

## IV

(Actos adoptados, antes de 1 de Dezembro de 2009, em aplicação do Tratado CE, do Tratado da UE e do Tratado Euratom)

## DECISÃO DA COMISSÃO

de 30 de Setembro de 2009

relativa ao regime de auxílio C 2/09 (ex N 221/08 e N 413/08) que a Alemanha tenciona conceder a fim de modernizar as condições gerais aplicáveis aos investimentos de capital

[notificada com o número C(2009) 7387]

(Apenas faz fé o texto em língua alemã)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

(2010/13/CE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia, nomeadamente o artigo 88.º, n.º 2, primeiro parágrafo,

Tendo em conta o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, nomeadamente o artigo 62.º, n.º 1, alínea a),

Após ter convidado os terceiros interessados a apresentarem as suas observações, nos termos das disposições acima referidas <sup>(1)</sup>, e tendo em conta as essas observações,

Considerando o seguinte:

## 1. PROCEDIMENTO

- (1) Por carta de 30 de Abril de 2008, registada na Comissão nessa data, as autoridades alemãs notificaram à Comissão duas medidas relacionadas com a obrigação de pagamento do imposto sobre as vendas e com a isenção da restrição relativa ao reporte de prejuízos (N 221/08), para efeitos de segurança jurídica. Por cartas de 26 de Junho e 23 de Outubro de 2008, a Comissão solicitou informações adicionais. A Alemanha respondeu por cartas de 24 de Julho e 21 de Novembro de 2008, registadas nessas datas.
- (2) Por carta de 22 de Agosto de 2008, registada na Comissão nessa data, as autoridades alemãs notificaram à Comissão uma terceira medida relativa aos benefícios fiscais para os investidores privados (N 413/08), para efeitos de segurança jurídica. Em 9 de Outubro de 2008, teve lugar uma reunião entre as autoridades alemãs e a DG COMP. A Alemanha prestou informações adicionais por carta de 19 de Novembro de 2008, registada nessa data.
- (3) Em 28 de Janeiro de 2009, a Comissão deu início ao procedimento formal de investigação relativamente às

três medidas. O resumo da decisão foi publicado no Jornal Oficial em 14 de Março de 2009 <sup>(2)</sup>. As autoridades alemãs apresentaram as suas observações por carta de 3 de Março de 2009, registada no mesmo dia. As restantes partes apresentaram as suas observações por cartas de 9 e 14 de Abril de 2009, registadas na mesma data. Em 23 de Abril de 2009, a Alemanha foi informada sobre essas observações, tendo apresentado uma resposta sobre as mesmas por carta de 22 de Maio de 2009, registada no mesmo dia.

## 2. DESCRIÇÃO

## 2.1. Objectivo das medidas e orçamento

- (4) As notificações dizem respeito a três medidas fiscais e incluem duas definições de beneficiários. Todas as medidas foram integradas no projecto de lei relativo à modernização das condições gerais aplicáveis aos investimentos de capital (*Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen*, a seguir denominado «Mo-RaKG»). Essas medidas têm como objectivo comum facilitar a concessão de capital de risco privado a um grupo específico de empresas, definidas como «empresas-alvo» (adiante denominadas «E-A»).
- (5) A primeira medida (registada com o n.º N 221/08) destina-se a facilitar a concessão de capital de risco, aplicando critérios de elegibilidade específicos, para que as «sociedades de capital de risco» (adiante denominadas «SCR») fiquem isentas do imposto obrigatório sobre as vendas (*Gewerbesteuerpflicht*). A Alemanha estima que esta medida se traduzirá numa perda anual de receitas fiscais de 90 milhões de EUR.
- (6) A segunda medida (igualmente registada com o n.º N 221/08) torna mais flexíveis as normas destinadas a evitar abusos na dedução de prejuízos, permitindo às E-A reportarem os prejuízos se uma SCR adquirir as suas participações. A Alemanha estima que esta medida se traduzirá numa perda anual de receitas fiscais de 385 milhões de EUR.

<sup>(1)</sup> JO C 60 de 14.3.2009, p. 9.

<sup>(2)</sup> Ver nota de rodapé 1.

(7) Ao abrigo da terceira medida (registada com o n.º N 413/08), as pessoas singulares que investirem nas E-A (adiante também denominadas «investidores privados») têm direito a *benefícios fiscais no âmbito do imposto sobre o rendimento* se obtiverem mais-valias com a venda das suas participações. Embora o benefício fiscal seja concedido directamente aos investidores privados, as E-A podem beneficiar indirectamente desta medida por receberem um maior investimento. A Alemanha estima que esta medida se traduzirá numa perda anual de receitas fiscais de 30 milhões de EUR.

## 2.2. Beneficiários das medidas

(8) Os beneficiários das três medidas fiscais previstas no MoRaKG são as SCR e as E-A, tal como definidas no MoRaKG, e os investidores privados, na sua maioria «business angels», do seguinte modo:

	Medida relativa ao imposto sobre as vendas	Isonção da proibição do reporte de prejuizos	Benefício fiscal no âmbito do imposto sobre o rendimento
SCR	Directamente	Indirectamente	Não
E-A	Não	Directamente	Indirectamente
Particulares	Não	Não	Directamente

(9) As SCR são empresas reconhecidas enquanto tal pela autoridade federal de supervisão financeira (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – BaFin*), que não estão simultaneamente registadas como uma sociedade gestora de participações<sup>(3)</sup> (*Unternehmensbeteiligungsgesellschaft*). Existem ainda outros critérios para a classificação como SCR:

- Os estatutos da empresa devem definir como objecto social a aquisição, detenção, gestão e venda de participações de capital de risco. Do total dos activos geridos pelas SCR, 70 % têm de ser participações de capital nas E-A.
- A sede (*Sitz*) e a direcção da empresa (*Geschäftsleitung*) devem estar situadas na Alemanha.
- O capital inicial (*Grundkapital*) ou as contribuições dos sócios ao abrigo do acto constitutivo da empresa não deve ser inferior a 1 milhão de EUR.

<sup>(3)</sup> As sociedades gestoras de participações são registadas junto da autoridade suprema competente do Land (*Oberste Landesbehörde*). Na sequência do registo, essas empresas podem praticar todos os tipos de investimentos em participações privadas.

— A empresa deve ter pelo menos dois gestores, que devem ser dignos de confiança e devidamente qualificados para gerir uma SCR.

(10) As E-A devem ser sociedades de capitais (*Kapitalgesellschaft*) e preencher as seguintes condições:

— A sua sede e direcção devem situar-se num Estado que seja signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu.

— Na altura em que a participação é adquirida por uma SCR, devem ter um capital social inferior a 20 milhões de EUR.

— Devem ter sido criadas, no máximo, dez anos antes da data em que a participação é adquirida por uma SCR.

— Na altura em que a participação é adquirida por uma SCR, as empresas não podem ter quaisquer títulos (*Wertpapiere*) admitidos ou transaccionados num mercado organizado ou num mercado equivalente.

(11) A medida não contém nenhuma indicação relativa à definição de uma E-A face à definição de empresas em dificuldade<sup>(4)</sup>.

## 2.3. Imposto sobre as vendas

### 2.3.1. Antecedentes

(12) O imposto sobre as vendas alemão (*Gewerbesteuer*) é cobrado pelas autoridades locais em relação às actividades económicas levadas a cabo por estabelecimentos comerciais permanentes estabelecidos no território de uma localidade/autarquia. O objectivo consiste em que esses estabelecimentos comerciais permanentes contribuam para o custo das infra-estruturas locais que utilizam. O imposto sobre as vendas tem de ser pago por todas as empresas, qualquer que seja o seu estatuto jurídico, se exercerem actividades comerciais (*gewerblich tätig*), na acepção da lei relativa ao imposto sobre as vendas e ao imposto sobre o rendimento. As sociedades de capitais (*Kapitalgesellschaften*) são sempre consideradas como exercendo actividades comerciais. Em relação às sociedades de pessoas (*Personengesellschaft*), é feita uma distinção em função da sua actividade: as empresas constituídas sob a forma de sociedade de pessoas que desenvolvem exclusivamente actividades de gestão de activos (*vermögensverwaltend*), não estão sujeitas ao imposto sobre as vendas. Em contrapartida, as sociedades de pessoas que desenvolverem actividades comerciais estão sujeitas ao imposto sobre as vendas.

<sup>(4)</sup> Orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação a empresas em dificuldade (JO C 244 de 1.10.2004, p. 2).

(13) O Ministério Federal das Finanças emitiu uma carta <sup>(5)</sup> (a seguir denominada «carta de 2003») sobre a distinção entre actividades comerciais e actividades de gestão de activos desenvolvidas por fundos de capital de risco e fundos de investimento em acções (a seguir denominados «FCR/FIA»). Segundo essa carta, os FCR/FIA estão sujeitos ao imposto sobre as vendas se a sua actividade for considerada uma actividade comercial. Contudo, se exercerem apenas actividades de gestão de activos, não estão sujeitos ao imposto sobre vendas. Essa carta de 2003 baseia-se num acórdão do Tribunal Federal de Finanças (BFH) de 25 de Julho de 2001 <sup>(6)</sup>, segundo o qual os FCR/FIA não prosseguem actividades comerciais se forem observados os seguintes critérios:

- não utilização de empréstimos bancários/não aceitação de garantias,
- ausência de uma organização separada de grandes dimensões para gerir a carteira do fundo; utilização das instalações não superior ao que exigiria um património privado importante <sup>(7)</sup>,
- não exploração de um mercado utilizando a sua experiência profissional,
- inexistência de ofertas públicas/transacções por conta própria,
- inexistência de investimentos a curto prazo,
- inexistência de reinvestimento dos rendimentos da venda,
- inexistência de actividades comerciais próprias nas empresas da carteira (*eigenes unternehmerisches Tätigwerden in den Portfoliogesellschaften*),
- ausência de carácter comercial ou de «infecção comercial» (*gewerbliche Infektion*) <sup>(8)</sup>.

<sup>(5)</sup> Tratamento, em matéria de imposto sobre o rendimento, dos fundos de capital de risco e dos fundos de investimento em acções; delimitação da administração do património privado; carta do BMF de 20 de Novembro de 2003, *Jornal Federal Fiscal (Bundessteuerblatt – BStBl)*, 2004, Parte I, n.º 1, p. 40.

<sup>(6)</sup> BStBl II 2001, p. 809.

<sup>(7)</sup> O fundo não pode manter uma organização separada de grandes dimensões para gerir a sua carteira. Se um fundo tiver instalações próprias, tal não será prejudicial desde que a sua utilização não seja superior ao que exigiria um património privado importante.

<sup>(8)</sup> Uma infecção comercial, referida como requalificação do rendimento (*Abfärbetheorie*), ocorrerá, por exemplo, se uma entidade isenta de imposto sobre as vendas iniciar uma actividade comercial adicional que, por sua vez, cause uma contaminação fazendo que toda a entidade fique sujeita ao imposto sobre as vendas, mesmo que tal actividade comercial represente apenas uma parte insignificante da actividade geral.

(14) Estes critérios destinam-se essencialmente a clarificar a distinção tradicional consagrada no direito fiscal alemão entre actividades comerciais e não comerciais dos FCR/FIA. A gestão de activos é considerada uma actividade não comercial. A distinção entre actividades comerciais e não comerciais é muito subtil, tendo sido objecto de inúmeras decisões judiciais, nomeadamente do Tribunal Federal de Finanças. Regra geral, os FCR ou FIA dedicam-se a actividades comerciais quando a transacção de activos (períodos curtos entre a compra e venda de activos como, por exemplo, títulos) representa uma parte significativa das suas actividades <sup>(9)</sup>.

### 2.3.2. Clarificação quanto ao imposto sobre as vendas no MoRaKG

(15) Segundo a notificação, o artigo 1.º, n.º 19, do MoRaKG inclui uma «clarificação» da carta de 2003, não existindo, alegadamente, nenhuma diferença substancial entre os dois documentos.

(16) Nos termos da referida disposição, as SCR sob a forma jurídica de sociedade de pessoas que se dedicam apenas à aquisição, detenção, gestão e venda de participações de capital de risco e que têm participações apenas em sociedades de capitais serão tratadas, para efeitos de imposto sobre o rendimento, como empresas que exercem actividades de gestão de activos. As SCR serão privadas deste estatuto, especialmente quando se dediquem a alguma das seguintes actividades ou a actividades semelhantes:

- venda a curto prazo de participações de capital de risco e de outras participações em empresas que tenham a sua sede e direcção num Estado signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu,
- transacções que envolvam instrumentos do mercado financeiro <sup>(10)</sup>; transacções que envolvam depósitos bancários em instituições de crédito que tenham a sua sede num Estado signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu; transacções que envolvam participações de investimento <sup>(11)</sup>,

<sup>(9)</sup> A actividade comercial é definida como uma actividade independente e duradoura que é exercida com finalidades lucrativas (não como amador), podendo ser caracterizada como uma participação em transacções económicas em geral (indo além de meros serviços prestados à família ou amigos) que não é, nem uma actividade agrícola nem uma profissão liberal (como a de advogado, médico, artista ou professor). A gestão de activos é definida como uma actividade caracterizada pela utilização de activos a fim de recolher os benefícios de valores intrínsecos que serão mantidos e em que a exploração de activos substanciais por reafecção não é alvo de prioridade significativa. A classificação como actividade comercial ou como gestão de activos assume particular importância no caso de investimentos em títulos ou em valores imobiliários. Se houver rendimento comercial, todas as mais-valias serão tributáveis e também sujeitas a imposto sobre as vendas. Quando a actividade se limita, estritamente, à gestão de activos (*Vermögensverwaltung*), o rendimento das diversas fontes é tributado, mas uma eventual venda da fonte subjacente pode ser isenta do imposto sobre as vendas (e também do imposto sobre as vendas).

<sup>(10)</sup> Na acepção do artigo 48.º da Lei relativa aos investimentos.

<sup>(11)</sup> Na acepção do artigo 50.º da Lei relativa aos investimentos.

- prestação de serviços de consultadoria a uma E-A em que a SCR detenha uma participação, concessão de empréstimos e garantias a uma E-A em que a SCR detenha uma participação, obtenção de empréstimos e emissão de direitos de participação nos lucros (*Genussrechte*) e obrigações,
  - reinvestimento dos rendimentos da venda de participações de capital de risco e outras participações em empresas que tenham a sua sede e direcção num Estado signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu,
  - exploração de um mercado utilizando a sua experiência profissional.
- (17) A aquisição e manutenção de instalações comerciais próprias e de uma organização comercial adequada não impedirão que uma SCR seja considerada como exercendo actividades de gestão de activos. Contudo, as actividades previstas no considerando 16 poderão ser realizadas por uma filial totalmente detida pela SCR.

## 2.4. Reporte de prejuízos

### 2.4.1. Introdução

- (18) Os prejuízos incorridos por uma empresa num ano fiscal podem ser deduzidos dos lucros obtidos nos anos fiscais seguintes. O reporte de prejuízos permite que estes sejam tidos em conta ao longo do ciclo de vida de uma empresa. No entanto, esta possibilidade pode igualmente levar a abusos sob a forma de «empresas-fantasma», que são empresas que cessaram a sua actividade mas que são, mesmo assim, vendidas dado que o reporte de prejuízos representa um valor efectivo: os adquirentes dessas empresas-fantasma beneficiam de uma dedução dos seus futuros rendimentos tributáveis e, assim, pagam menos impostos em função da taxa de tributação aplicável.
- (19) A Alemanha introduziu medidas destinadas a evitar abusos em relação ao «tráfico» de prejuízos na Lei alemã relativa ao imposto sobre rendimentos das empresas (adiante denominada: LIRE). A lei de continuação da reforma dos impostos das empresas de 1997 veio pôr fim ao tráfico de prejuízos sob a forma de empresas-fantasma. A Alemanha tornou mais severas as medidas de combate ao abuso através da lei de reforma da tributação das empresas de 2008 (*Unternehmenssteuerreformgesetz 2008*). Essa lei afecta todas as alterações na detenção directa e indirecta de participações superiores a 25 % durante um período de cinco anos. A LIRE prevê uma dedução proporcional dos prejuízos se, ao longo de um

período de cinco anos, mais de 25 % do capital subscrito, dos direitos dos sócios, dos direitos de participação ou dos direitos de voto forem transferidos directa ou indirectamente para um adquirente. Os prejuízos não utilizados deixam de ser dedutíveis se, num período de cinco anos, mais de 50 % do capital subscrito ou dos direitos acima referidos forem directa ou indirectamente transferidos para um adquirente.

### 2.4.2. O MoRaKG

- (20) O MoRaKG representaria uma flexibilização das regras sobre o reporte de prejuízos para as E-A adquiridas por SCR, na medida em que permitiria às E-A com uma estrutura de propriedade significativamente modificada reportar prejuízos que, de outra forma, não poderiam ser reportados nos termos da legislação de base.
- (21) Nos termos do artigo 4.º do MoRaKG, caso uma SCR adquira directamente uma participação numa E-A, os prejuízos da E-A continuam a ser dedutíveis num valor máximo correspondente às reservas latentes dos bens próprios tributáveis da E-A. O mesmo acontece no caso da aquisição directa, por uma empresa que não seja uma SCR, de uma participação numa E-A de uma SCR, se:
- à data da aquisição, a E-A tiver um capital inferior a 20 milhões de EUR, ou se
  - à data da aquisição, a E-A tiver um capital inferior a 100 milhões de EUR e o montante do capital próprio que excede os 20 milhões de EUR for resultante de lucros anuais realizados nos quatro exercícios anteriores à venda,
  - o período entre a aquisição e a venda da participação na E-A pela SCR for, pelo menos, de quatro anos.
- (22) Até um quinto dos prejuízos dedutíveis podem ser deduzidos ao abrigo das disposições relativas à dedução de prejuízos da lei relativa ao imposto sobre o rendimento no ano da aquisição; em cada um dos quatro anos seguintes, esse valor aumentará em mais um quinto do prejuízo dedutível.

## 2.5. Benefícios fiscais para investidores privados

### 2.5.1. Introdução

- (23) O MoRaKG visa incentivar investidores privados, como os *business angels*, a investirem em E-A, proporcionando benefícios fiscais para os lucros resultantes do seu investimento.

(24) Nos termos do artigo 1.º, n.º 20, do MoRaKG, os ganhos de capital sobre a venda de participações numa E-A serão divididos proporcionalmente entre os investidores em função da sua participação. O valor resultante é tido em conta na tributação dos rendimentos dos investidores privados/*business angels*.

(25) O benefício fiscal só produz efeitos se forem realizados ganhos de capital. A participação dos investidores privados/*business angels* nas E-A deve situar-se entre 3 % e 25 % durante os cinco anos anteriores e não ultrapassar dez anos. Cada investidor privado/*business angel* tem direito a lucros isentos de imposto até 50 000 EUR (200 000 EUR a multiplicar por 0,25) por investimento, o que corresponde à participação máxima de 25 %. Por conseguinte, o benefício fiscal máximo por *business angel* e por investimento é aproximadamente de 22 500 EUR, segundo os cálculos da Alemanha. O benefício fiscal é reduzido proporcionalmente para os lucros superiores a 800 000 EUR por investimento e desaparece totalmente se o total dos lucros alcançar 1 000 000 de EUR.

### 3. DÚVIDAS MANIFESTADAS NA DECISÃO DE INÍCIO DO PROCEDIMENTO

(26) Como referido no considerando 3, em 28 de Janeiro de 2009 a Comissão decidiu dar início ao procedimento formal de investigação (a seguir denominado «decisão de início do procedimento»). Na decisão de início do procedimento, a Comissão considerou, a título preliminar, que as três medidas constituem auxílios estatais.

#### 3.1. Existência de auxílio estatal na medida relativa ao imposto sobre as vendas

(27) Com base na comparação que efectuou entre a carta de 2003 e a «clarificação» constante do MoRaKG, a Comissão manifestou dúvidas em relação ao argumento alemão de que o MoRaKG constitui apenas uma «clarificação» legislativa da carta de 2003, uma vez que se afigura que a lei proporcionaria certas vantagens fiscais para a recém-criada categoria específica de sociedades de capital de risco definida pelo MoRaKG. De facto, aparentemente, a «clarificação» desvia-se da carta de 2003, podendo estabelecer critérios menos rigorosos para que certas SCR beneficiem da isenção do imposto sobre as vendas.

(28) Com base nessas dúvidas, a Comissão observou que a medida relativa ao imposto sobre as vendas iria favorecer certas SCR relativamente a outras sociedades de investimento que podem prosseguir exactamente as mesmas actividades ou actividades semelhantes. Além disso, a isenção do imposto sobre as vendas implicaria uma perda fiscal anual estimada em cerca de 90 milhões de

EUR, o que poderá indicar que o MoRaKG não se limita a «clarificar» a carta de 2003.

#### 3.2. Existência de auxílio estatal na medida relativa ao reporte de prejuízos

(29) Em princípio, a Alemanha não excluiu que a medida relativa ao reporte de prejuízos seja selectiva e, portanto, favoreça as E-A e as SCR. Contudo, a Alemanha alegou que tal se justifica pela natureza e lógica do sistema fiscal alemão. Dado que, segundo a Alemanha, a introdução da restrição geral sobre a exploração dos prejuízos fiscais em 2008 atingiu gravemente o mercado de capitais de risco, a possibilidade de explorar os prejuízos fiscais deveria continuar a existir para este mercado. Assim sendo, a medida corresponde aos critérios definidos na Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade directa das empresas<sup>(12)</sup> (a seguir denominada «Comunicação sobre a fiscalidade das empresas»).

(30) A Comissão observou, no entanto que, se a medida for justificada pela natureza e lógica do sistema fiscal alemão, outras sociedades de investimento (não abrangidas pela definição de SCR) não devem ser excluídas dado que as empresas que não são SCR podem igualmente investir em E-A, devendo também beneficiar do mesmo direito de explorar os prejuízos. Contudo, não é esse o caso, pois as E-A que são propriedade conjunta de empresas que não sejam SCR só podem reportar os seus prejuízos se a empresa que não é uma SCR tiver adquirido a sua participação a uma SCR nas condições descritas no considerando 21.

(31) A Alemanha alegou ainda que a medida não afecta as trocas comerciais entre os Estados-Membros na acepção do artigo 87.º, n.º 1, do Tratado CE, porque a mesma tem um «objectivo interno» que é compatível com a Comunicação sobre a fiscalidade das empresas. A medida representa apenas uma excepção a uma regra rigorosa, que não tem equivalente noutros Estados-Membros; por conseguinte, a medida não pode ter um efeito transfronteiras sobre a concorrência ou as trocas comerciais.

(32) Contudo, a Comissão salientou que os beneficiários desta medida podiam estar envolvidos em actividades comerciais com outros Estados-Membros e que, por conseguinte, a medida podia ter efeitos sobre as trocas comerciais. Além disso, ao determinar se uma medida fiscal concede uma vantagem selectiva a certas empresas, deve analisar-se o sistema geralmente aplicável no Estado-Membro em causa; a questão de saber quais as regras que se aplicam noutros Estados-Membros é, em princípio, irrelevante.

<sup>(12)</sup> JO C 384 de 10.12.1998, p. 3.

### 3.3. Existência de auxílio estatal nos benefícios fiscais para investidores privados

- (33) A Alemanha alegou que os beneficiários desta medida são pessoas singulares e que, por conseguinte, a mesma não constitui um auxílio estatal. Contudo, dado que a medida torna os investimentos em certas empresas (E-A) mais atraentes para os investidores, poderá indirectamente favorecer certas empresas, nomeadamente as E-A<sup>(13)</sup>.
- (34) A Comissão considerou assim que os critérios de «vantagem» e de «selectividade» estão reunidos. Além disso, a aplicação da medida implicaria uma perda anual de receitas fiscais estimada em cerca de 30 milhões de EUR.

### 3.4. Compatibilidade com as Orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais e capital de risco a pequenas e médias empresas

- (35) A Comissão questionou a compatibilidade das medidas com as Orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais e capital de risco a pequenas e médias empresas<sup>(14)</sup> (adiante denominadas «Orientações CR»), na medida em que tais Orientações prevêem que os auxílios estatais sob a forma de capital de risco não podem ser concedidos a grandes empresas<sup>(15)</sup>, a empresas em dificuldade e a empresas da indústria naval ou da indústria do carvão e do aço. Contudo, no caso vertente, as empresas acima referidas podem beneficiar das medidas; por conseguinte, a definição do âmbito de aplicação destas medidas (no que se refere aos beneficiários) não está em conformidade com as Orientações CR.
- (36) Além disso, nos termos do ponto 4.3 das Orientações CR, o auxílio estatal deve orientar-se para colmatar uma deficiência do mercado específica, cuja existência foi suficientemente demonstrada. Essa demonstração não foi feita pela Alemanha.
- (37) Por último, a Comissão duvidou igualmente que estivessem cumpridos os restantes requisitos referidos no capítulo 4 das Orientações CR. A Comissão salientou ainda

<sup>(13)</sup> O facto de um benefício fiscal para particulares que invistam em certas empresas poder representar um auxílio a essas empresas foi confirmado pelo Tribunal (ver processo C-156/98, *Alemanha/Comissão*, [2000], Col. I-6857).

<sup>(14)</sup> JO C 194 de 18.8.2006, p. 2.

<sup>(15)</sup> A definição de E-A no MoRaKG não corresponde à definição de PME da UE. Por exemplo, em relação à condição segundo a qual a E-A tem de ter, no momento em que a participação é adquirida por uma SCR, um capital social não superior a 20 milhões de EUR, a Comissão observa o seguinte: o balanço total é igual à soma do capital próprio e do passivo. O passivo representa normalmente um montante significativamente superior ao capital próprio. Por conseguinte, o limiar do balanço total de 43 milhões de EUR estabelecido para as PME é facilmente excedido pelas E-A. Além disso, o limite de 250 trabalhadores e de 50 milhões de EUR de volume de negócios não está incluído na definição de E-A.

que a restrição do benefício fiscal às SCR que invistam em sociedades de capitais constituía, aparentemente, uma contradição face ao alegado objectivo da medida, nomeadamente de promover a concessão de capital de risco a todas as empresas que dele careçam. Com efeito, as empresas jovens e inovadoras que necessitam de capital de risco podem assumir formas jurídicas diferentes das sociedades de capitais. Por conseguinte, as empresas jovens e inovadoras sob a forma de sociedades de pessoas não beneficiariam da medida.

### 3.5. Compatibilidade com o mercado comum

- (38) A Comissão questionou a compatibilidade das medidas com as regras do mercado comum. Para ser classificada como SCR, uma empresa tem de ter a sua sede (*Sitz*) e direcção na Alemanha. Aparentemente, certas empresas, sobretudo estabelecimentos comerciais/sucursais permanentes e filiais de empresas da UE e do EEE com sede (*Sitz*) fora da Alemanha, não seriam elegíveis. Esta condição poderia constituir um obstáculo à liberdade de estabelecimento na acepção do artigo 43.º do Tratado CE.
- (39) A Alemanha alega que as empresas com sede fora da Alemanha não podem ser controladas pela BaFin e beneficiariam de uma vantagem concorrencial injustificada relativamente às SCR alemãs. Mas a Comissão questionou se não existiriam outros meios para fiscalizar os estabelecimentos comerciais permanentes de empresas estrangeiras registados na Alemanha, que estão efectivamente em concorrência com as SCR. Por conseguinte, nessa altura, a Comissão chegou à conclusão de que não havia justificação para excluir essas empresas do regime. Por essa razão, a Comissão duvidou também que as medidas em causa pudessem ser declaradas compatíveis com o mercado comum.

## 4. OBSERVAÇÕES DA ALEMANHA SOBRE A DECISÃO DE INÍCIO DO PROCEDIMENTO

- (40) Por carta de 3 de Março de 2009, a Alemanha apresentou as suas observações sobre a decisão de dar início ao procedimento previsto no artigo 88.º, n.º 2, do Tratado CE. As observações diziam respeito às três medidas. Em suma, a Alemanha reiterava o seu ponto de vista de que tais medidas não constituíam auxílios estatais.

### 4.1. Medida relativa ao imposto sobre as vendas

- (41) A Alemanha reiterou a sua opinião de que a medida relativa ao imposto sobre as vendas não isenta as empresas deste imposto. Pelo contrário, clarifica a distinção entre actividades comerciais e actividades de gestão de

activos e, portanto, tem apenas valor declarativo (*deklaratorische Bedeutung*). A apreciação final da questão de saber se uma sociedade de capital de risco exerce actividades comerciais ou de gestão de activos terá de ser feita de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal alemão, resumida na carta de 2003.

- (42) No que diz respeito às perdas de receitas fiscais estimadas em 90 milhões de EUR, a Alemanha explicou que espera que a clarificação do MoRaKG conduza a menos soluções contratuais «deficientes» (*verunglückte Vertragsgestaltungen*), em que os impostos são apenas devidos porque as disposições contratuais apresentam deficiências.

#### 4.2. Medida relativa ao reporte de prejuízos

- (43) A Alemanha reiterou o ponto de vista de que as regras sobre a dedução de prejuízos aplicáveis às E-A são justificadas devido à natureza e lógica do sistema fiscal, mesmo que as empresas de investimento que não são abrangidas pela definição constante do MoRaKG também invistam em E-A.
- (44) A Alemanha argumentou que estabelecer uma distinção entre SCR e outras sociedades de investimento faz parte da margem de manobra (*Gestaltungsspielraum*) do legislador, na medida em que existem diferenças objectivas entre as SCR e outras sociedades de investimento. Por conseguinte, nos termos do ponto 24 da Comunicação sobre a fiscalidade das empresas, justifica-se um tratamento diferente.
- (45) Além disso, as SCR estão numa situação especial. Como normalmente investem em E-A com reporte de prejuízos, a segunda medida não constitui um auxílio estatal mas uma medida compensatória por desvantagens específicas (*Nachteilsausgleichsregelung*) do sistema actual no que se refere ao sector dos capitais de risco.

#### 4.3. Benefícios fiscais para investidores privados

- (46) A Alemanha considera que a medida de benefício fiscal não tem qualquer impacto considerável nas trocas comerciais entre os Estados-Membros, especialmente porque o benefício fiscal por investidor é limitado a 22 500 EUR. Além disso, essas regras aplicam-se igualmente às E-A com sede noutros Estados-Membros, sem qualquer distinção entre as E-A alemãs e as E-A de outros Estados-Membros.
- (47) A Alemanha salienta também que os beneficiários directos são pessoas singulares que não são abrangidas pelas regras em matéria de auxílios estatais. Além disso, sublinha que, devido à estrutura específica da medida, as E-A não recebem qualquer vantagem quantificável (*kein ir-*

*gendwie quantifizierbarer Vorteil*) o que, por sua vez, elimina qualquer elemento de auxílio na medida.

- (48) A Alemanha refere que o benefício fiscal está relacionado com a alienação da participação na E-A (*Veräußerungsvorgang*) e, portanto, não tem qualquer ligação directa com o investimento.

#### 4.4. Violação da liberdade de estabelecimento

- (49) Na opinião da Alemanha, o MoRaKG não infringe a liberdade de estabelecimento nos termos do artigo 43.º do Tratado CE, dado que a restrição da liberdade de estabelecimento se justifica pelo facto de o requisito relativo à sede constituir a única possibilidade de garantir o cumprimento das condições legais.

### 5. OBSERVAÇÕES DE TERCEIROS

- (50) Por cartas de 9 de Abril de 2009 [*Bundesverband Deutscher Kapitalbeteiligungsgesellschaften — German Private Equity and Venture Capital Association e.V. (BVG)*] e de 14 de Abril 2009 [*Biotechnologie-Industrie-Organisation Deutschland e.V. (BIO)* e *Business Angels Network Deutschland e.V. (BAND)*], os três terceiros interessados apresentaram as suas observações sobre a decisão de início do procedimento.

#### 5.1. Observações dos terceiros a propósito do imposto sobre as vendas

- (51) A BVK referiu que a adopção de critérios jurídicos no MoRaKG para a classificação de uma SCR como uma empresa que exerce actividades de gestão de activos para efeitos fiscais não resulta num incentivo fiscal para as SCR. Pelo contrário, o MoRaKG irá contribuir para aumentar ainda mais a incerteza no sector.
- (52) Segundo a BVK, a «clarificação» não é menos limitativa do que a carta de 2003, dado que a Comissão Financeira do *Bundestag* alemão entendeu que a carta de 2003 continua também a aplicar-se paralelamente ao MoRaKG <sup>(16)</sup>. Consequentemente, as afirmações gerais constantes do artigo 1.º, n.º 19, do MoRaKG devem ser concretizadas pela carta de 2003. Devido a esta técnica de regulamentação insatisfatória, os critérios previstos na carta de 2003 continuam a aplicar-se igualmente às SCR. Por conseguinte, no entender da BVK, a perda de receitas fiscais, estimada pelo Governo Federal em cerca de 90 milhões de EUR, é difícil de confirmar.
- (53) A BVK defende expressamente condições-quadro uniformes para as sociedades de investimentos em acções nacionais e estrangeiras — em especial para as de outros Estados-Membros da UE — e para os seus investidores nacionais e estrangeiros na Alemanha.

<sup>(16)</sup> Ver o Parecer da Comissão Financeira do *Bundestag*, BT-Drucks. 16/9829, p. 5 *et seq.*: «Para a interpretação da regulamentação jurídica, a ordem anterior permanece aplicável a título subsidiário» (*«zur Auslegung der gesetzlichen Regelung bleibe deshalb der bisherige Verwaltungserrlass ergänzend anwendbar»*).

(54) A BIO argumenta que o MoRaKG não faculta às sociedades de capital de risco uma isenção preferencial do imposto sobre as vendas. O MoRaKG destina-se a consagrar na lei a prática que é já comum, confirmada pela carta de 2003, de isentar os fundos de gestão de activos do imposto sobre as vendas.

### 5.2. Observações dos terceiros sobre o reporte de prejuízos

(55) A BVK considera que o legislador alemão deveria tratar as sociedades de capital de risco e as sociedades de investimentos em acções, quer nacionais quer estrangeiras, do mesmo modo que as sociedades de capital de risco, na acepção do MoRaKG. A BVK considera também que este objectivo só pode ser alcançado através de condições-quadro jurídicas e fiscais uniformes para todas as sociedades de investimentos em acções. A BVK sugere que as sociedades de capital de risco que não correspondem à definição do MoRaKG deveriam poder beneficiar da dedução de prejuízos de forma não discriminatória. A BVK reitera que a proibição da dedução de prejuízos contida na LIRE constitui um significativo obstáculo aos investimentos por parte das sociedades de capital de risco e das sociedades de investimentos em acções.

(56) A BIO Deutschland considera que o MoRaKG constitui um progresso em relação à situação vigente em matéria de reporte de prejuízos. A BIO, centrando-se no reporte de prejuízos, considera que o objectivo de atenuação de uma desvantagem não constitui um auxílio. Considerando que são sobretudo as PME inovadoras que são desfavorecidas pelas regras vigentes em matéria de dedução de prejuízos, o MoRaKG deve ser visto como uma regulamentação que compensa uma desvantagem fiscal (*Steuerbenachteiligungsausgleichsregelung*). A BIO sustenta que o MoRaKG permite distinguir, de uma forma clara e necessária, as sociedades de investimentos de capitais que fornecem capitais às empresas.

### 5.3. Observações dos terceiros sobre os benefícios fiscais para investidores privados

(57) A BVK acolhe favoravelmente o objectivo geral dos benefícios fiscais para investidores privados, definido no MoRaKG. Para a BVK, esta medida constitui um incentivo razoável para os particulares que investem no sector de alto risco do financiamento inicial que é objecto do MoRaKG.

(58) A BAND salienta que esses benefícios fiscais para os particulares que investem em empresas jovens são comuns e mais generosos noutros Estados-Membros. Congratula-se com a introdução de benefícios fiscais para os investidores privados e, por conseguinte, é favorável ao MoRaKG. Simultaneamente, a BAND manifesta dúvidas quanto ao facto de o MoRaKG ter um efeito de incentivo apreciável junto dos *business angels*, dados os benefícios fiscais bastante baixos que apenas se concretizam depois de uma saída bem sucedida. A BAND considera que, devido ao procedimento de rendimento parcial (*Teileinkünfteverfahren*), o benefício fiscal máximo por investidor é de cerca de 14 210 EUR e não, como referido pela

Alemanha, de aproximadamente 22 500 EUR. A BAND refere também que o auxílio indirecto às E-A seria, na realidade, sempre inferior ao limite *de minimis* de 200 000 EUR. A ocorrer, o benefício só teria lugar na altura da saída do investidor.

(59) A BIO considera que a vantagem máxima concedida a um investidor privado, quando se encontram reunidas determinadas condições, é de 22 500 EUR. Este montante é mínimo, não associado ao investimento (resultando antes da venda de participações) e, por conseguinte, não susceptível de ser transferido para as E-A.

## 6. COMENTÁRIOS DA ALEMANHA ÀS OBSERVAÇÕES DE TERCEIROS

(60) Por carta de 22 de Maio de 2009, a Alemanha reagiu às observações dos terceiros interessados.

### 6.1. Medida relativa ao imposto sobre vendas

(61) A Alemanha salienta que, apesar das suas críticas ao MoRaKG, a BVK confirma que este projecto de lei não se desvia da lei no que se refere à distinção entre actividades comerciais e actividades de gestão de activos.

### 6.2. Medida relativa ao reporte de prejuízos

(62) A Alemanha refere que a proposta da BVK no sentido de tornar a medida extensível a todo o sector do capital de risco causaria lucros inesperados e injustificados (*ungerechtfertigte Mitnahmeeffekte*). A fim de direccionar claramente a medida, a Alemanha pronunciou-se a favor da necessária diferenciação.

(63) A Alemanha salienta que os argumentos da BIO apoiam o seu ponto de vista de que o MoRaKG prevê uma diferenciação coerente baseada em critérios objectivos a fim de evitar uma exploração excessiva dos prejuízos (*Verlustausnutzung*).

### 6.3. Benefícios fiscais para investidores privados

(64) A Alemanha considera que as observações dos terceiros interessados reforçam o seu ponto de vista de que a medida, sendo indirecta e insignificante, orientada para o lucro e destinada às E-A situadas em qualquer ponto da UE, não constitui um auxílio estatal.

## 7. APRECIACÃO

### 7.1. Existência de um auxílio estatal

#### 7.1.1. Medida relativa ao imposto sobre as vendas

(65) O procedimento formal de investigação não dissipou as dúvidas da Comissão relativamente à alegada «clarificação» jurídica, incluída no MoRaKG, da carta de 2003 no que diz respeito à isenção do imposto sobre as vendas.

- (66) A Alemanha estima que esta medida implicará uma perda anual de receitas fiscais de 90 milhões de EUR. Explica essa perda com base na diminuição das «soluções contratuais deficientes». A Comissão não considera esta justificação convincente. Com efeito, é difícil imaginar que as sociedades de capital de risco tenham um conhecimento tão deficiente do direito fiscal que não consigam evitar essas «soluções contratuais deficientes» e as obrigações fiscais delas decorrentes. Além disso, o ponto de vista da Comissão é claramente confirmado pelos terceiros, pois a BVK considera que o MoRaKG irá contribuir para uma maior incerteza no sector.
- (67) De qualquer forma, a Comissão salienta ser indiscutível que a medida implicaria uma perda de recursos estatais que, de outra forma (na situação anterior), teriam revertido a favor do Estado. Por conseguinte, a Comissão conclui que a medida é concedida com base em recursos estatais.
- (68) Independentemente da questão da compatibilidade da carta de 2003 com a natureza e lógica do sistema fiscal alemão, que é irrelevante para o caso vertente, a Comissão observou na sua decisão de início do procedimento que o MoRaKG difere aparentemente da carta, dado que:
- as SCR podem angariar investidores através de acções de *marketing* junto de um vasto público, enquanto esta possibilidade está excluída na carta de 2003,
  - as SCR podem dispor de instalações para uma organização «de tipo comercial» (*geschäftsmässig*) das suas actividades, enquanto a carta de 2003 as impede de ter uma «organização separada de grandes dimensões» e limita o número de empregados e as instalações utilizadas ao que seria normal para um «património privado importante» (*privates Großvermögen*),
  - o MoRaKG não impede expressamente que as SCR exerçam uma actividade comercial nas empresas da carteira, ao passo que a carta de 2003 não permite a «actividade comercial nas empresas da carteira», como referido no considerando 13.
- (69) As observações recebidas durante a investigação formal não dissiparam estas dúvidas. Por conseguinte, a Comissão é levada a concluir que o MoRaKG alarga o grupo potencial de beneficiários que não estão sujeitos ao imposto sobre as vendas, uma vez que algumas SCR que, nos termos da carta de 2003, estavam sujeitas ao imposto sobre as vendas poderão possivelmente beneficiar de uma isenção desse imposto ao abrigo do MoRaKG. Por conseguinte, a medida em análise concede uma vantagem fiscal a certas SCR, na medida em que lhes permite exercer certas actividades continuando a beneficiar da isenção do imposto, contrariamente a todos os outros FCR/FIA, que só são abrangidos pela carta de 2003 e que, portanto, ficariam sujeitos a imposto se exercessem essas actividades.
- (70) Além disso, a medida concede apenas a certas SCR abrangidas pelo âmbito de aplicação do MoRaKG uma vantagem selectiva face aos FCR/FIA. Na verdade, as SCR só beneficiam desta medida se corresponderem à definição constante do MoRaKG. Por conseguinte, os FCR/FIA que possuam menos de 70 % do total dos seus activos em participações de capital próprio de E-A não podem beneficiar da medida mesmo que se dediquem a actividades praticamente idênticas. Os mesmos argumentos são válidos para os FCR/FIA que não tenham a sua sede e a sua direcção na Alemanha. Consequentemente, os FCR/FIA que apenas detêm um estabelecimento comercial permanente na Alemanha não podem beneficiar do MoRaKG, mesmo que realizem exactamente as mesmas actividades que as SCR.
- (71) Assim, só as empresas que pertencem a este grupo limitado beneficiam de umas reduções, através de recursos estatais, de uma parte dos seus custos de funcionamento (nomeadamente do pagamento de certos impostos) que normalmente teriam de suportar ao abrigo do actual quadro jurídico. Os beneficiários desta vantagem desenvolvem essencialmente actividades de concessão de capital de investimento e de capital de risco e encontram-se em concorrência com outros fornecedores estabelecidos na Alemanha e noutros Estados-Membros. Por conseguinte, esta medida fiscal, ao aumentar os meios financeiros à disposição dos beneficiários para o exercício da sua actividade, reforça a sua posição relativamente aos seus concorrentes na UE. A medida de auxílio é, pois, susceptível de afectar a concorrência e as trocas comerciais entre os Estados-Membros.
- (72) A Comissão conclui, por conseguinte, que a medida notificada relativa ao imposto sobre as vendas constitui um auxílio estatal a favor de certas SCR, na acepção do artigo 87.º, n.º 1, do Tratado CE.
- 7.1.2. *Dedução de prejuízos*
- (73) Como referido no ponto 4.2, a Alemanha concorda em princípio que o restabelecimento do reporte de prejuízos para as SCR que investem nas E-A é selectivo e favorece as E-A e as SCR. Contudo, a Alemanha alega que as SCR e as E-A foram diferenciadas de um modo aceitável e prático e que a distinção é justificada pelas diferenças objectivas existentes entre os contribuintes de acordo com o ponto 24 da Comunicação sobre a fiscalidade das empresas (que refere que algumas diferenciações no sistema fiscal podem ser justificadas por diferenças objectivas entre os contribuintes), visto que a introdução, em 2008, da restrição geral sobre a exploração dos prejuízos fiscais afectou com particular gravidade o mercado dos capitais de risco.

- (74) Em primeiro lugar, a Comissão salienta que a medida está claramente associada a uma perda de recursos estatais e, por conseguinte, é concedida através de recursos estatais. Esta perda de receitas fiscais beneficia as E-A e as SCR, enquanto beneficiárias da medida. As condições mais generosas em matéria de reporte de prejuízos aplicáveis às E-A, se forem adquiridas por SCR, constituem uma vantagem económica para estes dois grupos de empresas, visto que lhes permitem realizar poupanças fiscais. Com efeito, as E-A beneficiam do reporte de prejuízos dado que este lhes permite deduzir um prejuízo e assim pagar menos impostos, o que, de outro modo, seria proibido pelas disposições de combate aos abusos. As SCR são também praticamente beneficiárias directas na medida em que outros adquirentes não podem beneficiar desta compensação adicional.
- (75) Dado que esta diminuição de impostos só é possível, basicamente, se as SCR investirem em E-A, a medida também favorece indirectamente as E-A. Com efeito, a medida constitui um incentivo para que as SCR invistam em E-A, em detrimento de outras empresas que possam ser alvo de investidores de capital de risco com base em considerações puramente económicas. Deste modo, as E-A podem receber capital de risco em montantes e condições que não se verificariam sem a medida. Assim, a medida é susceptível de reforçar indirectamente a base de capital das E-A.
- (76) Parece também adequado rejeitar o argumento da Alemanha segundo o qual, mesmo que não se possa excluir que a definição de E-A abrange as empresas em dificuldade, esta medida não representa uma vantagem para essas empresas. Com efeito, a Alemanha alega que, se uma E-A estiver em dificuldade, não obterá lucros que permitam deduzir os seus prejuízos e que possam ser tributados. Assim, é irrelevante saber se essa empresa pode ou não tirar partido dos prejuízos de períodos anteriores. Consequentemente, segundo a Alemanha, o MoRaKG não oferece qualquer vantagem às empresas em dificuldade como definidas pelo direito comunitário. A Comissão considera que este argumento não é plausível, dado que um adquirente de uma empresa em dificuldade ou de uma «empresa-fantasma» pode, de facto, estar precisamente interessado no reporte de prejuízos para efeitos fiscais.
- (77) Estas vantagens são susceptíveis de afectar as trocas comerciais e a concorrência. Em relação às SCR, a Comissão examinou este critério no que se refere à medida relativa ao imposto sobre as vendas no considerando 71. Quanto às E-A, a Comissão salienta que estas empresas podem desenvolver actividades em qualquer sector económico, incluindo os que implicam ou podem implicar trocas comerciais intracomunitárias. Por conseguinte, a vantagem económica que lhes é concedida é susceptível de afectar a concorrência e as trocas comerciais entre os Estados-Membros.
- (78) Em segundo lugar, a Comissão observa que a medida é indiscutivelmente selectiva.
- (79) Em terceiro lugar, a Comissão considera que a Alemanha não conseguiu demonstrar que a medida é compatível com a natureza e lógica do sistema fiscal alemão. Mesmo que fosse verdade que o mercado do capital de risco foi particularmente afectado pela restrição sobre a exploração dos prejuízos fiscais e assim se justificasse um tratamento especial, a Comissão considera que a distinção entre contribuintes efectuada pela Alemanha não pode ser justificada por este raciocínio, pois apenas uma parte do sector do capital de risco está isenta da proibição do reporte de prejuízos. Se as afirmações da Alemanha estivessem correctas, não haveria qualquer razão objectiva para as empresas não constituídas sob a forma de SCR não beneficiarem da medida quando investem nas mesmas E-A. Contudo, as empresas não constituídas sob a forma de SCR apenas beneficiam da medida nos raros casos em que adquiram uma participação numa E-A de uma SCR. Estes pontos de vista são também confirmados pelas observações da BVK expostas no ponto 5.2.
- (80) Por outro lado, a medida não parece estar em conformidade com a natureza e lógica do sistema fiscal alemão, porque a Alemanha não demonstrou a razão pela qual as SCR serão especialmente afectadas pela restrição sobre a exploração dos prejuízos fiscais quando investem em E-A e não quando exercem a mesma actividade de concessão de capital a outras empresas como sociedades de pessoas, que poderiam ter também dificuldades em aceder a capital de risco (especialmente as empresas jovens e inovadoras).
- (81) A Comissão observa também que, quando a Alemanha reforçou as medidas de combate aos abusos em relação ao reporte de prejuízos através da Lei de reforma da fiscalidade das empresas de 2008, como referido no ponto 2.4.1, definiu a nova regulamentação fiscal geral neste domínio. Ao permitir condições mais favoráveis para o reporte de prejuízos relativamente a um grupo seleccionado de empresas, estas medidas de combate aos abusos seriam parcialmente anuladas, o que não parece justificar-se pela natureza e lógica do sistema fiscal em vigor desde 2008.
- (82) A Comissão conclui, por conseguinte, que a medida notificada relativa ao reporte de prejuízos constitui um auxílio estatal às E-A e SCR, na acepção do artigo 87.º, n.º 1, do Tratado CE.

### 7.1.3. Benefícios fiscais para investidores privados

- (83) Como referido no ponto 4.3, a Alemanha alega que a medida não pode constituir um auxílio estatal pelo facto de os beneficiários serem pessoas singulares. A Alemanha afirma também que a medida não concede às E-A qualquer vantagem verificável e quantificável e, portanto, não tem qualquer impacto no preço das participações. O montante de imposto poupado pelos investidores privados é bastante reduzido e concedido apenas no caso de uma saída bem sucedida por parte do investidor. Por conseguinte, como afirma a Alemanha, a medida terá possivelmente apenas um efeito limitado de incentivo a que os particulares invistam nas E-A. Logo, teria também um efeito limitado de distorção da concorrência entre as E-A e as outras empresas.
- (84) Como referido no ponto 2.1, esta medida implica uma perda de recursos estatais estimada pela Alemanha em 30 milhões de EUR por ano. A medida é, pois, concedida através de recursos estatais.
- (85) A medida em causa concede aos particulares incentivos fiscais ao investimento num grupo seleccionado de empresas (ou seja E-A), em detrimento de outras empresas que podem ser visadas pelos investidores de capital de risco com base em considerações puramente económicas. Deste modo, as E-A podem receber capital de risco em montantes e condições que não se verificariam sem a medida e em condições normais de mercado. Assim, a medida é susceptível de reforçar indirectamente a base de capital das E-A. Esta análise é válida mesmo que o benefício fiscal concedido aos investidores esteja dependente de lucros futuros e que o montante seja relativamente limitado, como salientado pela Alemanha e pelos terceiros. De facto, dada a natureza da medida, é extremamente difícil quantificar *ex ante* a vantagem exacta que as E-A receberão<sup>(17)</sup>. Consequentemente, é impossível concluir que o auxílio concedido às E-A será sempre *de minimis*. Além disso, o facto de uma vantagem fiscal concedida a particulares que invistam em certas empresas poder implicar um auxílio a essas empresas, independentemente da importância dessas vantagens, foi confirmado pelo Tribunal<sup>(18)</sup>.
- (86) Por conseguinte, a Comissão conclui que a medida de benefício fiscal no âmbito do imposto sobre o rendimento é selectiva e favorece um número limitado de empresas facultando-lhes um melhor acesso a capital de risco do que em condições normais de mercado. Esta

vantagem é concedida através de recursos estatais porque é basicamente a perda de receitas fiscais que cria o incentivo de mercado para que os particulares forneçam capital a E-A e não a outras empresas que teriam normalmente sido visadas com base nas perspectivas de retorno de investimento que oferecem.

- (87) A medida em que este auxílio é susceptível de afectar a concorrência e as trocas comerciais entre os Estados-Membros é referida no considerando 77 da presente decisão.
- (88) A Comissão conclui, por conseguinte, que a medida modificada de benefício fiscal no âmbito do imposto sobre o rendimento constitui um auxílio estatal a favor das E-A na acepção do artigo 87.º, n.º 1, do Tratado CE.

## 7.2. Compatibilidade com as regras em matéria de auxílios estatais

### 7.2.1. Notificação da medida

- (89) Ao notificarem o MoRaKG antes da sua aplicação, as autoridades alemãs cumpriram as suas obrigações decorrentes do artigo 88.º, n.º 3, do Tratado CE. Dado que todas as medidas previstas no MoRaKG têm como objectivo comum apoiar a concessão de capital de risco privado às empresas, a Comissão analisou a sua compatibilidade com o mercado comum com base nas regras estabelecidas nas Orientações CR.
- (90) A Comissão apreciou igualmente a aplicabilidade de outros enquadramentos e regulamentos no domínio dos auxílios estatais às medidas em causa, nomeadamente o Enquadramento comunitário dos auxílios estatais à investigação e desenvolvimento e à inovação<sup>(19)</sup>, o Regulamento (CE) n.º 800/2008 da Comissão, de 6 de Agosto de 2008, que declara certas categorias de auxílios compatíveis com o mercado comum, em aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado (Regulamento geral de isenção por categoria)<sup>(20)</sup> (adiante denominado «RGIC») e o Regulamento (CE) n.º 1998/2006 da Comissão, de 15 de Dezembro de 2006, relativo à aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado aos auxílios *de minimis*<sup>(21)</sup>. Contrariamente às medidas em apreciação, estes enquadramentos e regulamentos excluem do âmbito dos auxílios as empresas em dificuldade e as empresas do sector da construção naval e das indústrias do carvão e do aço e/ou limitam o auxílio às PME. Com base no que precede, a Comissão é de opinião que devido ao âmbito destes enquadramentos e regulamentos, os mesmos não são aplicáveis às medidas notificadas.

<sup>(17)</sup> É extremamente difícil estabelecer previamente a diferença entre o montante/as condições em que o capital seria disponibilizado na ausência da medida e o montante/as condições resultantes da medida.

<sup>(18)</sup> Processo C-156/98, *Alemanha/Comissão*, [2000], Col. I-6857, ponto 64: «Recorde-se a título preliminar que, tal como salientado no n.º 30 do presente acórdão, o regime de auxílio controvertido deve ser considerado como de concessão de um auxílio ao funcionamento das empresas beneficiárias [...]».

<sup>(19)</sup> JO C 323 de 30.12.2006, p. 1.

<sup>(20)</sup> JO L 214 de 9.8.2008, p. 3.

<sup>(21)</sup> JO L 379 de 28.12.2006, p. 5.

### 7.2.2. Medida relativa ao imposto sobre as vendas

- (91) Como referido no ponto 7.1.1, a medida relativa ao imposto sobre as vendas constitui um auxílio estatal às SCR. Contudo, esta medida não concede expressamente incentivos às SCR para efectuarem investimentos de capital de risco, permitindo-lhes apenas ter mais recursos financeiros à sua disposição, que poderão utilizar para qualquer fim (por exemplo, maior distribuição de benefícios aos sócios).
- (92) Contrariamente à medida em apreço, no âmbito das Orientações CR, os auxílios estatais sob a forma de capital de risco não podem ser concedidos a grandes empresas, a empresas em dificuldade ou a empresas do sector da construção naval e da indústria do carvão e do aço. Por outro lado, a medida relativa ao imposto sobre as vendas poderia beneficiar essas empresas, sobretudo as de grande dimensão. Por conseguinte, o âmbito de aplicação desta medida não é compatível com as Orientações CR.
- (93) A medida não pode ser considerada compatível com o capítulo 4 das Orientações CR porque as condições específicas para a aplicação deste capítulo não estão preenchidas. Por exemplo, o capítulo 4 exige que o nível máximo das parcelas de investimento não exceda 1,5 milhões de EUR por beneficiário ao longo de um período de 12 meses. A medida em análise não faz referência a esse limite máximo. Além disso, as Orientações CR requerem igualmente que a medida se limite à concessão de financiamentos até à fase de expansão para as pequenas empresas ou até à fase de arranque para as médias empresas. Estas disposições não foram cumpridas, na medida em que as E-A podem ser grandes empresas.
- (94) A medida não cumpre os requisitos em matéria de acumulação e de apresentação de relatórios previstos no capítulo 6 e no ponto 7.1 das Orientações CR.
- (95) Por último, a Comissão não pode avaliar a compatibilidade da medida com o capítulo 5 das Orientações CR. Com efeito, nos termos destas Orientações, o auxílio estatal deve orientar-se para colmatar uma deficiência do mercado específica, cuja existência foi suficientemente demonstrada. A Alemanha não apresentou quaisquer provas de que as E-A sejam afectadas por uma deficiência do mercado específica.
- (96) Assim, a Comissão conclui que a medida relativa ao imposto sobre as vendas não é compatível com o mercado comum.

### 7.2.3. Dedução dos prejuízos

- (97) Como referido no ponto 7.1.2, a medida relativa ao reporte de prejuízos constitui um auxílio estatal a nível das SCR e das E-A. A medida de auxílio assume a forma de um incentivo fiscal, na acepção do ponto 4.2, alínea d), das Orientações CR.
- (98) Pelas mesmas razões, e como foi salientado nos considerando 92, 93, 94 e 95 da presente decisão, a Comissão não pode considerar esta medida compatível com o mercado comum, dado que a mesma não preenche nem os critérios de exclusão previstos no ponto 2.1 das Orientações CR, nem os requisitos de acumulação e de apresentação de relatórios previstos no capítulo 6 e no ponto 7.1 das Orientações, nem ainda as condições estipuladas no capítulo 4 das Orientações; também não existem elementos de prova da existência de uma deficiência do mercado específica que afecte as E-A e as SCR, que permitisse à Comissão dar início a uma apreciação mais pormenorizada da compatibilidade destas medidas ao abrigo do capítulo 5 das Orientações CR.
- (99) Esta medida não exclui a aquisição de participações existentes (capital de substituição) nas E-A. Contudo, o financiamento de substituição está excluído na definição de capital de risco prevista nas Orientações CR.
- (100) Além disso, a Comissão salienta que o facto de a vantagem fiscal estar limitada às SCR que investem em sociedades de capitais parece contradizer o objectivo declarado da medida, ou seja, promover o capital de risco. Com efeito, as empresas jovens e inovadoras que carecem de capital de risco podem assumir formas jurídicas diferentes das sociedades de capitais. Por conseguinte, as empresas jovens e inovadoras sob a forma de sociedades de pessoas não beneficiariam da medida.
- (101) Assim, a Comissão conclui que a medida relativa ao reporte dos prejuízos não é compatível com o mercado comum.
- ### 7.2.4. Benefícios fiscais para investidores particulares
- (102) Como referido no ponto 7.1.3, a medida relativa aos benefícios fiscais no âmbito do imposto sobre o rendimento constitui um auxílio estatal indirecto a nível da E-A. Como a medida cria incentivos a que os investidores privados invistam em E-A, poderá favorecer investimentos em capital de risco, na acepção do ponto 4.2, alínea d), das Orientações CR.

(103) Pelas mesmas razões, e como foi salientado nos considerandos 92, 93, 94 e 95 da presente decisão, a Comissão não pode considerar esta medida compatível com o mercado comum, dado que a mesma não preenche, nem os critérios de exclusão previstos no ponto 2.1 das Orientações CR, nem os requisitos de cumulação e de apresentação de relatórios previstos no capítulo 6 e no ponto 7.1 das Orientações, nem ainda as condições referidas no capítulo 4 das Orientações; também não existem elementos de prova da existência de uma deficiência do mercado específica que afecte as E-A e as SCR, que permitisse à Comissão dar início a uma apreciação mais pormenorizada da compatibilidade destas medidas ao abrigo do capítulo 5 das Orientações CR.

(104) Por conseguinte, a Comissão conclui que a medida relativa ao benefício fiscal no âmbito do imposto sobre o rendimento, na sua forma actual, não pode ser considerada compatível com o mercado comum com base nas Orientações CR. Contudo, a medida deverá ter apenas um efeito limitado de distorção da concorrência entre E-A e outras empresas, dado que o incentivo concedido aos particulares para a concessão de capital a favor das E-A é relativamente limitado e assim, presumivelmente, a vantagem concedida às E-A será também limitada. Por outro lado, a medida é susceptível de ter um efeito geral positivo no sentido de estimular a concessão de capital de risco às empresas que dele possam carecer, com base numa avaliação económica adequada. Com efeito, os investidores privados seleccionarão as E-A em causa com base na perspectiva de retorno do seu investimento. Por conseguinte, a Comissão considera que a medida pode ser ajustada aos requisitos das Orientações CR, mediante o cumprimento das condições definidas no artigo 3.º da presente decisão.

### 7.3. Compatibilidade com o mercado comum

(105) A medida relativa ao imposto sobre as vendas e a medida relativa ao reporte de prejuízos, susceptíveis de favorecer as SCR, constituem uma violação das regras do mercado comum, em especial no que se refere à liberdade de estabelecimento, na acepção do artigo 43.º do Tratado CE (ver ponto 3.5).

(106) Segundo a Alemanha, o MoRaKG estabelece regras pormenorizadas relativas à estrutura e actividades das SCR. Trata-se, em especial, de regras relativas aos tipos de transacções e à política de investimento das SCR, à sua integração em estruturas de grupo e ao valor nominal mínimo dos investimentos nessas empresas. Essas regras aplicar-se-iam a todas as SCR. No caso dos estabelecimentos permanentes alemães de empresas de investimento estrangeiras, não é possível garantir que a empresa, no seu conjunto, cumpra as regras. O mero reco-

nhecimento limitado do estabelecimento permanente alemão permitiria a possibilidade de as regras serem contornadas e portanto, na prática, invalidadas. As entidades de regulação dos mercados financeiros supervisionam as empresas nas suas áreas de competência de acordo com as suas próprias regulamentações nacionais, que estão, numa proporção significativa, harmonizadas com o direito comunitário. Contudo, no domínio do financiamento do capital de risco, a regulamentação de supervisão não está harmonizada com o direito comunitário.

(107) As dúvidas da Comissão não foram dissipadas. Em primeiro lugar, as empresas da CE e do EEE com sede (*Sitz*) fora da Alemanha e um estabelecimento comercial permanente na Alemanha devem, em princípio, ser elegíveis quando possam demonstrar que cumprem as condições previstas nos regimes de auxílio e as regras relativas à estrutura e actividades das SCR (presumindo-se que são compatíveis com o Tratado CE). O argumento de que a BaFin não está em condições de supervisionar essas empresas não implica, necessariamente, que beneficiem de uma vantagem concorrencial sobre as empresas estabelecidas na Alemanha, nem que não cumpram de facto as condições estabelecidas nos regimes de auxílio nem as regras relativas à estrutura e actividades das SCR. Por conseguinte, este argumento não é suficiente, por si só, para derrogar de uma regra fundamental do Tratado CE.

(108) Em suma, a Alemanha poderia, aparentemente, alcançar o mesmo objectivo utilizando meios menos discriminatórios<sup>(22)</sup>. O cumprimento das condições previstas nos regimes de auxílio poderia ser verificado, por exemplo, através da sujeição voluntária a uma análise da BaFin, mediante confirmações da autoridade de supervisão estrangeira ou através de relatórios de auditoria independentes. A Alemanha poderia facultar às empresas estrangeiras com estabelecimento permanente na Alemanha a possibilidade de provarem que cumprem as condições previstas nos regimes de auxílio e as regras relativas à estrutura e actividades das SCR.

(109) Por conseguinte, a Comissão considera que a medida relativa ao imposto sobre as vendas e a medida relativa ao reporte de prejuízos não são compatíveis com o mercado comum na medida em que violam a liberdade de estabelecimento, na acepção do artigo 43.º do Tratado CE.

<sup>(22)</sup> Por exemplo, no auxílio estatal N 629/07 (JO C 206 de 1.9.2009, p. 1), as autoridades francesas previram a possibilidade de também conceder auxílios a estruturas de investimento estrangeiras equivalentes às estruturas sedeadas em França abrangidas pelo auxílio em análise nesse processo. No mesmo sentido, veja-se o processo de auxílio estatal N 36/09 (JO C 186 de 8.8.2009, p. 3).

## 8. CONCLUSÃO

- (110) A Comissão considera que a medida de auxílio relativa à obrigação de pagamento do imposto sobre as vendas a favor das SCR não é compatível com o Tratado CE.
- (111) A Comissão considera que a medida de auxílio relativa ao reporte de prejuízos para as E-A adquiridas por SCR não é compatível com o Tratado CE.
- (112) A Comissão considera que a medida relativa aos benefícios fiscais para investidores privados poderá tornar-se compatível com o Tratado CE nas condições enumeradas no artigo 3.º da presente decisão,

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO:

### Artigo 1.º

Os regimes de auxílios estatais que a Alemanha tenciona adotar ao abrigo do artigo 1.º, n.º 19, e do artigo 4.º do projecto de lei para a modernização das condições gerais aplicáveis aos investimentos de capital (MoRaKG) são incompatíveis com o mercado comum.

Por conseguinte, estes regimes de auxílio não podem ser aplicados.

### Artigo 2.º

O regime de auxílios estatais que a Alemanha tenciona adotar ao abrigo do artigo 1.º, n.º 20, do MoRaKG é compatível com o mercado comum, nas condições previstas no artigo 3.º

### Artigo 3.º

O regime de auxílios estatais previsto no artigo 1.º, n.º 20.º, do MoRaKG deverá ser adaptado para que fiquem reunidas as seguintes condições:

- a definição de empresas-alvo deve ser limitada às pequenas e médias empresas (PME) tal como definidas no anexo I do

Regulamento geral de isenção por categoria <sup>(23)</sup>,

- a definição de empresas-alvo deve excluir as empresas em dificuldade e as empresas do sector da construção naval e das indústrias do carvão e do aço,
- as parcelas máximas de investimento não podem exceder 1,5 milhões de EUR por PME-alvo ao longo de cada período de doze meses e serão limitadas ao financiamento das fases de constituição, arranque e expansão,
- a Alemanha deve instituir um mecanismo destinado a assegurar que a medida cumpre as regras de cumulação e de apresentação de relatórios enunciadas no capítulo 6 e no ponto 7.1 das Orientações CR,
- ficará excluída a aquisição de participações existentes (capital de substituição) numa PME-alvo,
- não serão fixados requisitos especiais quanto à forma jurídica da empresa-alvo.

### Artigo 4.º

A Alemanha informará a Comissão, no prazo de dois meses a contar da notificação da presente decisão, sobre as medidas adoptadas para lhe dar cumprimento.

### Artigo 5.º

A República Federal da Alemanha é a destinatária da presente decisão.

Feito em Bruxelas, em 30 de Setembro de 2009.

Pela Comissão

Neelie KROES

Membro da Comissão

<sup>(23)</sup> Ver nota de rodapé 20.