



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PAOLO MENGOLZI
apresentadas em 20 de julho de 2017¹

Processo C-127/16 P

**SNCF Mobilités, anteriormente Société nationale des chemins de fer français (SNCF)
contra**

Comissão Europeia

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Auxílios executados pela República Francesa a favor da Sernam — Auxílios à reestruturação e recapitalização, garantias e perdão de créditos pela SNCF à Sernam — Venda de ativos em bloco — Critério do investidor privado — Aplicabilidade — Medidas compensatórias»

Índice

I. Antecedentes do litígio	4
II. Processo no Tribunal Geral e acórdão recorrido	5
III. Processo no Tribunal de Justiça e pedidos das partes	6
IV. Análise jurídica	6
A. Resumo introdutório: da Decisão Sernam 1 à Decisão Sernam 3	7
B. Quanto ao Recurso	11
1. Quanto ao primeiro fundamento, relativo a erros de direito, a uma fundamentação insuficiente e a uma desvirtuação do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2	11
a) Quanto às primeira e terceira partes do primeiro fundamento	11
1) Acórdão recorrido	11
2) Síntese da argumentação das partes	12
i) Quanto à primeira parte do primeiro fundamento	12

¹ Língua original: francês.

ii) Quanto à terceira parte do primeiro fundamento	13
3) Análise	13
b) Quanto à segunda parte do primeiro fundamento	17
1) Acórdão recorrido	17
2) Resumo da argumentação das partes	17
3) Análise	17
2. Quanto ao segundo fundamento, relativo a um erro de direito na medida em que o Tribunal Geral concluiu erradamente que a proposta apresentada pela equipa de direção não podia ser considerada resultante de um processo aberto e transparente	18
a) Acórdão recorrido	18
b) Resumo da argumentação das partes	18
c) Análise	19
3. Quanto ao terceiro fundamento, relativo a uma desvirtuação dos factos e a um erro de direito na medida em que o Tribunal Geral considerou erradamente que a proposta da equipa de direção da Sernam era muito mais desfavorável ao vendedor do que as propostas não vinculativas dos outros candidatos	21
a) Acórdão recorrido	21
b) Resumo da argumentação das partes	22
c) Análise	22
4. Quanto ao quarto fundamento, relativo a um erro de direito, a uma fundamentação insuficiente e a uma contradição de fundamentos, na medida em que o Tribunal Geral decidiu que a Comissão não fizera qualquer confusão entre o objeto e o preço da venda dos ativos da Sernam	23
a) Acórdão recorrido	23
b) Resumo da argumentação das partes	23
c) Análise	24
5. Quanto ao quinto fundamento, relativo a um erro de direito e a uma desvirtuação do dispositivo da Decisão Sernam 2 na medida em que o Tribunal Geral considerou que a inscrição no passivo da liquidação da Sernam da obrigação de recuperação do auxílio de 41 milhões de euros não estava em conformidade com o artigo 4.º da Decisão Sernam 2	25
a) Acórdão recorrido	25
b) Resumo da argumentação das partes	27
c) Análise	29
1) Quanto ao objeto da transferência	30

2) Quanto à identidade dos acionistas	30
3) Quanto ao momento da transferência	31
4) Quanto à lógica económica da operação	31
5) Quanto ao preço da transferência	31
6) Conclusão quanto ao quinto fundamento	32
6. Quanto ao sexto fundamento, relativo a um erro de direito, a uma fundamentação insuficiente e a uma desvirtuação dos factos na medida em que o Tribunal Geral decidiu que o princípio do investidor privado não era aplicável à cessão de ativos da Sernam em bloco	32
a) Acórdão recorrido	32
b) Quanto à primeira parte do sexto fundamento	34
1) Resumo da argumentação das partes	34
2) Análise	34
c) Quanto à segunda parte do sexto fundamento	35
1) Resumo da argumentação das partes	35
2) Análise	36
d) Quanto à terceira parte do sexto fundamento	38
1) Resumo da argumentação das partes	38
2) Análise	40
e) Conclusão quanto ao sexto fundamento	42
7. Quanto aos argumentos invocados pela Comissão relativos à admissibilidade do recurso na primeira instância	42
V. Quanto às despesas	43
VI. Conclusão	43

1. Através do presente recurso, a SNCF Mobilités (a seguir «SNCF»)² pede a anulação do acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 17 de dezembro de 2015, SNCF/Comissão³ (a seguir «acórdão recorrido»), no qual este nega provimento ao seu recurso de anulação da Decisão 2012/398/UE da Comissão, de 9 de março de 2012, relativa ao auxílio estatal n.º SA.12522 (C 37/08) — França — Aplicação da Decisão «Sernam 2» (a seguir «Decisão Sernam 3»)⁴.

² Para mais informações sobre a recorrente, v. n.º 1 do acórdão recorrido.

³ T-242/12, EU:T:2015:1003.

⁴ JO 2012, L 195, p. 19.

I. Antecedentes do litígio

2. Por decisão adotada em 23 de maio de 2001⁵ (a seguir «Decisão Sernam 1»), a Comissão Europeia autorizou, sob determinadas condições, um auxílio à reestruturação no montante total de 503 milhões de euros a favor da Sernam⁶.

3. Através de uma segunda decisão, adotada em 2004⁷ (a seguir «Decisão Sernam 2»), a Comissão concluiu que determinadas condições impostas pela Decisão Sernam 1 não tinham sido respeitadas, o que constituía uma utilização abusiva do auxílio autorizado.

4. Neste contexto, por um lado, declarou que, desde que fossem respeitadas novas condições, o auxílio de 503 milhões de euros aprovado pela Decisão Sernam 1 era compatível com o mercado interno, sob reserva das condições definidas nos artigos 3.º e 4.º da Decisão Sernam 2. Por outro lado, salientou a existência de um auxílio suplementar de 41 milhões de euros que era incompatível com o mercado comum e que devia, por isso, ser recuperado pelas autoridades francesas.

5. Utilizando a possibilidade conferida pelo artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2⁸, a SNCF optou por vender os ativos da Sernam em bloco. De acordo com as autoridades francesas, a situação económica da Sernam não permitiu obter propostas de valorização positiva no quadro do concurso levado a cabo por um terceiro por conta da SNCF. Todas as propostas apresentadas no âmbito deste processo implicavam um valor fortemente negativo e não foi apresentada nenhuma proposta firme. Foi então tomada a decisão de prosseguir as discussões unicamente com o consórcio formado pelo candidato n.º 5, associado à equipa de direção da Sernam. Em 15 de junho de 2005, o candidato n.º 5 veio finalmente comunicar oralmente à SNCF a sua incapacidade apresentar uma proposta de aquisição, mesmo condicional, antes de 30 de junho de 2005.

6. Em 30 de junho de 2005, a SNCF tomou então a decisão de vender os ativos da Sernam em bloco à equipa de direção da Sernam. Em 15 de dezembro de 2005, na sequência dessa cessão, a Sernam foi objeto de liquidação judicial. A dívida de 41 milhões de euros, correspondente ao auxílio de Estado a reembolsar por força do artigo 1.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2, foi inscrita no passivo da liquidação da Sernam. Desse montante, a SNCF conseguiu efetivamente recuperar 2,75 milhões de euros na sequência do processo de liquidação.

7. Na sequência de queixas apresentadas por concorrentes em 24 de junho de 2005, 10 de abril de 2006 e 23 de abril de 2007, que alegavam que a Decisão Sernam 2 fora incorreta e abusivamente aplicada, a Comissão, por carta de 16 de julho de 2008⁹, informou a República Francesa da sua decisão de iniciar o procedimento formal de investigação previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE, o qual levou à adoção da Decisão Sernam 3, em 9 de março de 2012, comunicada às autoridades francesas em 26 de março de 2012.

8. Na Decisão Sernam 3, a Comissão considerou que a cessão dos ativos da Sernam em bloco não respeitara as condições estabelecidas na Decisão Sernam 2 e que o auxílio incompatível de 41 milhões de euros não fora recuperado. Concluiu que o auxílio de Estado no montante de 503 milhões de euros, aprovado sob determinadas condições pela Decisão Sernam 2, fora executado de forma abusiva e era,

5 Decisão n.º D/288742, relativa ao auxílio de Estado NN 122/2000 (ex NJ 140/00) — França - Auxílio à reestruturação da SCS SERNAM pela SNCF.

6 Para mais informações sobre a Sernam e a sua evolução, v. n.ºs 1 e segs., n.ºs 20 e 21 do acórdão recorrido. Em virtude das várias designações da Sernam ao longo do procedimento administrativo (Sernam SCS, Sernam SA), nas presentes conclusões referir-me-ei, por comodidade, genericamente à «Sernam».

7 Decisão 2006/367/CE, de 20 de outubro de 2004, relativa ao auxílio estatal parcialmente executado pela França a favor da empresa Sernam (JO 2006, L 140, p. 1).

8 Cuja redação é reproduzida no n.º 22 das presentes conclusões.

9 Quanto à decisão de dar início ao procedimento, v. JO 2009, C 4, p. 5.

por isso, incompatível com o mercado interno¹⁰. Além disso, a Comissão, considerou que as medidas executadas pela SNCF para realizar essa cessão, em especial a recapitalização no montante de 57 milhões de euros correspondente ao preço negativo dos ativos da Sernam em bloco e a alegada «remissão de dívidas» de 38,5 milhões de euros, constituíam novos auxílios estatais incompatíveis com o mercado interno¹¹.

9. Os artigos 1.º e 2.º da Decisão Sernam 3 têm a seguinte redação:

«Artigo 1.º

1. Os auxílios estatais num montante de *503 milhões de euros* concedidos pela França à Sernam SCS (que passou a ser Sernam SA) e aprovados pela Comissão através da Decisão [Sernam 2] foram executados de forma abusiva. Tais auxílios são incompatíveis com o mercado interno. Os referidos auxílios beneficiaram igualmente a Sernam Xpress, bem como a Financière Sernam e as suas filiais, Sernam Services e Aster.

2. O auxílio estatal num montante de 41 milhões de euros, concedido pela França à Sernam SCS e declarado incompatível pela Decisão Sernam 2, beneficiou igualmente a Sernam Xpress, bem como a Financière Sernam e as suas filiais, nomeadamente a Sernam Services e a Aster.

3. A recapitalização de 57 milhões de euros da Sernam SA realizada pela SNCF, a remissão de dívidas da Sernam SA operada pela SNCF num montante de 38,5 milhões de euros e as garantias concedidas pela SNCF no momento da transferência das atividades da Sernam SA para a Financière Sernam, com exceção da garantia concedida aos trabalhadores ferroviários, constituem auxílios estatais incompatíveis com o mercado interno.

Artigo 2.º

1. A França deve recuperar os auxílios referidos no artigo 1.º junto da Financière Sernam e das suas filiais, Sernam Services e Aster.

[...]»

10. Em 4 de abril de 2012, a Comissão, a pedido da República Francesa, concluiu que não havia continuidade económica entre o grupo Sernam e os potenciais adquirentes - constituídos por sociedades dos grupos Geodis, pertencente à SNCF, e BMV - de uma parte dos seus ativos e que, consequentemente, não se devia estender à Geodis e à BMV a obrigação de recuperação dos auxílios declarados ilegais e incompatíveis pela Decisão Sernam 3.

11. Em 13 de abril de 2012, a Financière Sernam e a Sernam Services foram objeto de liquidação judicial e, no mesmo dia, a Geodis apresentou uma proposta e foi designada adquirente dos ativos do grupo Sernam.

II. Processo no Tribunal Geral e acórdão recorrido

12. Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 4 de junho de 2012, a recorrente interpôs um recurso de anulação da Decisão Sernam 3.

10 A Sernam SCS (que passou a ser Sernam SA), a Sernam Xpress, a Financière Sernam, bem como a Sernam Services e a Aster, suas filiais, foram igualmente consideradas beneficiárias do auxílio: v. artigo 1.º, n.º 1, da Decisão Sernam 3.

11 V. artigo 1.º, n.º 3, da Decisão Sernam 3. Para uma descrição do processo de cessão, v. n.º 22 do acórdão recorrido.

13. Em apoio do seu pedido, a recorrente invocou seis fundamentos. O primeiro era relativo a uma violação dos seus direitos de defesa. O segundo fundamento dizia respeito à violação do princípio da proteção da confiança legítima. O terceiro fundamento era relativo à violação da obrigação de respeito de um prazo razoável e do princípio da segurança jurídica. O quarto fundamento dizia respeito a erros de direito e de facto cometidos pela Comissão ao considerar que a cessão dos ativos da Sernam em bloco não respeitara as condições estabelecidas no artigo 3.º, n.º 2, da decisão Sernam 2. O quinto fundamento era relativo a um erro de direito cometido pela Comissão ao considerar que a obrigação de recuperação do auxílio de Estado de 41 milhões de euros, declarado incompatível pela decisão Sernam 2, fora transferida para a Financière Sernam e para as suas filiais. O sexto fundamento dizia respeito a um erro de direito cometido pela Comissão ao considerar que as medidas previstas no protocolo de acordo de 21 de julho de 2005, relativo à cessão dos ativos da Sernam em bloco, constituíam novos auxílios de Estado a favor da Sernam Xpress - Financière Sernam.

14. Sem se pronunciar, no acórdão recorrido, sobre a admissibilidade do recurso, e apesar de ter julgado procedente a segunda parte do quarto fundamento¹², o Tribunal Geral negou provimento ao referido recurso.

III. Processo no Tribunal de Justiça e pedidos das partes

15. Em 26 de fevereiro de 2016, a recorrente interpôs um recurso contra o acórdão recorrido. A SNFC pede que o Tribunal de Justiça se digne declarar o recurso admissível e dar-lhe provimento e, consequentemente, anular o acórdão recorrido e condenar a Comissão Europeia nas despesas. Na sua resposta ao recurso, a Comissão pede que o Tribunal de Justiça julgue o recurso improcedente e condene a recorrente nas despesas do processo. As sociedades Mory SA e Mory Team, intervenientes em apoio da Comissão no processo no Tribunal Geral, pedem também, conjuntamente, que o Tribunal de Justiça se digne julgar o recurso improcedente e condenar a recorrente nas despesas.

16. A recorrente, a Comissão, bem como a Mory SA e a Mory Team, apresentaram alegações e responderam às questões do Tribunal de Justiça na audiência realizada em 9 de março de 2017.

IV. Análise jurídica

17. Em apoio do seu recurso, a recorrente invoca seis fundamentos: o primeiro é relativo a um erro de direito, a uma fundamentação insuficiente e a uma desvirtuação do disposto no artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2. O segundo é relativo a um erro de direito na medida em que o Tribunal Geral considerou que os princípios de abertura e de transparência previstos no artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 exigiam que o candidato selecionado tivesse participado enquanto tal, e de forma autónoma, no procedimento desde o início. O terceiro é relativo a uma desvirtuação dos factos e a um erro de direito na medida em que o Tribunal Geral considerou que a proposta da equipa de direção da Sernam era muito mais desfavorável ao vendedor do que as propostas não vinculativas dos outros candidatos. O quarto é relativo a um erro de direito, a uma insuficiência e a uma contradição de fundamentos na medida em que o Tribunal Geral considerou que a Comissão não fizera qualquer confusão entre o objeto e o preço da venda em bloco dos ativos da Sernam. O quinto fundamento é relativo a um erro de direito e a uma desvirtuação do dispositivo da Decisão Sernam 2 na medida em que o Tribunal Geral considerou que a inscrição do crédito correspondente ao montante do auxílio de 41 milhões de euros no passivo da liquidação da Sernam S.A. não estava em conformidade com o

12 De facto, o Tribunal Geral considerou errado o raciocínio seguido pela Comissão de que, uma vez que o preço da transferência da Sernam era negativo, não houvera venda, bem como a conclusão a que a Comissão chegara de que o artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 não fora respeitado (v. n.ºs 94 e segs. do acórdão recorrido).

artigo 4.º da Decisão Sernam 2. O sexto fundamento é relativo a um erro de direito, a uma fundamentação insuficiente e a uma desvirtuação dos factos na medida em que o Tribunal Geral considerou que o princípio do investidor privado não era aplicável à cessão dos ativos em bloco da Sernam.

A. Resumo introdutório: da Decisão Sernam 1 à Decisão Sernam 3

18. Para melhor compreender o alcance do presente recurso, há que recordar, um pouco mais pormenorizadamente, a génese do presente litígio.

19. Através da sua Decisão Sernam 1, a Comissão pronunciou-se sobre o plano de reestruturação da empresa Sernam que fora submetido à sua apreciação pela República Francesa. Após a sua análise, a Comissão concluiu pela existência, nesse plano, de auxílios de Estado compatíveis com o Tratado CE (mais concretamente, as medidas do referido plano que diziam respeito à assistência comercial e à recuperação da Sernam).

20. Embora o plano de reestruturação não tenha podido ser executado nas condições descritas pela República Francesa na Decisão Sernam 1, o que, além disso, levou ao pagamento pela SNCF à Sernam do montante de 41 milhões de euros devido ao atraso da associação relacionado com a anulação do protocolo de acordo entre o adquirente indicado e a SNCF¹³, a Comissão analisou as condições de execução dos auxílios a favor da Sernam na sequência da Decisão Sernam 1.

21. Após ter constatado que a República Francesa pagara o montante de 503 milhões de euros em condições diferentes das aprovadas na decisão Sernam¹⁴, a Comissão concluiu, no entanto, tendo em conta o conjunto das circunstâncias e sob reserva de determinadas condições, que esse montante era compatível com o Tratado, ao passo que o auxílio de 41 milhões de euros pago ilegalmente à Sernam era, por seu turno, incompatível e devia ser recuperado¹⁵. O auxílio de Estado a favor da Sernam no montante de 503 milhões de euros podia ser considerado compatível com o Tratado na condição de que 1) a Sernam apenas expandisse a sua atividade de expedição de encomendas por via ferroviária e a SNCF garantisse que seriam oferecidas a qualquer outro operador que o solicitasse as mesmas condições que oferecia à Sernam para a atividade de transporte ferroviário de mercadorias [artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da Decisão Sernam 2] e 2) a Sernam substituisse integralmente os seus meios próprios e serviços de transporte rodoviário por meios e serviços de transporte rodoviário de uma ou várias empresas jurídica e economicamente independentes da SNCF e selecionadas por um processo aberto, transparente e não-discriminatório [artigo 3.º, n.º 1, alínea b), da Decisão Sernam 2]. Decorre da fundamentação da Decisão Sernam 2 que, tendo em conta a utilização abusiva e o prolongamento da duração do plano de reestruturação em relação ao que estava previsto na Decisão Sernam 1, a Comissão esperava que a Sernam oferecesse uma contrapartida específica, retirando-se dos segmentos de mercado com excesso de capacidade, a fim de que a aprovação de parte do auxílio em questão se pudesse justificar¹⁶. Tratava-se, além disso, de evitar que uma empresa que deveria ter cessado as suas atividades devido às suas notórias dificuldades continuasse a ocupar artificialmente uma parte de mercados extremamente disputados, em detrimento de empresas concorrentes com uma situação financeira sólida¹⁷. Consequentemente, a Comissão considerou que «a Sernam se [devia] desligar da atividade nos segmentos de mercado com excesso de capacidade, ou seja, no caso concreto, o segmento da gruppagem/serviço de entregas clássico por via rodoviária»¹⁸. Contudo, em caso de venda

13 V. considerandos 70 e 179 da Decisão Sernam 2.

14 V. considerando 225 da Decisão Sernam 2. Quanto à evolução da situação entre a Decisão Sernam 1 e a Decisão Sernam 2, v. quadro reproduzido no considerando 223 da Decisão Sernam 2.

15 Devido ao facto de ser uma consequência direta da utilização abusiva do auxílio inicial: v. considerando 179 da Decisão Sernam 2. Quanto à obrigação de recuperação do auxílio de 41 milhões, v., igualmente, artigo 4.º, segunda frase, da Decisão Sernam 2.

16 V. considerando 208 da Decisão Sernam 2.

17 V. considerando 209 da Decisão Sernam 2.

18 Considerando 210 da Decisão Sernam 2.

dos ativos da Sernam em bloco, ao preço de mercado, a uma sociedade sem vínculo jurídico com a SNCF, por meio de um processo transparente e aberto, as condições relativas à retirada da Sernam dos segmentos com excesso de capacidade deixariam de se aplicar¹⁹ uma vez que, em tal configuração, a Comissão considerava que a Sernam deixaria de exercer atividades sob a sua forma jurídica e teria libertado as suas quotas²⁰.

22. Para a análise a que iremos proceder, é importante ter presente a redação dos artigos 3.º e 4.º da Decisão Sernam 2:

«Artigo 3.º

1. Sob reserva do disposto no n.º 2, deverão ser respeitadas as seguintes condições:

- a) A Sernam apenas poderá desenvolver a sua atividade de expedição de encomendas por via ferroviária (segundo o conceito do “train bloc express”, “TBE”). A este respeito, a SNCF garantirá que serão oferecidas a qualquer outro operador que o solicite as mesmas condições que oferece à Sernam para a atividade de transporte ferroviário de mercadorias “TBE”.
- b) Em contrapartida, durante os dois próximos anos, a contar da data de notificação da presente decisão, a Sernam deverá substituir integralmente os seus meios próprios e serviços de transporte rodoviário por meios e serviços de transporte rodoviário de uma ou várias empresas, jurídica e economicamente independentes da SNCF e selecionadas por um processo aberto, transparente e não-discriminatório. [...]

2. Caso a Sernam venda em bloco os seus ativos até [30 de junho de 2005], ao preço de mercado, a uma sociedade sem vínculo jurídico com a SNCF, por meio de um processo transparente e aberto, as condições definidas no n.º 1 não são aplicáveis.

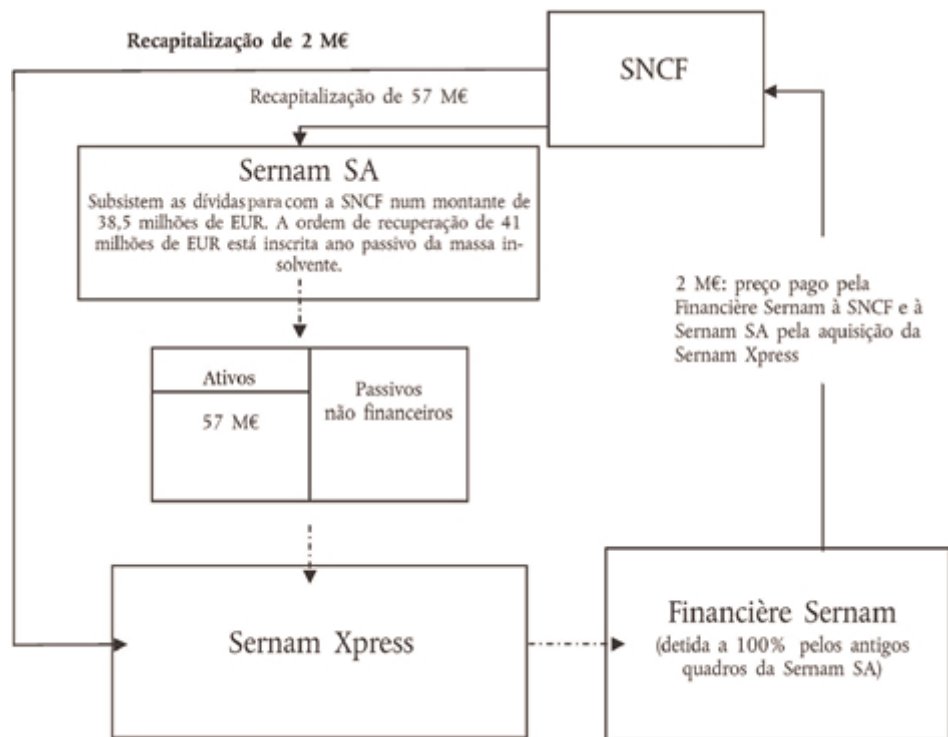
Artigo 4.º

A eventual alienação parcial ou total da Sernam deve efetuar-se ao preço de mercado e por meio de um processo transparente e aberto a todos os concorrentes. Nessas condições, a restituição do auxílio de 41 M€ incumbirá à sociedade Sernam, caso esta continue a existir.»

¹⁹ V. artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2.

²⁰ V. considerando 217 da Decisão Sernam 2.

23. Para executar a Decisão Sernam 2, a República Francesa optou pelo cenário do artigo 3.º, n.º 2, da referida decisão. Para tal, a SNCF começou por convidar as partes interessadas a manifestar o seu interesse na aquisição da totalidade dos ativos da Sernam. Todas as propostas recebidas foram negativas e não foi apresentada qualquer oferta firme. A equipa de direção da Sernam fez uma proposta de aquisição através de uma empresa ainda por criar, que viria a ser a Financière Sernam²¹. A transferência das atividades da Sernam para a Financière Sernam ocorreu em quatro etapas representadas no seguinte esquema²²:



24. Em primeiro lugar, a SNCF recapitalizou a sua filial a 100% Sernam SA no montante de 57 milhões de euros. Em segundo lugar, a Sernam SA realizou, a favor da sua filial a 100% Sernam Xpress, uma entrada constituída por todos os elementos do ativo, incluindo os 57 milhões de euros da recapitalização descrita anteriormente, e do passivo da Sernam (exceto os passivos denominados «financeiros»), no montante de 38,5 milhões de euros. Em contrapartida, a Sernam SA recebeu uma quota da Sernam Xpress, no valor nominal de 100 euros. Em terceiro lugar, a Sernam Xpress procedeu a um aumento de capital de 2 milhões de euros, inteiramente subscrito pela SNCF, que assim passou a deter a maioria das ações da Sernam Xpress. Em quarto lugar, a Sernam SA e a SNCF cederam à Financière Sernam, por 2 milhões de euros, a totalidade das suas participações na Sernam Xpress, correspondentes à totalidade do capital desta. Por outro lado, a Sernam SA foi objeto de uma liquidação judicial em 15 de dezembro de 2005 e os 41 milhões de euros reembolsáveis à SNCF ao abrigo da Decisão Sernam 2 foram inscritos no passivo da massa insolvente.

25. A proposta da Financière Sernam foi transmitida em 30 de junho de 2005 à SNCF, que, em princípio, a aceitou nesse mesmo dia. O protocolo de acordo foi assinado em 21 de julho de 2005, a Financière Sernam foi inscrita no registo comercial em 14 de outubro de 2005 e as operações acima descritas foram efetuadas em 17 de outubro de 2005²³.

21 V. considerando 31 da Decisão Sernam 3.

22 Em conformidade com o considerando 35 da Decisão Sernam 3.

23 Quanto a todos estes elementos, v. considerando 32 da Decisão Sernam 3.

26. Na Decisão Sernam 3, a Comissão concluiu, por um lado, pela existência de uma utilização abusiva do auxílio autorizado pela Decisão Sernam 2, na medida em que as autoridades francesas não respeitaram as condições impostas pelo artigo 3.º, n.º 2, da referida decisão. A Comissão considerou, nomeadamente, que transferência das atividades não fora efetuada até 30 de junho de 2005; que a transferência das referidas atividades não constituiu uma venda devido ao seu preço negativo; que a transferência das atividades não constituiu uma venda dos ativos, mas sim uma transferência da totalidade (ativos e passivos) da Sernam; que a transferência não se limitara aos ativos que a Sernam possuía no momento da Decisão Sernam 2, mas fora aumentada em 59 milhões de euros; que a transferência não tivera lugar por meio de um processo transparente e aberto; que a finalidade de uma venda dos ativos não fora respeitada²⁴. A utilização abusiva do auxílio de 503 milhões de euros implica a sua incompatibilidade com o mercado interno e esse auxílio deve ser recuperado.

27. No que diz respeito ao auxílio de 41 milhões de euros que devia ser recuperado pela França junto do seu beneficiário por força da Decisão Sernam 2²⁵, a Comissão alega que o mesmo foi inscrito no passivo da massa insolvente da Sernam. Após ter salientado que a Decisão Sernam 2 dispunha que, em caso de cessação da atividade económica da Sernam, não era necessário recuperar esse auxílio junto dos que adquiriram os ativos ao preço de mercado no quadro de um processo transparente e aberto, a Comissão analisou a situação, em especial tendo em conta os acórdãos de 29 de abril de 2004²⁶ e de 8 de maio de 2003²⁷. Assim, a Comissão considerou que, na sequência da fusão entre a Sernam Xpress e a Financière Sernam, a obrigação de recuperação foi transferida para esta, nomeadamente devido ao facto de esta continuar a beneficiar do auxílio de 41 milhões de euros inicialmente concedido à Sernam. Por outro lado, a Comissão não aplicou o critério do investidor privado.

28. Por último, a Comissão analisou os novos auxílios concedidos à Sernam Xpress na sequência do protocolo de acordo de 21 de julho de 2005²⁸. Uma vez que esses novos auxílios foram concedidos num contexto de recuperação, a Comissão considerou que não se devia aplicar o princípio do investidor privado, uma vez que o Estado atuou, nesse contexto, em conformidade com as obrigações que lhe incumbem por força do direito da União²⁹. Os auxílios analisados consistiam na recapitalização da Sernam no montante de 57 milhões de euros por parte da SNCF, na recapitalização da Sernam Xpress no montante de 2 milhões de euros por parte da SNCF, na remissão das dívidas da Sernam para com a SNCF, nas garantias concedidas pela SNCF no momento da transferência das atividades da Sernam para a Financière Sernam³⁰, bem como no preço de venda pago pela Financière Sernam. A Comissão concluiu pela existência de novos auxílios concedidos à Sernam Xpress-Financière Sernam, que eram incompatíveis com o mercado interno e que deviam ser recuperados junto da Financière Sernam e das suas filiais, que prosseguiram a atividade económica que beneficiara do auxílio (anteriormente exercida pela Sernam Xpress, objeto de fusão com a Financière Sernam).

24 V. considerandos 88 a 131 da Decisão Sernam 3.

25 V. considerandos 132 a 151 da Decisão Sernam 3.

26 Acórdão Alemanha/Comissão (C-277/00, a seguir «acórdão SMI», EU:C:2004:238).

27 Acórdão Itália e SIM 2 Multimedia/Comissão (C-328/99 e C-399/00, a seguir «acórdão Seleo», EU:C:2003:252).

28 V. considerandos 152 a 175 da Decisão Sernam 3.

29 V. considerando 154 da Decisão Sernam 3.

30 Essas garantias são referidas em pormenor no considerando 163 da Decisão Sernam 3.

B. Quanto ao Recurso

1. Quanto ao primeiro fundamento, relativo a erros de direito, a uma fundamentação insuficiente e a uma desvirtuação do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2

29. Este primeiro fundamento articula-se em três partes: a primeira refere-se à finalidade da venda dos ativos em bloco, a segunda refere-se a uma desvirtuação pelo Tribunal Geral do texto do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 no que diz respeito ao conceito de «venda» e a terceira refere-se a erros de direito, a uma desvirtuação do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 e a uma violação do dever de fundamentação no que diz respeito à apreciação de acordo com a qual a cessão dos ativos em bloco deve ser entendida como abrangendo apenas os ativos e excluindo os passivos. Uma vez que as primeira e terceira partes estão interligadas, proponho-me analisá-las conjuntamente.

a) Quanto às primeira e terceira partes do primeiro fundamento

1) Acórdão recorrido

30. Decorre do acórdão recorrido que o Tribunal Geral, após ter recordado a jurisprudência de acordo com a qual o dispositivo de um ato é indissociável da sua fundamentação, de modo que deve ser interpretado, se necessário, tendo em conta os motivos que levaram à sua adoção³¹, deduziu do texto do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2, à luz do considerando 217 desta decisão, que esta «op[unha] claramente a “venda da totalidade da Sernam (ativos e passivos)” à “venda dos ativos em bloco” da Sernam»³². Por conseguinte, o Tribunal Geral decidiu que a Comissão considerara acertadamente que a venda dos ativos em bloco referida no artigo 3.º, n.º 2, da decisão Sernam 2, devia ter como objeto unicamente os ativos e excluir os passivos³³, na medida em que a interpretação contrária equivaleria a negar a diferença entre as condições alternativas previstas no artigo 3.º, n.º 1, da Decisão Sernam 2, por um lado, e no artigo 3.º, n.º 2, dessa decisão, por outro³⁴. De acordo com o Tribunal Geral, interpretar a venda dos ativos em bloco no sentido de que inclui os passivos tornaria «ilógico e incoerente» o recurso a essas condições alternativas³⁵. Em seguida, o Tribunal Geral recordou o caráter alternativo dos dois números do artigo 3.º da Decisão Sernam 2 e considerou que ambos prosseguiram o mesmo «objetivo de prevenção das distorções de concorrência causadas [pelo auxílio à reestruturação de 503 milhões de euros]»³⁶. O Tribunal Geral validou a tese da Comissão de que a finalidade da venda dos ativos em bloco «se destinava a interromper a atividade económica da Sernam»³⁷. Assim, decidiu que a cessão da Sernam na sua totalidade, cuja finalidade era mantê-la em vida e recuperá-la, era contrária ao objetivo prosseguido «de interromper a sua atividade económica e de libertar as suas quotas de mercado a favor do adquirente dos seus ativos»³⁸.

31. Por outro lado, o Tribunal Geral considerou que a Comissão apreciara corretamente, nos considerandos 109 e 110 da Decisão Sernam 3, a operação dita de «entrada parcial de ativos» ao concluir que esta não podia ser qualificada como «venda de ativos a um terceiro» devido ao facto de a referida venda dizer respeito não só aos ativos, mas também a todo o passivo³⁹ e ter sido efetuada a favor de uma filial detida a 100%⁴⁰.

31 V. n.º 87 do acórdão recorrido e jurisprudência referida. V., igualmente, n.º 114 do referido acórdão.

32 N.º 17 do acórdão recorrido.

33 V. n.ºs 118 e 124 do acórdão recorrido.

34 V. n.º 119 do acórdão recorrido.

35 V. n.º 119 do acórdão recorrido.

36 N.º 194 do acórdão recorrido.

37 N.º 195 do acórdão recorrido.

38 N.º 204 do acórdão recorrido.

39 Com exceção de determinadas dívidas: v. n.º 144 do acórdão recorrido.

40 V. n.º 144 do acórdão recorrido.

2) Síntese da argumentação das partes

i) Quanto à primeira parte do primeiro fundamento

32. A SNCF alega, essencialmente, que a cessão dos ativos em bloco decidida em junho de 2005 respeitou plenamente a finalidade prosseguida pelo artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2, à luz do seu considerando 217. O raciocínio do Tribunal Geral está errado por duas razões essenciais. A primeira é que, em geral, a cessão dos ativos tem como consequência inelutável a prossecução da atividade, uma vez que a junção dos passivos (ou seja, das dívidas) não produz qualquer efeito a esse respeito pois apenas tem incidência sobre a valorização da empresa cedida. O Tribunal Geral não explicou de que modo a cessão de todos os ativos da Sernam em bloco a um só adquirente que devia retomar a quota de mercado libertada pela Sernam podia conduzir a uma interrupção da atividade económica da Sernam. A recorrente conclui, quanto a este aspeto, que o acórdão recorrido padece de fundamentação insuficiente. A segunda razão é a de que os fundamentos nos quais o Tribunal Geral se baseia para considerar que a cessão em bloco tem como finalidade o desaparecimento económico da Sernam não permitem justificar tal interpretação. O considerando 217 da Decisão Sernam 2 limita-se a exigir que a Sernam deixe de exercer atividades sob a sua forma jurídica anterior e a permitir que um adquirente independente da SNCF explore a quota de mercado da Sernam. Ao referir, nos n.ºs 194 e 195 do acórdão recorrido, que a finalidade prosseguida era a interrupção da atividade económica da Sernam, o Tribunal Geral teve em conta uma finalidade que não decorre, de forma nenhuma, nem do dispositivo nem da fundamentação da Decisão Sernam 2, que, consequentemente, desvirtuou. Além disso, a fundamentação do Tribunal Geral revela-se contraditória devido ao facto de o próprio Tribunal Geral ter reconhecido, no n.º 218 do acórdão recorrido, que o considerando 217 da decisão Sernam 2 dava «a aparência de uma prossecução da atividade económica» da Sernam. Na mesma ordem de ideias, a SNCF sustenta que desse considerando 217 não decorre que a prossecução da atividade deva ser entendida como a atividade prosseguida pelo adquirente que integra os ativos da Sernam na sua própria estratégia comercial e que se trate de uma condição necessária para que se possa considerar que as quotas de mercado da sociedade beneficiária foram libertadas. O considerando 217 da Decisão Sernam 2 limita-se, pelo contrário, a dar conta da libertação das quotas da Sernam a favor do adquirente independente, ou seja, sem ligação à SNCF.

33. Na sua réplica, a SNCF acrescenta, essencialmente, que a Comissão não demonstrou de que modo a transferência da totalidade dos ativos de uma empresa, num só bloco, para um único adquirente poderia não corresponder, económica e juridicamente, à transferência da atividade económica. A própria Comissão explicou ao Tribunal Geral e ao Tribunal de Justiça que era precisamente esse o efeito de tal cessão nos processos ditos «SMI» e «CDA»⁴¹. A Comissão adulterou igualmente, na sua resposta, os termos do considerando 217 da Decisão Sernam 2, que, de acordo com a recorrente, não faz, de forma nenhuma, referência aos concorrentes da Sernam. Nos termos da Decisão Sernam 2, o único objetivo prosseguido pela Comissão é a rutura, para o futuro, de qualquer ligação em termos de capital entre a SNCF e a sua filial Sernam, a fim de evitar que aquela lhe conceda mais auxílios, e a única exigência foi a de que o adquirente da Sernam não tivesse qualquer ligação à SNCF. A finalidade da venda dos ativos em bloco não é, portanto, a interrupção da atividade económica da Sernam. A recorrente acrescenta que, contrariamente ao que sustenta a Comissão, não existe nenhuma contradição entre a cessão dos ativos da Sernam em bloco, que implica necessariamente a prossecução da atividade da Sernam, e o argumento de que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito na análise dos vários critérios da continuidade económica desenvolvidos na jurisprudência do Tribunal de Justiça.

⁴¹ Respetivamente, acórdão SMI (n.ºs 68 a 70) e acórdão do Tribunal Geral de 19 de outubro de 2005, CDA Datenträger Albrechts/Comissão (T-324/00, a seguir «acórdão CDA», EU:T:2005:364, n.º 73).

34. Por último, quanto ao preço, a Comissão exigia um preço de mercado que poderia ser negativo. Se os ativos são vendidos em bloco, o que implica a transferência de uma atividade necessariamente deficitária, bem como dos contratos de trabalho, é inelutável que o seu valor seja negativo; considerar que o preço podia ter sido positivo é uma conjectura não fundamentada e uma desvirtuação dos factos, uma vez que todas as propostas foram amplamente negativas. Por outro lado, a SNCF sustenta que não há que aplicar os princípios jurisprudenciais relativos à interpretação quando a disposição não padeça de qualquer ambiguidade. Não é possível ceder a totalidade dos ativos de uma empresa sem transferir a atividade económica a favor do adquirente e não é possível transferir a quota de mercado de uma empresa a favor do adquirente sem transferir a atividade. Por conseguinte, a interpretação defendida pela Comissão e confirmada pelo Tribunal conduz a uma situação impossível.

35. Por seu lado, a Comissão considera que a primeira parte do primeiro fundamento deve ser julgada improcedente.

ii) Quanto à terceira parte do primeiro fundamento

36. A SNCF sustenta que, ao limitar-se a reproduzir as disposições do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 e do considerando 217 desta decisão para afirmar a sua interpretação de acordo com a qual a Decisão Sernam 2 estabelecia claramente uma oposição entre a venda da totalidade da Sernam e a venda apenas dos ativos desta, o Tribunal Geral proferiu afirmações perentórias, desvirtuou o artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 e viciou o seu raciocínio de fundamentação insuficiente. O considerando 217 não contém nenhum elemento que permita concluir que a cessão dos ativos em bloco devia ser entendida como abrangendo apenas os ativos. O Tribunal Geral não pode deduzir do cenário alternativo previsto no considerando 217 que o artigo 3.º, n.º 2, exclui o passivo, tanto mais que, tendo em conta a finalidade prosseguida, ou seja, a interrupção da atividade económica da Sernam, a junção à cessão de todos ou de parte dos passivos não tem relevância. Nem a Comissão nem o Tribunal Geral explicaram de que modo a cessão de todos os ativos num único bloco a um único adquirente que se presumia que retomasse a quota de mercado da Sernam podia conduzir à interrupção da atividade económica desta⁴².

37. O raciocínio desenvolvido pelo Tribunal Geral nos n.ºs 118 e 119 do acórdão recorrido está errado, uma vez que a Decisão Sernam 2 associou claramente condições diferentes a cada um dos dois cenários. Se a finalidade prosseguida pelo artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 era a interrupção da atividade da Sernam, então apenas era necessária a referência a uma via de cessão que permitisse atingir esse objetivo (como a cessão de ativos separadamente ou em lotes, como a Comissão já previu noutros processos⁴³). Por conseguinte, o Tribunal Geral cometeu vários erros de direito, desvirtuou as disposições do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 e violou o dever de fundamentação.

38. A Comissão sustenta que, no que lhe diz respeito, a terceira parte do primeiro fundamento deve ser julgada improcedente.

3) Análise

39. No quadro das primeira e terceira partes do primeiro fundamento, a SNCF contesta a interpretação acolhida pelo Tribunal Geral, por um lado, da finalidade da venda dos ativos em bloco exigida pelo artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 e, por outro lado, do próprio conceito de «venda dos ativos em bloco».

⁴² Esta alegação é formulada na réplica da recorrente.

⁴³ A SNCF refere, a este respeito, o exemplo dos estaleiros navais polacos.

40. Desde logo, deve ser julgada improcedente a alegação relativa à inutilidade do recurso pelo Tribunal Geral à jurisprudência clássica relativa aos métodos de interpretação de que o juiz da União dispõe, uma vez que o Tribunal Geral não fez mais do que recordar, e depois aplicar, uma jurisprudência constante que consagra princípios bem estabelecidos⁴⁴ que enquadram a função do juiz quando este deva interpretar uma disposição do direito da União. Acrescento que, tendo em conta as divergências de interpretação do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 entre a SNCF e a Comissão, não era descabido que o juiz da União procurasse noutros locais, para além do dispositivo da referida decisão, os elementos necessários para esclarecer o seu sentido e alcance exatos, pelo que o Tribunal Geral agiu corretamente ao referir-se não apenas aos termos do referido artigo mas igualmente ao seu contexto e aos objetivos prosseguidos pela regulamentação em que se insere⁴⁵.

41. Recordo, em seguida, que o artigo 3.º da Decisão Sernam 2 Prevê dois cenários. Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, de referida Decisão, o auxílio à reestruturação da Sernam poderá continuar a ser considerado compatível com o mercado interno na condição de a Sernam apenas desenvolver «a sua atividade de expedição de encomendas por via ferroviária» e de a SNCF garantir, simultaneamente, que «serão oferecidas a qualquer outro operador que o solicite as mesmas condições que oferece à Sernam para a atividade de transporte ferroviário de mercadorias». Além disso, a Sernam devia, nos dois anos seguintes à notificação da Decisão Sernam 2, «substituir integralmente os seus meios próprios e serviços de transporte rodoviário por meios e serviços de transporte rodoviário de uma ou várias empresas, jurídica e economicamente independentes da SNCF e selecionadas por um processo aberto, transparente e não-discriminatório». Caso fosse escolhido o segundo cenário — previsto no artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 — essas condições deixavam de ser aplicáveis. Em contrapartida, nesse caso, exigia-se que a Sernam «vend[esse] em bloco os seus ativos até 30 de junho de 2005, ao preço de mercado, a uma sociedade sem vínculo jurídico com a SNCF, por meio de um processo transparente e aberto».

42. Procurar conhecer as razões pelas quais a Comissão previu essas duas hipóteses e, *in fine*, a finalidade da venda dos ativos em bloco implicava, naturalmente, efetuar uma leitura completa dessa decisão, ou seja, que incluísse os seus fundamentos. Ora, decorre desses fundamentos que as condições estabelecidas no artigo 3.º, n.º 1, da Decisão Sernam 2 são concebidas como «contrapartidas» exigidas à Sernam pelo facto de esta ter beneficiado da utilização abusiva de um auxílio⁴⁶. É-lhe assim exigido que se retire «[definitivamente] dos segmentos de mercado com excesso de capacidade» para evitar que uma empresa «que deveria ter cessado atividades devido às suas notórias dificuldades [ocupe] artificialmente uma parte de mercados extremamente disputados, em detrimento de empresas concorrentes com uma situação financeira sólida»⁴⁷.

43. Além disso, a Comissão teve em conta a intenção das autoridades francesas de alienar «a totalidade da Sernam (*ativo e passivo incluídos*)»⁴⁸ e preocupou-se em contrapor expressamente a esta hipótese a de uma venda dos ativos da Sernam em bloco. Assim, o considerando 217 da Decisão Sernam 2 dispõe que «as condições da decisão (cessão da atividade rodoviária da Sernam a outras empresas e recentragem das atividades da Sernam no transporte ferroviário) são aplicáveis *mesmo* em caso de alienação da *totalidade* da Sernam (*ativo e passivo*) conforme preveem as autoridades francesas. *Em contrapartida*, [se] a Sernam vend[er] os seus *ativos em bloco*, a Comissão lembra que as duas condições supramencionadas, relativas à reestruturação da empresa, não se aplicarão, uma vez que a Sernam *deixará de exercer atividades* sob a sua forma jurídica atual e *terá libertado as suas quotas de mercado* em proveito do adquirente independente (que poderá de facto prosseguir as suas atividades com os ativos da Sernam)⁴⁹.

44 V. n.ºs 87 e 114 do acórdão recorrido.

45 V. n.ºs 86 e 101 do acórdão recorrido.

46 V. considerando 208 da Decisão Sernam 2.

47 V. considerandos 208 e 209 da Decisão Sernam 2.

48 Considerando 216 da Decisão Sernam 2. O sublinhado é meu.

49 O sublinhado é meu.

44. Posso admitir que uma leitura isolada do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 pudesse levar a pensar que a venda dos ativos em bloco não excluía necessariamente a venda dos passivos. Contudo, uma vez admitida, sem grande dificuldade, a possibilidade de o Tribunal Geral se referir aos considerandos da Decisão Sernam para esclarecer o sentido do dispositivo desta, a leitura do considerando 217 é suficiente para confirmar a conclusão a que o Tribunal Geral chegou sobre o facto de a venda dos ativos em bloco excluir necessariamente os passivos, na medida em que a Comissão estabelecia uma clara contraposição entre a venda da totalidade da Sernam (ativos e passivos), por um lado, e a venda apenas dos ativos em bloco, por outro. A recorrente considera que o Tribunal Geral proferiu uma afirmação perentória e sem uma verdadeira demonstração. Contudo, não vejo como o Tribunal Geral poderia ter feito a prova de forma mais clara.

45. Quanto à crítica relativa a uma fundamentação insuficiente, recorro de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que «a fundamentação de um acórdão deve revelar de forma clara e inequívoca o raciocínio do Tribunal Geral, de forma a permitir aos interessados conhecer as razões da decisão tomada e ao Tribunal de Justiça exercer a sua fiscalização jurisdicional»⁵⁰. Esta exigência está plenamente satisfeita no caso em apreço.

46. Quanto à finalidade prosseguida, tendo em conta o contexto em que a Decisão Sernam 2 foi adotada, trata-se, evidentemente e como recordou o Tribunal Geral, de prevenir distorções de concorrência⁵¹. Os dois cenários previstos no artigo 3.º da Decisão Sernam 2 foram claramente concebidos como alternativos, o que indica que a Comissão considerava claramente as duas opções equivalentes quanto à sua finalidade e à sua eficácia para o restabelecimento de uma situação respeitadora da livre concorrência. Ora, o objetivo prosseguido pelo artigo 3.º, n.º 1, da Decisão Sernam 2 é explicitado nos considerandos 200 e seguintes da referida decisão. Estes recordam, essencialmente, que a Sernam beneficiou de um auxílio que não respeitou o plano inicial de reestruturação. Consequentemente, para atenuar essa distorção de concorrência, a Comissão impõe «contrapartidas»⁵² e exige que a Sernam se desligue dos segmentos de mercado com excesso de capacidade nas condições descritas no artigo 3.º, n.º 1, da Decisão Sernam 2⁵³. Tem toda a lógica que o objetivo prosseguido pelo segundo cenário seja idêntico. Uma vez mais, o considerando 217 da referida decisão é um elemento central para compreender a razão de ser desta, uma vez que explica por que motivo as «contrapartidas» exigidas em caso de aplicação do primeiro cenário deixam de o ser em caso de venda dos ativos em bloco. De facto, neste caso, a Comissão considera que a «Sernam deixará de exercer atividades sob a sua forma jurídica atual e terá libertado as suas quotas de mercado em proveito do adquirente independente (que poderá de facto prosseguir as suas atividades com os ativos da Sernam)»⁵⁴. Como notou corretamente o Tribunal Geral, o referido considerando «insere[-se] na mesma parte da prevenção das distorções de concorrência que os considerandos 200 e 208 a 211»⁵⁵. Decorre, além disso, claramente do texto desse considerando, e contrariamente ao que alega a recorrente, que a Comissão previa a retoma da atividade por um adquirente independente, que a retomaria por conta própria, desligando-se a Sernam, de facto, do mercado em proveito deste.

47. A seguir-se o raciocínio da SNCF, o artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 não exige nem a cessão dos ativos em bloco, excluindo os passivos, nem a interrupção da atividade económica da Sernam. Tal significa que a Comissão admitiu que a Sernam pudesse ser vendida na sua quase totalidade e prosseguir a sua atividade sem exigir a menor contrapartida (uma vez que se trata da aplicação do segundo cenário) depois de ter claramente exigido, em caso de venda da Sernam na sua totalidade, uma série de medidas destinadas a reduzir a sua presença no mercado. Tal interpretação não é

50 Entre uma jurisprudência abundante, v. acórdãos de 20 de janeiro de 2011, *General Química e o./Comissão* (C-90/09 P, EU:C:2011:21, n.º 59 e jurisprudência referida), e de 15 de janeiro de 2014, *Comissão/Portugal* (C-292/11 P, EU:C:2014:3, n.º 72 e jurisprudência referida).

51 V. n.º 194 do acórdão recorrido.

52 V. n.º 42 das presentes conclusões.

53 V. considerando 215 da Decisão Sernam 2.

54 Considerando 217 da Decisão Sernam 2, *in fine*.

55 N.º 193 do acórdão recorrido.

coerente e esvazia de qualquer sentido e de qualquer efeito o artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2. É claro que, como sustenta a SNCF, a cessão dos ativos tem como consequência a prossecução da «atividade» no sentido de uma retoma das quotas de mercado que a Sernam ocupava por outra empresa interessada. Contudo, a Sernam, amputada dos seus ativos, não podia, obviamente, continuar a ocupar a posição que detinha no mercado. Além disso, inclino-me a considerar, como salienta a parte interveniente em apoio da Comissão, que a interpretação defendida pela SNCF constitui uma espécie de confissão implícita de que as operações de transferência levaram à manutenção da atividade da Sernam sem que tenha sido executada qualquer das contrapartidas necessárias para afastar as perturbações na concorrência.

48. Em resumo, o artigo 3.º previa, por um lado, a manutenção da Sernam ou a possibilidade de venda da totalidade da Sernam (ativos e passivos), e, nesse caso, as condições constantes do n.º 1 deviam ser respeitadas, e, por outro lado, a hipótese de venda em bloco dos ativos e, nesse caso, essas condições deixavam de ser exigidas, uma vez que a Sernam libertaria assim as suas quotas de mercado em proveito do adquirente. A venda dos ativos em bloco acompanhada por uma parte dos passivos não permitia a rutura da atividade da Sernam; ora, se essa atividade fosse prosseguida, eram exigidas contrapartidas. A SNCF vendeu os ativos da Sernam em bloco, bem como «a quase totalidade dos seus passivos»⁵⁶, sem oferecer qualquer contrapartida que pudesse compensar a perturbação da concorrência. O resultado da operação é neutro, desse ponto de vista, se assim se pode dizer, embora esteja conceptualmente muito mais próximo da venda da totalidade da Sernam — venda à qual estavam associadas condições estritas e claras de retirada de determinados segmentos de mercado com excesso de capacidade.

49. Por conseguinte, o raciocínio do Tribunal Geral não estava afetado por qualquer erro de direito quando concluiu que «o facto de, no caso de venda dos ativos em bloco, já não ser necessário impor a retirada do setor rodoviário com excesso de capacidade só se pode explicar pelo facto de que, no caso de venda dos ativos da Sernam em bloco, a preço de mercado, a uma sociedade sem vínculos jurídicos com a [SNCF], por meio de um processo transparente e aberto, a Sernam desapareceria economicamente do mercado e, com ela, a distorção de concorrência ligada à concessão do auxílio à reestruturação da Sernam», «[devendo considerar-se que] a liberta[ção d]as suas quotas de mercado em proveito do adquirente independente [...] punha fim à distorção de concorrência, isto é, à atividade subvencionada da Sernam»⁵⁷.

50. O Tribunal Geral também não se contradisse quando admitiu que o considerando 217 da Decisão Sernam 2 Podia dar «a aparência de uma prossecução da atividade», pois esclareceu imediatamente que essa aparência não resistia à análise, uma vez que, nesse caso, devia tratar-se «da atividade de um agente totalmente diferente da Sernam, isto é, do adquirente, que integrasse os ativos da Sernam na sua própria estratégia comercial, sem o que as quotas de mercado da beneficiária não poderiam ser consideradas “libertadas”»⁵⁸. Por conseguinte, neste particular, o acórdão recorrido não padece de qualquer contradição de fundamentos, nomeadamente tendo em conta a própria identidade do adquirente dos ativos da Sernam.

51. Quanto à invocação pela recorrente dos acórdãos SMI e CDA, se é que podemos censurar o Tribunal Geral por este não ter analisado a licitude da decisão impugnada à luz de afirmações contidas na jurisprudência do Tribunal de Justiça que se limitavam a transcrever a posição expressa pela Comissão no contexto específico de cada um desses processos — *quod non* —, o entendimento desses acórdãos pela recorrente assenta numa leitura parcial, na medida em que a Comissão aí sustentou, invariavelmente, que se a venda dos ativos em bloco de uma sociedade ao mesmo adquirente pudesse permitir que este prosseguisse a atividade económica subsidiada - o que poderia ter como resultado perpetuar as distorções de concorrência - a Comissão admitiu, simultaneamente,

⁵⁶ N.º 197 do acórdão recorrido.

⁵⁷ N.º 194 do acórdão recorrido.

⁵⁸ N.º 218 do acórdão recorrido.

que devia ser exercida uma vigilância especial e que o risco de desrespeito pela decisão podia ser excluído se a cessão ocorresse na sequência de um processo incondicional e aberto a todos os concorrentes - que é precisamente uma das condições previstas no artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2.

52. Assim, por todas estas razões, proponho, que as primeira e terceira partes do primeiro fundamento sejam, conjuntamente, consideradas improcedentes.

b) Quanto à segunda parte do primeiro fundamento

1) Acórdão recorrido

53. No n.º 90 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral decidiu que o momento para verificar se a venda ocorrera era necessariamente o da transferência efetiva dos ativos, na medida em que o objetivo prosseguido pelo artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2, à luz do considerando 217 da referida decisão, era obrigar a Sernam a abdicar da totalidade dos seus ativos e libertar as suas quotas de mercado. De acordo com o Tribunal Geral, uma interpretação formalista do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 Paralisaria os seus efeitos e correr-se-ia o risco de a transferência efetiva dos ativos ser diferida por muito tempo depois da conclusão da venda, no sentido jurídico do termo.

2) Resumo da argumentação das partes

54. De acordo com a recorrente, a venda ficou efetivamente concluída em 30 de junho de 2005, tendo sido, por isso, respeitada a condição temporal imposta pelo artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2. A referida decisão não se referia a uma transferência efetiva dos ativos em 30 de junho de 2005, mas limitava-se a prever apenas que a venda devia ser efetuada, o mais tardar, até essa data. Além disso, de acordo com o direito francês e, em especial, com o artigo 1583.º do Código Civil, a venda dá-se com a celebração do acordo quanto à coisa e ao preço a pagar, mesmo que a coisa ainda não tenha sido entregue nem paga. Ao considerar, no n.º 90 do acórdão recorrido, que o momento a tomar em consideração para verificar se a venda ocorrera, de facto, em 30 de junho de 2005 era o da transferência efetiva dos ativos, o Tribunal Geral enriqueceu consideravelmente o texto do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 e desvirtuou o conceito de «venda» constante do referido artigo.

55. Por seu lado, a Comissão pediu que a segunda parte do primeiro fundamento fosse considerada improcedente.

3) Análise

56. Entre as condições estabelecidas para que o auxílio de 503 milhões de euros à reestruturação da Sernam continuasse a ser considerado compatível figurava uma condição temporal, uma vez que o artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 dispunha, a este respeito, que, em caso de venda dos ativos da Sernam em bloco, esta devia ocorrer até 30 de junho de 2005.

57. Admitindo que a verificação pelo Tribunal Geral da data em que a venda ocorreu não resulta apenas de uma apreciação dos factos, a recorrente não conseguiu demonstrar qualquer falha na análise do Tribunal Geral. De facto, ainda que, no contexto das medidas ligadas à compensação dos auxílios de Estado, não se trate de impor uma definição comunitária do conceito de «venda» e que esta deva necessariamente ser organizada nas condições previstas pelo direito nacional⁵⁹, a Comissão e o juiz da União podem exigir que essas condições não prejudiquem o efeito útil do direito da União.

⁵⁹ Foi, de resto, o que o Tribunal Geral concluiu no n.º 102 do acórdão recorrido.

Foi precisamente este risco que o Tribunal Geral identificou quando considerou, no n.º 90 do acórdão recorrido, que a interpretação proposta pela SNCF «paralisaria os seus efeitos, com o risco de a transmissão efetiva dos ativos ser diferida por muito tempo depois da conclusão da “venda” no sentido jurídico do termo». Decorre, além disso, dos elementos dos autos que, em 30 de junho de 2005, a proposta da equipa de direção da Sernam fora transmitida à SNCF e apenas «aceite, em princípio, pela Direção-Geral da SNCF no mesmo dia»⁶⁰. Por último, na medida em que o cenário previsto no artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 constitui uma alternativa ao previsto no artigo 3.º, n.º 1, dessa decisão e que, em caso de aplicação desse segundo cenário, as condições estabelecidas para a realização do primeiro deixam de ser aplicáveis, faz todo o sentido, e sem enriquecer de forma irrefletida o texto do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2, como alega a SNCF, que o Tribunal Geral tenha interpretado a condição temporal nele contida no sentido de que exigia que a transferência efetiva dos ativos ocorresse até 30 de junho de 2005. Por todas estas razões, deve ser julgada improcedente a segunda parte do primeiro fundamento.

2. Quanto ao segundo fundamento, relativo a um erro de direito na medida em que o Tribunal Geral concluiu erradamente que a proposta apresentada pela equipa de direção não podia ser considerada resultante de um processo aberto e transparente

a) Acórdão recorrido

58. Para considerar improcedente a alegação de que a equipa de direção da Sernam participara no concurso desde o início e de que a proposta apresentada pela referida equipa constituía efetivamente o resultado de um processo transparente e aberto, o Tribunal Geral considerou, essencialmente, nos n.ºs 163, 164 e 174 do acórdão recorrido, que apenas o consórcio formado pelo candidato n.º 5 e pela equipa de direção participara inicialmente no concurso e apresentara uma proposta preliminar, e não os membros da equipa de direção individualmente. Além disso, fora o projeto apresentado pelo consórcio que fora inicialmente selecionado no final da segunda volta do concurso. Assim, o Tribunal Geral rejeitou o argumento que pretendia demonstrar que a equipa de direção participara desde o início no concurso devido ao facto de esta não ter participado de forma autónoma nem ter apresentado sozinha a proposta. O Tribunal Geral concluiu que a referida proposta não podia, portanto, ser considerada resultante de um processo aberto e transparente.

b) Resumo da argumentação das partes

59. A SNCF critica o Tribunal Geral por este ter cometido um erro de direito ao concluir erradamente que a falta de participação dos membros da equipa de direção da Sernam de forma autónoma desde o início do processo tivera como consequência que esse processo não fora aberto e transparente, como exigia o artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2, uma vez que não resulta desse artigo nem da Decisão Sernam 2, nem do direito da União, que o candidato que viesse a ser selecionado devia ter participado de forma autónoma e independente desde o início do processo de seleção. Depois de recordar as condições em que o processo se desenrolou após a segunda volta de seleção, a SNCF sustenta que decorre quer da prática quer da jurisprudência que a condição de abertura e de transparência de um concurso está satisfeita sempre que todas as partes interessadas tenham tido oportunidade de apresentar uma proposta e de dispor de informações e de prazos idênticos⁶¹. Admitindo que os princípios aplicáveis em matéria de contratos públicos, nomeadamente consagrados nas Diretivas 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação

⁶⁰ Considerando 32 da Decisão Sernam 3.

⁶¹ A SNCF invoca, a este respeito, a Decisão da Comissão, de 3 de julho de 2001, relativa ao auxílio estatal que a Espanha concedeu e que prevê conceder a favor da reestruturação da Babcock Wilcox España SA (JO 2002, L 67, p. 50), a Decisão da Comissão, de 27 de fevereiro de 2008, relativa ao auxílio estatal C 46/07 concedido pela Roménia a favor da Automobile Craiova (JO 2008, L 239, p. 12), o n.º 95 do acórdão SMI e o n.º 110 do acórdão CDA.

de contratos de concessão⁶², e 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE⁶³, podem ser transpostos, por analogia, para os processos de alienação de ativos, o direito da União autoriza a adjudicação de tal contrato a um operador económico sem publicidade nem sujeição prévia à concorrência após o insucesso de um processo, ainda que o operador não tenha participado nesse primeiro processo e sem que tal constitua uma infração aos princípios da abertura e da transparência. Deve considerar-se, *a fortiori*, que estes princípios são respeitados quando os ativos tenham sido cedidos à última pessoa interessada, a única que apresentou uma proposta firme e que participou em todo o processo, numa primeira fase integrada num consórcio do qual a outra parte desistiu no decurso do processo.

60. Quanto à Comissão, pede que o segundo fundamento seja considerado inadmissível ou, a título subsidiário, improcedente.

c) *Análise*

61. No quadro do segundo fundamento, a recorrente impugna uma parte da análise que levou o Tribunal Geral a concluir que a venda dos ativos da Sernam em bloco não se realizara por meio de um processo aberto e transparente, como exigia a Comissão. De facto, na análise da quinta parte do quarto fundamento do recurso de anulação, o Tribunal Geral apreciou quatro alegações. No quadro da primeira alegação, a SNCF afirmava que a proposta da equipa de direção da Sernam constituía o resultado de um processo aberto e transparente, na medida em que a referida equipa participou desde o início no processo de concurso, integrada no consórcio formado com o candidato n.º 5, e apresentou sozinha uma proposta após o seu parceiro ter comunicado a sua incapacidade para apresentar uma proposta firme no prazo fixado pela Comissão. Apesar de terem sido apresentados dois argumentos no quadro dessa alegação, a SNCF contesta o segundo de forma separada⁶⁴.

62. Desde logo, saliento que o segundo fundamento é dirigido contra os n.ºs 163 e 164 do acórdão recorrido, que se limitam a constatar que foi o consórcio formado pelo candidato n.º 5 e pela equipa de direção quem participou inicialmente no processo de concurso e que foi o conteúdo do projeto apresentado pelo referido consórcio que foi inicialmente selecionado, limitando-se o Tribunal Geral, no n.º 164 do acórdão recorrido, a reproduzir uma resposta fornecida pelas autoridades francesas à Comissão, em 6 de janeiro de 2012. Trata-se, por conseguinte, essencialmente de uma apreciação factual que decorre igualmente dos n.ºs 16 e seguintes da petição inicial da SNCF no Tribunal Geral. Em todo o caso, decorre do recurso que a SNCF censura o Tribunal, no âmbito do segundo fundamento, por este ter cometido um erro de direito, e não uma desvirtuação dos factos. O referido fundamento deve ser considerado improcedente por ser inadmissível, uma vez que, tradicionalmente, o recurso é limitado às questões de direito, salvo em caso de desvirtuação dos factos e elementos de prova, o que não foi invocado. O mesmo destino deve ter o presente fundamento na medida em que é dirigido contra a conclusão do Tribunal Geral constante do n.º 174 do acórdão recorrido e pela qual o Tribunal Geral rejeitou o argumento destinado a demonstrar que a equipa de direção participou no concurso desde o início porque esta não participara de forma autónoma nem apresentara a proposta sozinha *ab initio*.

62 JO 2014, L 94, p. 1.

63 JO 2014, L 94, p. 65.

64 De facto, é no quadro do terceiro fundamento do presente recurso que a SNCF contesta a conclusão do Tribunal Geral de que a proposta firme da equipa de direção de Sernam estava muito distante da proposta de segunda volta apresentada pelo consórcio liderado pelo candidato n.º 5 e era muito mais desfavorável ao vendedor.

63. Contudo, em seguida, o Tribunal Geral procede a uma qualificação jurídica dos factos na medida em que deduz desses elementos — participação não autónoma desde o início do processo da equipa de direção da Sernam — que a proposta desta não pode ser considerada resultante de um processo aberto e transparente, na aceção do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2. Esta operação de qualificação insere-se, por seu turno, na fiscalização do Tribunal de Justiça no quadro do recurso⁶⁵.

64. As formas de que se devia revestir o processo pelo qual os ativos da Sernam iam ser cedidos em bloco não são definidas pelo direito da União, como destaca a SNCF. Contudo, o artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 impunha expressamente um limite, ou seja, o respeito pelo caráter aberto e transparente do processo.

65. Sem que seja necessário pronunciar-se sobre a questão de saber se os princípios do direito da União em matéria de contratos públicos são aplicáveis no contexto da execução do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 — tanto mais que 1) nada indica que foi essa a premissa da análise do Tribunal Geral, 2) a invocação pela SNCF das diretivas 2014/23 e 2014/24 é nova e 3) a SNCF não o contesta formalmente —, há que responder à recorrente que invoca o precedente que constitui o acórdão SMI⁶⁶ que, embora, nesse acórdão, o Tribunal de Justiça tenha considerado que o facto de a venda dos ativos em bloco não se ter produzido imediatamente, mas ter tido lugar após o insucesso de várias tentativas com outra sociedade, constituía um «índici[o] suscetive[l] de provar que o processo seguido era suficientemente aberto e transparente»⁶⁷, fê-lo no contexto de uma venda que ocorrera sob a supervisão de um juiz, elemento que a SNCF não especifica.

66. No que diz respeito aos concursos públicos, a SNCF refere-se à prática da Comissão e destaca que esta atribui importância ao facto de que «todas as empresas que podiam ter manifestado interesse [...] tiveram oportunidade de apresentar uma proposta de compra, tendo a mesma sido vendida com base na melhor proposta apresentada»⁶⁸, bem como ao acesso às informações em condições de igualdade⁶⁹. Contudo, quando, no contexto dos auxílios de Estado, a Comissão exija a organização de um processo aberto e transparente, considerar que esta exigência está satisfeita desde que o processo tenha sido desencadeado em bases abertas e transparentes que garantam a igualdade no acesso às informações a qualquer parte interessada, retirar-lhe-ia o seu efeito útil. Um processo aberto e transparente deve manter-se como tal ao longo de toda a sua vigência e não se confina, como sustenta a recorrente, a oferecer a oportunidade de apresentar uma proposta em condições idênticas no que se refere às informações e ao prazo⁷⁰.

65 V. *inter alia*, acórdão de 10 de maio de 2007, SGL Carbon/Comissão (C-328/05 P, EU:C:2007:277, n.º 41 e jurisprudência referida).

66 Acórdão de 29 de abril de 2004, Alemanha/Comissão (C-277/00, EU:C:2004:238).

67 N.º 95 do acórdão SMI.

68 A SNCF remete aqui para o n.º 102 da Decisão de 3 de julho de 2001, relativa ao auxílio estatal que a Espanha concedeu e que prevê conceder a favor da reestruturação da Babcock Wilcox España SA.

69 A SNCF remete aqui para os n.ºs 67 a 71 da Decisão de 27 de fevereiro de 2008, relativa ao auxílio estatal C 46/07 (ex NN 59/07) concedido pela Roménia a favor da Automobile Craiova.

70 Em todo o caso, ao admitir, no decurso do processo, um candidato que não participou nele de forma autónoma desde o início, é igualmente questionável se, no caso em apreço, foram realmente asseguradas aos participantes no processo condições idênticas no que se refere ao prazo.

67. No presente caso, é inegável que o candidato ao qual os ativos⁷¹ da Sernam foram cedidos não participou no processo desde o início. Por conseguinte, a inexistência de identidade entre os candidatos à aquisição iniciais e aquele cuja proposta acabou por ser acolhida podia legitimamente levar a Comissão, e posteriormente o Tribunal Geral, a considerar que o processo não fora transparente na medida em que conduziu à celebração da cessão com um candidato que não participou, *ab initio*, no concurso, o que pode ter prejudicado a situação concorrencial dos outros candidatos⁷² e esta alteração pode ter viciado o processo.

68. Por todas as razões que antecedem, o segundo fundamento deve ser julgado improcedente por ser, em parte, inadmissível e, em parte, improcedente.

3. Quanto ao terceiro fundamento, relativo a uma desvirtuação dos factos e a um erro de direito na medida em que o Tribunal Geral considerou erradamente que a proposta da equipa de direção da Sernam era muito mais desfavorável ao vendedor do que as propostas não vinculativas dos outros candidatos

a) Acórdão recorrido

69. Decorre dos n.ºs 165 a 166 do acórdão recorrido que, para considerar improcedente a alegação de que a proposta apresentada pela equipa de direção constituía o resultado de um processo transparente e aberto, na medida em que a referida equipa, que participara no processo desde o início, apresentou uma única proposta que era inicialmente comum com o candidato n.º 5, com o qual formava o consórcio, o Tribunal Geral baseou-se no facto de a proposta firme da equipa de direção estar muito distante da proposta de segunda volta feita pelo consórcio liderado pelo candidato n.º 5 e ser muito mais desfavorável ao vendedor. Para chegar a esta conclusão, o Tribunal Geral referiu vários elementos constantes das trocas de correspondência entre a Comissão e a República Francesa, em 2005 e em 2012, e considerou que a diferença entre as duas propostas devia ser apreciada com base no critério das necessidades previsíveis de recapitalização do objetivo pela recorrente, estimadas num montante muito superior na proposta final da equipa de direção da Sernam em relação ao que fora proposto pelo consórcio liderado pelo candidato n.º 5. A oferta negativa de segunda volta do consórcio ascendia, de acordo com o Tribunal Geral, com perímetro equivalente, a -56,4 milhões de euros, ao passo que a da equipa de direção ascendia a -95,5 milhões de euros⁷³. O Tribunal Geral rejeitou igualmente o argumento de que, uma vez que o candidato n.º 5 se retirara do processo, as discussões deviam logicamente prosseguir com a «última pessoa interessada» e considerou que era com o candidato n.º 4, que participara no processo desde o início e apresentara uma proposta preliminar de segunda volta de - 65,2 milhões de euros, que a SNFC devia ter tratado⁷⁴. O facto de o candidato não ter apresentado uma proposta firme é considerado irrelevante pelo Tribunal Geral, na medida em que a questão em análise é apenas a de saber se a proposta da equipa de direção da Sernam era resultado do processo de concurso⁷⁵.

71 E a parte essencial dos passivos: v., nomeadamente, n.º 48 das presentes conclusões.

72 Quanto à questão de saber se o direito da União se opõe a que uma entidade adjudicatária autorize um operador económico, que fazia parte de um agrupamento de duas empresas que foi pré-selecionado e que fez a primeira proposta num processo negociado de adjudicação de um contrato público, a continuar a participar nesse processo em nome próprio, na sequência da dissolução do referido agrupamento, destaque o acórdão de 24 de maio de 2016, MT Højgaard e Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), do qual pode retirar-se alguma inspiração, apesar das diferenças substanciais no que diz respeito ao direito aplicável ao caso então submetido ao Tribunal de Justiça.

73 V. n.º 167 do acórdão recorrido.

74 V. n.º 170 do acórdão recorrido.

75 V. n.º 173 do acórdão recorrido.

b) Resumo da argumentação das partes

70. A recorrente sustenta que a proposta da equipa de direção da Sernam não podia ser considerada resultante de um concurso que não fora nem aberto nem transparente por ser muito mais desfavorável para o vendedor do que as propostas preliminares de segunda volta apresentadas pelos outros candidatos. Por conseguinte, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito e desvirtuou os factos ao decidir o contrário. A SNCF alega que a proposta preliminar apresentada pelo consórcio se baseou num nível de tesouraria diferente daquele em que se baseou o candidato n.º 4 para apresentar a sua proposta preliminar de segunda volta. A SNCF contesta, por isso, a estimativa feita pelo Tribunal Geral das necessidades de recapitalização avaliadas pelo candidato n.º 4. Atendendo à forte deterioração da tesouraria da Sernam entre 31 de dezembro de 2004 e 30 de junho de 2005, o candidato n.º 4 teria necessariamente reavaliado as necessidades de recapitalização da Sernam a um nível muito superior. Admitindo que a proposta firme da equipa de direção da Sernam possa ser comparada com a proposta não vinculativa de segunda volta do consórcio, o Tribunal Geral cometeu, assim, um erro grave.

71. A Comissão, por seu lado, considera que este terceiro fundamento é irrelevante e, subsidiariamente, improcedente.

c) Análise

72. A intenção da recorrente no quadro deste terceiro fundamento é demonstrar que o Tribunal Geral considerou erradamente que a proposta firme apresentada pela equipa de direção da Sernam era muito mais desfavorável do que a apresentada pelo consórcio formado com o candidato n.º 5, antes deste se retirar do processo, ou do que a apresentada pelo candidato n.º 4 na segunda volta preliminar. Trata-se aqui, uma vez mais, de apreciar se a venda dos ativos da Sernam teve lugar por meio de um processo aberto e transparente. Ora, uma vez que concluímos, no quadro da análise do segundo fundamento, que, na medida em que a equipa de direção da Sernam não participou no processo de seleção desde o início e de forma autónoma e que, portanto, a seleção, *in fine*, da sua proposta não resultava, só por esse motivo, de um processo aberto e transparente, contrariamente ao que exigia o artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2, há que concluir que, mesmo que o Tribunal de Justiça decida — *quod non* — que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ou desvirtuou os factos ao considerar que a proposta da equipa de direção da Sernam era mais desfavorável, tal não pode pôr em causa a conclusão a que chegou e que acabo de recordar. Por conseguinte, comungo da posição da Comissão, de acordo com a qual o terceiro fundamento é irrelevante⁷⁶.

73. A título complementar, acrescento, em consonância com a Comissão, que o Tribunal Geral concluiu, nos n.ºs 166 e 168 do acórdão recorrido, que a proposta de segunda volta do consórcio formado com o candidato n.º 5 visava injetar «um montante significativo» no capital da Sernam, enquanto a proposta da equipa de direção previa apenas uma injeção muito menos significativa. Ora, essa parte do acórdão não é impugnada no quadro do recurso. A diferença substancial entre as propostas está, portanto, bem caracterizada, tornando irrelevante qualquer erro de direito ou desvirtuação que diga respeito à avaliação das necessidades de recapitalização entre as propostas.

74. Por último, admitindo que tal se insere no poder de fiscalização do Tribunal de Justiça no quadro de um recurso, não se pode criticar o Tribunal Geral por este não ter tido em conta os diferentes níveis de tesouraria da Sernam nos quais as diferentes propostas se basearam, uma vez que a SNCF não aduziu este argumento no Tribunal Geral. O Tribunal Geral não pode ter desvirtuado factos que

⁷⁶ O que, de resto, não parece ser contestado pela recorrente, uma vez que esta não reagiu, na sua réplica, à posição expressa pela Comissão.

não lhe foram apresentados. Quanto à comparação feita pelo Tribunal Geral da proposta firme da equipa de direção com a proposta não vinculativa de segunda volta do consórcio, a recorrente não articula qualquer alegação de direito sobre esta questão e, pelo contrário, parece admitir que tal comparação pode ser feita⁷⁷.

75. Por todas estas razões, terceiro fundamento deve ser julgado improcedente.

4. Quanto ao quarto fundamento, relativo a um erro de direito, a uma fundamentação insuficiente e a uma contradição de fundamentos, na medida em que o Tribunal Geral decidiu que a Comissão não fizera qualquer confusão entre o objeto e o preço da venda dos ativos da Sernam

a) Acórdão recorrido

76. No n.º 153 do acórdão recorrido, ao analisar a quarta parte do quarto fundamento⁷⁸, relativa a um erro de direito cometido pela Comissão na medida em que esta entendeu, no considerando 117 da Decisão Sernam 3, que a transferência não se limitara aos ativos da Sernam pelo facto de ter sido objeto de um acréscimo de 57 milhões de euros líquidos, o Tribunal Geral afirmou que a Comissão não fez nenhuma confusão entre o objeto e o preço de venda, uma vez que o referido montante, através de recapitalizações sucessivas da Sernam e, posteriormente, da Sernam Xpress, veio somar-se aos ativos destas. O Tribunal Geral considerou igualmente, no número seguinte, que não se podia acusar a Comissão de não ter especificado, na sua decisão, que não pretendia um preço negativo, uma vez que o preço negativo resulta do facto de a obrigação de só vender os ativos não ter sido respeitada, o que decorre, além disso, das avaliações «cash free, debt free» efetuadas pelos candidatos no termo da primeira volta do concurso, que levaram a propostas de preços, todas elas, positivas⁷⁹. O Tribunal Geral conclui que essas avaliações positivas demonstram que, se a SNCF se tivesse limitado a vender os ativos, sem os passivos, o seu preço de venda teria sido positivo ou nulo, mas não negativo⁸⁰.

b) Resumo da argumentação das partes

77. De acordo com a SNCF, ao entender, no considerando 117 da Decisão Sernam 3, que através da recapitalização da Sernam e da Sernam Xpress, fora efetuado um acréscimo aos ativos no montante líquido de 57 milhões de euros e que tal acréscimo não era autorizado pelo artigo 3.º, n.º 2, a Comissão confundiu o objeto da venda (os ativos em bloco) com o preço (negativo) pago pela sua aquisição. Partindo desta premissa, a recorrente critica o Tribunal Geral por este se ter limitado, no n.º 153 do acórdão recorrido, a concluir, sem provar e através de afirmações perentórias, que a Comissão não fizera nenhuma confusão do tipo da que é alegada pela SNCF. Esta sustenta igualmente que essa conclusão constitui um erro de direito e que o referido n.º 153 se afigura contraditório com o raciocínio desenvolvido pelo Tribunal Geral no quadro da segunda parte do quarto fundamento⁸¹.

77 V. n.º 86 do recurso, no qual a recorrente se contenta com uma fórmula que utiliza a locução «admitindo que».

78 Relativo a erros de direito e de facto cometidos pela Comissão na medida em que esta considerou que a cessão dos ativos em bloco não respeitara as condições previstas no artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2.

79 V. n.ºs 155 a 157 do acórdão recorrido.

80 V. n.º 158 do acórdão recorrido.

81 Relativa a erros de direito e de facto cometidos pela Comissão na medida em que entendeu, nos considerandos 99 a 102 da Decisão Sernam 3, que a cessão dos ativos em bloco da Sernam a um preço negativo não constituía uma venda.

78. A SNCF contesta que a venda dos ativos tenha sido objeto de um acréscimo de 57 milhões de euros líquidos e explica que a recapitalização nesse montante⁸² não constitui um acréscimo aos ativos cedidos mas o preço negativo pago pela aquisição dos ativos da Sernam em bloco. Apesar de ter admitido, nos n.ºs 103 e 107 do acórdão recorrido, que o direito dos auxílios de Estado não se preocupa com as formas jurídicas que possam revestir as transações, mas sim com a sua realidade económica, e de ter reconhecido a possibilidade de proceder a uma venda a «preços negativos» por meio de uma recapitalização prévia pelo vendedor, o Tribunal Geral recusou considerar a recapitalização da Sernam resultante do preço negativo pago pela cessão dos ativos em bloco, através de uma análise que assenta exclusivamente na forma jurídica dessa entrada.

79. O raciocínio do Tribunal Geral está afetado por um segundo erro de direito. Enquanto o Tribunal Geral afirmou que o preço negativo resultava do facto de a obrigação de vender apenas os ativos da Sernam, excluindo os passivos, não ter sido respeitada, a SNCF alega que, na medida em que a cessão em bloco implicava a prossecução da atividade da Sernam, a existência de uma «badwill»⁸³ que traduzia o carácter estruturalmente deficitário da atividade cedida e a transferência automática dos contratos de trabalho, como prevê o direito francês, implicam um valor necessariamente negativo da atividade. O preço negativo não se deve, portanto, ao acréscimo de determinados passivos, mas simplesmente à própria redação do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2, que, ao exigir que os ativos sejam cedidos em bloco, autoriza a cessão de uma atividade estruturalmente deficitária, incluindo os encargos de exploração ligados à prossecução dos contratos de trabalho do pessoal.

80. Na sua réplica, a SNCF acrescenta que considerar que a venda podia ter-se realizado a um preço positivo é uma conjectura sem fundamento que constitui uma desvirtuação dos factos, uma vez que todas as propostas apresentadas foram amplamente negativas.

81. Por seu lado, a Comissão considera que o quarto fundamento é, em parte, inadmissível e, em parte, improcedente.

c) Análise

82. A tese da SNCF consiste em sustentar que a recapitalização é um dos elementos da venda a preço negativo dos ativos da Sernam em bloco. Saliente-se, portanto, desde já, que a recapitalização da Sernam pela SNCF na forma de acréscimo aos ativos não é, do ponto de vista factual⁸⁴, objeto de contestação. Ora, no n.º 153 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral afirmou que «a quantia de 57 milhões de euros líquidos, através das recapitalizações sucessivas da Sernam e, posteriormente, da Sernam Xpress, veio somar-se aos ativos da Sernam e, posteriormente, da Sernam Xpress». Trata-se de uma constatação de facto, que não é contestada pelas partes. Por conseguinte, é difícil censurar ao Tribunal Geral uma qualquer fundamentação insuficiente. Além disso, o Tribunal Geral infere a inexistência de confusão entre o objeto da venda e o preço da venda da redação do considerando 117 da Decisão Sernam 3, invocado no número anterior do acórdão recorrido.

83. Além disso, também não se afigura contraditório decidir, por um lado, que o direito da União não se opõe a que uma venda se efetue a um preço negativo, como o Tribunal Geral fez no n.º 107 do acórdão recorrido, e, por outro lado, que uma recapitalização que tenha ocorrido nas circunstâncias descritas no n.º 153 não é compatível com o artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2. Trata-se de duas questões totalmente diferentes. A primeira afirmação foi formulada no quadro da análise relativa à condição de «venda» exigida por esse artigo, tendo a Comissão então contestado que uma venda pudesse ser efetuada a um preço negativo. Essa questão deve ser distinguida da questão de saber se

82 Mais concretamente, uma recapitalização de 59 milhões de euros, aos quais foram retirados dois milhões, pagos pela Financière Sernam para a aquisição dos ativos em bloco da Sernam: v. n.º 93 do recurso.

83 Ou seja, a diferença que pode existir entre o preço de aquisição pago em numerário ou em títulos e o valor dos ativos e passivos exigíveis adquiridos tomados individualmente (v. n.º 223 do acórdão recorrido).

84 V. n.º 93 do recurso.

um acréscimo de ativos era autorizado pela Comissão na sua Decisão Sernam 2. Por outras palavras, embora, ao interpretar o conceito de «venda dos ativos em bloco», o Tribunal Geral se tenha debruçado, num primeiro momento, sobre o conceito de «venda», os elementos do acórdão que são impugnados no quadro do presente fundamento dizem respeito, por seu turno, ao conceito de «ativos em bloco». Decorre do título da quarta parte do quarto fundamento articulado no Tribunal Geral que este se debruçava então sobre a questão de saber se a Comissão podia legitimamente entender, no considerando 117 da Decisão Sernam 3, que a transferência limitada aos ativos da Sernam fora objeto de um acréscimo indevido de 57 milhões de euros. Recorde-se que o referido considerando 117, após recordar os factos, concluiu que «tal acréscimo [...] não [era] autorizado pelo artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2».

84. A apreciação do Tribunal Geral contida no n.º 154 do acórdão recorrido, segundo a qual o preço negativo resulta do acréscimo dos passivos à venda dos ativos da Sernam decorre, por seu lado, de uma apreciação factual a propósito da qual a recorrente não alegou, no quadro do presente fundamento, qualquer desvirtuação dos factos. De resto, embora a SNCF conteste, de forma geral, que a venda dos ativos em bloco devesse ser feita obrigatoriamente sem os passivos, logicamente não contesta que a venda da Sernam incluiu a grande maioria desses passivos. Ora, como já referi, a venda tal como prevista no artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 devia efetivamente ser entendida como dizendo respeito apenas aos ativos e excluindo os passivos da Sernam. O simples facto de terem sido incluídos passivos na venda é suficiente para considerar que as condições desse artigo não foram respeitadas. Em todo o caso, recordo também que a SNCF admitiu, na audiência no Tribunal Geral, que «quando um ativo é cedido individualmente, tem, por definição, um valor que pode ser positivo ou nulo, mas que não pode ser negativo»⁸⁵. É, portanto, difícil de conceber que a recorrente queira de novo discutir, na fase de recurso, uma afirmação que apenas retira as consequências da posição que ela própria tomou.

85. Por todas estas razões, o quarto fundamento deve ser julgado improcedente.

5. Quanto ao quinto fundamento, relativo a um erro de direito e a uma desvirtuação do dispositivo da Decisão Sernam 2 na medida em que o Tribunal Geral considerou que a inscrição no passivo da liquidação da Sernam da obrigação de recuperação do auxílio de 41 milhões de euros não estava em conformidade com o artigo 4.º da Decisão Sernam 2

a) Acórdão recorrido

86. Nos n.ºs 237 e seguintes do acórdão recorrido, o Tribunal Geral analisou a alegação de que nenhum dos critérios que permitiam concluir pela continuidade económica entre a Sernam e a Sernam Xpress estava preenchido no caso em apreço. Após ter recordado o considerando 144 da Decisão Sernam 3, nos termos do qual a Comissão concluíra que «todos os critérios que permit[iam] demonstrar a continuidade económica na aceção da decisão e do acórdão Seleco [⁸⁶] [estavam], portanto, presentes», o Tribunal Geral examinou, um a um, cada um dos referidos critérios.

87. No que diz respeito ao objeto da transferência, o Tribunal Geral recordou, tendo em conta o que decidira anteriormente nos n.ºs 134 a 137 do acórdão recorrido, que a Comissão considerara corretamente que fora cedida a totalidade da empresa, em violação do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2⁸⁷.

⁸⁵ N.º 155 do acórdão recorrido.

⁸⁶ Acórdão de 8 de maio de 2003, Itália e SIM 2 Multimedia/Comissão (C-328/99 e C-399/00, EU:C:2003:252).

⁸⁷ V. n.º 240 do acórdão recorrido.

88. No que diz respeito à identidade dos acionistas, o Tribunal Geral validou a análise da Comissão que concluiu que a entrada da Sernam na Sernam Xpress decorreria no interior do grupo da recorrente⁸⁸.

89. No que diz respeito ao momento da transferência, o Tribunal Geral recordou, por um lado, que o momento da execução de uma decisão que implica a possibilidade de uma venda de ativos em bloco do beneficiário do auxílio, bem como uma obrigação de recuperação de um auxílio ilegal e incompatível, se apresenta tão propício para contornar a obrigação de recuperação como a fase do procedimento formal de investigação no decurso da qual as alegadas operações para contornar tal obrigação, nos processos Seleco, SMI e CDA⁸⁹ invocados pela recorrente, tinham sido efetuadas⁹⁰ e, por outro lado, que já decidira anteriormente que a operação realizada não respeitara o prazo nem as modalidades previstas no artigo 3.º, n.º 2, da decisão Sernam 2⁹¹.

90. No que diz respeito à lógica económica, o Tribunal Geral recordou igualmente que as condições referidas no artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 não foram respeitadas, que a atividade económica da Sernam não fora interrompida e que, por conseguinte, a finalidade do referido artigo não fora respeitada⁹². O Tribunal Geral decidiu igualmente que a recorrente não podia invocar o seu direito nacional para justificar que a venda, que devia ser feita sem os passivos, os incluísse⁹³.

91. No que diz respeito ao preço, o Tribunal Geral considerou, essencialmente, que o preço negativo pago não podia ser considerado um preço de mercado resultante de um concurso aberto e transparente, uma vez que o Tribunal Geral já decidiu que a proposta da equipa de direção não resultava de um processo aberto e transparente⁹⁴. Recordou igualmente que esse preço negativo de 57 milhões de euros fora concebido mais como um auxílio operacional que permitia cobrir as perdas da Sernam Xpress no período de 2005 a 2008 e ao qual se juntava a remissão do crédito sobre a Sernam no montante de 38,5 milhões de euros⁹⁵. O Tribunal Geral rejeitou seguidamente, por um lado, o valor probatório das várias peritagens independentes invocadas pela SNCF com o objetivo de confirmar que o preço de cessão era um preço de mercado⁹⁶ e, por outro lado, os argumentos da SNCF contra as duas últimas frases do considerando 145 da Decisão Sernam 3, devido ao seu caráter acessório, uma vez que as referidas frases constituíam apenas um «indício suplementar» de que o equilíbrio contratual entre a SNCF e a Financière Sernam não refletia as condições de mercado⁹⁷. Além disso, o Tribunal Geral decidiu que foi acertadamente que a Comissão chegou à conclusão de que a transferência das atividades da Sernam para a Sernam Xpress teve como consequência que a Sernam Xpress conservou o benefício efetivo da vantagem concorrencial ligada ao benefício dos auxílios concedidos, devido ao facto de haver continuidade económica entre as duas sociedades⁹⁸. Por outro lado, à invocação da jurisprudência relativa à venda de ações, nos termos da qual, de acordo com a República Francesa, impor à empresa vendida que reembolse o auxílio ilegal e incompatível acabaria por penalizar o adquirente da referida empresa, ou seja, a Financière Sernam, que, ao pagar ao preço de mercado, já deve pagar o auxílio, o Tribunal Geral respondeu que a Comissão considerara que a venda das participações sociais da Sernam Xpress à Financière Sernam não tivera como consequência libertar a Sernam Xpress da sua obrigação de reembolsar o auxílio de 41 milhões de euros. De facto, a obrigação de reembolsar o auxílio de 41 milhões de euros não foi transferida para a Financière Sernam

88 V. n.º 243 do acórdão recorrido.

89 Respetivamente, acórdãos de 8 de maio de 2003, Itália e SIM 2 Multimedia/Comissão (C-328/99 e C-399/00, EU:C:2003:252), acórdão SMI e acórdão CDA.

90 V. n.º 246 do acórdão recorrido.

91 N.º 247 do acórdão recorrido, remetendo aqui o Tribunal Geral para os n.ºs 84 a 93 e 110 a 187 do acórdão recorrido.

92 V. n.º 251 do acórdão recorrido.

93 V. n.º 252 do acórdão recorrido.

94 V. n.º 255 do acórdão recorrido.

95 V. n.º 256 do acórdão recorrido.

96 V. n.ºs 257 a 260 do acórdão recorrido.

97 V. n.ºs 261 e 262 do acórdão recorrido.

98 V. n.ºs 263 a 265 do acórdão recorrido.

enquanto adquirente das participações sociais da Sernam Xpress, mas enquanto sucessora jurídica desta na sequência da fusão de 30 de junho de 2011 e da transmissão universal de património que se lhe seguiu, e tendo a Comissão feito prova bastante da continuidade económica entre a Sernam e a Sernam Xpress⁹⁹. Por último, o Tribunal Geral considerou irrelevante a invocação pela SNCF do critério do investidor privado, que, na sua opinião, não tem qualquer ligação com a obrigação de recuperar os 41 milhões de euros, antes diz respeito à questão, totalmente diferente, da qualificação dos auxílios novos¹⁰⁰. Em conclusão, o Tribunal Geral decidiu que a Comissão considerou corretamente, de acordo com a jurisprudência Comissão/Espanha¹⁰¹, que a simples inscrição do auxílio ilegal e incompatível no passivo de liquidação da Sernam não se revelara suficiente para eliminar a distorção de concorrência e considerou improcedente a alegação de que nenhum dos critérios de continuidade económica estava preenchido no caso em apreço¹⁰².

92. Por último, nos n.ºs 275 e seguintes do acórdão recorrido, o Tribunal Geral analisou a alegação de que a referida inscrição estava em conformidade com o artigo 4.º da Decisão Sernam 2, recordou a jurisprudência Comissão/Espanha¹⁰³, nos termos da qual o auxílio deve ser recuperado junto da sociedade que prossegue a atividade económica da empresa que inicialmente beneficiou da vantagem ligada à concessão de auxílios de Estado e que conserva o seu benefício efetivo, e concluiu que, num contexto de recuperação de auxílios de Estado, a alusão à continuação da existência da Sernam devia ser entendida como uma referência à manutenção da atividade económica da Sernam. Por conseguinte, o Tribunal Geral considerou improcedente referida alegação, na medida em que a inscrição no passivo da liquidação da Sernam do auxílio ilegal e incompatível não respeitava o artigo 4.º da Decisão Sernam 2.

b) Resumo da argumentação das partes

93. A SNCF censura, uma vez mais, ao Tribunal Geral o facto de este ter desvirtuado o dispositivo da Decisão Sernam 2 na medida em que considerou que o artigo 4.º dessa decisão «só podia fazer alusão à manutenção da atividade económica da Sernam»¹⁰⁴ quando a redação desse artigo é clara e sem ambiguidades, não faz nenhuma referência à interrupção da referida atividade e limita-se a distinguir consoante a sociedade Sernam, enquanto pessoa coletiva, continue ou não a existir, o que se justifica plenamente, tendo em conta a jurisprudência constante de acordo com a qual, quando uma empresa que beneficiou de um auxílio de Estado vende os seus ativos a um terceiro ao preço de mercado, o benefício do auxílio é incluído no preço, de modo que o gozo efetivo do auxílio continua a pertencer ao vendedor¹⁰⁵. Ao desvirtuar o artigo 4.º da Decisão Sernam 2, o Tribunal Geral cometeu igualmente um erro de direito que deve conduzir à anulação do acórdão recorrido.

94. Além disso, a recorrente destaca vários erros de direito cometidos pelo Tribunal Geral quando analisou as condições da continuidade económica entre a Sernam e a adquirente dos ativos em bloco¹⁰⁶, apesar de a Comissão não estar, em todo o caso, obrigada a ter todos esses elementos em conta¹⁰⁷.

99 V. n.ºs 266 a 270 do acórdão recorrido.

100 V. n.ºs 271 e 272 do acórdão recorrido.

101 Acórdão de 11 de dezembro de 2012, Comissão/Espanha (C-610/10, EU:C:2012:781).

102 V. n.ºs 273 e 274 do acórdão recorrido.

103 Acórdão de 11 de dezembro de 2012, Comissão/Espanha (C-610/10, EU:C:2012:781).

104 N.º 278 do acórdão recorrido.

105 A recorrente refere-se aqui ao acórdão de 20 de setembro de 2001, Banks (C-390/98, EU:C:2001:456, n.º 77), e ao n.º 80 do acórdão SMI.

106 Quanto à definição dessas condições, a SNCF remete para os acórdãos do Tribunal Geral de 13 de setembro de 2010, Grécia e o./Comissão (T-415/05, T-416/05 e T-423/05, EU:T:2010:386, n.º 135), e de 28 de março de 2012, Ryanair/Comissão (T-123/09, EU:T:2012:164, n.º 155).

107 Como recordou o Tribunal Geral no n.º 235 do acórdão recorrido.

95. No que diz respeito à identidade dos acionistas, a SNCF recorda que as condições estabelecidas no artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 não lhe permitiram proceder a uma venda dos ativos da Sernam em bloco à Financière Sernam por razões ligadas às especificidades do direito francês¹⁰⁸. O processo de entrada-cessão, precedido de uma recapitalização em caso de preço negativo, corresponde à realidade económica de uma cessão dos ativos da Sernam em bloco à Financière Sernam ao seu valor de mercado. Ao considerar que a continuidade económica deve ser apreciada entre a Sernam e a Sernam Xpress, o Tribunal Geral decompôs artificialmente uma operação única que tinha como única lógica económica a transferência de propriedade dos ativos da Sernam em bloco. Desse modo, o Tribunal Geral violou o princípio de que o direito dos auxílios de Estado não se preocupa com as formas jurídicas que as transações podem assumir, mas apenas com a sua realidade económica, e viciou o seu acórdão de contradição de fundamentos no que diz respeito ao princípio, recordado no n.º 107 do acórdão recorrido, de que uma venda pode efetuar-se a preços negativos. A Sernam Xpress foi apenas o veículo constituído para permitir a transferência de propriedade dos ativos da Sernam em bloco para a Financière Sernam. De resto, depois de realizada a operação, a Financière Sernam fundiu-se com a Sernam Xpress. O Tribunal Geral não teve em consideração que a Financière Sernam é a proprietária e a responsável pela exploração dos ativos da Sernam colocados na Sernam Xpress e que não existe, portanto, qualquer identidade entre os acionistas da Financière Sernam e os da Sernam.

96. No que diz respeito ao preço de mercado, a SNCF censura o Tribunal por este ter cometido um erro de direito na medida em que recusou tomar em consideração o preço de mercado pago pelos ativos da Sernam quando, de acordo com a jurisprudência, a existência de um preço de mercado é um dos critérios mais importantes para concluir pela inexistência de continuidade económica. Neste ponto, a recorrente apoia-se, em especial, nos acórdãos SMI e CDA¹⁰⁹.

97. No que diz respeito ao objeto da transferência, o Tribunal Geral considerou erradamente que fora cedida a totalidade da empresa, uma vez que os ativos da Sernam em bloco foram cedidos apenas com os passivos de exploração.

98. No que diz respeito ao momento da transferência, a SNCF sustenta que não pode alegar-se que foi contornada a obrigação de recuperação, uma vez que a própria Comissão previu a possibilidade de uma cessão de ativos da Sernam em bloco e que esses ativos foram cedidos a preço de mercado.

99. No que diz respeito à lógica económica da operação, o Tribunal Geral concluiu erradamente que o artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 exigia a interrupção da atividade económica da Sernam quando a possibilidade de uma cessão dos ativos em bloco tornava justamente possível a transferência da atividade da Sernam. O Tribunal Geral não pode invocar que a lógica da operação foi contra os objetivos da referida decisão quando essa operação era permitida pelo artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2.

100. A SNCF conclui que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito e desvirtuou o artigo 4.º da Decisão Sernam 2 ao decidir que a inscrição no passivo da liquidação judicial da Sernam do crédito correspondente ao montante de 41 milhões de euros de auxílio declarado incompatível pela Decisão Sernam 2 não estava em conformidade com o artigo 4.º dessa decisão.

101. Por seu lado, a Comissão considera que o presente fundamento é, em parte, irrelevante e, em parte, inadmissível.

¹⁰⁸ Descritas em pormenor no n.º 116 do recurso.

¹⁰⁹ Respetivamente, n.ºs 66, 70, 78, 84, 86, 93 a 95 do acórdão SMI e n.ºs 97 a 99 do acórdão CDA.

c) Análise

102. O artigo 4.º da Decisão Sernam 2 dispunha que qualquer venda da Sernam devia efetuar-se ao preço de mercado e por meio de um processo transparente e aberto a todos os concorrentes e que se essas condições fossem respeitadas, a restituição do auxílio de 41 milhões de euros¹¹⁰ incumbiria à «sociedade Sernam», caso «a Sernam» continuasse a existir. Na Decisão Sernam 3, a Comissão verificou se o processo de recuperação do auxílio incompatível escolhido pela França, isto é, a inscrição do crédito do Estado na massa insolvente da Sernam, implicava a eliminação da distorção da concorrência¹¹¹. Considerando que o artigo 4.º da Decisão Sernam 2 estabelecia uma distinção consoante existisse ou não interrupção da atividade económica da Sernam, a Comissão analisou a transferência das atividades da Sernam para a Financière Sernam à luz dos critérios e princípios extraídos dos acórdãos SMI, CDA e Seleo para determinar se se devia alargar a recuperação à Financière Sernam e às suas filiais. Essa análise consta dos considerandos 143 a 151 da Decisão Sernam 3. Como sabemos, a Comissão concluiu que a transferência das atividades da Sernam para a Sernam Xpress teve como consequência o facto de a Sernam Xpress ter mantido o gozo efetivo da vantagem concorrencial ligada ao benefício dos auxílios concedidos, dado que se registou uma continuidade económica entre as duas empresas, e a transferência correspondeu, ainda de acordo com a Comissão, a uma forma de contornar a ordem de recuperação que recaía sobre a Sernam¹¹². Na sequência da fusão entre a Sernam Xpress e a Financière Sernam, a obrigação de recuperação foi transferida para esta, que, com as suas filiais, prossegue a atividade da Sernam e da Sernam Xpress, continuando a beneficiar do auxílio de 41 milhões de euros inicialmente concedido à Sernam¹¹³.

103. O Tribunal Geral apreciou esta análise efetuada pela Comissão, recordada nos n.ºs 237 e seguintes do acórdão recorrido. O quinto fundamento do recurso é dirigido contra esta parte do referido acórdão, através de uma argumentação da recorrente por vezes confusa, frequentemente repetitiva e que não identifica claramente os erros de direito concretamente imputados, misturando de forma intrincada os factos e o direito.

104. Respondo imediatamente à alegação relativa a uma desvirtuação e a um erro de direito na medida em que o Tribunal Geral interpretou de forma errada o artigo 4.º da Decisão Sernam 2. De acordo com o adágio «quem pode o mais pode o menos», analisarei apenas o erro de direito alegado, uma vez que a análise da desvirtuação é necessariamente mais superficial.

105. Para decidir que o artigo 4.º da Decisão Sernam 2 condicionava a recuperação do auxílio junto da Sernam SA à manutenção da atividade económica desta, o Tribunal Geral remeteu não apenas para a redação do referido artigo mas igualmente para o contexto no qual este se insere, que é o da recuperação de auxílios de Estado. A este respeito, decorre de jurisprudência constante que a SCNF não ignorava que o principal objetivo visado pelo reembolso de um auxílio de Estado pago ilegalmente é eliminar a distorção da concorrência provocada pela vantagem concorrencial proporcionada¹¹⁴. Além disso, o resultado pretendido com o restabelecimento da situação anterior ao pagamento do auxílio ilegal é, de forma geral, a manutenção do efeito útil das disposições dos Tratados relativas aos auxílios de Estado¹¹⁵. A este respeito, o desaparecimento jurídico da Sernam

110 Que correspondem, essencialmente, a auxílios suplementares devidos ao atraso da associação da Sernam à Geodis e que as autoridades francesas apenas comunicaram à Comissão no relatório anual de 2002 e sem que esse montante adicional tenha sido objeto de renotificação completa do dossiê (v. nomeadamente, considerando 176 da Decisão Sernam 2).

111 V. considerando 37 da Decisão Sernam 3.

112 V. em especial, considerando 148 da Decisão Sernam 3.

113 V. considerando 150 da Decisão Sernam 3.

114 V. *inter alia*, n.º 77 do acórdão SMI.

115 Acórdão de 20 de setembro de 2001, Banks (C-390/98, EU:C:2001:456, n.º 75).

enquanto pessoa coletiva não é, por si só, de modo algum, uma garantia do desaparecimento da atividade subsidiada. Por último, como o Tribunal Geral recordou¹¹⁶, o auxílio deve ser recuperado junto da sociedade que prossegue a *atividade económica* da empresa que inicialmente beneficiou da vantagem.

106. Por conseguinte, a interpretação contextualizada do artigo 4.º da Decisão Sernam 2, à qual o Tribunal Geral procedeu, para além de decorrer de um método de interpretação clássico à disposição do juiz da União, não está ferida de qualquer erro de direito. Assim, deve ser julgada improcedente a alegação relativa a um erro de direito na medida em que o Tribunal Geral interpretou de forma errada o artigo 4.º da Decisão Sernam 2.

107. Uma vez que se confirma que a Sernam continuava a ser, aos olhos da Comissão, a devedora da obrigação de reembolsar o auxílio de 41 milhões se a sua atividade económica prosseguisse, resta verificar se os critérios necessários para essa prossecução foram corretamente analisados pelo Tribunal Geral. Como decorre do n.º 236 do acórdão recorrido, a SNCF «não contest[a] [a] grelha de análise da continuidade económica» recordada nos n.ºs 234 e 235 do referido acórdão.

1) Quanto ao objeto da transferência

108. A SNCF procede a uma leitura errada do acórdão recorrido ao afirmar que o Tribunal Geral considerou que o critério do objeto da transferência estava preenchido porque a totalidade da Sernam foi cedida em violação do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2. No n.º 240 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral decidiu que esse critério devia ser considerado preenchido não apenas devido ao facto de a cessão ter sido efetuada em violação do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2, mas, pelo contrário, porque acabara de concluir, na análise da terceira parte do quarto fundamento, que a Comissão tinha razão ao considerar que fora cedida a totalidade da Sernam¹¹⁷. Além disso, ao considerar que a sua alegação pretende demonstrar o carácter meramente irrelevante do argumento do Tribunal Geral, a SNCF não apresenta qualquer alegação destinada a contestar a realidade da conclusão a que o Tribunal Geral chegou. Como sublinha a Comissão, a SNCF não colocou aqui em causa o n.º 137 do acórdão recorrido, no qual o Tribunal conclui que «[a] Comissão não cometeu, portanto, qualquer erro de direito ou de facto quanto ao objeto da transação ao afirmar, no considerando 116 da [Decisão Sernam 3], que a transferência das atividades não constituía uma venda dos ativos, mas sim uma transmissão *da totalidade* (ativos e passivos) da Sernam, com algumas exceções»¹¹⁸.

2) Quanto à identidade dos acionistas

109. Decorre claramente do esquema reproduzido no n.º 23 das presentes conclusões que a recorrente, a quem a Comissão pedia que cedesse os ativos da sua filial Sernam, detinha uma outra filial designada Sernam Xpress e que foi a essa filial que os ativos da Sernam foram cedidos. Por conseguinte, a SNCF cedeu a empresa beneficiária do auxílio a uma das suas filiais.

110. A SNCF censura ao Tribunal Geral o facto de este ter analisado o critério da identidade dos acionistas no que diz respeito à relação entre a Sernam e a Sernam Xpress e não entre a Sernam Xpress e a Financière Sernam. Explica que a Sernam Xpress foi apenas um veículo para transportar os ativos da Sernam e cuja intermediação se tornou necessária devido à conjugação de condicionantes jurídicas de ordem nacional e comunitária.

¹¹⁶ V. n.º 277 do acórdão recorrido, que cita o acórdão de 11 de dezembro de 2012, Comissão/Espanha (C-610/10, EU:C:2012:781).

¹¹⁷ Tendo em conta a jurisprudência recordada no n.º 234 do acórdão recorrido, e que a SNCF não contesta, a retoma dos contratos de trabalho invocada várias vezes pela SNCF é igualmente um indício de que o objeto da transferência diz respeito a uma parte pelo menos substancial da Sernam.

¹¹⁸ O sublinhado é meu.

111. Contudo, recorro que a totalidade dos ativos da Sernam foi transferida para a Sernam Xpress e que a SNCF não contesta que esta transferência tenha ocorrido. Além disso, como recordou pertinentemente o Tribunal Geral, a Comissão não baseou o seu raciocínio na continuidade económica entre a Sernam e a Financière Sernam. Nomeadamente, não é porque existe uma identidade entre os acionistas da Sernam e da Financière Sernam que a Comissão considerou que esse critério estava preenchido, mas sim porque existe uma identidade entre os acionistas da Sernam e da Sernam Xpress. E a Comissão chegou à conclusão de que a Financière Sernam deve ser considerada devedora da obrigação de recuperar o auxílio de 41 milhões de euros apenas porque foi ela que foi objeto de fusão com a Sernam Xpress, mas, no final da análise, a devedora, em primeiro lugar, da obrigação de recuperação é claramente a Sernam Xpress¹¹⁹. Nestas condições, os argumentos da SNCF que visam demonstrar a inexistência de identidade entre acionistas da Sernam e da Financière Sernam são irrelevantes. A acusação de violação do princípio de que o direito dos auxílios de Estado não trata das formas jurídicas das transações mas apenas da realidade económica também não pode, por essas mesmas razões, proceder.

3) Quanto ao momento da transferência

112. Importa aqui observar que, se é possível considerar que a transferência teve lugar após a adoção da Decisão Sernam 2 e para efeitos da sua execução, tal não exclui que, a partir do momento em que as autoridades francesas tiveram conhecimento dessa decisão, sabiam que tinham de recuperar o auxílio de 41 milhões de euros, pelo que admitir que, quando a transferência ocorra depois da decisão final, não pode excluir-se a intenção de contornar a obrigação de recuperação não constitui qualquer erro de direito por parte do Tribunal Geral, tanto mais que a SNCF não identificou nenhuma regra de direito em particular que tenha sido violada pelo Tribunal Geral.

4) Quanto à lógica económica da operação

113. A recorrente contesta aqui que o Tribunal Geral tenha podido concluir que a operação não interromperia a atividade económica da Sernam e que, por isso, a finalidade do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 não fora respeitada quando, de acordo com a SNCF, o referido artigo tornava possível a transferência da atividade da Sernam. Ao fazê-lo, o Tribunal Geral limita-se a reiterar de forma sucinta argumentos que já foram suscitados, analisados e aos quais foi negado provimento no quadro do primeiro fundamento do presente recurso, para o qual, por conseguinte, remeto.

5) Quanto ao preço da transferência

114. A SNCF censura aqui ao Tribunal Geral o facto de este ter recusado tomar em consideração o preço de mercado pago pelos ativos da Sernam quando, na sua opinião, esse preço é, «de acordo com a jurisprudência, um dos critérios mais importantes para concluir pela inexistência de continuidade económica»¹²⁰. No âmbito da sua argumentação, a recorrente limita-se a repetir a invocação feita pela Comissão, nos n.ºs 137 e seguintes da Decisão Sernam 3, da jurisprudência relativa à venda das atividades que tenham beneficiado de um auxílio. A SNCF insiste, em especial, na afirmação do Tribunal Geral no acórdão CDA¹²¹, de que, quando o adquirente tenha pago um preço de compra a valores de mercado, não se pode concluir que este conserva o gozo efetivo da vantagem concorrencial.

¹¹⁹ V. considerando 149 do acórdão recorrido.

¹²⁰ V. n.ºs 120 e 125 do recurso.

¹²¹ N.ºs 97 a 99.

115. Ora, em primeiro lugar, não estou convencido de que se possa censurar ao Tribunal Geral o facto de este não ter tomado em consideração esse critério, uma vez que este procedeu efetivamente à análise destinada a determinar se esse critério estava preenchido no caso em apreço, tendo concluído que não estava.

116. Em segundo lugar, embora a SNCF tenha recordado, com razão, que o critério do preço de mercado é um dos mais importantes, porventura esqueceu-se de que não se trata, em todo o caso, de um critério suficiente para concluir que não existiu continuidade económica, pelo que, mesmo que fosse possível detetar um erro de direito na análise do Tribunal Geral relativa ao critério do preço pago no contexto da análise da continuidade económica, não seria suficiente para deitar por terra a totalidade da referida análise e, ainda menos, como pede a recorrente, para anular o acórdão recorrido.

117. Em terceiro lugar, ao referir-se também aos números do acórdão SMI¹²² nos quais o Tribunal de Justiça tomou igualmente em consideração a natureza do processo desenvolvido para chegar à adjudicação ao alegado preço de mercado, a SNCF não contesta a correlação que o Tribunal Geral estabeleceu, no n.º 255 do acórdão recorrido, entre a exigência de um processo aberto e transparente, por um lado, e a exigência de um preço de mercado, por outro. Ora, decorre da análise levada a cabo no quadro do segundo fundamento do presente recurso que o processo que devia levar à venda dos ativos da Sernam em bloco não apresentava todas as características de um processo aberto e transparente.

6) Conclusão quanto ao quinto fundamento

118. Não podendo ser acolhida nenhuma alegação apresentada no quadro do quinto fundamento, este deve ser considerado improcedente.

6. Quanto ao sexto fundamento, relativo a um erro de direito, a uma fundamentação insuficiente e a uma desvirtuação dos factos na medida em que o Tribunal Geral decidiu que o princípio do investidor privado não era aplicável à cessão de ativos da Sernam em bloco

a) Acórdão recorrido

119. O sexto fundamento é dirigido contra os n.ºs 283 e seguintes do acórdão recorrido, nos quais o Tribunal Geral se debruçou sobre a primeira parte do sexto fundamento do recurso de anulação¹²³, relativa ao facto de a Comissão ter cometido um erro de direito ao declarar que o critério do investidor privado não era aplicável no presente caso.

120. O Tribunal Geral recordou que a decisão da Comissão de não aplicar o critério do investidor privado assenta em dois fundamentos enunciados nos considerandos 154 e 155 da Decisão Sernam 3 e analisou primeiro os argumentos da SNCF relativos ao segundo fundamento¹²⁴, de acordo com o qual a Comissão considerara que o preço negativo acordado entre a SNCF e a Financière Sernam demonstrava que se tratava da cessão de uma atividade deficitária, que não podia ser o equivalente de

¹²² N.ºs 93 a 95.

¹²³ Relativo a um erro de direito cometido pela Comissão na medida em que considerou que as medidas previstas no protocolo de acordo de 21 de julho de 2005, relativo à cessão em bloco dos ativos da Sernam, constituíam novos auxílios de Estado a favor da Sernam Xpress-Financière Sernam.

¹²⁴ V. n.º 288 do acórdão recorrido.

uma medida compensatória e que o preço negativo correspondia a um auxílio operacional, por definição inapto para reduzir as distorções de concorrência. Para a Comissão, a execução incorreta das medidas compensatórias previstas no artigo 3.º da Decisão Sernam 2 tornou inaplicável o critério do investidor privado¹²⁵.

121. Relativamente a este segundo fundamento, o Tribunal Geral debruçou-se primeiro sobre o fundamento relativo ao facto de a venda dos ativos em bloco não constituir uma alternativa às medidas compensatórias previstas no artigo 3.º, n.º 1, da Decisão Sernam 2¹²⁶. A este respeito, em primeiro lugar, o Tribunal Geral recordou que o artigo 3.º, n.º 2, da referida decisão correspondia à execução de uma das duas condições alternativas de compatibilidade do auxílio à reestruturação propostas pela Comissão e a uma alternativa equivalente às condições do n.º 1, uma vez que os dois números visam exatamente o mesmo objetivo compensatório das distorções de concorrência (a retirada do mercado rodoviário com excesso de capacidade, no cenário previsto no artigo 3.º, n.º 1, da Decisão Sernam 2, ou o fim da atividade subsidiada da Sernam, em caso de execução do artigo 3.º, n.º 2, da referida decisão, ou seja, de venda dos ativos da Sernam em bloco). Daí o Tribunal Geral conclui que a venda dos ativos da Sernam em bloco pode ser considerada um equivalente das medidas referidas no artigo 3.º, n.º 1, da Decisão Sernam 2¹²⁷. Em segundo lugar, o Tribunal Geral rejeitou o argumento da SNCF de que era a continuação da Sernam sob a sua forma jurídica anterior à cessão que justificava o respeito pelas medidas compensatórias previstas no artigo 3.º, n.º 1, da Decisão Sernam 2 ao afirmar que era a manutenção da atividade económica do beneficiário do auxílio à reestruturação no mercado, e não apenas a manutenção da sua personalidade jurídica, que o justificava¹²⁸. Em terceiro lugar, o Tribunal Geral considerou que, na medida em que a condição relativa à venda dos ativos em bloco excluía os passivos, a eventualidade de obter um preço negativo no presente caso estava excluída por definição, sem que fosse necessário exigir que a Comissão especificasse expressamente que não era possível uma cessão a preço negativo¹²⁹. Por conseguinte o Tribunal Geral considerou improcedente a primeira alegação dirigida contra o considerando 155 da Decisão Sernam 3.

122. Em seguida, o Tribunal Geral respondeu ao segundo fundamento dirigido contra esse considerando e relativo ao facto de a execução de uma medida compensatória caber ao beneficiário do auxílio ou ao Estado acionista, e não ao Estado enquanto poder público¹³⁰. O Tribunal Geral decidiu então que a venda dos ativos da Sernam em bloco nos termos do artigo 3.º, n.º 2, da decisão Sernam 2 não era uma decisão que um investidor privado tivesse tomado em condições normais de mercado, com uma perspetiva de maximização de ganho ou de minimização de perdas em conformidade com a racionalidade económica, dado que a lógica subjacente às medidas compensatórias é evitar qualquer distorção excessiva de concorrência induzida pela concessão do auxílio à reestruturação declarado compatível sob condições pela decisão Sernam 2¹³¹. O Tribunal Geral salientou ainda que as medidas compensatórias podiam obrigar o beneficiário do auxílio ou o seu acionista a uma solução não ótima do ponto de vista económico, o que um investidor privado numa situação normal de mercado não encararia, e verificou que tal sucedia no caso em apreço¹³². Daqui inferiu que a lógica económica da venda dos ativos da Sernam em bloco era diferente da lógica de um operador privado¹³³. Por último, o Tribunal Geral recordou que o artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2, não impunha a venda de uma sociedade inteira e deficitária, mas unicamente dos seus ativos com valor económico positivo. A proposta da equipa de direção da Sernam incluía exigências de

125 V. n.ºs 287 e 288 do acórdão recorrido.

126 V. n.ºs 293 e seguintes do acórdão recorrido.

127 V. n.º 297 do acórdão recorrido.

128 V. n.ºs 298 e 299 do acórdão recorrido.

129 V. n.ºs 300 e 301 do acórdão recorrido.

130 V. n.ºs 303 e seguintes do acórdão recorrido.

131 V. n.ºs 305 e 306 do acórdão recorrido.

132 V. n.ºs 307 e 308 do acórdão recorrido.

133 V. n.º 309 do acórdão recorrido.

recapitalização, de remissão de dívidas e de garantias da parte do vendedor precisamente porque a Sernam fora vendida na totalidade com uma necessidade de financiamento. Essas medidas resultam, portanto, diretamente da violação do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 e não têm nenhuma relação com a aplicação do critério do investidor privado¹³⁴. Por conseguinte, o Tribunal Geral considerou igualmente improcedente a segunda alegação dirigida contra o considerando 155 da Decisão Sernam 3.

123. Por ter concluído pela legalidade do segundo fundamento invocado pela Comissão para recusar a aplicação do critério do investidor privado, o Tribunal Geral decidiu que deixava de ser necessário analisar os outros argumentos respeitantes ao primeiro fundamento, relativo ao contexto dito «de recuperação» dos auxílios de Estado¹³⁵.

b) Quanto à primeira parte do sexto fundamento

1) Resumo da argumentação das partes

124. A SNCF critica o Tribunal Geral, que se limitou a reproduzir a fundamentação da Decisão Sernam 3 que explica as razões pelas quais a Comissão recusou aplicar o princípio do investidor privado avisado à cessão de ativos em bloco da Sernam, por este não ter respondido à alegação apresentada de que os fundamentos são contraditórios. De facto, de acordo com a SNCF, se a cessão dos ativos em bloco constitui uma medida compensatória, configura uma condição de compatibilidade do auxílio à reestruturação da Sernam. Daqui deduz que se pode considerar que o artigo 3.º, n.º 2 da Decisão Sernam 2, que fixa as referidas condições, se insere numa situação de recuperação do auxílio. A Comissão não podia recusar a aplicação do princípio do investidor privado devido à alegada existência de uma situação de recuperação. Ora, no n.º 312 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral não tomou posição sobre essa alegação ao decidir que «deixa[va] de ser necessário analisar os outros argumentos relativos ao primeiro fundamento apresentado pela Comissão para justificar a inaplicabilidade do critério do investidor privado, relativo ao contexto dito “de recuperação” dos auxílios de Estado». Esta falta de resposta vicia a fundamentação do acórdão recorrido.

125. Por último, na sua réplica, a SNCF critica o Tribunal Geral por este não se ter pronunciado sobre a contradição de fundamentos nos quais assentava a decisão da Comissão de não aplicar o critério do investidor privado, uma vez que a Comissão não podia ter esse entendimento simultaneamente devido à existência, por um lado, de uma situação de recuperação (que indicia que o auxílio é incompatível) e, por outro lado, de uma medida compensatória (que indicia que o auxílio é compatível).

126. A Comissão pede que seja negado provimento à primeira parte do sexto fundamento.

2) Análise

127. Decorre dos considerandos 154 e 155 da Decisão Sernam 3 que a Comissão considerou que não se devia aplicar o critério do investidor privado em economia de mercado para eximir, se fosse o caso, as medidas previstas no protocolo de acordo de 21 de julho de 2005 da qualificação como auxílios estatais porque considerava, por um lado, que essas medidas tinham sido adotadas «numa situação de recuperação do auxílio»¹³⁶ e, por outro lado, que a venda dos ativos da Sernam em bloco prevista no artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 era concebida como um equivalente das medidas compensatórias, e que decorria das Orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de

¹³⁴ V. n.º 310 do acórdão recorrido.

¹³⁵ V. n.º 312 do acórdão recorrido.

¹³⁶ Considerando 154 da Decisão Sernam 3.

emergência e à reestruturação a empresas em dificuldade¹³⁷ que a cessão de uma atividade deficitária não pode ser considerada uma medida compensatória, pelo que o preço negativo pago na cessão da Sernam representava um auxílio ao funcionamento da empresa, pela sua natureza inadequado para reduzir as distorções da concorrência¹³⁸.

128. A análise efetuada pelo Tribunal respeitou essa estrutura, embora alterando a sua sequência. Por conseguinte, o Tribunal Geral analisou primeiro os argumentos da recorrente relacionados com o fundamento de inaplicabilidade do critério do investidor privado constante do considerando 154 da Decisão Sernam 3. Como recordei *supra*, o Tribunal Geral rejeitou cada um dos argumentos destinados a contestar a correção desse considerando, pelo que o Tribunal Geral confirmou que a Comissão considerara corretamente que não tinha de aplicar o referido critério às medidas em causa.

129. Ora, uma vez que o Tribunal Geral assim decidira, o destino que viesse a reservar aos argumentos da recorrente dirigidos contra o fundamento constante do considerando 154 da Decisão Sernam 3 já não teria ter qualquer incidência sobre o tratamento da alegação relativa ao facto de a Comissão ter cometido um erro de direito ao declarar inaplicável o critério do investidor privado, tornando-se aqueles, por conseguinte, irrelevantes. Por esta razão, o Tribunal Geral considerou, sem viciar o seu raciocínio de falta de fundamentação ou de recusa em pronunciar-se, que não havia que analisar os argumentos relativos ao primeiro fundamento apresentado pela Comissão, do alegado contexto de recuperação dos auxílios de Estado, para justificar a não aplicabilidade do critério do investidor privado.

130. Quanto à crítica de que o Tribunal Geral não detetou nem censurou a contradição entre os dois fundamentos nos quais a Comissão se baseou para considerar inaplicável o critério do investidor privado, que foi formulada pela SNCF na réplica, limito-me a observar que tal contradição não foi suscitada no Tribunal Geral. Em todo o caso, como salientou a Comissão, a Decisão Sernam 2 é uma decisão com múltiplos aspetos, que se insere simultaneamente num contexto de recuperação do auxílio de 41 milhões de euros e de aplicação de condições ao auxílio à reestruturação. Por conseguinte, não se pode apontar ao Tribunal Geral o facto de este não ter identificado uma contradição que não só não existe como se afigura, além disso, que não foi submetida à sua apreciação.

131. Consequentemente, deve ser negado provimento à primeira parte do sexto fundamento.

c) Quanto à segunda parte do sexto fundamento

1) Resumo da argumentação das partes

132. A SNCF sustenta que, ao validar a abordagem adotada pela Comissão, de acordo com a qual, na medida em que a cessão dos ativos estava prevista como medida compensatória, o princípio do investidor privado não era aplicável, o Tribunal Geral desvirtuou gravemente a Decisão Sernam 2. A este respeito, a recorrente apresenta quatro argumentos.

133. Em primeiro lugar, o artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 previa que a cessão dos ativos da Sernam em bloco devia ocorrer a um preço de mercado e de acordo com um processo de concurso transparente e aberto, o que equivale precisamente a aplicar o princípio do investidor privado, que se encontra, assim, no próprio cerne do referido artigo. Por conseguinte, o Tribunal Geral desvirtuou os factos e o conteúdo da Decisão Sernam 2, substituindo-os pela sua própria fundamentação.

¹³⁷ Comunicação da Comissão — Orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação a empresas em dificuldade (JO 2004, C 244, p. 2).

¹³⁸ V. considerando 155 da Decisão Sernam 3.

134. Em segundo lugar, ao decidir que a cessão de ativos da Sernam em bloco devia excluir qualquer passivo e que, consequentemente, a eventualidade de obter um preço negativo estava, por definição, excluída, o Tribunal Geral desvirtuou a Decisão Sernam 2, como sustentou a recorrente no quadro do primeiro fundamento. Além disso, ao prescrever que a cessão de ativos da Sernam em bloco fosse realizada ao preço de mercado, e sendo perfeitamente possível que esse preço se revelasse negativo¹³⁹, o artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 nunca impôs que a cessão fosse efetuada a um preço nulo ou positivo, pelo que o Tribunal Geral acrescentou uma condição não prevista no referido artigo e, desse modo, desvirtuou-o.

135. Em terceiro lugar, ao considerar, no n.º 100 do acórdão recorrido, que a única exigência imposta pelo artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 era a de que o preço pago fosse um preço de mercado e, em seguida, no n.º 301 do mesmo acórdão, que o preço de venda não podia, por definição, ser negativo, o Tribunal Geral viciou o seu acórdão de contradição de fundamentos.

136. Em quarto lugar, admitindo que haja que recorrer a uma interpretação teleológica do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2, o caráter negativo ou positivo do preço de mercado não tem, desse ponto de vista, qualquer influência. A SNCF recorda, a este respeito, o considerando 217 da Decisão Sernam 2, no termo do qual se afigura claramente que a finalidade é permitir a um terceiro, através da cessão dos ativos da Sernam em bloco, retomar as quotas de mercado da Sernam de modo a que esta deixe de atuar no mercado sob a sua forma jurídica anterior. O facto de essa cessão ocorrer por meio de um preço negativo ou positivo é, tendo em conta essa finalidade, indiferente. As quotas de mercado detidas pela Sernam foram efetivamente libertadas em proveito de um adquirente independente, por meio de um preço de mercado resultante de um concurso público transparente e aberto. Por conseguinte, o Tribunal Geral desvirtuou a Decisão Sernam 2 ao decidir que a cessão dos ativos da Sernam em bloco não podia, por definição, realizar-se por meio de um preço negativo.

137. Na sua réplica, a SNCF acrescenta que a Comissão não podia, tendo em conta o conteúdo da sua recente comunicação sobre o conceito de «auxílio de Estado»¹⁴⁰, invocar que o critério do investidor privado não se confundia com a condição da venda a um preço de mercado por meio de um processo aberto e transparente, quando o próprio princípio do investidor privado no quadro da venda de ativos por uma empresa pública impõe que se alcance um preço de mercado cuja existência pode ser presumida quando resulte de um processo com essas características. Além disso, a SNCF sustenta que, contrariamente ao que afirma a Comissão, a cessão de um único ativo pode revestir um preço negativo e o valor global dos ativos cedidos em bloco podia igualmente, no caso em apreço, revelar-se negativo, tendo em conta o caráter estruturalmente deficitário da atividade e das obrigações associadas a essa cessão.

138. Por seu lado, a Comissão considera que deve ser negado provimento à segunda parte do sexto fundamento.

2) *Análise*

139. No quadro da segunda parte do sexto fundamento, a SNCF censura ao Tribunal Geral, essencialmente, o facto de este ter desvirtuado o artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 devido ao facto de 1) não ter reconhecido que, ao exigir que a cessão se efetuasse a um preço de mercado por meio de um processo aberto e transparente, o referido artigo já continha em si os germes da aplicação do critério do investidor privado, 2) ter interpretado esse artigo no sentido de que exigia a cessão apenas

139 A recorrente invoca aqui o acórdão de 28 de janeiro de 2003, Alemanha/Comissão (C-334/99, EU:C:2003:55, n.º 133), e o acórdão do Tribunal Geral de 13 de maio de 2015, Niki Luftfahrt/Comissão (T-511/09, EU:T:2015:284, n.º 139).

140 Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE (JO 2016, C 262, p. 1, em especial n.ºs 74 e 84).

dos ativos da Sernam e que essa cessão não se podia realizar por meio de um preço negativo e 3) a interpretação teleológica acolhida pelo Tribunal Geral também não ser suscetível de justificar a exclusão pelo juiz da venda a preço negativo. Por outro lado, a SNCF censura ao Tribunal Geral o facto de este ter incorrido numa contradição de fundamentos.

140. O Tribunal Geral afirmou, no n.º 292 do acórdão recorrido, que a aplicabilidade do critério do investidor privado depende de esse Estado-Membro conferir, na qualidade de acionista e não na qualidade de poder público, uma vantagem económica a uma empresa que lhe pertence, entendendo-se que as intervenções do Estado destinadas a cumprir as suas obrigações como poder público não podem ser comparadas com as de um investidor privado em economia de mercado. Em especial, podem ser relevantes a esse respeito a natureza e o objeto dessa medida, o contexto em que se insere e o objetivo prosseguido, bem como as regras a que essa medida está sujeita¹⁴¹.

141. Recorde-se que a aplicação desse critério «visa determinar se a vantagem económica concedida, independentemente da sua forma, mediante recursos do Estado a uma empresa pública pode, devido aos seus efeitos, falsear ou ameaçar falsear a concorrência e afetar as trocas entre Estados-Membros»¹⁴². Assim, o critério do investidor privado apenas será aplicado se a vantagem tiver sido concedida pelo Estado na sua qualidade de acionista, tendo o Tribunal de Justiça decidido que «uma vantagem económica [...] deve ser apreciada à luz do critério do investidor privado, se se revelar, no termo de uma apreciação global, que o Estado-Membro em causa, apesar da utilização de meios que decorrem das prerrogativas de poder público, concedeu a referida vantagem na sua qualidade de acionista da empresa que lhe pertence»¹⁴³. Por conseguinte, «a aplicabilidade do critério do investidor privado a uma intervenção pública não depende da forma em que foi concedida a vantagem, mas da qualificação da referida intervenção enquanto decisão de um acionista da empresa em causa»¹⁴⁴.

142. Ora, no contexto do presente processo, há que observar que, de acordo com o que decorre dos n.ºs 46 e seguintes das presentes conclusões, o Tribunal Geral teve razão ao confirmar o objetivo compensatório do cenário previsto no artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2. A venda dos ativos da Sernam em bloco afigurava-se claramente como uma alternativa à recentragem das suas atividades prevista no artigo 3.º, n.º 1, dessa decisão, sendo que o artigo 3.º, na sua totalidade, tratava das condições que deviam ser respeitadas para que o auxílio à reestruturação concedido à Sernam fosse compatível. A cessão dos seus ativos em bloco só aconteceu porque a Decisão Sernam 2 utilizava uma injunção alternativa. Por conseguinte, pouco importa que o próprio conteúdo do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 reflita, como alega a SNCF, uma suposta aplicação do princípio do investidor privado. Exigir que sejam executadas medidas compensatórias em condições que permitam restabelecer uma concorrência não faz parte da própria essência da compensação, mas não pressupõe, de modo algum, o papel assumido pelo Estado no momento da sua execução. Além disso, decorre igualmente da análise desenvolvida *supra* que a venda dos ativos da Sernam em bloco devia ser efetuada sem qualquer passivo. Se é certo que um preço de mercado pode efetivamente revelar-se um preço negativo, a recorrente não demonstrou que, se tivessem sido cedidos apenas os ativos da Sernam, o seu preço teria sido, ainda assim, negativo. A este respeito, há que salientar ainda que o argumento sintetizado no n.º 137 das presentes conclusões contradiz diretamente as afirmações da SNCF na audiência no Tribunal Geral e referidas no n.º 84 das mesmas conclusões. Além disso, se o Tribunal Geral considerou que, no caso em apreço, o preço de mercado previsto no artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2, não podia necessariamente ser negativo foi porque considerou, com razão, que a Comissão pretendia, a título de compensação, que fossem cedidos apenas os ativos da Sernam. Contrariamente ao que sustenta a SNCF, o Tribunal Geral não acrescentou nenhuma condição ao artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2. Por estas razões, há que rejeitar o argumento relativo a uma pretensa contradição

141 V. n.º 292 do acórdão recorrido e jurisprudência referida.

142 V. acórdão de 5 de junho de 2012, Comissão/EDF (C-124/10 P, a seguir «acórdão EDF», EU:C:2012:318, n.º 89).

143 Acórdão de 3 de abril de 2014, Comissão/Países Baixos e ING Groep (C-224/12 P, a seguir «acórdão ING», EU:C:2014:213, n.º 30).

144 N.º 31 do acórdão ING.

de fundamentos entre os n.ºs 100 e 301 do acórdão recorrido. Além disso, no que diz respeito ao argumento relativo à interpretação teleológica do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2, reitero que a finalidade prosseguida por este artigo já foi analisada nos n.ºs 46 e seguintes das presentes conclusões. Assim, não é difícil compreender em que medida um preço negativo — que pressupunha uma recapitalização da Sernam pela SNCF e, portanto, uma nova injeção de liquidez — comprometia frontalmente o objetivo compensatório prosseguido.

143. Por último, há que responder ao argumento da SNCF, que, apoiando-se na última versão atualizada das Orientações da Comissão relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação a empresas em dificuldade, alega que as medidas compensatórias estruturais devem, em princípio, assumir «a forma de alienações numa base de continuidade de atividades de empresas autónomas e viáveis que, se exploradas *por um adquirente adequado*, podem concorrer eficazmente a longo prazo»¹⁴⁵. Para além de este argumento não ter sido suscitado no Tribunal Geral, considero que a sua invocação é totalmente reveladora da distorção da argumentação da SNCF no quadro do presente recurso, que parece abstrair totalmente da globalidade da situação e que se baseia na premissa de que os ativos foram cedidos em plena conformidade com as condições estabelecidas na Decisão Sernam 2 e de que todas as medidas adotadas tiveram como efeito limitar, tal como exigido, as distorções de concorrência. Ora, tal não é o caso, nomeadamente devido — como vimos — ao objeto da transferência, à identidade do comprador e à natureza do processo seguido. Nestas condições, o preço negativo pago, que, noutro contexto, poderia talvez revelar-se perfeitamente justificado, apresenta-se aqui como um indício, que vem juntar-se ao feixe já bem vasto, de que as autoridades francesas, por intermédio da SNCF, não se comportaram da forma como o direito da União lhes impunha que fizessem.

144. Assim, uma vez que não ocorreu nenhuma desvirtuação ou contradição de fundamentos que tenha viciado o raciocínio do Tribunal Geral, deve ser negado provimento à segunda parte do sexto fundamento.

d) Quanto à terceira parte do sexto fundamento

1) Resumo da argumentação das partes

145. A terceira parte é relativa a vários erros de direito devidos à alegada inaplicabilidade do critério do investidor privado avisado na medida em que a cessão dos ativos da Sernam em bloco constituiu um equivalente a uma medida compensatória. De acordo com a SNCF, a execução de tal medida compete ao beneficiário do auxílio, que pode ser, indistintamente, uma empresa pública ou privada, e não o Estado enquanto poder público. Nada justifica que se recuse a aplicação do critério do investidor privado na execução de uma medida compensatória. Ao decidir de forma diferente, o Tribunal Geral violou o artigo 107.º, n.º 1, TFUE. A SNCF recorda a jurisprudência clássica relativa à fiscalização exercida pelo juiz em matéria de auxílios de Estado e sobre os elementos constitutivos dos referidos auxílios¹⁴⁶, bem como os factos que deram origem ao acórdão ING¹⁴⁷, no qual o Tribunal de Justiça decidiu que o facto de a injeção de capital inicial numa empresa em dificuldades, realizada pelo Estado, constituir um auxílio de Estado em nada alterava a obrigação do Estado de se comportar como um investidor privado avisado, obedecendo a uma exigência de racionalidade económica, na fase da alteração das condições de reembolso da injeção de capital.

¹⁴⁵ V. n.º 80 das Orientações relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas não financeiras em dificuldade (JO 2014, C 249, p. 1). O sublinhado é meu.

¹⁴⁶ Em especial, a SNCF refere-se aos acórdãos de 9 de dezembro de 1997, Tiercé Ladbroke/Comissão (C-353/95 P, EU:C:1997:596); e de 16 de maio de 2000, France/Ladbroke Racing e Comissão (C-83/98 P, EU:C:2000:248, n.º 25), bem como ao acórdão EDF (n.º 78).

¹⁴⁷ N.ºs 32 a 37).

146. Por conseguinte, o Tribunal Geral viciou o seu acórdão de erro de direito manifesto ao decidir, nos n.ºs 306 e 307 do acórdão recorrido, que, uma vez que a lógica das medidas compensatórias era evitar qualquer distorção excessiva de concorrência, essas medidas podiam impor, tanto ao beneficiário do auxílio como ao seu acionista, uma solução não ótima do ponto de vista da pura rentabilidade económica, o que um investidor privado numa situação normal de mercado não encararia. De facto, se, ao adotar a Decisão Sernam 2, a Comissão esperava que a SNCF atingisse um determinado objetivo, esta devia, na qualidade de acionista da Sernam, comportar-se de forma economicamente racional para atingir esse objetivo, como faria qualquer acionista privado. A este respeito, a SNCF recorda que a jurisprudência do Tribunal de Justiça¹⁴⁸ tem em conta o facto de os investidores privados estarem sujeitos a obrigações ou limitações legais e adotarem o comportamento economicamente mais racional. O objetivo de executar medidas compensatórias não se assemelha a uma obrigação que se impõe a um poder público, mas aplica-se a qualquer beneficiário, privado ou público, de um auxílio de Estado à reestruturação. No caso em apreço, o comportamento da SNCF deve, portanto, ser comparado com o de um acionista privado que esteja em idênticas circunstâncias, ou seja, um acionista que esteja obrigado a ceder os ativos em bloco de uma filial que tenha beneficiado de um auxílio à reestruturação, pelo que a Comissão não podia furtar-se à sua obrigação de analisar a racionalidade económica das medidas controvertidas¹⁴⁹. Essa exigência de racionalidade económica deve igualmente impor-se se estivermos perante uma empresa pública. É evidente que, tendo em conta o facto de a liquidação judicial se ter revelado mais onerosa do que a execução dessa medida compensatória, um acionista privado teria atuado como a SNCF. Por conseguinte, esta sustenta que o Tribunal Geral violou o artigo 107.º, n.º 1, TFUE ao decidir, no n.º 309 do acórdão recorrido, que «a lógica compensatória da venda dos ativos da Sernam em bloco [...] era diferente da lógica de um operador privado que tenta maximizar os seus ganhos ou, no caso, minimizar as suas perdas». O Tribunal Geral devia ter concluído que a Comissão tinha a obrigação de apreciar a racionalidade económica de todas as medidas adotadas pela SNCF no momento da cessão dos ativos da Sernam em bloco. Assim, não podia ter decidido que a inscrição de créditos no passivo da liquidação judicial da Sernam concedia uma vantagem à Sernam Xpress e, depois, à Financière Sernam sem aplicar o critério do investidor privado¹⁵⁰. Da mesma forma, o Tribunal Geral não podia afastar a aplicação do princípio do investidor privado às garantias de passivo concedidas ao cessionário na venda dos ativos da Sernam em bloco sem determinar se tais garantias seriam aceitáveis para um vendedor privado em economia de mercado¹⁵¹. Além disso, o Tribunal Geral também não podia ter afastado essa aplicação às medidas controvertidas apenas pelo facto de estas resultarem diretamente da violação do artigo 3.º, n.º 2, da decisão Sernam 2 e de não terem, portanto, nenhuma relação com a aplicação do critério do investidor privado¹⁵² porque tal conclusão assenta na premissa errada de que a cessão de ativos em bloco permitiu conceder novos auxílios de Estado à Sernam Xpress e à Financière Sernam.

147. Na réplica, a SNCF acrescenta que, se a obrigação de um investidor privado ceder os ativos em bloco de uma empresa lhe fosse imposta pelo poder público em consequência de ter beneficiado de auxílios de Estado, é evidente que esse investidor privado cumpriria essa obrigação da forma economicamente mais racional e que, por força do princípio da igualdade de tratamento, uma empresa pública deve poder fazer o mesmo. Em resposta à Comissão, de acordo com a qual esse princípio não é aplicável neste caso devido ao facto de qualquer decisão de compatibilidade condicional de um auxílio ser dirigida ao Estado, ao qual compete impor à empresa beneficiária de um auxílio o respeito pelas medidas compensatórias, a SNCF afirma que decorre das Orientações relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação a empresas em dificuldade¹⁵³ que é a

¹⁴⁸ Em especial, acórdão EDF (n.º 79).

¹⁴⁹ Por analogia, a recorrente refere o acórdão ING.

¹⁵⁰ V. n.º 323 do acórdão recorrido.

¹⁵¹ V. n.º 327 do acórdão recorrido.

¹⁵² V. n.º 310 do acórdão recorrido.

¹⁵³ Referidas na nota 137 das presentes conclusões.

empresa que deve executar o plano de reestruturação e cumprir qualquer outra obrigação prevista na decisão da Comissão¹⁵⁴. Por último, a SNCF insiste na pertinência dos acórdãos EDF e ING¹⁵⁵ para resolver a questão de princípio suscitada no quadro desta parte do sexto fundamento, apesar das evidentes diferenças factuais entre esses acórdãos e o presente recurso.

148. Consequentemente, a SNCF alega que, ao recusar a aplicação do critério do investidor privado à cessão dos ativos da Sernam em bloco com fundamento no facto de o artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 dizer respeito a uma medida compensatória, o Tribunal Geral viciou o seu acórdão de vários erros de direito.

149. A Comissão pede que a terceira parte do sexto fundamento seja considerada improcedente.

2) *Análise*

150. A questão aqui colocada é a de saber se o contexto compensatório no qual foram adotadas as medidas controvertidas era suficiente para excluir a aplicabilidade do critério do investidor privado, e sendo que, *in fine*, o efeito das referidas medidas se revelou muito distante do objetivo compensatório prosseguido pelo artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2.

151. Recordo que, nos considerando 152 e seguintes da Decisão Sernam 3, a Comissão analisou as medidas previstas no protocolo de acordo de 21 de julho de 2005¹⁵⁶, nomeadamente devido ao facto de estas terem sido adotadas quando a Comissão exigia a execução de medidas compensatórias para que o auxílio à reestruturação da Sernam pudesse ser considerado incompatível.

152. O papel do Estado acionista de uma empresa, por um lado, e da empresa que atua como poder público, por outro, devem ser distinguidos e a aplicabilidade do critério do investidor privado «depende, em última análise, da circunstância de o Estado-Membro em causa conceder, na sua qualidade de acionista e não na de poder público, uma vantagem económica a uma empresa que lhe pertence»¹⁵⁷. Como já recordei, decorre do acórdão EDF que compete à Comissão «efetuar uma apreciação global, tendo em conta, para além dos elementos fornecidos [pelo Estado-Membro em causa], qualquer outro elemento pertinente que, no caso em concreto, lhe permita determinar se a medida em causa decorre da qualidade de acionista ou da de poder público do referido Estado-Membro. Em especial, a este respeito podem ser relevantes [...], a *natureza* e o *objeto* dessa medida, o *contexto* em que se insere, bem como o *objetivo* prosseguido e as *regras* às quais a referida medida está sujeita»¹⁵⁸. Por outras palavras, a aplicabilidade do critério do investidor privado depende da qualificação da intervenção pública enquanto decisão de um acionista da empresa em causa¹⁵⁹.

154 A recorrente baseia-se aqui, em especial, no n.º 47 dessas orientações.

155 Respetivamente, acórdãos de 5 de junho de 2012, Comissão/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318), e de 3 de abril de 2014, Comissão/Países Baixos e ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213).

156 Ou seja, a recapitalização da Sernam num montante de 57 milhões de euros e da Sernam Xpress num montante de 2 milhões de euros, a remissão das dívidas da Sernam para com a SNCF num montante de 38,5 milhões de euros, as garantias concedidas pela SNCF, como o compromisso de terminar num prazo estabelecido a adaptação de um sítio necessário à exploração do TBE, a cobertura de um eventual aumento das rendas de novos locais de exploração, a prorrogação por três anos do direito de regresso de trabalhadores ferroviários destacados na Sernam, a prorrogação por três anos de um protocolo social, bem como a garantia por parte da SNCF da perenidade do TBE e do acesso a este.

157 N.ºs 80 e 81 do acórdão EDF.

158 N.º 86 do acórdão EDF. O sublinhado é meu.

159 N.º 31 do acórdão ING.

153. Não estou convencido de que o acórdão ING¹⁶⁰ seja, por si só, suficiente para resolver a questão que nos é aqui apresentada, uma vez que o contexto no qual ocorreu era relativamente circunscrito e, em todo o caso, não estava relacionado com o objetivo compensatório que qualquer execução do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 devia prosseguir. Além disso, na decisão da Comissão que era objeto do recurso de anulação no Tribunal Geral no processo ING, a Comissão analisara de forma separada as duas medidas (o auxílio inicial, por um lado, as alterações às condições de restituição, por outro)¹⁶¹.

154. Assim, a questão analisada nesse acórdão era a de saber se a Comissão podia subtrair-se à sua obrigação de analisar a racionalidade económica da alteração das condições de reembolso à luz do critério do investidor privado pelo simples facto de a injeção de capital objeto de reembolso já constituir, em si mesma, um auxílio de Estado¹⁶². Portanto, esse processo nada tem a ver com a aplicabilidade do critério do investidor privado num contexto compensatório propriamente dito, mas constituiu uma oportunidade para o Tribunal de Justiça confirmar a natureza da análise que a Comissão deve efetuar para determinar se esse critério é aplicável.

155. O que os acórdãos EDF e ING¹⁶³ nos ensinam é, portanto, que a Comissão deve apreciar a situação de forma global, o que o Tribunal Geral recordou perfeitamente no n.º 292 do acórdão recorrido, e verificou.

156. Antes de mais, saliento que, no contexto da sua argumentação consagrada à terceira parte do sexto fundamento, a SNCF admite que a sua intervenção através das várias medidas referidas *supra* se realizou num contexto de execução de medidas compensatórias a pedido expresso da Comissão. Como recordei igualmente no quadro da análise do primeiro fundamento, as medidas compensatórias que são impostas pela Comissão, e cujo respeito condiciona a compatibilidade do auxílio à reestruturação da Sernam, estão contidas numa decisão da qual o Estado é destinatário e prosseguem o objetivo de atenuar as distorções da concorrência provocadas pela concessão do auxílio. Devido ao facto de, como recordou a Comissão nos seus articulados, as medidas compensatórias se destinarem a «privar o beneficiário de uma parte da sua vantagem concorrencial» e ao «restabelecimento parcial da situação concorrencial», são, portanto, impostas mais no interesse público do que no interesse do beneficiário. Além disso, em consonância com a Comissão, inclino-me a considerar que as medidas adotadas por força do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2 diziam respeito inicialmente à obrigação de execução do plano de reestruturação, nas condições determinadas pela Comissão, para que o auxílio à reestruturação, que não podemos negar que é, por definição, um ato de poder público, fosse compatível.

157. Nestas condições, e não pretendendo aqui consagrar qualquer presunção, parece decorrer claramente de uma análise global da situação, tal como exigida pela jurisprudência, ou seja, à luz da natureza e do objeto das medidas, do contexto, do objetivo prosseguido e das regras a que essas medidas estão sujeitas, que o Estado francês acionista da SNCF não interveio aqui nessa qualidade.

158. Na réplica, a recorrente invoca uma violação da igualdade de tratamento entre as empresas públicas e as empresas privadas. Esta alegação afigura-se extemporânea, pelo menos na medida em que os articulados da SNCF no Tribunal Geral não lhe fazem qualquer referência. Em todo o caso, tenho dificuldade em identificar tal violação. Na audiência no Tribunal de Justiça, o representante da SNCF apresentou a sua argumentação do seguinte modo: uma empresa pública que pague um preço negativo numa cessão não respeita o artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2, o que implica as

160 Acórdão de 3 de abril de 2014, Comissão/Países Baixos e ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213).

161 O que pode ter tido influência na solução adotada: v. n.º 39 das conclusões da advogada-geral E. Sharpston no processo Comissão/Países Baixos e ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2013:870).

162 V. n.º 37 do acórdão ING.

163 Respetivamente, acórdãos de 5 de junho de 2012, Comissão/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318), e de 3 de abril de 2014, Comissão/Países Baixos e ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213).

consequências jurídicas que se conhece no que se refere à compatibilidade do auxílio inicial, mas é igualmente acusada de ter aceite um novo auxílio de Estado, ao passo que uma empresa privada à qual o Estado enquanto poder público imponha a execução de medidas compensatórias com base numa decisão da Comissão também não respeita, ao pagar um preço negativo, a condição relativa à compatibilidade, o que implica a mesma consequência jurídica, mas em caso algum pode ser acusada de ter aceite um novo auxílio, uma vez que o preço negativo terá sido pago com fundos privados. Por outras palavras, perante medidas compensatórias executadas por uma empresa privada, a própria existência de um novo auxílio é impossível e é aí que se situa a diferença de tratamento.

159. Confesso que considero que aqui o raciocínio raia o absurdo, uma vez que, por definição, por natureza, não sendo utilizados fundos públicos, não pode existir auxílio de Estado. Consequentemente, a comparação tal como foi apresentada pela SNCF não se afigura relevante, tanto mais que se centra no carácter negativo do preço de venda quando não se tratava apenas da alegação respeitante às condições impostas pelo artigo 3.º, n.º 2, da Decisão Sernam 2.

160. Por todas estas razões, deve ser igualmente negado provimento à terceira parte do sexto fundamento.

e) Conclusão quanto ao sexto fundamento

161. Sendo negado provimento a cada uma das três partes que compõem o sexto fundamento, há que considerar improcedente o sexto fundamento na sua totalidade.

7. Quanto aos argumentos invocados pela Comissão relativos à admissibilidade do recurso na primeira instância

162. Na sua contestação, a Comissão alega, essencialmente, que, apesar de ter sustentado que o recurso no Tribunal Geral era inadmissível, este não se pronunciou por razões de economia processual. No Tribunal de Justiça, a Comissão alega que este se deve pronunciar, ainda que oficiosamente, sobre o fundamento de ordem pública relativo ao desrespeito pela condição imposta pelo artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE, de que uma pessoa só pode pedir a anulação de uma decisão de que não seja destinatária se esta lhe disser direta e individualmente respeito. Ora, a Decisão Sernam 3 não diz direta e individualmente respeito à recorrente e esta está, no que se refere à decisão impugnada, numa situação equivalente à da sociedade DEFI no acórdão DEFI/Comissão¹⁶⁴, nomeadamente devido ao facto de a SNCF não gozar de autonomia decisória.

163. Por muito interessante que possa parecer, a questão, suscitada pela Comissão, da admissibilidade do recurso no Tribunal Geral não suscita, da minha parte, desenvolvimentos complementares por duas razões essenciais. A primeira diz respeito ao facto de a Comissão não retirar qualquer conclusão autónoma dos argumentos que apresentou no Tribunal de Justiça relativos à admissibilidade da ação proposta no Tribunal Geral. A segunda diz respeito ao facto de o Tribunal Geral ter fundamentado a sua decisão de não conhecer previamente da admissibilidade do recurso por «razões de economia processual»¹⁶⁵ baseando-se, nomeadamente, no acórdão designado Boehringer¹⁶⁶. Recorde-se que o Tribunal de Justiça, pronunciando-se no quadro de um recurso contra um acórdão do Tribunal Geral no qual este considerara «que não era necessário apreciar a questão prévia de inadmissibilidade suscitada pelo Conselho uma vez que os pedidos [dos recorrentes] deviam, de qualquer modo, ser julgados improcedentes»¹⁶⁷, afirmou que «cab[ia] ao Tribunal de Primeira Instância apreciar [...] se uma boa administração da justiça justificava, nas circunstâncias do caso vertente, julgar improcedente

164 Acórdão de 10 de julho de 1986 (282/85, EU:C:1986:316).

165 N.º 419 do acórdão recorrido.

166 Acórdão de 26 de fevereiro de 2002, Conselho/Boehringer (C-23/00 P, EU:C:2002:118).

167 Acórdão de 26 de fevereiro de 2002, Conselho/Boehringer (C-23/00 P, EU:C:2002:118, n.º 51).

o recurso [...] sem apreciar a questão prévia de inadmissibilidade»¹⁶⁸. Quaisquer que sejam as reservas legítimas¹⁶⁹ que se possa ter perante tal jurisprudência, que o Tribunal de Justiça posteriormente transpôs para o quadro dos recursos diretos que lhe são submetidos¹⁷⁰ e do exercício da sua própria fiscalização no âmbito dos recursos jurisdicionais¹⁷¹, há que observar, contudo, que, no quadro do presente recurso, a Comissão não formulou mais críticas contra essa corrente jurisprudencial. Por conseguinte, uma vez que me preparo para concluir no sentido de que deve ser negado provimento ao recurso, não há que desenvolver mais a análise da questão da admissibilidade do recurso da SNCF no Tribunal Geral.

V. Quanto às despesas

164. Nos termos do artigo 184, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, se o recurso for julgado improcedente o Tribunal de Justiça decide sobre as despesas.

165. Nos termos do artigo 138.º, n.º 1, desse regulamento, aplicável por força do artigo 184.º, n.º 1, do mesmo regulamento ao processo que tenha por objeto um recurso, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão pedido a condenação da recorrente nas despesas e devendo esta, na minha opinião, ser considerada vencida, há que condená-la nas despesas relativas ao recurso.

166. Por último, a Mory SA e a Mory Team suportarão as suas próprias despesas nos termos do artigo 140.º, n.º 3, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

VI. Conclusão

167. Tendo em conta todas as considerações que antecedem, proponho que o Tribunal de Justiça decida do modo seguinte:

1. É negado provimento ao recurso.
2. A SNCF Mobilités é condenada nas despesas da Comissão Europeia.
3. A Mory SA e a Mory Team suportarão as suas próprias despesas.

168 Acórdão de 26 de fevereiro de 2002, Conselho/Boehringer (C-23/00 P, EU:C:2002:118, n.º 52).

169 V. n.ºs 50 e segs. das conclusões do advogado-geral Y. Bot no processo Philips Lighting Poland e Philips Lighting/Conselho (C-511/13 P, EU:C:2015:206).

170 V. acórdão de 23 de março de 2004, França/Comissão (C-233/02, EU:C:2004:173).

171 V. acórdão de 24 de junho de 2015, Fresh Del Monte Produce/Comissão e Comissão/Fresh Del Monte Produce (C-293/13 P e C-294/13 P, EU:C:2015:416, n.º 193).