



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Segunda Secção alargada)

7 de novembro de 2014*

«Auxílios de Estado — Disposições relativas ao imposto sobre o rendimento das sociedades que permitem às empresas com domicílio fiscal em Espanha amortizar a mais-valia resultante da aquisição de participações em empresas com domicílio fiscal no estrangeiro — Decisão que qualifica esse regime de auxílio de Estado, declara esse auxílio incompatível com o mercado interno e ordena a sua recuperação — Conceito de auxílio de Estado — Caráter seletivo — Identificação de uma categoria de empresas favorecidas pela medida — Inexistência — Violação do artigo 87.º, n.º 1, CE»

No processo T-219/10,

Autogrill España, SA, com sede em Madrid (Espanha), representada inicialmente por J. Buendía Sierra, E. Abad Valdenebro, M. Muñoz de Juan e R. Calvo Salinero, e em seguida por J. Buendía Sierra, E. Abad Valdenebro e R. Calvo Salinero, advogados,

recorrente,

contra

Comissão Europeia, representada por R. Lyal e C. Urraca Caviedes, na qualidade de agentes,

recorrida,

que tem por objeto um pedido de anulação dos artigos 1.º, n.º 1, e 4.º da Decisão 2011/5/CE da Comissão, de 28 de outubro de 2009, relativa à amortização para efeitos fiscais da diferença relativamente ao valor do património (*financial goodwill*), em caso de aquisição de participações em empresas estrangeiras Processo C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) aplicada pela Espanha (JO 2011, L 7, p. 48),

O TRIBUNAL GERAL (Segunda Secção alargada),

composto por: M. E. Martins Ribeiro, presidente, N. J. Forwood, E. Bieliūnas, S. Gervasoni (relator) e L. Madise, juízes,

secretário: J. Palacio González, administrador principal,

vistos os autos e após a audiência de 11 de abril de 2014,

profere o presente

* Língua do processo: espanhol.

Acórdão

Antecedentes do litígio

Procedimento administrativo

- 1 Através de várias questões que colocaram por escrito em 2005 e em 2006 (E-4431/05, E-4772/05, E-5800/06 e P-5509/06), alguns membros do Parlamento Europeu interrogaram a Comissão das Comunidades Europeias sobre a qualificação de auxílio de Estado do disposto no artigo 12.º, n.º 5, introduzido na Lei espanhola relativa ao imposto sobre o rendimento das sociedades pela Ley 24/2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (Lei 24/2001, que institui medidas fiscais, administrativas e de caráter social), de 27 de dezembro de 2001 (BOE n.º 313, de 31 de dezembro de 2001, p. 50493), e também consagrado no Real Decreto Legislativo 4/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Real Decreto Legislativo 4/2004, que consolida as alterações efetuadas à Lei relativa ao imposto sobre o rendimento das sociedades), de 5 de março de 2004 (BOE n.º 61, de 11 de março de 2004, p. 10951) (a seguir «regime controvertido» ou «medida controvertida»). A Comissão respondeu, no essencial, que, segundo as informações de que dispunha, o regime controvertido não constituía um auxílio de Estado.
- 2 Por ofícios de 15 de janeiro e 26 de março de 2007, a Comissão convidou as autoridades espanholas a fornecer-lhe informações que lhe permitissem determinar o alcance e os efeitos do regime controvertido. Por ofícios de 16 de fevereiro e 4 de junho de 2007, o Reino de Espanha enviou à Comissão as informações pedidas.
- 3 Por fax de 28 de agosto de 2007, a Comissão recebeu uma denúncia de um operador privado, que alegava que o regime controvertido constituía um auxílio de Estado incompatível com o mercado comum.
- 4 Por decisão de 10 de outubro de 2007, a Comissão deu início ao procedimento formal de investigação relativamente ao regime controvertido.
- 5 Por ofício de 5 de dezembro de 2007, a Comissão recebeu as observações do Reino de Espanha sobre a decisão de dar início ao procedimento formal de investigação do regime controvertido. Entre 18 de janeiro e 16 de junho de 2008, a Comissão recebeu igualmente as observações de 32 terceiros interessados. Por ofícios de 30 de junho de 2008 e 22 de abril de 2009, o Reino de Espanha apresentou os seus comentários às observações dos terceiros interessados.
- 6 Em 18 de fevereiro de 2008, 12 de maio e 8 de junho de 2009, realizaram-se reuniões técnicas com as autoridades espanholas. Realizaram-se igualmente reuniões técnicas com alguns dos 32 terceiros interessados.
- 7 Por ofício de 14 de julho de 2008 e por correio eletrónico de 16 de junho de 2009, o Reino de Espanha enviou informações adicionais à Comissão.

Decisão impugnada

- 8 A Comissão encerrou o procedimento, no que se refere às aquisições de participações ocorridas no interior da União Europeia, com a sua Decisão 2011/5/CE, de 28 de outubro de 2009, relativa à amortização para efeitos fiscais da diferença relativamente ao valor do património (*financial goodwill*), em caso de aquisição de participações em empresas estrangeiras Processo C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) aplicada pela Espanha (JO 2011, L 7, p. 48, a seguir «decisão impugnada»).

- 9 A medida controvertida prevê que, em caso de aquisição de participações numa «empresa estrangeira» por uma empresa tributável em Espanha, se essa aquisição de participações for, pelo menos, de 5% e for mantida por um período ininterrupto mínimo de um ano, a mais-valia resultante da aquisição de participações, registada na contabilidade da empresa como ativo incorpóreo distinto, pode ser deduzida, sob a forma de amortização, da matéria coletável do imposto sobre o rendimento das sociedades de que a empresa seja devedora. A medida controvertida especifica que, para ser qualificada de «empresa estrangeira», uma empresa deve estar sujeita a um imposto semelhante ao aplicado em Espanha e as suas receitas devem resultar sobretudo de atividades empresariais realizadas no estrangeiro (considerando 21 da decisão impugnada).
- 10 Resulta da decisão impugnada que, segundo a lei espanhola, se entende por concentração de empresas uma operação através da qual uma ou várias empresas, ao serem dissolvidas sem entrarem em liquidação, transmitem todo o seu ativo e passivo para outra empresa já existente ou para uma empresa por elas criada, através da atribuição aos acionistas desta última do capital social dessa outra empresa (considerando 23 da decisão impugnada).
- 11 Uma aquisição de ações é definida na decisão impugnada como uma operação através da qual uma empresa adquire uma participação no capital social de outra empresa, sem obter a maioria ou o controlo dos direitos de voto da empresa-alvo (considerando 23 da decisão impugnada).
- 12 Por outro lado, indica-se, na decisão impugnada, que, nos termos da medida controvertida, a diferença relativamente ao valor do património (*financial goodwill*) é determinada deduzindo o valor do mercado dos ativos corpóreos e incorpóreos da empresa adquirida ao preço de aquisição da participação. Especifica-se igualmente que o conceito de diferença relativamente ao valor do património (*financial goodwill*), tal como previsto pela medida controvertida, introduz no domínio das aquisições de ações uma noção normalmente utilizada na transmissão de ativos ou em operações de concentração de empresas (considerando 20 da decisão impugnada).
- 13 Por último, saliente-se que, segundo o direito fiscal espanhol, uma aquisição, por uma empresa tributável em Espanha, de participações numa sociedade com sede em Espanha não permite contabilizar separadamente, para efeitos fiscais, a mais-valia resultante dessa aquisição. Em contrapartida, ainda segundo o direito fiscal espanhol, o *goodwill* pode ser amortizado na sequência de uma concentração de empresas (considerando 19 da decisão impugnada).
- 14 A decisão impugnada declara o regime controvertido incompatível com o mercado comum (artigo 1.º, n.º 1, da decisão impugnada). O artigo 4.º da mesma decisão prevê, designadamente, a recuperação dos auxílios concedidos pelo Reino de Espanha.
- 15 A Comissão manteve aberto o procedimento no que diz respeito à aquisição de participações realizadas fora da União, comprometendo-se o Reino de Espanha a fornecer elementos novos relativos aos obstáculos às fusões transfronteiriças, em sua opinião, existentes fora da União.

Tramitação processual e pedidos das partes

- 16 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 14 de maio de 2010, a recorrente, Autogrill España, SA, interpôs o presente recurso.
- 17 A recorrente conclui pedindo ao Tribunal que se digne:
- anular o artigo 1.º, n.º 1, da decisão impugnada, na medida em que declara que o regime controvertido comporta elementos de auxílio de Estado;

- a título subsidiário, anular o artigo 1.º, n.º 1, da decisão impugnada, na medida em que declara que o regime controvertido comporta elementos de auxílio de Estado quando é aplicado a aquisições de participações que impliquem aquisição de controlo;
 - a título subsidiário, anular o artigo 4.º da decisão impugnada, na medida em que prevê a recuperação dos auxílios às operações efetuadas anteriormente à publicação da decisão impugnada no *Jornal Oficial da União Europeia*;
 - condenar a Comissão nas despesas.
- 18 A Comissão conclui pedindo ao Tribunal que se digne:
- negar provimento ao recurso;
 - condenar a recorrente nas despesas.

Questão de direito

Quanto aos pedidos de anulação do artigo 1.º, n.º 1, da decisão impugnada

- 19 No âmbito dos pedidos de anulação do artigo 1.º, n.º 1, da decisão impugnada, a recorrente contesta a qualificação de auxílio de Estado adotada na decisão impugnada pela Comissão relativamente ao regime controvertido. Em substância, invoca quatro fundamentos em apoio desses pedidos. O primeiro é relativo a um erro de direito na aplicação feita pela Comissão do requisito relativo à seletividade, o segundo é relativo à inexistência de seletividade da medida dado que a diferenciação que ela introduz resulta da natureza ou da estrutura do sistema em que se insere, o terceiro é relativo ao facto de a medida não conferir nenhuma vantagem às sociedades às quais é aplicável o regime controvertido e o quarto é relativo a uma falta de fundamentação da decisão impugnada, tanto no que respeita ao critério relativo à seletividade como no que respeita ao critério relativo à existência de uma vantagem.
- 20 Convém começar por analisar o primeiro fundamento.
- 21 A recorrente argumenta que o regime controvertido não tem carácter seletivo na aceção do artigo 87.º, n.º 1, CE e que, na realidade, se trata de uma medida geral suscetível de aplicação em qualquer empresa tributável em Espanha. Portanto, a Comissão fez uma aplicação errada do disposto no artigo 87.º, n.º 1, CE ao considerar que a medida controvertida tinha carácter seletivo.
- 22 A recorrente acrescenta que competia à Comissão demonstrar a existência de uma categoria de empresas às quais estava reservada a medida controvertida, e que esta não o fez.
- 23 A Comissão alega que a análise do carácter seletivo da medida controvertida, tal como foi efetuada na decisão impugnada, é conforme com a jurisprudência, dado que parte da definição do quadro de referência pertinente e prossegue observando que existe uma exceção criada pela medida controvertida.
- 24 A Comissão baseia-se igualmente na existência de uma analogia entre uma vantagem concedida em caso de exportação de capital, como acontece com a medida controvertida, e uma vantagem concedida em caso de exportação de bens, hipótese em que já foi decidido que a referida vantagem constituía uma medida seletiva.

- 25 Antes de analisar, à luz das circunstâncias do caso em apreço, a procedência do presente fundamento, cumpre, após ter recordado que a seletividade é um dos critérios cumulativos que permitem qualificar uma medida de auxílio de Estado, especificar que requisitos devem estar preenchidos para permitir à Comissão concluir adequadamente pela seletividade de uma medida.

Crítérios de reconhecimento da existência de um auxílio de Estado

- 26 Nos termos do artigo 87.º, n.º 1, CE:

«Salvo disposição em contrário do presente Tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.»

- 27 Segundo a jurisprudência, a qualificação de auxílio de Estado exige que todas as condições estabelecidas no artigo 87.º, n.º 1, CE estejam preenchidas (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de julho de 2003, *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00, Colet., p. I-7747, n.º 74 e jurisprudência referida).
- 28 O artigo 87.º, n.º 1, CE subordina a qualificação de auxílio de Estado de uma medida nacional às seguintes condições: o financiamento dessa medida pelo Estado ou através de recursos do Estado, a existência de uma vantagem para uma empresa, a seletividade da referida medida, bem como os efeitos desta última nas trocas comerciais entre os Estados-Membros e a distorção de concorrência dela resultante (acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de junho de 2006, *Air Liquide Industries Belgium*, C-393/04 e C-41/05, Colet., p. I-5293, n.º 28).

Método de análise aplicável à seletividade em matéria fiscal

- 29 Segundo jurisprudência constante, o artigo 87.º, n.º 1, CE impõe que se determine se, no quadro de um dado regime jurídico, uma medida estatal é suscetível de favorecer «certas empresas ou certas produções» relativamente a outras que, à luz do objetivo prosseguido pelo referido regime, se encontrem numa situação factual e jurídica comparável (v. acórdãos do Tribunal de Justiça de 6 de setembro de 2006, *Portugal/Comissão*, C-88/03, Colet., p. I-7115, n.º 54 e jurisprudência referida, e de 15 de novembro de 2011, *Comissão e Espanha/Government of Gibraltar e Reino Unido*, C-106/09 P e C-107/09 P, Colet., p. I-11113, n.º 75 e jurisprudência referida; acórdão do Tribunal Geral de 22 de janeiro de 2013, *Salzgitter/Comissão*, T-308/00 RENV, n.º 116).
- 30 A determinação do regime jurídico pertinente, qualificado de «quadro de referência», reveste importância acrescida no caso das medidas fiscais, dado que a própria existência de uma vantagem só pode ser afirmada em relação a uma tributação dita «normal» (acórdão *Portugal/Comissão*, referido no n.º 29 *supra*, n.º 56).
- 31 Para apreciar se uma medida fiscal tem carácter seletivo, há que analisar se, à luz do quadro de referência, a referida medida constitui uma vantagem para certas empresas em relação a outras que se encontrem numa situação factual e jurídica comparável (acórdão *Portugal/Comissão*, referido no n.º 29 *supra*, n.º 56).
- 32 No entanto, mesmo quando, no âmbito do quadro de referência, surge essa diferença de tratamento entre situações factuais e jurídicas comparáveis, segundo jurisprudência constante, o conceito de auxílio de Estado não abrange as medidas estatais que introduzem uma diferenciação entre empresas, e que, portanto, são, *a priori*, seletivas, quando essa diferenciação resulta da natureza ou da economia do sistema de imposições em que se inscrevem (acórdão *Portugal/Comissão*, referido no n.º 29 *supra*, n.º 52).

33 Resulta do que precede que a qualificação de uma medida fiscal nacional de «seletiva» pressupõe, num primeiro momento, a identificação e o exame prévio do regime fiscal comum ou «normal» aplicável no Estado-Membro em causa. É em relação a este regime fiscal comum ou «normal» que se deve, num segundo momento, apreciar o eventual carácter seletivo da vantagem concedida pela medida fiscal em causa verificando que a mesma revoga o referido sistema comum na medida em que introduz diferenciações entre operadores que se encontram, à luz do objetivo prosseguido pelo sistema fiscal do Estado-Membro em causa, numa situação factual e jurídica comparável (acórdão do Tribunal Geral de 7 de março de 2012, *British Aggregates/Comissão*, T-210/02 RENV, n.º 49). Eventualmente, num terceiro momento, há que apurar se o Estado-Membro em causa conseguiu demonstrar que a medida é justificada pela natureza ou pela economia do sistema em que se inscreve (acórdão Portugal/Comissão, referido no n.º 29 *supra*, n.º 53).

Identificação necessária de uma categoria de empresas favorecidas pela medida em causa

34 O critério relativo à seletividade de uma medida permite distinguir os auxílios de Estado das medidas gerais de política fiscal ou económica aplicadas pelos Estados-Membros (v., neste sentido, acórdão *Air Liquide Industries Belgium*, referido no n.º 28 *supra*, n.º 32).

35 A este propósito, o Tribunal de Justiça entendeu que o carácter seletivo de uma medida podia ser reconhecido mesmo quando a aplicação da mesma não estava limitada a um setor de atividade rigorosamente delimitado.

36 Com efeito, o Tribunal de Justiça reconheceu a existência de um auxílio de Estado na hipótese de um setor de atividade ser «essencialmente visado» por uma medida, ou mesmo quando diversos setores são visados (acórdãos do Tribunal de Justiça de 12 de julho de 1990, *COFAZ/Comissão*, C-169/84, Colet., p. I-3083, n.ºs 22 e 23, e de 20 de novembro de 2003, *GEMO*, C-126/01, Colet., p. I-13769, n.ºs 37 a 39).

37 O Tribunal de Justiça admitiu igualmente que uma medida aplicável às empresas produtoras de bens corpóreos era seletiva (acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de novembro de 2001, *Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, C-143/99, Colet., p. I-8365, n.º 40).

38 Por outro lado, o Tribunal de Justiça decidiu que uma medida que beneficia unicamente empresas estabelecidas numa área geográfica delimitada perdia a sua natureza de medida geral de política fiscal ou económica (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de setembro de 2000, *Alemanha/Comissão*, C-156/98, Colet., p. I-6857, n.º 23).

39 O Tribunal qualificou mesmo de seletiva uma medida aplicável durante um período limitado. Assim, afirmou que uma medida que, tendo em conta o curto período dado às empresas para executarem os procedimentos que permitem preencher os requisitos para dela beneficiarem, de facto, fosse acessível apenas às empresas que já tivessem dado início aos procedimentos em causa, às que tivessem, no mínimo, previsto fazê-lo ou às que estavam decididas a levar a cabo essa iniciativa a muito curto prazo era seletiva (v., neste sentido, acórdão do Tribunal Geral de 4 de setembro de 2009, *Itália/Comissão*, T-211/05, Colet., p. II-2777, n.ºs 120 e 121).

40 Quando a categoria dos beneficiários do auxílio é particularmente vasta ou diversificada, por vezes não é tanto a delimitação dessa categoria como a das empresas excluídas que é determinante para apreciar se a medida em causa tem carácter seletivo (v., neste sentido, acórdão do Tribunal Geral de 29 de setembro de 2000, *CETM/Comissão*, T-55/99, Colet., p. II-3207, n.ºs 39, 40 e 47).

41 Resulta da jurisprudência acima referida nos n.ºs 27 a 40 que a determinação de uma categoria de empresas que são as únicas beneficiadas pela medida em causa é uma condição necessária ao reconhecimento da existência de um auxílio de Estado.

- 42 Tal interpretação do conceito de seletividade é conforme com a própria redação do artigo 87.º, n.º 1, CE, que prevê que a vantagem deve favorecer «certas empresas ou certas produções».
- 43 Além disso, como foi acima salientado nos n.ºs 29 e 33, quando faz referência ao método de análise descrito nos referidos números, o Tribunal de Justiça recorda que o artigo 87.º, n.º 1, CE impõe que se determine se, no quadro de um dado regime jurídico, uma medida estatal é suscetível de favorecer «certas empresas ou certas produções» relativamente a outras que, à luz do objetivo prosseguido pelo referido regime, se encontrem numa situação factual e jurídica comparável (acórdão Portugal/Comissão, referido no n.º 29 *supra*, n.º 54).
- 44 Ora, quando a medida em causa, apesar de constituir uma derrogação ao regime fiscal comum ou «normal», é potencialmente acessível a todas as empresas, não se pode proceder à operação que consiste em comparar, à luz do objetivo prosseguido pelo regime comum ou «normal», a situação jurídica e factual de empresas que possam beneficiar da medida com a de empresas que dela não possam beneficiar.
- 45 Resulta do que precede que, para que a condição de seletividade esteja preenchida, deve, em todos os casos, ser identificada uma categoria de empresas, que sejam as únicas beneficiadas pela medida em causa e que, na hipótese acima prevista no n.º 44, a seletividade não pode resultar da mera constatação de que foi estabelecida uma exceção a um regime comum ou «normal» de tributação.
- 46 Por outro lado, compete à Comissão demonstrar que uma medida introduz diferenciações entre as empresas que estão, em relação ao objetivo prosseguido, numa situação factual e jurídica comparável (acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de setembro de 2011, Comissão/Países Baixos, C-279/08 P, Colet., p. I-7671, n.º 62).
- 47 No acórdão Comissão/Países Baixos, referido no n.º 46 *supra* (n.º 63), o Tribunal de Justiça observou que a Comissão tinha determinado suficientemente, na decisão impugnada, que só um grupo específico de grandes empresas industriais ativas no comércio entre Estados-Membros beneficiava de uma vantagem que não estava disponível para as outras empresas. A Comissão tinha pois conseguido demonstrar no processo que deu origem a este acórdão que a medida em causa era aplicada de modo seletivo a certas empresas ou a certas produções.
- 48 Do mesmo modo, no acórdão Comissão e Espanha/Government of Gibraltar e Reino Unido, referido no n.º 29 *supra* (n.º 96), o Tribunal de Justiça declarou que a Comissão fez prova suficiente, na decisão contestada, de que certas empresas, as sociedades «offshore», beneficiavam de vantagens seletivas.
- 49 Cumpre pois analisar se, no presente caso, os diferentes fundamentos em que a Comissão se apoiou na decisão impugnada para concluir pela seletividade da medida controvertida, que a mesma retomou durante o processo jurisdicional, permitem demonstrar a natureza seletiva desta medida.
- 50 Em primeiro lugar, na decisão impugnada, a Comissão, para concluir pela seletividade da medida controvertida, baseou-se, a título principal, na existência de uma derrogação relativamente a um quadro de referência. Com efeito, indicou que o quadro de referência adequado para a avaliação da natureza seletiva da medida controvertida era «o sistema espanhol de tributação geral do rendimento das sociedades, mais concretamente, as regras respeitantes ao tratamento fiscal da diferença relativamente ao valor do património (*financial goodwill*) do referido sistema fiscal» (considerando 96 da decisão impugnada). Considerou, como observação «preliminar e a título subsidiário», que a medida controvertida constituía uma derrogação ao sistema fiscal espanhol (considerando 97 da decisão impugnada). Além disso, salientou que a medida controvertida tinha como consequência aplicar às empresas tributáveis em Espanha que adquiram participações em empresas estrangeiras um tratamento fiscal distinto do aplicado às empresas tributáveis em Espanha que adquiram participações em empresas estabelecidas em Espanha, apesar de estas duas categorias de empresas se encontrarem

em situações comparáveis (considerandos 98 e 111 da decisão impugnada). Baseando-se nessa diferença de tratamento, a Comissão concluiu que a medida controvertida «constitu[ía] uma derrogação do sistema de referência» (considerando 100 da decisão impugnada).

- 51 Consequentemente, a Comissão aplicou, na decisão impugnada, o método de análise acima descrito nos n.ºs 29 a 33.
- 52 Ora, como a recorrente adequadamente alega, a aplicação do método de análise descrito nos n.ºs 29 a 33 *supra* não pode, no caso vertente, levar a que se declare a seletividade da medida controvertida. Com efeito, a existência, mesmo que se presume demonstrada, de uma derrogação ou exceção ao quadro de referência identificado pela Comissão não permite, por si só, determinar que a medida controvertida favorece «certas empresas ou certas produções» na aceção do artigo 87.º CE, uma vez que essa medida está acessível, *a priori*, a qualquer empresa.
- 53 Com efeito, importa, em primeiro lugar, salientar que a medida controvertida é aplicável a todas as aquisições de participações de, pelo menos, de 5% em empresas estrangeiras que sejam mantidas por um período ininterrupto mínimo de um ano. Não tem pois por objeto uma categoria específica de empresas ou de produções, mas uma categoria de operações económicas.
- 54 É verdade que, em certos casos, pode haver empresas excluídas, de facto, do âmbito de aplicação de uma medida que, no entanto, se apresenta como sendo uma medida geral (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 10 de dezembro de 1969, Comissão/França, 6/69 e 11/69, Colet., 1969-1970, p. 205, n.ºs 20 e 21, e Comissão e Espanha/Government of Gibraltar e Reino Unido, referido no n.º 29 *supra*, n.ºs 101 e 107).
- 55 No caso em apreço, para beneficiar da medida controvertida, uma empresa deve proceder à aquisição de ações numa sociedade estrangeira (considerandos 17 e 23 da decisão impugnada).
- 56 Importa salientar que tal operação, puramente financeira, não impõe, *a priori*, à empresa adquirente que altere a sua atividade e, de resto, implica, em princípio, para essa empresa, apenas uma responsabilidade limitada correspondente ao investimento efetuado.
- 57 A este propósito, há que recordar que uma medida cuja aplicação é independente da natureza da atividade das empresas não é, *a priori*, seletiva (v., neste sentido, acórdão Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, referido no n.º 37 *supra*, n.º 36).
- 58 Além disso, a medida controvertida não fixa um montante mínimo correspondente à participação mínima de 5% acima mencionada no n.º 53 e, portanto, não reserva de facto o seu benefício a empresas que disponham de recursos financeiros suficientes para o efeito, contrariamente à medida em causa no processo que deu origem ao acórdão do Tribunal Geral de 9 de setembro de 2009, Diputación Foral de Álava e o./Comissão (T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 e T-270/01, Colet., p. II-3029, n.ºs 161 e 162).
- 59 Por último, a medida controvertida prevê a atribuição de uma vantagem fiscal com base numa condição associada à aquisição de bens económicos específicos, isto é, de participações em sociedades estrangeiras.
- 60 Ora, no acórdão Alemanha/Comissão, referido no n.º 38 *supra* (n.º 22), o Tribunal de Justiça afirmou que a redução fiscal de que gozam os sujeitos passivos, que vendem determinados bens económicos e que podem deduzir o lucro daí resultante em caso de aquisição de participações em sociedades de capitais com sede em certas regiões, lhes conferia uma vantagem que, enquanto medida geral indistintamente aplicável a todos os operadores económicos, não constituía, na aceção das disposições pertinentes do Tratado, um auxílio.

- 61 A medida controvertida não exclui pois, *a priori*, nenhuma categoria de empresas do benefício da mesma.
- 62 Portanto, mesmo que a medida controvertida constitua uma derrogação ao quadro de referência identificado pela Comissão, esse facto não permite, em qualquer caso, determinar que a referida medida favorece «certas empresas ou certas produções» na aceção do artigo 87.º CE.
- 63 Em segundo lugar, a Comissão indicou que «a medida [impugnada era] seletiva na medida em que favorec[ia] apenas certos grupos de empresas que efetua[va]m determinados investimentos no estrangeiro» (considerando 89 da decisão impugnada). Alegou que uma medida que beneficiava apenas as empresas que preenchiam as condições a que a sua atribuição está subordinada era seletiva «quanto ao direito», sem que seja necessário garantir que, pelos seus efeitos, podia favorecer apenas certas empresas ou certas produções.
- 64 No entanto, este outro fundamento da decisão impugnada também não permite determinar o carácter seletivo da medida controvertida.
- 65 Com efeito, segundo jurisprudência constante, o artigo 87.º, n.º 1, CE distingue as intervenções estatais em função dos seus efeitos (acórdãos do Tribunal de Justiça de 2 de julho de 1974, Itália/Comissão, 173/73, Colet., p. 357, n.º 27, e de 29 de abril de 2004, Países Baixos/Comissão, C-159/01, Colet., p. I-4461, n.º 51). É pois com base nos efeitos da medida em causa que deve ser analisado se essa medida constitui um auxílio de Estado, designadamente, porque é seletiva (v., neste sentido, acórdão Comissão e Espanha/Government of Gibraltar e Reino Unido, referido no n.º 29 *supra*, n.ºs 87 e 88).
- 66 Além disso, no acórdão de 29 de março de 2012, 3M Italia (C-417/10, n.º 42), o Tribunal de Justiça entendeu que o facto de apenas os contribuintes que preenchem os requisitos de aplicação da medida em causa neste processo poderem beneficiar desta medida não lhe conferia, por si só, um carácter seletivo.
- 67 Por último, no acórdão Comissão e Espanha/Government of Gibraltar e Reino Unido, referido no n.º 29 *supra* (n.ºs 103, 104 e 107), o Tribunal de Justiça decidiu que nem toda a diferenciação fiscal implicava a existência de um auxílio e que, para que uma diferenciação fiscal possa ser qualificada de auxílio, é necessário que seja suscetível de identificar uma categoria específica de empresas que possam ser reconhecidas em razão de propriedades específicas.
- 68 Ora, a perspetiva proposta pela Comissão, contrariamente à jurisprudência acima mencionada no n.º 67, poderia levar a concluir pela existência de uma seletividade para todas as medidas fiscais cujo benefício esteja subordinado a certas condições, ainda que as empresas beneficiárias não partilhem de nenhuma característica própria que permita distingui-las das outras empresas, para além do facto de poderem respeitar as condições a que a atribuição da medida está subordinada.
- 69 Em terceiro lugar, a Comissão enunciou, no considerando 129 da decisão impugnada, que «considera[va] que, no caso em apreço, a medida impugnada visa[va] favorecer a exportação de capital para fora de Espanha, a fim de reforçar a posição das empresas espanholas no estrangeiro e [...] aumentar a competitividade dos beneficiários do regime».
- 70 A este respeito, há que recordar que uma medida estatal que aproveite indistintamente ao conjunto das empresas situadas no território nacional não é suscetível de constituir um auxílio de Estado à luz do critério da seletividade (acórdão Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, referido no n.º 37 *supra*, n.º 35).
- 71 Assim, enquanto a apreciação da condição enunciada no artigo 87.º, n.º 1, CE e relativa à afetação das trocas comerciais entre Estados-Membros consiste em examinar se as empresas ou produções de um Estado-Membro são beneficiadas relativamente às empresas ou produções dos outros

Estados-Membros, a condição relativa à seletividade, enunciada no mesmo número desse artigo, apenas pode ser apreciada ao nível de um único Estado-Membro e resulta apenas de uma análise da diferença de tratamento unicamente entre as empresas ou produções desse Estado (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de novembro de 2004, Espanha/Comissão, C-73/03, não publicado na Coletânea, n.º 28).

- 72 Por conseguinte, a circunstância de uma medida favorecer as empresas tributáveis num Estado-Membro em relação às empresas tributáveis nos outros Estados-Membros, designadamente porque facilita as aquisições de participações das empresas estabelecidas num Estado-Membro no capital de empresas estabelecidas no estrangeiro, não tem incidência sobre a análise do critério de seletividade.
- 73 É certo que, no acórdão Comissão/França, referido no n.º 54 *supra* (n.º 20), o Tribunal de Justiça decidiu que uma vantagem atribuída «unicamente em benefício dos produtos nacionais exportados para ajudá-los a concorrer nos outros Estados-Membros com os produtos originários destes últimos» constituía um auxílio de Estado. No entanto, esta referência aos produtos originários dos outros Estados-Membros prende-se com a condição relativa à afetação da concorrência e das trocas comerciais.
- 74 Esta interpretação do acórdão Comissão/França, referido no n.º 54 *supra*, encontra apoio no acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de junho de 1988, Grécia/Comissão (57/86, Colet., p. 2855, n.º 8), em que a distinção entre produtos nacionais e produtos dos outros Estados-Membros não é observada na análise do critério relativo à seletividade. Do mesmo modo, no acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de julho de 2004, Espanha/Comissão (C-501/00, Colet., p. I-6717, n.º 120), a distinção entre produtos nacionais e produtos dos outros Estados-Membros não é tomada em consideração no quadro do exame da seletividade da medida.
- 75 Resulta desta jurisprudência que a constatação da seletividade de uma medida assenta numa diferença de tratamento entre categorias de empresas abrangidas pela legislação de um mesmo Estado-Membro e não numa diferença de tratamento entre as empresas de um Estado-Membro e as dos outros Estados-Membros.
- 76 Resulta do que precede que o nexo, que se observa no considerando 129 da decisão impugnada referido no n.º 69 *supra*, entre exportação do capital e exportação dos bens permite unicamente, se for comprovado, levar à constatação de uma afetação da concorrência e das trocas comerciais e não à de uma seletividade da medida controvertida, a qual deve ser apreciada num âmbito nacional.
- 77 Em quarto lugar, não se pode deduzir dos precedentes jurisprudenciais que a Comissão invoca que os órgãos jurisdicionais da União já admitiram que uma medida fiscal seja qualificada de seletiva sem que se demonstre que a medida em causa favorecia uma categoria específica de empresas ou de produções, excluindo outras empresas ou outras produções.
- 78 Assim, o Tribunal de Justiça decidiu que uma taxa de redesconto preferencial à exportação, concedida por um Estado em benefício apenas dos produtos nacionais exportados com o objetivo de os auxiliar na concorrência, noutros Estados-Membros, com os produtos originários destes, constitui um auxílio (acórdão Comissão/França, referido no n.º 54 *supra*, n.º 20) e que o reembolso de juros sobre os créditos à exportação (acórdão Grécia/Comissão, referido no n.º 74 *supra*, n.º 8), bem como uma dedução fiscal que apenas aproveita às empresas que têm atividades de exportação e realizam determinados investimentos visados pelas medidas controvertidas (acórdão de 15 de julho de 2004, Espanha/Comissão, referido no n.º 74 *supra*, n.º 120), preenchem a condição de seletividade.
- 79 Nos três acórdãos acima referidos no n.º 78, a categoria das empresas beneficiárias permitindo concluir pela seletividade da medida em causa era constituída pela categoria das empresas exportadoras.

- 80 Ora, há que considerar que a categoria das empresas exportadoras, ainda que, do mesmo modo que, por exemplo, as empresas que produzem bens corpóreos (v. n.º 37 *supra*), seja extremamente vasta, reúne empresas que podem distinguir-se devido a características comuns associadas à sua atividade de exportação.
- 81 Portanto, a jurisprudência acima referida no n.º 78, relativa às empresas com atividades de exportação, não permite concluir que os órgãos jurisdicionais da União teriam admitido que uma medida fiscal seja qualificada de seletiva na falta de identificação de uma categoria específica de empresas ou de produções que possam ser distinguidas devido a características específicas.
- 82 Esta análise não é posta em causa pelo argumento da Comissão relativo ao facto de, no processo que deu origem ao acórdão de 15 de julho de 2004, Espanha/Comissão, referido no n.º 74 *supra*, a vantagem fiscal em causa abranger, designadamente, a aquisição de participações de sociedades estrangeiras. Com efeito, para poder beneficiar da vantagem em causa, as empresas deviam adquirir participações em sociedades diretamente associadas à atividade exportadora de bens ou de serviços. Além disso, o âmbito de aplicação da medida qualificada de seletiva pelo Tribunal de Justiça nesse processo não se limitava a tais aquisições de participações, mas incluía igualmente outras atividades de exportação: a criação de sucursais ou de estabelecimentos permanentes no estrangeiro, a constituição de filiais diretamente relacionadas com a atividade exportadora de bens ou de serviços, bem como os custos da publicidade relativa ao lançamento de produtos, à abertura e prospeção de mercados estrangeiros e à participação em feiras, exposições e outras manifestações similares. Por consequência, a vantagem obtida com a medida em causa no processo que deu origem ao referido acórdão estava, contrariamente ao que se passa, *a priori*, no presente caso, reservada a certas empresas, as que têm atividades de exportação.
- 83 Resulta das considerações precedentes que a Comissão não demonstrou, pelos fundamentos que invocou, que a medida controvertida fosse seletiva.
- 84 Ao considerar que a medida controvertida era seletiva, a Comissão fez pois uma aplicação errada do disposto no artigo 87.º, n.º 1, CE.
- 85 O fundamento em análise é, portanto, improcedente. Por consequência, o artigo 1.º, n.º 1, da decisão impugnada deve ser anulado, sem que seja necessário examinar os demais fundamentos invocados pela recorrente em apoio dos seus pedidos principais.

Quanto aos pedidos de anulação do artigo 4.º da decisão impugnada

- 86 Os pedidos da recorrente que têm especificamente por objeto o artigo 4.º da decisão impugnada têm por fundamento uma crítica do regime transitório previsto pela decisão impugnada para efeitos da recuperação do auxílio em causa. A recorrente contesta, em especial, a data que serve de referência para determinar os auxílios que podem ser objeto de uma recuperação. Com os seus pedidos «subsidiários» dirigidos contra este artigo, a recorrente visa pois limitar as possibilidades de recuperação dos auxílios que lhe foram concedidos no caso de não terem sido excluídas quaisquer possibilidades de recuperação com base nos pedidos principais. Assim, os pedidos principais da recorrente devem ser necessariamente compreendidos como destinados a obter a exclusão de quaisquer possibilidades de recuperação dos auxílios e, portanto, em qualquer caso, a anulação do artigo 4.º da decisão impugnada.
- 87 Além disso, seria essencialmente formalista considerar que a recorrente, com os seus pedidos principais, não visa obter a anulação do artigo 4.º da decisão impugnada, que é a base legal da recuperação do auxílio, quando a recorrente só tem legitimidade para impugnar essa decisão na

medida em que fica exposta ao risco de vir a ser objeto de uma medida de recuperação (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de junho de 2011, Comitato «Venezia vuole vivere» e o./Comissão, C-71/09 P, C-73/09 P e C-76/09 P, Colet., p. I-4727, n.º 56).

- 88 Consequentemente, há que considerar que, se a recorrente apresenta pedidos de anulação do artigo 4.º da decisão impugnada, que é relativo à recuperação do auxílio, apenas a «título subsidiário», pretende necessariamente obter, incluindo a título principal, a anulação da disposição que constitui a base legal da recuperação do auxílio de que beneficiou.
- 89 Ora, a procedência do fundamento anteriormente analisado relativo à inexistência de seletividade da medida controvertida implica a anulação não só do artigo 1.º, n.º 1, da decisão impugnada, o qual declara a existência do auxílio, mas igualmente do artigo 4.º da mesma decisão, o qual prevê a recuperação deste auxílio.

Quanto às despesas

- 90 Nos termos do artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão sido vencida, há que condená-la nas despesas, em conformidade com o pedido da recorrente.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Segunda Secção alargada)

decide:

- 1) **Os artigos 1.º, n.º 1, e 4.º da Decisão 2011/5/CE da Comissão, de 28 de outubro de 2009, relativa à amortização para efeitos fiscais da diferença relativamente ao valor do património (*financial goodwill*), em caso de aquisição de participações em empresas estrangeiras Processo C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) aplicada pela Espanha, são anulados.**
- 2) **A Comissão Europeia é condenada nas despesas.**

Martins Ribeiro

Forwood

Bieliūnas

Gervasoni

Madise

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 7 de novembro de 2014.

Assinaturas