

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (sexta secção)

13 de Setembro de 2010*

Nos processos apensos T-415/05, T-416/05 e T-423/05,

República Helénica, representada por A. Samoni-Rantou e P. Mylonopoulos, na qualidade de agentes,

recorrente no processo T-415/05,

Olympiakes Aerogrammes AE, com sede em Kallithéa (Grécia), representada por V. Christianos, advogado,

recorrente no processo T-416/05,

Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE, com sede em Atenas (Grécia), representada por P. Anestis, S. Mavroghenis, advogados, S. Jordan, M. T. Soames, solicitors, e D. Geradin, advogado,

recorrente no processo T-423/05,

* Língua do processo: grego.

contra

Comissão Europeia, representada por D. Triantafyllou e T. Scharf, na qualidade de agentes,

recorrida,

apoiada por:

Aeroporia Aigaiou Aeroporiki AE, com sede em Atenas, representada por N. Keramidas e, no processo T-416/05, igualmente por N. Korogiannakis, I. Dryllerakis e E. Dryllerakis, advogados,

interveniente nos processos T-416/05 e T-423/05,

que tem por objecto um pedido de anulação da decisão C (2005) 2706 final da Comissão, de 14 de Setembro de 2005, relativa a auxílios estatais à Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE [C 11/2004 (ex NN 4/2003) – Olympiaki Aeroporia – Reestruturação e privatização],

O TRIBUNAL GERAL (Sexta Secção),

composto por: M. Jaeger, presidente, A. W. H. Meij (relator) e L. Truchot, juízes,
secretário: K. Pocheć, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 14 de Junho de 2010,

profere o presente

Acórdão

Antecedentes do litígio

- 1 «Em 14 de Setembro de 2005, a Comissão adoptou a decisão C (2005) 2706 final, relativa a auxílios estatais a favor da Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE [C 11/2004 (ex NN 4/2003) — Olympiaki Aeroporia — Reestruturação e privatização] (a seguir «decisão impugnada»).
- 2 Com vista a facilitar a privatização da companhia aérea Olympiaki Aeroporia AE (Olympic Airways), inteiramente detida pelo Estado, designada, desde o mês de Dezembro de 2003, Olympiaki Aeroporia Ypiresies (Olympic Airways Services) (a seguir «OA»), o artigo 27.º da Lei grega n.º 3185/2003, de 9 de Setembro de 2003, que

procede à alteração da Lei n.º 2668/1998, à harmonização com a Directiva 2002/39/CE, à resolução de questões relativas ao organismo dos correios helénicos e outras disposições (FEK A' 229/26.9.2003, a seguir «Lei n.º 3185/2003»), epigrafado «Transformação do grupo Olympiaki Aeroporia», tinha, nomeadamente, previsto que «as sociedades do grupo Olympiaki Aeroporia [serão] transformadas por cisão das suas componentes, divisões ou serviços abrangidos pela sua actividade de transporte aéreo, e por fusão com uma sociedade existente do grupo ou pela absorção por uma destas sociedades».

- 3 Em aplicação do artigo 27.º da Lei n.º 3185/2003, as actividades de voo da OA e da sua filial Olympiaki Aeroploia AE (Olympic Aviation) foram cindidas e reagrupadas «por fusão» numa outra filial da OA, Makedonikes Aerogrammes AE (Macedonian Airways), a qual recebeu a denominação Olympiakes Aerogrammes AE (Olympic Airlines, a seguir «NOA»). Resulta dos documentos dos autos, e foi confirmado na audiência pelas partes, que a nova companhia aérea NOA foi constituída em 11 de Dezembro de 2003 e iniciou as suas actividades em 12 de Dezembro de 2003. Nessa data, a OA cessou todas as actividades de voo e manteve as actividades de assistência em terra, de manutenção e de formação. O capital da nova companhia aérea NOA foi devolvido, na totalidade, directamente à República Helénica.

- 4 A situação económica da OA e as participações financeiras públicas concedidas a esta sociedade e à nova companhia aérea NOA foram objecto de várias decisões da Comissão.

Decisão 2003/372/CE

- 5 Em 11 de Dezembro de 2002, a Comissão adoptou a Decisão 2003/372/CE, relativa aos auxílios concedidos pela Grécia à companhia Olympic Airways (JO L 132, p. 1, a seguir «decisão de 11 de Dezembro de 2002»), na qual declarou incompatíveis com

o mercado comum os auxílios à reestruturação da OA que tinham sido aprovados durante os anos de 1994, 1998 e 2000, e declarou ilegais os auxílios novos. Quanto ao auxílios à reestruturação, esta decisão baseava-se, nomeadamente, na constatação de que a maior parte dos objectivos do plano de reestruturação da OA de 1998 se destinavam ao restabelecimento da viabilidade a médio e longo prazo desta sociedade não tinham sido alcançados e de que as condições que tinham sido impostas nas decisões de aprovação não tinham sido plenamente respeitadas. Por força do artigo 3.º da decisão de 11 de Dezembro de 2002, a República Helénica era convidada a recuperar uma parte dos auxílios à reestruturação pagos, ou seja, um montante de 41 milhões de euros, bem como os auxílios novos ilegais, declarados incompatíveis com o mercado comum.

- 6 O artigo 1.º, primeiro parágrafo, alínea b), da decisão de 11 de Dezembro de 2002 enunciava que o auxílio à reestruturação concedido pela República Helénica à OA sob a forma de novas garantias de empréstimos até 378 milhões de dólares dos Estados Unidos (USD), relativas a empréstimos para a aquisição de novos aparelhos e para os investimentos necessários à sua transferência para o novo aeroporto de Spata (Grécia), era considerado incompatível com o mercado comum O auxílio à reestruturação concedido pelo Estado grego à Olympic Airways sob a forma de novas garantias de empréstimo até um limite de 378 milhões de dólares dos EUA relativas a empréstimos a contrair até 31 de Março de 2001 para a aquisição de novos aparelhos e o investimento necessário à transferência da Olympic Airways para o novo aeroporto de Spata.
- 7 Por acórdão de 12 de Maio de 2005, Comissão/Grécia (C-415/03, Colect., p. I-3875, a seguir «acórdão de 12 de Maio de 2005»), o Tribunal de Justiça declarou que a República Helénica não cumpriu as obrigações que lhe incumbiam por força da decisão de 11 de Dezembro de 2002, ao não tomar, no prazo fixado, todas as medidas necessárias para obter a restituição dos auxílios declarados ilegais e incompatíveis com mercado comum – com exclusão dos referentes às contribuições para o organismo nacional de segurança social (IKA).
- 8 Nesse acórdão (n.ºs 32 a 34), o Tribunal de Justiça teve nomeadamente em conta o facto de que resultava das informações dadas pela Comissão e não desmentidas pelas autoridades gregas, que a República Helénica tinha transferido os elementos de activo

mais rentáveis da OA, livres de dívidas, para a NOA, que pertence igualmente a este Estado-Membro e que beneficiava de protecção especial face aos credores, em derrogação das disposições de direito comum e das obrigações de direito comercial. O Tribunal de Justiça declarou, nomeadamente, que esta construção jurídica impossibilitava, e também por força do direito nacional, a recuperação dos auxílios concedidos e impedia a execução efectiva da decisão de 11 de Dezembro de 2002 bem como a cobrança dos auxílios.

- 9 Na sequência do recurso de anulação que tinha sido interposto pela OA da decisão de 11 de Dezembro de 2002, o Tribunal, por acórdão de 12 de Setembro de 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Comissão (T-68/03, Colect., p. II-2911), anulou parcialmente esta decisão, na parte em que dizia respeito à tolerância quanto à perenição do não pagamento, por um lado, de taxas de aeroporto devidas pela OA no aeroporto internacional de Atenas (AIA) e, por outro, do imposto sobre o valor acrescentado devido pela OA sobre o carburante e peças de substituição. O recuso não obteve provimento quanto aos outros auxílios novos ilegais, bem como aos auxílios à reestruturação.
- 10 Por considerar que a República Helénica não tinha adoptado as medidas que comportava a execução do acórdão de 12 de Maio de 2005, a Comissão propôs uma acção por incumprimento ao abrigo do artigo 228.º CE. Por acórdão de 7 de Julho de 2009, Comissão/Grécia (C-369/07, Colect., p. I-5703, n.ºs 68, 72, 109, 143 e 145), o Tribunal de Justiça admitido que, em princípio, uma operação de compensação, na medida em que esteja prevista na ordem jurídica nacional como mecanismo de extinção de uma obrigação, podia constituir um meio adequado que permite proceder à recuperação de um auxílio de Estado. Por outro lado, considerou que, sem prejuízo da aplicação das regras comunitárias em matéria de auxílios de Estado, devia declarar-se, para efeitos da acção por incumprimento em causa, que a República Helénica tinha demonstrado a existência de um crédito exigível, no montante de 601 289 003 euros, em benefício da OA, que decorre da sentença arbitral de 6 de Dezembro de 2006 nos termos da qual a República Helénica tinha sido condenada a pagar um certo número de indemnizações à OA. O Tribunal de Justiça, salientando que esta quantia era nitidamente superior à totalidade dos montantes do auxílio a recuperar em execução da

decisão de 11 de Dezembro de 2002, considerou que a República Helénica não tinha demonstrado suficientemente, no que diz respeito a uma parte dos auxílios novos ilegais visados nesta decisão, que esses auxílios tinham sido restituídos. Consequentemente, o Tribunal de Justiça impôs o pagamento cumulativo de uma sanção pecuniária e de um montante fixo.

Decisão impugnada

- 11 Por carta de 3 de Março de 2003, as autoridades helénicas informaram a Comissão acerca do estado em que se encontrava o processo de privatização da OA. Durante o ano de 2003, as referidas autoridades e a Comissão trocaram correspondência sobre a reestruturação da companhia aérea OA com vista à sua privatização.

- 12 Na falta de notificação formal de eventuais auxílios de Estado, a Comissão adoptou, em 8 de Setembro de 2003, uma decisão que intimava a República Helénica a fornecer-lhe todas as informações necessárias para efeitos do exame, tendo em conta as disposições do artigo 87.º CE, das medidas ligadas à reestruturação e à privatização da companhia aérea AO susceptíveis de incluir elementos de auxílio de Estado.

- 13 Em 25 de Setembro de 2003, uma companhia aérea concorrente, Aeroporia Aigaiou Aeroporiki AE (Aegean Airlines, a seguir «Aeroporia Aigaiou» ou «interveniente»), fez uma denúncia à Comissão, que tinha por objecto o processo de privatização da OA.

- 14 Por carta de 29 de Setembro de 2003, as autoridades helénicas comunicaram à Comissão a Lei n.º 3185/2003 e a resposta à intimação para fornecer informações. Por carta de 31 de Outubro de 2003, a Comissão indicou às autoridades helénicas que um certo número de dados continuava a faltar.
- 15 Por carta de 15 de Dezembro de 2003, a Comissão reiterou o seu pedido de informações. A República Helénica forneceu essas informações por cartas datadas de 18 e 19 de Dezembro de 2003. Por carta de 15 de Janeiro de 2004, a Comissão pediu informações suplementares às autoridades helénicas, que responderam através de duas cartas datadas de 15 e 16 de Janeiro de 2004.
- 16 Por decisão de 16 de Março de 2004, a Comissão deu início ao procedimento formal de investigação previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE, no que diz respeito às medidas ligadas à reestruturação e à privatização do grupo Olympic Airways, tomadas em relação à OA e à NOA pela República Helénica na sequência da adopção da decisão de 11 de Dezembro de 2002 (JO C 192, p. 2).
- 17 Nesta decisão, a Comissão sublinhou, nomeadamente, que a AO, com a cisão das actividades de voo do grupo Olympic Airways e o seu reagrupamento na nova sociedade e a NOA, tinha deixado de assegurar as actividades aéreas e continuava a prestar serviços de assistência em terra, de manutenção e de formação. Indicou que as autoridades helénicas não equacionavam, nesta fase, a hipótese de pôr a OA em liquidação, não obstante um nível de fundos próprios negativo pelo segundo ano consecutivo. Com efeito, segundo as autoridades helénicas, o processo de reestruturação iniciado em Dezembro de 2003 devia durar quatro a cinco anos e permitir reabsorver

uma parte importante das dívidas da OA, a qual seria colocada em liquidação quando todas as suas divisões, bem como os restantes activos, como edifícios, maquinaria, aviões que já não voassem, e qualquer outro material tivessem sido vendidos.

- 18 A Comissão considerou, na decisão de 16 de Março de 2004, que um certo número de vantagens de que beneficiava a OA pareciam constituir auxílios de Estado incompatíveis com o mercado comum. Sublinhou igualmente que a nova companhia aérea NOA tinha beneficiado da transferência dos activos do sector das actividades de voo do grupo Olympic Airways, deixando a cargo da OA um passivo significativo e que nenhum credor da OA podia se voltar contra a NOA. Por último, a Comissão afirmou que, no âmbito do procedimento de investigação deste modo iniciado, partia «do princípio de que todas as companhias que pertenciam ao grupo — incluindo a [NOA] — [constituíam] uma única empresa».
- 19 Por carta de 11 de Junho de 2004, a República Helénica comunicou à Comissão as suas observações relativas à decisão de 16 de Março de 2004.
- 20 A Aeroporia Aigaiou apresentou observações no prazo fixado para esse fim aos terceiros interessados, na sequência da publicação da referida decisão no *Jornal Oficial da União Europeia*.
- 21 Por carta de 11 de Outubro de 2004, a Comissão notificou à República Helénica, em conformidade com o artigo 11.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de Março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo [88 CE] (JO L 83, p. 1), a sua intenção de adoptar uma decisão que a intimasse a suspender quaisquer medidas de auxílio até poder ser tomada uma decisão sobre a sua compatibilidade com o Tratado. A República Helénica respondeu por carta datada de 26 de Outubro de 2004.

- 22 Na sequência dessa resposta, as autoridades helénicas informaram com regularidade a Comissão, através de cartas ou em reuniões, da evolução do processo de privatização da NOA e da OA.
- 23 Entre 9 e 26 de Maio de 2005, o gabinete de consultores Moore Stephens procedeu, a pedido da Comissão, a um inquérito nas instalações da OA e da NOA. O seu relatório, datado de 19 de Julho de 2005, tem como título «Inquérito sobre a reestruturação e a privatização do grupo Olympic Airways/Olympic Airlines». Resulta desse relatório que o inquérito tinha por objectivo responder, nomeadamente, às questões de saber se a reestruturação do grupo Olympic Airways e a criação da NOA constituíam uma simples solução jurídica com vista a transferir os activos e as actividades para uma nova entidade jurídica e a manter as dívidas na antiga entidade jurídica, e apurar se a OA e a NOA tinham recebido auxílios de Estado directos ou indirectos desde essa reestruturação.
- 24 Em 14 de Setembro de 2005, a Comissão adoptou a decisão impugnada, que declarou a concessão de um auxílio de Estado à NOA, sob a forma alugueres pela sublocação de aviões por esta sociedade à OA ou à República Helénica, inferiores aos pagos por estas últimas por efeito dos contratos de locação principais (artigo 1.º, n.º 1, da decisão impugnada). Além disso, a Comissão declarou, nesta decisão, que foram concedidas três categorias de auxílios de Estado a favor da OA. A primeira dizia respeito ao pagamento antecipado à OA de um montante pretensamente sobreavaliado do valor dos activos relativos ao sector das actividades de voo, transferidos para a NOA na cisão (artigo 1.º, n.º 2, da decisão impugnada). A segunda categoria de auxílios consistia no pagamento à OA de uma quantia de 8,2 milhões de euros bem como na realização de certas garantias do Estado que eram objecto da decisão de 11 de Dezembro de 2002 e foram modificadas (artigo 1.º, n.º 3, da decisão impugnada). Por último, a terceira categoria dizia respeito à tolerância das autoridades helénicas quanto ao não pagamento pela OA de dívidas fiscais e de cotizações de segurança social (artigo 1.º, n.º 4, da decisão impugnada).

25 O dispositivo da decisão impugnada tem a seguinte redacção:

«Artigo 1.º

1. A aceitação pela [OA] e pela [República Helénica] de pagamentos de sublocação de aeronaves pela [OA] que são inferiores aos montantes pagos pelas locações principais e da qual resultaram prejuízos na ordem de 37 milhões de EUR para a [OA], em 2004, e na ordem de 2,75 milhões de EUR para o Estado, até Maio de 2005, constitui um auxílio ilegal à [OA] que é incompatível com o Tratado.

2. A [República Helénica] concedeu um auxílio estatal ilegal e incompatível à [OA], num montante através do qual foram sobreavaliados os activos da [OA], quando esta última empresa foi criada; este montante é provisoriamente calculado pela Comissão em cerca de 91,5 milhões de EUR.

3. A concessão [pela República Helénica] à [OA], entre Maio de 2004 e Março de 2005, de montantes num total de aproximadamente 8 milhões de EUR e o pagamento suplementar de certas *tranches* de empréstimos bancários e de locações financeiras, em substituição da [OA], na medida em que estes pagamentos não constituem a mera execução de uma dívida ao abrigo das garantias referidas no artigo 1.º, primeiro parágrafo, alínea b), da Decisão 2003/372/CE e das respectivas condições, constitui um auxílio estatal ilegal à [OA], incompatível com o Tratado.

4. A tolerância continuada [da República Helénica] para com a [OA] quanto aos impostos e cotizações para a segurança social devidos ao Estado, no montante de cerca de 354 milhões de EUR, relativos ao período compreendido entre Dezembro de 2002 e Dezembro de 2004, constitui um auxílio estatal ilegal à [OA] que é incompatível com o Tratado.

Artigo 2.º

1. A [República Helénica] deverá recuperar junto dos beneficiários os auxílios referidos no artigo 1.º

2. A recuperação será efectuada imediatamente e em conformidade com os procedimentos previstos pela legislação nacional, desde que estes permitam a execução imediata e efectiva da presente decisão. Os auxílios a recuperar incluirão os juros devidos a contar da data em que foram postos à disposição do beneficiário até à data da sua recuperação. Os juros serão calculados com base na taxa de referência utilizada para calcular o equivalente-subvenção no âmbito dos auxílios regionais.

Artigo 3.º

A [República Helénica] suspenderá imediatamente todos os pagamentos de auxílios à [OA] e à [NOA].

Artigo 4.º

A [República Helénica] informará a Comissão, no prazo de dois meses a contar da notificação da presente decisão, das medidas adoptadas para dar cumprimento ao disposto nos artigos 2.º e 3.º»

- 26 A decisão impugnada foi notificada à República Helénica em 15 de Setembro de 2005.
- 27 No seu acórdão de 14 de Fevereiro de 2008, Comissão/Grécia (C-419/06, não publicado na Colectânea), o Tribunal de Justiça, para o qual a Comissão recorreu ao abrigo do artigo 88.º, n.º 2, CE, declarou que a República Helénica não tinha cumprido as obrigações que lhe incumbiam por força dos artigos 2.º a 4.º da decisão impugnada, por não ter tomado, nos prazos fixados, todas as medidas necessárias para suprimir e recuperar junto dos beneficiários os auxílios declarados ilegais e incompatíveis com o mercado comum através da decisão impugnada.

Tramitação processual e pedidos das partes

- 28 Por petições apresentadas na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 25 de Novembro de 2005, as recorrentes, a República Helénica, bem como a NOA e a OA interpuseram o presente recurso.
- 29 No processo T-416/05, por requerimento separado apresentado na Secretaria do Tribunal em 4 de Fevereiro de 2006, a recorrente apresentou um pedido de suspensão da execução do artigo 2.º da decisão impugnada quanto aos auxílios referidos no artigo 1.º, n.º 1, desta decisão. Por despacho de 26 de Junho de 2006, Olympiakes Aerogrammes/Comissão (T-416/05 R, não publicado na Colectânea), o presidente do Tribunal indeferiu este pedido.
- 30 No processo T-423/05, por requerimento separado apresentado na Secretaria do Tribunal em 19 de Junho de 2006, a recorrente apresentou um pedido de suspensão da execução do artigo 2.º da decisão impugnada, no que diz respeito os auxílios a que se refere o artigo 1.º, n.ºs 2 a 4, desta decisão. Por despacho de 26 de Janeiro de 2007,

Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Comissão (T-423/05 R, não publicado na Colectânea), o presidente do Tribunal indeferiu este pedido.

- 31 Tendo sido alterada a composição das Secções do Tribunal Geral, o juiz-relator foi afectado à Sexta Secção, à qual, por conseguinte, os presentes processos foram distribuídos.
- 32 No processo T-416/05, por pedido apresentado na Secretaria do Tribunal em 16 de Agosto de 2006, a recorrente, baseando-se no artigo 48.º, n.º 2, primeiro e segundo parágrafos, do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, invocou a inadmissibilidade de pretensos fundamentos novos da Comissão, invocados na tréplica. Pediu que o Tribunal declarasse esses fundamentos inadmissíveis e, a título subsidiário, que lhe fosse concedido prazo suplementar para lhes dar resposta. A Comissão apresentou as suas observações escritas sobre o referido pedido.
- 33 No processo T-416/05, mediante requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal Geral em 2 de Maio de 2006, a Aeroporia Aigaiou pediu para intervir em apoio da posição da Comissão.
- 34 Por requerimento de 14 de Julho de 2006, a NOA solicitou o indeferimento do pedido de intervenção. Por requerimento separado da mesma data, apresentou um pedido de tratamento confidencial relativo à Aeroporia Aigaiou que tinha por objecto a totalidade da decisão impugnada, enquanto não fosse publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* uma versão não confidencial desta decisão, e certos dados contidos na petição, na réplica e respectivos anexos.

- 35 Por despacho de 6 de Junho de 2008, o presidente da Sexta Secção admitiu a intervenção da Aeroporia Aigaiou em apoio dos pedidos da Comissão. Este despacho previa a comunicação à interveniente, em conformidade com as disposições do artigo 116.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, da versão não confidencial dos actos processuais, bem como a fixação de um prazo para apresentar um articulado de intervenção, sem prejuízo da possibilidade de posteriormente o completar, sendo caso disso, na sequência de uma decisão sobre o fundado do pedido de tratamento confidencial.
- 36 Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal em 25 de Junho de 2008, a interveniente contestou o pedido de tratamento confidencial apresentado pela NOA. Pediu a comunicação completa da integralidade dos actos processuais e ao mesmo tempo manifestou a intenção de apresentar um articulado de intervenção com base nas versões não confidenciais dos actos que lhe tinham sido comunicados. O articulado de intervenção foi apresentado em 22 de Julho de 2008.
- 37 No processo T-416/05, por carta apresentada na Secretaria do Tribunal em 8 de Março de 2010, em resposta a perguntas do Tribunal relativas ao pedido de tratamento confidencial, a recorrente desistiu deste pedido por ter sido posta em regime de liquidação específica e de vido à cessação de todas as actividades comerciais, terminado o processo de privatização. A interveniente foi convidada a apresentar as suas observações complementares.
- 38 No processo T-423/05, a Aeroporia Aigaiou, por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal em 17 de Maio de 2006, pediu para intervir em apoio dos pedidos da Comissão. Por requerimento de 28 de Julho de 2006, a recorrente concluiu pelo indeferimento deste pedido de intervenção. No mesmo dia apresentou, por requerimento separado, um pedido de tratamento confidencial em relação à Aeroporia Aigaiou.

- 39 Por despacho de 6 de Junho de 2008, o presidente da Sexta Secção a admitiu a intervenção da Aeroporia Aigaiou em apoio dos pedidos da Comissão, no processo T-423/05. Este despacho previa a comunicação em tempo útil à interveniente, em conformidade com as disposições do artigo 116.º, n.º 6, do Regulamento de Processo, do relatório para audiência, com vista à apresentação das suas observações eventuais na audiência.
- 40 No processo T-423/05, por carta apresentada na Secretaria do Tribunal em 10 de Maio de 2010, em resposta a perguntas do Tribunal relativas, nomeadamente, ao pedido de tratamento confidencial, a recorrente desistiu deste pedido, na sequência de ter sido colocada em regime de liquidação específica, ao termo do processo de privatização.
- 41 Por despacho de 18 de Maio de 2010, o presidente da Segunda Secção, depois de ouvir todas as partes, ordenou a apensação dos processos T-415/05, T 416/05 e T-423/05 para efeitos da fase oral e do acórdão.
- 42 Por impedimento do juiz T. Tchipev, o presidente do Tribunal Geral decidiu, em aplicação do artigo 32.º, n.º 3, do Regulamento de Processo, integrar a formação nos presentes processos para completar a Secção.
- 43 No processo T-415/05, a recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular total ou parcialmente a decisão impugnada;

— condenar a Comissão nas despesas.

44 No processo T-416/05, a recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- anular o artigo 1.º, n.ºs 1 e 4, e o artigo 2.º da decisão impugnada, na parte em que a ela dizem respeito;

- condenar a Comissão nas despesas.

45 No processo T-423/05, a recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- anular, no todo ou em parte, a decisão impugnada, quanto aos auxílios concedidos à recorrente;

- condenar a Comissão nas despesas.

46 A Comissão, apoiada pela Aeroporia Aigaiou nos processos T-416/05 e T-423/05, conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- negar provimento aos recursos;

- condenar as recorrentes nas despesas.

- 47 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal Geral (Segunda Secção alargada) decidiu iniciar a fase oral do processo sem proceder a diligências de instrução prévias. No âmbito das medidas de organização do processo, foi pedido às partes que respondessem a perguntas escritas do Tribunal e que apresentassem certos documentos. As partes deram cumprimento a estes pedidos.
- 48 Foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às perguntas feitas pelo Tribunal na audiência que decorreu em 14 de Junho de 2010.
- 49 No processo T-415/05, a República Helénica, que tinha pedido a remessa do processo à Grande Secção, confirmou na audiência que esse pedido tinha sido retirado.

Questão de direito

A — Quanto à perda do interesse em agir das recorrentes

1. Argumentos das partes

- 50 Nas suas observações escritas em resposta a um pedido do Tribunal Geral, a Comissão contestou a existência de um interesse em agir actual das recorrentes nos processos T-416/05 e T-423/05, a NOA e a OA, por terem sido postas em liquidação, terminado o processo de privatização.

- 51 A Comissão sustentou igualmente que, no processo T-415/05, a República Helénica já não justificava interesse em agir, na sequência do reembolso dos auxílios a que se refere a decisão impugnada.
- 52 A este respeito, a Comissão alegou que os interesses da República Helénica, que é o único accionista e, senão o único, pelo menos, o principal credor da NOA e da OA, tinham sido plenamente satisfeitos mediante a recuperação dos auxílios controvertidos. Por conseguinte, a anulação da decisão impugnada não tem nenhuma utilidade. Em especial, nenhum elemento permite considerar que, após o pagamento por estas sociedades dos créditos privilegiados da República Helénica, os créditos eventuais de outros credores ainda poderiam ser satisfeitos.
- 53 A República Helénica, na audiência, bem como a NOA e a OA, tanto nas suas respostas escritas a perguntas do Tribunal como na audiência, contestaram esta argumentação da Comissão. Sublinharam, nomeadamente, na audiência, que os créditos do pessoal e os créditos hipotecários tinham uma posição superior aos do Estado.
- 54 Por último, nos processos T-416/05 e T-423/05, a interveniente sustentou, em resposta a uma pergunta escrita do Tribunal no processo T-416/05, e na audiência nos dois processos atrás referidos, que mantinha interesse em intervir em apoio dos pedidos da Comissão, devido ao facto de as sociedades recorrentes terem sido postas em liquidação.

- 55 A NOA, em resposta a uma pergunta escrita do Tribunal e na audiência, bem como a OA, na audiência, contestaram a existência desse interesse da Aeroporia Aigaiou em prosseguir a sua intervenção.

2. *Apreciação do Tribunal Geral*

- 56 Os requisitos de admissibilidade constituem fundamentos de inadmissibilidade de ordem pública que o juiz da União Europeia pode a qualquer momento apreciar oficiosamente (v. despacho do Tribunal de 10 de Março de 2005, *Gruppo ormeggiatori del porto di Venezia e o./Comissão*, T-228/00, T-229/00, T-242/00, T-243/00, T-245/00 a T-248/00, T-250/00, T-252/00, T-256/00 a T-259/00, T-265/00, T-267/00, T-268/00, T-271/00, T-274/00 a T-276/00, T-281/00, T-287/00 e T-296/00, *Colect.*, p. II-787, n.º 22, e jurisprudência referida). No caso vertente, tendo em conta a argumentação das partes, impõe-se averiguar se os recursos das recorrentes podem prosseguir, na sequência de a NOA e a OA terem sido postas em liquidação e do reembolso invocado dos auxílios em causa.
- 57 Em primeiro lugar, no que diz respeito à inadmissibilidade alegada do recurso interposto pela República Helénica (processo T-415/05), sublinhe-se que, segundo jurisprudência firme, o artigo 230.º CE distingue nitidamente entre o direito de recurso de anulação das instituições comunitárias e dos Estados-Membros, por um lado, e o das pessoas singulares e colectivas, por outro, uma vez que o segundo parágrafo deste artigo concede, nomeadamente, a qualquer Estado-Membro o direito de contestar, através de um recurso de anulação, a legalidade das decisões da Comissão, sem que o exercício deste direito esteja condicionado pela justificação de um interesse em agir. Um Estado-Membro não tem, portanto, que demonstrar que um acto da Comissão por ele impugnado produz efeitos jurídicos em relação a ele para que o seu recurso seja admissível. Todavia, um acto da Comissão, para que possa ser objecto de um recurso de anulação, deve estar destinado a produzir efeitos jurídicos (despacho do Tribunal de Justiça de 27 de Novembro de 2001, *Portugal/Comissão*, C-208/99, *Colect.*, p. I-9183, n.ºs 22 a 24; v. igualmente, neste sentido, acórdão do Tribunal de 21 de Maio

de 2010, França e o./Comissão, T-425/04, T-444/04, T-450/04 e T-456/04, Colect., p. II-2099, n.ºs 118 a 120).

- 58 No caso vertente, na decisão impugnada, a Comissão qualifica as medidas controvertidas em favor da NOA e da OA de auxílios de Estado e declara-as incompatíveis com o mercado comum.
- 59 Daqui resulta que esta decisão produz efeitos jurídicos vinculativos e constitui consequentemente um acto impugnável.
- 60 Por conseguinte, a República Helénica, que contesta nomeadamente a qualificação das medidas controvertidas de auxílios de Estado, pode, exclusivamente na sua qualidade de Estado-Membro, interpor recurso de anulação da decisão impugnada e pode, consequentemente, nessa condição exclusiva, prosseguir o seu recurso.
- 61 Em segundo lugar, no que diz respeito à pretensa falta de interesse em agir da NOA (processo T-416/05) e da OA (processo T-423/05), importa recordar que, segundo a jurisprudência, o interesse em agir do recorrente deve perdurar até ser proferida a decisão judicial. Com efeito, já não há que proferir decisão sobre o recurso quando o recorrente perdeu o interesse pessoal na anulação do acto impugnado devido a um acontecimento, ocorrido no decurso da instância, cujo efeito é o de que a própria anulação deste acto já não é susceptível de ter consequências jurídicas favoráveis ao recorrente (acórdãos do Tribunal de 9 de Julho de 2008, Alitalia/Comissão, T-301/01,

Colect., p. II-1753, n.º 37, e de 19 de Março de 2010, Gollnisch/Parlamento, T-42/06, Colect., p. II-1135, n.º 61).

62 No caso vertente, basta constatar que as sociedades recorrentes – que precisaram, nas suas respostas às perguntas escritas do Tribunal, que tinham reembolsado na íntegra os auxílios alegados, em conformidade com a decisão impugnada – sustentam, com razão, que mantêm interesse pessoal e actual em prosseguir o seu recurso, na medida em que, se a decisão impugnada for anulada, a República Helénica terá de restituir os montantes reembolsados, os quais serão inscritos no activo dos seus balanços de liquidação respectivos.

63 Daqui resulta que os presentes recursos são admissíveis.

64 Por outro lado, nos processos T-416/05 e T-423/05, quanto à questão de saber se a Aeroporia Aigaiou mantém, na acepção do artigo 40.º, segundo parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça, interesse directo e actual na resolução dos litígios, basta recordar que, no despacho Olympiakes Aerogrammes/Comissão, já referido n.º 28), e no despacho Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Comissão, já referido n.º 23), que admite a intervenção da Aeroporia Aigaiou em apoio dos pedidos da Comissão, esse interesse directo e actual foi reconhecido devido ao facto da interveniente, por um lado, se ter encontrado em situação de concorrência com a OA e a NOA, beneficiárias dos auxílios objecto da decisão impugnada, e, por outro, ter participado activamente no procedimento formal de investigação que conduziu à adopção da decisão impugnada, que lhe é favorável. Ora, enquanto for reconhecido à NOA e à OA, mesmo depois de colocadas em liquidação, interesse em pedir a anulação da decisão impugnada, a Aeroporia Aigaiou mantém um interesse correlativo em intervir em apoio da Comissão para defender a legalidade desta decisão, quanto mais não seja para apresentar pedidos de indemnização, seguidos de eventuais acções, baseadas na concessão ilegal,

durante o período de concorrência referido anteriormente, de auxílios que lhe causaram prejuízos.

- 65 Deve, portanto, reconhecer-se que a Aeroporia Aigaiou, enquanto interveniente, manteve interesse na solução dos presentes litígios.

B — Quanto ao mérito

- 66 As recorrentes contestam as afirmações da Comissão relativas, em primeiro lugar, à existência de continuidade económica entre a OA e a NOA para fins da recuperação dos auxílios (processos T-415/05 e T-416/05), em segundo lugar, à concessão de auxílios de Estado à NOA (processos T-415/05 e T-416/05) e, em terceiro lugar, à concessão de auxílios de Estado à OA (processos T-415/05, T-416/05 e T-423/05). Além disso, invocam, em quarto lugar, violação do direito do Estado-Membro de ser ouvido (processos T-415/05 e T-423/05), em quinto lugar, violação do princípio da proporcionalidade (processos T-415/05 e T-416/05) e, em sexto lugar, violação do princípio *ne bis in idem* (processos T-415/05 e T-423/05).
- 67 Antes de abordar sucessivamente estas diferentes acusações, importa salientar, a título preliminar, que, no processo T-416/05, a recorrente, NOA, alegou a inadmissibilidade de pretensos fundamentos novos da Comissão (v. n.º 34, *infra*). A admissibilidade destes será apreciada ao examinar os fundamentos a que se referem (v. n.ºs 116, 117, 129 a 131, 208 e 409, *infra*).

1. *Quanto à tomada em consideração de uma continuidade económica entre a OA e a NOA para fins da recuperação dos auxílios (processos T-415/05 e T-416/05)*

a) Argumentos das partes

- ⁶⁸ No que diz respeito à identificação dos beneficiários dos auxílios em causa para fins da sua recuperação, a República Helénica e a NOA contestam a afirmação, da Comissão de que existe continuidade económica entre a OA e a NOA, na medida em que poderia ser interpretada, à luz do artigo 1.º, n.º 4, conjugado com o artigo 2.º da decisão impugnada, no sentido de que impõe que sejam reclamados à NOA auxílios concedidos à AO na sequência da adopção da decisão de 11 de Dezembro de 2002 e antes da cisão.
- ⁶⁹ Em primeiro lugar, as recorrentes consideram que, na falta de uma ordem de recuperação clara e precisa neste sentido, no dispositivo da decisão impugnada, em conformidade com o artigo 88.º CE e com o artigo 14.º do Regulamento n.º 659/1999, nenhuma obrigação de recuperar esses auxílios junto da NOA resulta desta decisão.
- ⁷⁰ A República Helénica alegou que a imprecisão da Comissão, tanto na decisão impugnada como nos articulados, que contêm contradições, leva a interrogar-se sobre as razões e o alcance da inclusão, na decisão impugnada (considerandos 178 a 183), da declaração referida *supra*, relativa à sucessão da NOA à OA para fins da recuperação dos auxílios, quando a Comissão admite, na resposta, que esta afirmação diz respeito

exclusivamente à decisão de 11 de Dezembro de 2002 e não tem consequências jurídicas quanto à decisão impugnada e que ela invoca a sua falta de agir sobre este ponto.

- 71 Consequentemente é indispensável clarificar, em conformidade com o princípio da segurança jurídica, se a decisão impugnada prevê que a NOA pode ser obrigada a reembolsar, nomeadamente, auxílios referidos no artigo 1.º, n.º 4, da decisão impugnada, de modo a que a questão da sucessão da NOA à OA para fins da recuperação dos auxílios seja submetida em tempo útil à fiscalização do Tribunal, no âmbito do presente recurso.
- 72 Em segundo lugar, a República Helénica e a NOA sustentam que a afirmação da Comissão, na decisão impugnada (considerando 183), segundo a qual a NOA deve ser considerada, pelo menos para fins da recuperação dos auxílios anteriores à cisão do sector das actividades de voo, a sucessora da OA, padece de erro manifesto de apreciação e de falta de fundamentação.
- 73 As recorrentes admitem que, segundo a jurisprudência, a Comissão pode ser obrigada a exigir que a recuperação não se limite ao beneficiário inicial do auxílio, mas que seja extensiva à empresa que eventualmente prossiga a actividade da empresa inicial graças aos meios de produção que para ela foram transferidos, quando existe continuidade económica entre as duas empresas (acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Maio de 2003, Itália e SIM 2 Multimedia/Comissão, C-328/99 e C-399/00, *Collect.*, p. I-4035, n.º 77). No entanto, resulta desta jurisprudência que, em primeiro lugar, a recuperação do auxílio junto de um terceiro é uma simples possibilidade e, em segundo lugar, deve existir um elemento de continuidade económica.

- 74 A este respeito, há que salientar que a possibilidade de uma sociedade em dificuldades económicas tomar medidas de reabilitação da empresa não pode ser afastada *a priori* em razão das exigências respeitantes à recuperação dos auxílios incompatíveis com o mercado comum (acórdão Itália e SIM 2 Multimedia/Comissão, já referido, n.º 76). Contrariamente às alegações da Comissão, a intenção de contornar a obrigação de reembolso seria tomada em consideração quando do exame da lógica económica da operação de cessão-transformação (acórdão Itália e SIM 2 Multimedia/Comissão, já referido, n.º 17, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 19 de Outubro de 2005, CDA Datenträger Albrechts/Comissão, T-324/00, Colect., p. II-4309, n.ºs 102 a 104).
- 75 A este respeito, as recorrentes recordam que a transferência, pela sociedade beneficiária do auxílio, de uma parte dos elementos do seu activo para uma pessoa jurídica terceira, a fim de lhe assegurar uma possibilidade de desenvolvimento preservada de incertezas jurídicas e económicas que ameaçam o prosseguimento da exploração desta parte da sua actividade, não demonstra, enquanto tal, a existência de vontade de contornar os efeitos da recuperação (acórdão CDA Datenträger Albrechts/Comissão, já referido, n.º 98).
- 76 No caso vertente, em conformidade com a jurisprudência atrás referida, o critério determinante reside, consequentemente, no facto da transformação ter sido imposta pela lógica económica de uma recuperação mais eficaz e não visa contornar os efeitos da ordem recuperação.
- 77 A cisão das actividades de voo, no quadro do programa mais vasto de reestruturação e de privatização do grupo Olympic Airways, destinou-se a vender este sector com o maior lucro possível. Em especial, o valor da nova companhia aérea, a NOA, ultrapassou de longe a simples soma dos elementos dos activos transferidos. Esse valor foi aumentado devido à existência, nomeadamente, de uma frota de aviões fiável e flexível,

de pessoal com grande formação, com um *savoir faire* e experiência do mercado nacional, de uma reputação uma fiabilidade comerciais, de uma rede de colaboradores, de contratos de colaboração e da disposição de faixas horárias.

- 78 As recorrentes consideram, conseqüentemente, que, em conformidade com o critério do investidor privado, a transformação prevista pela Lei n.º 3185/2003 foi imposta pela lógica económica de uma privatização do grupo Olympic Airways, com vista a uma recuperação mais eficaz dos auxílios, e não foi feita com o objectivo de contornar os efeitos da ordem de recuperação. Com efeito, após tentativas infrutíferas de privatização da OA, a República Helénica optou por cindir as suas diversas actividades do grupo a fim de as privatizar separadamente, com o máximo lucro. A este respeito, a NOA contesta em especial a afirmação da Comissão, na decisão impugnada (considerando 178), segundo a qual a intenção da República Helénica, quando da transformação deste grupo, era permitir que as actividades de voo prosseguissem.
- 79 A República Helénica e a NOA alegam que, no caso vertente, tal como no processo que deu origem ao acórdão CDA Datenträger Albrechts/Comissão, já referido, nada foi deduzido do património da sociedade que foi privada de uma parte do seu activo, concretamente a OA, porque uma parte equivalente do seu passivo foi transferida. A Comissão admitiu por outro lado que foram transferidas para a NOA dívidas no montante de 145 milhões de euros (considerando 117 da decisão impugnada).
- 80 Além disso, contrariamente às alegações da Comissão na decisão impugnada (considerando 179), a transferência de elementos de activo da OA para a NOA não privou a OA das suas receitas. Com efeito, a OA continuou a operar nos sectores da assistência em terra, da manutenção e da reparação, da restauração, da informática e do fornecimento de carburantes. A OA recebe receitas muito importantes da NOA, com base em condições de uma transacção de ordem comercial.

81 Nestas condições, a afirmação da Comissão, segundo a qual a criação da NOA constituiu uma reorganização artificial no seio do mesmo grupo é errada. Com efeito, por força da Lei n.º 3185/2003, a República Helénica detém as acções da NOA unicamente para efeitos da sua privatização. Além disso, a NOA, dado que não beneficiou de nenhuma vantagem enquanto sociedade adquirente de uma parte dos activos da OA, e que OA continuou a funcionar, não há continuidade económica entre as duas sociedades que justifique a recuperação junto da NOA do auxílio de que a OA era a única beneficiária (acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Abril de 2004, Alemanha/Comissão, C-277/00, Colect., p. I-3925, n.º 81).

82 Contrariamente às alegações da Comissão, a República Helénica não reconheceu, na sua carta de 2 de Junho de 2005, que a NOA tinha sucedido à OA. Apenas admitiu que, no caso da recuperação não poder ser efectuada completamente junto da OA depois de esgotado o produto da liquidação desta sociedade, a obrigação de recuperação poderia ser executada junto de sociedades que sucederam à OA se as condições enunciadas pela jurisprudência comunitária relativas à sucessão obrigação de recuperação de auxílios de Estado estivessem preenchidas. Ora, não foi isso o que se verificou. Estando iminente a conclusão do processo de privatização da NOA, as autoridades helénicas fizeram expressamente referência, na carta atrás referida, à condição relativa à venda a um preço de mercado razoável de mercado.

83 Ao alegar, na resposta (n.º 76), que a transformação em si não era objecto da decisão impugnada e que não necessitava de uma análise pormenorizada a fim de apreciar se a NOA tinha sucedido à OA, a Comissão admitiu que não teve em conta o critério fundamental relativo à lógica económica desta transformação.

84 Em consequência, na decisão impugnada, a fundamentação na qual se baseia a afirmação segundo a qual a NOA sucedeu à OA para fins da recuperação dos auxílios, é

insuficiente, na medida em que a Comissão não examinou a lógica económica do processo de constituição da NOA enquanto elemento da reestruturação-privatização da OA, com o objectivo de permitir a recuperação do montante o mais elevado possível dos auxílios pagos ilegalmente.

⁸⁵ Por último, a República Helénica e a NOA contestam a interpretação do acórdão de 12 de Maio de 2005 defendida pela Comissão. Referem que o Tribunal de Justiça se pronunciou unicamente acerca das consequências jurídicas e financeiras da Lei n.º 3185/2003 sobre a execução da decisão de 11 de Dezembro de 2002. O Tribunal de Justiça não se pronunciou sobre as intenções que tinham ditado a opção por cindir o sector das actividades de voo nem sobre a compatibilidade desta reestruturação com as disposições do artigo 87.º CE, nem sobre a questão de saber se a NOA podia ser considerada o sucessor da OA para fins da recuperação dos auxílios visados pela decisão de 11 de Dezembro de 2002. No âmbito desta acção por incumprimento, o Tribunal de Justiça não poderia, por outro lado, ter apreciado se a NOA tinha sucedido à OA, para fins da recuperação dos auxílios, porque, quando este recurso foi interposto, em 2 de Outubro de 2003, a NOA ainda não tinha sido criada.

⁸⁶ No acórdão de 12 de Maio de 2005, o Tribunal de Justiça unicamente declarou que a transferência de elementos do activo da OA para a NOA tinha por efeito impossibilitar, por força do direito nacional, a recuperação dos auxílios concedidos à OA. No entanto, chegou a esta conclusão ao considerar que «todos os activos» da OA tinham sido transferidos «sem quaisquer dívidas» (n.º 33 do acórdão). Ora, não foi esse o caso, uma vez que a Comissão reconheceu que a OA tinha conservado elementos do activo importantes e transferido um montante importante de dívidas para a NOA. Consequentemente, a Comissão deformou, o raciocínio do Tribunal de Justiça no acórdão de 12 de Maio de 2005 e desvirtuou-o, ao sustentar que o Tribunal de Justiça declarou a transferência dos activos os mais rentáveis para a NOA.

- 87 Por todas estas razões, as conclusões da Comissão relativas à constatação de uma pretensa continuidade económica entre a OA e a NOA são erradas e não são fundamentadas.
- 88 A Comissão apresenta, em primeiro lugar, a sua interpretação da decisão impugnada. Na contestação nos processos T-415/05 e T-416/05, sugere, antes de mais, que diversamente do acórdão de 12 de Maio de 2005, a decisão impugnada não aborda a questão relativa à recuperação, junto da NOA, de auxílios concedidos à OA. A Comissão infere daí que a República Helénica e a NOA não justificam um interesse actual em agir contra os fundamentos desta decisão relativos à qualificação da NOA como sucessora da OA.
- 89 No entanto, nas réplicas a Comissão defende a posição segundo a qual resulta claramente do artigo 2.º da decisão impugnada, interpretado em conjugação com os fundamentos desta decisão, que os auxílios controvertidos concedidos à OA, pelo menos antes da cisão, devem ser recuperados não só a esta sociedade, mas igualmente à NOA. Admite, conseqüentemente, o interesse da República Helénica e da NOA em contestar a obrigação de recuperação, junto da NOA, de auxílios concedidos à OA.
- 90 A Comissão explica esta mudança de posição com o facto de apenas ter sido informada da data precisa da constituição da NOA através da menção, na réplica, no processo T-416/05, de 13 de Dezembro de 2003 assim como da data da constituição e do início de actividade desta sociedade.

- 91 A prova desta data exacta «activa a reserva» formulada várias vezes pela Comissão, no que diz respeito à identificação do beneficiário efectivo dos auxílios anteriores à cisão.
- 92 Quanto aos auxílios controvertidos pagos à OA depois da cisão, esses auxílios poderiam e deveriam ser recuperados igualmente junto da NOA, se ficasse demonstrado, quando da execução da decisão impugnada, que o seu lucro tinha sido transferido para a NOA. A Comissão alega, a este respeito, que a OA transfere para a NOA a vantagem resultante dos auxílios que lhe concede a República Helénica, ao subalugar à nova companhia aérea os aviões mediante alugueres inferiores aos que ela própria pagava aos locadores principais.
- 93 A Comissão precisa que a repartição da obrigação de restituição entre a OA e a NOA deverá ser determinada quando da execução da decisão impugnada.
- 94 Em segundo lugar, nos processos T-415/05 e T-416/05, a Comissão contesta a argumentação dos recorrentes destinada a demonstrar que a NOA não sucede à OA para fins da recuperação dos auxílios controvertidos. Alega que a recuperação dos auxílios junto da entidade que exerce a actividade económica que deles tirou benefício visa restabelecer as condições de uma concorrência sã.
- 95 A Aeroporia Aigaiou, interveniente em apoio dos pedidos da Comissão no processo T-416/05, salienta que a questão relativa à existência de continuidade económica entre a OA e a NOA foi decidida no acórdão de 12 de Maio de 2005.

b) Apreciação do Tribunal Geral

⁹⁶ A título preliminar, importa referir que, em resposta a uma pergunta do Tribunal na audiência, a Comissão não confirmou a afirmação da OA, contida na sua resposta a uma pergunta escrita do Tribunal e reiterada na audiência, segundo a qual esta sociedade reembolsou integralmente, em conformidade com o artigo 2.º da decisão impugnada, o montante e respectivos juros, dos auxílios controvertidos que lhe tinham sido pagos. Com efeito, a Comissão emitiu reservas no que diz respeito ao reembolso integral destes auxílios, indicando ao mesmo tempo que, tendo em conta a liquidação da OA e da NOA, a Comissão não exige que a República Helénica recupere junto da NOA os auxílios controvertidos concedidos à OA.

⁹⁷ A República Helénica e a NOA declararam, por sua vez, na audiência que mantinham as críticas contra a qualificação da NOA como sucessora da OA, para fins da recuperação dos auxílios pagos à OA.

⁹⁸ Neste contexto, após ter determinado, em primeiro lugar, as medidas a favor da OA susceptíveis de ser objecto de uma obrigação de recuperação junto da NOA, deverá, em segundo lugar, definir o alcance jurídico da decisão impugnada, no que diz respeito à constatação relativa à sucessão da NOA à OA para fins da recuperação do auxílio, antes de apreciar, em terceiro lugar, o fundamento da extensão da obrigação de recuperação junto da NOA.

Quanto à determinação das medidas em favor da OA susceptíveis de ser objecto de uma obrigação de recuperação junto da NOA

- 99 A título preliminar, como salienta o Tribunal de Justiça no acórdão de 12 de Maio de 2005 (n.º 32), importa distinguir o exame das medidas de reestruturação das próprias, à luz das condições de aplicação do artigo 87.º CE, da questão, inteiramente autónoma, de saber se a NOA pode ser considerada sucessora da OA, no que diz respeito às actividades de voo, para fins da recuperação dos auxílios que tinham sido concedidos à OA antes da cisão. Apenas estava em causa, no âmbito da acção por incumprimento que deu lugar a este acórdão, a apreciação das consequências jurídicas e financeiras destas medidas de reestruturação na execução da decisão de 11 de Dezembro de 2002.
- 100 Resulta da intimação para fornecer informações, bem como da decisão de 16 de Março de 2004 de instaurar o processo previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE, que as investigações da Comissão tinham por objecto, no conjunto das medidas ligadas à reestruturação e à privatização do grupo Olympic Airways susceptíveis de comportar elementos de auxílio de Estado (v. n.ºs 12 e 16 a 18, *supra*).
- 101 No entanto, na decisão impugnada, as medidas de reestruturação não são examinadas enquanto tais, sob o ângulo da sua qualificação tendo em conta condições de aplicação do artigo 87.º, n.º 1, CE. A sua natureza, nomeadamente o elo entre a OA e a NOA, unicamente é apreciado pela Comissão a fim, por um lado, de demonstrar a existência de continuidade económica entre a OA e a NOA, para fins da recuperação dos auxílios controvertidos e, por outro, de qualificar as medidas examinadas no seu contexto (v., nomeadamente, n.ºs 164 a 178, *infra*).

- 102 No que diz respeito mais especialmente à recuperação dos auxílios, cabe unicamente à Comissão examinar, na decisão impugnada, a questão da sucessão da OA à NOA, para fins da recuperação dos auxílios novos junto da OA, a que esta decisão se refere. Com efeito, a determinação dos beneficiários efectivos dos auxílios visados na decisão de 11 de Dezembro de 2002, para fins de execução da ordem de recuperação contida nesta decisão, foi regulada pelo acórdão de 12 de Maio de 2005 (v. n.^{os} 7, 8 e 99, *supra*).
- 103 Além disso, importa referir que a questão da sucessão da NOA à OA, para fins da recuperação dos auxílios, não pode, no caso concreto, ser suscitada, 'no que diz respeito os auxílios concedidos à OA antes da cisão das actividades de voo e da NOA ter sido criada.
- 104 Com efeito, se existir continuidade económica entre estas duas sociedades, a NOA pode ser considerada beneficiária efectiva dos auxílios ao sector das actividades de voo, que tinham sido concedidos à antiga companhia aérea OA antes destas actividades terem sido retomadas pela NOA.
- 105 Em contrapartida, contrariamente às alegações da Comissão nas tréplicas (v. n.º 92, *supra*), não se pode exigir à NOA que restitua os auxílios controvertidos concedidos à OA depois da cisão pelo simples facto de aquela sociedade ter retirado dos mesmos uma vantagem indirecta. Com efeito, mesmo supondo que, como sustenta a Comissão, os auxílios de Estado concedidos à OA depois da cisão tenham permitido a esta sociedade conceder, por sua vez, à nova sociedade e a NOA benefícios que esta não teria obtido em condições normais de mercado, facto que não está demonstrado, esta circunstância não permite, por si só, considerar que a NOA é a beneficiária efectiva dos auxílios concedidos à OA.

- 106 Com efeito, não havendo, depois da cisão, unidade económica entre as duas sociedades, a OA e a NOA, cuja autonomia, jurídica e financeiramente, a Comissão não contesta na decisão impugnada, incumbe, de qualquer modo à Comissão identificar claramente a vantagem pretensamente permitida à NOA pela OA e apreciá-la separadamente tendo em conta as os requisitos de aplicação do artigo 87.º, n.º 1, CE (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 10 de Janeiro de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e o., C-222/04, Colect., p. I-289, n.ºs 112 a 114, e do Tribunal de 25 de Junho de 1998, British Airways e o./Comissão, T-371/94 e T-394/94, Colect., p. II-2405, n.ºs 313 e 314). Foi, de resto, a abordagem seguida pela Comissão pela Comissão, na decisão impugnada, no que diz respeito o auxílio concedido à NOA sob a forma de alugueres pouco elevados pela sublocação de aviões (v. n.ºs 154 a 253, *infra*).
- 107 Daqui resulta que, no caso vertente, como as recorrentes sugerem, a questão da sucessão da NOA à OA, para fins de recuperação dos auxílios controvertidos, é unicamente suscitada no que diz respeito ao auxílio pretensamente concedido à OA sob a forma de tolerância quanto ao não pagamento, por parte desta sociedade dos impostos e das cotizações de segurança social, referida no artigo 1.º, n.º 4, da decisão impugnada, na medida em que esse auxílio é anterior à cisão. Com efeito, os outros auxílios concedidos à OA, aos quais se refere o artigo 1.º, n.ºs 2 e 3, desta decisão, foram todos concedidos depois da cisão.
- 108 A este respeito, saliente-se desde já que os fundamentos invocados pelas recorrentes, nos processos T-415/05 e T-423/05, a fim de obter a anulação do artigo 1.º, n.º 4, da decisão impugnada, devem ser rejeitados, como a seguir o Tribunal demonstrará (v. n.ºs 378 a 394, *infra*).
- 109 Nestas condições, importa determinar o alcance jurídico da decisão impugnada, no que diz respeito à declaração da existência de continuidade económica entre a OA e a NOA, para fins da recuperação do auxílio a que se refere o artigo 1.º, n.º 4, da referida decisão na medida em que este auxílio tenha sido concedido antes de 11 de Dezembro de 2003.

Quanto ao alcance jurídico da decisão impugnada, no que diz respeito a afirmação relativa à sucessão da NOA à OA para fins da recuperação do auxílio controvertido

- 110 Saliente-se a título preliminar que, dado que a decisão impugnada foi adoptada em 14 de Setembro de 2005, a Comissão dispunha, no momento da sua adopção, de todos os elementos necessários à identificação, na própria decisão, dos beneficiários aos quais a restituição podiam ser pedida. Neste aspecto, as circunstâncias do caso presente distinguem-se das examinadas pela Comissão na decisão de 11 de Dezembro de 2002, anterior à reestruturação do grupo Olympic Airways e à criação da NOA, em Dezembro de 2003.
- 111 No entanto, no dispositivo da decisão impugnada, a Comissão não identifica expressamente a NOA como sendo a beneficiária efectiva de uma parte do auxílio concedido à OA, a que o artigo 1.º, n.º 4, desta decisão se refere.
- 112 A Comissão limita-se, com efeito, a prever, no artigo 2.º da decisão impugnada, que a República Helénica recuperará o auxílio a que se refere o artigo 1.º desta decisão, junto dos «beneficiários» deste auxílio. Quanto ao artigo 1.º, n.º 4, da decisão impugnada, este visa expressamente o auxílio ilegal concedido à OA sob a forma de uma tolerância da República Helénica relativamente às dívidas fiscais e de segurança social desta sociedade ao Estado e não se refere à NOA, enquanto beneficiária efectiva de uma parte deste auxílio.
- 113 No acórdão de 14 de Fevereiro de 2008, Comissão/Grécia, já referido, que declara que a República Helénica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da decisão impugnada, o Tribunal de Justiça não considerou necessário examinar, nomeadamente, se nesta decisão a NOA era designada sucessora da OA para fins da recuperação do auxílio controvertido a que se refere o artigo 1.º, n.º 4. Com efeito,

no que diz respeito a este auxílio, o Tribunal de Justiça unicamente averiguou se a decisão impugnada continha indicações que permitissem às autoridades nacionais em causa determinarem elas próprias, sem excessivas dificuldades, os montantes a recuperar (n.ºs 42 a 44 do acórdão).

- 114 Neste contexto, cabe ao Tribunal, como alegam as recorrentes, interpretar o conteúdo da decisão impugnada no que diz respeito a uma eventual obrigação de recuperação do auxílio a que se refere o artigo 1.º, n.º 4, da decisão impugnada, junto da NOA.
- 115 Sublinhe-se previamente que a Comissão justificou, nas réplicas nos processos T-415/05 e T-416/05, as suas posições contraditórias no que diz respeito à interpretação da decisão impugnada, pela sua incerteza quanto à data precisa de constituição da NOA (v. n.º 90, *supra*).
- 116 No processo T-416/05, a NOA invocou o carácter novo e, por conseguinte, inadmissível desta argumentação relativa à incerteza alegada da Comissão quanto à data precisa da constituição da NOA (v. n.º 34, *supra*).
- 117 A este respeito, basta salientar que esta argumentação da Comissão não é, de qualquer modo, pertinente. Com efeito, independentemente das sucessivas interpretações concretamente propostas pela instituição recorrida, é ao Tribunal que incumbe, a final, interpretar a decisão impugnada. Em consequência, as posições contraditórias da Comissão, relativas à interpretação da decisão impugnada e à alegada incerteza relativa à data precisa de constituição da NOA, a fim de explicar a evolução da posição da Comissão, não são pertinentes e não podem ser constitutivas de violação dos direitos de defesa das recorrentes (acórdão do Tribunal de 7 de Outubro de 1999, Irish

Sugar/Comissão, T-228/97, Colect., p. II-2969, n.º 30). Além disso, sublinhe-se que a decisão de 16 de Março de 2004 de início do procedimento formal de investigação n.º 110) e a decisão impugnada n.º 6) indicam expressamente que a NOA foi criada em 12 de Dezembro de 2003. As recorrentes confirmaram, na audiência, que a NOA iniciou as suas actividades nessa data. Neste contexto, mesmo que no procedimento administrativo a Comissão não tenha sido informada da data precisa de constituição da NOA, em 11 de Dezembro de 2003, esta circunstância não era de natureza a incidir no conteúdo da decisão impugnada — e, portanto, na sua interpretação — no que diz respeito à designação eventual da NOA como sucessora da OA para fins de recuperação do auxílio controvertido.

- 118 Para fins de interpretação do artigo 2.º da decisão impugnada, recorde-se que, segundo a jurisprudência, o dispositivo de uma decisão em matéria de auxílios de Estado é indissociável da sua fundamentação, pelo que deve ser interpretado, se necessário, tendo em conta os motivos que levaram à sua adopção (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Maio de 1997, TWD/Comissão, C-355/95 P, Colect., p. I-2549, n.º 21, e acórdão de 12 de Maio de 2005, n.º 41, e jurisprudência referida).
- 119 No caso vertente, importa consequentemente averiguar se o artigo 2.º da decisão impugnada pode, à luz dos fundamentos desta decisão, ser interpretado no sentido de que visa, entre os «beneficiários do auxílio referido no artigo 1.º», a NOA enquanto beneficiária efectiva do auxílio controvertido concedido à OA, referido no artigo 1.º, n.º 4, da referida decisão.
- 120 No seu exame da natureza da reestruturação do grupo Olympic Airways (considerandos 178 a 183 da decisão impugnada), feita no âmbito da «apreciação do auxílio» n.º 6 da decisão impugnada), a Comissão analisou de modo mais detalhado as modalidades

da reestruturação, já tomadas em consideração pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 12 de Maio de 2005. A Comissão baseou-se nesse acórdão para formular a seguinte conclusão no considerando 183 da decisão impugnada:

«É, portanto, manifesto que embora a reestruturação do grupo Olympic Airways em 2003 – da qual resultou a NOA – levou à criação de uma entidade jurídica distinta, foi no entanto feita para evitar a recuperação dos auxílios, por força da decisão [de 11 de Dezembro] de 2002, e que a NOA é sucessora da OA, pelo menos para efeitos de recuperação do auxílio estatal concedido antes da cisão.»

¹²¹ Para demonstrar que a NOA sucedeu à OA para fins da recuperação do auxílio controvertido pago à OA, a Comissão limitou-se assim a desenvolver os elementos nos quais, no acórdão de 12 de Maio de 2005, o Tribunal de Justiça se tinha baseado para concluir pela existência de continuidade económica entre a OA e a NOA, para fins da recuperação dos auxílios visados na decisão de 11 de Dezembro de 2002. Com base nestes elementos, a Comissão conclui expressamente, no considerando 183 da decisão impugnada, pela extensão da obrigação de recuperação à NOA no que diz respeito em especial ao auxílio controvertido em favor da OA anterior à cisão.

¹²² Por outro lado, no âmbito da sua apreciação da compatibilidade dos auxílios concedidos à NOA, a Comissão recordou, na decisão impugnada (considerandos 216 e 217), que, na medida em que a NOA era o sucessor da OA para fins da recuperação dos auxílios, o auxílio novo concedido à NOA não podia ser declarado compatível com o mercado comum, enquanto não tivessem sido recuperados os auxílios anteriores à cisão.

- 123 Resulta deste exame da decisão impugnada que — embora seja lamentável que a Comissão não tenha designado pelo nome, no dispositivo desta decisão, os beneficiários ao auxílio a que se refere o artigo 1.º, n.º 4, e anterior à cisão devia ser recuperado — os fundamentos desta decisão permitem identificar facilmente a NOA como sucessora da OA para fins da recuperação deste auxílio.
- 124 Neste contexto, resulta claramente do artigo 2.º da decisão impugnada, conjugado com os fundamentos anteriormente citados da referida decisão, nomeadamente à luz do acórdão de 12 de Maio de 2005, que a Comissão impôs à República Helénica a obrigação de recuperar o auxílio concedido à OA, antes da cisão, não só a esta sociedade, mas igualmente, se for caso disso, à NOA.
- 125 O artigo 2.º da decisão impugnada, ao prever a recuperação do auxílio a que se refere o artigo 1.º desta decisão, deve consequentemente ser interpretado no sentido de que contém uma ordem de recuperação do auxílio anterior à cisão, junto da OA ou da NOA, devendo a repartição da obrigação de restituição entre estas duas sociedades ser determinada quando da execução da referida decisão.
- 126 Com efeito, quanto à repartição da obrigação de restituição entre os beneficiários de um auxílio, recorde-se que, numa decisão que declare a incompatibilidade de um auxílio e que imponha a sua recuperação, a Comissão não tem de precisar em que medida cada empresa beneficiária retirou proveito do montante do auxílio em causa. Compete ao Estado-Membro em questão determinar o montante que deve ser reembolsado por cada uma destas empresas ao se proceder à recuperação do auxílio. Em caso de dificuldades imprevistas, esse Estado pode submeter os seus problemas à apreciação da Comissão, devendo esta e o Estado colaborar de boa fé, em conformidade com o dever de cooperação leal consagrado designadamente no artigo 10.º CE, a fim de superar essas dificuldades (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de 11 de Maio

de 2005, Saxonia Edelmetalle e ZEMAG/Comissão, T-111/01 e T-133/01, Colect., p. II-1579, n.º 124).

¹²⁷ Esta solução é confirmada pelo acórdão de 12 de Maio de 2005, no qual o Tribunal de Justiça, salientando o critério meramente económico do restabelecimento de uma concorrência não falseada no sector em causa, admite de maneira implícita a possibilidade de apenas uma obrigação subsidiária de reembolso da NOA. Com efeito, neste acórdão, o Tribunal de Justiça limitou-se a declarar o incumprimento, deixando às autoridades nacionais competentes e à Comissão o cuidado de determinar, no âmbito do dever recíproco de cooperação leal que lhes incumbe, a repartição da obrigação de reembolso entre a OA e a NOA, no que diz respeito aos auxílios visados pela decisão de 11 de Dezembro de 2002.

¹²⁸ No caso presente, tendo em conta a interpretação que emerge da decisão impugnada nos n.ºs 123 a 125 *supra*, importa examinar a fundamentação e a justeza da constatação de continuidade económica entre a OA e a NOA para fins da recuperação do auxílio a que se refere o artigo 1.º, n.º 4, da decisão impugnada, anterior à cisão.

Quanto à apreciação da fundamentação e do fundamento da afirmação, na decisão impugnada, da sucessão da NOA à OA para fins da recuperação do auxílio controvertido

¹²⁹ Antes de examinar a procedência dos fundamentos relativos à fundamentação insuficiente e ao erro manifesto de apreciação, apresentados pelas recorrentes nos

processos T-415/05 e T-416/05, há que rejeitar a alegação de inadmissibilidade pela NOA dos pretensos novos fundamentos da Comissão relativos, por um lado, à vontade alegada da República Helénica de contornar a obrigação de recuperação e, por outro, à ilegalidade alegada da existência da NOA (v. n.º 34 *supra*).

- ¹³⁰ Com efeito, resulta claramente da tréplica que a Comissão não invoca nenhum fundamento novo relativo a uma pretensa vontade da República Helénica de contornar a obrigação de recuperação, graças à reestruturação do grupo Olympic Airways e à criação da NOA. Pelo contrário, desenvolve o argumento, já invocado na decisão impugnada e a resposta, segundo a qual falta de intenção da República Helénica de contornar esta obrigação, alegada pela recorrente, não tem pertinência, pelo que a reestruturação referida anteriormente obsta à recuperação dos auxílios.
- ¹³¹ Quanto ao argumento da Comissão, segundo o qual o acórdão de 12 de Maio de 2005 afecta a própria existência da NOA, ao a declarar ilegal, esse argumento inscreve-se no âmbito das discussões entre as partes quanto ao alcance jurídico deste acórdão no que diz respeito à identificação do beneficiário efectivo do auxílio controvertido.
- ¹³² Quanto ao mérito e a título preliminar, na medida em que, no âmbito do seu exame do vínculo existente entre a OA e a NOA, a Comissão se baseia nomeadamente nos elementos tidos em conta pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 12 de Maio de 2005 para declarar que a «NOA é a sucessora da OA, pelo menos para fins da recuperação dos auxílios de Estado anteriores à cisão» (considerando 183 da decisão impugnada), importa precisar o alcance jurídico deste acórdão no caso vertente.

- 133 Contrariamente às alegações da Comissão no Tribunal, só pode ser reconhecida a este acórdão a autoridade de caso julgado no que diz respeito à recuperação dos auxílios visados na decisão de 11 de Dezembro de 2002, na medida em que o incumprimento declarado se referia precisamente à falta de execução desta decisão.
- 134 Em especial, no que diz respeito à declaração relativa à existência de continuidade económica entre a OA e a NOA, para fins da recuperação do auxílio controvertido anterior à cisão, sublinhe-se que, ainda que as circunstâncias pertinentes susceptíveis de ser tomadas em conta sejam, no essencial as mesmas, quer se trate da recuperação dos auxílios imposta pela decisão de 11 de Dezembro de 2002 quer da recuperação dos auxílios concedidos à OA anteriores à cisão, imposta pela decisão impugnada, nem todos os elementos são, no entanto, estritamente idênticos. A diferença reside no facto de que a transferência dos activos da OA para a NOA, no sector das actividades de voo, segundo modalidades que impossibilitam a recuperação, junto da NOA, do auxílio concedido à OA, se ter verificado depois da adopção da decisão de 11 de Dezembro de 2002, mas antes do início do procedimento formal de investigação que conduziu à adopção da decisão impugnada, em 14 de Setembro de 2005.
- 135 Ora, o momento da transferência dos activos para a nova sociedade é um dos critérios susceptíveis de ser tidos em conta, a diversos graus, consoante os casos. Com efeito, resulta da jurisprudência que, para apreciar se a obrigação de recuperação do auxílio pago a uma sociedade em dificuldade pode ser alargada a uma nova sociedade para a qual esta antiga sociedade transferiu certos activos, quando essa transferência permita constatar continuidade económica entre as duas sociedades, podem ter-se em conta os elementos seguintes: o objecto da transferência (activos e passivos, conservação da força de trabalho, activos agrupados), o preço da transferência, a identidade dos preço da transferência, a identidade dos accionistas ou dos proprietários da empresa adquirente e da original, o momento em que a transferência é realizada (depois de iniciado o inquérito, o procedimento ou depois da decisão final) ou ainda a lógica económica da operação (acórdão Itália e SIM2 Multimedia/Comissão, já referido, n.ºs 78, 80 e 85).

- 136 No caso vertente, deve, conseqüentemente, verificar-se se, tendo em conta o contexto factual próprio do presente litígio, a Comissão pôde, sem exceder os limites do seu poder de apreciação, transpor, para a decisão impugnada, o raciocínio seguido pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 12 de Maio de 2005 para concluir pela existência de continuidade económica entre a OA e a NOA para fins da recuperação do auxílio controvertido.
- 137 No que diz respeito em especial ao critério relativo ao momento da transferência dos activos, cujo conteúdo e alcance serão posteriormente objecto de precisão (v. n.º 146, *infra*), basta, nesta fase, recordar que, no processo que deu lugar ao acórdão de 12 de Maio de 2005, a transferência de activos da empresa OA, em dificuldade, para a nova sociedade e a NOA, de maneira a impossibilitar a recuperação, junto da antiga empresa, dos auxílios visados na decisão de 11 de Dezembro de 2002, verificou-se depois da adopção desta decisão (v. n.º 134, *supra*). Nos processos que deram origem aos acórdãos Itália e SIM2 Multimedia/Comissão, já referido (n.º 77), e Alemanha/Comissão, já referido (n.º 71), nos quais a análise desenvolvida no acórdão de 12 de Maio de 2005 se baseia de maneira implícita (v. n.ºs 143 e 144, *infra*), as operações de «contorno» alegadas pela Comissão tinham sido efectuadas quer ao longo do procedimento formal de investigação, quer num momento em que as autoridades nacionais competentes estavam informadas da intenção da Comissão de início do procedimento de investigação.
- 138 No caso vertente, sublinhe-se que a intimação para fornecer informações quanto às medidas ligadas à reestruturação e à privatização da OA susceptíveis de comportar elementos de auxílio, tinha sido dirigida à República Helénica em 8 de Setembro de 2003. Conseqüentemente, nem a República Helénica nem a OA podiam ignorar, quando da criação da NOA, que as medidas em favor da OA anteriores à cisão poderiam ser objecto de inquérito por parte Comissão e que davam seguimento a certos auxílios anteriores, visados na decisão de 11 de Dezembro de 2002, concedidos à OA sob a forma de tolerância da República Helénica em relação ao não pagamento de impostos e de cotizações de segurança social.

- 139 Nestas condições, tendo em conta a semelhança do contexto factual, a análise a que procedeu o Tribunal de Justiça no acórdão de 12 de Maio de 2005 segundo a qual, para restabelecer uma situação de concorrência não falseada no sector económico em questão, a obrigação de recuperação dos auxílios pagos à OA podia ser alargada à NOA, para a qual tinham sido transferidas as actividades de produção mais rentáveis da OA, é igualmente válida, pelos mesmos motivos, no que diz respeito aos auxílios anteriores à cisão ora em causa.
- 140 A este respeito, a interpretação do acórdão de 12 de Maio de 2005 proposta pelas recorrentes, que sustentam que o Tribunal de Justiça não considerou a NOA como a sucessora da OA para fins da recuperação do auxílio, não pode ser admitida.
- 141 Com efeito, no acórdão de 12 de Maio de 2005 (n.^{os} 33 e 34), o Tribunal de Justiça acolheu o argumento da Comissão segundo o qual a operação que consiste em transferir para a sociedade e a NOA os activos do sector das actividades de voo da companhia OA, livres de quaisquer dívidas, estruturando esta operação de maneira a impossibilitar, por força do direito nacional, a recuperação, junto da nova sociedade e a NOA, das dívidas da antiga companhia OA, «criou um obstáculo à execução efectiva da decisão [de 11 de Dezembro de 2002] e à recuperação dos auxílios através dos quais [a República Helénica] apoiou as actividades comerciais dessa companhia» e «[p]or este motivo, o objectivo da referida decisão, de restabelecer uma situação de concorrência não falseada no sector da aviação civil, [tinha ficado] seriamente comprometido».
- 142 Sublinhando a necessidade de restabelecer a situação de concorrência no sector da aviação civil, o Tribunal de Justiça designou assim a NOA, de maneira implícita, como a beneficiária efectiva dos auxílios concedidos à OA, visados na decisão de 11 de Dezembro de 2002, na medida em que estes auxílios à antiga companhia aérea OA tinham beneficiado o sector das actividades de voo transferido para a NOA.

143 Com efeito, à luz das conclusões do advogado-geral L. A. Geelhoed (Colect., p. I-3878, n.ºs 28 a 36), o acórdão de 12 de Maio de 2005 deve ser entendido no sentido de que declara a existência de continuidade económica entre a OA e a NOA, no que diz respeito ao sector das actividades de voo, para fins da recuperação dos auxílios imposta pela decisão de 11 de Dezembro de 2002. Em consequência, a nova companhia aérea NOA podia em princípio, na sua qualidade de empresa que teve o gozo efectivo desses auxílios, ser objecto de procedimento nacional de recuperação dos auxílios visados na supra-mencionada decisão, a fim de restabelecer uma concorrência não falseada no sector económico em questão.

144 Em apoio da sua análise, o advogado-geral L. A. Geelhoed baseou-se em especial no acórdão Itália e SIM 2 Multimedia/Comissão, já referido, no qual o Tribunal de Justiça considerou que o facto de permitir a uma empresa em dificuldade criar, ao longo do processo formal de investigação relativo aos auxílios que tenha recebido, uma filial para a qual transfere seguidamente as suas actividades de exploração mais rentáveis equivaleria a admitir a possibilidade de que qualquer sociedade subtraísse esses activos do património da empresa-mãe no momento da recuperação dos auxílios, o que constituiria um risco de privar de efeitos a recuperação do auxílio no todo ou em parte. Para evitar que a decisão de recuperação dos auxílios perca o seu efeito útil e que a distorção da concorrência continue, a Comissão poderá exigir que a recuperação não se limite à empresa original, mas que se alargue à empresa que continua a sua actividade, utilizando os meios de produção transferidos, na medida em que certos elementos de transferência permitam verificar continuidade económica entre as duas entidades (n.º 33 das conclusões).

145 No caso vertente, a argumentação da República Helénica e da NOA destinada, no essencial, a contestar o facto de que os principais activos da OA — que se reportavam ao sector das actividades de voo — foram transferidos para a NOA, liberados da maior parte do passivo, e segundo modalidades que impossibilitavam a recuperação dos auxílios junto desta sociedade, destina-se, na realidade a questionar a análise na qual o Tribunal de Justiça se baseou no seu acórdão de 12 de Maio de 2005. Com efeito,

contrariamente às alegações das as recorrentes, os principais elementos de facto e de direito pertinentes já tidos em conta neste acórdão não foram diferentes no caso vertente. Em especial, embora seja exacto que, neste acórdão, o Tribunal de Justiça salientou que os activos do sector das actividades de voo tinham sido transferidos para a NOA «livres de quaisquer dívidas», esta consideração — baseada nas informações que lhe tinham sido dadas pelas partes — explica-se pelo facto de que o Tribunal de Justiça não tinha de examinar, no âmbito da acção por incumprimento de que tinha sido chamado a conhecer em pormenor todas as modalidades da reestruturação do grupo Olympic Airways, nomeadamente no que diz respeito à transferência de uma parte muito reduzida das dívidas para a NOA, ficando a totalidade das dívidas a longo prazo e 90% das dívidas a curto prazo a cargo da OA. Neste contexto, a circunstância, invocada no caso vertente pelas as recorrentes, segundo a qual OA manteve as actividades de assistência em terra, de manutenção e de formação, tendo 10% das suas dívidas a curto prazo, ou seja, das dívidas com um prazo inferior a um mês, sido transferidas para a NOA, como resulta do relatório Moore Stephens, não pode alterar a análise que decorre do acórdão de 12 de Maio de 2005.

¹⁴⁶ Além disso, sublinhe-se que, contrariamente às alegações das recorrentes, os critérios jurisprudenciais de identificação do beneficiário efectivo de um auxílio apresentam um carácter objectivo. Com efeito, decorre da jurisprudência que a existência de continuidade económica pode ser demonstrada, para fins de recuperação do auxílio, com base em vários elementos objectivos, como a falta de pagamento, em contrapartida dos activos transferidos, de um preço conforme com as condições de mercado, ou a circunstância objectiva da transferência ter por efeito contornar a obrigação de restituição do auxílio controvertido (v., neste sentido, acórdão Alemanha/Comissão, já referido, n.º 86; acórdãos de 12 de Maio de 2005, n.ºs 32 a 34, e Itália e SIM2 Multimedia/Comissão, já referido, n.º 78). A este respeito, contrariamente ao que as recorrentes alegam, não resulta do acórdão CDA Datenträger Albrechts/Comissão, já referido, que a presença de um elemento intencional seja necessária para declarar que a obrigação de restituição é contornada pela transferência de activos. Do mesmo modo, saliente-se que o critério relativo ao momento da transferência de activos (v. n.ºs 135 a 138, *supra*) apresenta igualmente um carácter objectivo e não implica a existência de uma vontade de contorno. Deve ser entendido no sentido de que o momento da transferência pode constituir, se for caso disso, um indício de um efeito de contorno.

- 147 Neste contexto, a argumentação das recorrentes, segundo a qual a reestruturação do grupo Olympic Airways e a transferência das actividades de voo para a NOA foi imposta pela lógica económica de uma recuperação mais eficaz do auxílio concedido à OA graças à privatização da NOA, não pode prosperar.
- 148 A este respeito, importa salientar que a finalidade da obrigação de recuperação do auxílio é restabelecer a situação de concorrência no sector económico em questão, e não permitir à autoridade pública cobrar os seus créditos (v., neste sentido, acórdão Alemanha/Comissão, já referido, n.º 76). A lógica económica da operação de transferência do activo deve consequentemente ser examinada sob o ângulo do restabelecimento da situação de concorrência no sector em questão.
- 149 Daqui decorre que o elemento subjectivo invocado pelas recorrentes, que consiste no facto de se ter procedido à reestruturação do grupo Olympic Airways e à criação da NOA com vista a permitir a privatização nomeadamente da NOA nas melhores condições e com o máximo lucro, com o objectivo de assegurar a recuperação dos auxílios graças, nomeadamente, ao produto da privatização, não é, de qualquer modo, pertinente.
- 150 Por último, sublinhe-se que o presente litígio decorre em circunstâncias especiais, caracterizadas pelo facto da reestruturação da OA e a criação da NOA constituírem meras operações provisórias, destinadas a facilitar a privatização. A transferência para a NOA do sector das actividades de voo do grupo Olympic Airways foi realizada por lei, por excepção ao direito comum, e a totalidade do capital desta nova sociedade foi imediatamente devolvida à República Helénica. Nestas condições, na falta de pagamento de uma contrapartida, por um novo adquirente, enquanto não estivesse concluída a privatização da companhia aérea, não havia que verificar se o montante dos auxílios concedidos à OA antes da cisão podia considerar-se incluído num preço

de compra conforme com as condições do mercado (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 20 de Setembro de 2001, *Banks*, C-390/98, Colect., p. I-6117, n.º 77, e de 13 de Novembro de 2008, Comissão/França, C-214/07, Colect., p. I-8357, n.ºs 57 e 58).

151 Por todas estas razões, a declaração pela Comissão de uma continuidade económica entre a OA e a NOA, para fins da recuperação do auxílio controvertido concedido à OA antes da cisão, não pode considerar-se viciada por erro manifesto de apreciação.

152 Por outro lado, a decisão impugnada está suficientemente fundamentada. Com efeito, a Comissão expôs claramente, ao examinar a ligação entre a OA e a NOA, nos considerando 178 a 183 da decisão, as razões pelas quais considerava que havia, nomeadamente à luz do acórdão de 12 de Maio de 2005, continuidade económica entre a OA e a NOA, para fins da recuperação dos auxílios controvertidos anteriores à cisão. A este respeito, importa recordar que, contrariamente às alegações das recorrentes, a apreciação da lógica económica da criação da NOA, feita no caso vertente pela Comissão a fim de determinar os beneficiários efectivos do auxílio anterior à cisão, deve ser distinguida do exame da compatibilidade com o mercado comum da reestruturação em si (v. n.º 99, *supra*). Consequentemente, a falta desse exame pela Comissão não revela nenhuma insuficiência na fundamentação da decisão impugnada.

153 Daí resulta que os argumentos relativos ao erro manifesto de apreciação e à falta de fundamentação devem ser julgados improcedentes.

2. *Quanto ao auxílio concedido à NOA (artigo 1.º, n.º 1, da decisão impugnada) (processos T-415/05 e T-416/05)*

- 154 A República Helénica e a NOA pedem a anulação da decisão impugnada na medida em que a Comissão declara, no seu artigo 1.º, n.º 1, a concessão à NOA de um auxílio ilegal sob a forma de alugueres, pela sublocação de aviões, cujos montantes eram inferiores aos pagos pela OA e pela República Helénica ao abrigo dos contratos de locação principais. As recorrentes baseiam-se, a este respeito, em dois fundamentos relativos, respectivamente, à violação do artigo 87.º, n.º 1, CE e à insuficiência ou falta de fundamentação, no que diz respeito ao exame das condições de aplicação do artigo 87.º, n.º 1, CE relativas, por um lado, à concessão de uma vantagem tendo em conta o critério do investidor privado e, por outro, à imputabilidade à República Helénica do comportamento controvertido da OA.
- 155 A título preliminar, as recorrentes contestam o facto da Comissão ter tido em conta uma pretensa continuidade económica entre a OA e a NOA para fins da qualificação das medidas controvertidas.
- a) Quanto à tomada em consideração de uma continuidade económica entre a OA e a NOA para fins da qualificação das medidas controvertidas

Argumentos das partes

- 156 A República Helénica e a NOA sustentam a título preliminar que, na decisão impugnada, a Comissão tinha examinado separadamente as medidas a favor da OA e da NOA. Baseando-se nas respostas, numa pretensa continuidade económica entre

a OA e a NOA — a qual implica, segundo a Comissão, que as medidas tomadas em relação à NOA não podem ser apreciadas de maneira autónoma para fins da sua qualificação enquanto auxílios de Estado —, a Comissão tenta, segundo as recorrentes, substituir com uma fundamentação nova a fundamentação insuficiente e errada da decisão impugnada. Esta nova fundamentação é consequentemente inadmissível.

- 157 Além disso, as contradições entre a decisão impugnada e a argumentação da Comissão no Tribunal não permitem entender a fundamentação desta decisão. Deste modo violam os direitos de defesa das recorrentes, compelidas a refutar orientações ambíguas e contraditórias.
- 158 De qualquer modo, a argumentação nova da Comissão não assenta em nenhuma prova que permita declarar a existência de continuidade económica entre a OA e a NOA.
- 159 Neste contexto, a República Helénica e a NOA entendem que as medidas controversas devem ser examinadas separadamente, em função dos destinatários respectivos, e não com base numa pretensa continuidade económica entre a OA e a NOA.
- 160 A Comissão, apoiada pela Aeroporia Aigaiou no processo T-416/05, que partilha da sua argumentação, precisa que, na decisão impugnada, examinou individualmente as medidas em causa, situando-as no contexto geral da reestruturação da OA no qual tais medidas se inscrevem.

- 161 Alega que o Tribunal de Justiça declarou a existência de continuidade económica entre a OA e a NOA no acórdão de 12 de Maio de 2005 e que a cisão do sector das actividades de voo liberou esse sector dos alugueres elevados que o atingiam. As actividades de voo da NOA foram deste modo subvencionadas pela OA, cujos défices foram definitivamente supridos pela República Helénica, graças à tolerância em relação às dívidas da OA ao Estado e ao aprovisionamento da conta especial. As medidas em causa devem, conseqüentemente, ser apreciadas neste contexto económico.
- 162 Em especial, as dificuldades financeiras persistentes tanto da OA como da NOA, não obstante a transformação formal do grupo, e a proximidade cronológica da decisão de 11 de Dezembro de 2002 permitem considerar que as medidas controvertidas asseguram a manutenção em actividade dos seus beneficiários e prosseguem a mesma finalidade que os auxílios anteriores.
- 163 A interveniente sublinha que a conformidade das medidas controvertidas com o critério do investidor privado deve ser apreciada tendo em conta o prazo de rentabilidade do investimento. Seria conseqüentemente indispensável ter em consideração o historial completo da concessão dos auxílios de Estado ao grupo Olympic Airways.

Apreciação do Tribunal Geral

- 164 Importa recordar, a título preliminar, que, na decisão impugnada, a Comissão, por um lado, declara a existência de continuidade económica entre a OA e a NOA para fins da recuperação dos auxílios anteriores à cisão (v. n.^{os} 68 a 153, *supra*) e, por outro, qualifica como auxílios de Estado um certo número de medidas a favor da NOA ou

da OA, que acompanharam o processo de transformação do grupo Olympic Airways através da Lei n.º 3185/2003 com vista à sua privatização.

- 165 Estas duas questões são totalmente distintas, como resulta dos anteriores argumentos (v., nomeadamente, n.ºs 99 a 101, *supra*). As conclusões relativas à questão de saber se, devido à continuidade económica entre a OA e a NOA, esta última beneficiou igualmente dos auxílios pagos à OA antes da cisão e pode, por esta razão, ser obrigada a reembolsá-los carecem, consequentemente, de pertinência no que diz respeito à qualificação, tendo em conta o artigo 87.º, n.º 1, CE, do auxílio concedido directamente à NOA, depois da sua criação.
- 166 A questão da qualificação das novas medidas a favor da NOA deve consequentemente distinguir-se da questão, relativa à recuperação de auxílios, examinada, por exemplo, no acórdão Alemanha/Comissão, já referido (n.ºs 71, 87 e 88), no qual o Tribunal de Justiça considerou que o simples facto de uma filial novamente criada ter prosseguido as actividades da sociedade-mãe que é objecto de um processo liquidação, graças à locação das instalações desta última, quando a Comissão sustentava que não tinha obtido informações que lhe permitissem apreciar se os alugueres eram conformes com as condições do mercado, não permitia demonstrar que o adquirente tinha obtido uma vantagem concorrencial ligada aos auxílios concedidos ao locador antes de o adquirente ter sido criado.
- 167 No caso vertente, as medidas controvertidas a favor da NOA consistem no nível pouco elevado dos alugueres pagos por esta sociedade à OA e à República Helénica, pela sublocação de aviões. A Comissão sustenta em substância que o contexto destas medidas, caracterizado pela continuidade económica entre a OA e a NOA e pelo apoio financeiro da República Helénica à OA a fim de assegurar o prosseguimento das actividades de voo, pode ser tido em conta para presumir que estas novas medidas a favor da NOA são igualmente constitutivas de um auxílio de Estado.

168 A este respeito, o exame da decisão impugnada mostra que a Comissão procede a um exame individual, tendo em conta as condições de aplicação do artigo 87.º CE, de um certo número de medidas específicas a favor da OA ou da NOA, entre as quais figura o nível dos alugueres pagos pela NOA pela sublocação de aviões (considerandos 56, 57, 155 a 161, 186, 188, 191 e 193 da decisão impugnada). No entanto, resulta desta decisão que esse exame separadamente de cada uma das medidas em causa, para fins da sua qualificação, inscreve-se necessariamente no contexto geral da transformação do grupo Olympic Airways, que consiste na cisão das actividades de voo e no retomar dessas actividades pela nova sociedade, a NOA, segundo as modalidades previstas nomeadamente pela Lei n.º 3185/2003. Com efeito, atentas, nomeadamente, as conclusões dos peritos da Comissão relativas à reestruturação do grupo Olympic Airways feita em Dezembro de 2003 (considerandos 110 a 126 da decisão impugnada), a Comissão analisa a natureza desta reestruturação, sem no entanto ela própria a qualificar de auxílio de Estado (considerandos 178 a 183 da decisão impugnada), como já foi salientado (v. n.º 101, *supra*).

169 Consequentemente, a Comissão sustenta com razão que resulta da decisão impugnada que examinou individualmente as medidas controvertidas a favor da NOA (v., nomeadamente, considerandos 186 e 188), situando-as no contexto geral da reestruturação do grupo Olympic Airways no qual tais medidas se inscrevem.

170 Nestas condições, contrariamente às alegações das recorrentes, a argumentação da Comissão, segundo a qual a existência de descontinuidade económica entre a OA e a NOA deve ser tida em conta, para fins da qualificação das medidas controvertidas tendo em conta o artigo 87.º, n.º 1, CE, não constitui uma fundamentação nova destinada a substituir a fundamentação da decisão impugnada. Tal argumentação não pode consequentemente ser declarada inadmissível.

- 171 Por outro lado, sublinhe-se que, contrariamente às alegações das recorrentes das recorrentes, a tomada em consideração pela Comissão da continuidade económica entre a OA e a NOA não está, em si mesmo em contradição com o exame individual das medidas controvertidas e não torna incompreensível a fundamentação da decisão impugnada.
- 172 Além disso, no que diz respeito à tomada em consideração da continuidade económica entre a OA e a NOA no âmbito da qualificação das medidas controvertidas tendo em conta as disposições do artigo 87.º CE, recorde-se desde já que, segundo jurisprudência consolidada, a Comissão deve examinar sistematicamente todos os elementos pertinentes da operação controvertida e o seu contexto, nomeadamente ao aplicar o critério do investidor privado (acórdão do Tribunal de 6 de Março de 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen/Comissão*, T-228/99 e T-233/99, *Colect.*, p. II-435, n.º 270; v. igualmente acórdão do Tribunal de 17 de Dezembro de 2008, *Ryanair/Comissão*, T-196/04, *Colect.*, p. II-3643, n.º 59).
- 173 Daqui resulta, no caso vertente, que a tomada em consideração da existência de continuidade económica entre a OA e a NOA não liberava a Comissão da sua obrigação de verificar, tendo em conta todos os elementos pertinentes, se as condições de aplicação do artigo 87.º, n.º 1, CE estavam reunidas.
- 174 Neste caso, a Comissão podia ter em conta o contexto das medidas controvertidas, caracterizado, por um lado, pela concessão à antiga companhia aérea OA de auxílios à reestruturação e de auxílios ilegais destinados a permitir o prosseguimento das suas actividades de voo e, por outro, pela reestruturação do grupo Olympic Airways em 2003 tendo em vista a sua privatização bem como pela natureza da ligação entre a OA e a NOA. No entanto, a Comissão continuava a estar obrigada a examinar se, tendo

em conta o critério do investidor privado, as medidas controvertidas correspondiam a transacções comerciais normais numa economia de mercado e se, deste modo, se distinguíam dos auxílios ilegais atrás referidos (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de 17 de Outubro de 2002, Linde/Comissão, T-98/00, Colect., p. II-3961, n.ºs 43 a 54).

¹⁷⁵ Nestas condições, a declaração relativa à existência de continuidade económica entre a OA e a NOA não permite presumir que, tendo em conta a persistência das dificuldades económicas destas duas sociedades depois da cisão, as medidas novas em favor da NOA, examinadas na decisão impugnada, constituem a continuação lógica dos auxílios anteriores atrás referidos e, conseqüentemente, pertencem igualmente à categoria dos auxílios de Estado.

¹⁷⁶ A este respeito, a argumentação da Comissão baseada no acórdão do Tribunal de 15 de Setembro de 1998, BP Chemicals/Comissão (T-11/95, Colect., p. II-3235, n.ºs 171 e 176), não pode ser acolhida. Com efeito, contrariamente às circunstâncias que deram origem a este acórdão, no qual as medidas em causa eram constituídas por uma série de sucessivas entradas de capitais efectuadas por uma empresa pública à sua filial, sublinhe-se que, no caso vertente, os auxílios pretensamente concedidos pela OA e pela República Helénica à NOA, sob a forma de alugueres pela sublocação de aviões muito inferiores aos pagos pela OA e pela República Helénica ao abrigo dos contratos principais, são em razão do seu próprio objecto e natureza totalmente distintos dos auxílios de Estado a favor da AO em causa na decisão de 11 de Dezembro de 2002 e não têm nenhuma relação com estes últimos.

¹⁷⁷ Além disso, importa sobretudo salientar que, segundo o acórdão BP Chemicals/Comissão, já referido (n.º 170), mesmo quando a medida em causa esteja no seguimento

de medidas da mesma natureza qualificadas de auxílios de Estado, esta circunstância não exclui, *a priori*, que referida medida preencha o critério do investidor privado em economia de mercado. Compete, em qualquer caso, ao juiz da União verificar se, tendo em conta os elementos pertinentes, essa medida pode razoavelmente dissociada das medidas de auxílio anteriores e ser considerada, para fins da aplicação do critério do investidor privado, uma medida autónoma.

- 178 No caso presente, incumbia consequentemente à Comissão examinar se os alegados auxílios concedidos à NOA preenchiam os requisitos de aplicação do artigo 87.º, n.º 1, CE, com base, não só no seu contexto, nomeadamente a sucessão cronológica destas medidas em relação aos auxílios anteriores concedidos à OA bem como nas dificuldades económicas persistentes das empresas em questão, mas no conjunto dos elementos de facto e de direito pertinentes.

b) Quanto ao critério do investidor privado

Argumentos das partes

- 179 A República Helénica e a NOA invocam, primeiramente, um erro manifesto de apreciação no que diz respeito à aplicação do critério do investidor privado e, em segundo lugar, uma falta de fundamentação da decisão impugnada sobre este ponto.

180 Quanto ao erro manifesto de apreciação, a República Helénica e a NOA alegam que a sublocação de aviões, mediante alugueres inferiores aos pagos pela locação principal, não conferiu à NOA nenhuma vantagem que esta sociedade não teria obtido em condições normais do mercado.

181 Neste caso, o comportamento da OA foi conforme com o de um operador privado que — perante uma descida rápida dos alugueres na sequência da crise no mercado internacional dos transportes aéreos em consequência dos acontecimentos de 11 de Setembro de 2001, e obrigado a pagar os alugueres estipulados nos contratos de arrendamento principais mesmo que rescindisse unilateralmente esses contratos — teria reduzido numa proporção de cerca de 50% as perdas sofridas aceitando sublocar os seus aviões mediante alugueres inferiores aos que pagava ao abrigo dos contratos de arrendamento principais celebrados antes da crise numa conjuntura económica diferente.

182 Além disso, para apreciar se os contratos de sublocação conferiram uma vantagem à NOA, a Comissão deveria ter tido em conta todas as transacções concluídas entre a OA e a NOA, o que não fez na decisão impugnada. Ora, graças às sublocações em causa, a OA ficou liberada das despesas relativas à guarda, à manutenção e à reparação dos aviões. Além disso, prestou serviços de manutenção e de reparação de aviões à NOA aos preços do mercado (v. considerando 163 e 164 da decisão). Quanto ao montante total de 99 milhões de euros pagos pela NOA à OA em 2004 para serviços de manutenção, o montante de 44 441 850 euros corresponde aos 8 aviões subalugados pela OA à NOA.

183 Por outro lado, as recorrentes acusam a Comissão de não ter comparado os alugueres pagos pela NOA com os do mercado. Além disso, contestam a afirmação da Comissão segundo a qual a NOA não teria, com toda a probabilidade encontrado locadores segundo as condições do mercado. Esta afirmação não assenta em nenhuma prova e é

desmentida pelos factos. Em especial, na sequência dos acontecimentos de 11 de Setembro de 2001, a oferta de aviões excedeu o pedido em larga medida o pedido e os alugueres foram excepcionalmente vantajosos. No final do ano de 2003, o pedido foi anulado. A partir de meados do ano de 2004, começou a acreditar, o que provocou um aumento dos alugueres até 30% no final do ano de 2004, sem que esses alugueres atingissem os níveis de preços de Setembro de 2001. Concretamente, em de Junho de 2004, a NOA celebrou, de resto, um contrato de locação relativo a um avião de tipo B 737-300 pelo aluguer de 130 000 USD por três anos, correspondente ao preço do mercado.

¹⁸⁴ No que diz respeito aos contratos de locação relativos a quatro aviões Airbus A 340-300, a República Helénica e a NOA sublinham a distinção entre, por um lado, os contratos de sublocação desses aviões à NOA e, por outro, a decisão da República Helénica de exercer o seu direito de se substituir à OA no âmbito desses contratos, porque os mutuantes ameaçavam exigir a realização imediata de todas as garantias concedidas pelo Estado, num montante de 200 milhões de euros e tinha havido um risco de recuperação dos aviões junto da OA pelos locadores financeiros. A NOA não retirou nenhuma vantagem desta substituição da OA pela República Helénica nos contratos de locação.

¹⁸⁵ A Comissão, apoiada no processo T-416/05 pela Aeroporia Aigaiou, estime que, na sequência da criação da NOA a partir da OA, a sublocação dos aviões à NOA pela OA, para alugueres substancialmente inferiores aos pagos ao abrigo dos contratos principais, libera a NOA de uma parte das suas despesas de funcionamento, que seriam, deste modo financiadas pela OA e, em última instância, devido aos défices desta última, pela República Helénica. a decisão impugnada menciona as perdas deste modo sofridas directamente pela OA e a República Helénica (considerando 186) e indirectamente pela República Helénica (considerando 189 e 191). Nestas condições, a medida controvertida não é conforme com o critério do investidor privado.

- 186 Com efeito, em primeiro lugar, o critério do investidor privado tem em conta o efeito das medidas em causa para o beneficiário, ao impor que se verifique se não lhe conferem uma vantagem que ele não teria obtido no mercado em condições normais de mercado.
- 187 Ora, no caso vertente, as autoridades gregas não comunicaram à Comissão os elementos probatórios necessários durante o procedimento formal de investigação, não obstante a sua intimação de fornecer quaisquer informações úteis para o exame do processo de transformação do grupo Olympic Airways. O envio desta intimação às autoridades gregas transferiu para estas o ónus da prova, em aplicação do artigo 13.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999. Dado que as informações fornecidas pelas autoridades gregas continham importantes lacunas, a Comissão encarregou peritos de realizar controlos no local. Nestas condições, a Comissão alega que a legalidade da decisão impugnada unicamente pode ser apreciada com base nos elementos de que dispunha quando adoptou essa decisão.
- 188 Em segundo lugar, a Comissão sustenta que, de qualquer modo, mesmo que as informações relativas aos alugueres praticados no mercado lhe tivessem sido transmitidos atempadamente, a comparação do montante dos alugueres pagos pela NOA com os alugueres do mercado foi inoperante. Com efeito, não foi realista proceder a essa comparação na medida em que a NOA não teria, com toda a probabilidade, encontrado no mercado outros locadores dispostos a alugar-lhe aviões sem a intervenção da República Helénica.
- 189 Esta análise é corroborada pelo facto de os locadores principais, preocupados com a sorte dos seus credores em relação à OA, ameaçaram rescindir os contratos celebrados com esta sociedade, vender os aviões e proceder a uma realização imediata das garantias e que teriam imposto condições mais onerosas a este respeito. A circunstância da NOA ter conseguido celebrar um contrato de locação operacional em

Junho de 2004 também não invalida esta análise, uma vez que esta companhia tinha continuado, segundo a Comissão, sob a «protecção» da República Helénica.

- 190 Através da sub-rogação à OA nos quatro contratos de locação e da redução tolerada dos custos de locação, a República Helénica permitiu, deste modo, que as locações tivessem prosseguido e, portanto, a manutenção das actividades de voo. Consequentemente, não era necessário calcular a diferença entre os alugueres hipotéticos e os alugueres pagos pela NOA à OA e à República Helénica.
- 191 Além disso, a Comissão sublinha que, na decisão impugnada, se limitou a qualificar como auxílio concedido à NOA a redução tolerada dos custos de locação de aviões pela OA e pela República Helénica, sem quantificar expressamente este auxílio.
- 192 Nestas condições, no que diz respeito em especial aos quatro aviões subalugados à NOA pela República Helénica, a Comissão, contrariamente às alegações das recorrentes, não ignorou, na decisão impugnada, a diferença entre as contrapartidas previstas respectivamente nos contratos de locação e os contratos de sublocação. No entanto, esta distinção só é pertinente para calcular o montante dos auxílios e não foi necessário fazer-lhe referência para demonstrar que uma parte dos alugueres era suportada pelo Estado.
- 193 A Comissão precisa que os montantes de 37 milhões e 2,75 milhões de euros referidos no artigo 1.º, n.º 1, da decisão impugnada não correspondem necessariamente ao auxílio, mas indicam o montante das perdas sofridas respectivamente pela OA e pela República Helénica. O montante do auxílio deverá ser definido, segundo a Comissão, no âmbito de discussões entre esta instituição e as autoridades gregas, em

conformidade com o princípio da cooperação leal consagrado no artigo 10.º CE. Não está excluído que este montante seja superior aos das perdas acima referidas.

- ¹⁹⁴ Tendo em conta estes elementos, a decisão impugnada está suficientemente fundamentada, no que diz respeito à concessão à NOA de uma vantagem resultante do nível dos alugueres (considerandos 186 e 188). Não foi necessário quantificar o auxílio comparando os alugueres pagos pela NOA aos preços do mercado. Em qualquer hipótese, as autoridades gregas não forneceram à Comissão os elementos de informação necessários para esse efeito.
- ¹⁹⁵ No processo T-416/05, a Aeroporia Aigaiou, tendo intervindo em apoio da Comissão, contesta a conformidade do comportamento da OA e da República Helénica com o critério do operador privado, por duas razões. Em primeiro lugar, alega que um investidor privado teria previsto a possibilidade de subalugar os aviões considerados em prioridade a uma companhia aérea sã, impondo-lhe as condições em vigor no mercado a fim de garantir o pagamento dos alugueres em tempo útil, em vez do o fazer à NOA, face à qual não teria existido nenhuma possibilidade de execução. Por último, nenhum investidor privado aceitaria separar-se do seu único sector de actividade potencialmente rentável.
- ¹⁹⁶ Em segundo lugar, a interveniente sustenta que as consequências da manutenção de um contrato de locação de aviões, celebrado a um preço elevado e para um período de longa duração quando a conjuntura é favorável, constituem um elemento do risco comercial habitual que as companhias aéreas assumem. Em consequência, na medida em que, segundo a interveniente, a NOA sucedeu à OA e pertence ao mesmo grupo, o simples facto de que não devia suportar os alugueres elevados é constitutivo de um auxílio de Estado igual à diferença entre os alugueres pagos ao abrigo dos contratos

principais e os pagos no âmbito das sublocações, sem que se deva comparar os alugueres pagos pela NOA aos preços do mercado.

- ¹⁹⁷ Além disso, a Aeroporia Aigaiou tem dúvidas quanto à conformidade dos alugueres pagos pela NOA aos preços do mercado. Refere que, no âmbito de um contrato datado de 14 de Dezembro de 2006, paga um aluguer de 700 000 euros a uma sociedade de locação de aviões, pela locação de um avião cujo valor comercial é inferior em cerca de 50% à de um avião do tipo dos que alugava à NOA.

Apreciação do Tribunal Geral

- ¹⁹⁸ Após ter determinado o auxílio controvertido bem como as questões suscitadas pela argumentação das partes, há que examinar os elementos pertinentes no caso concreto para efeitos da aplicação do critério do investidor privado, antes de abordar a questão da repartição do ónus da prova quanto ao respeito pelas partes das suas obrigações processuais no âmbito do procedimento administrativo.

— Quanto à determinação do auxílio controvertido

- ¹⁹⁹ Resulta expressamente do artigo 1.º, n.º 1, e dos fundamentos da decisão impugnada que a Comissão apenas concluiu que constituía um auxílio de Estado, por um lado,

a aceitação pela OA, no decorrer do ano de 2004, de alugueres pela sublocação de aviões à NOA, inferiores aos pagos pela OA ao abrigo dos contratos de sublocação operacionais principais (v., nomeadamente, considerando 158 e 186) e, por outro, a aceitação pela República Helénica de alugueres inferiores aos que pagava ao abrigo dos contratos de locação, a partir da data da sua sub-rogação à OA nesses contratos até ao mês de Maio de 2005, data do controlo nas instalações efectuado pelos peritos da Comissão (v., nomeadamente, considerando 160 e 186). Deste modo, a decisão impugnada não visa explicitamente a perdas suportadas pela OA ao abrigo dos contratos de locação antes da sub-rogação da República Helénica e ao abrigo dos contratos de locação operacionais principais de 12 a 31 de Dezembro de 2003 e de 1 de Janeiro a 14 de Setembro de 2005, data da adopção da decisão impugnada. Também não visa explicitamente as perdas sofridas pela República Helénica do mês de Maio até 14 de Setembro de 2005. Esta leitura da decisão impugnada é confirmada pelo acórdão de 14 de Fevereiro de 2008, Comissão/Grécia, já referido n.º 42), no qual o Tribunal de Justiça enuncia que os montantes «relativos aos pagamentos com a sublocação de aviões [...] foram fixados» no artigo 1.º, n.º 1, da decisão impugnada, o qual visa precisamente as perdas sofridas pela OA em 2004 e pela República Helénica até ao mês de Maio de 2005.

- 200 Na decisão impugnada (v., nomeadamente, considerando 186 e 188 e artigo 1.º do dispositivo), a Comissão, baseando-se no relatório Moore Stephens, referiu-se exclusivamente na constatação das perdas sofridas pela OA e pela República Helénica, por ter subalugado aviões à NOA por alugueres consideravelmente inferiores aos pagos a título dos contratos principais. A este respeito, as recorrentes não contestam que estas perdas resultantes da diferença entre os alugueres principais e os alugueres pagos pela NOA atingiam, no que diz respeito à OA, para a sublocação, em 2004, de aviões à NOA, um montante total de 37,6 milhões de euros, ou seja, 55% do montante dos alugueres pagos ao abrigo dos contratos de locação principais. Quanto às perdas suportadas pela República Helénica, ascendiam, segundo apurado pelos peritos da Comissão, a um montante situado entre 250 000 e 350 000 euros por mês para cada um dos quatro aviões que subalugava à NOA, depois de ter substituído a OA nos contratos de locação. A diferença entre os alugueres pagos pela NOA para estes quatro aviões e os pagos pela República Helénica ao abrigo dos contratos de locação atingia

deste modo, segundo a Comissão, até ao mês de Maio de 2005, um montante total de 2,75 milhões de euros, não contestado pelas recorrentes.

201 No que diz respeito às sublocações de aviões pela OA à NOA, resulta do relatório Moore Stephens e da decisão impugnada (v., nomeadamente, considerando 155), e foi confirmado pela NOA na audiência, que esta sociedade quando foi criada subalugava inicialmente 23 aviões à OA. Este número desceu seguidamente para 22, na sequência da não renovação de um contrato de locação operacional entre a OA e o locador principal, quando este contrato chegou ao seu termo, no mês de Março de 2005.

202 Quanto aos 22 aviões atrás referidos, subalugados pela OA à NOA, resulta da decisão impugnada e do relatório Moore Stephens, e é ponto assente que 18 desses aviões continuavam na posse da OA ao abrigo de um contrato de locação operacional, e 4 ao abrigo de contratos de locação. Resulta do relatório atrás referido, e foi confirmado pelas partes na audiência, que a República Helénica se subrogou à OA em 17 de Dezembro de 2004 quanto a dois desses contratos de locação, e no mês de Abril de 2005 quanto aos outros dois.

— Quanto à determinação das questões controvertidas tendo em conta o conteúdo da decisão impugnada e da argumentação das partes

203 Neste contexto factual, a Comissão limitou-se a comparar, na decisão impugnada, os alugueres pagos pela NOA pela sublocação dos aviões com os pagos ao abrigo dos contratos principais. A falta de comparação ente os alugueres controvertidos pagos pela NOA e os alugueres praticados no mercado é confirmada pelo relatório Moore Stephens. Com efeito, neste relatório, no qual a Comissão se baseou na decisão impugnada, os peritos referem que, durante o tempo de que dispunham para efectuarem

o seu trabalho não tinham condições para proceder a uma apreciação independente do nível dos alugueres no mercado da locação de aviões.

204 No entanto, a Comissão admite perante o Tribunal que os montantes do auxílio não correspondem aos montantes das perdas suportadas pela OA e pela República Helénica, referidos no artigo 1.º, n.º 1, da decisão impugnada, mas à diferença entre os alugueres pagos pela NOA e os preços do mercado.

205 As recorrentes imputam à Comissão um erro manifesto de apreciação e violação do dever de fundamentação por não ter, nomeadamente, comparados os alugueres pagos pela NOA com os preços do mercado, aplicando o critério do investidor privado.

206 A Comissão não nega que as condições do mercado da locação de aviões mudaram consideravelmente entre a data da celebração dos contratos principais, anterior aos acontecimentos de 11 de Setembro de 2001, e o período considerado no caso vertente. A este respeito, não toma posição sobre o relatório intitulado «*Estudo relativo ao nível dos alugueres no mercado em relação com a NOA*», datado de 15 de Novembro de 2005, realizado pelo gabinete de consultores «Aviation Economics» a pedido da NOA. Também não põem em dúvida as alegações das recorrentes segundo as quais a OA estava, por força dos contratos principais, vinculada pela obrigação de paga o montante dos alugueres estipulados, a título de indemnização por danos, em caso de rescisão unilateral desses contratos.

207 No entanto, a Comissão sugere que, no caso vertente, as diferenças apuradas na decisão impugnada entre os alugueres pagos ao abrigo dos contratos principais e os

pagos pela NOA permitem evidenciar uma diminuição desses custos de locação de aviões permitida pela OA e a República Helénica em benefício da NOA. O elemento determinante reside na «absorção dessas diferenças de alugueres por uma sociedade em dificuldades obrigada a restituir os auxílios».

208 A este respeito, contrariamente às alegações da recorrente (v. n.º 34, *supra*), o argumento da Comissão, segundo o qual as actividades de voo da NOA eram subsidiadas pela OA cujos défices eram, em última instância, supridos pela República Helénica, que, deste modo, sofria um prejuízo indirecto, limita-se a desenvolver a argumentação adiantada na resposta e não pode ser considerada um fundamento novo.

209 Por outro lado, a Comissão limita-se a alegar, em substância, que não lhe incumbe fazer uma comparação entre os alugueres controvertidos pagos pela NOA e os preços do mercado, na falta de comunicação dos necessários elementos comprovativos pelas autoridades helénicas, não obstante as suas injunções de fornecer informações. Além disso, e de qualquer modo, esta comparação é inoperante, segundo a Comissão, uma vez que a NOA não encontrou, com toda a probabilidade, outros locadores sem a intervenção da República Helénica.

210 Tendo em conta estes argumentos das partes, importa determinar os elementos pertinentes para efeitos da aplicação do critério do investidor privado no que diz respeito às medidas controvertidas, antes de examinar as obrigações processuais que incumbem às partes no âmbito do procedimento administrativo e a repartição no caso vergente do ónus da prova.

— Quanto aos elementos pertinentes no caso vertente para fins da aplicação do critério do investidor privado

- 211 Resulta do artigo 87.º, n.º 1, CE que o conceito de auxílio é um conceito objectivo que depende da simples questão de saber se uma medida estatal confere ou não uma vantagem a uma ou a certas empresas (acórdão do Tribunal de 27 de Janeiro de 1998, *Ladbroke Racing/Comissão*, T-67/94, *Colect.*, p. II-1, n.º 52).
- 212 Em especial, para determinar se as medidas em causa podem constituir auxílios de Estado, são essencialmente os efeitos desta medida no que diz respeito às empresas beneficiárias que devem ser tomados em consideração e não a situação dos organismos públicos ou privados que concedem o auxílio (acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Março de 1977, *Steinike & Weinlig*, 78/76, *Colect.*, p. 595, n.º 21).
- 213 Importa conseqüentemente determinar se as medidas em causa conferem à empresa beneficiária uma vantagem económica que ela não teria obtido em condições normais de mercado (v. acórdãos *Linde/Comissão*, já referido, n.º 39, e *Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen/Comissão*, já referido, n.º 207, e jurisprudência referida). O facto de que a operação seja razoável para os poderes públicos ou a empresa pública que concede o auxílio não dispensa de fazer essa verificação (v., neste sentido, acórdão *Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen/Comissão*, já referido, n.º 315; v. igualmente neste sentido, acórdão *Linde/Comissão*, já referido, n.ºs 48 a 54).
- 214 Daqui decorre, como alega a Comissão, que, mesmo que se admitisse que a «absorção das diferenças de alugueres» era mais razoável do que a rescisão dos contratos principais, a gestão financeira razoável dos aviões pela OA e pela República Helénica de redução das perdas graças à sublocação desses aviões à NOA e ao fornecimento consecutivo de prestações a esta companhia nas condições do mercado não seria

suficiente para tornar esse comportamento conforme com o critério do investidor privado. Daí resulta que, no contexto do presente litígio, contrariamente às alegações das recorrentes, a mera circunstância de a Comissão não ter examinado, na decisão impugnada, a totalidade das vantagens alegadas que resultaram para a OA da sublocação dos seus aviões à NOA, não permite concluir que esta instituição violou o critério do investidor privado.

²¹⁵ Em contrapartida, a República Helénica e a NOA sublinham com razão a necessidade de comparar os alugueres controvertidos pagos pela NOA à OA e à República Helénica como os do mercado, para fins da aplicação do critério do operador privado, em conformidade com a jurisprudência atrás referida.

²¹⁶ A este respeito, devem ser rejeitados os argumentos da Comissão e da Aeroporia Aigaiou segundo os quais essa comparação é inoperante. Com efeito, em primeiro lugar, resulta claramente tanto dos fundamentos como do artigo 1.º, n.º 1, da decisão impugnada que o auxílio visado nesta decisão não consiste na sublocação em si mesma de aviões à NOA pela OA e pela República Helénica, mas no pagamento pela NOA de alugueres inferiores aos pagos por esses locadores ao abrigo dos contratos de locação principais ou dos contratos de locação. As alegações da Comissão, segundo as quais a NOA não poderia ter alugado aviões no mercado sem o apoio da República Helénica são consequentemente desprovidas de pertinência no caso vertente.

²¹⁷ Sob este aspecto, o presente litígio suscita questões diferentes das examinadas, por exemplo, no acórdão de 5 de Outubro de 2000, Alemanha/Comissão (C-288/96, Collect., p. I-8237, n.ºs 30 a 32 e 41), no qual o Tribunal considerou o critério baseado nas possibilidades de o beneficiário de uma garantia de Estado obter o empréstimo no mercado de capitais na falta dessa garantia. Com efeito, no processo que deu origem a este acórdão, era a concessão da garantia que estava em causa, ao passo que, na

decisão impugnada, as medidas qualificadas de auxílios tinham por objecto exclusivamente o nível dos alugueres praticados em relação à NOA.

- 218 No caso vertente, no âmbito da apreciação das medidas controvertidas (considerandos 186 e 188 da decisão impugnada), a Comissão não põe em causa uma eventual inexistência de exigência pela OA e pela República Helénica de garantias de pagamento suficientes da parte da NOA, para consentir subalugar-lhe os aviões. Também não acusa a OA de não ter rescindido os contratos de locação principais, em vez de subalugar os aviões à NOA.
- 219 Em segundo lugar, a Comissão, que não examina a reestruturação do grupo Olympic Airways enquanto tal (v. n.º 101, *supra*), também não censura à República Helénica o facto de esta não ter previsto, quando da criação da NOA, a transferência dos contratos de locação principais e dos contratos de locação a esta sociedade. Em consequência, o argumento da Aeroporia Aigaiou, segundo o qual a existência de um auxílio de Estado a favor da NOA resulta unicamente do facto de esta sociedade escapar ao risco comercial habitual ligado à manutenção dos contratos de locação principais, não tem qualquer pertinência.
- 220 Por último, na sua apreciação das medidas controvertidas, a Comissão não põe em causa, tendo em conta o critério do investidor privado, a decisão de sub-rogação da República Helénica à OA, nos quatro contratos de locação. Indica que resulta do relatório Moore Stephens que esta decisão tinha sido adoptada pela República Helénica a fim de evitar, tanto no que respeita à OA como no que a ela própria diz respeito enquanto garante, as condições mais onerosas que tinham sido impostas pelas instituições financeiras em causa (locadores principais) quando da criação, devido à incerteza quanto ao futuro da OA e da NOA. A Comissão sublinha unicamente o carácter derogatório desta decisão, salientando que, segundo os peritos, a adopção de uma

nova disposição legislativa tinha sido necessária para permitir esta operação (v. considerando 159 da decisão impugnada).

221 Resulta de todas estas considerações que, mesmo supondo que as alegações da Comissão – segundo as quais, em substância, a sublocação de aviões à NOA, a alugueres inferiores aos pagos a título dos contratos principais, só foi possível graças ao apoio da República Helénica — tinham fundamento, o que não teria dispensado a Comissão da obrigação de averiguar, em conformidade com o critério do operador privado, se os alugueres pagos pela NOA eram efectivamente inferiores aos que esta teria pago em condições normais de mercado durante o período considerado.

222 Com efeito, as modalidades da reestruturação e as diferentes medidas de apoio alegadas pela Comissão, que não são enquanto tais qualificadas de auxílios de Estado na decisão impugnada (v. n.º 101, *supra*), representam unicamente o contexto no qual se inscreve o auxílio alegado, concedido sob a forma de alugueres pela sublocação de aviões inferiores aos alugueres pagos ao abrigo dos contratos principais. Este contexto não permite, só por si, presumir, na falta de qualquer outro elemento probatório sério, que os alugueres pagos pela NOA pela sublocação dos aviões eram inferiores aos praticados no mercado.

223 Daí resulta que, no caso vertente, contrariamente às alegações da Comissão, o critério do operador privado impunha que se verificasse se os alugueres controvertidos pagos pela NOA correspondiam aos alugueres pagos em condições normais de mercado durante o período considerado.

— Quanto à repartição do ónus da prova e às obrigações processuais que incumbem respectivamente à Comissão e ao Estado-Membro em causa

224 Segundo a jurisprudência, incumbia à Comissão, na decisão impugnada, apresentar a prova relativa à concessão de auxílios novos, comparando, no caso concreto, os alugueres controvertido pagos pela NOA com os do mercado. Com efeito, resulta das disposições do artigo 88.º, n.ºs 2 e 3, CE que, caso essa prova não fosse feita, as medidas novas em causa não podem ser consideradas auxílios de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE (acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Abril de 1994, Alemanha e Pleuger Worthington/Comissão, C-324/90 e C-342/90, Colect., p. I-1173, n.º 23).

225 No entanto, a aplicação desta regra relativa ao ónus da prova está sujeita ao respeito pela Comissão e pelo Estado-Membro em causa, das suas obrigações processuais respectivas, no âmbito do exercício por esta instituição do poder de que esta dispõe para levar o Estado-Membro a fornecer-lhe todas as informações necessárias (acórdão Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Comissão, já referido, n.º 35).

226 Em especial, decorre da jurisprudência que a Comissão pode adoptar uma decisão com base nas informações disponíveis, se o Estado-Membro se abster, em violação do seu dever de cooperação que tem para com esta instituição resultante do artigo 10.º CE, de lhe fornecer as informações que esta lhe pediu quer para examinar a qualificação e a compatibilidade com o mercado comum de um auxílio novo ou modificado, quer para verificar a aplicação regular de um auxílio anteriormente aprovado. No entanto, antes de tomar essa decisão, a Comissão deve ordenar ao Estado-Membro que lhe forneça, no prazo por ela fixado, todos os documentos e informações necessários para exercer o seu controlo. Só se o Estado-Membro não fornecer, não obstante a

intimação da Comissão, os elementos solicitados, que esta tem o poder de pôr termo ao processo e de, com base nos elementos de que dispõe, segundo o caso, tomar uma decisão relativa à existência e à compatibilidade do auxílio com o mercado comum ou uma decisão que declara a regularidade da aplicação de um auxílio anteriormente aprovado (v. acórdão Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Comissão, já referido, n.º 36, e jurisprudência referida).

²²⁷ As obrigações processuais atrás referidas são retomadas e concretizadas pelo artigo 2.º, n.º 2, pelo artigo 5.º, n.ºs 1 e 2, pelo artigo 10.º e pelo artigo 13.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999.

²²⁸ Recorde-se igualmente que, segundo o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999, «[a] decisão de dar início a um procedimento formal de investigação resumirá os elementos pertinentes em matéria de facto e de direito, incluirá uma apreciação preliminar da Comissão quanto à natureza de auxílio da medida proposta e indicará os elementos que suscitem dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum».

²²⁹ Estas obrigações processuais impõem-se ao Estado-Membro em causa e à Comissão com vista a permitir a esta última exercer o seu controlo com base em informações suficientemente claras e precisas, ao mesmo tempo que se garante o respeito do direito de ser ouvido que assiste ao Estado-Membro em causa. Com efeito, há que recordar que, segundo jurisprudência assente, o respeito dos direitos de defesa, em qualquer processo instaurado a uma pessoa e susceptível de conduzir à adopção de um acto que lhe seja lesivo, constitui um princípio fundamental do direito da União e deve ser garantido, mesmo na falta de regulamentação específica (v. acórdão Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Comissão, já referido, n.º 37 e jurisprudência referida).

- 230 É à luz destes princípios processuais que se deve examinar se, no caso vertente, a Comissão podia presumir, como, em substância alega, a existência de um auxílio de Estado com base exclusivamente nas informações de que dispunha ou se a aplicação do critério do investidor privado lhe impunha que prosseguisse as suas investigações a fim poder comparar os alugueres controvertidos pagos pela NOA com os que ela teria pago em condições normais de mercado.
- 231 Para este efeito, importa examinar o conteúdo da intimação de fornecer informações e da decisão de início do procedimento formal de investigação bem como das observações da República Helénica apresentadas no Tribunal.
- 232 Em primeiro lugar, na intimação para fornecer informações, datada de 8 de Setembro de 2003, a Comissão pediu, em aplicação dos artigos 5.º e 10.º do Regulamento n.º 659/1999, que lhe fossem transmitidas todas as informações necessárias para examinar as medidas ligadas ao processo de reestruturação e de privatização da companhia aérea OA. Recordou, a este respeito, que, quando examina a compatibilidade de um auxílio de Estado com o mercado comum, deve ter em consideração todos os elementos pertinentes, incluindo, se for caso disso, o contexto já examinado numa decisão anterior.
- 233 Resulta, assim, desta decisão, que a intimação visava, na falta de notificação do processo de privatização e das novas medidas de reestruturação da OA destinadas a facilitar a sua privatização, todos os elementos ligados a esta reestruturação e à privatização susceptíveis de incluir elementos de auxílio de Estado. A Comissão pedia, em especial, a comunicação do plano de empresa da NOA, da estrutura dos seus accionistas, do detalhe dos seus activos e do seu financiamento, incluindo as dívidas, do seu estatuto jurídico e fiscal, bem como das informações detalhadas relativas à liquidação possível da OA e das suas filiais.

- 234 Em segundo lugar, na sua decisão dar início ao procedimento formal de investigação, datada de 16 de Março de 2004, a Comissão examinou previamente a situação financeira da OA em 2001 e em 2002, à luz das contas auditadas destes dois exercícios que apenas obteve nos meses de Setembro e Dezembro de 2003. A importância das perdas sofridas pela OA confirma a apreciação da Comissão, na decisão de 11 de Dezembro de 2002, segundo a qual a República Helénica se converteu, de facto, na primeira fonte de financiamento desta sociedade, sem o apoio da qual a companhia, muito provavelmente teria cessado as suas actividades (n.^{os} 17, 26 e 29).
- 235 No que diz respeito aos eventuais auxílios novos posteriores à decisão de 11 de Dezembro de 2002, os únicos em causa no caso vertente, a Comissão considerou, nesta decisão de 16 de Março de 2004, que a OA e a NOA eram «uma mesma empresa do ponto de vista das regras comunitárias [em matéria] de auxílios de Estado» (n.^{os} 106 e 108).
- 236 No que diz respeito mais especialmente aos aviões explorados pela NOA, a Comissão limitou-se a salientar, no âmbito da sua descrição detalhada da situação, que o balanço de transformação da NOA elaborado, em aplicação da Lei n.º 3185/2003, a pedido das autoridades helénicas, pela sociedade de consultores Deloitte & Touche, revelava que a propriedade de 18 aviões que pertenciam à OA ou à Olympic Aviation tinha sido transferida para a NOA. Por outro lado, no que diz respeito à sublocação de aviões pela OA à NOA, a Comissão indicou que a Deloitte & Touche tinha explicado que esta sublocação significava que a OA continuava a ser a única responsável face ao fretador e que esta permitia à NOA beneficiar, como sublinharam as próprias autoridades gregas, das garantias dadas pelo Estado para a locação de aeronaves e de outras obrigações contratuais, nomeadamente garantias de empréstimo relativas à compra de novos aviões e à mudança para o novo aeroporto de Spata, aprovadas pela Comissão em 1998 e em 2000 enquanto auxílios à reestruturação e declaradas incompatíveis com o mercado comum pela decisão de 11 de Dezembro de 2002 (n.º 54 da decisão de 16 de Março de 2004; v. igualmente n.º 6, *supra*). A Comissão sublinhou que a sociedade Kantor, consultora do governo, era importante que a NOA iniciasse a sua actividade no final do ano de 2003, nomeadamente «para tirar proveito das taxas

reduzidas para a aquisição e fretamento de aeronaves, permitindo deste modo melhorar e renovar a frota», e porque a OA «devia encontrar importantes dificuldades para sobreviver à temporada de Inverno 2003/2004» (n.º 57).

²³⁷ Além disso, a Comissão mencionou, nesta decisão de 16 de Março de 2004, que, na sua denúncia, a Aeroporia Aigaiou tinha alegado que a transferência de activos da OA para a NOA, deixando à AO todo o passivo, constituía um auxílio de Estado. A Comissão indicou igualmente que, segundo a sociedade autora da denúncia, se os fretadores e os organismos financeiros aceitavam a transferência de aviões da OA para a NOA, provavelmente apenas o fariam mediante uma garantia do Estado, a qual constituiria um auxílio de Estado» (n.º 76).

²³⁸ O exame da intimação para fornecer informações e da decisão de 16 de Março de 2004 mostra, deste modo, que a Comissão não se referiu, em momento algum, ainda que implicitamente apenas, nas suas decisões, ao nível dos alugueres pagos pela NOA à OA, pela sublocação de aviões. Com efeito, a intimação para fornecer informações tem por objecto unicamente, de maneira muito geral, as medidas ligadas ao processo de reestruturação e de privatização da OA, susceptíveis de constituir dos auxílios de Estado. Quanto à decisão de início do procedimento formal de investigação, visa exclusivamente, na parte dedicada à apreciação das medidas em causa, as medidas a favor da OA bem como o processo de privatização, que não foi examinada na decisão impugnada, mas foi objecto de um procedimento distinto que culminou numa decisão da Comissão, de 17 de Setembro de 2008, que aprovou o plano de privatização.

²³⁹ Em especial, as sublocações de aviões pela OA à NOA são evocadas unicamente na parte descritiva da decisão de 16 de Março de 2004, sob o ângulo, é verdade, da vantagem que resulta para a NOA das garantias concedidas pelo Estados à OA sobre a locação dos aviões, declaradas incompatíveis pela decisão de 11 de Dezembro de

2002. No entanto, importa recordar que a própria sublocação dos aviões à NOA, neste contexto, não é qualificada de auxílio na decisão impugnada, a qual visa unicamente o nível dos alugueres.

240 Nestas condições, há que concluir que a decisão de início do procedimento formal de investigação não contém uma avaliação preliminar dos alugueres pagos por esta sociedade com vista a determinar se comportam um elemento de auxílio, como exige o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999.

241 No entanto, nas suas observações de 11 de Junho de 2004 sobre esta decisão de início do procedimento formal de investigação, a República Helénica precisou nomeadamente que os aviões alugados pela OA eram subalugados à NOA, ao preço do mercado para evitar as indemnizações que a OA deveria ter pago aos locadores por rescisão dos contratos de locação principais antes do termo destes. Estas sublocações representaram apenas uma solução a curto prazo uma vez que todos os contratos de locação principais (com excepção de um pequeno número de entre eles que se venciam proximamente) seriam futuramente assumidos pela NOA. Em contrapartida, os quatro aviões em locação continuariam a ser subalugados à NOA ao preço do mercado.

242 Além disso, resulta do relatório Moore Stephens que, quando se fizeram as investigações no local, a direcção da NOA justificou, perante os peritos da Comissão, as diferenças entre, por um lado, os alugueres pagos por esta sociedade pela sublocação dos aviões e, por outro, os alugueres pagos pela OA ao abrigo dos contratos de locação principais e pela República Helénica ao abrigo dos contratos de locação, alegando que os alugueres pela sublocação correspondiam aos preços do mercado e que a NOA poderia alugar aviões a outros locadores se essas sublocações não lhe fossem propostas ao preço do mercado.

- 243 Por outro lado, está assente que a República Helénica comunicou todas as informações necessárias relativas aos contratos principais e aos contratos de sublocação em causa, nomeadamente aos alugueres estipulados. Só não apresentou provas relativas aos níveis dos alugueres em condições normais de mercado durante o período considerado.
- 244 Ora, não resulta da intimação de fornecer informações nem da decisão de 16 de Março de 2004, nem de outros elementos do autos, nem, de resto a Comissão sustenta ter posto em causa, seja de que maneira for, ao longo procedimento administrativo, o nível dos alugueres pagos pela NOA, tendo em conta as condições do mercado, e pediu à República Helénica que fornecesse elementos de informação suplementares a este respeito.
- 245 Note-se, de resto, que, nas suas observações de 26 de Outubro de 2004 sobre a intimação para suspender qualquer medida de auxílio, a República Helénica sublinhou que, depois da suas observações de 11 de Junho de 2004, não tinha sido informada de nenhuma nova medida de investigação da parte da Comissão e não tinha recebido nenhum pedido de informação suplementar relativo a essas observações.
- 246 Nestas condições, não tendo sido, de modo nenhum, explicitamente posto em causa no procedimento administrativo, por um lado, o nível dos alugueres pagos pela NOA e, por outro, não tendo sido feito o mínimo pedido de informação relativo à conformidade destes alugueres com os preços do mercado, a República Helénica não pode ser acusada de não ter fornecido informações suficientes à Comissão a fim de lhe permitir apreciar as medidas controvertidas com conhecimento de causa.

- 247 Além disso, e de qualquer modo, sublinhe-se que a Comissão não sustenta no Tribunal que os elementos de informação que faltam eram principalmente detidos pela República Helénica. Faz unicamente referência às informações relativas aos preços do mercado, que ela podia sem dificuldade obter mandando que se procedesse a um simples estudo de mercado durante o período considerado.
- 248 Neste contexto, a Comissão não podia eximir-se da sua obrigação de provar que os alugueres em causa, pagos pela NOA pela sublocação dos aviões, não correspondiam aos preços de mercado. Cabia-lhe, no mínimo, fornecer um começo de prova baseado em elementos de facto susceptíveis de obrigar a República Helénica a fornecer explicações suplementares (v., por analogia, no que diz respeito à prova da participação de uma empresa num acordo, acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Colect., p. I-123, n.ºs 78 e 79).
- 249 Em consequência, cabia à Comissão, em conformidade com a sua obrigação de exame diligente e imparcial no interesse de uma boa administração das regras fundamentais do Tratado relativas aos auxílios de Estado, prosseguir as suas investigações e aprofundar o seu inquérito, na sequência do relatório Moore Stephens, a fim de determinar se os alugueres pagos pela NOA eram conformes com o critério do operador privado. Para este fim, cabia-lhe quer dirigir à República Helénica uma intimação para fornecer informações suplementares relativas ao nível dos alugueres pagos pela NOA, precisando, em conformidade com o artigo 10.º, n.º 3, do Regulamento n.º 659/1999, a natureza das informações solicitadas, quer mandar que se procedesse a uma peritagem suplementar para poder comparar os níveis de para ser em medida de comparar os níveis de alugueres controvertidos aos preços do mercado.
- 250 A este respeito, importa recordar que, por força das exigências ligadas ao respeito dos direitos de defesa, os elementos não provenientes das autoridades helénicas, que a Comissão obteve de terceiros, só poderiam ter considerados por esta instituição

para sustentar a declaração da existência de um auxílio de Estado, depois de ter dado a essas autoridades a oportunidade de apresentar utilmente as suas observações sobre estes elementos (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 10 de Julho de 1986, *Bélgica/Comissão*, 234/84, *Colect.*, p. 2263, n.ºs 27 a 29, e de 14 de Fevereiro de 1990, *França/Comissão*, C-301/87, *Colect.*, p. I-307 n.ºs 29 e 30).

- 251 No caso vertente, tendo em conta todas as considerações precedentes, basta, portanto, declarar que a Comissão não verificou, na decisão impugnada, como exigia o critério do operador privado, se os alugueres controvertidos eram inferiores aos preços do mercado. Com efeito, a decisão impugnada não contém nenhuma consideração que vise invalidar a posição defendida sobre este aspecto pela recorrente durante o procedimento administrativo (v. n.º 241, *supra*). Por outro lado, o plano de trabalho detalhado dos peritos, exposto no relatório Moore Stephens no qual se baseia a decisão impugnada, enuncia que as investigações apenas incidiram sobre o risco de uma sublocação dos aviões à NOA «por alugueres artificialmente baixos (ainda que esses alugueres pudessem ser equivalentes aos preços do mercado)». Ora, importa recordar a este respeito que, embora o recurso à ajuda de peritos externos seja uma mera faculdade e não uma obrigação da Comissão, isso não a dispensa de apreciar os trabalhos destes (acórdão do Tribunal de 16 de Setembro de 2004, *Valmont/Comissão*, T-274/01, *Colect.*, p. II-3145, n.º 72).

- 252 Daqui resulta que, ao se basear unicamente nas diferenças entre, por um lado, os alugueres pagos pela OA e pela República Helénica para a locação dos aviões e, por outro, os alugueres pagos pela NOA pela sublocação destes aviões, para declarar que foi concedida a esta sociedade uma vantagem que não teria obtido em condições normais de mercado, a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação na aplicação do critério do investidor privado.

253 Daí resulta que o fundamento relativo à violação do artigo 87.º, n.º 1, CE é procedente. O artigo 1.º, n.º 1, da decisão impugnada deve conseqüentemente ser anulado, sem que seja necessário examinar os fundamentos relativos à falta de fundamentação e à imputabilidade das medidas em causa ao Estado. Em conseqüência, o artigo 2.º desta decisão deve igualmente ser anulado na medida em que impõe a recuperação dos auxílios visados no artigo 1.º, n.º 1.

3. Quanto aos auxílios concedidos à OA

a) Quanto ao pagamento antecipado do montante sobreavaliado do valor de elementos de activo da OA transferidos para a NOA (artigo 1.º, n.º 2, da decisão impugnada) (processos T-415/05 e T-423/05)

254 A República Helénica e a OA contestam a decisão impugnada na medida em que a Comissão declara, no seu artigo 1.º, n.º 2, a concessão a esta sociedade de um auxílio ilegal incompatível com o mercado comum, cujo montante corresponde à sobreavaliação de elementos de activo da OA transferidos para a NOA, quando da criação desta nova companhia aérea.

255 As recorrentes invocam a violação do artigo 87.º, n.º 1, CE, bem como falta de fundamentação. A título subsidiário, a República Helénica sustenta que, mesmo supondo que a medida em causa possa ser qualificada de auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, o que ela contesta, esta medida deveria ter sido declarada compatível com o mercado comum por força do artigo 87.º, n.º 3, alínea c), CE. A decisão impugnada está igualmente ferida de falta de fundamentação sobre este ponto.

Quanto à violação do artigo 87.º, n.º 1, CE e à falta de fundamentação (processos T-415/05 e T-423/05)

— Argumentos das partes

²⁵⁶ A República Helénica e a OA sustentam que a Comissão e os seus peritos ignoraram a lógica económica subjacente à transformação do grupo Olympic Airways, que trataram como uma simples reestruturação interna. Explicam que o processo de privatização pelo qual a República Helénica optou a partir de 2003 assentava na separação das actividades de voo do grupo Olympic Airways e na criação de uma nova sociedade autónoma, a NOA, externa ao grupo Olympic Airways, com o objectivo de maximizar o seu valor e de a vender imediatamente. Esta transformação destinava-se a permitir à República Helénica a recuperação da maior parte possível do seu investimento na OA sob a forma de auxílios à reestruturação pagos ao longo da última década.

²⁵⁷ Neste contexto, a Comissão confundiu o critério do investidor privado com o do credor privado. Com efeito, um investidor privado avalia as hipóteses de recuperação da empresa e não exige que, à primeira falta de pagamento, seja declarada a falência sem ter em conta o potencial desta a mais longo prazo.

²⁵⁸ Com base nos balanços de transformação, o capital social da NOA foi fixado em aproximadamente 130 milhões de euros. Por conseguinte, a República Helénica fez pagamentos à OA num montante total equivalente a esta quantia, da qual mais de metade foi utilizada pela OA para pagar indemnizações e fazer face a outras despesas ligadas ao despedimento dos trabalhadores na sequência da transformação.

- 259 Contrariamente às alegações da Comissão, este pagamento antecipado não conferiu nenhuma vantagem à OA, uma vez que o seu montante não excedeu o valor dos elementos patrimoniais de que esta sociedade foi privada. Além disso, apresentava carácter provisório, à espera de receber o montante da venda da NOA e das outras sociedades que surgiram do grupo Olympic Airways.
- 260 Nestas condições, a decisão impugnada está viciada por um erro manifesto de apreciação e falta de fundamentação no que diz respeito à concessão de uma vantagem à OA e à aplicação do critério do investidor privado.
- 261 As recorrentes alegam que, no contexto da transformação do grupo Olympic Airways, os elementos de activo transferidos para a NOA deviam ser avaliados pelo seu valor comercial. Sublinham, a este respeito, que, enquanto o valor dos activos transferidos para a NOA foi calculado pelos peritos da Comissão em 38,5 milhões de euros, só o valor dos aviões de que a OA foi privada foi avaliado em mais de 120 milhões de euros com base num relatório da Airclaims.
- 262 Além disso, as recorrentes contestam que a AO não tenha direito a nenhuma indemnização pelos seus direitos sobre as suas faixas horárias em diversos aeroportos, em especial em Heathrow (Londres, Reino Unido), quando obtiveram pelas vendas de direitos por companhias aéreas cerca de 7 ou 8 milhões de euros por faixa, para os contratos bilaterais por ela celebrados, bem como pela sua marca comercial e o seu logótipo, universalmente conhecidos.
- 263 A este respeito, a OA salienta que o goodwill de 30 milhões de euros, inscrito no balanço de transformação da OA, tinha sido contabilizado no âmbito da fusão por absorção das actividades de voo da OA e da sua filial Olympic Aviation pela Macedonian

Airways, actual NOA, em conformidade nomeadamente com as disposições da Lei grega n.º 2190/1920 sobre as sociedades anónimas, conforme alterada e codificada pelo decreto real 174/1963 (FEK A 37, a seguir «Lei n.º 2190/1920») e da Lei n.º 3185/2003, bem como com a norma de informação financeira internacional n.º 3 «Agrupamentos de empresas» (a seguir «norma IFRS 3»). Em especial, nos termos do artigo 43.º, n.º 4, alínea b), da Lei n.º 2190/1920, «o valor acrescido da empresa (*goodwill*), que é criado por ocasião da sua compra ou da fusão de qualquer entidade económica e que é igual à diferença entre o preço total de compra e o valor real elementos de activo, é registado na conta “goodwill da empresa” das imobilizações incorpóreas e é amortizado quer de modo fixo, quer de modo escalonado, e a uma taxa constante, ao longo de vários exercícios, sem que a duração da amortização possa exceder cinco anos». Por outro lado, resulta da legislação helénica que as entradas em espécie numa sociedade anónima devem ser avaliadas pelo seu valor real e não pelo custo histórico de aquisição.

264 A OA acrescenta que, se a avaliação do valor dos activos transferidos para a NOA não tivesse correspondido ao valor comercial desses activos, a venda da NOA por um preço inferior ao preço de mercado teria constituído um auxílio de Estado aos compradores potenciais da NOA e violado os direitos dos credores da OA.

265 Numa tentativa de privatização da NOA que tinha conduzido à assinatura de um protocolo de acordo em 5 de Agosto de 2005, o valor da NOA em 31 de Dezembro de 2004 foi calculado por um investidor privado num montante superior a 100 milhões de euros, o que estava em conformidade com a avaliação contabilística efectuada em 12 de Dezembro de 2003, após dedução das perdas sofridas pela NOA.

266 A OA contesta as alegações da Comissão relativas à inexistência de uma auditoria independente dos balanços de transformação. Estes balanços foram integralmente elaborados por um verificador ajuramentado, em conformidade com a Lei n.º 3185/2003.

267 Quanto à avaliação dos créditos da NOA, a OA salienta que o relatório que acompanhava o balanço de abertura da NOA indica que qualquer diferença entre os créditos

que figuram no balanço da abertura desta nova companhia aérea e os montantes finalmente cobrados será reportada no crédito e ou no débito das contas da OA e da Olympic Aviation, pelo que o activo líquido da NOA não será afectado. Por outro lado, as recorrentes criticam a Comissão por esta não ter tido em conta as receitas que se espera obter da venda futura de dois aviões ainda registados no balanço da OA.

268 Por último, no que diz respeito à afirmação da Comissão segundo a qual a decisão impugnada deixa o montante da sobreavaliação dos elementos de activo transferidos para a OA aberto a discussão, no âmbito da cooperação leal ao abrigo do artigo 10.º CE, a República Helénica e OA salientam as dificuldades suscitadas pela quantificação do auxílio alegado, tendo em vista a sua recuperação. Recordam que, por força do direito grego, um crédito, quando não é líquido não é exigível. Censuram à Comissão o facto de esta não ter respondido aos elementos que as autoridades helénicas lhe comunicaram por carta de 16 de Novembro de 2005, entre os quais figurava o relatório Deloitte & Touche, datado de 27 de Outubro de 2005, que dava conta de vários cálculos errados da parte dos peritos da Comissão relativos à quantificação dos elementos de activos transferidos para a NOA. Segundo este relatório Deloitte & Touche, os ajustamentos feitos pela Comissão não reflectem a realidade da estrutura patrimonial e da situação financeira da NOA depois da transformação, o que é contrário à Lei n.º 2190/1920 que prevê que as suas disposições podem ser afastadas para dar uma imagem fiel da situação uma empresa. Os próprios peritos da Comissão salientaram que esses ajustamentos «não incluem necessariamente tudo o que foi exigido se uma auditoria tivesse sido feita» (nota de rodapé n.º 10 da decisão impugnada).

269 Por outro lado, a OA censura a Comissão por esta não ter definido os mercados pertinentes nem analisado as condições de concorrência nesses mercados. A conclusão segundo a qual a medida controvertida falseia a concorrência não só não tem fundamento como também é errada. Com efeito, a OA opera em 33 dos 38 aeroportos

helénicos com base em obrigações de serviço público, e sem nenhuma concorrência, e cerca de trinta aeroportos não apresentam interesse comercial nenhum.

- 270 A Comissão sustenta que o pagamento antecipado controvertido constituía em si um auxílio de Estado. As recorrentes não adiantam nenhum motivo sério no qual um investidor privado poderia basear uma esperança sólida e realista de retirar um rendimento satisfatório desse pagamento antecipado tendo em conta a situação particularmente difícil da OA, caracterizada pela concessão de auxílios a esta sociedade durante anos, o insucesso das tentativas de venda, a persistência dos resultados negativos e a acumulação das dívidas e das perdas. Aliás, os credores privados da OA, como os locadores de aviões e os bancos ABN Amro e o Crédit Lyonnais, apressaram-se em obter garantias da República Helénica. Além disso, resulta do relatório Moore Stephens que o pagamento antecipado controvertido foi utilizado para financiar despesas de funcionamento, como a locação pela OA dos aviões subalugados à NOA.
- 271 Foi apenas subsidiariamente que a Comissão examinou, na decisão impugnada, se o pagamento controvertido podia ser considerado como uma forma de indemnização concedida pelo Estado à OA para os activos que tinham sido transferidos para a NOA.
- 272 A este respeito, os peritos da Comissão verificaram que o montante controvertido de 130 milhões de euros tinha sido determinado com base em dados transmitidos à Deloitte & Touche pela direcção da OA, sem terem sido avaliados por controladores independentes. No seu relatório sobre o estafo financeiro da NOA para o exercício que terminou em 31 de Dezembro de 2003, os auditores nomeados pelas autoridades gregas, formularam reservas acerca dos balanços de abertura da sociedade.
- 273 Os peritos da Comissão calcularam o valor dos activos líquidos transferidos para a NOA em 38,5 milhões de euros, após um ajustamento, sob reservas, do balanço do

sector das actividades de voo. Basearam-se nos dados contabilísticos fornecidos pelas autoridades gregas e utilizaram práticas contabilísticas reconhecidas, nomeadamente deduzindo os créditos duvidosos, o produto das vendas futuras de aviões, bem como o goodwill, e tendo em conta o montante total das dívidas, a amortização do custo dos aviões bem como das previsões de certas receitas e despesas, nomeadamente em matéria de impostos.

274 A Comissão, apoiada pela interveniente, nega que a transformação do grupo Olympic Airways tenha um valor contabilístico próprio. As recorrentes ignoram a definição do conceito de goodwill pelas normas contabilísticas. Segundo a norma IFRS 3, n.º 51, o goodwill corresponde ao excedente do custo de aquisição sobre a quota-parte do adquirente no justo valor líquido dos activos e dos passivos identificáveis adquiridos. Consequentemente, não é possível falar objectivamente de goodwill na falta de transacção livre quando se trate, como acontece no caso vertente, segundo a Comissão, de uma simples reestruturação interna do grupo Olympic Airways pela República Helénica. Em especial, contrariamente às alegações da OA, não houve fusão real nem compra, uma vez que não houve preço de mercado, condição necessária à existência de um goodwill.

275 Além disso, as regras de contabilidade não permitem contabilizar activos incorpóreos cujo valor real não pode ser calculado de modo fiável. Em especial, não é possível determinar a «imagem real da transformação», perante um balanço artificial de transformação baseado em simples cálculos da direcção da OA.

276 Na réplica no processo T-423/05, a Comissão alega que a OA, explica pela primeira vez na réplica que o goodwill é constituído pelo conjunto dos bens incorpóreos (nome comercial, faixas horárias), e que eram totalmente diferentes da definição dada pela

norma IFRS 3, n.º 51, já referida, bem como pela legislação grega invocada pela OA. Esta argumentação é consequentemente tardia.

277 No que diz respeito ao preço de venda da NOA, invocado pela OA, a Comissão salienta que seria mais equitativo o mesmo ser em função de uma venda efectiva, e não de estimativas arbitrárias, baseadas em estimativas não certificadas, e isto independentemente do valor dos aviões, que constituem apenas um elemento do balanço.

278 Por último, a decisão impugnada está suficientemente fundamentada. O conjunto dos elementos tidos em conta pelos peritos da Comissão, em conformidade com as regras de uma gestão razoável e sã, é retomado no quadro que figura no considerando 120 desta decisão. Estes elementos são facultados com comentários (considerandos 110 a 126), bem como com a apreciação jurídica da Comissão (considerandos 197 a 201).

— Apreciação do Tribunal Geral

279 Está assente que, em aplicação do artigo 27.º da Lei n.º 3185/2003, a República Helénica fez a favor da OA um pagamento antecipado em várias fases escalonadas entre o mês de Dezembro de 2003 e o mês de Maio de 2004, a partir de uma conta especial, no montante total de cerca de 130 milhões de euros, correspondente, segundo as autoridades gregas, ao valor dos activos transferidos para a NOA, por ocasião da criação desta nova sociedade.

280 Com efeito, o artigo 27.º, n.ºs 1 e 5, da Lei n.º 3185/2003 previa que a totalidade das acções das sociedades resultante da transformação do grupo Olympic Airways seria devolvida sem contrapartida à República Helénica, com vista à privatização destas, e que seria creditado numa conta especial da República Helénica, intitulada «Estado grego – Conta de privatização do grupo Olympic Airways» o produto da venda das sociedades privatizadas do grupo. Segundo este artigo, para fazer face às despesas necessárias ao despedimento do pessoal e a cobertura dos compromissos financeiros da OA e da Olympic Aviation ao longo do período de transformação e de liquidação, seria debitado na conta especial de adiantamentos do Estado, até atingir o montante correspondente ao valor nominal das acções da nova companhia aérea resultantes da transformação, concedidos à República Helénica.

281 Neste caso, resulta expressamente do artigo 1.º, n.º 2, da decisão impugnada que o auxílio controvertido consiste unicamente na sobreavaliação, segundo a Comissão, do montante dos activos transferidos para a NOA quando da sua criação. A Comissão calcula provisoriamente em 91,5 milhões de euros o montante deste auxílio. No dispositivo da decisão impugnada, não põe em causa o próprio princípio de um pagamento antecipado à OA do montante do valor de todos os activos transferidos para a NOA.

282 É certo que a Comissão sublinha, no considerando 196 da decisão impugnada, que o pagamento de um montante de cerca de 130 milhões de euros a uma empresa como a OA, que se encontrava numa situação económica particularmente difícil, que, além disso, acaba de ser privada do seu sector das actividades de voo e cujas dívidas fiscais e de segurança social à República Helénica atingiam no final do ano de 2003 um montante de 522 milhões de euros, ao passo que essas dívidas continuavam a aumentar e os activos susceptíveis de ser realizados para reembolsar essas dívidas desapareciam, era contrário ao critério do investidor privado. A este respeito, a Comissão baseando-se nas conclusões do advogado-geral M. Mischo sob o acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Outubro de 2000, Espanha/Comissão (C-480/98, Colect., p. I-8717, I-8720, n.ºs 32 a 43), salienta que, nesse contexto, um credor privado, que fosse neste caso igualmente o principal credor da OA e tivesse escassas possibilidades reais de obter o pagamento dos seus créditos por parte da OA, teria tomado todas as medidas legais para obter o pagamento dos créditos vencidos ou a realização das suas garantias.

283 No entanto, importa recordar que a Comissão não põe em causa, na decisão impugnada, a decisão da República Helénica de transformar o grupo Olympic Airways a fim de facilitar a sua privatização, transferindo os activos do seu sector das actividades de voo para a NOA, e ao prever nomeadamente o pagamento antecipado controvertido à OA, em vez de exigir a declaração imediata da OA com vista a recuperar pelo menos uma parte dos seus créditos sobre esta sociedade (v. n.ºs 101 e 281, *supra*). A Comissão limita-se a constatar que, na falta de perspectiva de rentabilidade a longo prazo da OA, um investidor privado não teria permitido um adiantamento financeiro análogo ao pago a esta sociedade. No entanto, a Comissão não qualifica o pagamento antecipado de uma compensação, enquanto tal, como auxílio de Estado, nos fundamentos ou no dispositivo da decisão impugnada.

284 Em contrapartida, resulta explicitamente do considerando 197 da decisão impugnada que a Comissão qualifica como auxílio de Estado o pagamento do montante do adiantamento controvertido, na medida em que esse montante excede, em sua opinião, o valor dos activos transferidos para a NOA e não pode conseqüentemente ser considerado uma compensação paga pela República Helénica à OA por essa transferência.

285 Em especial, a Comissão admite expressamente, no considerando 197 da decisão impugnada, que, se o montante de 130 312 459 euros pago pela República Helénica à OA dessa conta especial correspondesse ao valor dos elementos de activo da OA transferidos para a NOA, essa transferência não constituiria um auxílio de Estado.

286 Tendo em conta o conteúdo claro do artigo 1.º, n.º 2, do dispositivo da decisão impugnada, que é alicerçado pelos fundamentos desta decisão, cabe ao Tribunal pronunciar-se sobre as alegações relativas à avaliação dos activos transferidos para a NOA, para efeitos do cálculo do montante da compensação.

- 287 A este respeito, basta examinar se a conclusão da Comissão, na decisão impugnada, segundo a qual o valor dos activos transferidos para a NOA tinha sido sobreavaliado, está suficientemente fundamentada e não sofre de erro manifesto de apreciação.
- 288 Os relatórios Deloitte & Touche, datados de 29 de Novembro de 2003, anexos ao balanço de abertura da NOA e aos balanços de transformação da OA e da Olympic Aviation, em conformidade com o artigo 27.º da Lei n.º 3185/2003, indicam que esses balanços — elaborados por esta sociedade de consultores na qualidade revisor ajuramentado, nomeada em aplicação do referido artigo 27.º — foram elaborados em conformidade com as normas de contabilidade gregas, incluído o princípio do custo histórico, excepto no que diz respeito, por um lado, à avaliação dos aviões e dos motores propriedade dos ramos cindidos da OA e da Olympic Aviation, que foram avaliados pela sociedade especializada Airclaims pelo seu valor comercial em 1 de Outubro de 2003 e, por outro, a avaliação do goodwill. Nos termos destes relatórios Deloitte & Touche, o goodwill foi, com efeito, avaliado pela direcção da OA, em conformidade com as práticas internacionais, com base nas receitas brutas desta sociedade, nos seus resultados recentes e no interesse manifestado no âmbito dos procedimentos relativos à sua privatização.
- 289 Em contrapartida, na decisão impugnada (v., nomeadamente, considerando 120, 199 e 200), a Comissão, baseando-se no relatório Moore Stephens, procedeu a ajustamentos assentes em estimativas dos seus peritos, que tinham considerado, no que diz respeito aos aviões, unicamente o seu valor líquido contabilístico, e tinham, por outro lado, retirado do cálculo da compensação nomeadamente o montante correspondente ao valor dos activos incorpóreos tido em conta pelas autoridades helénicas a título de goodwill bem como os créditos duvidosos e o crédito relativo à venda futura de dois aviões ainda registados no balanço da OA.
- 290 A este respeito, as recorrentes criticam a Comissão, em especial, pelo facto de esta ter ignorado a necessidade, por um lado, de avaliar os aviões pelo seu valor comercial e, por outro, de ter em conta o goodwill gerado com a criação da NOA, bem como das

receitas esperadas com a venda futura de dois aviões, a fim de determinar a situação económica real da NOA. Contestam igualmente os ajustamentos feitos pela Comissão no que diz respeito aos créditos duvidosos.

291 A título preliminar, sublinhe-se que, contrariamente ao que parecem sugerir as conclusões dos peritos da Comissão retomadas na decisão impugnada (considerando 124), a circunstância de o artigo 27.º da Lei n.º 3185/2003 prever o pagamento antecipado da compensação controvertida, até atingir uma quantia equivalente ao valor nominal das acções da NOA, não permite presumir que as entradas em capital social, constituídas pela transferência dos activos do sector das actividades de voo do grupo Olympic Airways, foram sobreavaliadas, com o propósito de apoiar a OA, em grandes dificuldades financeiras, durante o processo de transformação e de liquidação. Além disso, esta mesma circunstância não era de natureza tal que impedisse na determinação do valor do capital social da NOA, que fosse tida em conta, em conformidade com as normas contabilísticas aplicáveis, nomeadamente o valor comercial dos aviões transferidos, bem como o valor elementos de activos incorpóreos registados concretamente no balanço de transformação da OA e no balanço de abertura da NOA a título de goodwill, uma vez que esse valor podia ser determinado de modo fiável.

292 Neste contexto, importa examinar, tendo em conta o critério do operador privado, os ajustamentos controvertidos feitos pela Comissão no que diz respeito, primeiramente, à exclusão de certos activos incorpóreos do cálculo da compensação, em segundo lugar, à contestação por esta instituição da tomada em consideração do valor comercial dos aviões e, em terceiro lugar, à exclusão das receitas relativas à venda futura de dois aviões.

293 Primeiramente, quanto aos vários activos incorpóreos tidos em conta a título de goodwill, no montante de 30 milhões de euros, no balanço de transformação da OA e o balanço de abertura da NOA, há, desde logo, que rejeitar a alegação, por parte da

Comissão, no processo T-423/05, da inadmissibilidade de certos argumentos da recorrente (v. n.º 276, *supra*).

294 A este respeito, sublinhe-se que os relatórios de 29 de Novembro de 2003, anexos aos balanços de transformação da OA e da Olympic Aviation e no balanço de abertura da NOA enumeram os elementos de activos imobilizados tidos em conta a título de goodwill (v. n.º 296 *infra*). Além disso, a decisão impugnada (considerando 110) enuncia expressamente que, segundo as conclusões dos peritos da Comissão, o montante de 30 milhões de euros registado no balanço de transformação da OA a título das imobilizações incorpóreas correspondia à apreciação, pela direcção da OA, do valor do nome comercial, do logótipo (os anéis olímpicos) da marca Olympic, das faixas horárias e de acordos bilaterais. Na decisão de início do procedimento formal de investigação n.º 59), a Comissão tinha de resto salientado que, segundo os relatórios Deloitte & Touche anexos aos balanços acima mencionados, este goodwill, «ou seja, uma imobilização incorpórea, proveniente do nome comercial, das faixas horárias, da parte de mercado», tinha sido calculado pela direcção da OA e representava mais de 20% do activo incorpóreo da empresa.

295 Nestas condições, contrariamente às alegações da Comissão, o facto de a OA ter invocado, na réplica no processo T-423/05, elementos como as faixas horárias, o logótipo, a marca ou o nome comercial, enquanto elementos tidos em conta a título de goodwill, não pode ser considerado como um fundamento novo. Com efeito, esse facto inscreve-se manifestamente no prolongamento do debate entre as partes desde a fase do procedimento administrativo, bem como da argumentação adiantada pela OA na petição no que diz respeito à necessidade de ter em conta o goodwill.

296 Quanto ao mérito, resulta dos relatórios Deloitte & Touche acima mencionados, juntos em anexo ao balanço de abertura da NOA e ao balanço de transformação da OA, que os elementos de activos tidos em conta pela direcção da OA, a título de goodwill, eram constituídos pelo nome comercial e a marca Olympic, o logótipo (os anéis

olímpicos), as faixas horárias de que a OA dispunha nos diversos aeroportos, os acordos bilaterais — celebrados com Estados não membros da União Europeia e relativos a direitos aéreos, como confirmaram as recorrentes em resposta a uma pergunta do Tribunal na audiência —, o renome da OA e a sua parte de mercado.

297 A este respeito, pode ser feita uma distinção, quanto aos activos incorpóreos acima referidos, entre, por um lado, os activos separáveis, susceptíveis de ser dissociados da entidade transferida e vendidos ou cedidos quer individualmente quer em ligação com um contrato, um activo ou um passivo, e cujo valor pode ser determinado de modo fiável, independentemente da questão da privatização projectada, como as faixas horárias, e, por outro, os activos incorpóreos não separáveis, cujo valor no mercado não pode, além disso, ser determinado de modo fiável na falta de transacção, como o renome ou as partes de mercado, correspondente a um goodwill gerado por ocasião da compra gerado por ocasião da compra de uma empresa ou da sua fusão com outra empresa.

298 Há que concluir que, na decisão impugnada (v., nomeadamente, considerando 110 e 199), a Comissão, fazendo suas as conclusões do relatório Moore Stephens «utilizando técnicas e modelos contabilísticos reconhecidos na Grécia e sobre o plano internacional», recusou-se a ter em conta todos os bens incorpóreos acima referidos, transferidos para a NOA, tendo-se limitado a indicar que «nem os princípios contabilísticos gregos nem os [princípios contabilísticos internacionais geralmente admitidos] prevêem um reconhecimento no balanço das imobilizações incorpóreas geradas pela empresa».

299 Ora, a Comissão não contesta que a norma IFRS 3, aplicável aos agrupamentos de empresas, enunciada no anexo do Regulamento (CE) n.º 2236/2004 da Comissão, de 29 de Dezembro de 2004, que altera o Regulamento (CE) n.º 1725/2003, que adota certas normas internacionais de contabilidade nos termos do Regulamento (CE) n.º 1606/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho, no que diz respeito às normas internacionais de relato financeiro (IFRS) 1 e 3 a 5, às normas internacionais de contabilidade (IAS) 1, 10, 12, 14, 16 a 19, 22, 27, 28 e 31 a 41 e às interpretações 9, 22, 28 e 32 (JO L 392, p. 1), a que as partes fazem referência perante o Tribunal, que é aplicável desde 31 de Março de 2004 (n.º 78 da norma IFRS 3) e podia sob certas condições ser objecto de «aplicação retrospectiva» (n.º 85 da norma IFRS 3), permitia ao

comprador contabilizar separadamente as imobilizações incorpóreas identificáveis da empresa ou da entidade adquiridas, quando o seu justo valor — isto é, em substância, o montante que teria sido pago por ocasião de uma transacção entre partes bem informadas, agindo em condições de concorrência normais — podia ser avaliado de modo fiável na data da aquisição (n.ºs 37, 45 e 46 da norma IFRS 3). Além disso, segundo a norma de contabilidade internacional 38 «Imobilizações incorpóreas», conforme alterada na sequência da adopção da norma IFRS 3 (IAS 38), o valor justo das imobilizações incorpóreas adquiridas no âmbito de agrupamentos de empresas podia normalmente ser determinado de modo suficientemente fiável para ser contabilizado em separado do goodwill. Além disso, sublinhe-se que a norma de contabilidade internacional 22 «Agrupamento de empresas», conforme enunciada no anexo do Regulamento (CE) n.º 1725/2003 da Comissão, de 2[9] de Setembro de 2003, que adopta certas normas internacionais de contabilidade, nos termos do Regulamento (CE) n.º 1606/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho (JO L 261, p. 1), substituiu pela norma IFRS 3, previa já a contabilização separada, na data da aquisição de uma entidade, dos activos incorpóreos identificáveis cujo justo valor era determinado de modo fiável.

300 Além disso, a Comissão não põe em dúvida que as normas de contabilidade gregas permitiam ao adquirente contabilizar separadamente do goodwill as imobilizações incorpóreas separáveis da entidade adquirida, como as faixas horárias, quando o seu valor pudesse ser determinado de modo fiável.

301 No que diz respeito aos activos incorpóreos que não podiam ser separados e cujo justo valor não podia ser determinado modo fiável, na falta, no caso vertente, de transacção efectiva, na medida em que, quando foi feito o pagamento do adiantamento controvertido, nenhuma perspectiva precisa de compra da NOA por um investidor privado tinha sido concretizada, deve ser aprovada a posição da Comissão segundo a qual, na falta de transacção, a transferência dos activos ligados ao sector das actividades de voo à NOA, acompanhada da devolução das acções desta sociedade à República Helénica, sem contrapartida, tendo em vista a privatização futura desta sociedade, não pode ser equiparada a uma aquisição ou a uma fusão susceptíveis de gerar goodwill (v. n.º 297, *supra*). Na falta de perspectiva precisa e concreta de transacção nesta fase, a circunstância invocada pela OA, de a NOA ter sido criada por fusão e absorção das actividades de voo das sociedades OA e Olympic Aviation pela antiga filial

Macedonian Airways, que foi denominada NOA na sequência desta transformação, não modifica esta análise.

302 Neste contexto, tendo em conta nomeadamente a norma IFRS 3, invocada pelas partes (v. n.º 299, *supra*), cabia à Comissão examinar individualmente os diversos elementos de activos incorpóreos em causa, verificando se os mesmos eram separáveis e se o seu justo valor podia ser determinado de modo fiável, e, se for caso disso, se, tendo em conta o critério do investidor privado, deviam ser excluídos do cálculo da compensação paga à OA.

303 Ora, resulta da decisão impugnada que a Comissão — que, de resto, admitiu na audiência que certos activos incorpóreos como as faixas horárias, podiam ser vendidos separadamente e apresentavam um valor comercial próprio — não examinou individualmente os activos incorpóreos em causa e não indicou, na decisão impugnada, os motivos pelos quais considerava que o critério do investidor privado se opunha, no caso vertente, a que activos incorpóreos que eram susceptíveis de ser avaliados de modo fiável independentemente de cessão ou fusão fossem tidos em conta pelo montante do seu justo valor, para efeito de cálculo do montante da compensação paga à OA. Consequentemente, a decisão impugnada está, a este respeito, viciada por erro manifesto de apreciação.

304 Além disso, e de qualquer modo, no contexto da criação de uma nova companhia aérea juridicamente autónoma, para a qual foram transferidos todos os activos ligados ao sector das actividades de voo do grupo Olympic Airways, e na medida em que a Comissão não teve em conta, na decisão impugnada, que o pagamento antecipado de uma compensação financeira à OA, pela transferência dos activos incorpóreos para a

NOA, era, em si, constitutivo de um auxílio de Estado, cabia-lhe, no mínimo, fundamentar, tendo em conta o critério do investidor privado, a sua recusa em ter em conta todos os elementos de activos incorpóreos, para efeito do cálculo compensação.

305 Em especial, no contexto atrás referido, mesmo supondo que a Comissão tenha partido da premissa de que a cisão do sector das actividades de voo e a transferência dos activos correspondentes à NOA deviam ser tratados como uma simples reestruturação interna do grupo Olympic Airways, não lhe cabia, de qualquer modo, justificar de maneira clara e compreensível, tendo em conta o critério do investidor privado, a escolha das regras de contabilidade nas quais se baseou para excluir os activos incorpóreos controvertidos do cálculo da compensação paga à OA.

306 Ora, apesar de a Comissão fazer referência, perante o Tribunal, nomeadamente à norma IFRS 3 — a qual prevê a contabilização dos agrupamentos de empresas aplicando o método da aquisição, segundo o qual o adquirente contabiliza nomeadamente os activos adquiridos, incluindo os que não eram contabilizados anteriormente pela empresa adquirida (n.º 15 da norma) — em contrapartida,, na decisão impugnada, baseou-se exclusivamente no princípio contabilístico que proíbe a uma empresa contabilizar, enquanto activo, nas suas demonstrações financeiras, um goodwill gerado internamente (norma IAS 38), sem de resto especificar a norma ou as normas nas quais se baseava.

307 Deste modo, a Comissão não indicou na decisão impugnada, por que razão — apesar de se tratar de avaliar os activos em questão em especial tendo em conta as normas aplicáveis aos agrupamentos de empresas, não para efeitos do seu registo nas demonstrações financeiras da OA, mas da determinação do montante a pagar a esta empresa em compensação da perda do seu sector das actividades de voo e dos activos correspondentes, alguns dos quais poderiam ter sido vendidos separadamente — se

baseou nas normas que regulam a contabilização desses activos incorpóreos pela empresa adquirida.

308 Em segundo lugar, no contexto referido e por razões análogas (v. n.º 305, *supra*), importa igualmente considerar que, na decisão impugnada (v., nomeadamente, considerando 111 e 199), a Comissão — ratificando as conclusões formuladas a este respeito no relatório Moore Stephens, que fazia referência de modo geral aos princípios contabilísticos gregos e aos princípios contabilísticos internacionais geralmente admitidos — não fundamentou suficientemente, tendo em conta o critério do investidor privado, a tomada em consideração, para efeitos do cálculo do montante da compensação, do valor líquido contabilístico dos aviões cuja propriedade foi transferida para a NOA, em vez do seu valor comercial em 1 de Outubro de 2003, o qual tinha levado, segundo o relatório Airclaims, a um aumento à une aumento de cerca de 43,2 milhões de euros do valor calculado destes aviões, em relação ao seu valor líquido contabilístico.

309 Em terceiro lugar, a invocação pela Comissão, na decisão impugnada (v., nomeadamente, considerando 114 e 199), dos princípios gregos de contabilidade e dos princípios contabilísticos geralmente admitidos que excluem o registo, nas contas anuais de uma empresa, das receitas ligadas à venda ainda não realizada de um activo incorpóreo que não pertence a esta empresa, não constitui fundamentação suficiente para que esta instituição não tenha em conta, para fins do cálculo do montante da compensação, as receitas líquidas que se espera obter da venda em curso de dois aviões de tipo A 300-600 que continuavam registados no balanço da OA, enquanto se aguardava a finalização da venda. Com efeito, na medida em que a Comissão não pôs em causa a transferência para a NOA do conjunto dos activos da OA relativos às actividades de voo, e o pagamento antecipado correlativo de uma compensação, incumbia-lhe justificar, tendo em conta o critério do investidor privado, exclusão do cálculo do montante da compensação das receitas que se esperava obter da venda dos dois aviões atrás referidos, no montante de 24,4 milhões de euros.

310 Atentas as precedentes considerações, os argumentos relativos ao erro manifesto de apreciação e à falta de fundamentação da decisão impugnada devem ser julgados procedentes, uma vez que a Comissão excluiu do cálculo da compensação a totalidade dos elementos de activo incorpóreos que tinham sido tidos em conta pela direcção da OA a título de goodwill. Além disso, a decisão impugnada está viciada por falta de fundamentação na medida em que a Comissão excluiu desse cálculo a receita que se esperava obter com a venda de dois aviões ainda inscritos no balanço da OA, e em que afastou a estimativa pelo seu valor comercial actual, dos 18 aviões cuja propriedade fora transferida para a NOA.

311 Importa seguidamente referir, no que respeita aos créditos duvidosos, que a Comissão fundamentou suficientemente, na decisão impugnada (v., nomeadamente, considerando 112, 120 e 199), a sua exclusão ou o seu ajustamento para fins do cálculo do montante da compensação paga à OA, baseando-se nas conclusões dos peritos sublinhando, nomeadamente, que, na falta de provisão relativa a esses créditos no balanço de abertura da NOA, não era prudente inscrever esses créditos no activo da NOA. Por outro lado, as alegações não fundamentadas das recorrentes, segundo as quais os créditos controvertidos eram certos, não permitem considerar que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação ao considerar que o valor destes elementos não devia ser tido em conta ou que esse valor tinha sido sobreavaliado. Acresce que, mesmo que, como alega a OA (v. n.º 267, *supra*), o pagamento do montante dos créditos controvertidos estivesse garantido em relação à NOA, esta circunstância não tem qualquer pertinência no que diz respeito à apreciação do montante dos referidos créditos cujo reembolso era razoavelmente de esperar quando esses créditos fossem transferidos para a NOA, como activos ligados ao sector das actividades de voo.

312 Além disso, contrariamente às alegações da OA, a decisão impugnada não padece de erro manifesto de apreciação nem de falta de fundamentação por ter concluído que o pagamento antecipado de uma compensação cujo montante foi sobreavaliado podia falsear ou ameaçar de falsear a concorrência. Com efeito, a Comissão indicou, na decisão impugnada (considerando 35), que a OA exercia actividades de assistência

em terra, de manutenção e de reparação e que operava no mercado da prestação das actividades em questão. Neste contexto, sublinhou que a concessão do auxílio controvertido alegado podia falsear a concorrência com outras empresas da União, em especial, na sequência da desregularação do mercado dos serviços de assistência em terra desde 1996 (considerando 202). Em conformidade com o artigo 87.º, n.º 1, CE, a Comissão demonstrou, deste modo, suficientemente a ameaça de uma distorção de concorrência que justifica a qualificação de auxílio de Estado, uma vez que a medida em causa reforça a posição da empresa beneficiária em relação a outras empresas. Em especial, decorre da jurisprudência que a circunstância de um sector económico ter sido objecto de liberalização a nível comunitário pode caracterizar uma incidência real ou potencial dos auxílios sobre a concorrência, bem como o seu efeito entre Estados-Membros (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Dezembro de 2005, *Unicredito Italiano*, C-148/04, *Colect.*, p. I-11137, n.ºs 56 e 57, e jurisprudência referida). Além disso, contrariamente às alegações da OA, a circunstância de esta sociedade opere em 33 dos 38 aeroportos helénicos por força de obrigações de serviço público não é de molde a excluir a existência de uma situação de concorrência.

313 Por outro lado, no que diz respeito aos activos transferidos para a NOA e que foram retirados ou que foram objecto de ajustamento pela Comissão, que não são os activos incorpóreos tidos em conta a título de goodwill, os 18 aviões acima referidos e o crédito relativo à venda futura de dois aviões ainda registados no balanço da OA (v. n.º 311, *supra*), o montante do pagamento antecipado que podia ser pago à OA em compensação destes activos deverá ser determinado, no âmbito do processo de recuperação do auxílio e em conformidade com o dever de cooperação leal, com base nas contas que foram objecto de auditoria, como alega a Comissão.

314 Com efeito, a Comissão admite que os ajustamentos efectuados pelos seus peritos podem ser objecto de posterior discussão, no quadro da cooperação leal. É à OA que incumbirá, segundo a Comissão, proceder a um controlo contabilístico dos activos em questão, sob o controlo das autoridades helénicas, e propor uma estimativa concreta dos elementos de activos transferidos para a NOA.

- 315 A este propósito, deve recordar-se que nenhuma disposição do direito comunitário exige que a Comissão, quando ordena a restituição de um auxílio declarado incompatível com o mercado comum, fixe o montante exacto do auxílio a restituir. Basta que a decisão da Comissão contenha indicações que permitam ao seu destinatário determinar ele próprio, sem dificuldades excessivas, esse montante (acórdãos Espanha/Comissão, já referido, n.º 25, e de 14 de Fevereiro de 2008, Comissão/Grécia, já referido, n.º 44).
- 316 Além disso, no acórdão de 14 de Fevereiro de 2008, Comissão/Grécia, já referido, que declarou que a República Helénica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 2 a 4 da decisão impugnada, o Tribunal de Justiça rejeitou o argumento segundo o qual a Comissão não forneceu um método de cálculo fiável que permita estabelecer o montante do auxílio que deve ser recuperado (n.ºs 42 e seguintes do acórdão).
- 317 No que diz respeito em especial à sobreavaliação dos activos da OA transferidos para a NOA, o Tribunal de Justiça considerou, no acórdão de 14 de Fevereiro de 2008, Comissão/Grécia, já referido, que a circunstância de se indicar, em relação ao montante desta sobreavaliação, fixado no artigo 1.º, n.º 2, da decisão impugnada, que se tratava de uma estimativa provisória, não podia ser interpretada no sentido de que a decisão impugnada carecia da precisão necessária para a sua execução (n.º 43).
- 318 Nestas condições, o argumento da República Helénica baseado nas dificuldades internas suscitadas pela recuperação do auxílio controvertido (v. n.º 268, *supra*) deve igualmente ser afastado. A este respeito, decorre da jurisprudência que, quando a execução de uma ordem de recuperação se defronta com um certo número de dificuldades internas, a Comissão e o Estado-Membro em questão devem, por força da regra que impõe aos Estados-Membros e às instituições comunitárias deveres recíprocos de cooperação leal, que inspira, nomeadamente, o artigo 10.º CE, colaborar de boa fé a fim de superar essas dificuldades no pleno respeito das disposições do Tratado, nomeadamente as relativas aos auxílios de Estado (acórdãos do Tribunal de Justiça de 4 de Abril de 1995, Comissão/Itália, C-348/93, Colect., p. I-673, n.º 17; de 22 de Março de 2001, Comissão/França, C-261/99, Colect., p. I-2537, n.º 24, e acórdão de 12 de Maio de 2005, n.º 42).

319 Daí resulta que a decisão impugnada deve ser parcialmente anulada, por erro manifesto de apreciação e falta de fundamentação, na medida em que exclui a tomada em consideração de todos os elementos de activo incorpóreos a título de goodwill, e por falta de fundamentação, na medida em que exclui que se tomem em conta as receitas que se espera obter da venda dos dois aviões acima referidos e na medida em que admite unicamente a tomada em consideração do valor contabilístico líquido dos aviões transferidos, em vez do seu valor comercial actual. As acusações relativas ao erro manifesto de apreciação e à falta de fundamentação devem ser rejeitadas quanto ao resto.

Quanto à violação do artigo 87.º, n.º 3, CE e à falta de fundamentação (processo T-415/05)

— Argumentos das partes

320 A República Helénica sustenta a título subsidiário que o auxílio alegado constitui de qualquer modo um auxílio de emergência compatível com o mercado comum. Com efeito, esse auxílio preenche ou poderia ter facilmente preenchido todos os requisitos cumulativos de que as orientações comunitárias dos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas em dificuldade (JO 1999, C 288, p. 2, a seguir «orientações de 1999») fazem depender a declaração da compatibilidade desse auxílio.

321 A Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação, na decisão impugnada (considerandos 231 e 232), no que diz respeito os dois primeiros requisitos de compatibilidade definidos nas orientações de 1999.

322 No que diz respeito ao primeiro dos requisitos mencionados, seria possível considerar o pagamento antecipado controvertido como um «crédito» que devia ser reembolsado. A República Helénica admite que inicialmente não tinham sido previstos juros para este crédito. No entanto, poderiam ter sido facilmente previstos se a Comissão tivesse informado a República Helénica ao longo do procedimento formal, como deveria ter feito, da sua intenção de examinar a compatibilidade do pagamento antecipado controvertido com o artigo 87.º, n.º 3, CE, na perspectiva das orientações de 1999, na sequência do pedido nesse sentido que lhe tinha sido dirigido a título subsidiário pelas autoridades helénicas na sua carta de 11 de Junho de 2004, e que tinha sido reiterado na sua carta de 3 de Novembro de 2004.

323 No que diz respeito ao segundo requisito, a República Helénica recorda que o n.º 24 das orientações de 1999 enuncia:

«A autorização inicial do auxílio de emergência abrange um período máximo de seis meses ou, se o Estado-Membro apresentou um plano de reestruturação neste prazo, até que a Comissão delibere sobre esse plano. Na sequência da autorização inicial, e em casos excepcionais devidamente justificados, a Comissão poderá autorizar uma prorrogação do referido prazo inicial de seis meses a pedido do Estado-Membro.»

324 Ora, na carta de 11 de Junho de 2004 (ponto 5.21) que enviaram à Comissão, as autoridades gregas referiram que, se a Comissão admitisse que o montante do pagamento antecipado feito à OA podia constituir um auxílio de emergência, elas demonstrariam que as medidas de reestruturação previstas eram conformes com as orientações de 1999.

325 No caso vertente, a República Helénica sustenta consequentemente que os prazos definidos nas orientações de 1999 foram prorrogados, na medida em que a Comissão

não respondeu a este pedido em tempo útil, impedindo deste modo as autoridades helénicas de respeitar os referidos prazos.

³²⁶ Por outro lado, na decisão impugnada (considerando 235), a Comissão interpretou igualmente de modo errado o compromisso das autoridades helénicas de não pagar nenhum auxílio suplementar à AO, ratificado na Decisão 94/696/CE da Comissão, de 7 de Outubro de 1994, relativa aos auxílios concedidos pelo Estado grego à companhia Olympic Airways (JO L 273, p. 22) que aprovou auxílios à reestruturação (v. n.º 5, *supra*). Com efeito, este compromisso visava unicamente os auxílios à reestruturação e não os auxílios de emergência. Por outro lado, deveria ser apreciado com base no novo quadro definido pelas orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação a empresas em dificuldade (JO 2004, C 244 p. 2), que permitem, sob certas condições, a concessão de auxílios novos à reestruturação. Deste modo, a Comissão apoiou-se numa base jurídica errada.

³²⁷ Por último, a Comissão violou o dever de fundamentação, por não ter examinado na decisão impugnada, os três restantes requisitos exigidos pelas orientações de 1999 para admitir a compatibilidade de um auxílio de emergência com o mercado comum.

³²⁸ A Comissão, apoiada pela interveniente, contesta esta argumentação.

— Apreciação do Tribunal

- 329 Recorde-se que quem o ónus da prova da compatibilidade de um auxílio com o mercado comum, em derrogação das disposições do artigo 87.º, n.º 1, CE, recai, em princípio o Estado-Membro em questão, que deve provar que estão preenchidos os requisitos desta derrogação (acórdão *Olympiaki Aeroporía Ypiresies/Comissão*, já referido, n.º 34). Para este fim, cabe-lhe fornecer à Comissão todos os elementos necessários a fim de demonstrar a compatibilidade dos auxílios projectados com o mercado comum (acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Abril de 1993, *Itália/Comissão*, C-364/90, *Colect.*, p. I-2097, n.º 20).
- 330 No caso vertente, é pacífico que o adiantamento controvertido foi pago por *tranches* entre os meses de Dezembro de 2003 e de Maio de 2004. Em consequência, a compatibilidade desta medida com o mercado comum, enquanto medida qualificada de auxílio de Estado, devia ser examinada tendo em conta os requisitos de autorização dos auxílios de emergência enunciados no n.º 23 das orientações de 1999, que eram aplicáveis até 9 de Outubro de 2004, uma vez que as novas orientações relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação de empresas em dificuldade de 2004 só eram aplicáveis a partir de 10 de Outubro de 2004.
- 331 A este respeito, há que concluir que a argumentação da recorrente não permite considerar que o primeiro requisito de autorização definido no n.º 23 das orientações de 1999 estava preenchido. Com efeito, a recorrente não demonstra que o adiantamento controvertido era um crédito, sujeito a uma taxa comparável, pelo menos, às taxas praticadas para os empréstimos a empresas sãs, nomeadamente às taxas de referência adoptadas pela Comissão, como exigia o referido n.º 23. Em especial, não apresenta nenhum elemento sério que permita supor que o montante do pagamento antecipado devia ser reembolsado pela OA, acrescido de juros, até à quantia que excedesse o produto da venda da OA, concluída a privatização (v. n.º 280, *supra*). Pelo contrário, a sua argumentação confirma que não se tratava de um crédito na acepção da referida disposição, uma vez que o pagamento de juros não estava previsto.

- 332 Nestas condições, dado que a recorrente não demonstrou que um dos requisitos cumulativos aos quais o n.º 23 das orientações de 1999 sujeita a possibilidade de a Comissão declarar os auxílios de emergência compatíveis com o mercado estava preenchido, deve ser rejeitada a segunda acusação, relativa a erro manifesto de apreciação na medida em que a Comissão declara a incompatibilidade do adiantamento controvertido com o mercado comum, independentemente da questão de saber, por um lado, se os restantes requisitos enunciados no n.º 23 estavam ou não preenchidos e, por outro, se a República Helénica tinha respeitado os compromissos retomados na Decisão 94/696.
- 333 Em consequência, contrariamente às alegações da recorrente, a Comissão não violou o dever de fundamentação que lhe incumbe por não ter examinado, na decisão impugnada, todos os requisitos cumulativos enunciados no n.º 23 das orientações de 1999.
- 334 Daqui resulta que os fundamentos relativos a violação do artigo 87.º, n.º 3, CE e a fundamentação insuficiente devem ser julgados improcedentes.

b) Quanto à execução de certas garantias do Estado (artigo 1.º, n.º 3, da decisão impugnada) (processos T-415/05 e T-423/05)

Argumentos das partes

- 335 A República Helénica e a OA contestam a qualificação de auxílios novos no que diz respeito aos pagamentos efectuados pelo Estado, em execução de obrigações de

garantia, que consistem, primeiramente, em três pagamentos parciais para reembolso do empréstimo concedido à OA pelo banco ABN Amro (36,9 milhões de euros), em segundo lugar, no pagamento de uma *tranche* semestral de alugueres devidos pela OA pela locação de dois Airbus A 340-300 (11,7 milhões de euros), vencida em 29 de Julho de 2004, e, em terceiro lugar, no financiamento directo concedido à OA (8,2 milhões de euros).

336 As recorrentes contestam a este respeito a interpretação do artigo 1.º da decisão de 11 de Dezembro de 2002, dada pela Comissão na decisão impugnada (considerando 238), segundo a qual as garantias controvertidas foram consideradas auxílios incompatíveis com o mercado comum. Alegam que, se tivesse sido esse o caso, a Comissão teria imposto expressamente, nessa decisão, a recuperação das garantias. Além disso, a validade da manutenção das obrigações de garantia controvertidas é comprovada pelo facto de que, nem ao longo do procedimento administrativo ao abrigo de artigo 88.º, n.º 2, CE, que culminou no acórdão de 12 de Maio de 2005, nem na sua correspondência que se seguiu a esse acórdão, a Comissão suscitou a questão de uma execução incorrecta da decisão de 11 de Dezembro de 2002 quanto às cauções. Por último, a OA considera que a decisão impugnada não está suficientemente fundamentada no que diz respeito à afirmação segundo a qual a decisão de 11 de Dezembro de 2002 implicou uma modificação das obrigações jurídicas que decorrem das garantias controvertidas.

337 De qualquer modo, mesmo admitindo que a decisão de 11 de Dezembro de 2002 deva ser interpretada no sentido de que as garantias controvertidas em relação à OA foram objecto de modificação, a incapacidade da Comissão para o indicar claramente nesta decisão, bem como durante todo o período que se seguiu, justifica a expectativa legítima da República Helénica e dos terceiros envolvidos, que acreditaram que estas continuavam a produzir igualmente os efeitos contratualmente acordados. As recorrentes sublinham a este respeito a necessidade de o Estado cumprir as obrigações de garantia que assumiu.

338 Neste caso, como as garantias controvertidas foram, segundo as recorrentes, cumpridas em conformidade com as condições iniciais estipuladas nos contratos de garantia,

a decisão impugnada está viciada por erros manifestos de apreciação e de falta de fundamentação, na medida em que a Comissão qualifica os pagamentos controvertidos acima referidos de auxílios de Estado na aceção do artigo 87.º, n.º 1, CE.

³³⁹ No que diz respeito, em primeiro lugar, ao empréstimo recebido em Fevereiro de 2001 pela OA da ABN Amro para cobrir as despesas que resultam da sua expulsão prematura do aeroporto de Hellinikon em Atenas (Grécia) e da sua mudança para o novo aeroporto de Spata, as recorrentes realçam que a OA beneficiava de uma caução da República Helénica em conformidade com as decisões de aprovação da Comissão de 1994, de 1998 e de 2000. Nenhuma modificação das condições do contrato de empréstimo e da garantia do Estado se verificou desde 2001. O Estado procedeu, nos meses de Maio e de Outubro de 2004, e no mês de Março de 2005, aos três reembolsos parciais, depois de o banco credor o ter intimado a fazer esses pagamentos na sua qualidade de garante, devido à incapacidade demonstrada pela OA de fazer esses pagamentos nos períodos considerados. Resulta, de resto, da decisão impugnada (considerandos 135 a 139) que a Comissão sabia que os pagamentos controvertidos tinham sido feitos pelo Estado em conformidade com as condições iniciais de caução e que, na sequência desses pagamentos, tinham sido emitidos contra a OA os certificados de dívidas e os avisos de pagamento individuais correspondentes, em conformidade com as disposições gerais do código de cobranças das receitas públicas helénico.

³⁴⁰ No que diz respeito, em segundo lugar, à garantia dos alugueres devidos pela OA ao abrigo de dois contratos de locação relativos aos aviões de tipo Airbus A 340-300, a República Helénica e a OA referem que, depois de ter sido intimado a fazer esse pagamento pelo Crédit Lyonnais, a República Helénica, enquanto garante da OA, fez o pagamento do montante semestral devido por esta sociedade em 29 de Julho de 2004, em benefício do Crédit Lyonnais. Com efeito, a República Helénica comprometeu-se a assumir parcialmente as obrigações da OA resultantes dos contratos de locação, em conformidade com as decisões de aprovação adoptadas pela Comissão em 1994, em 1998 e em 2000. Esta caução foi concedida pelo montante total de 200 milhões de euros, ao passo que o financiamento total ultrapassava 350 milhões de euros.

- 341 Resulta da decisão impugnada (considerandos 140 e 141) que a Comissão sabia que o pagamento controvertidos tinha sido feito em conformidade com as condições de garantia e que a dívida correspondente da OA era objecto de cobrança pelas autoridades competentes.
- 342 Além disso, a OA sublinha que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação dos factos ao basear ilegalidade do único pagamento em garantia feito pela República Helénica, no mês de Agosto de 2004, nas modificações dessas garantias na sequência da sub-rogação da República Helénica à OA, nos contratos de locação (considerando 240 da decisão impugnada). Com efeito, esta sub-rogação verificou-se vários meses depois do pagamento em garantia controvertido. A Comissão foi informada, através de correios electrónicos de 22 de Dezembro de 2004 e 4 de Abril de 2005, de que a sub-rogação da República Helénica à OA tinha tido lugar em 17 de Dezembro de 2004 no que diz respeito aos contratos de locação de dois dos aviões, e em 4 de Abril de 2005, no que diz respeito os contratos de locação dos dois outros aviões.
- 343 Além disso, as recorrentes sustentam que a decisão impugnada carece de fundamentação, na medida em que a Comissão não examina se a medida em causa preenche o critério do investidor ou do garante privado que se encontrasse na mesma situação e preferisse pagar gradualmente o saldo devido até ao termo das locações, em vez de pagar imediatamente os montantes globais das garantias que seriam realizadas, até ao montante de 200 milhões de euros.
- 344 No que diz respeito, em terceiro lugar, ao pagamento directo de 8,2 milhões de euros à OA, a República Helénica e a OA explicam que, para obter, em conformidade com os contratos de locação, a aprovação prévia dos mutuantes no que diz respeito a sublocação de aviões à NOA, OA teve de aceitar, em Agosto de 2004, que um montante de 8,2 milhões de euros que lhe pertence fosse retido numa conta sob arresto do Crédit Lyonnais. Quando a República Helénica se subrogou à OA nos contratos acima referidos, decidiu liberar este montante. No entanto, a fim de seguir um procedimento menos pesado, o Estado pagou à OA uma quantia equivalente aos 8,2 milhões

de euros bloqueados, em troca da cessão ao Estado pela OA do montante inicial de 8,2 milhões de euros, acrescido de juros, consignada em depósito, que seria desbloqueada graças à execução dos acordos de sub-rogação.

345 A OA admite que, em violação da sua obrigação de cessão do montante controvertido ao Estado, conservou o montante de 8,2 milhões de euros bem como os juros, quando a conta em causa foi desbloqueada em Dezembro de 2004. Alega que procurava deste modo obter a compensação dos seus próprios créditos face à República Helénica, como teria feito qualquer operador avisado.

346 As recorrentes explicam que o montante controvertido foi certificado como dívida em relação à República Helénica, em conformidade com o direito nacional aplicável, com vista à sua cobrança com juros.

347 A Comissão, apoiada pela interveniente, contesta esta argumentação na sua totalidade.

Apreciação do Tribunal Geral

348 Importa recordar que o artigo 1.º, primeiro parágrafo, alínea b), da decisão de 11 de Dezembro de 2002 enuncia que o auxílio à reestruturação concedido pela República Helénica à OA sob a forma de novas garantias, relativas a empréstimos para aquisição de novos aviões e para os investimentos necessários à sua deslocação para o novo aeroporto de Spata, é considerado incompatível com o mercado comum (v. n.º 6, *supra*).

349 Por conseguinte, a Comissão tem razão ao sustentar que, embora os pagamentos de garantia controvertidos constituíssem a simples execução das garantias iniciais, declaradas incompatíveis com o mercado comum pelo artigo 1.º, primeiro parágrafo, alínea b), da decisão de 11 de Dezembro de 2002, esses pagamentos deveriam igualmente ser considerados, por força da referida decisão, como auxílios de Estado incompatíveis com o mercado comum. Por outro lado, da decisão de 11 de Dezembro de 2002 — que impõe a recuperação de todos os auxílios examinados que tinham sido pagos depois de 14 de Agosto de 1998 — resulta que a Comissão não previu a recuperação dos pagamentos de garantia controvertidos, porque estes ainda não tinham sido feitos. Neste caso, incumbia ao Estado-Membro em causa, em execução da decisão de 11 de Dezembro de 2002, não fazer esses pagamentos, em conformidade com o artigo 88.º, n.º 3, CE. Neste contexto, a questão do incumprimento da República Helénica pela não recuperação desses montantes também não foi suscitada pela Comissão no processo que deu origem ao acórdão de 12 de Maio de 2005 porque as garantias controvertidas ainda não tinham sido executadas. Por último, o processo por incumprimento por inexecução deste acórdão, instaurado pela Comissão por força do artigo 228.º, n.º 2, CE não podia exceder os limites da autoridade do caso julgado do referido acórdão.

350 Daqui resulta que, embora, como sustentam as recorrentes, os pagamentos controvertidos tenham sido efectuados em conformidade com as garantias iniciais, o artigo 1.º, n.º 3, da decisão impugnada apresenta um carácter meramente confirmativo e não produz efeitos jurídicos autónomos. Além disso, a ordem de recuperação dos montantes correspondente, contida no artigo 2.º da decisão impugnada em conjugação com o seu artigo 1.º, n.º 3, é a consequência lógica da declaração de incompatibilidade contida na decisão de 11 de Dezembro de 2002.

351 Daí resulta que, na hipótese de as garantias controvertidas não terem sido modificadas, o pedido de anulação da constatação de incompatibilidade destas garantias, enunciado no artigo 1.º, n.º 3, da decisão impugnada, deveria ser declarado inadmissível devido ao carácter definitivo da decisão de 11 de Dezembro de 2002. Em contrapartida, o pedido de anulação do artigo 2, em conjugação com este artigo 1.º, n.º 3, da decisão impugnada deveria ser declarado admissível, porque a ordem de recuperação enunciada no artigo 2.º prejudica a recorrente.

352 Nestas condições, mesmo supondo que as garantias controvertidas não foram modificadas — o que não está provado — o pedido de anulação do artigo 2.º da decisão impugnada, em conjugação com o seu artigo 1.º, n.º 3, deve, no caso vertente, ser julgado improcedente por falta de fundamento, pelo facto de a Comissão se ter limitado a retirar as consequências da declaração de incompatibilidade já enunciada na decisão de 11 de Dezembro de 2002, que é definitiva.

353 Além disso, e de qualquer modo, a Comissão alega, igualmente com razão, que mesmo que os pagamentos de garantia controvertidos não constituam a simples execução das garantias iniciais atrás referidas, constituem igualmente auxílios ilegais e incompatíveis com o mercado comum.

354 Com efeito, contrariamente às alegações das recorrentes, a concessão de auxílios de Estado mesmo sob a forma de garantias não pode servir de base à confiança legítima de terceiros na regularidade dessas garantias, se tais auxílios tiverem sido concedidos em violação das disposições do artigo 88.º, n.º 3, CE. Cabe, com efeito, aos terceiros interessados fazer prova da prudência e da diligência requeridas e assegurarem-se de que as regras de direito comunitário em matéria de auxílio de Estado foram respeitadas (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de 13 de Junho de 2000, EPAC/Comissão, T-204/97 e T-270/97, Colect., p. II-2267, n.º 144).

355 A este respeito, como a Comissão recorda na decisão impugnada (considerando 239), remetendo para a sua comunicação relativa à aplicação dos artigos 87.º [CE] e 88.º [CE] aos auxílios de Estado sob forma de garantias (JO 2000, C 71, p. 14, n.º 5.3), se o Estado-Membro em causa efectuar um pagamento de garantia em condições diferentes das inicialmente previstas, considera-se que esse pagamento dá origem a uma nova garantia sujeita à obrigação de notificação por força do artigo 88.º, n.º 3, CE.

- 356 Além disso, segundo a jurisprudência, para permitir à Comissão apreciar se uma medida preenche as condições de uma derrogação ao abrigo do artigo 87.º, n.º 3, CE, incumbe ao Estado-Membro em questão, no âmbito do dever de cooperação leal entre Estados-Membros e instituições, conforme este decorre do artigo 10.º CE, fornecer à Comissão todos os elementos susceptíveis de permitir a esta instituição verificar que as condições da derrogação solicitada estão preenchidas (acórdão Itália/Comissão, já referido, n.º 20).
- 357 No caso vertente, a Comissão censura às autoridades helénicas nomeadamente o facto de não terem fornecido os elementos que permitem verificar se os pagamentos controvertidos constituíam a simples execução das garantias iniciais. Tendo em conta os elementos disponíveis, a Comissão entende, na decisão impugnada (considerando 240), que as medidas controvertidas constituem garantias novas.
- 358 A este respeito, verifica-se, tendo em conta a argumentação das partes e dos documentos dos autos, que, durante o procedimento administrativo, as autoridades helénicas não forneceram, apesar da intimação que a Comissão lhes tinha dirigido nesse sentido, informações relativas às condições exactas dos contratos de garantia, vencidos os prazos fixados, aos avisos prévios dos bancos credores e à data de pagamento dos montantes controvertidos. Além disso, não notificaram eventuais modificações das garantias iniciais, a fim de obter, sendo caso disso, a aprovação dessas garantias modificadas.
- 359 Nestas condições, mesmo admitindo que as garantias iniciais, declaradas incompatíveis com o mercado comum pela decisão de 11 de Dezembro de 2002, tenham sido modificadas, basta constatar que, de qualquer modo, a Comissão não excedeu os limites do seu poder de apreciação ao considerar, na decisão impugnada (considerandos 204 e 241), que estas novas garantias controvertidas concedidas pela República Helénica constituíam, também elas, por maioria de razão, auxílios ilegais, tendo em conta o critério do investidor privado, atendendo ao endividamento crescente e à insolvabilidade geral da OA. A este respeito, a Comissão salienta com razão, nomeadamente, que o comportamento dos credores privados, que tentaram impor condições mais estritas quando foram celebrados os contratos de sublocação de aviões pela OA

à NOA, e que apenas aceitaram a sub-rogação do Estado na posição da OA nos contratos de locação, confirma a falta de credibilidade da OA e da NOA e as reticências dos credores privados em assumir o mínimo risco no que respeita a estas.

³⁶⁰ Resulta das considerações que precedem que a decisão impugnada não está ferida de erro manifesto de apreciação e está suficientemente fundamentada no que diz respeito à qualificação como auxílios de Estado dos pagamentos controvertidos efectuados pela República Helénica em execução de certas garantias.

³⁶¹ Quanto ao pagamento directo de 8,2 milhões de euros à OA, feito pela República Helénica em 9 de Agosto de 2004, a título de adiantamento sobre montantes pagos pela OA sobre uma conta sob arresto em garantia dos pagamentos devidos por esta sociedade por força de contratos de crédito-locação relativos a dois aviões Airbus A 340-300, resulta do relatório Moore Stephens que esse pagamento controvertido não estava coberto por nenhuma garantia, como, de resto, as recorrentes reconheceram. Além disso, está assente que, ao desbloquear o Crédit Lyonnais o montante acima referido, a OA não restituiu à República Helénica este o montante, acrescido de juros (v. n.^{os} 345 e 346, *supra*). Nestas condições, a Comissão não excedeu os limites do seu poder de apreciação e fundamentou suficientemente a decisão impugnada, ao considerar que, mesmo que as autoridades gregas considerassem que o montante do pagamento controvertido uma dívida da OA para com elas, esse pagamento constituía um auxílio novo, tendo em conta o critério do investidor privado, atendendo à probabilidade diminuta de reembolso do seu montante pela OA (considerando 204 da decisão impugnada).

362 Por todas estas razões, os fundamentos relativos ao erro manifesto de apreciação e à fundamentação insuficiente da decisão impugnada, no que diz respeito à execução das garantias controvertidas do Estado e ao pagamento directo do montante referido de 8,2 milhões de euros devem consequentemente ser julgados improcedentes.

c) Quanto à tolerância em relação ao não pagamento de dívidas de impostos e de segurança social (artigo 1.º, n.º 4, da decisão impugnada) (processos T-415/05, T-416/05 e T-423/05)

Argumentos das partes

363 As recorrentes contestam as constatações da Comissão relativas a uma pretensa tolerância quanto ao não pagamento pela OA de dívidas fiscais e de segurança social. As autoridades helénicas já salientaram, nas suas observações de 11 de Junho de 2004, o carácter impreciso e não fundamentado das acusações formuladas a este respeito pela Comissão na sua decisão de 16 de Março de 2004 de início do procedimento formal de investigação. O único exemplo concreto mencionado nesta decisão diz respeito ao não pagamento do montante de 26 milhões de euros ao abrigo da taxa dita «Spatosimo», aplicada pela República Helénica aos bilhetes de avião com vista a financiar o desenvolvimento dos aeroportos.

364 As recorrentes alegam que as dívidas em atraso ao Estado não constituem automaticamente auxílios de Estado. Apenas poderia ser considerado como um auxílio o montante da vantagem concedida ao devedor pelo credor público que não actua como um credor privado. A prova da existência de um auxílio de Estado, em conformidade com o critério do credor privado, implica a prova de tolerância persistente em relação à falta de pagamento e, em consequência, uma quantificação da referida tolerância. O ónus desta prova incumbe à Comissão.

- 365 No caso vertente, a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação e violou o dever de fundamentação, ao afirmar que só a intervenção do Estado permitia à OA prosseguir as suas actividades e ao não avaliar a tolerância do Estado sob o ângulo do critério do credor privado.
- 366 Com efeito, a Comissão não provou a permanência de uma pretensa tolerância da República Helénica nem a concessão de uma vantagem à OA em relação aos seus concorrentes quanto à cobrança das dívidas em suspenso.
- 367 Em especial, a Comissão não indicou os elementos concretos que mostram que um credor privado não teria adoptado as medidas controvertidas. Designadamente, não examinou se a tolerância alegada da República Helénica em relação às dívidas resultava de um acordo sobre o pagamento, em que condições esse acordo foi concluído, se as dívidas da OA tinham sido certificadas e se a sua cobrança tinha tido início.
- 368 Neste caso, a Comissão invoca uma tolerância persistente, ao passo que, quanto às dívidas relativas às cotizações da segurança social, ela própria reconheceu, no processo que deu origem ao acórdão de 12 de Maio de 2005, que não houve essa tolerância durante o período anterior ao mês de Dezembro de 2002.
- 369 Por outro lado, as recorrentes acusam a Comissão de não ter fornecido, na decisão impugnada, indicações suficientes que permitam não só ao Estado-Membro em causa, mas também a todas as pessoas em causa, identificar com precisão o auxílio declarado incompatível e de determinar sem dificuldades excessivas o seu montante.

- 370 As recorrentes inferem daí que a decisão impugnada padece de falta de fundamentação. Censuram à Comissão o facto de ter unicamente mencionado um montante total «da ordem» de 354 milhões de euros e de ter deixado às autoridades helénicas a tarefa de quantificar a vantagem real de que beneficiou a OA. Ora, uma vez que a Comissão não indicou o que teria feito um credor privado, é impossível determinar com precisão o tipo de auxílio declarado pela Comissão, o período de concessão desse auxílio e o seu montante.
- 371 Em especial, a Comissão não precisou, na decisão impugnada, se o montante acima referido de 354 milhões de euros a recuperar era constituído unicamente pelas dívidas de capital ou igualmente pelas dívidas de juros e as coimas. A este respeito, as recorrentes recordam que, segundo o código helénico de cobrança das receitas públicas, a certificação das dívidas ao Estado pelo serviço financeiro competente vale como título executório para a cobrança. As dívidas certificadas são acrescidas de juros significativos e os atrasos de pagamento são sancionados com coimas. Para a execução dos certificados de dívida são emitidos avisos de pagamento individuais, convidando a sociedade a pagar os montantes devidos.
- 372 Segundo a OA, o erro manifesto de apreciação cometido pela Comissão no que diz respeito às coimas e aos juros nacionais é confirmado pelo facto de o artigo 2.º, n.º 2, da decisão impugnada impor a aplicação de juros comunitários quanto ao montante total das dívidas fiscais que incluem as coimas e os juros nacionais.
- 373 Ora, a Comissão foi informada de que, por ocasião do controlo efectuado pelos peritos da Comissão no mês de Maio de 2005, 90% das dívidas da OA em matéria de impostos e de cotizações de segurança social, juntamente com os juros e as coimas, tinham sido certificadas. Como o modo de cobrança, por um lado, das dívidas ao Estado e, por outro, dos auxílios de Estado reembolsáveis é exactamente o mesmo,

há que interrogar-se sobre as consequências, quanto à cobrança, da qualificação da totalidade das dívidas como auxílios de Estado.

- 374 Por outro lado, as recorrentes sustentam que a decisão impugnada não está suficientemente fundamentada no que diz respeito à imputabilidade à República Helénica dos actos do organismo nacional de segurança social.
- 375 Por último, a OA levanta a questão de saber se as taxas devidas à AIA estão incluídas no montante das dívidas controvertidas.
- 376 A Comissão, apoiada pela interveniente, contesta a argumentação das recorrentes. Alega, nomeadamente, que as autoridades helénicas podem quantificar de maneira precisa as dívidas controvertidas, como de, resto, confirma a certificação de 90% de estas dívidas.

Apreciação do Tribunal Geral

- 377 Importa verificar se a Comissão fez prova suficiente de que, após a decisão de 11 de Dezembro de 2002, a República Helénica manteve a sua tolerância em relação ao não pagamento pela OA das suas dívidas fiscais e de segurança social, entre o mês de Dezembro de 2002 e o mês de Dezembro de 2004.

378 Refira-se desde já para tal fim que, contrariamente às alegações das recorrentes, a simples certificação das dívidas da OA para com a República Helénica não permite garantir o seu reembolso (v., neste sentido, despacho Olympiaki Aeroporia Ypiresies/ /Comissão, já referido, n.º 94). Em consequência, quando — na falta de justificação legítima — os certificados de dívidas não são seguidos de avisos de pagamento e, sendo o caso, na falta de pagamento, de medidas de execução coerciva, a tolerância da República Helénica em relação ao não pagamento das dívidas sem causa mantém-se. A este respeito, a circunstância mencionada pela República Helénica, segundo a qual o modo de cobrança dos créditos do Estado e dos auxílios de Estado é idêntica, não tem qualquer pertinência para efeito da apreciação da existência de um auxílio de Estado, sob a forma dessa tolerância.

379 Ora, no caso vertente, as recorrentes invocaram nem apresentaram avisos de pagamento, nem alegaram que tinham sido postas em prática medidas de execução coerciva com vista a obter da OA o reembolso dos créditos controvertidos.

380 Além disso, em resposta a uma pergunta do Tribunal na audiência, a OA precisou que tinham sido celebrados acordos de pagamento de dívidas unicamente com o IKA. A este respeito, resulta da decisão impugnada (considerando 128) que os peritos da Comissão salientaram que o montante de 7,7 milhões de euros tinha sido pago ao IKA «por força de um acordo transaccional relativo aos anos anteriores a 2003». Resulta dos autos e da argumentação das partes que, quanto às dívidas de segurança social — cujo montante foi calculado no relatório Moore Stephens, em 148 milhões de euros para 2003 e em 196 milhões de euros para 2004 — e às dívidas fiscais no montante de 374 milhões de euros em 2003 e de 431 milhões de euros em 2004, segundo as conclusões que constam deste mesmo relatório, com base nos registos financeiros e contabilísticos da OA, as autoridades helénicas e a OA não forneceram à Comissão, ao longo do procedimento administrativo, nenhuma informação fundamentada quanto à conclusão e ao conteúdo preciso de eventuais acordos de pagamento relativos às dívidas fiscais e de segurança social da OA para com o Estado durante o período considerado e à aplicação desses eventuais acordos.

381 Contrariamente ao alegado pelas recorrentes, a Comissão não pode ser acusada de não ter feito um inquérito suficientemente aprofundado. Em especial, nas circunstâncias do caso presente, o carácter impreciso das acusações formuladas pela Comissão, na decisão de 16 de Março de 2004 de início do procedimento formal de investigação, não dispensava a República Helénica e a OA de fornecer à Comissão todos os elementos que consideravam pertinentes, no que diz respeito ao pagamento pela OA das dívidas em causa. É exacto que, na referida decisão (n.º 82), a Comissão referiu-se unicamente ao «não pagamento das dívidas fiscais» e não mencionou explicitamente a tolerância em relação ao não pagamento das dívidas de segurança social. No entanto, as acusações formuladas pela Comissão deviam ser lidas no contexto do inquérito aberto por esta instituição — paralelamente ao prosseguimento da execução da decisão de 11 de Dezembro de 2002 — no que diz respeito a todas as medidas posteriores a esta decisão, ligadas à reestruturação do grupo Olympic Airways, susceptíveis de constituir auxílios de Estado. Neste contexto caracterizado pelas importantes dificuldades financeiras com que se debatia a OA, que já tinha beneficiado anteriormente de medidas semelhantes sob a forma de tolerância em relação ao não pagamento das suas dívidas fiscais e de segurança social, declaradas na decisão de 11 de Dezembro de 2002, a República Helénica sublinhou, de resto, nas suas observações de 11 de Junho de 2004, que os termos «dívidas fiscais» não eram claros. A este respeito, sublinhou, em substância que, se a Comissão queria considerar que as autoridades gregas apoiavam a OA ao tolerar o não pagamento de certas dívidas, e não apenas das dívidas fiscais, incumbia-lhe provar essa tolerância.

382 Neste caso, as recorrentes não invocaram nenhum elemento concreto susceptível de explicar a tolerância da República Helénica em relação à falta de pagamento das dívidas controvertidas, durante o período considerado.

383 Nestas condições, não se pode acusar a Comissão de ter invertido o ónus da prova, ao presumir a existência de uma tolerância persistente do Estado em relação às dívidas da OA, e que jamais teria tido um credor privado em situação comparável.

384 A este respeito, as recorrentes não provaram que a Comissão excedeu os limites do seu poder de apreciação ao considerar que, embora seja exacto que o Estado pode, à semelhança de qualquer credor privado, conceder aos seus devedores um prorrogação do prazo para pagar as suas dívidas, quando existe uma expectativa real de que uma parte dessas dívidas seja reembolsada num futuro próximo e previsível, essa perspectiva não se afigura plausível no caso vertente, na falta recuperação da OA, como demonstra a acumulação das suas dívidas. Além disso, sobre este aspecto, a decisão impugnada (v., nomeadamente, considerando 203 e 205), na qual a Comissão põe em relevo nomeadamente a acumulação, durante o período considerado, as dívidas fiscais e de segurança social da OA, já importantes no final do ano de 2002, está suficientemente fundamentada.

385 Em especial, o risco de o credor sofrer perdas suplementares era corroborado pelo facto de as medidas controvertidas constituírem o seguimento de certas medidas da mesma natureza, que consistem na tolerância em relação nomeadamente à perenização do não pagamento das cotizações de segurança social e de dívidas fiscais, como a taxa «Spatosimo», já qualificadas de auxílios de Estado na decisão de 11 de Dezembro de 2002. Não tendo as recorrentes invocado o menor elemento que permita dissociar as medidas controvertidas de auxílios anteriores análogos, a circunstância de que tais medidas constituam a continuação lógica destes auxílios anteriores pode ser considerada como a confirmação de que pertenciam à categoria dos auxílios de Estado (acórdão BP Chemicals/Comissão, já referido, n.ºs 171 e 176). Esta análise não é infirmada pela circunstância — unicamente relativa à execução da decisão de 11 de Dezembro de 2002 e conseqüentemente sem pertinência para o caso vertente — de a Comissão, na acção por incumprimento que deu origem ao acórdão de 12 de Maio de 2005, tinha excluído as cotizações de segurança social do seu pedido no sentido de o Tribunal de Justiça declarar que a República Helénica não tinha tomado todas as medidas necessárias com vista ao reembolso dos auxílios a que se refere a decisão de 11 de Dezembro de 2002, na sequência de um acordo celebrado entre a OA e o IKA e a um reembolso parcial das dívidas de segurança social referidas nesta decisão, como resulta do n.º 10 desse acórdão.

- 386 No caso vertente, importa, de resto, sublinhar a este respeito que a Comissão precisou que, a mínima medida concreta fosse prevista para garantir os créditos do Estado, estaria na disposição de a examinar ao dar execução à decisão impugnada.
- 387 No que diz respeito à acusação das recorrentes segundo a qual os auxílios controvertidos não estão quantificados, ainda que apenas de modo aproximativo basta sublinhar que, no seu acórdão de 14 de Fevereiro de 2008, Comissão/Grécia, já referido (n.º 42), o Tribunal de Justiça rejeitou esta acusação ao declarar que os montantes respeitantes à não cobrança de impostos e de cotizações de segurança social tinham sido fixados no artigo 1.º da decisão impugnada.
- 388 Em especial, o facto de não haver registo detalhado das dívidas da OA à República Helénica, a não ser a distinção entre dívidas fiscais e dívidas de segurança social, não impede uma quantificação dos auxílios controvertidos, com base nas indicações suficientemente precisas que figuram nos fundamentos da decisão impugnada (considerandos 128 a 130 e 205), que são indissociáveis do dispositivo. Consequentemente, não se pode considerar que a decisão impugnada padeça, sobre este aspecto, de fundamentação insuficiente. A quantificação incumbe de qualquer modo, às autoridades helénicas no âmbito da execução da decisão impugnada, em cooperação leal com a Comissão (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 2008, Comissão/Grécia, já referido, n.ºs 43 e 44).
- 389 Por outro lado, a Comissão fundamentou suficientemente, na decisão impugnada (considerando 206), a imputabilidade da medida controvertida ao Estado, ao referir nomeadamente que o IKA era o organismo público grego responsável, sob tutela do Estado, pela gestão do sistema grego de segurança social e pela cobrança das cotizações de segurança social obrigatórias.

390 Por último, contrariamente às alegações das recorrentes, a imposição, no artigo 2.º da decisão impugnada, do pagamento de juros comunitários quanto ao montante do auxílio controvertido, já acrescido de juros nacionais, não demonstra nenhum erro manifesto de apreciação na análise da Comissão, uma vez que esses vários juros consequentemente prosseguem finalidades específicas (v. n.ºs 417 e 418, *infra*).

391 No que diz mais especialmente respeito à taxa «Spatosimo», as recorrentes não demonstram que tenha sido fornecida à Comissão uma prova de pagamento. No entanto, importa recordar que, se tiver sido feito algum pagamento parcial, esse pagamento deve ter-se em conta quando da execução da decisão impugnada, como salienta a Comissão.

392 Quanto às dúvidas manifestadas pela OA no que diz respeito à qualificação como auxílio da tolerância em relação ao não pagamento pela OA dos impostos devidos à AIA, basta referir que a Comissão não examina esta medida enquanto tal na perspectiva de uma eventual qualificação como auxílio de Estado. Com efeito, no considerando 179 da decisão impugnada, limita-se a mencionar, no âmbito do exame da natureza da reestruturação, o facto de não ter sido transferida para a NOA, quando da cisão, da dívida da OA para com a AIA. Em contrapartida, a Comissão examinou as dívidas da NOA para com a AIA. Considerou, a este respeito, que não podia concluir de modo definitivo que os actos da AIA eram imputáveis ao Estado.

393 Por todas estas razões, os argumentos relativos ao erro manifesto de apreciação e à falta de fundamentação são julgados improcedentes.

4. Quanto à violação do direito de ser ouvido (processos T-415/05 e T-423/05)

a) Argumentos das partes

³⁹⁴ A República Helénica e a OA sustentam que a Comissão violou os direitos de defesa do Estado-Membro em causa, ao recusar comunicar-lhe o relatório Moore Stephens antes da adopção da decisão impugnada, não obstante os seus pedidos, reiterados nomeadamente na sua carta à Comissão de 26 de Outubro de 2005. Este relatório só foi transmitido às autoridades helénicas no final do ano de 2005, contrariamente à prática da Comissão em matéria de auxílios de Estado no sector dos transportes aéreos, por exemplo no processo relativo à sociedade Alitalia. Além disso, a República Helénica invoca, a este respeito, a violação do princípio da boa administração.

³⁹⁵ As recorrentes acusam a Comissão de ter reproduzido na decisão impugnada as conclusões contidas no relatório acima referido sem que as autoridades helénicas tenham sido notificadas para formular em tempo útil as suas observações a propósito das falhas deste relatório no que diz respeito ao exame das sublocações de aviões à NOA, à avaliação do montante dos activos da OA transferidos para a NOA e aos vários auxílios directos pretensamente concedidos à OA.

³⁹⁶ A OA sustenta que a violação do direito da República Helénica de ser ouvida teve incidência negativa directa na possibilidade de o beneficiário do auxílio alegado de defender os seus interesses. A OA foi, deste modo, privada «por extensão» do seu direito de ser ouvida sobre a veracidade e a pertinência dos elementos que foram postos em evidência no relatório Moore Stephens.

397 Se as autoridades helénicas e, «por extensão», a OA tivessem tido acesso a este relatório, teriam podido clarificar um grande número de mal entendidos antes da adopção da decisão impugnada. A violação do direito da República Helénica de ser ouvida justifica consequentemente a anulação desta decisão.

398 A Comissão, apoiada pela interveniente, contesta esta argumentação. Precisa que, contrariamente às alegações da República Helénica, também não enviou nenhum relatório às autoridades italianas antes da decisão relativa à sociedade Alitalia.

b) Apreciação do Tribunal Geral

399 O respeito dos direitos de defesa, em qualquer processo instaurado contra uma pessoa e susceptível de levar a um acto que lhe cause prejuízo, constitui um princípio fundamental do direito da União e deve ser garantido, mesmo na falta de regulamentação específica, como já foi recordado no n.º 229, *supra*.

400 Em especial, em matéria de auxílios de Estado, a Comissão só pode, para fins da apreciação de uma medida tendo em conta as disposições do artigo 87.º CE, basear-se em elementos obtidos junto de terceiros, depois de ter dado ao Estado em causa oportunidade de apresentar as suas observações sobre os referidos elementos (v. n.º 250, *supra*).

401 No caso vertente, na medida em que o relatório Moore Stephens assenta exclusivamente nos dados obtidos junto OA e da NOA durante o inquérito realizado no local

pelos peritos da Comissão e não contém, portanto, nenhum elemento de facto de que as empresas beneficiários das medidas controvertidas, integralmente detidas pela República Helénica, não tivessem tido conhecimento, a falta de comunicação desse relatório à República Helénica não era, em si, de molde a violar os direitos de defesa deste Estado-Membro.

402 Por outro lado, importa recordar que, no processo T-415/05, no que diz respeito às medidas controvertidas a favor da NOA, já foi decidido que a Comissão tinha violado as disposições do artigo 87.º, n.º 1, CE, por não ter apurado se os alugueres pagos por esta companhia à OA e à República Helénica, pela sublocação de aviões, eram inferiores aos preços de mercado (v. n.ºs 248 a 253, *supra*), pelo que não é necessário examinar neste caso concreto a incidência da não comunicação do relatório Moore Stephens às autoridades helénicas, no desfecho do processo.

403 No que diz respeito, nos processos T-415/05 e T-423/05, das medidas controvertidas a favor da OA, saliente-se que as recorrentes não invocam nenhum elemento concreto que permita pressupor que, caso as autoridades helénicas dispusessem do relatório Moore Stephens antes da adopção da decisão impugnada, poderiam ter invocado argumentos susceptíveis de ter incidência no desfecho do processo.

404 O fundamento relativo à violação dos direitos de defesa deve consequentemente ser julgado improcedente. Além disso, uma vez que as recorrentes não apresentam nenhuma alegação específica que sustente o fundamento relativo a violação do princípio da boa administração (v. n.º 394, *supra*), deve, pela mesma razão, ser julgado improcedente o fundamento relativo a violação dos direitos de defesa.

5. *Quanto à violação do princípio da proporcionalidade (T-415/05 e T-416/05)*

a) Argumentos das partes

⁴⁰⁵ No processo T-415/05, a República Helénica sustenta que — na hipótese de a decisão impugnada ser interpretada no sentido de que a NOA era igualmente obrigada a reembolsar os auxílios pagos à OA, em execução do artigo 2.º, n.º 1, da decisão impugnada, o que a mesma contesta —, seria desproporcionado exigir a recuperação junto da NOA nomeadamente do montante de 354 milhões de euros, referido no artigo 1.º, n.º 4, desta decisão, quando esta sociedade só começou a exercer a sua actividade a partir de 12 de Dezembro de 2003 e a Comissão não declarou nenhum auxílio em seu benefício sob a forma de tolerância em relação ao não pagamento de impostos e de cotizações de segurança social.

⁴⁰⁶ Na réplica, a República Helénica acrescenta que essa exigência é contrária ao dever de cooperação de boa fé consagrado no artigo 10.º CE.

⁴⁰⁷ No processo T-416/05, a NO alegou que a obrigação de recuperar junto dela os auxílios referidos no artigo 1.º, n.º 4, da decisão impugnada, anteriores à cisão, é contrária ao princípio de proporcionalidade, se essa obrigação dissesse respeito aos auxílios concedidos em todos os sectores de actividade da OA.

408 A Comissão, apoiada pela interveniente, contesta esta argumentação.

b) Apreciação do Tribunal Geral

409 No processo T-416/05, não há que conhecer da alegação pela a recorrente da inadmissibilidade da argumentação relativa à incerteza da Comissão quanto à data precisa de constituição da NOA, que, de resto tinha sido adiada apenas a título acessório no âmbito do presente fundamento. Com efeito, esta argumentação não tem de qualquer modo pertinência alguma, como já foi declarado (v. n.º 117, *supra*).

410 Quanto ao mérito, basta recordar que, no acórdão de 14 de Fevereiro de 2008, Comissão/Grécia, já referido (n.º 53), o Tribunal de Justiça julgou improcedente o fundamento de violação do princípio da proporcionalidade que nele tinha sido invocado pela República Helénica, com base no facto de supressão, pela via da recuperação, de um auxílio ilegal ser a consequência lógica da constatação da sua ilegalidade, e de uma obrigação para o Estado-Membro de suprimir um auxílio considerado pela Comissão como incompatível com o mercado comum visar o restabelecimento da situação anterior.

411 Nestas condições, uma vez que foi constatado que a NOA podia ser considerada a sucessora da OA para fins da recuperação do auxílio controvertido (v. n.ºs 148 a 151, *supra*), não se pode considerar a recuperação deste auxílio junto da NOA contrária ao princípio da proporcionalidade.

- 412 Por outro lado, refira-se que, no que diz respeito à repartição da obrigação de reembolso entre a OA e a NOA, esta questão não foi resolvida no acórdão de 12 de Maio de 2005 e não foi examinada pela Comissão na decisão impugnada. Cabe consequentemente às partes regular essa questão no âmbito do processo nacional e da execução da decisão impugnada, em conformidade com o seu dever recíproco de cooperação leal (v. n.ºs 125 a 127, *supra*).
- 413 Por todas estas razões, o fundamento relativo à violação do princípio da proporcionalidade bem como a acusação de violação da obrigação de cooperação, que não é alicerçada por nenhuma alegação específica, devem ser julgados improcedentes.

6. Quanto à violação do princípio *ne bis in idem* (processos T-415/05 e T-423/05)

- 414 A República Helénica e OA sustentam que, na medida em que, quanto ao montante de 354 milhões de euros referido no artigo 1.º, n.º 4, da decisão impugnada, o montante de cerca de 136 milhões de euros corresponde aos juros e às coimas previstos pelo direito nacional, a obrigação de acrescer da taxa de juro de referência comunitária, prevista no artigo 2.º, n.º 2, da decisão impugnada, os montantes a recuperar, é contrária ao princípio *ne bis in idem*.
- 415 Sublinhe-se que os juros comunitários devidos por força do artigo 2.º, n.º 2, da decisão impugnada, pelas empresas beneficiárias dos auxílios controvertidos, não têm a natureza de sanção, visando antes restabelecer plenamente a concorrência através do reembolso da vantagem concedida a esses beneficiários desde a data da concessão dos auxílios.

416 Neste caso, como a tolerância do não pagamento dos montantes dos vários juros moratórios e majorações previstas pelo direito grego constitui igualmente um auxílio de Estado, a Comissão alega com razão que a decisão impugnada deve ser interpretada no sentido de que os juros referidos no artigo 2.º, n.º 2, da decisão impugnada se aplicam igualmente a esses montantes a partir do momento em que sejam exigíveis. Por outro lado, as modalidades da capitalização dos juros serão definidas quando da execução da decisão impugnada como precisou a Comissão no Tribunal.

417 Na medida em que, por um lado, os juros moratórios e as coimas previstas pelo direito nacional e, por outro, os juros previstos na decisão impugnada com vista a assegurar o restabelecimento da concorrência prosseguem deste modo finalidades diferentes, a imposição de juros comunitários quanto ao montante total dos auxílios acrescido dos juros e das coimas nacionais não viola o princípio *ne bis in idem*.

418 Daí resulta que o fundamento relativo à violação do princípio *ne bis in idem* deve ser julgado improcedente.

419 Resulta do exposto que a decisão impugnada deve ser anulada, por um lado, na medida em que a Comissão declara incompatível com o mercado comum o auxílio concedido à NOA (artigo 1.º, n.º 1), por outro, na medida em que declara incompatível o auxílio concedido à AO referido no seu artigo 1.º, n.º 2, ao mencionar o montante correspondente ao valor de todos os elementos de activos incorpóreos registados a título de goodwill, ao valor dos aviões transferidos para a NOA bem como às receitas que se espera obter da venda de dois aviões, e, por último, na medida em que exige a recuperação destes auxílios (artigo 2.º).

Quanto às despesas

- 420 Por força do disposto no artigo 87.º, n.º 3, do Regulamento de Processo, se cada parte obtiver vencimento parcial no que respeita a um ou vários fundamentos, o Tribunal pode determinar que as despesas sejam repartidas entre as partes ou que cada uma suporte as suas próprias despesas. Nos termos do artigo 87.º, n.º 3, do Regulamento de Processo, o Tribunal pode repartir as despesas ou decidir que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas se as partes forem vencidas quanto a um ou vários pedidos. Segundo o artigo 87.º, n.º 4, terceiro parágrafo, do Regulamento de Processo, o Tribunal pode ordenar que uma parte interveniente que não seja um Estado-Membro, suporta as suas próprias despesas.
- 421 Nos três processos apensos, tendo cada uma das partes sido parcialmente vencida, há que condenar cada parte a suportar as suas próprias despesas, incluindo nos processos T-416/05 e T-423/05, nas referentes aos processos de medidas provisórias.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Sexta Secção)

decide:

- 1) **O artigo 1.º, n.º 1, da Decisão C (2005) 2706 final da Comissão, de 14 de Setembro de 2005, relativa a auxílios de Estado a favor da Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE [C 11/2004 (ex NN 4/2003) — Olympiaki Aeroporia — Reestruturação e privatização], é anulado.**

- 2) O artigo 1.º, n.º 2, da Decisão C (2005) 2706 final é parcialmente anulado na parte em que tem por objecto o montante correspondente à valor de todos os elementos de activos incorpóreos registados no balanço de transformação de Olympiaki Aeroporia Ypiresies a título de goodwill, o valor dos aviões transferidos para a Olympiakes Aerogrammes AE bem como as receitas que se espera obter da venda de dois aviões ainda registados no balanço da Olympiaki Aeroporia Ypiresies.**

- 3) O artigo 2.º da decisão C (2005) 2706 final é anulado na parte em que tem por objecto as medidas em causa no artigo 1.º n.ºs 1 e 2, na parte em que estas disposições sejam anuladas.**

- 4) É negado provimento aos recursos quanto ao restante.**

- 5) Cada parte suportará as suas próprias despesas, incluindo as despesas relativas aos processos de medidas provisórias.**

Jaeger

Meij

Truchot

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 13 de Setembro de 2010.

Assinaturas

II - 4888

Índice

Antecedentes do litígio	II - 4759
Decisão 2003/372/CE	II - 4760
Decisão impugnada	II - 4763
Tramitação processual e pedidos das partes	II - 4769
Questão de direito	II - 4774
A — Quanto à perda do interesse em agir das recorrentes	II - 4774
1. Argumentos das partes	II - 4774
2. Apreciação do Tribunal Geral	II - 4776
B — Quanto ao mérito	II - 4779
1. Quanto à tomada em consideração de uma continuidade económica entre a OA e a NOA para fins da recuperação dos auxílios (processos T-415/05 e T-416/05)	II - 4780
a) Argumentos das partes	II - 4780
b) Apreciação do Tribunal Geral	II - 4788
Quanto à determinação das medidas em favor da OA susceptíveis de ser objecto de uma obrigação de recuperação junto da NOA	II - 4789
Quanto ao alcance jurídico da decisão impugnada, no que diz respeito a afirmação relativa à sucessão da NOA à OA para fins da recuperação do auxílio controvertido	II - 4792
Quanto à apreciação da fundamentação e do fundamento da afirmação, na decisão impugnada, da sucessão da NOA à OA para fins da recuperação do auxílio controvertido	II - 4797
	II - 4889

2.	Quanto ao auxílio concedido à NOA (artigo 1.º, n.º 1, da decisão impugnada) (processos T-415/05 e T-416/05)	II - 4806
	a)	
	Quanto à tomada em consideração de uma continuidade económica entre a OA e a NOA para fins da qualificação das medidas controvertidas	II - 4806
	Argumentos das partes	II - 4806
	Apreciação do Tribunal Geral	II - 4808
	b)	
	Quanto ao critério do investidor privado	II - 4813
	Argumentos das partes	II - 4813
	Apreciação do Tribunal Geral	II - 4819
	— Quanto à determinação do auxílio controvertido	II - 4819
	— Quanto à determinação das questões controvertidas tendo em conta o conteúdo da decisão impugnada e da argumentação das partes.....	II - 4821
	— Quanto aos elementos pertinentes no caso vertente para fins da aplicação do critério do investidor privado	II - 4824
	— Quanto à repartição do ónus da prova e às obrigações processuais que incumbem respectivamente à Comissão e ao Estado-Membro em causa	II - 4828
3.	Quanto aos auxílios concedidos à OA	II - 4837
	a)	
	Quanto ao pagamento antecipado do montante sobreavaliado do valor de elementos de activo da OA transferidos para a NOA (artigo 1.º, n.º 2, da decisão impugnada) (processos T-415/05 e T-423/05)	II - 4837
	Quanto à violação do artigo 87.º, n.º 1, CE e à falta de fundamentação (processos T-415/05 e T-423/05).....	II - 4838
	— Argumentos das partes	II - 4838
	— Apreciação do Tribunal Geral.....	II - 4844
	Quanto à violação do artigo 87.º, n.º 3, CE e à falta de fundamentação (processo T-415/05)	II - 4858

— Argumentos das partes	II - 4858
— Apreciação do Tribunal.....	II - 4861
b) Quanto à execução de certas garantias do Estado (artigo 1.º, n.º 3, da decisão impugnada) (processos T-415/05 e T-423/05)	II - 4862
Argumentos das partes	II - 4862
Apreciação do Tribunal Geral	II - 4866
c) Quanto à tolerância em relação ao não pagamento de dívidas de impostos e de segurança social (artigo 1.º, n.º 4, da decisão impugnada) (processos T-415/05, T-416/05 e T-423/05).....	II - 4871
Argumentos das partes	II - 4871
Apreciação do Tribunal Geral	II - 4874
4. Quanto à violação do direito de ser ouvido (processos T-415/05 e T-423/05).....	II - 4880
a) Argumentos das partes	II - 4880
b) Apreciação do Tribunal Geral	II - 4881
5. Quanto à violação do princípio da proporcionalidade (T-415/05 e T-416/05).....	II - 4883
a) Argumentos das partes	II - 4883
b) Apreciação do Tribunal Geral	II - 4884
6. Quanto à violação do princípio ne bis in idem (processos T-415/05 e T-423/05).....	II - 4885
Quanto às despesas.....	II - 4887
	II - 4891