ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Oitava Secção)

12 de Maio de 2011 *

Nos processos apensos T-267/08 e T-279/08,

Région Nord-Pas-de-Calais (França), representada por M. Cliquennois e F. Cavedon, advogados,

recorrente no processo T-267/08,

Communauté d'agglomération du Douaisis (França), representada por M. Y. Benjamin e D. Rombi, advogados,

recorrente no processo T-279/08,

contra

Comissão Europeia, representada por C. Giolito e B. Stromsky, na qualidade de agentes,

recorrida,

* Língua do processo: francês.

que têm por objecto, inicialmente, um pedido de anulação da Decisão C (2008) 1089 final da Comissão, de 2 de Abril de 2008, relativa ao auxílio estatal C 38/07 (ex NN 45/07) concedido pela França a favor da Arbel Fauvet Rail SA, seguidamente, um pedido de anulação da Decisão C (2010) 4112 final da Comissão, de 23 de Junho de 2010, relativa ao auxílio estatal C 38/07 (ex NN 45/07) concedido pela França a favor da Arbel Fauvet Rail,

O TRIBUNAL GERAL (Oitava Secção),

composto por: L. Truchot (relator), presidente, M. E. Martins Ribeiro e H. Kanninen, juízes,

secretário: C. Kristensen, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 11 de Novembro de 2010,

profere o presente

Acórdão

Factos na origem dos litígios

1 A Arbel Fauvet Rail (a seguir «AFR») é um construtor de material ferroviário circulante para uso industrial, estabelecido em Douai, França.

2 Em 4 de Julho de 2005, essa sociedade obteve da Région Nord-Pas-de-Calais (a seguir «região NPDC») e da communauté d'agglomération du Douaisis (a seguir «CAD») dois adiantamentos, no valor de um milhão de euros cada, à taxa de juro anual de 4,08 % e reembolsáveis em prestações semestrais, durante três anos, a partir de 1 de Janeiro de 2006.

3 Na sequência de uma denúncia, a Comissão das Comunidades Europeias pediu às autoridades francesas que lhe comunicassem informações sobre essas medidas. As autoridades francesas responderam por comunicações, respectivamente, de 27 de Abril e 24 de Outubro de 2006 e de 30 de Janeiro e 6 de Junho de 2007.

4 Por ofício de 12 de Setembro de 2007, a Comissão informou a República Francesa de que tinha decidido dar início ao procedimento formal de investigação previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE (a seguir «decisão de abertura»).

5 A decisão de abertura foi publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* de 24 de Outubro de 2007 (JO C 249, p. 17). A Comissão convidou as partes interessadas a apresentarem as suas observações sobre as medidas em causa.

6 A Comissão recebeu as observações das autoridades francesas, por ofícios de 12 de Outubro e 18 e 19 de Dezembro de 2007. Não recebeu observações das partes interessadas.

7 Por Decisão C (2008) 1089 final da Comissão, de 2 de Abril de 2008, relativa ao auxílio estatal C 38/07 (ex NN 45/07) concedido pela França a favor da [AFR] (JO L 238, p. 27, a seguir «decisão original»), a Comissão decidiu que os adiantamentos concedidos pela região NPDC e pela CAD constituíam um auxílio de Estado. Visto ser um crédito concedido a uma empresa em dificuldade, cujo reembolso não estava associado

a nenhuma garantia, a Comissão entendeu que o montante desse auxílio era igual à diferença entre o juro efectivamente aplicado e o juro a que a empresa beneficiária teria conseguido obter o mesmo crédito no mercado privado.

8 A Comissão considerou que o auxílio de Estado concedido pela República Francesa a favor da AFR era incompatível com o mercado comum. Ordenou, portanto, a sua recuperação pela República Francesa, com juros, junto do beneficiário.

Tramitação do processo e novos desenvolvimentos na pendência da instância

9 Por petições apresentadas na Secretaria do Tribunal Geral, respectivamente, em 11 e 17 de Julho de 2008, a região NPDC e a CAD interpuseram, respectivamente, os recursos T-267/08 e T-279/08, que tinham por objecto inicial um pedido de anulação da decisão original.

10 Na réplica, a região NPDC requereu a apensação dos processos T-267/08 e T-279/08. A Comissão não deduziu oposição a esse pedido e a CAD declarou-se a favor.

11 Por despacho de 19 de Fevereiro de 2009, o presidente da Sexta Secção do Tribunal Geral ordenou, nos termos do artigo 50.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, a apensação dos processos T-267/08 e T-279/08 para efeitos da fase oral e do acórdão.

12 Em 23 de Junho de 2010, a Comissão revogou a decisão original, por não estar suficientemente fundamentada a respeito do cálculo do montante do auxílio, à luz do acórdão do Tribunal Geral de 3 de Março de 2010, Freistaat Sachsen e o./Comissão (T-102/07 e T-120/07, Colect., p. II-585, a seguir «acórdão Biria»).

13 A decisão original foi substituída pela Decisão C (2010) 4112 final da Comissão, de 23 de Junho de 2010, relativa ao auxílio estatal C 38/07 (ex NN 45/07) concedido pela França a favor da AFR (a seguir «decisão recorrida»), pela qual a Comissão, por um lado, confirmou a incompatibilidade desse auxílio com o mercado comum e, por outro, ordenou a sua recuperação pela República Francesa, com juros, junto do beneficiário.

14 Em 23 de Agosto de 2010, nas suas observações apresentadas na sequência da adopção da decisão recorrida, a região NPDC e a CAD, por um lado, precisaram que, não obstante a revogação da decisão original, não tencionavam desistir dos pedidos iniciais dos recursos e, por outro, pediram para lhes ser permitido adaptar as suas conclusões de forma a que os recursos se dirigissem também contra a decisão recorrida.

15 Em 27 de Setembro de 2010, a Comissão respondeu às observações das recorrentes de 23 de Agosto de 2010. Desistiu do pedido de condenação das recorrentes nas despesas e pediu que cada parte fosse condenada nas respectivas despesas.

16 Tendo sido modificada a composição das secções do Tribunal Geral, o juiz-relator foi afectado à Oitava Secção, à qual, por conseguinte, o presente processo foi distribuído.

17 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal Geral (Oitava Secção) decidiu dar início à fase oral e, no âmbito das medidas de organização do processo previstas no artigo 64.º do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, colocou questões escritas às recorrentes e à Comissão. Estas responderam no prazo fixado.

18 Foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às perguntas orais do Tribunal Geral, na audiência de 11 de Novembro de 2010.

Pedidos das partes

19 No processo T-267/08, a região NPDC pede que o Tribunal Geral se digne:

— anular a decisão recorrida;

— condenar a Comissão nas despesas.

20 No processo T-279/08, a CAD pede que o Tribunal Geral se digne:

— anular a decisão recorrida;

— condenar a Comissão nas despesas.

21 Nos processos T-267/08 e T-279/08, a Comissão pede que o Tribunal Geral se digne:

— negar provimento aos recursos por improcedentes;

— condenar cada uma das partes a suportar as suas próprias despesas.

Questão de direito

A — *Quanto às consequências processuais da revogação da decisão original e da sua substituição pela decisão recorrida*

22 Tal como resulta dos n.os 12 e 13, *supra,* a decisão original foi revogada e substituída, após a entrada das petições, pela decisão recorrida. As recorrentes pediram que lhes fosse permitido adaptar os seus pedidos iniciais, de forma a que os seus recursos visassem a anulação da decisão recorrida.

23 A este respeito, deve recordar-se que, quando, no decurso do processo, uma decisão é substituída por uma decisão com o mesmo objecto, esta deve ser considerada um elemento novo susceptível de permitir ao recorrente adaptar os seus pedidos e fundamentos. Com efeito, seria contrário a uma boa administração da justiça e às exigências de economia processual obrigar o recorrente a interpor novo recurso. Além disso, seria injusto que a instituição em causa pudesse, para fazer face às críticas a uma decisão contidas numa petição apresentada ao juiz da União, adaptar a decisão impugnada ou substituí-la por outra e, na pendência da instância, invocar essa modificação

ou substituição para privar a outra parte da possibilidade de estender os seus pedidos e fundamentos iniciais à decisão posterior ou de apresentar pedidos e fundamentos suplementares contra ela (v. acórdão do Tribunal Geral de 12 de Dezembro de 2006, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Conselho, T-228/02, Colect., p. II--4665, n.º 28 e jurisprudência aí referida).

24 No caso presente, importa, portanto, por um lado, considerar que os pedidos iniciais das recorrentes dirigidos à anulação da decisão original ficaram sem objecto, por causa da revogação dessa decisão pela decisão recorrida, pelo que deixa de ser necessário conhecer do mérito desses pedidos, e, por outro lado, deferir os novos requerimentos das recorrentes, acima referidos no n.º 14, considerar que os seus recursos de dirigem à anulação da decisão recorrida e permitir que as partes reformulem as suas conclusões, fundamentos e argumentos à luz desse elemento novo, o que implica o seu direito de apresentarem pedidos, fundamentos e argumentos adicionais.

B — *Quanto ao pedido de anulação da decisão recorrida*

25 O recurso T-267/08 contém sete fundamentos. O primeiro é relativo à violação do dever de fundamentação. O segundo é relativo à violação dos direitos de defesa e dos princípios do contraditório, da igualdade, da boa administração, do respeito da identidade constitucional dos Estados-Membros e da protecção da confiança legítima. O terceiro fundamento é relativo a um erro manifesto de apreciação por não ter sido tida em consideração a particularidade jurídica do autor do auxílio. O quarto fundamento é relativo à violação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE. Divide-se em duas partes, relativas, respectivamente, a um erro de apreciação quanto à origem dos fundos e a um erro de qualificação da AFR como empresa em dificuldade. O quinto fundamento é relativo a um erro de apreciação quanto à alegada vantagem conferida à AFR pelos adiantamentos reembolsáveis. O sexto fundamento é relativo a um erro de apreciação

do montante do auxílio. O sétimo fundamento é relativo a uma violação dos direitos de defesa no âmbito do processo contencioso e a um desvio de poder.

26 O recurso T-279/08 contém quatro fundamentos. O primeiro fundamento é relativo à violação dos direitos de defesa e do princípio do contraditório. O segundo fundamento é relativo à violação do dever de fundamentação. O terceiro fundamento é relativo a um erro de apreciação do conceito de empresa em dificuldade. O quarto fundamento é relativo a um erro de apreciação do conceito de recursos de Estado.

27 Por outro lado, na audiência, a CAD suscitou um quinto fundamento, relativo a um erro manifesto de apreciação da Comissão quanto à falta de garantias associadas ao reembolso dos adiantamentos.

1. *Quanto à admissibilidade do quinto fundamento do recurso T-279/08*

a) Argumentos das partes

28 Na audiência, a CAD alegou que a Comissão tinha cometido um erro manifesto de apreciação, ao considerar que os adiantamentos reembolsáveis em causa tinham sido concedidos sem nenhuma garantia associada ao seu reembolso. Com efeito, o pagamento do adiantamento pela CAD foi condicionado pela fusão irrevogável da AFR e da Lormafer, uma sociedade controlada pela sociedade Arbel SA. Essa fusão constituía uma garantia, tendo em conta o consequente aumento do perímetro de recuperação das dívidas pelos credores.

29 A Comissão alegou, na audiência, que esse fundamento, tendo sido invocado extemporaneamente, deve ser julgado inadmissível. A título subsidiário, alegou que a condição do pagamento do auxílio, invocada pela CAD, não pode ser juridicamente equiparada a uma garantia e que o pagamento dos adiantamentos em causa não tinha sido sujeito à constituição de qualquer garantia.

30 Em resposta à inadmissibilidade arguida pela Comissão, a CAD afirmou que o argumento em causa constava do ponto 30 da sua petição e que a condição invocada era precisada na acta da deliberação do conselho da CAD, de 24 de Junho de 2005, que constitui o anexo A.2 da sua petição.

b) Apreciação do Tribunal Geral

31 Importa recordar que, por força das disposições conjugadas do artigo 44.º, n.º 1, alínea c), e do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a petição deve conter o objecto do litígio e a exposição sumária dos fundamentos invocados e é proibido deduzir fundamentos novos no decurso da instância, a não ser que tenham origem em elementos de direito e de facto que se tenham revelado durante o processo.

32 No caso, há que observar que a recorrente, contrariamente ao que alega, não suscitou o presente fundamento na petição. Com efeito, o ponto 30 da petição mais não faz do que mencionar que o adiantamento em causa foi concedido pela CAD, «sob certas condições», sem alegar que, entre essas condições, a fusão irrevogável da AFR e da Lormafer constituía uma garantia e que a Comissão teria, portanto, cometido um erro manifesto de apreciação, ao considerar que não havia nenhuma garantia associada ao reembolso dos adiantamentos. A acta da deliberação do conselho da CAD que consta do anexo A.2 da petição apenas precisa, aliás, as condições a que estava sujeito o pagamento do adiantamento, sem referir nenhuma garantia do reembolso desse adiantamento, e não poderia, seja como for, ser interpretada como uma formulação

do presente fundamento. Diga-se ainda que esse fundamento também não é suscitado pela recorrente no seu requerimento de adaptação dos pedidos e fundamentos, acima referido no n.º 14.

33 Por outro lado, a recorrente não alega que o referido fundamento se baseia em elementos de direito e de facto que se tenham revelado durante o processo.

34 Por conseguinte, em conformidade com as disposições do Regulamento de Processo acima referidas no n.º 31, há que julgar inadmissível o fundamento relativo a um erro manifesto de apreciação quanto à falta de garantias associadas ao reembolso dos adiantamentos, suscitado na audiência.

35 Por acréscimo e mesmo admitindo que esse argumento pudesse ser considerado a ampliação de um fundamento anteriormente suscitado e, como tal, admissível (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 1983, Verros/Parlamento, 306/81, Recueil, p. 1755, n.º 9, e de 22 de Novembro de 2001, Países Baixos/ /Conselho, C-301/97, Colect., p. I-8853, n.º 169), deve, de qualquer forma, ser julgado improcedente. Com efeito, a condição a que estava sujeito o pagamento do adiantamento concedido pela CAD, a saber, a fusão entre as sociedades AFR e Lormafer, não confere à CAD uma situação privilegiada face aos outros credores da AFR. Não constitui uma vinculação de um terceiro perante a CAD nem constitui a afectação de um bem ao pagamento preferencial da CAD. Não pode, pois, ser considerada como uma garantia associada ao reembolso do adiantamento. A Comissão não cometeu, portanto, um erro manifesto de apreciação neste ponto.

2. *Quanto ao primeiro fundamento do recurso T-267/08 e quanto ao segundo fundamento do recurso T-279/08, relativos à violação do dever de fundamentação*

a) Argumentos das partes

36 A região NPDC alega que a decisão recorrida está ferida de falta de fundamentação. Refere, a título preliminar, que a Comissão procedeu a um exame global e solidário do auxílio concedido à AFR, que considerou constituir um auxílio único, e não dois auxílios distintos, concedidos pela região NPDC, por um lado, e pela CAD, por outro.

37 Afirma que a fundamentação é errada no que respeita ao auxílio concedido pela CAD, uma vez que, no considerando 18 da decisão original, a Comissão referiu que esse auxílio tinha sido concedido pelos municípios da CAD. Ora, a CAD é um estabelecimento público autónomo, nos planos administrativo e orçamental, juridicamente distinto dos municípios que a compõem, com o qual podem ser criadas relações contratuais, e que é dotado de competências e de fiscalidade próprias. A fundamentação relativa ao alegado auxílio concedido pelos referidos municípios é, portanto, inoperante, o que torna inexistente a fundamentação relativa ao auxílio concedido pela CAD. A rectificação do erro constante do considerando 18 da decisão original, feita pela Comissão no considerando 27 da decisão recorrida, não sanou esse vício de forma, uma vez que a Comissão não dá nenhuma explicação sobre essa mudança de qualificação.

38 Assim, a fundamentação relativa à parte regional do auxílio deve também ser considerada inexistente, por aplicação de um princípio da indivisibilidade da fundamentação.

39 A título subsidiário, caso o Tribunal Geral venha a considerar que a fundamentação é indivisível, daí resulta uma insuficiência de fundamentação quanto à parte regional do auxílio, uma vez que a apreciação da situação da AFR foi feita com base num auxílio total de dois milhões de euros. A apreciação do conceito de vantagem para a empresa assentou, portanto, em bases erradas.

40 A CAD alega que a decisão recorrida está ferida, como estava a decisão original, de uma insuficiência de fundamentação quanto ao método utilizado no cálculo do montante do auxílio, que assenta numa majoração de 800 pontos de base da taxa de juro de referência (a seguir «prémio de risco»). Com efeito, a Comissão limita-se a remeter, por um lado, para a decisão original e, por outro, para a sua Comunicação 2008/C 14/02 sobre a revisão do método de fixação das taxas de referência e de actualização (JO C 14, p. 6, a seguir «comunicação de 2008 sobre as taxas de referência»). Ora, por um lado, a decisão original foi revogada pelo facto de o cálculo desse prémio de risco estar insuficientemente fundamentado e, por outro, a mera remissão para os testes aplicáveis, na falta de qualquer precisão específica da situação em causa que permitisse verificar a pertinência da análise, é, segundo a jurisprudência, insuficiente, pois não permite ao Tribunal Geral fiscalizar a validade do método de cálculo da majoração de juros fixada.

41 Na réplica, a CAD alega ainda que a Comissão procedeu a uma análise global e solidária do mecanismo dos adiantamentos reembolsáveis concedidos à AFR, apesar de existirem, na realidade, dois adiantamentos distintos.

42 A Comissão conclui pela improcedência dos presentes fundamentos.

b) Apreciação do Tribunal Geral

43 Há que lembrar que, segundo jurisprudência assente, o alcance do dever de fundamentação depende da natureza do acto em causa e do contexto em que foi praticado.

A fundamentação deve revelar clara e inequivocamente o raciocínio da instituição, de forma a, por um lado, permitir aos interessados conhecer as justificações da medida, para poderem defender os seus direitos e verificar se a decisão é ou não fundada, e, por outro, permitir ao juiz exercer a sua fiscalização da legalidade. Não é necessário que a fundamentação especifique todos os elementos de facto e de direito pertinentes, na medida em que a questão de saber se a fundamentação de um acto respeita as exigências do artigo 296.º TFUE deve ser apreciada não só à luz da sua letra mas também do seu contexto e de todas as normas jurídicas que regem essa matéria. Em particular, a Comissão não tem de tomar posição sobre todos os argumentos que os interessados lhe apresentam, bastando-lhe expor os factos e as considerações jurídicas que tenham uma importância essencial na sistemática da decisão (v. acórdão do Tribunal Geral de 15 de Junho de 2005, Corsica Ferries France/Comissão, T-349/03, Colect., p. II-2197, n.ºs 62 a 64 e jurisprudência aí referida).

44 Além disso, quando uma decisão tiver sido adoptada num contexto bem conhecido do interessado, pode ser fundamentada de forma sumária (acórdãos do Tribunal de Justiça de 26 de Novembro de 1975, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique e o./Comissão, 73/74, Colect., p. 503, n.º 31, e de 30 de Setembro de 2003, Alemanha/Comissão, C-301/96, Colect., p. I-9919, n.ºs 89 e 92).

45 Há que lembrar também a jurisprudência segundo a qual o dever de fundamentação constitui uma formalidade essencial que deve ser distinguida da questão do mérito da fundamentação, que é do foro da legalidade substantiva do acto recorrido (acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Março de 2001, França/Comissão, C-17/99, Colect., p. I-2481, n.º 35; acórdãos do Tribunal Geral de 12 de Novembro de 2008, Evropaïki Dynamiki/Comissão, T-406/06, não publicado na Colectânea, n.º 47, e de 20 de Maio de 2009, VIP Car Solutions/Parlamento, T-89/07, Colect., p. II-1403, n.º 63). As alegações e argumentos que contestam o mérito desse acto são, pois, irrelevantes no âmbito de um fundamento relativo à falta ou à insuficiência da fundamentação (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal Geral de 12 de Setembro de 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Comissão, T-68/03, Colect., p. II-2911, n.º 79, e Biria, referido no n.º 12, *supra*, n.º 210).

Quanto ao primeiro fundamento do recurso T-267/08

46 A região NPDC alega, no essencial, que a decisão recorrida está ferida de falta de fundamentação, pois revela que a Comissão considerou que o adiantamento reembolsável concedido pela CAD teria sido concedido pelos municípios da CAD.

47 Há que considerar, porém, que, tendo a decisão original sido revogada, a região NPDC não pode utilmente invocar uma alegada falta de fundamentação da decisão recorrida. Por outro lado, os seus considerandos 16, 17 e 27 identificam de forma clara e inequívoca a CAD, e não os municípios que a compõem, como a entidade que concedeu um dos dois adiantamentos reembolsáveis em causa, pelo que o presente fundamento deve ser julgado improcedente por não ter suporte nos factos.

Quanto ao segundo fundamento do recurso T-279/08

48 O fundamento divide-se em duas partes. A primeira parte é relativa a uma insuficiência de fundamentação do método de cálculo do montante do auxílio. A segunda parte diz respeito a uma falta de fundamentação resultante de uma análise global e solidária do auxílio concedido à AFR.

— Quanto à primeira parte, relativa a insuficiência de fundamentação do método de cálculo do montante do auxílio

49 Na decisão recorrida, a Comissão expôs o seu método de cálculo do montante do auxílio, nos seguintes termos:

«(49) No caso de auxílios concedidos sob a forma de créditos a empresas em dificuldade, o elemento de ajuda é constituído pela diferença entre o juro efectivamente aplicado e o juro ao qual a empresa beneficiária teria podido obter o mesmo crédito no mercado de capitais.

(50) De acordo com a sua comunicação de 1997 relativa ao método de fixação das taxas de referência e de actualização, a Comissão fixa taxas de referência que se espera reflectirem o nível das taxas de juro médias exigidas no mercado por empréstimos a médio e longo prazo, quando esses empréstimos estão acompanhados de garantias normais. Essa comunicação destaca ainda que a taxa de referência é uma taxa mínima que pode ser aumentada em situações de risco especial, por exemplo, quando a empresa se encontra em dificuldade ou quando não são prestadas as garantias normalmente exigidas pelos bancos. Em tais casos a majoração poderá atingir 400 pontos de base ou mais. A comunicação de 1997 sobre as taxas de referência não esclarece se os diversos prémios de risco são cumuláveis no caso de serem tomados em conta vários riscos. Embora a acumulação não esteja excluída, a Comissão deve fundamentar na decisão o método utilizado com vista a cumular os diversos prémios de risco, recorrendo a uma análise da prática dos mercados financeiros. [...]

(51) Em 2004, [um] gabinete de auditoria [...] levou a cabo um estudo [...] por conta da Comissão (a seguir "estudo"). Com base numa pesquisa empírica, o estudo identifica os prémios observados no mercado por diferentes categorias de riscos relativos a empresas ou transacções (com garantias variáveis). O estudo revela claramente que a presença simultânea de diferentes aspectos de riscos (solvabilidade do mutuário, garantias) se materializa sob a forma de majorações a acrescer à taxa de base.

(52) Consecutivamente ao estudo, o critério da Comissão no cálculo do elemento de auxílio nos empréstimos foi afinado e precisado na sua comunicação de 2008 relativa à revisão do método de cálculo das taxas de referência e de actualização [...] (a seguir "comunicação de 2008 sobre as taxas de referência"). Essa

comunicação reflecte o método preconizado no estudo e prevê o acréscimo de diversas majorações às taxas de base, tanto em função da solvabilidade da empresa como das garantias oferecidas.

(53) Ora, há que observar que a determinação do elemento de auxílio nas medidas se baseia no conceito de auxílio de Estado e, como indica constantemente a jurisprudência do Tribunal de Justiça, "o conceito de auxílio de Estado corresponde a uma situação objectiva que deve ser apreciada à data em que a Comissão toma a sua decisão".

[...]

(54) Em consequência, a Comissão considera que o método apropriado para determinar o elemento de auxílio é o que consta da Comunicação de 2008 sobre as taxas de referência e tenciona examinar as medidas em causa à luz dessa comunicação.

(55) A comunicação de 2008 relativa às taxas de referência dispõe que a majoração que permite excluir a presença de um auxílio de Estado no caso de uma empresa em dificuldade que preste um baixo nível de garantias equivale a 1 000 pontos de base.

(56) Como demonstrado na secção 5.1.3, a Comissão considera que a AFR era uma empresa em dificuldade no momento em que as medidas (de auxílio) foram concedidas. A Comissão observa ainda que nenhuma garantia tinha sido prestada pelos adiantamentos reembolsáveis e que o nível de garantias pode, portanto, ser considerado baixo.

(57) Assim, o elemento de auxílio equivale, em princípio, à diferença entre a taxa de base majorada em 1 000 pontos e a taxa à qual a medida foi concedida. Tendo em conta, porém, que considerou na decisão original de 2 de Abril de 2008 que a majoração aplicável era de 800 pontos de base, que o beneficiário do auxílio não impugnou essa decisão, que também nenhum concorrente do beneficiário pôs em causa a legalidade da decisão inicial e tendo em conta todas as circunstâncias do caso, a Comissão é de opinião que não há que agravar essa majoração no caso presente.

(58) A Comissão conclui que o elemento de auxílio equivale à diferença entre a taxa de juro de referência aplicável majorada em 800 pontos de base e a taxa de juro à qual a medida foi concedida.»

50 Há que observar que a fundamentação do método de cálculo do montante do auxílio seguido pela Comissão não se limita, contrariamente às afirmações da CAD, a uma simples remissão para a comunicação de 2008 sobre as taxas de referência e para a decisão original. Com efeito, a decisão recorrida contém uma descrição detalhada do método de cálculo escolhido, isto é, a utilização de uma taxa de referência associada a uma majoração fixa ligada à situação difícil da AFR e à falta de garantias associadas aos adiantamentos reembolsáveis.

51 Em primeiro lugar, o método de cálculo exposto pela Comissão faz referência à Comunicação 97/C 273/03 da Comissão, relativa ao método de fixação das taxas de referência e de actualização (JO C 273, p. 3, a seguir «comunicação de 1997 sobre as taxas de referência»), e à comunicação de 2008 sobre as taxas de referência.

52 Em segundo lugar, a decisão recorrida está fundamentada por uma análise aprofundada da situação financeira da AFR — cujo mérito constitui uma questão distinta da questão do respeito do dever de fundamentação — e da falta de garantias.

53 Em terceiro lugar, quanto à fundamentação da majoração da taxa de referência aplicável, tendo em conta a acumulação de riscos resultantes da situação financeira da AFR e da falta de garantias, a decisão recorrida refere, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Geral (acórdão Biria, referido no n.º 12, *supra*, n.º 218), uma análise da prática nos mercados financeiros, feita em Outubro de 2004 por um gabinete de auditoria por conta da Comissão, com base numa pesquisa empírica dos prémios observáveis no mercado por diferentes categorias de riscos relativos a empresas ou transacções.

54 A referência à decisão original feita no considerando 57 da decisão recorrida visava unicamente, em complemento da menção de terem sido tidas em consideração as outras circunstâncias do caso, fundamentar a fixação, pela Comissão, do prémio de risco em 800 pontos de base. O Tribunal Geral entende que a fixação do prémio de risco nesse nível está suficientemente fundamentada.

55 Resulta do exposto que a primeira parte do presente fundamento deve ser julgada improcedente.

— Quanto à segunda parte, relativa a falta de fundamentação resultante da análise «global e solidária» dos adiantamentos concedidos à AFR

56 Em primeiro lugar, há que referir que, na decisão recorrida, a Comissão distinguiu efectivamente, na apresentação das medidas de apoio em causa feita no considerando 17, os dois adiantamentos reembolsáveis concedidos, por um lado, pela região NPDC e, por outro, pela CAD.

57 Em segundo lugar, há que observar que, embora o considerando 16 da decisão recorrida se baseasse num «adiantamento reembolsável conjunto», isso não pode ser considerado constitutivo de uma falta de fundamentação. Com efeito, no considerando 17 da decisão recorrida, precisava-se igualmente que o adiantamento concedido pela CAD estava sujeito, segundo as informações transmitidas pelas autoridades francesas à Comissão, à condição de ser concedido um adiantamento reembolsável semelhante, nos mesmos termos, pela região NPDC.

58 Em terceiro lugar, embora, na decisão recorrida, a Comissão tenha procedido a uma análise conjunta da qualificação de auxílios de Estado dos adiantamentos em causa, da determinação do seu montante e da sua compatibilidade com o mercado comum, isso não pode constituir *per se* uma violação do dever de fundamentação. Com efeito, uma vez que os adiantamentos tinham sido concedidos, por um lado, nas mesmas condições, quanto à taxa de juro, às modalidades de reembolso e à falta de garantias, e, por outro, ao mesmo beneficiário, uma fundamentação conjunta respeitava, no caso, a finalidade do dever de fundamentação, isto é, a necessidade de expor de forma clara e inequívoca o raciocínio da instituição autora do acto, de forma a permitir que os interessados conheçam as justificações da medida e que o tribunal competente exerça a sua fiscalização.

59 Há que julgar improcedente, portanto, a segunda parte do presente fundamento.

60 Em face do exposto, há que julgar integralmente improcedente o segundo fundamento do recurso T-279/08, relativo à violação do dever de fundamentação.

3. *Quanto ao segundo fundamento do recurso T-267/08, relativo à violação dos direitos de defesa e dos princípios do contraditório, da igualdade, da boa administração, do respeito da identidade constitucional dos Estados-Membros e da protecção da confiança legítima, e quanto ao primeiro fundamento do recurso T-279/08, relativo à violação dos direitos de defesa e do princípio do contraditório*

a) Argumentos das partes

61 A região NPDC alega que o respeito dos direitos de defesa, aplicável em qualquer processo dirigido contra uma pessoa e susceptível de levar a um acto que lhe seja desfavorável, se impõe no âmbito dos procedimentos relativos aos auxílios de Estado não só em benefício do destinatário da decisão mas também em benefício da entidade que atribuiu o auxílio. Ora, a Comissão não se dirigiu nem à commission permanente du conseil régional do NPDC, que decidiu da atribuição do auxílio, nem ao presidente desse conseil régional, competente para proceder à sua execução. A República Francesa também não dirigiu nenhum pedido de explicações a essas autoridades eleitas do conseil régional, tendo unicamente sido estabelecidos contactos com as autoridades administrativas deste último. Além disso, as autoridades decisoras ou administrativas da região NPDC não tiveram acesso ao processo instrutor nem foram destinatárias dos documentos do processo, das observações da República Francesa ou das perguntas formuladas pela Comissão a propósito do auxílio em causa. A Comissão deveria ter-se dirigido directamente à região NPDC ou pedido à República Francesa que se dirigisse oficialmente ao seu representante legal, isto é, o presidente do conseil régional, para lhe transmitir as suas observações.

62 Com este procedimento, a Comissão violou os princípios da boa administração e do respeito da identidade constitucional dos Estados-Membros, violando a livre administração das entidades públicas territoriais garantida pela Constituição francesa de 4 de Outubro de 1958.

63 A não reabertura do procedimento formal de investigação antes da adopção da decisão recorrida, apesar de esta se basear num método de cálculo do montante do auxílio diferente do utilizado na decisão original, constitui igualmente uma violação dos direitos de defesa, do direito à informação da região NPDC enquanto pessoa interessada e do seu direito de audiência. Os direitos de defesa da República Francesa foram também violados.

64 Por outro lado, afirma que a Comissão, ao basear-se, na decisão recorrida, não só em elementos novos mas também numa alegada insuficiência dos documentos que lhe foram transmitidos pelas autoridades francesas no que respeita ao plano de recuperação posto em prática pela AFR, violou o princípio da protecção da confiança legítima. Esse princípio implica, segundo a jurisprudência, que a decisão final da Comissão não se baseie na falta de elementos que, à luz das indicações dadas na decisão provisória, as partes não puderam entender dever fornecer-lhe. No caso, nem existe decisão provisória, uma vez que a Comissão se limitou a substituir a decisão original pela decisão recorrida, sem o menor formalismo e no maior segredo. Assim, nem a região NPDC nem a República Francesa tiveram a possibilidade de apresentar elementos que se lhes afigurasse dever ser apresentados.

65 A Comissão violou igualmente o princípio da igualdade entre as partes a que respeita o auxílio, uma vez que o denunciante na origem da abertura do procedimento é considerado parte interessada nos termos do artigo 108.º, n.º 2, TFUE, ao passo que a entidade pública territorial que concedeu o auxílio referido na denúncia é considerada meramente um terceiro interessado, sem vocação a participar no procedimento.

66 A CAD critica a Comissão por não a ter consultado nem à região NPDC ou à sociedade AFR, apesar de, segundo a jurisprudência, o respeito dos direitos de defesa impor que se dê aos interessados a possibilidade de apresentarem o seu ponto de vista e de tomarem posição sobre os documentos entregues pela administração da União,

mesmo na falta de qualquer regulamentação relativa ao procedimento em causa. Só a consulta da República Francesa é insuficiente.

67 Alega igualmente que se tem que verificar se a exposição das alegações foi redigida em termos suficientemente claros para lhes permitir tomar efectivamente conhecimento das condutas que lhes são imputadas.

68 A CAD acrescenta que a não reabertura de um procedimento formal de investigação prévio à adopção da decisão recorrida constitui uma violação dos direitos de defesa, do princípio do contraditório e do direito de audiência na Comissão. Também não teve a possibilidade de dar a conhecer o seu ponto de vista, uma vez que a Comissão não a informou do reexame dos adiantamentos em causa e da utilização de um método de cálculo do auxílio diferente do que tinha sido utilizado para fundamentar a decisão original.

69 A Comissão contesta a procedência dos argumentos das recorrentes.

b) Apreciação do Tribunal Geral

70 Segundo jurisprudência assente, o respeito dos direitos de defesa em qualquer processo dirigido contra uma pessoa e susceptível de levar à adopção de um acto que lhe seja desfavorável constitui um princípio fundamental do direito da União e deve ser garantido mesmo na falta de regulamentação específica. Esse princípio exige que lhe tenha sido dada a possibilidade, logo na fase do procedimento administrativo, de dar a conhecer utilmente o seu ponto de vista sobre a realidade e a pertinência dos factos, acusações e circunstâncias alegadas pela Comissão (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Julho de 1986, Bélgica/Comissão, 234/84, Colect., p. 2263, n.º 27, e acórdão

do Tribunal Geral de 30 de Março de 2000, Kish Glass/Comissão, T-65/96, Colect., p. II-1885, n.º 32).

71 Quanto aos direitos das entidades infra-estatais que concederam os auxílios de Estado, refira-se que o procedimento administrativo em matéria de auxílios de Estado é aberto unicamente contra o Estado-Membro em causa. Só o Estado-Membro em causa, enquanto destinatário da decisão recorrida, pode, pois, invocar verdadeiros direitos de defesa (acórdão do Tribunal Geral de 1 de Julho de 2009, Operator ARP/ /Comissão, T-291/06, Colect., p. II-2275, n.º 35). As entidades infra-estatais que concedem os auxílios, como é o caso das recorrentes, tal como as empresas beneficiárias dos auxílios e os seus concorrentes são unicamente consideradas como estando interessados nesse procedimento, na acepção do artigo 108.º, n.º 2, TFUE (v., neste sentido, acórdão do Tribunal Geral de 16 de Dezembro de 1999, Acciaierie di Bolzano/ /Comissão, T-158/96, Colect., p. II-3927, n.º 42).

72 Além disso, é jurisprudência assente que, na fase de investigação a que se refere o artigo 108.º, n.º 2, TFUE, a Comissão deve notificar os interessados para apresentarem as suas observações (acórdãos do Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 1993, Cook/ /Comissão, C-198/91, Colect., p. I-2487, n.º 22; de 15 de Junho de 1993, Matra/Comissão, C-225/91, Colect., p. I-3203, n.º 16; e de 2 de Abril de 1998, Comissão/Sytraval e Brink's France, C-367/95 P, Colect., p. I-1719, n.º 59).

73 No que respeita a este dever, o Tribunal de Justiça declarou que a publicação de um aviso no Jornal Oficial constitui um meio adequado para dar a conhecer a todos os interessados a abertura de um procedimento (acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Novembro de 1984, Intermills/Comissão, 323/82, Recueil, p. 3809, n.º 17) e que essa comunicação visa apenas obter dos interessados todas as informações destinadas a esclarecer a Comissão na sua acção futura (acórdãos do Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 1973, Comissão/Alemanha, 70/72, Colect., p. 309, n.º 19, e do Tribunal Geral de 22 de Outubro de 1996, Skibsværftsforeningen e o./Comissão, T-266/94, Colect., p. II-1399, n.º 256).

74 Esta jurisprudência confia essencialmente aos interessados o papel de fontes de informação para a Comissão, no quadro do procedimento administrativo iniciado ao abrigo do artigo 108.º, n.º 2, TFUE. Daí resulta que os interessados, longe de poderem invocar os direitos de defesa reconhecidos às pessoas contra quem está aberto um procedimento, gozam exclusivamente do direito a serem associados ao procedimento administrativo na medida adequada, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto (acórdãos do Tribunal Geral de 25 de Junho de 1998, British Airways e o./ /Comissão, T-371/94 e T-394/94, Colect., p. II-2405, n.ºs 59 e 60, e de 6 de Março de 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen/Comissão, T-228/99 e T-233/99, Colect., p. II-435, n.º 125).

75 Por conseguinte, os interessados não podem invocar uma violação do princípio da boa administração pelo facto de a Comissão não lhes ter solicitado pessoalmente as suas observações quanto ao procedimento de investigação do auxílio. [acórdão do Tribunal Geral de 31 de Maio de 2006, Kuwait Petroleum (Nederland)/Comissão, T-354/99, Colect., p. II-1475, n.º 82]. A Comissão também não tem o dever de transmitir aos interessados as observações ou as informações que recebeu da parte do governo do Estado-Membro em causa.

76 No caso, as recorrentes alegam que a Comissão violou os seus direitos de defesa, o princípio do contraditório e o direito a uma boa administração, em primeiro lugar, ao não lhes dirigir directamente um pedido de explicações ou ao não pedir à República Francesa que se dirigisse ao seu representante legal para este apresentar as suas observações, em segundo lugar, ao não lhes facultar acesso ao processo e, em terceiro lugar, por elas não terem sido destinatárias dos documentos do processo, das observações da República Francesa ou das questões formuladas pela Comissão a respeito dos auxílios em causa.

77 A CAD alega igualmente que, além dos seus próprios direitos de defesa, foram violados os da região NPDC e os do beneficiário do auxílio, a AFR, uma vez que não foram recolhidas as suas observações. Quanto a esse ponto, refira-se que a CAD só dispõe de interesse em agir para defender o respeito dos seus próprios direitos processuais

[v., por analogia, despacho do Tribunal Geral de 30 de Abril de 2001, British American Tobacco International (Holdings)/Comissão, T-41/00, Colect., p. II-1301, n.os 18 e 19, e acórdão do Tribunal Geral de 8 de Outubro de 2008, Sogelma/AER, T-411/06, Colect., p. II-2771, n.º 101]. Uma vez que a CAD não tem interesse em agir para defender o respeito dos direitos de defesa da região NPDC e do beneficiário do auxílio, a alegação de violação desses direitos é inadmissível na medida em que é invocada pela CAD.

78 Resulta da jurisprudência acima referida nos n.os 70 a 75 que os interessados, como as recorrentes, não podem invocar os direitos de defesa enquanto tais, dispondo unicamente do direito de audiência e de serem associados ao procedimento numa medida adequada tendo em conta as circunstâncias do caso concreto. A violação dos direitos de defesa, do princípio do contraditório e do direito a uma boa administração, invocada pelas recorrentes, deve, portanto, ser analisada unicamente à luz da violação do direito de audiência das recorrentes e do direito de serem associadas ao procedimento.

79 A esse respeito, há que considerar que a Comissão, ao publicar no Jornal Oficial de 27 de Outubro de 2007 um convite à apresentação de observações nos termos do artigo 88.º, n.º 2, CE, para efeitos do processo relativo ao auxílio de Estado não notificado concedido pela República Francesa a favor da AFR, que consistia na publicação da decisão de abertura e de um resumo da mesma, deu a conhecer a todos os interessados a abertura de um procedimento.

80 Quanto à alegação da CAD de que a exposição das alegações não foi redigida em termos suficientemente claros para permitir que os interessados tomassem efectivamente conhecimento das condutas que lhes eram imputadas, há que lembrar que, em conformidade com o artigo 6.º do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de Março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo [88.º CE] (JO L 83, p. 1), quando a Comissão decide dar início a um procedimento formal de investigação, a decisão de abertura pode limitar-se a resumir os elementos relevantes de facto e de direito, a incluir uma avaliação preliminar da medida estatal em causa para decidir se tem natureza de auxílio e a expor as razões que suscitam dúvidas

quanto à sua compatibilidade com o mercado comum (acórdãos do Tribunal Geral de 23 de Outubro de 2002, Diputación Foral de Guipúzcoa e o./Comissão, T-269/99, T-271/99 e T-272/99, Colect., p. II-4217, n.º 104, e de 22 de Outubro de 2008, TV 2/Danmark e o./Comissão, T-309/04, T-317/04, T-329/04 e T-336/04, Colect., p. II-2935, n.º 138).

81 A decisão de abertura deve dar às partes interessadas a oportunidade de participarem eficazmente no procedimento formal de investigação, no qual terão a possibilidade de apresentar os seus argumentos. Para o efeito, basta que as partes interessadas conheçam o raciocínio que levou a Comissão a considerar provisoriamente que a medida em causa podia constituir um auxílio novo incompatível com o mercado comum (acórdãos do Tribunal Geral de 30 de Abril de 2002, Government of Gibraltar/Comissão, T-195/01 e T-207/01, Colect., p. II-2309, n.º 138, e Diputación Foral de Guipúzcoa e o./Comissão, referido no n.º 80, *supra*, n.º 105).

82 No caso presente, na decisão de abertura, a Comissão expôs claramente os fundamentos com base nos quais concluiu provisoriamente que os adiantamentos reembolsáveis em causa constituíam auxílios de Estado (considerandos 8 a 15 da decisão de abertura) e as razões pelas quais considerou que havia dúvidas quanto à compatibilidade desses auxílios com o mercado comum (considerandos 16 a 20 da referida decisão).

83 Por outro lado, quanto à alegação da região NPDC e da CAD, relativa à falta de reabertura do procedimento formal de investigação na sequência da revogação da decisão original, há que lembrar que, segundo a jurisprudência, o procedimento destinado a substituir um acto ilegal pode ser retomado no ponto preciso em que ocorreu a ilegalidade, sem que a Comissão tenha de recomeçar o procedimento num ponto anterior a esse (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Outubro de 2000,

Industrie des poudres sphériques/Conselho, C-458/98 P, Colect., p. I-8147, n.º 82 e jurisprudência aí referida, e acórdão do Tribunal Geral de 9 de Julho de 2008, Alitalia/ /Comissão, T-301/01, Colect., p. II-1753, n.os 99 e 142). Ora, no caso, a insuficiência de fundamentação que levou à revogação da decisão original não vai até à abertura do procedimento, que não está ferida de ilegalidade. Uma vez que, no respeitante ao cálculo do prémio de risco, dispunha dos elementos necessários à nova análise exigida pelo acórdão Biria, referido no n.º 12, *supra*, a Comissão não tinha, portanto, de recomeçar a instrução do processo.

84 Uma vez que o direito das recorrentes de serem ouvidas e associadas ao procedimento foi respeitado na adopção da decisão original, a revogação dessa decisão por insuficiência de fundamentação e a adopção de uma nova decisão substitutiva não impunham a reabertura do procedimento formal de investigação. Por outro lado, mesmo admitindo que a região NPDC tivesse legitimidade para alegar uma violação dos direitos de defesa da República Francesa, há que observar que não apresentou nenhum elemento capaz de demonstrar que essa falta de reabertura do procedimento formal de investigação seria constitutiva dessa violação.

85 A junção de elementos complementares na decisão recorrida, relativos às medidas de recuperação adoptadas pela AFR, não pode pôr isso em causa. Como salienta a Comissão, essa junção destina-se a responder de forma mais detalhada aos argumentos apresentados pelas recorrentes no seu recurso. Não se pode, pois, sustentar que a junção de elementos complementares viola o direito de audiência das recorrentes, uma vez que, pelo contrário, se destina a garantir o seu respeito. De qualquer forma, as recorrentes não apresentam nenhum elemento cuja apreciação pela Comissão pareça capaz de alterar a conclusão a que esta chegou na decisão recorrida. Ora, para uma violação dos direitos de defesa como essa levar a uma anulação, é necessário que, sem essa irregularidade, o procedimento pudesse ter chegado a um resultado diferente (acórdãos do Tribunal de Justiça de 11 de Novembro de 1987, França/Comissão, 259/85, Colect., p. 4393, n.os 12 e 13, e de 14 de Fevereiro de 1990, França/Comissão, C-301/87, Colect., p. I-307, n.os 30 e 31).

86 Resulta do exposto que a Comissão não violou o direito das recorrentes de serem ouvidas e associadas ao procedimento, nem o direito a uma boa administração, nem o princípio do contraditório.

87 Improcede igualmente a alegação da região NPDC, relativa à violação do princípio da igualdade. Com efeito, em matéria de fiscalização de auxílios de Estado, as entidades territoriais infra-estatais que concedem os auxílios, tais como as recorrentes, dispõem dos mesmos direitos processuais que os eventuais denunciantes. Estes são unicamente considerados interessados no procedimento, com os quais a Comissão não tem de proceder a uma discussão contraditória (acórdão Comissão/Sytraval e Brink's France, referido no n.º 72, *supra*, n.º 59, e acórdão do Tribunal Geral de 12 de Dezembro de 2006, Asociación de Estaciones de Servicio de Madrid e Federación Catalana de Estaciones de Servicio/Comissão, T-95/03, Colect., p. II-4739, n.º 140).

88 Além disso, quanto à alegação da região NPDC relativa ao respeito da identidade constitucional dos Estados-Membros, há que lembrar que não se pode excluir a possibilidade de uma entidade infra-estatal dispor de um estatuto de direito e de facto que a torne suficientemente autónoma em relação ao governo central de um Estado-Membro, para que, com as medidas que adopta, seja essa entidade, e não o governo central, quem desempenha um papel fundamental na definição do contexto político e económico em que operam as empresas (acórdãos do Tribunal de Justiça de 6 de Setembro de 2006, Portugal/Comissão, C-88/03, Colect., p. I-7115, n.º 58, e de 11 de Setembro de 2008, Unión General de Trabajadores de la Rioja e o., C-428/06 a C-434/06, Colect., p. I-6747, n.º 48). Contudo, no procedimento de fiscalização dos auxílios de Estado, o papel dos interessados diferentes do Estado-Membro em causa limita-se ao acima referido no n.º 74. A esse respeito, não podem pretender uma discussão contraditória com a Comissão, como aquela que é facultada ao referido Estado-Membro (acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Setembro de 2002, Falck e Acciaierie di Bolzano/Comissão, C-74/00 P e C-75/00 P, Colect., p. I-7869, n.º 82). Esta alegação deve, portanto, ser julgada improcedente.

89 Por último, também não convence a alegação de violação do princípio da protecção da confiança legítima invocada pela região NPDC (v. n.º 64, *supra*).

90 Segundo a jurisprudência, a Comissão deve levar em conta, na condução do procedimento de investigação de um auxílio de Estado, a confiança legítima que as indicações contidas na decisão de dar início ao procedimento de investigação possam ter gerado (acórdão do Tribunal Geral de 5 de Junho de 2001, ESF Elbe-Stahlwerke Feralpi/Comissão, T-6/99, Colect., p. II-1523, n.º 126). A Comissão não deve, por conseguinte, basear a sua decisão final numa falta de apresentação de elementos que, à luz das indicações contidas na decisão de abertura, as partes interessadas não pudessem considerar útil apresentar-lhe (acórdão do Tribunal Geral de 12 de Setembro de 2007, González y Díez/Comissão, T-25/04, Colect., p. II-3121, n.º 125).

91 No caso, o considerando 18 da decisão de abertura tem a seguinte redacção:

«Nesta fase, a Comissão tem dúvidas sobre o preenchimento das condições de compatibilidade de um auxílio à reestruturação previstas nas orientações. Assim, a Comissão refere os seguintes pontos:

— as autoridades francesas não lhe apresentaram um plano de reestruturação em conformidade com os pontos 34 a 37 das orientações,

— a Comissão não foi informada das medidas compensatórias destinadas a evitar qualquer distorção excessiva da concorrência que possa ser induzida pelo auxílio (n.ºs 38-42 das orientações).»

92 A decisão de abertura contém, portanto, indicações de que a Comissão duvidava da compatibilidade das medidas em causa, tendo em conta a falta de um plano de reestruturação nos termos dos n.os 34 a 37 da Comunicação da Comissão – Orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação a empresas em dificuldade (JO 2004, C 244, p. 2, a seguir «orientações»).

93 As partes interessadas e a República Francesa sabiam, pois, que lhes cabia demonstrar a existência desse plano de reestruturação, ao qual estava sujeita a concessão do auxílio, a fim de demonstrarem a compatibilidade do auxílio concedido. Não pode, pois, haver violação do princípio da protecção da confiança legítima nesse ponto.

94 Resulta do exposto que os presentes fundamentos devem ser julgados integralmente improcedentes.

4. *Quanto ao terceiro fundamento do recurso T-267/08, relativo ao erro manifesto de apreciação por não ter sido tomada em consideração a particularidade jurídica do autor do auxílio*

a) Argumentos das partes

95 A região NPDC alega que a falta de fundamentação da concessão de um auxílio à AFR pela CAD enquanto estabelecimento público revela um erro de substância nos fundamentos da decisão recorrida. A Comissão, ao considerar erradamente que o auxílio foi concedido pelos municípios da CAD, não teve em conta a particularidade

jurídica do autor do auxílio. Não se pronunciou sobre metade do auxílio concedido, cujo modo de financiamento específico não foi examinado, apesar de os efeitos do auxílio serem indissociáveis do seu modo de financiamento.

96 A Comissão conclui pela improcedência dos argumentos da região NPDC.

b) Apreciação do Tribunal Geral

97 Refira-se, antes de mais, que, tendo a decisão original sido revogada, a recorrente não pode validamente alegar que a mesma está ferida de erro manifesto de apreciação na identificação de um dos autores dos auxílios. Por outro lado, admitindo que esse argumento fosse igualmente invocado contra a decisão recorrida, quando afirma, nomeadamente nos seus considerandos 16, 17 e 27, que a CAD era a entidade que tinha concedido um dos dois adiantamentos reembolsáveis em causa, a Comissão não cometeu nessa decisão nenhum erro manifesto de apreciação.

98 O argumento, diferente deste, de que o modo de financiamento específico do auxílio concedido pela CAD não tinha sido tomado em conta, confunde-se com a primeira parte do quarto fundamento do recurso T-267/08 e será analisado nessa sede.

99 Daí resulta que deve ser julgada improcedente a alegação de não ter sido tida em conta a particularidade jurídica da CAD.

5. *Quanto à primeira parte do quarto fundamento do recurso T-267/08, relativa a erro de apreciação quanto à origem dos fundos, e ao quarto fundamento do recurso T-279/08, relativo a erro de apreciação quanto ao conceito de recursos de Estado*

a) Argumentos das partes

100 A região NPDC adianta que a Comissão cometeu um erro de apreciação quanto à origem dos fundos em causa, que não provêm dos municípios da CAD, como afirma a Comissão na decisão original, mas sim da própria CAD, que constitui um estabelecimento público de cooperação intermunicipal. Assim, a Comissão considerou erradamente que o adiantamento concedido pela CAD provinha de recursos de Estado, apesar de as communautés d'agglomération disporem de recursos próprios. Esses recursos assentam parcialmente em contribuições obrigatórias de natureza fiscal ou parafiscal e provêm também de serviços de natureza económica prestados por esses estabelecimentos públicos.

101 A região NPDC, com base nos artigos L. 4331-1 a L. 4331-3 do code général des collectivités territoriales français (Código das Entidades Públicas Territoriais) que pormenoriza as receitas das regiões, refere que o auxílio que ela própria concedeu provém igualmente de recursos que não são exclusivamente recursos fiscais ou parafiscais.

102 A região NPDC critica igualmente a Comissão por ter inferido, na decisão recorrida, que os adiantamentos concedidos à AFR eram imputáveis ao Estado pelo simples facto de terem sido concedidos por entidades públicas territoriais. Ora, segundo a jurisprudência, a Comissão deve proceder a um exame, caso a caso, do critério de imputação, o que não fez, pois considerou que os adiantamentos em causa tinham sido concedidos pelos municípios da CAD.

103 A CAD alega que as communautés d'agglomération dispõem de uma grande variedade de recursos, entre os quais figuram receitas distintas das diversas taxas e impostos, tais como o rendimento dos seus bens, móveis e imóveis, os montantes que recebem da Administração Pública, das associações ou dos particulares, em troca de serviços prestados, e o produto dos donativos e legados que lhes são efectuados. Estas receitas, visto não resultarem de uma contribuição obrigatória imposta pela lei do Estado, não constituem recursos de Estado. A Comissão deveria ter analisado a origem dos recursos utilizados no financiamento do adiantamento reembolsável, a fim de determinar se esse adiantamento tinha sido retirado dos recursos do Estado ou dos outros recursos da CAD.

104 A CAD alega igualmente que o adiantamento reembolsável concedido não é um encargo adicional para ela, mas sim uma receita futura, pois é um empréstimo de dinheiro sujeito a reembolso e gerador de juros à taxa de 4,08 %, correspondente à taxa de referência comunitária no momento da concessão.

105 A Comissão conclui pela improcedência destes fundamentos.

b) Apreciação do Tribunal Geral

106 A título preliminar, há que lembrar que, segundo a jurisprudência, a qualificação de uma medida como auxílio, na acepção do Tratado, pressupõe que esteja preenchido cada um dos quatro critérios cumulativos estabelecidos no artigo 107.º, n.º 1, TFUE. Em primeiro lugar, deve tratar-se de uma intervenção do Estado, ou realizada mediante recursos estatais, em segundo lugar, essa intervenção deve ser susceptível de afectar as trocas comerciais entre os Estados-Membros, em terceiro lugar, deve conceder uma vantagem ao seu beneficiário e, em quarto lugar, deve falsear ou ameaçar falsear a concorrência (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Novembro de 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri, C-169/08, Colect., p. I-10821, n.º 52 e jurisprudência aí referida).

107 Com estes fundamentos, as recorrentes negam que esteja preenchido o primeiro desses critérios, segundo o qual, para poderem ser qualificadas de auxílios na acepção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, certas vantagens devem, por um lado, ser atribuídas directa ou indirectamente através de recursos do Estado e, por outro, ser imputáveis ao Estado (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 2004, Pearle e o., C-345/02, Colect., p. I-7139, n.º 35 e jurisprudência aí referida, e acórdão do Tribunal Geral de 26 de Junho de 2008, SIC/Comissão, T-442/03, Colect., p. II-1161, n.º 93 e jurisprudência aí referida).

108 Há que salientar que uma intervenção do Estado ou com recursos do Estado não tem necessariamente de ser adoptada pelo poder central do Estado-Membro em causa. Pode também provir de uma autoridade infra-estatal. Segundo jurisprudência assente, uma medida adoptada por uma entidade pública territorial, e não pelo poder central, também é susceptível de constituir um auxílio se estiverem preenchidas as condições do artigo 107.º, n.º 1, TFUE (acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 1987, Alemanha/Comissão, 248/84, Colect., p. 4013, n.º 17, e Portugal/Comissão, referido no n.º 88, *supra*, n.º 55). Por outras palavras, as medidas tomadas por entidades infra-estatais (descentralizadas, federadas, regionais ou outras) dos Estados-Membros, qualquer que seja o seu estatuto jurídico e a sua designação, caem, da mesma forma que as medidas tomadas pelo poder federal ou central, no âmbito de aplicação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, se estiverem preenchidas as condições dessa disposição (acórdão do Tribunal Geral de 6 de Março de 2002, Diputación Foral de Álava e o./Comissão, T-103/00 e T-92/00, Colect., p. II-1385, n.º 57).

109 Quanto ao conceito de recursos de Estado, há que lembrar que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o artigo 107.º, n.º 1, TFUE abrange todos os meios pecuniários que as autoridades públicas podem efectivamente utilizar para apoiar empresas, não sendo relevante que esses meios pertençam ou não, de modo permanente, ao património dessas autoridades públicas. Consequentemente, mesmo se as quantias correspondentes à medida em causa não se encontrarem de modo permanente na posse das autoridades públicas, o facto de estarem constantemente sob controlo público, e portanto à disposição das autoridades nacionais competentes, é suficiente para que sejam qualificadas de recursos de Estado (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 16 de Maio de 2000, França/Ladbroke Racing e

Comissão, C-83/98 P, Colect., p. I-3271, n.º 50, e de 16 de Maio de 2002, França/Comissão, C-482/99, Colect., p. I-4397, n.º 37).

110 Resulta da jurisprudência acima referida no n.º 108 que o facto de os adiantamentos terem sido concedidos pela região NPDC e pela CAD, portanto, por entidades públicas territoriais, e não pelo poder central, não é, só por si, susceptível de subtrair essas medidas ao âmbito de aplicação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE. Está, pois, preenchida a condição relativa à imputação das medidas em causa ao Estado.

111 Resulta ainda da jurisprudência acima referida no n.º 109 que o eventual financiamento das medidas em causa por recursos próprios da região NPDC e da CAD sem natureza fiscal ou parafiscal também não pode subtrair essas medidas à qualificação de auxílio de Estado. Com efeito, o critério determinante em matéria de recursos de Estado é o controlo público, e o artigo 107.º, n.º 1, TFUE engloba todos os meios pecuniários, quer resultem ou não de contribuições obrigatórias, que o sector público possa efectivamente utilizar para apoiar as empresas.

112 Por outro lado, improcede o argumento da CAD segundo o qual o adiantamento concedido não constitui um encargo, mas sim uma receita futura, pois é um empréstimo de dinheiro sujeito a reembolso e gerador de juros. Com efeito, os juros que uma empresa pode ter de pagar como contrapartida de um empréstimo não são susceptíveis de eliminar totalmente a vantagem de que essa empresa beneficia (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Junho de 1999, DM Transport, C-256/97, Colect., p. I-3913, n.º 21). Há efectivamente um encargo para o orçamento da CAD, uma vez que esta poderia ter beneficiado de uma taxa de rendimento mais vantajosa se tivesse emprestado essa quantia nas condições normais do mercado ou se a tivesse aplicado ou investido de outro modo. Nesse caso, o auxílio é constituído pela diferença entre os juros que teriam sido pagos se tivesse sido aplicada a taxa de juro correspondente às condições normais do mercado e os juros efectivamente pagos (acórdão do Tribunal Geral de 30 de Abril de 1998, Cityflyer Express/Comissão, T-16/96, Colect., p. II-757, n.º 53). A legalidade da apreciação feita pela Comissão quanto à existência dessa vantagem para o beneficiário do auxílio, tendo em conta a taxa de juro

praticada e a situação financeira da AFR, será, por seu turno, analisada, no âmbito do quinto fundamento do recurso T-267/08, relativo a um erro de apreciação quanto à vantagem que a AFR retirou dos adiantamentos reembolsáveis.

113 Por último, refira-se que, visto a decisão original ter sido revogada, a CAD não pode utilmente alegar que essa decisão está ferida de erro de identificação de um dos autores dos auxílios. Por outro lado, admitindo que esse argumento também se dirigisse contra a decisão recorrida na parte em que entende, nomeadamente nos seus considerandos 16, 17 e 27, que a CAD era a entidade pública que tinha concedido um dos dois adiantamentos reembolsáveis em causa, a Comissão não cometeu nenhum erro de análise do financiamento da medida em causa.

114 Resulta do exposto que há que julgar improcedente a primeira parte do quarto fundamento do recurso T-267/08, relativa a um erro de apreciação quanto à origem dos fundos, e o quarto fundamento do recurso T-279/08, relativo a um erro de apreciação quanto ao conceito de recursos de Estado.

6. *Quanto à segunda parte do quarto fundamento do recurso T-267/08, relativa a erro de qualificação da AFR como empresa em dificuldade, e quanto ao terceiro fundamento do recurso T-279/08, relativo a erro de apreciação quanto ao conceito de empresa em dificuldade*

a) Argumentos das partes

115 A região NPDC alega que a Comissão cometeu um erro de apreciação, ao qualificar a AFR como empresa em dificuldade na acepção do ponto 10, alínea a), das orientações e, a título subsidiário, do ponto 11 dessas orientações.

116 Quanto à qualificação da AFR como empresa em dificuldade na acepção do ponto 10, alínea a), das orientações, a Comissão limitou a sua análise aos resultados financeiros da AFR que constavam do quadro reproduzido no considerando 15 da decisão recorrida e que abrangia o período entre 31 de Dezembro de 2001 e 31 de Dezembro de 2004, quando o auxílio foi concedido em 4 de Julho de 2005. A Comissão não tomou em consideração os primeiros resultados positivos do plano de relançamento elaborado pela AFR, apesar de serem perceptíveis logo no primeiro semestre de 2005, no momento da concessão do adiantamento. Com efeito, o volume de negócios era de 45 milhões de euros em 31 de Dezembro de 2005, isto é, quase o dobro do volume de negócios do exercício anterior, que era de 22,7 milhões de euros. As perdas passaram de 14,3 milhões de euros, em 31 de Dezembro de 2003, para 8,1 milhões de euros, em 31 de Dezembro de 2005. Doze contratos de fornecimento foram celebrados entre 4 de Março de 2004 e 30 de Junho de 2005, no valor total de 61 608 790 euros. O montante acumulado desses contratos representava 31 805 650 euros no primeiro semestre de 2005. A Comissão não teve em conta essa dinâmica de relançamento, nem o facto de a baixa do volume de negócios do ano de 2004 resultar de uma estratégia de reposicionamento no mercado das carruagens mais técnicas com forte valor acrescentado.

117 Esse plano de reestruturação foi apresentado em pormenor à Comissão, pelas autoridades francesas, em correspondência de 24 de Outubro de 2006. Se entendesse que não estava suficientemente informada quanto ao seu conteúdo, a Comissão deveria ter pedido informações complementares sobre esse ponto, de acordo com os poderes de investigação de que dispõe nos termos do Regulamento n.º 659/1999. De um modo geral, a Comissão levou a cabo uma instrução acusatória, esforçando-se por afastar qualquer elemento susceptível de demonstrar que a AFR já não era uma empresa em dificuldade no momento da concessão dos adiantamentos reembolsáveis.

118 A região NPDC salienta que ela própria e a CAD acordaram os adiantamentos reembolsáveis em causa, em função dessa dinâmica de relançamento, como demonstram as discussões levadas a cabo nessa ocasião no seio dessas entidades. Ao declarar os adiantamentos em causa incompatíveis com as disposições do Tratado, apesar de esses adiantamentos se destinarem a apoiar a competitividade de uma empresa inovadora que desenvolvia produtos para o futuro, a decisão recorrida inobserva as perspectivas referidas pelo membro da Comissão responsável pela concorrência, quando apresentou, em 7 de Julho de 2008, o texto que passou a ser o Regulamento (CE)

n.º 800/2008 da Comissão, de 6 de Agosto de 2008, que declara certas categorias de auxílios compatíveis com o mercado comum, em aplicação dos artigos [107.º TFUE e 108.º TFUE] (Regulamento geral de isenção por categoria) (JO L 214, p. 3) (a seguir «regulamento geral de isenção por categoria»), cujos objectivos são permitir que os Estados-Membros concedam auxílios a favor do emprego, da competitividade e do ambiente, sem intervenção da Comissão.

119 A região NPDC afirma que a Comissão não procedeu a uma análise do contexto económico e concorrencial em que a AFR evoluía na altura da concessão dos adiantamentos reembolsáveis, nomeadamente as perspectivas de desenvolvimento do sector do transporte combinado acompanhado. Baseia-se, por um lado, num estudo realizado pela associação «route roulante 2006», em 8 de Setembro de 2005, que revela que a AFR poderia ser associada a um projecto de transporte combinado de pesados por via ferroviária, nomeadamente devido ao menor custo dos seus produtos, e, por outro, num estudo realizado pela AFR, que demonstrava os esforços da empresa no sentido de melhorar a qualidade técnica e os custos de fabrico dos seus produtos.

120 Além disso, a Comissão não teve em conta o facto de ter sido concedida à AFR uma subvenção no valor de 1,5 milhões de euros, pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER), em 5 de Novembro de 2004, tendo o primeiro pagamento sido feito em Novembro de 2005, o que não poderia ter acontecido se se tivesse demonstrado que a AFR tinha as características de uma empresa em dificuldade na acepção do direito da concorrência da União.

121 Segundo a região NPDC, a Comissão cometeu também um erro de apreciação, ao qualificar, a título subsidiário, a AFR como empresa em dificuldade na acepção do ponto 11 das orientações, pois não foram tidos em conta todos os indícios.

122 A região NPDC alega, por último, que a substituição da decisão original pela decisão recorrida confirma que a Comissão, no procedimento administrativo, efectuou uma

apreciação incompleta do contexto económico em que foram concedidos os adiantamentos reembolsáveis. A adopção da decisão recorrida não pode atenuar a ilegalidade que fere a decisão original, uma vez que a Comissão não procedeu a um novo exame suficientemente aprofundado e detalhado dos factos relevantes e se limitou a «colmatar» as falhas de uma análise lacunar.

123 A CAD alega que a Comissão não se deu ao trabalho de analisar o contexto económico geral em que se inscrevia a sua intervenção, caracterizado pela falência de muitas indústrias do sector metalúrgico. Salienta que a região NPDC foi classificada como zona de objectivo n.º 2 pela regulamentação aplicável aos fundos estruturais no período de 2000 a 2006, o que fazia dela uma zona com dificuldades estruturais que necessitava de apoio por meio de auxílios públicos à reconversão económica e social.

124 A CAD alega igualmente que, na época da concessão do adiantamento, a AFR revelava uma significativa actividade comercial. A AFR apresentou à CAD contratos de fornecimento correspondentes a um montante de 30 398 301 euros nesse período. Não correspondia, portanto, aos critérios de uma empresa em dificuldade.

125 As autoridades francesas instituíram e apresentaram à Comissão, em dois ofícios datados, respectivamente, de 27 de Abril e 24 de Outubro de 2006, um plano de reestruturação da empresa AFR. Esse plano assentava, nomeadamente, num reposicionamento da sociedade no mercado das carruagens mais técnicas com mais valor acrescentado. Essa estratégia explica a descida passageira do volume de negócios observada em 2004. Por outro lado, esse plano traduzia-se numa redução do défice da sociedade em 2005, num aumento do volume de negócios, que passou de 22,6 milhões de euros, em 2004, para 45 milhões de euros, em 2005, e na existência de uma carteira de encomendas superior a 70 milhões de euros, em 2006. Se não se considerasse suficientemente informada sobre essa retoma da actividade da AFR, a Comissão deveria ter pedido informações complementares sobre esse ponto, de acordo com os poderes de investigação de que dispõe ao abrigo do Regulamento n.º 659/1999. De um modo

geral, a Comissão levou a cabo uma instrução acusatória, esforçando-se por afastar qualquer elemento susceptível de demonstrar que, no momento da concessão dos adiantamentos reembolsáveis, a AFR já não era uma empresa em dificuldade.

126 Por outro lado, a decisão recorrida deveria ser confrontada com a Comunicação da Comissão sobre as orientações comunitárias sobre os auxílios estatais às empresas de transporte ferroviário (JO 2008, C 184, p. 13, a seguir «orientações sobre os auxílios de Estado às empresas ferroviárias»), que previa certas medidas destinadas a facilitar os auxílios públicos às empresas do sector ferroviário.

127 Além disso, segundo a jurisprudência francesa, só as informações mencionadas na certidão do registo comercial e das sociedades permitem determinar se uma empresa está ou não em situação de dificuldade económica.

128 A Comissão contesta o mérito dos argumentos das recorrentes.

b) Apreciação do Tribunal Geral

129 A título preliminar, diga-se que a Comissão goza de um amplo poder de apreciação, nos termos do artigo 107.º, n.º 3, TFUE (acórdãos do Tribunal de Justiça de 17 de Setembro de 1980, Philip Morris Holland/Comissão, 730/79, Colect., p. 2671, n.º 17, e de 29 de Abril de 2004, Itália/Comissão, C-372/97, Colect., p. I-3679, n.º 83).

130 Para o exercer, pode dotar-se de regras indicativas, através de actos como as orientações aplicáveis no caso concreto, desde que essas regras não se afastem das disposições do Tratado. Quando a Comissão tiver adoptado um acto desse tipo, este impõe-se-lhe (v. acórdão do Tribunal Geral de 15 de Junho de 2005, Regione autonoma della Sardegna/Comissão, T-171/02, Colect., p. II-2123, n.º 95 e jurisprudência aí referida).

131 Cabe, pois, ao juiz verificar se a Comissão respeitou as regras de que se dotou (acórdão Regione autonoma della Sardegna/Comissão, referido no n.º 130, *supra*, n.º 77).

132 Contudo, uma vez que o amplo poder de apreciação conferido à Comissão, eventualmente explicitado por regras indicativas por ela adoptadas, implica avaliações complexas a nível económico e social, o juiz exerce uma fiscalização restrita sobre elas. Limita-se a verificar o respeito das regras processuais e do dever de fundamentação, a exactidão material dos factos, a inexistência de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder (v. acórdão Regione autonoma della Sardegna/Comissão, referido no n.º 130, *supra*, n.º 78 e jurisprudência aí referida).

133 Há que lembrar que, embora, no direito da União, não exista uma definição de empresa em dificuldade, a Comissão considera, no ponto 9 das orientações, que uma empresa está em dificuldade «quando é incapaz, com os seus próprios recursos financeiros ou com os recursos que os seus proprietários/accionistas e credores estão dispostos a conceder-lhe, de suportar prejuízos que a condenam, na ausência de uma intervenção externa dos poderes públicos, ao desaparecimento quase certo a curto ou médio prazo».

134 Segundo o ponto 10, alínea a), das orientações, uma empresa será, «em princípio e independentemente da sua dimensão», considerada em dificuldade, se se tratar de uma sociedade de responsabilidade limitada, «quando mais de metade do seu capital

subscrito tiver desaparecido e mais de um quarto desse capital tiver sido perdido durante os últimos 12 meses». De acordo com o ponto 10, alínea c), das orientações, o mesmo acontece relativamente a todas as formas de sociedades, quando a empresa preencha, nos termos do direito nacional, as condições para ser objecto de um processo de falência ou de insolvência.

135 Nos termos do ponto 11 das orientações:

«Ainda que nenhuma das condições referidas no ponto 10 esteja preenchida, uma empresa pode ainda ser considerada em dificuldade, designadamente se as características habituais de uma empresa nessa situação se manifestarem, como por exemplo o nível crescente dos prejuízos, a diminuição do volume de negócios, o aumento das existências, a capacidade excedentária, a redução da margem bruta de autofinanciamento, o endividamento crescente, a progressão dos encargos financeiros e o enfraquecimento ou desaparecimento do valor do activo líquido. Nos casos mais graves, a empresa pode mesmo já ter-se tornado insolvente ou ser objecto de um processo de falência ou insolvência ao abrigo do direito nacional. Neste último caso, as presentes orientações são aplicáveis aos auxílios concedidos no âmbito de processos desse tipo, com vista a manter a empresa em actividade. De qualquer modo, a empresa só é elegível após verificação da sua incapacidade para garantir a sua recuperação com os seus recursos próprios ou com fundos obtidos junto dos seus proprietários/accionistas ou junto do mercado.»

136 No caso, a Comissão, para qualificar a AFR como empresa em dificuldade, baseou-se, a título principal, no ponto 10, alínea a), das orientações. A esse respeito, referiu que a AFR tinha capitais próprios negativos desde 2001 e que, no momento da concessão do auxílio, não tinha sido capaz de travar essa tendência e voltar a ter capitais próprios positivos. A Comissão baseou-se nos dados financeiros que constam do considerando 15 da decisão recorrida, não impugnados pelas recorrentes, que revelam que os capitais próprios da AFR eram negativos, em 31 de Dezembro de 2001, no valor de

6,6 milhões de euros, em 31 de Dezembro de 2002, no valor de 8,7 milhões de euros, em 31 de Dezembro de 2003, no valor de 23 milhões de euros, e, em 31 de Dezembro de 2004, no valor de 21,09 milhões de euros.

137 A título subsidiário, a Comissão entendeu, nos considerandos 38 e 39 da decisão recorrida, que, na época da concessão do auxílio, a AFR correspondia à definição de empresa em dificuldade, que consta do ponto 11 das orientações. Baseou-se na diminuição contínua do volume de negócios e no nível persistente das perdas da AFR. Com efeito, os dados financeiros que constam do considerando 15 da decisão recorrida, não impugnados pelas recorrentes, revelam que o volume de negócios da AFR, que era de 70 milhões de euros, em 31 de Dezembro de 2001, de 42 milhões de euros, em 31 de Dezembro de 2002, e de 42,7 milhões de euros, em 31 de Dezembro de 2003, passou para apenas 22,7 milhões de euros, em 31 de Dezembro de 2004. Esses dados revelam também que o resultado líquido da sociedade era negativo em 10 500 000 euros, em 31 de Dezembro de 2001, em 2 083 746 euros, em 31 de Dezembro de 2002, em 14 270 634 euros, em 31 de Dezembro de 2003, e em 11 589 620 euros, em 31 de Dezembro de 2004.

138 A Comissão referiu igualmente, no considerando 39 da decisão recorrida, que, em Janeiro de 2004, a AFR não tinha capacidade para pagar atempadamente determinadas dívidas sociais e fiscais, no valor de 4,3 milhões de euros, e que, consequentemente, tinha sido obrigada a pedir uma moratória e a aprovação de um plano de regularização do passivo.

139 A Comissão tomou ainda em conta, no considerando 40 da decisão recorrida, os elementos invocados pelas autoridades francesas, isto é, por um lado, os créditos concedidos à AFR (aumento do descoberto na conta corrente, concedido por um banco privado, e adiantamentos recebidos dos seus clientes) e, por outro, o facto de a AFR beneficiar de diversas garantias concedidas por uma instituição financeira. Contudo, a Comissão entendeu, em primeiro lugar, que a AFR, tendo em conta os seus capitais próprios negativos, era incapaz de superar as suas dificuldades com os seus recursos próprios, em segundo lugar, que o accionista da AFR, apesar das suas entradas para apoiar a sociedade, não tinha capacidade para assegurar sozinho a recuperação da

sua filial e, em terceiro lugar, que os créditos e as garantias acima referidos revelavam, quando muito, uma capacidade para obter créditos de montantes limitados e a curto prazo, sem permitir verificar que a AFR poderia resolver as suas dificuldades por meio de um financiamento obtido junto das fontes do mercado.

140 Por último, na decisão recorrida, a Comissão rejeitou, nos considerandos 42 e 43, o argumento de que as medidas de recuperação da AFR postas em prática a partir de 2004 tinham começado a produzir resultados positivos nos meses anteriores à concessão dos adiantamentos reembolsáveis. Com efeito, a Comissão entendeu que os resultados invocados eram modestos e aleatórios, que diziam respeito a um período relativamente curto e que não podiam ser considerados indícios sérios de uma recuperação da situação financeira da AFR, comparada com os elementos que demonstravam a existência de graves dificuldades, tais como o resultado líquido negativo e os capitais próprios negativos desde 2001.

141 Antes de mais, há que observar que foi acertadamente que a Comissão entendeu que se presumia que uma empresa que apresenta capitais próprios e um resultado líquido negativos era uma empresa em dificuldade à luz dos critérios definidos no ponto 11 das orientações.

142 Quanto aos dados que, segundo as recorrentes, deveriam ter sido tidos em conta pela Comissão, refira-se que as autoridades francesas informaram a Comissão, nos seus ofícios datados de 27 de Abril e 24 de Outubro de 2006, da adopção de medidas de reestruturação da AFR. No seu ofício de 24 de Outubro de 2006, referiram que a diminuição do volume de negócios em 2004 estava ligada à vontade de uma desvinculação do mercado das carruagens não técnicas e que a tendência era encorajadora desde 2005, com um volume de negócios de 45 milhões de euros, em 2005, e uma carteira de encomendas de valor superior a 70 milhões de euros, no final de 2006.

143 Contudo, o volume de negócios da AFR, em 31 de Dezembro de 2005, e o montante da sua carteira de encomendas, no final de 2006, são elementos posteriores à concessão dos adiantamentos em causa, que ocorreu em 4 de Julho de 2005. Ora, a jurisprudência precisa claramente que a questão de saber se uma medida constitui um auxílio na acepção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE deve ser resolvida à luz da situação existente no momento em que essa medida foi tomada. Se a Comissão tivesse em conta elementos posteriores, privilegiaria os Estados-Membros que não cumprissem a sua obrigação de notificar, na fase de projecto, os auxílios que pensassem conceder (v. acórdão Biria, referido no n.º 12, *supra*, n.º 120 e jurisprudência aí referida).

144 Por outro lado, uma melhoria da situação da empresa beneficiária ao longo do ano em que foram concedidas as medidas em causa não pode influenciar a apreciação da sua situação no momento da concessão, nomeadamente porque não se pode excluir a possibilidade de a existência dessas medidas ter podido influenciar essa evolução (acórdão Biria, referido no n.º 12, *supra*, n.ºs 148 e 170).

145 Por conseguinte, a Comissão não cometeu um erro manifesto de apreciação, ao não tomar em conta o montante do volume de negócios da AFR em 31 de Dezembro de 2005 e a sua carteira de encomendas no final de 2006.

146 Quanto aos primeiros resultados positivos das medidas de recuperação da AFR levadas a cabo a partir de 2004, invocados pelas recorrentes, a saber, a subida do volume de negócios da AFR no primeiro semestre de 2005, a diminuição das suas perdas e a execução dos contratos em curso celebrados no período de 4 de Março de 2004 a 30 de Junho de 2005, há que observar que foi com razão que a Comissão referiu, na decisão recorrida e nos articulados, que nenhum desses elementos, tendo em conta o seu carácter modesto e o facto de dizerem respeito a um período relativamente curto, era capaz de ilidir a presunção de que a AFR, apresentando capitais próprios negativos e sofrendo perdas significativas desde 2001, era uma empresa em dificuldade no momento da concessão dos adiantamentos em causa, à luz dos critérios definidos no ponto 11 das orientações. O mesmo se diga das perspectivas de desenvolvimento do transporte combinado acompanhado, invocado pela região NPDC, tendo em conta o seu carácter aleatório e incerto. Com efeito, os níveis das perdas e das dívidas

financeiras são, só por si, critérios susceptíveis de demonstrar o carácter de empresa em dificuldade [v., neste sentido, quanto às Orientações comunitárias dos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas em dificuldade de 1999 (JO 1999, C 288, p. 2), acórdãos do Tribunal Geral de 15 de Junho de 2005, Corsica Ferries France/Comissão, T-349/03, Colect., p. II-2197, n.º 191, e Biria, referido no n.º 12 *supra*, n.º 135].

147 Nestas condições, não era necessário que a Comissão, que estava em condições de se pronunciar sobre a qualificação da AFR como empresa em dificuldade com base nas informações de que dispunha, determinasse que a República Francesa lhe fornecesse outras informações (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Março de 2001, França/Comissão, referido no n.º 45, *supra*, n.º 28).

148 O argumento da região NPDC de que a Comissão não teve em conta a subvenção recebida do FEDER pela AFR em Novembro de 2005 deve também ser julgado improcedente. Com efeito, a concessão de uma subvenção pelo FEDER, decidida pelas autoridades francesas nos termos da repartição das responsabilidades entre a Comissão e os Estados-Membros resultante nomeadamente do Regulamento (CE) n.º 1260/1999 do Conselho de 21 de Junho de 1999, que estabelece disposições gerais sobre os Fundos estruturais (JO L 161, p. 1), não vincula a Comissão no que respeita à qualificação do beneficiário dessa subvenção como empresa em dificuldade à luz da regulamentação da União aplicável aos auxílios de Estado.

149 Quanto ao argumento da CAD baseado nas orientações sobre os auxílios de Estado às empresas ferroviárias, há que observar que essas orientações não são aplicáveis na presente lide, pois a AFR não corresponde à definição das empresas ferroviárias dada pelo artigo 3.º da Directiva 91/440/CEE do Conselho, de 29 de Julho de 1991, relativa ao desenvolvimento dos caminhos-de-ferro comunitários (JO L 237, p. 25).

150 Quanto ao argumento da CAD baseado na jurisprudência francesa relativa à definição de empresa em dificuldade, há que lembrar que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o ordenamento jurídico comunitário, em princípio, não pretende definir as suas qualificações inspirando-se num ordenamento jurídico nacional ou em vários deles, sem precisão expressa (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 2003, Comissão/Alemanha, C-103/01, Colect., p. I-5369, n.º 33 e jurisprudência aí referida). Ora, as orientações não contêm nenhuma referência aos ordenamentos jurídicos nacionais, excepto no que respeita à definição de processo de falência ou de insolvência, que não está aqui em causa. Assim, não há que ter em conta a jurisprudência francesa na apreciação da legalidade da qualificação da AFR como empresa em dificuldade feita pela Comissão na decisão recorrida.

151 Por outro lado, a classificação da região NPDC como zona de objectivo n.º 2 na regulamentação aplicável aos fundos estruturais no período de 2000 a 2006, invocada pela CAD, não constitui um elemento relevante que a Comissão tivesse de ter em conta, nas circunstâncias do caso, para determinar se a AFR era uma empresa em dificuldade. Segundo as orientações, o facto de uma empresa em dificuldade se situar numa região assistida é um elemento que a Comissão deve ter em conta ao apreciar a compatibilidade de um auxílio à reestruturação. Contudo, isso de modo nenhum significa que essa circunstância deva ser tida em conta na caracterização da empresa em causa como empresa em dificuldade.

152 Quanto ao argumento da região NPDC, relativo à violação do regulamento geral de isenção por categoria, há que observar que a região NPDC não indica qual a disposição desse diploma que a Comissão violou ao adoptar a decisão recorrida. Improcede, portanto, esta alegação.

153 Resulta do exposto que a Comissão não cometeu um erro manifesto de apreciação, ao qualificar a AFR como empresa em dificuldade.

154 Assim, há que julgar improcedente a segunda parte do quarto fundamento do recurso T-267/08, relativa a um erro de qualificação da AFR como empresa em dificuldade, e o terceiro fundamento do recurso T-279/08, relativo a um erro de apreciação quanto ao conceito de empresa em dificuldade.

7. *Quanto ao quinto fundamento do recurso T-267/08, relativo a um erro de apreciação quanto à alegada vantagem auferida pela AFR com os adiantamentos reembolsáveis*

a) Argumentos das partes

155 A região NPDC alega que só existe auxílio, na acepção do artigo 107.º TFUE, se a taxa praticada para o reembolso de adiantamentos não pudesse ter sido obtida em condições semelhantes no mercado do crédito pelo beneficiário dos adiantamentos. Ora, no caso, a Comissão rejeitou os elementos apresentados pelas autoridades francesas, que eram susceptíveis de demonstrar que a AFR ainda beneficiava da confiança dos bancos e dos seus clientes, no momento da concessão dos adiantamentos em causa, à luz de «produtos específicos propostos por estabelecimentos financeiros específicos», sem proceder a uma análise do mercado do crédito. Assim, não demonstrou que a AFR não teria podido obter fundos no mercado a uma taxa semelhante ou próxima da aplicada pela região NPDC ou pela CAD. Não se demonstrou, portanto, que os adiantamentos em causa tivessem conferido uma vantagem à AFR.

156 A região NPDC salienta que a Comissão não demonstrou de que modo as recorrentes não se comportaram como investidores privados no caso presente. Os adiantamentos em causa foram concedidos a fim de acompanhar o plano de relançamento da AFR, tendo em conta as suas perspectivas de desenvolvimento e de recuperação. A AFR beneficiava de créditos e de garantias, demonstrando a confiança dos seus parceiros comerciais, e a Comissão não demonstrou de que modo esses créditos e garantias não

teriam permitido à AFR recorrer ao mercado para ultrapassar as dificuldades com que se deparava.

157 A Comissão contesta o mérito dos argumentos da região NPDC.

b) Apreciação do Tribunal Geral

158 A fim de apreciar se uma medida estatal constitui um auxílio, há que determinar se a empresa beneficiária obtém uma vantagem económica que não teria obtido em condições normais de mercado (acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 1996, SFEI e o., C-39/94, Colect., p. I-3547, n.º 60; acórdãos do Tribunal Geral, Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen/Comissão, referido no n.º 74, *supra*, n.º 243, e de 3 de Março de 2010, Bundesverband deutscher Banken/ /Comissão, T-163/05, Colect., p. II-387, n.º 35).

159 Para o efeito, há que aplicar o critério, referido na decisão recorrida, baseado nas possibilidades de a empresa beneficiária obter as quantias em causa, em condições semelhantes no mercado de capitais. Em particular, há que perguntar se um investidor privado teria realizado essa operação nas mesmas condições (acórdão Cityflyer Express/Comissão, referido no n.º 112, *supra*, n.º 51).

160 No caso, refira-se que a Comissão, no considerando 28 da decisão recorrida, se baseou no facto de a AFR, tendo em conta a sua situação financeira, não poder obter esses fundos no mercado do crédito, em condições tão vantajosas como as obtidas junto das recorrentes, uma vez que os adiantamentos em causa foram concedidos sem nenhuma garantia associada ao seu reembolso, apesar de as taxas de juro aplicadas corresponderem a empréstimos «acompanhados de garantias normais». Ora, resulta

da análise da prática dos mercados financeiros, realizada em 2004 por um gabinete de auditoria por conta da Comissão (v. n.os 49 e 53, *supra*), que levou à adopção da comunicação de 2008 sobre as taxas de referência, que, numa situação com um risco análogo ao do caso presente, isto é, uma empresa em dificuldade, com um baixo nível de garantia, acrescia à taxa de referência uma majoração de 1 000 pontos de base.

161 Por outro lado, foi acertadamente que a Comissão, nos considerandos 29 a 32 da decisão recorrida, rejeitou os elementos apresentados pelas autoridades francesas para demonstrar que a AFR ainda beneficiava da confiança dos seus bancos e dos seus clientes na concessão dos adiantamentos. Com efeito, o aumento do descoberto na conta corrente concedido por um banco privado é um crédito a muito curto prazo, ao contrário dos adiantamentos em causa, que são concedidos por três anos, que nem sequer está sujeito às mesmas análises de risco feitas pelos credores. O facto de um devedor poder obter um crédito a curto prazo não permite, portanto, julgar as suas possibilidades de obter um empréstimo com um prazo de vencimento mais longo, cujo reembolso dependerá da sua capacidade de sobrevivência. Por outro lado, os adiantamentos pagos por clientes da AFR estavam sujeitos a uma contragarantia de uma instituição financeira, o que significa que esses clientes não corriam riscos ligados à situação financeira da AFR e, portanto, não tinham razão para submeter o pagamento dos adiantamentos em causa a uma análise da solidez financeira da empresa, análoga àquela a que teria procedido um credor potencial que projectasse conceder um empréstimo sem garantias.

162 Assim, resulta da decisão recorrida que a Comissão, como era seu dever, procedeu a uma análise destinada a comprovar que o beneficiário do auxílio não teria podido obter um empréstimo em condições semelhantes no mercado do crédito. Por outro lado, a região NPDC não apresentou nenhum elemento capaz de demonstrar que essa análise estava ferida de erro manifesto de apreciação.

163 Resulta do exposto que há que julgar improcedente o quinto fundamento do recurso T-267/08.

8. *Quanto ao sexto fundamento do recurso T-267/08, relativo a um erro de apreciação do montante do auxílio*

a) Quanto à primeira parte do sexto fundamento do recurso T-267/08, relativa a falta de fixação do montante do auxílio recuperável

Argumentos das partes

164 A região NPDC alega que a Comissão, quando decide ordenar a recuperação de um auxílio, tem de determinar o montante do auxílio a recuperar. A jurisprudência admite de a Comissão efectue uma avaliação aproximativa do auxílio, tendo em conta dificuldades particulares, mas essas circunstâncias serão objecto de total fiscalização do julgador da União. No caso, a Comissão incumpriu todas as suas obrigações relativas à fixação do montante do auxílio, tendo em conta a total falta de avaliação desse montante na decisão recorrida.

165 A Comissão, caso necessitasse de precisões sobre a taxa de juro em vigor no momento da atribuição do auxílio, deveria ter pedido às autoridades francesas para o obter ou intimado a República Francesa nesse sentido. Além disso, a Comissão não refere nenhuma dificuldade em particular para determinar o valor exacto do auxílio. Essas dificuldades são inexistentes, uma vez que, por um lado, um prazo de cinco anos não é excessivo para determinar com clareza as taxas em vigor no momento da atribuição do auxílio, em Julho de 2005, e que, por outro, tentar saber se uma taxa de juro é inferior ao valor do mercado não representava uma dificuldade insuperável para a Comissão.

166 A Comissão conclui pela improcedência desta parte do fundamento.

Apreciação do Tribunal Geral

167 Há que lembrar que, segundo jurisprudência assente, nenhuma disposição do direito da União exige que a Comissão, quando ordena a restituição de um auxílio declarado incompatível com o mercado comum, fixe o montante exacto do auxílio a restituir. A esse respeito, basta que a decisão da Comissão contenha indicações que permitam ao seu destinatário determinar por si próprio, sem dificuldades excessivas, esse montante (acórdãos do Tribunal de Justiça de 12 de Outubro de 2000, Espanha/Comissão, C-480/98, Colect., p. I-8717, n.º 25; de 12 de Maio de 2005, Comissão/Grécia, C-415/03, Colect., p. I-3875, n.º 39; e de 14 de Fevereiro de 2008, Comissão/Grécia, C-419/06, não publicado na Colectânea, n.º 44).

168 No caso, a decisão recorrida avalia, no seu considerando 58, o montante do auxílio de Estado constituído pelos adiantamentos reembolsáveis na diferença entre o juro efectivamente devido nos termos dos adiantamentos reembolsáveis e o juro que seria devido nos termos da taxa de referência em vigor no momento da concessão do auxílio, majorado de 800 pontos de base.

169 Estes elementos permitem à República Francesa determinar por si própria, sem dificuldades excessivas, a partir do histórico das taxas de referência que constam do sítio da Direcção Geral (DG) «Concorrência» da Comissão, o montante do auxílio declarado incompatível.

170 Daí resulta que há que julgar improcedente a primeira parte do presente fundamento.

b) Quanto à segunda parte do sexto fundamento do recurso T-267/08, relativa à errada apreciação do prémio de risco

Argumentos das partes

171 A região NPDC alega que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação no método de cálculo da taxa de que a AFR poderia ter beneficiado no mercado do crédito, avaliada na decisão original à taxa de referência em vigor no momento da concessão do auxílio, majorada de 800 pontos de base.

172 A região NPDC admite que a comunicação de 1997 sobre as taxas de referência dispõe que a taxa de referência é uma taxa mínima que pode ser aumentada em situações de risco especial, mas entende que a Comissão não apresentou nenhum elemento que justificasse que, no caso, a majoração da taxa de referência, que pode atingir «400 pontos de base e mesmo um nível superior» segundo essa comunicação, fosse o dobro do montante indicado nesse diploma.

173 Contesta a remissão que a Comissão faz, na decisão original, para a Decisão 2007/492/CE da Comissão, de 24 de Janeiro de 2007, relativa ao auxílio estatal C 38/2005 (ex NN 52/2004) concedido pela República Federal da Alemanha ao Grupo Biria (JO L 183, p. 27), para justificar a majoração de 800 pontos de base em causa. Com efeito, as situações em causa não são semelhantes, ao contrário do que afirma a Comissão. Afirma que, no processo Biria, o auxílio concedido consistia numa participação tácita num montante superior a 2 milhões de euros até ao final de 2010, isto é, uma participação a longo prazo, enquanto, nos presentes processos, está em causa um adiantamento reembolsável num montante de 2 milhões de euros cujos riscos

são partilhados entre duas entidades distintas, aliás concedido por um prazo de três anos, ou seja, a curto prazo, uma vez que a comunicação de 1997 sobre as taxas de referência define os empréstimos a médio e a longo prazo como empréstimos a cinco e a dez anos. Acresce que, no processo Biria, a empresa em causa foi considerada instável, pois tinha deliberado um plano de insolvência, ao passo que a AFR, longe de ter deliberado um plano como esse, deliberou e executou um plano de relançamento.

174 A região NPDC considera que, de qualquer forma, a Comissão não pode basear a determinação da taxa de que uma empresa poderia ter beneficiado no mercado do crédito, unicamente, numa decisão isolada, em que, de resto, os elementos de facto são diferentes da situação da AFR. Isso prejudicaria a previsibilidade e a segurança jurídica. Faria com que a decisão da Comissão nesse domínio fosse arbitrária. Sem um quadro preciso, a Comissão poderia abusar do poder discricionário que lhe é reconhecido para fixar o montante das majorações da taxa de referência, nomeadamente aplicando uma majoração suficientemente alta para que o montante do auxílio não pudesse entrar no âmbito de aplicação das regras *de minimis*.

175 Segundo a região NPDC, a própria Comissão reconheceu os defeitos do seu método de cálculo da taxa de referência e da actualização, na sua comunicação de 2008 sobre as taxas de referência, que revogou e substituiu a comunicação sobre as taxas de referência de 1997.

176 Por outro lado, a região NPDC acrescentou, em resposta a uma questão escrita do Tribunal Geral, que contestava o novo método de cálculo utilizado na decisão recorrida, pelo facto de a Comissão não ter precisado se a base de cálculo fixada era a taxa Euribor, a um ano, a taxa do mercado monetário, a três meses, ou qualquer outra base de cálculo.

177 A Comissão contesta o mérito dos argumentos da região NPDC.

Apreciação do Tribunal Geral

178 Refira-se que, com excepção do argumento constante do n.º 176, *supra*, a argumentação desenvolvida pela região NPDC na segunda parte do presente fundamento respeita ao método de cálculo exposto pela Comissão na decisão original, e não ao que consta da decisão recorrida. Com efeito, a região NPDC não reformulou esse fundamento na adaptação das suas conclusões e fundamentos consecutiva à revogação da decisão original e à adopção da decisão recorrida.

179 Ora, o método de cálculo do prémio de risco utilizado pela Comissão na decisão recorrida é diferente do que foi utilizado na decisão original. Tal como acima se refere nos n.os 49 a 55, esse método baseia-se, nomeadamente, ao contrário da decisão original, numa análise da prática dos mercados financeiros no que respeita aos prémios de risco em caso de acumulação de riscos ligados à solvabilidade da empresa e às garantias oferecidas.

180 A região NPDC indicou, em resposta a uma questão escrita do Tribunal Geral, que mantinha essa segunda parte do presente fundamento, «na medida em que a Comissão nem sempre fundamenta de forma conclusiva o acerto do método de cálculo que utiliza para avaliar os elementos do auxílio».

181 Há que observar que a argumentação da região NPDC confunde as questões de fundamentação formal e a apreciação de mérito. O dever de fundamentação constitui uma formalidade essencial que se deve distinguir da questão da legalidade substantiva

do acto controvertido, segundo a jurisprudência acima referida no n.º 45. Ora, a suficiência da fundamentação foi referida na análise do primeiro fundamento do recurso T-267/08 e do segundo fundamento do recurso T-279/08.

182 Quanto ao argumento da região NPDC constante do n.º 176, *supra,* segundo o qual a base de cálculo não foi precisada na decisão recorrida, há que observar que a base de cálculo fixada, isto é, a taxa de referência aplicável, é determinada com clareza e precisão nas comunicações de 1997 e de 2008 sobre as taxas de referência, ambas publicadas no Jornal Oficial, para as quais remete a decisão recorrida. A comunicação de 1997 sobre as taxas de referência, aplicável à data da concessão dos adiantamentos e até 1 de Julho de 2008, precisa, assim, que a taxa de referência é reputada igual à média das taxas indicadoras registadas nos meses de Setembro, Outubro e Novembro anteriores, que é ajustada ao longo do ano quando se afasta mais de 15 % da média das taxas indicadoras registadas nos últimos três meses conhecidos, sendo a própria taxa indicadora definida, para a França, como a taxa *swap* interbancária, a cinco anos, majorada de um prémio de 0,75 pontos (75 pontos de base). A comunicação de 2008 sobre as taxas de referência, aplicável desde 1 de Julho de 2008, precisa que a taxa de base assenta nas taxas IBOR, a um ano, e determina, precisamente, as modalidades de actualização dessa taxa. Por outro lado, o histórico das taxas de referência, que, como recordado no n.º 169, *supra,* consta do sítio da DG «Concorrência» da Comissão, permite determinar facilmente qual a taxa de referência aplicável ao caso. A presente alegação deve, portanto, ser julgada improcedente.

183 Improcede, portanto, a segunda parte do presente fundamento.

184 Daí resulta que há que julgar integralmente improcedente o sexto fundamento do recurso T-267/08, relativo à falta de fixação do montante do auxílio recuperável.

9. *Quanto ao sétimo fundamento do recurso T-267/08, relativo a violação dos direitos de defesa no processo contencioso e a desvio de poder*

a) Argumentos das partes

185 A região NPDC alega que a Comissão aproveitou a adopção da decisão recorrida para fundamentar a sua análise, introduzir sub-repticiamente elementos complementares e, assim, responder aos articulados que ela apresentou no processo contencioso. Ao incluir novos elementos relativos às medidas de recuperação previstas pela AFR e ao método de cálculo do montante do auxílio na decisão recorrida, a Comissão pretende deixar sem efeito o recurso interposto pela região NPDC, o que constitui uma violação dos direitos de defesa e um desvio de poder.

186 A Comissão conclui pela improcedência do presente fundamento.

b) Apreciação do Tribunal Geral

187 Segundo a região NPDC, a Comissão, ao incluir novos elementos na decisão recorrida, destinados a responder aos seus articulados, pretende deixar sem efeito o seu recurso, o que constitui uma violação dos direitos de defesa no processo contencioso e um desvio de poder.

188 Há que analisar preliminarmente a legalidade da revogação a que a Comissão procedeu.

189 A este propósito, é útil recordar a jurisprudência em matéria de actos administrativos que conferem direitos subjectivos ou vantagens semelhantes ao destinatário. O Tribunal de Justiça reconheceu às instituições comunitárias, sem prejuízo da protecção da confiança legítima e do princípio da segurança jurídica (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Janeiro de 2002, Conserve Italia/Comissão, C-500/99 P, Colect., p. I-867, n.º 90 e jurisprudência aí referida), e na condição de essa revogação ocorrer num prazo razoável (acórdão do Tribunal Geral de 12 de Setembro de 2007, González y Díez/Comissão, T-25/04, Colect., p. II-3121, n.º 97), o direito de revogarem, com fundamento na ilegalidade que a afecta, uma decisão que tenha conferido um benefício ao seu destinatário.

190 Esse direito de revogar uma decisão ilegal deve, por maioria de razão, ser reconhecido às instituições da União, no caso de um acto não gerador de direitos ferido de ilegalidade, como acontece com a decisão recorrida. Com efeito, no caso, as considerações relativas à protecção da confiança legítima e dos direitos adquiridos do destinatário da decisão não se opõem à revogação (v., neste sentido, acórdão do Tribunal Geral de 10 de Julho de 1997, AssiDomän Kraft Products e o./Comissão, T-227/95, Colect., p. II-1185, n.º 41). Refira-se ainda que a Comissão fundamentou suficientemente a revogação nos considerandos 8 a 12 da decisão recorrida.

191 A Comissão podia, portanto, revogar a decisão original.

192 Quanto à junção de elementos novos na decisão recorrida, há que observar, no que respeita aos relativos às medidas de recuperação adoptadas pela AFR, que essa junção visa, por parte da Comissão, responder de forma mais detalhada que na decisão original a argumentos apresentados pelas recorrentes no seu recurso contencioso.

Essa consideração de argumentos apresentados pelas próprias recorrentes não pode constituir uma violação dos direitos de defesa no processo contencioso.

193 No que respeita à nova fundamentação relativa ao método de cálculo do prémio de risco, há que observar que é verdade que não foi sujeita a contraditório no processo contencioso relativo à decisão original. Em contrapartida, foi sujeita a contraditório no Tribunal Geral, pois as recorrentes foram convidadas a apresentar as suas observações sobre a decisão recorrida. De resto, essa discussão permitiu a uma das duas recorrentes, a CAD, suscitar uma alegação relativa à legalidade da nova fundamentação, que foi acima analisada nos n.os 49 a 55. Foi, portanto, respeitado o princípio do contraditório no Tribunal Geral.

194 Daí resulta que a alegação de violação dos direitos de defesa no processo contencioso deve ser julgada improcedente.

195 A região NPDC alega também que a introdução de novos elementos na decisão recorrida se destina a deixar sem efeito o seu recurso e constitui um desvio de poder.

196 Segundo a jurisprudência, o conceito de desvio de poder refere-se ao facto de uma autoridade administrativa ter usado os seus poderes para fim diferente daquele para o qual lhe foram concedidos (acórdãos do Tribunal de Justiça de 13 de Novembro de 1990, Fedesa e o., C-331/88, Colect., p. I-4023, n.º 24, e de 10 de Maio de 2005, Itália/Comissão, C-400/99, Colect., p. I-3657, n.º 38). Uma decisão só está ferida de desvio de poder, se se verificar, com base em indícios objectivos, relevantes e concordantes, ter sido tomada para esse fim (v. acórdão do Tribunal Geral de 9 de Setembro de 2010,

Evropaïki Dynamiki/Comissão, T-387/08, não publicado na Colectânea, n.º 159 e jurisprudência aí referida).

197 No caso, a região NPDC não apresentou nenhum elemento susceptível de demonstrar que a Comissão usou o seu poder de revogação e de adopção de uma nova decisão para fins diferentes dos de corrigir uma ilegalidade que afectava a decisão original e de decidir sobre a existência de um auxílio de Estado e da sua compatibilidade com o mercado comum.

198 Improcede, pois, a alegação de desvio de poder.

199 Daí resulta que o presente fundamento deve ser julgado integralmente improcedente.

200 Resulta do exposto que os presentes recursos devem ser julgados improcedentes.

Quanto às despesas

201 O artigo 87.º do Regulamento de Processo dispõe, no seu n.º 2, primeiro parágrafo, que a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido, e, no seu n.º 3, primeiro parágrafo, que, perante circunstâncias excepcionais, o Tribunal pode determinar que as despesas sejam repartidas entre as partes ou que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas.

202 No caso, há que assinalar que a Comissão não pediu a condenação das recorrentes nas despesas.

203 Por outro lado, há que observar que a Comissão reconheceu que a decisão original, inicialmente visada pelos presentes recursos, era ilegal, por insuficientemente fundamentada, e que por isso a revogou.

204 Nestas circunstâncias, há que decidir que todas as despesas serão suportadas pela Comissão, com excepção das despesas efectuadas pelas recorrentes depois da notificação da decisão de revogação da decisão original, que serão por elas suportadas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Oitava Secção)

decide:

1) Deixa de ser necessário o conhecimento de mérito dos pedidos de anulação da Decisão C (2008) 1089 final da Comissão, de 2 de Abril de 2008, relativa ao auxílio estatal C 38/07 (ex NN 45/07) concedido pela França a favor da Arbel Fauvet Rail SA.

2) Nega-se provimento aos recursos.

3) A Comissão Europeia é condenada nas despesas, com excepção das despesas efectuadas pela Région Nord-Pas-de-Calais e pela Communauté d'agglomération du Douaisis depois de lhes ser comunicada a Decisão C (2010) 4112 final da Comissão, de 23 de Junho de 2010, relativa ao auxílio estatal C 38/07 (ex NN 45/07) concedido pela França a favor da Arbel Fauvet Rail, que revogou a Decisão C (2008) 1089 final.

Truchot Martins Ribeiro Kanninen

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 12 de Maio de 2011.

Assinaturas

Índice

Factos na origem dos litígios ..... II - 2007

Tramitação do processo e novos desenvolvimentos na pendência da instância ..... II - 2009

Pedidos das partes ..... II - 2011

Questão de direito ..... II - 2012

A — Quanto às consequências processuais da revogação da decisão original e da sua substituição pela decisão recorrida ..... II - 2012

B — Quanto ao pedido de anulação da decisão recorrida ..... II - 2013

1. Quanto à admissibilidade do quinto fundamento do recurso T-279/08 ..... II - 2014

a) Argumentos das partes ..... II - 2014

b) Apreciação do Tribunal Geral ..... II - 2015

2. Quanto ao primeiro fundamento do recurso T-267/08 e quanto ao segundo fundamento do recurso T-279/08, relativos à violação do dever de fundamentação ..... II - 2017

a) Argumentos das partes ..... II - 2017

b) Apreciação do Tribunal Geral ..... II - 2018

Quanto ao primeiro fundamento do recurso T-267/08 ..... II - 2020

Quanto ao segundo fundamento do recurso T-279/08 ..... II - 2020

— Quanto à primeira parte, relativa a insuficiência de fundamentação do método de cálculo do montante do auxílio .. II - 2021

— Quanto à segunda parte, relativa a falta de fundamentação resultante da análise «global e solidária» dos adiantamentos concedidos à AFR ..... II - 2024

3. Quanto ao segundo fundamento do recurso T-267/08, relativo à violação dos direitos de defesa e dos princípios do contraditório, da igualdade, da boa administração, do respeito da identidade constitucional dos Estados-Membros e da protecção da confiança legítima, e quanto ao primeiro fundamento do recurso T-279/08, relativo à violação dos direitos de defesa e do princípio do contraditório ..... II - 2026

a) Argumentos das partes ..... II - 2026

b) Apreciação do Tribunal Geral ..... II - 2028

4. Quanto ao terceiro fundamento do recurso T-267/08, relativo ao erro manifesto de apreciação por não ter sido tomada em consideração a particularidade jurídica do autor do auxílio ..... II - 2036

a) Argumentos das partes ..... II - 2036

b) Apreciação do Tribunal Geral ..... II - 2037

5. Quanto à primeira parte do quarto fundamento do recurso T-267/08, relativa a erro de apreciação quanto à origem dos fundos, e ao quarto fundamento do recurso T-279/08, relativo a erro de apreciação quanto ao conceito de recursos de Estado ..... II - 2038

a) Argumentos das partes ..... II - 2038

b) Apreciação do Tribunal Geral ..... II - 2039

6. Quanto à segunda parte do quarto fundamento do recurso T-267/08, relativa a erro de qualificação da AFR como empresa em dificuldade, e quanto ao terceiro fundamento do recurso T-279/08, relativo a erro de apreciação quanto ao conceito de empresa em dificuldade ..... II - 2042

a) Argumentos das partes ..... II - 2042

b) Apreciação do Tribunal Geral ..... II - 2046

7. Quanto ao quinto fundamento do recurso T-267/08, relativo a um erro de apreciação quanto à alegada vantagem auferida pela AFR com os adiantamentos reembolsáveis ..... II - 2054

a) Argumentos das partes ..... II - 2054

b) Apreciação do Tribunal Geral ..... II - 2055

8. Quanto ao sexto fundamento do recurso T-267/08, relativo a um erro de apreciação do montante do auxílio ..... II - 2057

a) Quanto à primeira parte do sexto fundamento do recurso T-267/08, relativa a falta de fixação do montante do auxílio recuperável ..... II - 2057

Argumentos das partes ..... II - 2057

Apreciação do Tribunal Geral ..... II - 2058

b) Quanto à segunda parte do sexto fundamento do recurso T-267/08, relativa à errada apreciação do prémio de risco ..... II - 2059

Argumentos das partes ..... II - 2059

Apreciação do Tribunal Geral ..... II - 2061

9. Quanto ao sétimo fundamento do recurso T-267/08, relativo a violação dos direitos de defesa no processo contencioso e a desvio de poder ..... II - 2063

a) Argumentos das partes ..... II - 2063

b) Apreciação do Tribunal Geral ..... II - 2063

Quanto às despesas ..... II - 2066