwezig zijn, zoals toenemende verliezen, een dalende omzet, groeiende voorraden, overcapaciteit, een geringere kasstroom, een toenemende schuldenlast, toenemende rentelasten en een vermindering of een verdwijning van de waarde van de nettoactiva. In acute gevallen kan de onderneming reeds insolvent zijn geworden of op grond van het nationale recht aan een collectieve insolventieprocedure zijn onderworpen. In dat laatste geval zijn de [...] richtsnoeren van toepassing op alle steun die in het kader van een dergelijke procedure wordt verleend, wanneer zulks ertoe leidt dat de onderneming blijft voortbestaan. Hoe dan ook komt een onderneming in moeilijkheden slechts voor steun in aanmerking wanneer zij aantoonbaar niet in staat is met haar eigen middelen of met van haar eigenaren/aandeelhouders of op de markt verkregen kapitaal haar herstel te verwezenlijken."

136 In casu heeft de Commissie zich bij de kwalificatie van AFR als onderneming in moeilijkheden hoofdzakelijk gebaseerd op punt 10, sub a, van de richtsnoeren. Zij heeft erop gewezen dat AFR sinds 2001 een negatief eigen vermogen had en op het tijdstip van de steunverlening niet in staat was deze trend te stoppen en haar eigen vermogen weer op te bouwen. De Commissie heeft zich gebaseerd op de door verzoeksters niet betwiste financiële gegevens in punt 15 van de bestreden beschikking waaruit blijkt

dat het negatieve eigen vermogen van AFR op 31 december 2001 6,6 miljoen EUR bedroeg, op 31 december 2002 8,7 miljoen EUR, op 31 december 2003 23 miljoen EUR en op 31 december 2004 21,09 miljoen EUR.

137 Subsidiair was de Commissie in de punten 38 en 39 van de bestreden beschikking van mening dat AFR op het tijdstip van de steunverlening had voldaan aan de definitie van een onderneming in moeilijkheden van punt 11 van de richtsnoeren. Deze mening berust op het feit dat AFR haar omzet steeds verder heeft zien afkalven en haar verliezen zag aanhouden. Uit de door verzoeksters niet betwiste financiële gegevens in punt 15 van de bestreden beschikking blijkt immers dat de omzet van AFR, die op 31 december 2001 70 miljoen EUR bedroeg, op 31 december 2002 42 miljoen EUR en op 31 december 2003 42,7 miljoen EUR, op 31 december 2004 nog slechts 22,7 miljoen EUR bedroeg. Uit deze gegevens kan ook worden afgeleid dat de onderneming op 31 december 2001 een negatief nettoresultaat van 10 500 000 EUR had, op 31 december 2002 van 2 083 746 EUR, op 31 december 2003 van 14 270 634 EUR en op 31 december 2004 van 11 589 620 EUR.

138 De Commissie heeft er in punt 39 van de bestreden beschikking ook op gewezen dat AFR in januari 2004 niet in staat was geweest socialezekerheids- en belastingschulden van 4,3 miljoen EUR op tijd te voldoen en dat zij bijgevolg gedwongen was geweest om een moratorium en de opstelling van een afbetalingsregeling voor die schulden te vragen.

139 De Commissie heeft bovendien in punt 40 van de bestreden beschikking rekening gehouden met de door de Franse autoriteiten aangevoerde gegevens, namelijk dat AFR kredieten kreeg verleend (verhoging van het voorschot in rekening-courant door een particuliere bank en voorschotten van haar klanten) en over diverse garanties beschikte die door een financiële instelling waren verleend. Toch meende de Commissie in de eerste plaats dat AFR gelet op haar negatief eigen vermogen niet in staat was om op basis van haar eigen middelen uit haar moeilijkheden te geraken, in de tweede plaats dat de aandeelhouder van AFR, ondanks zijn aandeel in de steun voor AFR, niet in staat was alleen voor het herstel van zijn dochteronderneming te zorgen, en

in de derde plaats dat uit de genoemde kredieten en garanties ten hoogste bleek dat sprake was van de capaciteit om voor beperkte bedragen en op korte termijn kredieten te krijgen, maar niet kon worden geconstateerd dat AFR haar moeilijkheden had kunnen verhelpen dankzij op de markt verkregen kapitaal.

140 Ten slotte heeft de Commissie in de punten 42 en 43 van de bestreden beschikking het argument verworpen dat de vanaf 2004 uitgevoerde herstelmaatregelen van AFR tot positieve resultaten begonnen te leiden in de maanden die voorafgingen aan de toekenning van de terug te betalen voorschotten. De Commissie was immers van mening dat de aangevoerde resultaten gering en toevallig van aard waren, betrekking hadden op een betrekkelijk korte periode en niet konden worden beschouwd als ernstige aanwijzingen van een verbetering van de financiële situatie van AFR wanneer wordt gekeken naar de gegevens die wijzen op ernstige moeilijkheden, zoals het negatieve nettoresultaat en het negatieve eigen vermogen vanaf 2001.

141 Allereerst moet worden vastgesteld dat de Commissie terecht van mening was dat een onderneming met een negatief eigen vermogen en een negatief nettoresultaat wordt geacht een onderneming in moeilijkheden volgens de in punt 11 van de richtsnoeren vastgestelde criteria te zijn.

142 Met betrekking tot de gegevens waarmee de Commissie volgens verzoeksters rekening had moeten houden, moet worden vastgesteld dat de Franse autoriteiten de Commissie in hun brieven van 27 april 2006 en 24 oktober 2006 in kennis hebben gesteld van de vaststelling van herstructureringsmaatregelen voor AFR. Zij hebben er in hun brief van 24 oktober 2006 op gewezen dat de daling van de omzet in 2004 te maken had met de beslissing om zich uit de markt voor niet-technische wagons terug te trekken en dat de trend sinds 2005, met een omzet van 45 miljoen EUR in 2005 en een orderportefeuille van meer dan 70 miljoen EUR eind 2006, bemoedigend was.

143 De omzet van AFR op 31 december 2005 en de waarde van haar orderportefeuille eind 2006 zijn evenwel gegevens die dateren van na de toekenning van de litigieuze voorschotten, welke toekenning op 4 juli 2005 plaatsvond. In de rechtspraak is duidelijk geoordeeld dat de vraag of een maatregel een steunmaatregel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU is, moet worden beantwoord tegen de achtergrond van de situatie op het tijdstip waarop deze maatregel is getroffen. Indien de Commissie rekening zou houden met latere factoren, zou zij immers de lidstaten begunstigen die zijn tekortgeschoten in hun verplichting om hun voorgenomen steunmaatregelen in het ontwerpstadium aan te melden (zie arrest Biria, punt 12 supra, punt 120 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

144 Bovendien kan een verbetering van de situatie van de begunstigde onderneming in de loop van het jaar waarin de litigieuze maatregelen zijn getroffen, geen invloed hebben op de beoordeling van de situatie van die onderneming op het tijdstip waarop die steunmaatregelen zijn getroffen, omdat immers niet kan worden uitgesloten dat de getroffen maatregelen die ontwikkeling hebben beïnvloed (arrest Biria, punt 12 supra, punten 148 en 170).

145 De Commissie heeft dan ook geen kennelijke beoordelingsfout gemaakt door geen rekening te houden met de omzet van AFR op 31 december 2005 en de waarde van haar orderportefeuille eind 2006.

146 Met betrekking tot de door verzoeksters aangevoerde eerste positieve resultaten van de vanaf 2004 door AFR uitgevoerde herstelmaatregelen, te weten de stijging van de omzet van AFR in de eerste helft van 2005, de daling van haar verliezen en de waarde van de tussen 4 maart 2004 en 30 juni 2005 afgesloten contracten, moet worden vastgesteld dat de Commissie er in de bestreden beschikking en in haar stukken terecht op heeft gewezen dat geen van die gegevens, die een bescheiden omvang hebben en op een betrekkelijk korte periode betrekking hebben, het vermoeden kon weerleggen dat AFR, met haar negatief eigen vermogen en aanzienlijke verliezen sinds 2001, bij de toekenning van de litigieuze voorschotten een onderneming in moeilijkheden was volgens de in punt 11 van de richtsnoeren omschreven criteria. Hetzelfde geldt voor de door de Région NPDC aangevoerde groeiperspectieven van het rail-wegvervoer,

aangezien deze perspectieven onzeker zijn. De omvang van de verliezen en de omvang van de financieringsschulden zijn immers criteria die op zich volstaan als bewijs dat de onderneming in moeilijkheden verkeert [zie in die zin met betrekking tot de communautaire richtsnoeren voor reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden van 1999 (PB 1999, C 288, blz. 2) arrest Gerecht van 15 juni 2005, Corsica Ferries France/Commissie, T-349/03, Jurispr. blz. II-2197, punt 191, en arrest Biria, punt 12 supra, punt 135].

147 In die omstandigheden hoefde de Commissie, die op basis van de haar ter beschikking staande gegevens in staat was een oordeel te vellen over de kwalificatie van AFR als onderneming in moeilijkheden, de Franse Republiek niet te gelasten haar nadere gegevens te verstrekken (zie in die zin arrest Hof van 22 maart 2001, Frankrijk/Commissie, punt 45 supra, punt 28).

148 Het argument van de Région NPDC dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met de door AFR in november 2005 uit het EFRO ontvangen subsidie, moet eveneens worden verworpen. De toekenning van een subsidie uit het EFRO, waarover de Franse autoriteiten hebben beslist op grond van de bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de lidstaten zoals die met name uit verordening (EG) nr. 1260/1999 van de Raad van 21 juni 1999 houdende algemene bepalingen inzake de Structuurfondsen (PB L 161, blz. 1) voortvloeit, is immers niet bindend voor de Commissie wanneer zij de begunstigde van die subsidie als onderneming in moeilijkheden kwalificeert op grond van de voor staatssteun geldende regeling van de Unie.

149 Wat het op de richtsnoeren betreffende staatssteun aan spoorwegondernemingen gebaseerde argument van de CAD betreft, moet worden vastgesteld dat die richtsnoeren niet van toepassing zijn op de onderhavige zaak, aangezien AFR niet voldoet aan de definitie van spoorwegondernemingen in artikel 3 van richtlijn 91/440/EEG van de Raad van 29 juli 1991 betreffende de ontwikkeling van de spoorwegen in de Gemeenschap (PB L 237, blz. 25).

150 Met betrekking tot het argument van de CAD dat op de Franse rechtspraak over de definitie van een onderneming in moeilijkheden berust, moet eraan worden herinnerd dat volgens de rechtspraak van het Hof de begrippen van de rechtsorde van de Unie in beginsel niet aan de hand van een of meer nationale rechtsstelsels worden gedefinieerd, tenzij dit uitdrukkelijk is bepaald (zie arrest Hof van 22 mei 2003, Commissie/Duitsland, C-103/01, Jurispr. blz. I-5369, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak). In de richtsnoeren wordt niet naar de nationale rechtsstelsels verwezen, behalve voor de definitie van een collectieve insolventieprocedure, hetgeen in casu niet aan de orde is. Bijgevolg hoeft er geen rekening te worden gehouden met de Franse rechtspraak om te beoordelen of de door de Commissie in de bestreden beschikking verrichte kwalificatie van AFR als onderneming in moeilijkheden wettig is.

151 Voorts is de door de CAD aangevoerde omstandigheid dat de Région NPDC overeenkomstig de regeling betreffende de structuurfondsen voor het tijdvak 2000-2006 als doelstelling 2-gebied was aangewezen, geen relevante factor waarmee de Commissie in de gegeven omstandigheden rekening had moeten houden om te beoordelen of AFR een onderneming in moeilijkheden was. Volgens de richtsnoeren is de vaststelling dat een noodlijdende onderneming in een steungebied is gevestigd, een factor waarmee de Commissie rekening moet houden wanneer zij de verenigbaarheid van herstructureringssteun beoordeelt. Dat betekent echter geenszins dat daarmee rekening dient te worden gehouden bij de kwalificatie van de betrokken onderneming als onderneming in moeilijkheden.

152 Met betrekking tot het argument van de Région NPDC inzake schending van de algemene groepsvrijstellingsverordening, moet worden vastgesteld dat de Région NPDC niet aangeeft welke bepaling van die verordening de Commissie heeft geschonden met de vaststelling van de bestreden beschikking. Die grief moet dus worden afgewezen.

153 Gelet op een en ander heeft de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout gemaakt door AFR als onderneming in moeilijkheden te kwalificeren.

154 Het tweede onderdeel van het vierde middel van het beroep in zaak T-267/08, ontleend aan de onjuiste kwalificatie van AFR als onderneming in moeilijkheden, en het derde middel van het beroep in zaak T-279/08, ontleend aan een onjuiste beoordeling van het begrip onderneming in moeilijkheden, moeten dus worden afgewezen.

7. *Vijfde middel van het beroep in zaak T-267/08: onjuiste beoordeling van het voordeel dat AFR zou hebben genoten door de terug te betalen voorschotten*

a) Argumenten van partijen

155 De Région NPDC stelt dat slechts van een steunmaatregel in de zin van artikel 107 VWEU sprake kan zijn indien de voor de terugbetaling van voorschotten gehanteerde rente niet tegen vergelijkbare voorwaarden op de kredietmarkt kon worden verkregen door de ontvanger van die voorschotten. In casu heeft de Commissie de gegevens die de Franse autoriteiten hadden aangevoerd ten bewijze dat AFR op het tijdstip van de litigieuze voorschotten nog het vertrouwen van de banken en haar klanten genoot, met betrekking tot „door specifieke financiële instellingen aangeboden specifieke producten", buiten beschouwing gelaten zonder de kredietmarkt te analyseren. Zij heeft dus niet aangetoond dat AFR het geld op de markt niet tegen een soortgelijke of vergelijkbare rente als de door de Région NPDC of de CAD verleende rente had kunnen krijgen. Derhalve is niet aangetoond dat de litigieuze voorschotten AFR een voordeel hebben opgeleverd.

156 De Région NPDC wijst erop dat de Commissie niet heeft aangetoond in welk opzicht verzoeksters zich in casu niet als particuliere investeerders hebben gedragen. De litigieuze voorschotten zijn verleend om het herstelplan van AFR te steunen, gelet op haar groei- en saneringsperspectieven. AFR kon beschikken over kredieten en garanties, wat wijst op het vertrouwen van haar handelspartners, en de Commissie heeft niet

aangetoond dat die kredieten en garanties AFR niet in de gelegenheid zouden hebben gesteld een beroep te doen op de markt om haar moeilijkheden te overwinnen.

157 De Commissie betwist de gegrondheid van de argumenten van de Région NPDC.

b) Beoordeling door het Gerecht

158 Om uit te maken of een overheidsmaatregel steun vormt, moet worden vastgesteld of de begunstigde onderneming een economisch voordeel ontvangt dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen (arrest Hof van 11 juli 1996, SFEI e.a., C-39/94, Jurispr. blz. I-3547, punt 60; arrest Westdeutsche Landesbank Girozentrale en Land Nordrhein-Westfalen/Commissie, punt 74 supra, punt 243, en arrest Gerecht van 3 maart 2010, Bundesverband deutscher Banken/Commissie, T-163/05, Jurispr. blz. II-387, punt 35).

159 Daartoe moet als criterium het in de bestreden beschikking geformuleerde criterium worden gehanteerd, namelijk of de begunstigde onderneming de betrokken bedragen op de kapitaalmarkt tegen vergelijkbare voorwaarden zou kunnen verkrijgen. In het bijzonder moet worden nagegaan of een particuliere investeerder onder dezelfde voorwaarden tot de betrokken transactie zou zijn overgegaan (arrest Cityflyer Express/Commissie, punt 112 supra, punt 51).

160 In casu moet erop worden gewezen dat de Commissie zich in punt 28 van de bestreden beschikking heeft gebaseerd op de vaststelling dat AFR, gelet op haar financiële positie, op de kredietmarkt niet tegen dezelfde gunstige voorwaarden als die van verzoeksters middelen had kunnen krijgen, aangezien de litigieuze voorschotten zijn toegekend zonder enige zekerheid dat deze zouden worden terugbetaald, terwijl de gehanteerde rentepercentages overeenkwamen met die van leningen „waarvoor de gebruikelijke zekerheden zijn gesteld". Uit de analyse van de situatie op de financiële

markt die een accountantskantoor in 2004 voor de Commissie heeft uitgevoerd (zie punten 49 en 53 hierboven) en die tot de vaststelling van de mededeling van 2008 inzake referentiepercentages heeft geleid, blijkt dat in omstandigheden waarbij sprake is van een vergelijkbaar risico als in het onderhavige geval, te weten een onderneming in moeilijkheden met een lage zekerheidstelling, het referentiepercentage met 1 000 basispunten wordt verhoogd.

161 Bovendien heeft de Commissie in de punten 29 tot en met 32 van de bestreden beschikking terecht geen rekening gehouden met de gegevens die de Franse autoriteiten hebben aangevoerd om aan te tonen dat AFR nog het vertrouwen van haar banken en haar klanten had toen de voorschotten werden toegekend. De door een particuliere bank verleende verhoging van het voorschot in rekening-courant is, anders dan de litigieuze voorschotten die terugbetaalbaar zijn op drie jaar, immers een krediet op zeer korte termijn, waarvoor crediteuren dus niet dezelfde risicobeoordeling maken. Op basis van het feit dat een debiteur een kortlopend krediet kan krijgen, vallen diens mogelijkheden om een lening op langere termijn te krijgen, waarvan de terugbetaling van de overlevingskansen van de debiteur afhangt, dus niet te beoordelen. Daarnaast was voor de voorschotten van klanten van AFR een tegengarantie door een financiële instelling verleend, hetgeen betekent dat die klanten de aan de financiële situatie van AFR verbonden risico's niet liepen en dat zij dus geen redenen hadden om vóór de betaling van die voorschotten een analyse van de financiële soliditeit van de onderneming te maken, zoals die zou zijn gemaakt door een potentiële crediteur die een lening wilde toekennen waarvoor geen zekerheden waren gesteld.

162 Uit de bestreden beschikking blijkt dus dat de Commissie, zoals was vereist, een onderzoek heeft verricht om zich ervan te vergewissen dat de begunstigde van de steun op de kredietmarkt geen lening tegen vergelijkbare voorwaarden had kunnen krijgen. Bovendien heeft de Région NPDC geen gegevens aangedragen waaruit blijkt dat dit onderzoek een kennelijk onjuiste beoordeling bevat.

163 Gelet op het voorgaande moet het vijfde middel van het beroep in zaak T-267/08 ongegrond worden verklaard.

8. *Zesde middel van het beroep in zaak T-267/08: onjuiste beoordeling van het steunbedrag*

a) Eerste onderdeel van het zesde middel van het beroep in zaak T-267/08: geen vaststelling van het terug te vorderen steunbedrag

Argumenten van partijen

164 De Région NPDC stelt dat de Commissie, wanneer zij besluit om steun terug te vorderen, het terug te vorderen steunbedrag moet bepalen. Volgens de rechtspraak kan de Commissie in geval van bijzondere moeilijkheden volstaan met een raming van het steunbedrag, maar in dat geval vindt een volledige toetsing van die omstandigheden door de Unierechter plaats. In casu is de Commissie haar verplichtingen inzake de vaststelling van het steunbedrag geenszins nagekomen, aangezien dat bedrag in de bestreden beschikking helemaal niet is onderzocht.

165 De Commissie had indien zij nadere gegevens over de op het tijdstip van de steunverlening geldende rente nodig had, de Franse autoriteiten daar om moeten verzoeken of een desbetreffende aanmaning aan de Franse Republiek moeten richten. De Commissie vermeldt overigens geen bijzondere moeilijkheden om het exacte steunbedrag vast te stellen. Van dergelijke moeilijkheden is ook geen sprake, aangezien een termijn van vijf jaar geen al te lange termijn is om duidelijkheid te scheppen over de ten tijde van de toekenning van de steun in juli 2005 gehanteerde rentepercentages en het voor de Commissie niet onoverkomelijk is om na te gaan of een rentepercentage onder de marktwaarde ligt.

166 De Commissie concludeert tot afwijzing van dit onderdeel.

Beoordeling door het Gerecht

167 Volgens vaste rechtspraak vereist geen enkele bepaling van Unierecht dat de Commissie, wanneer zij de terugbetaling van met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar verklaarde steun gelast, het precieze bedrag van de terug te betalen steun vaststelt. Voldoende is dat de beschikking van de Commissie de gegevens bevat waarmee de adressaat van de beschikking zonder buitensporige moeilijkheden dit bedrag zelf kan vaststellen (arresten Hof van 12 oktober 2000, Spanje/Commissie, C-480/98, Jurispr. blz. I-8717, punt 25; 12 mei 2005, Commissie/Griekenland, C-415/03, Jurispr. blz. I-3875, punt 39, en 14 februari 2008, Commissie/Griekenland, C-419/06, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 44).

168 In casu is in punt 58 van de bestreden beschikking de hoogte van het bedrag van de staatssteun in de vorm van terugbetaalbare voorschotten bepaald als het saldo van de over de terugbetaalbare voorschotten daadwerkelijk verschuldigde rente en de rente die verschuldigd was geweest op basis van het op het tijdstip van de steunverlening geldende referentiepercentage, vermeerderd met 800 basispunten.

169 Bijgevolg kan de Franse Republiek het bedrag van de onverenigbaar verklaarde steun zelf zonder buitensporige moeilijkheden vaststellen aan de hand van de historische ontwikkeling van de referentiepercentages die beschikbaar is op de website van het directoraat-generaal (DG) Concurrentie van de Commissie.

170 Het eerste onderdeel van het onderhavige middel moet dus ongegrond worden verklaard.

b) Tweede onderdeel van het zesde middel van het beroep in zaak T-267/08: onjuiste beoordeling van de risico-opslag

Argumenten van partijen

171 De Région NPDC betoogt dat de Commissie een kennelijk onjuiste beoordeling heeft gemaakt wat betreft de door haar gebruikte methode voor de berekening van de rente die AFR op de kredietmarkt had kunnen krijgen en die in de oorspronkelijke beschikking werd vastgesteld op het ten tijde van de steunverlening geldende referentiepercentage, vermeerderd met 800 basispunten.

172 De Région NPDC erkent dat volgens de mededeling van 1997 inzake referentiepercentages het referentiepercentage een minimumpercentage is dat in omstandigheden met bijzondere risico's kan worden verhoogd, maar meent dat de Commissie niet heeft gerechtvaardigd waarom in casu de opslag van het referentiepercentage, die blijkens die mededeling kan oplopen tot „400 basispunten en meer", het dubbele van het in die mededeling aangegeven bedrag bedroeg.

173 De Région NPDC betwist de verwijzing die de Commissie in de oorspronkelijke beschikking naar beschikking 2007/492/EG van de Commissie van 24 januari 2007 betreffende steunmaatregel C 38/2005 (ex NN 52/2004) van Duitsland ten gunste van de Biria-groep (PB L 183, blz. 27) heeft gemaakt om de betrokken opslag van 800 basispunten te rechtvaardigen. De aan de orde zijnde gevallen zijn immers, anders dan de Commissie stelt, niet vergelijkbaar. In de zaak Biria betrof de verleende steun een derdenbelang voor een bedrag van meer dan 2 miljoen EUR tot eind 2010, een engagement op lange termijn dus, terwijl het in de onderhavige zaken gaat om een terug te betalen voorschot van 2 miljoen EUR, waarbij de risico's door twee verschillende

instanties worden gedeeld en dat voor een periode van drie jaar is verleend, hetgeen een korte termijn is, aangezien in de mededeling van 1997 inzake referentiepercentages leningen met een middellange tot lange looptijd als leningen over vijf tot tien jaar worden gedefinieerd. Bovendien was in de zaak Biria de positie van de betrokken onderneming als onzeker beschouwd, omdat zij net een insolventieprocedure achter de rug had, wat geenszins geldt voor AFR, aangezien AFR een herstelplan heeft uitgewerkt en uitgevoerd.

174 De Commissie kan hoe dan ook de rente die een onderneming op de kredietmarkt had kunnen krijgen, niet bepalen aan de hand van één enkele beschikking, waarvan de feiten bovendien verschillen van die in het geval van AFR. Dat is in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van voorzienbaarheid. De besluitvorming van de Commissie zou daardoor op dit gebied willekeurig worden. Door het ontbreken van een duidelijk kader kan de Commissie misbruik maken van de discretionaire bevoegdheid waarover zij bij de bepaling van de hoogte van de opslag van het referentiepercentage beschikt, met name door een opslag toe te passen die zo hoog is dat het steunbedrag niet onder de de-minimisregeling kan vallen.

175 De Commissie heeft zelf de gebreken in haar methode voor de berekening van de referentie- en disconteringspercentages erkend in haar mededeling van 2008 inzake referentiepercentages, waarbij de mededeling van 1997 inzake referentiepercentages is ingetrokken en vervangen.

176 Voorts heeft de Région NPDC op een schriftelijke vraag van het Gerecht geantwoord dat zij de in de bestreden beschikking gehanteerde nieuwe berekeningsmethode betwist omdat de Commissie niet heeft aangegeven of voor de berekening werd uitgegaan van de Euribor-eenjaarsrente, de driemaandsrente op de geldmarkt of een andere berekeningsgrondslag.

177 De Commissie betwist de argumenten van de Région NPDC.

Beoordeling door het Gerecht

178 Met uitzondering van het argument in punt 176 hierboven heeft het door de Région NPDC in het tweede onderdeel van dit middel uiteengezette betoog betrekking op de door de Commissie in de oorspronkelijke beschikking vermelde berekeningsmethode, en niet op die in de bestreden beschikking. Bij de aanpassing van haar conclusies en middelen naar aanleiding van de intrekking van de oorspronkelijke beschikking en de vaststelling van de bestreden beschikking heeft de Région NPDC dit middel namelijk niet gewijzigd.

179 De door de Commissie in de bestreden beschikking gebruikte methode voor de berekening van de risico-opslag verschilt echter van die welke in de oorspronkelijke beschikking is gebruikt. Zoals in de punten 49 tot en met 55 hierboven is vastgesteld, wordt bij deze methode, anders dan in de oorspronkelijke beschikking, met name uitgegaan van een analyse van de op de financiële markten bestaande praktijken met betrekking tot risico-opslagen wanneer sprake is van cumulatieve risico's in verband met de kredietwaardigheid van de onderneming en de gestelde zekerheden.

180 De Région NPDC heeft in antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht aangegeven dat zij het tweede onderdeel van dit middel handhaaft „aangezien de Commissie nog steeds geen overtuigende motivering geeft voor de bij het onderzoek naar het steunbestanddeel gebruikte berekeningsmethode".

181 Vastgesteld moet worden dat in het betoog van de Région NPDC formele motivering en beoordeling van de grond van de zaak door elkaar worden gehaald. De motiveringsplicht is een wezenlijk vormvoorschrift dat moet worden onderscheiden van de

vraag naar de inhoudelijke rechtmatigheid van de omstreden handeling, zoals uit de in punt 45 hierboven aangehaalde rechtspraak blijkt. De toereikendheid van de motivering is bij de beoordeling van het eerste middel van het beroep in zaak T-267/08 en van het tweede middel van het beroep in zaak T-279/08 vastgesteld.

182 Met betrekking tot het argument van de Région NPDC in punt 176 hierboven dat de berekeningsgrondslag niet in de bestreden beschikking is vermeld, moet erop worden gewezen dat de gehanteerde berekeningsgrondslag, namelijk het geldende referentiepercentage, duidelijk en nauwkeurig is bepaald in de mededelingen van 1997 en 2008 inzake referentiepercentages, die beide in het Publicatieblad zijn bekendgemaakt en waarnaar in de bestreden beschikking wordt verwezen. De mededeling van 1997 inzake referentiepercentages, die bij de toekenning van de voorschotten en tot 1 juli 2008 van toepassing was, bepaalt dat het referentiepercentage gelijk wordt gesteld aan het gemiddelde van de indicatieve rentepercentages in de voorgaande maanden september, oktober en november en dat het in de loop van het jaar wordt aangepast indien het meer dan 15 % afwijkt van het gemiddelde van de indicatieve percentages die in de drie laatste maanden waarover het percentage bekend is, werden geregistreerd, waarbij het indicatieve rentepercentage voor Frankrijk wordt gedefinieerd als de vijfjaars interbancaire swaprente, vermeerderd met een opslag van 0,75 procentpunt (75 basispunten). De mededeling van 2008 inzake referentiepercentages, die per 1 juli 2008 van toepassing is, bepaalt dat het basispercentage op de eenjaars IBOR is gebaseerd en bevat de precieze regeling voor de actualisering van dat percentage. Aangezien de historische ontwikkeling van de referentiepercentages, zoals in punt 169 hierboven in herinnering is gebracht, beschikbaar is op de website van het DG Concurrentie van de Commissie, kan eenvoudig worden nagegaan welk referentiepercentage in casu geldt. Deze grief moet dan ook ongegrond worden verklaard.

183 Het tweede onderdeel van het onderhavige middel moet dus worden afgewezen.

184 Derhalve moet het zesde middel van het beroep in zaak T-267/08 inzake de onjuiste beoordeling van het steunbedrag in zijn geheel worden afgewezen.

9. *Zevende middel van het beroep in zaak T-267/08: schending van de rechten van de verdediging tijdens de contentieuze procedure en misbruik van bevoegdheid*

a) Argumenten van partijen

185 Volgens de Région NPDC heeft de Commissie gebruikgemaakt van de vaststelling van de bestreden beschikking om haar onderzoek te onderbouwen, heimelijk aanvullende gegevens toe te voegen en zo te reageren op de door haar tijdens de contentieuze procedure voorgelegde stukken. Door in de bestreden beschikking nieuwe gegevens over de door AFR voorgenomen saneringsmaatregelen en over de methode voor de berekening van het steunbedrag toe te voegen, beoogt de Commissie het beroep van de Région NPDC zinloos te maken, hetgeen schending van de rechten van de verdediging en misbruik van bevoegdheid oplevert.

186 Volgens de Commissie moet dit middel worden afgewezen.

b) Beoordeling door het Gerecht

187 De Région NPDC stelt dat de Commissie, door in de bestreden beschikking nieuwe gegevens toe te voegen om op haar stukken te reageren, haar beroep zinloos wil maken, hetgeen schending van de rechten van de verdediging in de contentieuze procedure en misbruik van bevoegdheid oplevert.

188 Om te beginnen moet worden onderzocht of de intrekking door de Commissie wettig was.

189 In dit verband is het nuttig te herinneren aan de rechtspraak inzake de intrekking van administratieve handelingen waarbij aan de adressaat subjectieve rechten of soortgelijke voordelen worden toegekend. Het Hof heeft erkend dat de instellingen van de Unie het recht hebben om een beschikking waarbij aan de adressaat ervan een voordeel is toegekend, in te trekken op de grond dat zij onwettig is, maar die intrekking mag niet in strijd zijn met het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel (zie arrest Hof van 24 januari 2002, Conserve Italia/Commissie, C-500/99 P, Jurispr. blz. I-867, punt 90 en aldaar aangehaalde rechtspraak) en moet binnen een redelijke termijn plaatsvinden (arrest González y Díez/Commissie, punt 90 supra, punt 97).

190 Dit recht om een onwettige beschikking in te trekken geldt voor de instellingen van de Unie des te meer wanneer het een onwettige handeling betreft waarbij geen rechten in het leven worden geroepen, zoals bij de bestreden beschikking. In dat geval verzetten overwegingen omtrent de eerbiediging van gerechtvaardigde verwachtingen en verkregen rechten van de adressaat van de beschikking zich immers niet tegen de intrekking (zie in die zin arrest Gerecht van 10 juli 1997, AssiDomän Kraft Products e.a./Commissie, T-227/95, Jurispr. blz. II-1185, punt 91). Bovendien heeft de Commissie de intrekking rechtens toereikend gemotiveerd in de punten 8 tot en met 12 van de bestreden beschikking.

191 De Commissie had dus het recht om de oorspronkelijke beschikking in te trekken.

192 Met betrekking tot de toevoeging van nieuwe gegevens in de bestreden beschikking moet voor de gegevens over de door AFR genomen saneringsmaatregelen worden vastgesteld dat de Commissie met deze toevoeging beoogt om op uitvoeriger wijze dan in de oorspronkelijke beschikking te antwoorden op argumenten die verzoeksters in hun beroepen hebben aangevoerd. Het feit dat door verzoeksters zelf aangevoerde

argumenten in aanmerking worden genomen, kan in de contentieuze procedure geen schending van de rechten van de verdediging opleveren.

193 Met betrekking tot de nieuwe motivering van de methode voor de berekening van de risico-opslag moet worden vastgesteld dat deze methode weliswaar niet contradictoir is behandeld tijdens de contentieuze procedure over de oorspronkelijke beschikking, maar wel contradictoir is behandeld voor het Gerecht, aangezien verzoeksters is verzocht hun opmerkingen in te dienen over de bestreden beschikking. Dat heeft er trouwens toe geleid dat een van beide verzoeksters, de CAD, een grief heeft gericht tegen de nieuwe motivering, die in de punten 49 tot en met 55 hierboven is onderzocht. Het beginsel van hoor en wederhoor is dus geëerbiedigd voor het Gerecht.

194 Derhalve moet de grief inzake schending van de rechten van de verdediging tijdens de contentieuze procedure ongegrond worden verklaard.

195 De Région NPDC voert ook aan dat de toevoeging van nieuwe gegevens in de bestreden beschikking bedoeld is om haar beroep zinloos te maken en misbruik van bevoegdheid oplevert.

196 Volgens de rechtspraak houdt het begrip misbruik van bevoegdheid in dat een overheidsinstantie haar bevoegdheden heeft gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij zijn verleend (arresten Hof van 13 november 1990, Fedesa e.a., C-331/88, Jurispr. blz. I-4023, punt 24, en 10 mei 2005, Italië/Commissie, C-400/99, Jurispr. blz. I-3657, punt 38). Bij een besluit is slechts sprake van misbruik van bevoegdheid wanneer uit objectieve, ter zake dienende en onderling overeenstemmende aanwijzingen blijkt dat dit met een dergelijk doel is genomen (zie arrest Gerecht van 9 september 2010,

Evropaïki Dynamiki/Commissie, T-387/08, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 159 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

197 In casu heeft de Région NPDC geen gegevens aangedragen waaruit blijkt dat de Commissie haar bevoegdheid tot intrekking en tot vaststelling van een nieuwe beschikking voor andere doelen heeft gebruikt dan om de onwettigheid van de oorspronkelijke beschikking op te heffen en vast te stellen of sprake is van staatssteun en van verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt.

198 Derhalve moet de grief inzake misbruik van bevoegdheid worden verworpen.

199 Het onderhavige middel moet dus in zijn geheel worden afgewezen.

200 Gelet op een en ander moeten de onderhavige beroepen ongegrond worden verklaard.

Kosten

201 Volgens artikel 87, lid 2, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd, en volgens artikel 87, lid 3, eerste alinea, kan het Gerecht wegens bijzondere redenen de kosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen.

202 In casu heeft de Commissie niet gevorderd dat verzoeksters in de kosten worden verwezen.

203 Bovendien heeft de Commissie erkend dat de oorspronkelijke beschikking, waarop de onderhavige beroepen aanvankelijk betrekking hadden, onwettig was vanwege de ontoereikende motivering ervan, en dat zij die beschikking om die reden heeft ingetrokken.

204 Derhalve dient de Commissie alle kosten te dragen, met uitzondering van de kosten die verzoeksters na de kennisgeving van de intrekking van de oorspronkelijke beschikking hebben gemaakt, welke kosten te hunnen laste blijven.

HET GERECHT (Achtste kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Op de verzoeken tot nietigverklaring van beschikking C(2008) 1089 def. van de Commissie van 2 april 2008 betreffende steunmaatregel C 38/07 (ex NN 45/07) die door Frankrijk ten uitvoer is gelegd ten gunste van Arbel Fauvet Rail SA, behoeft niet meer te worden beslist.

2) De beroepen worden verworpen.

3) De Europese Commissie wordt verwezen in de kosten, met uitzondering van de kosten die de Région Nord-Pas-de-Calais en de Communauté d'agglomération du Douaisis hebben gemaakt na de aan hen gedane kennisgeving van beschikking C(2010) 4112 def. van de Commissie van 23 juni 2010 betreffende steunmaatregel C 38/07 (ex NN 45/07) die door Frankrijk ten uitvoer is gelegd ten gunste van Arbel Fauvet Rail, waarbij beschikking C(2008) 1089 def. is ingetrokken.

Truchot Martins Ribeiro Kanninen

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 12 mei 2011.

ondertekeningen

Inhoud

Aan de gedingen ten grondslag liggende feiten . . . . . II - 2007

Procesverloop en nieuwe ontwikkelingen hangende het geding . . . . . II - 2009

Conclusies van partijen . . . . . II - 2011

In rechte . . . . . II - 2012

A — Procedurele gevolgen van de intrekking van de oorspronkelijke beschikking en van de vervanging ervan door de bestreden beschikking . . . . . II - 2012

B — Beroep tot nietigverklaring van de bestreden beschikking . . . . . II - 2013

1. Ontvankelijkheid van het vijfde middel van het beroep in zaak T-279/08 . . . II - 2014

a) Argumenten van partijen . . . . . II - 2014

b) Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 2015

2. Eerste middel van het beroep in zaak T-267/08 en tweede middel van het beroep in zaak T-279/08 inzake schending van de motiveringsplicht . . . . . II - 2017

a) Argumenten van partijen . . . . . II - 2017

b) Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 2018

Eerste middel van het beroep in zaak T-267/08 . . . . . II - 2020

Tweede middel van het beroep in zaak T-279/08 . . . . . II - 2020

— Eerste onderdeel: ontoereikende motivering van de methode voor de berekening van het steunbedrag . . . . . II - 2021

— Tweede onderdeel: motiveringsgebrek dat blijkt uit het „gezamenlijke algemene" onderzoek van de aan AFR verleende voorschotten . . . . . II - 2024

3. Tweede middel van het beroep in zaak T-267/08: schending van de rechten van de verdediging, van het beginsel van hoor en wederhoor, van het gelijkheidsbeginsel, van het beginsel van behoorlijk bestuur, van het beginsel van eerbiediging van de grondwettelijke identiteit van de lidstaten en van het vertrouwensbeginsel; en eerste middel van het beroep in zaak T-279/08: schending van de rechten van de verdediging en van het beginsel van hoor en wederhoor . . . . . II - 2026

a) Argumenten van partijen . . . . . II - 2026

b) Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 2028

4. Derde middel van het beroep in zaak T-267/08: kennelijk onjuiste beoordeling doordat geen rekening is gehouden met de specifieke juridische kenmerken van de steunverlener . . . . . II - 2036

a) Argumenten van partijen . . . . . II - 2036

b) Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 2037

5. Eerste onderdeel van het vierde middel van het beroep in zaak T-267/08: onjuiste beoordeling van de herkomst van de middelen; en vierde middel van het beroep in zaak T-279/08: onjuiste beoordeling van het begrip staatsmiddelen . . . . . II - 2038

a) Argumenten van partijen . . . . . II - 2038

b) Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 2039

6. Tweede onderdeel van het vierde middel van het beroep in zaak T-267/08: onjuiste kwalificatie van AFR als onderneming in moeilijkheden; en derde middel van het beroep in zaak T-279/08: onjuiste beoordeling van het begrip onderneming in moeilijkheden . . . . . II - 2042

a) Argumenten van partijen . . . . . II - 2042

b) Beoordeling door het Gerecht. . . . . II - 2046

7. Vijfde middel van het beroep in zaak T-267/08: onjuiste beoordeling van het voordeel dat AFR zou hebben genoten door de terug te betalen voorschotten . . . . . II - 2054

a) Argumenten van partijen . . . . . II - 2054

b) Beoordeling door het Gerecht. . . . . II - 2055

8. Zesde middel van het beroep in zaak T-267/08: onjuiste beoordeling van het steunbedrag . . . . . II - 2057

a) Eerste onderdeel van het zesde middel van het beroep in zaak T-267/08: geen vaststelling van het terug te vorderen steunbedrag . . . . . II - 2057

Argumenten van partijen . . . . . II - 2057

Beoordeling door het Gerecht. . . . . II - 2058

b) Tweede onderdeel van het zesde middel van het beroep in zaak T-267/08: onjuiste beoordeling van de risico-opslag . . . . . II - 2059

Argumenten van partijen . . . . . II - 2059

Beoordeling door het Gerecht. . . . . II - 2061

9. Zevende middel van het beroep in zaak T-267/08: schending van de rechten van de verdediging tijdens de contentieuze procedure en misbruik van bevoegdheid . . . . . II - 2063

a) Argumenten van partijen . . . . . II - 2063

b) Beoordeling door het Gerecht. . . . . II - 2063

Kosten. . . . . II - 2066