



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
GIOVANNI PITRUZZELLA
apresentadas em 21 de janeiro de 2021¹

Processos apensos C-51/19 P e C-64/19 P

**World Duty Free Group, SA, anteriormente Autogrill España, SA
contra**

Comissão Europeia (C-51/19 P)

e

Reino de Espanha

contra

World Duty Free Group, SA, anteriormente Autogrill España, SA,

Comissão Europeia (C-64/19 P)

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Disposições relativas ao imposto sobre as sociedades que permitem às empresas com domicílio fiscal em Espanha amortizar o *goodwill* resultante de aquisições de participações em sociedades com domicílio fiscal no estrangeiro — Conceito de auxílio de Estado — Seletividade»

1. Os presentes processos apensos têm por objeto os recursos interpostos pela World Duty Free Group SA, anteriormente Autogrill España SA (a seguir «WDFG») (processo C-51/19 P) e pelo Reino de Espanha (processo C-64/19 P), respetivamente, contra o Acórdão de 15 de novembro de 2018, World Duty Free Group/Comissão² (a seguir «acórdão recorrido»), pelo qual o Tribunal Geral, com base no artigo 263.º TFUE, negou provimento ao recurso de anulação do artigo 1.º, n.º 1, 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 aplicada pela Espanha (a seguir «decisão impugnada»)³, e, a título subsidiário, do artigo 4.º dessa decisão, interposto pela WDFG.

2. Os presentes recursos fazem parte de uma série de oito processos que têm por objeto a anulação dos acórdãos do Tribunal Geral através dos quais foi negado provimento aos recursos interpostos por algumas sociedades espanholas da decisão impugnada ou da Decisão

¹ Língua original: italiano.

² T-219/10 RENV, EU:T:2018:784.

³ C-5/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) (JO 2011, L 7, p. 48).

2011/282/UE da Comissão, de 12 de janeiro de 2011, relativa à amortização para efeitos fiscais do *goodwill* financeiro, em caso de aquisição de participações em empresas estrangeiras aplicada pela Espanha (a seguir «Decisão de 12 de janeiro de 2011»)⁴.

I. Matéria de facto, medida controvertida e decisão impugnada

3. Em 10 de outubro de 2007, no seguimento de várias perguntas escritas que lhe tinham sido colocadas ao longo dos anos de 2005 e 2006 por membros do Parlamento Europeu e de uma denúncia de um operador privado que lhe fora dirigida em 2007, a Comissão Europeia deu início ao procedimento formal de investigação previsto no atual artigo 108.º, n.º 2, TFUE⁵ (a seguir «decisão de abertura»), relativamente ao dispositivo previsto no artigo 12.º, n.º 5, introduzido na Ley del Impuesto sobre Sociedades (Lei Espanhola do Imposto sobre as Sociedades) pela Ley 24/2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (Lei 24/2001, que Aprova Medidas Fiscais, Administrativas e de Ordem Social), de 27 de dezembro de 2001⁶, e retomado pelo 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 Aprova o Texto Adaptado da Lei do Imposto sobre as Sociedades, a seguir «TRLIS»), de 5 de março de 2004 (a seguir «medida controvertida»). A medida controvertida dispõe que, no caso de uma aquisição de participação numa «empresa estrangeira» por parte de uma empresa sujeita a tributação em Espanha, quando essa aquisição de participação seja de pelo menos 5 % e a participação em causa seja detida de forma ininterrupta durante pelo menos um ano, o *financial goodwill*^{7 8} daí resultante pode ser deduzido, sob a forma de amortização, do rendimento tributável do imposto sobre as sociedades a pagar pela empresa. A medida controvertida precisa que, para ser qualificada de «empresa estrangeira», uma sociedade tem de estar sujeita a um imposto idêntico ao imposto aplicável em Espanha e os seus rendimentos têm de provir essencialmente do exercício de atividades no estrangeiro.

4. Em 28 de outubro de 2009, a Comissão adotou a decisão impugnada, pela qual encerrou o procedimento formal de investigação no que se refere às aquisições de participações ocorridas no interior da União Europeia. Após ter assinalado, no considerando 19 dessa decisão, que «[p]or força dos princípios consignados no direito fiscal espanhol, com exceção da medida impugnada, o *goodwill* só pode ser amortizado na sequência de uma concentração de empresas que resulte de uma aquisição ou da contribuição dos ativos detidos por empresas independentes, ou ainda de uma operação de concentração ou cisão» e precisado, no considerando 20, que «[o] conceito de diferença relativamente ao valor do património (*financial goodwill*) previsto [na medida controvertida] introduz [...] no domínio das aquisições de ações uma noção normalmente utilizada na transmissão de ativos ou em operações de concentração de empresas», a Comissão

⁴ C-45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) aplicada pela Espanha (JO 2011, L 135, p. 1). Os demais processos nos quais apresento conclusões nesta mesma data são os processos apensos C-53/19 P, Banco Santander e Santusa/Comissão, e C-65/19 P, Espanha/Comissão, e os processos C-50/19 P, Sigma/Comissão, C-52/19 P, Banco Santander/Comissão, C-54/19 P, Axa Mediterranean/Comissão e C-55/19 P, Prosegur Compañía de Seguridad/Comissão.

⁵ JO 2007, C 311, p. 21 (a seguir «decisão de abertura»).

⁶ BOE n.º 61, de 11 de março de 2004, p. 10951.

⁷ O *financial goodwill* é definido no considerando 18 da decisão impugnada como o «valor de uma empresa comercial respeitada, incluindo as suas boas relações com os clientes, as competências dos funcionários e outros fatores semelhantes que venham a traduzir-se, no futuro, em receitas superiores às aparentemente previsíveis», correspondente ao «prémio pago pela aquisição de uma empresa, ou seja, o diferencial relativamente ao valor dos ativos que constituem essa empresa», que deve ser contabilizado, com base nos princípios contabilísticos espanhóis, como um ativo incorpóreo distinto logo que a empresa adquirente assumo o controlo da empresa-alvo.

⁸ O considerando 20 da decisão impugnada indica que a diferença relativamente ao valor do património (*financial goodwill*), tal como utilizada no sistema fiscal espanhol, corresponde ao *goodwill* que seria contabilizado se a empresa detentora da participação e a empresa-alvo procedessem a uma fusão.

considerou que a medida controvertida era seletiva na medida em que favorecia apenas certos grupos de empresas que efetuassem determinados investimentos no estrangeiro e que «este caráter específico não [era] justificado pela natureza do próprio regime» (v. considerando 89). Segundo a Comissão, essa conclusão deve ser considerada válida independentemente de o sistema de referência ser definido como «o conjunto de regras relativas ao tratamento fiscal da diferença relativamente ao valor do património (*financial goodwill*) ao abrigo do sistema fiscal espanhol» (v. considerandos 89 e 92 a 114) ou como o tratamento fiscal do *goodwill* resultante de um interesse económico adquirido numa empresa estabelecida fora do território espanhol (v. considerandos 89 e 115 a 119). No artigo 1.º, n.º 1, da decisão impugnada, a Comissão declarou «[o] regime de auxílios aplicado pela Espanha ao abrigo [da medida controvertida] [...] incompatível com o mercado comum no que respeita aos auxílios concedidos aos beneficiários em relação às aquisições intracomunitárias» e, no artigo 4.º, determinou a recuperação dos auxílios correspondentes às reduções de impostos concedidas com base nesse regime⁹.

5. A Comissão manteve aberto o procedimento formal de investigação quanto às aquisições de participações realizadas fora da União, aguardando elementos adicionais que as autoridades espanholas se tinham comprometido a fornecer. Esta fase do procedimento foi encerrada com a adoção da Decisão de 12 de janeiro de 2011, pela qual a Comissão declarou incompatível com o mercado interno o regime de auxílios aplicado pela Espanha por força da medida controvertida, também na parte em que se aplica a aquisições de participações em empresas estabelecidas fora da União.

II. Tramitação processual no Tribunal Geral e acórdão recorrido

6. Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 14 de maio de 2010, a WDFG interpôs recurso de anulação da decisão impugnada. Por Acórdão de 7 de novembro de 2014, Autogrill España/Comissão¹⁰, o Tribunal Geral julgou procedente o recurso com base na circunstância de a Comissão ter feito uma aplicação errada do pressuposto de seletividade previsto no artigo 107.º, n.º 1, TFUE (a seguir «Acórdão Autogrill España/Comissão»). O Tribunal Geral anulou igualmente a Decisão de 12 de janeiro de 2011 pelo Acórdão de 7 de novembro de 2014, Banco Santander e Santusa/Comissão¹¹ (a seguir «Acórdão Banco Santander e Santusa/Comissão»).

7. Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 19 de janeiro de 2015, a Comissão recorreu do Acórdão Autogrill España/Comissão. Esse recurso, registado sob o número C-20/15 P, foi apensado ao recurso registado sob o número C-21/15 P, que a Comissão tinha interposto do Acórdão Banco Santander e Santusa/Comissão. Por decisões do presidente do Tribunal de Justiça de 19 de maio de 2015, a República Federal da Alemanha, a Irlanda e o Reino de Espanha foram autorizados a intervir nos processos apensos em apoio da WDFG e do Banco Santander e da Santusa. Por Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/World Duty Free Group e o.¹² (a seguir «Acórdão WDFG»), o Tribunal de Justiça anulou o Acórdão Autogrill

⁹ O artigo 1.º, n.º 2, da decisão impugnada excluiu da declaração de incompatibilidade e da ordem de recuperação as reduções de impostos de que os beneficiários tivessem usufruído em relação às aquisições intracomunitárias em aplicação da medida controvertida «que estejam relacionadas com direitos detidos, direta ou indiretamente, em empresas estrangeiras que cumprissem as condições pertinentes do regime de auxílios em 21 de dezembro de 2007, com exceção da condição de deterem as participações há pelo menos um ano ininterruptamente». Com efeito, a Comissão considerou que até essa data (correspondente à da publicação no JOUE da decisão de dar início ao procedimento formal de investigação), os beneficiários da medida impugnada tinham confiança legítima na legalidade dessa medida (v. considerandos 165 a 168 da decisão impugnada).

¹⁰ T-219/10, EU:T:2014:939.

¹¹ T-399/11, EU:T:2014:938.

¹² C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981.

Espanha/Comissão, devolveu o processo ao Tribunal Geral e reservou para final a parte das despesas. O Tribunal de Justiça anulou igualmente o Acórdão Banco Santander e Santusa/Comissão.

8. Em 15 de novembro de 2018, o Tribunal Geral proferiu o acórdão recorrido, pelo qual negou provimento ao recurso da WDFG, condenou esta última a suportar as suas próprias despesas e as despesas da Comissão e decidiu que a República Federal da Alemanha, a Irlanda e o Reino de Espanha suportariam as respetivas despesas¹³.

III. Tramitação processual no Tribunal de Justiça e pedidos das partes

9. Por petições iniciais apresentadas na Secretaria do Tribunal de Justiça em 25 e 29 de janeiro de 2019, respetivamente, a WDFG e o Reino de Espanha interpuseram os presentes recursos.

10. No processo C-51/19, a WDFG pede a anulação do acórdão recorrido, a anulação da decisão impugnada na sequência do provimento do recurso que interpôs perante o Tribunal Geral e a condenação da Comissão nas despesas. O Reino de Espanha conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne julgar procedente o recurso da WDFG, anular o acórdão recorrido e condenar a Comissão nas despesas do processo. No processo C-64/19, o Reino de Espanha conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne anular o acórdão recorrido, anular o artigo 1.º, n.º 1, da decisão impugnada na parte em que declara que a medida controvertida constitui um auxílio de Estado e condenar em custas a Comissão. A República Federal da Alemanha pede, em ambos os processos, que seja dado provimento aos recursos. A Comissão pede, em ambos os processos, que seja negado provimento aos recursos e a condenação dos recorrentes nas despesas.

IV. Análise

A. Observações preliminares

1. Quanto à análise da seletividade das medidas fiscais

11. Para que uma medida nacional possa ser qualificada de auxílio de Estado, na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, deve ser suscetível de favorecer «certas empresas ou certas produções», ou seja, deve conceder uma vantagem seletiva ao seu beneficiário. A seletividade da vantagem é, portanto, um elemento constitutivo do conceito de «auxílio de Estado»¹⁴, cuja apreciação, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, impõe determinar se, no quadro de um dado regime jurídico, a medida nacional em causa é suscetível de favorecer certas empresas ou certas produções em relação a outras que se encontrem, à luz do objetivo prosseguido pelo referido regime, em situação factual e jurídica comparável¹⁵.

¹³ A República Federal da Alemanha, a Irlanda e o Reino de Espanha, tendo sido autorizados a intervir no processo relativo ao recurso perante o Tribunal de Justiça embora não tivessem intervindo originariamente perante o Tribunal Geral, figuram como intervenientes no processo retomado por este último na sequência da anulação e da remessa pelo Tribunal de Justiça.

¹⁴ Os presentes recursos suscitam questões que dizem unicamente respeito à seletividade material, e não à geográfica, que impõe determinar se o regime jurídico em questão é estabelecido ao nível do Estado ou a nível da entidade infraestatal em causa; v., a esse respeito, Acórdão de 6 de setembro de 2006, Portugal/Comissão (C-88/03, EU:C:2006:511, n.ºs 56 e 57).

¹⁵ V., *inter alia*, Acórdãos de 8 de novembro de 2001, Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, n.º 41), e de 6 de setembro de 2006, Portugal/Comissão (C-88/03, EU:C:2006:511, n.º 54), bem como Acórdão WDFG, n.º 54.

12. Também medidas nacionais que conferem um benefício fiscal¹⁶, embora não incluindo uma transferência de recursos do Estado, podem ser suscetíveis de preencher a condição de seletividade e de, por conseguinte, estar abrangidas pela proibição de auxílios prevista no artigo 107.º, n.º 1, TFUE, quando colocam os beneficiários numa situação mais favorável do que a dos outros contribuintes¹⁷. A característica dessas medidas, que contribui para tornar mais complexo o exame, entre outras coisas, da sua seletividade, reside no facto de as mesmas, diferentemente do que ocorre no que diz respeito às medidas de subvenção em sentido estrito, conferirem vantagens de carácter *negativo*, sob a forma de um alívio da carga fiscal a que, de outro modo, os beneficiários estariam sujeitos com base no regime fiscal que lhes seria normalmente aplicável.

13. Para o efeito da apreciação da seletividade, designadamente das medidas fiscais nacionais, o Tribunal de Justiça preparou um método de análise subdividido em três etapas distintas¹⁸. Elaborado e aperfeiçoado ao longo dos anos, esse método de análise foi recentemente sistematizado no Acórdão WDFG e finalmente confirmado nos Acórdãos de 28 de junho de 2018, Andres (Insolvência Heitkamp BauHolding)/Comissão¹⁹ (a seguir «Acórdão Andres») e de 19 de dezembro de 2018, A-Brauerei²⁰ (a seguir «Acórdão A-Braurei»).

14. O mesmo exige, num primeiro momento, identificar «o regime fiscal comum ou “normal” aplicável no Estado-Membro em causa», que funciona como «quadro» ou «sistema de referência»²¹ (primeira etapa) e, num segundo momento, demonstrar que a medida fiscal em causa derroga o referido regime comum, na medida em que introduz diferenciações entre operadores económicos que se encontram, à luz do objetivo prosseguido por esse regime comum, numa situação factual e jurídica comparável²² (segunda etapa). No decurso das duas primeiras etapas, a análise visa pois, essencialmente, por um lado, determinar um parâmetro de comparação e, por outro, delimitar a categoria de empresas que, por referência a esse parâmetro, se encontram numa situação factual e jurídica comparável à dos beneficiários da vantagem conferida pela medida nacional em apreço. Quando, no termo desta análise, aflor uma desigualdade de tratamento entre essas empresas, a medida deve ser considerada «*a priori* seletiva»²³. Em contrapartida, não constituem auxílios na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, na medida em que não está presente o carácter de seletividade, os benefícios fiscais resultantes de uma medida geral indistintamente aplicável a todos os operadores económicos²⁴. A prova da existência de uma desigualdade de tratamento e, por conseguinte, da seletividade *prima facie* da medida nacional, incumbe à Comissão.

15. Na terceira etapa, o Estado-Membro em causa tem a possibilidade de demonstrar que a desigualdade de tratamento que aflorou nas duas primeiras etapas «resulta da natureza ou da estrutura do sistema em que a medida em causa se insere» e que, por conseguinte, é

¹⁶ Já no Acórdão de 2 de julho de 1974, Itália/Comissão, 173/73, EU:C:1974:71173/73, n.º 28, o Tribunal de Justiça esclareceu que a natureza fiscal da medida em apreço não poderá justificar a não aplicação das regras em matéria de auxílios de Estado.

¹⁷ V. Acórdão WDFG, n.º 56 e jurisprudência referida.

¹⁸ Como o Tribunal de Justiça esclareceu, trata-se de um método cuja aplicação não se limita unicamente ao exame de medidas fiscais; v. Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, n.º 55).

¹⁹ C-203/16 P, EU:C:2018:505.

²⁰ C-374/17, EU:C:2018:1024.

²¹ V., *inter alia*, Acórdão Andres, n.ºs 80 e 88.

²² V. Acórdão WDFG, n.º 57 e jurisprudência referida (Acórdão de 8 de setembro de 2011, Paint Graphos e o., C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, n.º 49).

²³ V. Acórdão WDFG, n.º 58.

²⁴ V., *inter alia*, Acórdãos de 15 de dezembro de 2005, UniCredito Italiano (C-148/04, EU:C:2005:774, n.º 49), e de 19 de setembro de 2000, Alemanha/Comissão (C-156/98, EU:C:2000:467, n.º 22).

justificada²⁵. Esta fase é caracterizada por uma inversão do ónus da prova, como ocorre sempre que deva ser apreciada a existência de uma discriminação: cabe ao sujeito ao qual é atribuída a desigualdade de tratamento, neste caso o Estado-Membro em causa, demonstrar que esta tem uma justificação legítima e que a medida que a introduz tem caráter proporcionado.

16. Embora, nas suas esquematização e exposição, o método de análise acima descrito pareça linear, a sua aplicação concreta nem sempre é fácil e pode conduzir a soluções divergentes quanto à efetiva seletividade da medida examinada²⁶. Em várias ocasiões, o Tribunal de Justiça tem, aliás, realizado «ajustamentos» ou «esclarecimentos» que têm permitido ter em conta as características dos regimes fiscais examinados, privilegiando uma abordagem entendida como casuística e caracterizada por um grau de previsibilidade limitado. Nestas condições, além das aplicações práticas desse método e das distinções realizadas pela jurisprudência, parece-me que resultam desta última alguns critérios materiais que orientam o raciocínio do Tribunal de Justiça e influenciam cada uma das soluções adotadas.

17. Em primeiro lugar, na jurisprudência do Tribunal de Justiça, a partir do Acórdão de 15 de novembro de 2011, Comissão e Espanha/Government of Gibraltar e Reino Unido²⁷ (a seguir «Acórdão Gibraltar») foi gradualmente delineado, com crescente clareza, o estreito elo existente entre o conceito de seletividade e o de discriminação²⁸. Uma medida nacional é considerada seletiva caso a vantagem que a mesma prevê seja aplicada de modo discriminatório²⁹. Como o próprio Tribunal de Justiça declarou, no n.º 71 do Acórdão WDFG, o método de análise aplicável à seletividade em matéria fiscal consiste, no essencial, em verificar «se a exclusão de certos operadores da obtenção de um benefício fiscal resultante de uma medida que derroga um regime comum fiscal constitui um tratamento discriminatório quanto a estes»³⁰.

18. Em segundo lugar, o exame da seletividade de medidas fiscais deve ter em conta os *efeitos* das mesmas³¹. Isso implica, por um lado, que os objetivos prosseguidos pelo legislador fiscal nacional, extrínsecos ao sistema fiscal considerado, são relevantes unicamente para efeitos da identificação

²⁵ V., *inter alia*, Acórdãos de 2 de julho de 1974, Itália/Comissão (173/73, EU:C:1974:71, n.º 33); de 29 de abril de 2004, Países Baixos/Comissão (C-159/01, EU:C:2004:246, n.ºs 42 e 43); de 29 de março de 2012, 3M Italia (C-417/10, EU:C:2012:184, n.º 40); e Acórdão WDFG, n.º 58.

²⁶ Pense-se, como caso paradigmático, no processo que deu origem ao Acórdão Andres.

²⁷ C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732.

²⁸ V. n.º 101 do Acórdão Gibraltar, no qual o Tribunal de Justiça refere pela primeira vez o conceito de discriminação no contexto do exame da seletividade dos auxílios. No entanto, o paralelismo entre os dois conceitos tem as suas raízes em acórdãos mais antigos, como, em particular, o Acórdão de 8 de novembro de 2001, Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, n.º 41), no qual nasceu a ideia de que a seletividade deve ser verificada examinando a existência de uma desigualdade de tratamento entre grupos de empresas que se encontram numa situação comparável. Para uma afirmação expressa do elo entre seletividade e discriminação, v. Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, n.º 53).

²⁹ V., neste sentido, *inter alia*, Acórdãos de 28 de julho de 2011, Mediaset/Comissão (C-403/10 P, não publicado, EU:C:2011:533, n.º 36); de 14 de janeiro de 2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9, n.ºs 53 a 55); de 4 de junho de 2015, Comissão/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362, n.º 59); bem como Acórdãos Gibraltar, n.ºs 75 e 101, Andres, n.º 83, e WDFG, n.ºs 54, 86 e 93, e, de forma expressa, ainda que fora do âmbito do direito fiscal, Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, n.ºs 53 e 55).

³⁰ V., também, Acórdãos de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, n.º 53), proferido no mesmo dia que o Acórdão WDFG, e de 14 de janeiro de 2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9, n.º 53). A mesma posição encontra-se expressa em várias conclusões recentes de advogados-gerais; v., por exemplo, as Conclusões do advogado-geral N. Wahl nos processos Eventech (C-518/13, EU:C:2014:2239, n.º 35) e Comissão/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32, n.º 54), da advogada-geral J. Kokott no processo Finanzamt Linz (C-66/14, EU:C:2015:242, n.º 82), do advogado-geral M. Bobek no processo Bélgica/Comissão (C-270/15 P, EU:C:2016:289, n.º 29) e do advogado-geral M. Wathelet nos processos apensos Comissão/Banco Santander e Santusa (C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:624, n.º 80).

³¹ Em linha com jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, segundo a qual o artigo 107.º, n.º 1, TFUE não faz distinções consoante as causas ou os objetivos das intervenções estatais, antes definindo essas intervenções em função dos respetivos efeitos, v., *inter alia*, Acórdãos de 2 de julho de 1974, Itália/Comissão (173/73, EU:C:1974:71, n.º 27), de 22 de dezembro de 2008, British Aggregates/Comissão (C-487/06 P, EU:C:2008:757, n.ºs 85 e 89), e Gibraltar, n.º 87.

da categoria de sujeitos no âmbito da qual deve ser determinada a existência de uma desigualdade de tratamento, mas não em sede de justificação dessa diferenciação. Por outro lado, o exame da seletividade de uma medida fiscal abstrai da forma que assumam as medidas em apreço, para evitar que «normas fiscais nacionais deixem de estar sujeitas, desde logo, ao controlo em matéria de auxílios de Estado pelo simples facto de resultarem de outra técnica regulamentar, apesar de provocarem [...] [pelo ajustamento e pela conjugação de diversas normas fiscais,] os mesmos efeitos»³². A análise baseada nos efeitos da medida pode conduzir a que o Tribunal de Justiça reconheça a *seletividade de facto* de uma norma fiscal que, embora formalmente seja indistintamente aplicável a todos os operadores em causa, com base em critérios gerais e objetivos, introduz, em concreto, diferenciações injustificadas³³. A seletividade desse tipo de medidas, não derogatórias de um regime normal e, portanto, não *seletivas de jure*³⁴, não pode ser determinada por aplicação do método de análise em três etapas, como o Acórdão Gibraltar demonstra, mas exige que se verifique, em concreto, se da sua aplicação resulta uma carga fiscal diferenciada a favor das empresas beneficiárias, identificadas «em virtude das propriedades que lhes são específicas enquanto categoria privilegiada»³⁵.

19. Em terceiro lugar, perante a natural complexidade das legislações fiscais nacionais, construídas através de uma pluralidade de sistemas, regras e exceções, e nas quais os objetivos fiscais, económicos e sociais prosseguidos pelo legislador são concretizados através da introdução de diferenciações entre categorias de contribuintes, o Tribunal de Justiça faz, em substância, «uma análise da coerência»³⁶, interpretando a incoerência como indício de seletividade da medida em apreço. A análise da coerência é importante, quer no âmbito da segunda etapa do método de análise, na qual a definição das categorias de beneficiários e de sujeitos excluídos da vantagem é examinada à luz do objetivo do regime fiscal considerado, quer, quando a medida foi considerada *a priori* seletiva, no âmbito da terceira etapa, em sede de apreciação da justificação relativa à natureza ou à economia do sistema fiscal considerado invocada pelo Estado-Membro em causa. Além disso, também deve ser aplicado, como em seguida se verá melhor, um critério de coerência na determinação do sistema de referência e, por conseguinte, no âmbito da primeira etapa.

20. A análise da seletividade, como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, consiste, por conseguinte, numa apreciação do carácter discriminatório da medida em apreço, à luz tanto dos seus efeitos como da sua coerência com o sistema no qual se insere e independentemente quer dos objetivos prosseguidos pelo legislador fiscal, que são extrínsecos a esse sistema, quer da técnica regulamentar utilizada.

21. Metodologia à parte, resulta da jurisprudência, em particular quando examinada à luz da dialética divergente estabelecida, em várias ocasiões, entre o Tribunal de Justiça e o Tribunal Geral³⁷, uma tendência geral do primeiro para adotar uma interpretação extensiva da condição de seletividade em matéria fiscal, pelo menos na definição dos contornos e do alcance do

³² V. Acórdão Andres, n.º 91.

³³ V., *inter alia*, Acórdãos Gibraltar, n.º 101, e WDFG, n.º 67. Para uma definição de seletividade de facto, v. n.º 121 da Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, C/2016/2946 (JO 2016, C 262, p. 1; a seguir «Comunicação sobre a noção de auxílio estatal»).

³⁴ Segundo a Comunicação sobre a noção de auxílio estatal, a seletividade *de jure* «resulta diretamente dos critérios jurídicos para a concessão de uma medida que está formalmente reservada apenas a certas empresas» (v. n.º 121).

³⁵ Acórdão Gibraltar, n.ºs 91 e 93 e 103 a 107.

³⁶ V., neste sentido, as Conclusões apresentadas pela advogada-geral J. Kokott nos processos apensos ANGED (C-236/16 e C-237/16, EU:C:2017:854, n.º 82).

³⁷ V., por exemplo, os processos que deram origem aos Acórdãos de 22 de dezembro de 2008, British Aggregates/Comissão (C-487/06 P, EU:C:2008:757), de 8 de setembro de 2011, Comissão/Países Baixos (C-279/08 P, EU:C:2011:551), bem como os que deram origem aos Acórdãos Andres e WDFG.

conceito de «medida geral» suscetível de excluir o caráter seletivo do regime fiscal considerado³⁸. Essa orientação, que se explica provavelmente pela necessidade de evitar que a adoção de mecanismos fiscais sofisticados permita que os Estados-Membros eludam as normas em matéria de auxílios, não deixa de suscitar críticas, dado que restringe indiretamente a liberdade dos Estados-Membros na definição das opções de política fiscal e económica nacional³⁹, exigindo, em substância, que, em sede de apreciação da compatibilidade do auxílio à luz do artigo 107.º, n.º 3, TFUE, a Comissão proceda a um exame da legalidade, do ponto de vista do direito da União, dos objetivos prosseguidos pelos Estados-Membros com a adoção de medidas de fiscalidade direta. Embora efetivamente não existam dúvidas de que, no exercício das suas competências, os Estados-Membros são obrigados a respeitar o direito da União, inclusivamente as disposições em matéria de auxílios públicos, o Tribunal de Justiça, no entanto, declarou reiteradamente que, «não existindo normas da União na matéria, é da competência dos Estados-Membros ou das entidades infraestatais que disponham de autonomia fiscal a designação das bases tributáveis e a repartição da carga fiscal entre os diferentes fatores de produção e os diferentes setores económicos»⁴⁰. É designadamente neste delicado equilíbrio de competências que se situa o complexo exame da seletividade dos auxílios fiscais.

22. As alegações apresentadas pela WDFG e pelo Reino de Espanha serão, em seguida, examinadas à luz dos critérios acima enunciados e das considerações desenvolvidas até este ponto. No entanto, antes de iniciar esse exame importa ainda esclarecer o alcance do Acórdão WDFG e a sua relevância para a análise dos presentes recursos.

2. Quanto às implicações do Acórdão WDFG do Tribunal de Justiça para efeitos da apreciação dos presentes recursos

23. No Acórdão Autogrill España/Comissão, pelo qual anulou a decisão impugnada, o Tribunal Geral considerou, em primeiro lugar, 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 apreço e que, quando esta é potencialmente acessível a todas as empresas, como no caso da medida controvertida, a seletividade não pode resultar da mera constatação de que foi criada uma exceção a um regime comum ou «normal» de tributação⁴¹. Em segundo lugar, o Tribunal Geral considerou que uma diferenciação fiscal não permitia, por si só, concluir no sentido da existência de um auxílio, mas que, para esse efeito, era igualmente necessário identificar uma categoria específica de empresas que pudessem ser reconhecidas em razão de propriedades específicas⁴². Por último, o Tribunal Geral rejeitou os argumentos da Comissão baseados na jurisprudência relativa aos auxílios de Estado à exportação, tendo

³⁸ V., neste sentido, Acórdãos Gibraltar e WDFG. No entanto, a identificação, em concreto, do caráter discriminatório do regime em apreço, dada, nomeadamente, a dificuldade do exame, deixa espaço a soluções mais restritivas, v., por exemplo, ainda que não em matéria fiscal, o Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971).

³⁹ V., por exemplo, as Conclusões dos advogados-gerais J. Kokott no processo Finanzamt Linz (C-66/14, EU:C:2015:242, n.ºs 113 a 115) e H. Saugmandsgaard Ø e no processo A-Brauerei (C-374/17, EU:C:2018:741, n.ºs 74 a 81). V., ainda, as posições defendidas pela Irlanda, pela Espanha e pela Alemanha no processo que deu origem ao Acórdão WDFG, conforme expostas no n.º 52 desse acórdão, e também, como em seguida se verá melhor, a resistência que o Governo alemão manifestou, nas suas observações no presente processo, a acolher a solução adotada pelo Tribunal de Justiça no referido acórdão.

⁴⁰ V. Acórdão de 26 de abril de 2018, ANGED (C-236/16, EU:C:2018:291, n.º 38 e jurisprudência referida).

⁴¹ V., em particular, n.ºs 44, 45, 53 e 62 do Acórdão Autogrill España/Comissão.

⁴² V. n.ºs 67 e 68 do Acórdão Autogrill España/Comissão.

declarado que, nos precedentes invocados pela Comissão⁴³, o Tribunal de Justiça tinha porém identificado uma categoria de empresas beneficiárias que se distinguiam devido a características comuns⁴⁴.

24. No Acórdão WDFG, o Tribunal de Justiça acolheu as duas alegações apresentadas pela Comissão, com vista, a primeira, a contestar a obrigação, que lhe tinha sido imposta pelo Tribunal Geral, de determinar um grupo de empresas que têm características próprias, a fim de demonstrar o carácter seletivo de uma medida nacional, e, a segunda, a contestar a interpretação feita pelo Tribunal Geral da jurisprudência em matéria de auxílios à exportação. Quanto à primeira alegação, o Tribunal de Justiça, depois de ter recordado o método de análise da seletividade em três etapas acima exposto, considerou que a medida controvertida, dado que era suscetível de beneficiar todas as empresas com domicílio fiscal em Espanha que efetuavam operações de aquisição de participações de, pelo menos, 5 % em empresas com o domicílio fiscal fora deste Estado-Membro, podia ser considerada um auxílio de Estado e que incumbia à Comissão demonstrar que esta medida, não obstante conferir uma vantagem de alcance geral, conferia o seu benefício exclusivo a certas empresas ou a certos setores de atividade⁴⁵. Em seguida, o Tribunal de Justiça constatou que o raciocínio do Tribunal Geral assentava numa aplicação errada da condição de seletividade e que, tratando-se de uma medida nacional que confere um benefício fiscal de alcance geral, este critério está preenchido quando a Comissão conseguir demonstrar que a referida medida derroga o sistema fiscal comum ou «normal» aplicável no Estado-Membro em causa, introduzindo, através dos seus efeitos concretos, um tratamento diferenciado entre operadores, quando os operadores a quem for concedido o benefício fiscal e os que dele forem excluídos se encontrem, à luz do objetivo prosseguido pelo referido regime fiscal desse Estado-Membro, numa situação factual e jurídica comparável⁴⁶. Segundo o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral tinha, pois, cometido um erro de direito ao concluir que a medida controvertida não devia ser considerada uma medida seletiva, mas uma medida geral, por não visar nenhuma categoria particular de empresas ou de produções, por a sua aplicação ser independente da natureza da atividade das empresas ou por ser acessível, *a priori* ou potencialmente, a todas as empresas que pretendessem obter participações de pelo menos 5 % em sociedades estrangeiras e que detivessem essas participações de maneira interrupta durante pelo menos um ano⁴⁷. O Tribunal de Justiça precisou igualmente que, ao contrário do que o Tribunal Geral decidiu, o eventual carácter seletivo da medida controvertida não era posto em causa pelo facto de o requisito essencial para a obtenção do benefício fiscal conferido por essa medida visar uma operação económica, mais especificamente uma «operação puramente financeira», que não é acompanhada de um montante mínimo de investimento e que é independente da natureza da atividade das empresas beneficiárias⁴⁸. Assim, o Tribunal de Justiça concluiu que o Tribunal Geral tinha incorretamente criticado as conclusões da Comissão quanto à seletividade da medida controvertida, sem verificar se esta última tinha efetivamente analisado e demonstrado o carácter discriminatório desta medida⁴⁹. Quanto à segunda alegação apresentada pela Comissão, no que é relevante para efeitos dos presentes processos, o Tribunal de Justiça considerou que o Tribunal Geral tinha cometido um erro de direito ao considerar que a jurisprudência relativa aos auxílios à exportação, na qual a Comissão se baseava, não era aplicável

⁴³ Trata-se dos Acórdãos de 10 de dezembro de 1969, Comissão/França (6/69 e 11/69, não publicado, EU:C:1969:68), de 7 de junho de 1988, Grécia/Comissão (57/86, EU:C:1988:284), e de 15 de julho de 2004, Espanha/Comissão (C-501/00, EU:C:2004:438).

⁴⁴ V. n.ºs da 79 a 81 do Acórdão Autogrill España/Comissão.

⁴⁵ V. n.º 62 do Acórdão WDFG.

⁴⁶ V. n.º 67 do Acórdão WDFG.

⁴⁷ V. n.º 69 do Acórdão WDFG.

⁴⁸ V. n.º 81 do Acórdão WDFG.

⁴⁹ V. n.º 93 do Acórdão WDFG.

no caso em apreço. No n.º 119 do Acórdão WDFG, o Tribunal de Justiça declarou que o método de análise da seletividade em três etapas acima exposto se aplica «plenamente aos auxílios fiscais à exportação», tendo precisado que uma medida como a medida controvertida pode ser considerada seletiva se beneficiar as empresas que realizam operações transfronteiriças, em especial operações de investimento, em detrimento de outras empresas que, encontrando-se numa situação factual e jurídica comparável, à luz do objetivo prosseguido pelo regime fiscal em causa, efetuam operações da mesma natureza no território nacional.

25. O Acórdão WDFG dá, sem dúvida, um contributo importante para a definição do conceito de seletividade dos auxílios fiscais. Com base nesse acórdão, uma medida nacional pode ser seletiva mesmo quando não identifique *ex ante* uma categoria particular de beneficiários e mesmo quando todas as empresas estabelecidas no território do Estado-Membro em causa, independentemente da sua dimensão, forma jurídica, setor de atividade ou outras características próprias, tenham potencialmente acesso à vantagem prevista por essa medida, desde que procedam a um determinado tipo de investimento⁵⁰. A abordagem adotada pelo Tribunal de Justiça, que leva a procurar uma eventual discriminação também em medidas que se apresentam como indistintamente aplicáveis e que estabelecem uma vantagem jurídica e factualmente acessível a todas as empresas, não é partilhada por aqueles que veem numa aplicação rígida do método de análise em três etapas, não atenuada pela aplicação contextual de um critério baseado na disponibilidade geral do benefício fiscal, uma ampliação excessiva do conceito de auxílio e uma corrosão da competência dos Estados-Membros em matéria de fiscalidade direta⁵¹. Inserem-se nesta corrente as observações do Governo alemão, que militam a favor de uma restrição do alcance do Acórdão WDFG e da sua contextualização.

26. Nesta sede, limito-me a observar que, embora seja verdade que, no Acórdão WDFG, o Tribunal de Justiça decidiu num contexto específico, caracterizado pela existência de uma medida em certos aspetos equiparável às medidas de apoio à exportação, em relação às quais o Tribunal de Justiça é tradicionalmente mais rígido quanto à sua qualificação como auxílios, considero que, no entanto, o alcance desse acórdão não pode ser excessivamente relativizado, dado que o mesmo, tanto pela técnica de redação utilizada, como pelas confirmações de que foi objeto nas decisões do Tribunal de Justiça que se lhe seguiram, incluindo em Grande Secção⁵², se apresenta como um acórdão doutrinário que, ao reafirmar o método de análise da seletividade em três etapas, precisa que qualquer regime que estabeleça condições para a obtenção de um benefício fiscal, mesmo que, eventualmente, seja potencialmente acessível a todas as empresas, pode revelar-se seletivo, caso conduza a um tratamento diferenciado de empresas que se encontram numa situação jurídica e factual comparável.

27. Nestas condições, saliento que, para efeitos da apreciação dos presentes recursos, a importância do Acórdão WDFG é bastante reduzida. Com efeito, por um lado, nenhuma das alegações apresentadas pelos recorrentes visa contestar os fundamentos do acórdão recorrido

⁵⁰ Até ao Acórdão WDFG, a possibilidade de considerar seletiva uma vantagem indistintamente acessível a todas as empresas, embora condicionada à realização de uma determinada operação, parecia deparar com um obstáculo no limite constituído pela não seletividade de princípio das medidas gerais. No referido acórdão, o Tribunal de Justiça esclareceu que, pelo contrário, para efeitos da apreciação do caráter seletivo de uma medida, também é relevante a desigualdade de tratamento que pode ser atribuída ao comportamento da empresa beneficiária. Em meu entender, trata-se do aspeto mais delicado do Acórdão WDFG, que o Tribunal Geral, não ao acaso e não sem um tom veladamente crítico, pretendeu salientar nos n.ºs 82 e 83 do acórdão recorrido.

⁵¹ V. Conclusões do advogado-geral H. Saugmandsgaard Øe no processo A-Brauerei (C-374/17, EU:C:2018:741, n.ºs 74 a 81). V., também, Conclusões da advogada-geral J. Kokott nos processos apensos ANGED (C-236/16 e C-237/16, EU:C:2017:854, n.º 85), que tentam relativizar o alcance do acórdão sublinhando a natureza de incentivo à exportação da medida controvertida.

⁵² V., em particular, o Acórdão A-Brauerei, no qual o Tribunal de Justiça, embora tendo sido alertado pelo advogado-geral H. Saugmandsgaard Øe (v. C-374/17, EU:C:2018:741, n.º 115) em relação às consequências de uma interpretação restritiva do Acórdão WDFG, confirmou a abordagem feita no mesmo também fora do contexto específico no qual tinha sido adotado.

através dos quais o Tribunal Geral, ao rejeitar os argumentos em que a WDFG alegava o caráter geral da medida controvertida, aplicou os princípios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça nesse acórdão⁵³. Por outro lado, nesse acórdão, embora tenha baseado o seu raciocínio na premissa segundo a qual a Comissão tinha constatado a seletividade da medida controvertida com base no seu caráter derogatório e na desigualdade de tratamento entre empresas residentes que a mesma estabelecia, o Tribunal de Justiça não tomou posição sobre nenhum destes dois aspetos, que, pelo contrário, são centrais nos presentes recursos⁵⁴. Por outras palavras, o Tribunal de Justiça limitou-se a confirmar o método de análise aplicado pela Comissão para demonstrar o caráter seletivo da medida controvertida, e não o resultado dessa aplicação, que, pelo contrário, é objeto de debate nos presentes processos apensos. Daqui se conclui que a argumentação desenvolvida pelo Governo alemão na sua resposta, na medida em que tende a criticar a escolha, no caso em apreço, do método de análise da seletividade em três etapas baseado na discriminação, em detrimento do método baseado na «disponibilidade geral» do benefício fiscal, é irrelevante para efeitos da apreciação dos presentes recursos.

B. Quanto aos presentes recursos

28. Em apoio dos seus recursos, a WDFG e o Reino de Espanha invocam um fundamento único, relativo a um erro na interpretação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, no que diz respeito ao critério da seletividade. Ambos os fundamentos se subdividem em várias partes: quatro a título principal e duas a título subsidiário, no que diz respeito ao fundamento único invocado pela WDFG, e quatro, no que diz respeito ao fundamento único invocado pelo Reino de Espanha.

29. As alegações apresentadas no âmbito das quatro partes invocadas pela WDFG a título principal e das quatro partes em que se divide o fundamento único invocado pelo Reino de Espanha coincidem ou sobrepõem-se, em grande medida⁵⁵. Essas alegações podem, portanto, ser agrupadas e examinadas em conjunto. Em seguida, examinarei as partes do fundamento único invocadas pela WDFG a título subsidiário.

1. Quanto à primeira parte do fundamento único invocado pela WDFG e à primeira e à segunda parte do fundamento único invocado pelo Reino de Espanha: erro na determinação do sistema de referência

a) Quanto à admissibilidade

30. As alegações apresentadas pela WDFG e pelo Reino de Espanha no âmbito da primeira parte do fundamento único invocado pela WDFG e da primeira e da segunda parte do fundamento único invocado pelo Reino de Espanha são relativas à primeira etapa da análise da seletividade, que, como se viu, visa determinar o sistema de referência. A Comissão considera que essas alegações são inadmissíveis na sua totalidade, dado que o recurso interposto pela WDFG perante o Tribunal Geral não incluía qualquer alegação relativa a supostos erros na determinação do

⁵³ V. n.ºs 77 a 89 do acórdão recorrido.

⁵⁴ Assinalo, porém, que existem interpretações diferentes do Acórdão WDFG [v. Conclusões dos advogados-gerais N. Wahl no processo Andres/Comissão (C-203/16 P, EU:C:2017:1017, n.º 107) e J. Kokott nos processos apensos ANGED (C-236/16 e C-237/16, EU:C:2017:854, n.º 85)], segundo as quais o Tribunal de Justiça teria tomado posição sobre o quadro de referência ou sobre a seletividade da medida controvertida.

⁵⁵ Na sua resposta no âmbito do processo C-51/19, o Reino de Espanha sublinha que o recurso da WDFG coincide substancialmente com o seu fundamento único e com o raciocínio desenvolvido no âmbito do mesmo.

sistema de referência. Permitir que os recorrentes apresentem alegações novas em sede de recurso significaria autorizar que os mesmos submetam ao Tribunal de Justiça um litígio mais amplo do que aquele que foi submetido ao Tribunal Geral.

31. Em meu entender, a exceção de inadmissibilidade suscitada pela Comissão deve ser julgada improcedente.

32. É verdade que, segundo jurisprudência constante, invocada pela Comissão, no âmbito de um recurso de uma decisão do Tribunal Geral, a competência do Tribunal de Justiça encontra-se limitada à apreciação da solução jurídica dada aos fundamentos e aos argumentos debatidos perante o Tribunal Geral e que, portanto, em princípio, uma parte não pode invocar pela primeira vez no Tribunal de Justiça um fundamento que não apresentou no Tribunal Geral⁵⁶.

33. Contudo, o Tribunal de Justiça esclareceu que um recorrente pode invocar, no seu recurso, fundamentos que se baseiem no próprio acórdão recorrido e que se destinem a criticá-lo juridicamente⁵⁷.

34. Por conseguinte, no caso em apreço, mesmo admitindo que, como a Comissão sustenta, as alegações apresentadas pela WDFG e pelo Reino de Espanha nos seus recursos constituam «fundamentos novos» em relação aos fundamentos invocados pela WDFG no seu recurso perante o Tribunal Geral⁵⁸, tal não basta, por si só, para que sejam declarados inadmissíveis. Com efeito, uma vez que no acórdão recorrido foi examinada a questão de saber se, na primeira etapa do método de análise da seletividade, a Comissão tinha identificado corretamente o regime fiscal de referência⁵⁹, é legítimo que a WDFG e o Reino de Espanha critiquem juridicamente as constatações efetuadas a esse respeito pelo Tribunal Geral, independentemente do facto de não terem desenvolvido, em primeira instância, uma argumentação que visasse, especificamente, contestar a decisão da Comissão nesse aspeto.

35. Além disso, faço notar que os argumentos apresentados pela WDFG e pelo Reino de Espanha nas partes dos seus fundamentos únicos aqui em apreço contêm uma crítica precisa e detalhada dos fundamentos do acórdão recorrido e visam, em grande medida, contestar o respeito dos limites e as regras de exercício da fiscalização jurisdicional por parte do Tribunal Geral. Consequentemente, tais argumentos não poderiam ter sido apresentados no âmbito do processo perante o Tribunal Geral⁶⁰.

⁵⁶ V., *inter alia*, Acórdãos de 1 de fevereiro de 2007, Sison/Conselho (C-266/05 P, EU:C:2007:75, n.º 95), e de 28 de fevereiro de 2019, Alfamicro/Comissão (C-14/18 P, EU:C:2019:159, n.º 38).

⁵⁷ V. Acórdãos de 29 de novembro de 2007, Stadtwerke Schwäbisch Hall e o./Comissão (C-176/06 P, não publicado, EU:C:2007:730, n.º 17); de 10 de abril de 2014, Comissão/Siemens Österreich e o. (C-231/11 P a C-233/11 P, EU:C:2014:256, n.º 102); de 20 de dezembro de 2017, EUIPO/European Dynamics Luxembourg e o. (C-677/15 P, EU:C:2017:998, n.º 28); de 6 de setembro de 2018, República Checa/Comissão (C-4/17 P, EU:C:2018:678, n.º 24); e, por último, de 26 de fevereiro de 2020, SEAE/Alba Aguilera e o. (C-427/18 P, EU:C:2020:109, n.º 54).

⁵⁸ A esse respeito, saliento que, nos n.ºs 32 e 33 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral indicou que a segunda alegação do primeiro fundamento de recurso invocado pela WDFG era relativa a «erro na identificação do sistema de referência» e que essa alegação se apoiava numa argumentação global, suscetível de ser aplicada também ao terceiro fundamento, relativo ao caráter justificado da medida controvertida em face da natureza e do sistema em que se insere. No n.º 94 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral explica que a argumentação da WDFG o leva «a questionar-se sobre a relevância do quadro de referência escolhido pela Comissão no caso presente».

⁵⁹ V. n.ºs 92 a 141 do acórdão recorrido.

⁶⁰ V., neste sentido, Acórdão de 1 de junho de 2006, P & O European Ferries (Vizcaya) e Diputación Foral de Vizcaya/Comissão (C-442/03 P e C-471/03 P, EU:C:2006:356, n.º 60).

36. Por conseguinte, com base nas observações precedentes, considero que a primeira parte do fundamento único invocado pela WDFG e a primeira e a segunda parte do fundamento único invocado pelo Reino de Espanha devem ser declaradas admissíveis.

b) Quanto ao mérito

1) Observações preliminares

37. Na Comunicação sobre a noção de auxílio estatal, a Comissão define o sistema de referência como «um conjunto coerente de regras que são, em geral, aplicáveis — com base em critérios objetivos — a todas as empresas abrangidas pelo seu âmbito de aplicação, definido pelo seu objetivo»⁶¹. No entanto, convém sublinhar que, até à data, essa definição não foi adotada pelo Tribunal de Justiça, que continua a definir o sistema de referência como «o sistema fiscal comum ou “normal” aplicável no Estado-Membro em causa»⁶².

38. Dada a complexidade dos sistemas tributários nacionais e a multiplicidade de variáveis que influenciam a determinação da carga fiscal das empresas, foi sublinhada por algumas das partes a dificuldade de identificar, em concreto, um tal «regime comum», bem como a aleatoriedade do resultado dessa operação⁶³. Perante essas dificuldades e partindo da constatação da impossibilidade de determinar um sistema de referência único, chegou-se a negar carácter decisivo a essa operação e, ao invés, a concentrar a atenção na desigualdade de tratamento criada pela medida em causa⁶⁴ ou a propor o regresso a um sistema baseado no conceito de medida geral⁶⁵.

39. Embora a determinação do sistema de referência continue a ser, indiscutivelmente, uma das operações mais complexas no âmbito do exame do critério da seletividade — dada também a relutância do Tribunal de Justiça em definir critérios exatos que permitam orientar a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros nessa tarefa⁶⁶ — a orientação já consolidada na jurisprudência do Tribunal de Justiça, que tende a equiparar o conceito de seletividade ao de discriminação, não permite que se prescindia dessa operação nem que seja negada a sua importância. Com efeito, qualquer procura de uma discriminação deve ser conduzida à luz de um *tertium comparationis*, ou seja, de um parâmetro de referência em relação ao qual se possa averiguar a existência de uma desigualdade de tratamento não justificada. Ora, o sistema fiscal de referência, considerado à luz do seu objetivo, constitui esse parâmetro no juízo de seletividade⁶⁷, razão pela qual me parece, aliás, que a sua centralidade — salientada, por diversas vezes, pelo próprio Tribunal de Justiça, com particular referência ao exame de medidas fiscais⁶⁸ — não pode ser posta em causa⁶⁹.

⁶¹ N.º 133.

⁶² V. Acórdão WDFG, n.º 57. O sublinhado é meu.

⁶³ O advogado-geral H. Saugmandsgaard Øe, nas Conclusões que apresentou no processo A-Brauerei, n.ºs 121 a 140, explicou, de modo particularmente eficaz, essas dificuldades. V., também, as Conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo Andres/Comissão (C-203/16 P, EU:C:2017:1017, n.ºs 101 a 105).

⁶⁴ V. Conclusões da advogada-geral J. Kokott nos processos apensos ANGED (C-236/16 e C-237/16, EU:C:2017:854, n.º 88).

⁶⁵ V. Conclusões do advogado-geral H. Saugmandsgaard Øe no processo A-Brauerei.

⁶⁶ V. Conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo Andres/Comissão (C-203/16 P, EU:C:2017:1017, n.º 101).

⁶⁷ V., neste sentido, Acórdão Andres, n.º 89.

⁶⁸ A esse respeito, o Tribunal de Justiça salientou que «a própria existência de uma vantagem só pode ser afirmada em relação a uma imposição dita “normal”»; v., neste sentido, Acórdãos de 6 de setembro de 2006, Portugal/Comissão, C-88/03 (EU:C:2006:511, n.º 56); de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, n.º 55); e Andres, n.ºs 88 e 89.

⁶⁹ No entanto, já tive oportunidade de precisar *supra* que isto é válido em relação a medidas seletivas *de jure*, não sendo o método de análise em três etapas aplicável no caso de medidas seletivas de facto.

40. Mas com base em que critérios importa determinar esse sistema?

41. Na minha opinião, antes de mais, é fundamental que a operação de identificação das regras que o constituem seja levada a cabo com base em critérios objetivos, também para permitir uma fiscalização jurisdicional das apreciações em que a referida operação assenta.

42. Além disso, embora a reconstituição objetiva da carga fiscal das empresas relevantes para efeitos da determinação do sistema de referência possa, por vezes, exigir que sejam tomadas em consideração disposições que não fazem parte do regime fiscal específico no qual se insere a medida contestada⁷⁰, é importante que o resultado dessa operação não se dilua numa construção abstrata⁷¹. Nesse sentido, em meu entender, cabe partir da premissa segundo a qual é o Estado-Membro em causa que define, mediante o exercício das suas competências exclusivas em matéria de fiscalidade direta, o sistema de referência. Como em seguida se verá melhor, isto não quer dizer que no âmbito do procedimento de exame da seletividade de uma medida nacional a Comissão seja, em qualquer caso, obrigada a adotar o sistema de referência indicado pelo Estado-Membro em causa como base da sua análise, sem o poder contestar, mas apenas que esse sistema consiste num conjunto de regras e princípios extraídos do regime fiscal de um Estado-Membro e que é com base nesse regime que o mesmo deve ser determinado.

43. Por último, de acordo com a definição adotada na Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal, as regras identificadas como fazendo parte do sistema de referência devem constituir um conjunto coerente. A esse respeito, convém sublinhar que a exigência de coerência opera, ao mesmo tempo, como limite para a Comissão e como elemento no qual esta se pode basear para contestar o sistema de referência proposto pelo Estado-Membro em causa.

44. Objetividade, caráter concreto e coerência são, pois, os critérios em que deve assentar a determinação do sistema de referência no âmbito da primeira etapa da análise da seletividade de uma medida fiscal nacional. É ainda necessário procurar delinear um método que permita tornar essa determinação menos aleatória⁷².

45. Nessa perspetiva, não me parece que o caminho a seguir seja necessariamente o de uma simplificação excessiva. Com efeito, no que diz respeito às medidas que fazem parte do regime geral do imposto sobre as sociedades de um Estado-Membro, é inegável que o Tribunal de Justiça adotou uma abordagem lata⁷³. Porém, em meu entender, essa conclusão não deve levar, de forma automática, a identificar nesse regime o sistema de referência para a apreciação das referidas medidas, como parece transparecer das observações escritas da Comissão e como também foi proposto na doutrina⁷⁴. Embora, na maioria dos casos, seja esse o resultado, considero que não é metodologicamente correto proceder por automatismo, com a consequência de destituir de qualquer relevância concreta a primeira e a segunda etapa do exame da seletividade no que respeita a toda uma categoria de medidas fiscais. Isto não quer, no entanto, dizer que, em função

⁷⁰ Como no processo que deu origem ao Acórdão de 8 de setembro de 2011, Comissão/Países Baixos (C-279/08 P, EU:C:2011:551).

⁷¹ O Tribunal de Justiça já teve oportunidade de precisar, no Acórdão Andres (n.º 103), que a seletividade de uma medida fiscal não pode ser justamente apreciada com base num quadro de referência constituído por algumas disposições artificialmente retiradas de um quadro legislativo mais alargado.

⁷² Estou perfeitamente consciente da dificuldade dessa tarefa e da solidez dos argumentos daqueles que consideram que o sistema de referência não é (e não pode ser) mais do que o resultado de uma escolha subjetiva. Contudo, dada a centralidade que esse conceito adquiriu na análise da seletividade de medidas fiscais, considero mais útil procurar encontrar uma forma de «conviver» com o mesmo, em lugar de continuar a assinalar as dificuldades objetivas na sua aplicação prática.

⁷³ V. Conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo Andres/Comissão (C-203/16 P, EU:C:2017:1017, n.º 106).

⁷⁴ Neste sentido, v. Ismer R. e S. Piotrowski, *Selectivity in Corporate Tax Matters After World Duty Free: A Tale of Two Consistencies Revisited*, Intertax, 2018, pp. 156 a 158.

do tipo de medida em causa e do regime fiscal no qual a mesma se insira, a determinação do sistema de referência não possa ser orientada, como em seguida se verá melhor, por critérios parcialmente diferentes.

46. À luz das considerações precedentes, em meu entender, a determinação do sistema de referência deve partir necessariamente da análise da medida controvertida e, mais particularmente, das diferenciações entre empresas que essa medida estabelece mediante a aplicação dos critérios que a mesma define.

47. A determinação dos critérios com base nos quais a situação de uma empresa se distingue da de outra, e, por conseguinte, é sujeita a um regime fiscal diferente, está abrangida pela margem de discricionariedade de que o legislador nacional dispõe. As regras em matéria de auxílios operam como limite a essa discricionariedade, intervindo nos casos em que situações que apresentam características de homogeneidade são sujeitas a regimes cuja aplicação origina uma discriminação no gozo de um benefício fiscal. Neste contexto, tomar como ponto de partida da análise da seletividade as diferenciações entre empresas que decorrem da aplicação da medida em exame permite conferir um caráter concreto à operação de determinação do sistema de referência.

48. Da análise dessas medidas e dos efeitos da respetiva aplicação podem, com efeito, ser identificados os grupos de empresas entre os quais se opera uma diferenciação e o elemento no qual essa diferenciação se concretiza. Por outras palavras, esse exame permite estabelecer «entre quem» se instaura a diferença de tratamento e «a respeito de quê». Essa diferença pode, em particular, dizer respeito a aspetos da disciplina de um determinado instituto jurídico ou a um regime tributário específico ou ainda inserir-se no sistema fiscal geral do Estado-Membro.

49. Nesse contexto, a operação de identificação do sistema de referência será geralmente mais fácil nos casos em que a diferenciação entre empresas seja feita no quadro de um regime fiscal *ad hoc* — por exemplo, um imposto ecológico recém-criado — como nos processos que deram origem aos Acórdãos de 26 de abril de 2018, ANGED⁷⁵ (a seguir «Acórdão ANGEND») e de 22 de dezembro de 2008, British Aggregates/Comissão⁷⁶ (a seguir «Acórdão British Aggregates»). Com efeito, nesses casos, essa diferenciação, quer seja inerente à sujeição ao imposto, quer seja relativa às suas regras de aplicação, ocorre em relação a um conjunto de regras específico e distinto, constituído pelo regime fiscal em causa. Esse conjunto de regras constitui o sistema de referência para a apreciação da seletividade da medida. Pelo contrário, são mais complexos os casos nos quais a medida em exame faz parte de um ou mais subsistemas no âmbito de um regime fiscal geral pré-existente, como nos processos que deram origem aos Acórdãos Andres e A-Brauerei, ou se apresente como uma norma autónoma. Nesses casos, partindo da medida em exame, cabe remontar ao conjunto de regras que disciplina o caso concreto, procedendo de modo a que esse conjunto resulte ao mesmo tempo coerente e completo. O mesmo poderá corresponder ao regime fiscal geral considerado no seu conjunto ou a um dos seus subsistemas, ou ainda ser identificado com a própria medida, quando esta assuma a forma de uma norma com uma lógica jurídica própria e não seja possível identificar um conjunto de regras coerente fora dela. Se a medida em exame for indissociável do sistema fiscal geral do Estado-Membro em causa é a esse sistema que cumpre fazer referência.

⁷⁵ C-236/16 e C-237/16, EU:C:2018:291.

⁷⁶ C-487/06 P, EU:C:2008:757.

50. Por último, considero que a determinação do sistema de referência deve realizar-se, garantindo ao Estado-Membro interessado o contraditório, à luz do conteúdo, da estrutura, da articulação sistemática e das inter-relações entre as normas em apreço e não à luz dos objetivos prosseguidos pelo legislador nacional. Quer porque, metodologicamente, a identificação desses objetivos é realizada numa etapa diferente e posterior à da determinação do sistema de referência, quer para, como acima foi avançado, permitir que essa determinação seja o mais objetiva possível⁷⁷.

51. À luz das considerações precedentes, passo a examinar as alegações apresentadas pelos recorrentes no âmbito das partes dos respetivos fundamentos únicos em apreço.

2) *Quanto à primeira alegação da primeira parte do fundamento único invocado pela WDFG e à primeira parte do fundamento único invocado pelo Reino de Espanha*

52. Com a primeira alegação da primeira parte do seu fundamento único e com a primeira parte do seu fundamento único, respetivamente, a WDFG e o Reino de Espanha defendem que o Tribunal Geral substituiu os fundamentos da decisão impugnada ao utilizar um sistema de referência diferente daquele que tinha sido adotado pela Comissão. Enquanto esta tinha indicado como sistema de referência as regras respeitantes ao tratamento fiscal da diferença relativamente ao valor do património (*financial goodwill*), o Tribunal Geral, com base numa análise materialmente diferente daquela que a Comissão tinha efetuado, incluiu nesse sistema também o tratamento fiscal do *goodwill* não financeiro⁷⁸.

53. A esse respeito, recordo que, no âmbito da fiscalização da legalidade referida no artigo 263.º TFUE, o Tribunal de Justiça e o Tribunal Geral são competentes para conhecer dos recursos com fundamento em violação de formalidades essenciais, violação do Tratado FUE ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou com fundamento em desvio de poder. O artigo 264.º TFUE prevê que, se o recurso tiver fundamento, o ato impugnado será anulado. O Tribunal de Justiça e o Tribunal Geral não podem, por conseguinte, substituir a fundamentação do autor do ato impugnado pela sua própria fundamentação⁷⁹. No entanto, no Acórdão de 27 de janeiro de 2000, DIR International Film e o./Comissão⁸⁰, o Tribunal de Justiça precisou que «no âmbito de um recurso de anulação, o Tribunal Geral pode ser levado a interpretar a fundamentação do ato impugnado de uma forma diferente do seu autor, ou mesmo, em certas circunstâncias, a recusar a fundamentação formal feita por este», embora isso seja excluído «quando nenhum elemento material justifica esse procedimento»⁸¹.

54. A alegação dos recorrentes, segundo a qual o Tribunal Geral tinha tomado como base da sua análise um sistema de referência diferente daquele que a Comissão tinha adotado na decisão impugnada, não parece, à primeira vista, destituída de fundamento. Com efeito, como a WDFG e o Reino de Espanha corretamente observam no considerando 96 da decisão impugnada, a

⁷⁷ Como as Conclusões do advogado-geral H. Saugmandsgaard Øe no processo A-Brauerei (C-374/17, EU:C:2018:741, n.ºs 149 a 159) demonstram, a tomada em consideração dos objetivos do legislador introduz um elemento de subjetividade (ulterior) na determinação do sistema de referência, além de tornar a operação extremamente mais complexa. Assinalo que, por outro lado, na parte da fundamentação do acórdão do Tribunal de Justiça relativa à determinação do sistema de referência não há nenhum traço do intenso debate acerca dos objetivos das normas relevantes, que o advogado-geral H. Saugmandsgaard Øe refere nas suas conclusões.

⁷⁸ A WDFG refere-se, em particular, aos n.ºs 92 e 140 do acórdão recorrido.

⁷⁹ V. Acórdãos de 27 de janeiro de 2000, DIR International Film e o./Comissão (C-164/98 P, EU:C:2000:48, n.º 38); de 22 de dezembro de 2008, British Aggregates/Comissão (C-487/06 P, EU:C:2008:757, n.º 141); e de 24 de janeiro de 2013, Frucona Košice/Comissão (C-73/11 P, EU:C:2013:32, n.º 89).

⁸⁰ C-164/98 P, EU:C:2000:48.

⁸¹ N.º 42.

Comissão indica como «quadro de referência adequado para a avaliação da medida em questão» «as regras respeitantes ao *tratamento fiscal da diferença relativamente ao valor do património* (financial goodwill)»⁸² do sistema espanhol de tributação geral do rendimento das sociedades. Pelo contrário, nos n.ºs 70, 92 e 140 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral indica que a Comissão tomou como quadro de referência na sua análise da seletividade o *tratamento fiscal do goodwill*, precisando, no n.º 92, que a mesma «não circunscreveu esse quadro unicamente ao tratamento fiscal do financial goodwill».

55. Contudo, após uma análise mais aprofundada, não considero que o Tribunal Geral tenha cometido nenhuma desvirtuação da decisão impugnada, nem que tenha procedido a uma substituição dos fundamentos dessa decisão. A alegação em apreço concentra-se numa diferença de terminologia entre a decisão impugnada e o acórdão recorrido que, ao contrário do que os recorrentes afirmam e como a Comissão, pelo contrário, corretamente sublinha, não corresponde à identificação de dois sistemas de referência materialmente diferentes.

56. Para nos apercebermos da convergência substancial de resultados entre a análise da Comissão e a interpretação que o Tribunal Geral faz da mesma, há que fazer referência ao considerando 89 da decisão impugnada, retomado pelo Tribunal Geral no n.º 70 do acórdão recorrido. Nessa passagem, a Comissão, antecipando a conclusão a que chega no final da sua análise quanto à seletividade, responde aos argumentos do Governo espanhol segundo os quais o sistema de referência devia ser circunscrito ao tratamento fiscal da diferença relativamente ao valor do património resultante da aquisição de uma participação numa sociedade estabelecida fora do território espanhol. A mesma afirma claramente que, em seu entender, a medida controvertida «deve ser avaliada à luz das disposições gerais do sistema de tributação das sociedades aplicáveis às situações em que a existência de *goodwill* dá origem a um benefício fiscal» e precisa que a sua posição se explica porque considera que «as situações em que a diferença relativamente ao valor do património (*financial goodwill*) pode ser amortizada não abrangem todos os tipos de contribuintes numa situação factual e jurídica semelhante».

57. Em meu entender, o raciocínio desenvolvido pela Comissão é linear. O ponto de partida é a conclusão segundo a qual a norma controvertida prevê a amortização do *goodwill* decorrente da aquisição de uma participação apenas no caso de se tratar de participações numa sociedade estabelecida fora do território espanhol. Essa conclusão levou a Comissão a questionar-se sobre a possibilidade de a medida controvertida ser seletiva na medida em que introduz uma discriminação em relação às empresas que realizam operações de aquisição semelhantes, mas em sociedades estabelecidas em Espanha. Por conseguinte, o sistema de referência para efeitos da avaliação da seletividade deve incluir as normas que regulam o tratamento fiscal do *goodwill* decorrente dessas aquisições. Ora, como resulta do considerando 89 acima referido, a Comissão parte da premissa segundo a qual, com base nos princípios dos sistemas contabilístico e fiscal espanhóis, são aplicáveis à diferença relativamente ao valor do património (*financial goodwill*) resultante da aquisição de participações em empresas estabelecidas em Espanha regras semelhantes às que regulam o *goodwill* em geral⁸³, com base nas quais este deve ser contabilizado como um ativo incorpóreo distinto logo que a empresa adquirente assuma o controlo da empresa

⁸² O sublinhado é meu.

⁸³ A esse respeito, saliento que, no considerando 22 da decisão impugnada, a Comissão considera o artigo 89.º, n.º 3, do TRLIS, que regula a amortização da diferença relativamente ao valor do património (*financial goodwill*) resultante da aquisição de participações em empresas estabelecidas em Espanha em caso de concentração de empresas, de uma aplicação do artigo 11.º, n.º 4, do TRLIS, que estabelece as condições para a amortização do *goodwill* resultante de uma aquisição para efeitos da determinação da matéria coletável do imposto sobre o rendimento das sociedades.

adquirida⁸⁴ e só pode ser amortizado na sequência de uma concentração de empresas⁸⁵. Neste sentido milita expressamente o considerando 99 da decisão impugnada, no qual a Comissão afirma que, para efeitos do sistema fiscal espanhol, o *goodwill*, entendido em geral e, portanto, não só como *financial goodwill*, «apenas pode ser contabilizado em separado após uma concentração de empresas», precisando logo em seguida que, «[q]uando a aquisição da atividade de uma empresa se processa por via da aquisição de ações da empresa [...], apenas existe *goodwill* se posteriormente a empresa adquirente concentrar as suas atividades com as da empresa adquirente, sobre a qual passará a exercer o controlo». De modo ainda mais explícito, no considerando 100 da decisão impugnada, a Comissão afirma que «permitir que a diferença relativamente ao valor do património (*financial goodwill*), que corresponde ao *goodwill* que seria contabilizado em caso de concentração das empresas, seja indicada em separado — sem sequer ter havido uma concentração de empresas — constitui uma derrogação do sistema de referência», precisando logo em seguida que «a derrogação não se deve ao período de tempo ao longo do qual a diferença relativamente ao valor do património (*financial goodwill*) é amortizada em comparação com o período aplicável ao *goodwill* tradicional, mas sim ao tratamento diferente que é aplicado às transações nacionais e transfronteiras».

58. Por isso, na lógica da decisão impugnada, quando, nos considerandos 92 a 96 dessa decisão, a Comissão designa como sistema de referência as «regras relativas ao tratamento fiscal da diferença relativamente ao valor do património (*financial goodwill*)», refere-se, além das regras especificamente aplicáveis à amortização do *goodwill* no caso de aquisição de participações, às normas do «sistema espanhol de tributação geral do rendimento das sociedades», que regulam a amortização do *goodwill* em geral, na medida em que fornecem um quadro pertinente de apreciação dessas regras.

59. Ora, além da diferença na terminologia que é utilizada na decisão impugnada e no acórdão recorrido, e mesmo admitindo que a fundamentação deste último sobre este aspeto poderia ter sido mais explícita, resulta das considerações precedentes que o sistema de referência adotado pelo Tribunal Geral não difere daquele que foi indicado pela Comissão. Por conseguinte, o Tribunal Geral não substituiu a fundamentação da decisão impugnada pela sua própria fundamentação, nem desvirtuou o seu conteúdo ou a interpretou de forma errada. A interpretação adotada nos n.ºs 70, 92 e 140 do acórdão recorrido encontra justificação em elementos substanciais da decisão impugnada.

60. Pelos motivos expostos *supra*, considero, por conseguinte, que a primeira alegação da primeira parte do fundamento único invocado pela WDFG e a primeira parte do fundamento único invocado pelo Reino de Espanha devem ser julgadas improcedentes.

3) *Quanto à segunda alegação da primeira parte do fundamento único invocado pela WDFG e à segunda parte do fundamento único invocado pelo Reino de Espanha*

61. Com a segunda alegação da primeira parte do seu fundamento único e com a segunda parte do seu fundamento único, respetivamente, a WDFG e o Reino de Espanha invocam dois fundamentos específicos de impugnação diferentes.

⁸⁴ V. considerando 18 da decisão impugnada.

⁸⁵ V. considerando 19 da decisão impugnada.

62. Com o primeiro fundamento específico de impugnação, que a WDFG invoca a título principal, os recorrentes acusam o Tribunal Geral de ter substituído a fundamentação da decisão impugnada pela sua própria fundamentação ao excluir que a medida controvertida pudesse constituir um sistema de referência autónomo. Os mesmos sustentam, em substância, que a Comissão rejeitou a hipótese de um sistema de referência autónomo, constituído pela medida controvertida, apoiando-se unicamente na alegada inexistência de obstáculos jurídicos às operações de concentração transfronteiras, ao passo que o Tribunal Geral, nos n.ºs 127 a 140 do acórdão recorrido, se teria baseado numa argumentação completamente diferente.

63. A esse respeito, saliento, como fez o Tribunal Geral no n.º 70 do acórdão recorrido, que, no considerando 89 da decisão impugnada, a Comissão entendeu que o sistema de referência não se podia limitar ao tratamento fiscal do *financial goodwill* instituído pela medida controvertida, uma vez que essa medida só beneficiava as empresas que procediam a aquisições de participações em sociedades não residentes e que, para apreciar a existência de uma discriminação em relação às empresas que procediam ao mesmo tipo de aquisições, mas em sociedades residentes, era necessário considerar as «disposições gerais do sistema de tributação das sociedades aplicáveis às situações em que a existência de *goodwill* [ava] origem a um benefício fiscal [...]». Nos considerandos 92 a 96 da decisão impugnada, nos quais se baseia a alegação dos recorrentes relativa a uma suposta substituição de fundamentos, a Comissão limitou-se a responder às observações apresentadas pelas autoridades espanholas, as quais tinham posto em causa o sistema de referência provisoriamente identificado na decisão de abertura, alegando, entre outras coisas, que, dado que as empresas que adquirem participações em empresas estrangeiras se encontram numa situação factual e jurídica diferente da das empresas que adquirem participações em sociedades residentes, a medida controvertida devia ser considerada um sistema de referência autónomo. Após ter declarado que a base factual em que essa argumentação assentava não era suficientemente apoiada, a Comissão confirmou o sistema de referência conforme determinado na decisão de abertura.

64. Quanto ao considerando 117 da decisão impugnada, também invocado pela WDFG, assinalo que o mesmo figura numa parte da análise da seletividade que a Comissão desenvolve «a título suplementar» em relação à análise constante dos considerandos 92 a 114 e que a mesma situa sob a epígrafe «[a]nálise da medida em questão sob o prisma de um sistema de referência constituído pelo tratamento do *goodwill* nas transações com países terceiros»⁸⁶. Ora, apesar dessa localização sistemática, resulta da leitura do considerando 117 acima referido que as conclusões contidas no mesmo se inscrevem, antes de mais, numa perspetiva de apreciação da comparabilidade das situações das empresas que beneficiam da vantagem prevista na medida controvertida e daquelas que são excluídas da mesma, perspetiva essa que, como se viu, é inerente à segunda etapa da análise quanto à seletividade, ou numa perspetiva de apreciação da existência de uma justificação da «diferença no tratamento fiscal de operações respeitantes a participações em empresas espanholas ([...]) [e as] operações que envolvam países terceiros», que, pelo contrário, é inerente à terceira etapa. Em meu entender, o mesmo pode ser afirmado quanto aos considerandos 114 e 115 da Decisão de 12 de janeiro de 2011, para os quais o Reino de Espanha remete, como, aliás, resulta claramente do considerando 113 que os precede, no qual a Comissão precisa que «analisou a legislação de diversos países terceiros meramente com vista a comprovar as alegações das autoridades espanholas sobre a existência de obstáculos jurídicos expressos às concentrações transfronteiras, *sem que este exame represente de modo algum um reconhecimento do facto de tais obstáculos serem suscetíveis de justificar um sistema de referência distinto no caso em consideração*»⁸⁷. Ao contrário do que o Reino de Espanha afirma, a via

⁸⁶ V. considerando 89 e subtítulo A.2 da decisão impugnada.

⁸⁷ O sublinhado é meu.

procedimental seguida pela Comissão, examinando numa decisão diferente a situação das empresas que investem em sociedades estáveis fora da União Europeia, justifica-se plenamente numa ótica de apreciação da comparabilidade entre essas empresas e aquelas que investem em sociedades residentes em Espanha ou de apreciação da existência de uma justificação da desigualdade de tratamento entre estas duas categorias de empresas, e é perfeitamente compatível com a manutenção de um quadro de referência mais amplo em relação àquele que é constituído pela medida controvertida.

65. Por isso, ao contrário do que sustentam os recorrentes, não foi por não ter reconhecido obstáculos às concentrações transfronteiriças que a Comissão excluiu que a medida controvertida pudesse constituir o sistema de referência correto, e que devia ser tido em consideração para efeitos da análise da seletividade, mas sim porque entendeu que essa medida devia ser apreciada à luz de um conjunto de regras mais vasto, que incluía tanto as regras aplicáveis à amortização do *financial goodwill* em caso de aquisições de participações em sociedades residentes, como os princípios aplicáveis à amortização do *goodwill* em geral, com os quais, segundo a Comissão, essas regras se conformavam ao prever a dedutibilidade do *goodwill* apenas se a aquisição fosse seguida de uma concentração de empresas. Em meu entender, essa conclusão é confirmada pelos considerandos 17 a 22 da decisão de abertura, à qual a Comissão faz referência várias vezes, ao rejeitar os argumentos do Reino de Espanha, nos considerandos 92 a 96 da decisão impugnada.

66. Com base nas considerações precedentes, entendo, pois, que o primeiro fundamento específico de impugnação assente numa alegada substituição de fundamentos que o Tribunal Geral teria realizado nos n.ºs 127 a 140 do acórdão recorrido deve ser julgado improcedente.

67. Com o segundo fundamento específico de impugnação, que a WDFG invoca a título subsidiário, os recorrentes alegam que o raciocínio «substitutivo» desenvolvido pelo Tribunal Geral para excluir que a medida controvertida possa constituir um sistema de referência autónomo está viciado por um erro de direito. Por um lado, observam que a medida controvertida tem por objetivo garantir a neutralidade fiscal no que diz respeito a aquisições de participações em Espanha e no estrangeiro e que a sua finalidade não pode, por isso, reduzir-se a solucionar um problema pontual, como, por sua vez, o Tribunal Geral teria declarado no n.º 139 do acórdão recorrido. Por outro lado, alegam que o raciocínio do Tribunal Geral conduz a uma apreciação da seletividade de uma medida de forma diferente consoante o legislador nacional tenha decidido criar um imposto distinto ou alterar um imposto geral e, portanto, em função da técnica legislativa utilizada.

68. Resulta do n.º 94 do acórdão recorrido que o raciocínio desenvolvido pelo Tribunal Geral nos n.ºs 95 a 141 desse acórdão pretende responder ao argumento da WDFG segundo o qual, devido a obstáculos às concentrações transfronteiriças, a Comissão deveria ter indicado como sistema de referência a medida controvertida.

69. Esse raciocínio pode ser subdividido em três partes.

70. A primeira parte, que inclui os n.ºs 95 a 108, aborda, em geral, a questão da metodologia aplicável à determinação do sistema de referência, no âmbito da primeira fase do exame da seletividade. No n.º 98, o Tribunal Geral afirma que a delimitação material desse sistema é feita, em princípio, em ligação com a medida analisada e, no n.º 102, precedido de uma análise dos

Acórdãos de 8 de setembro de 2011, *Paint Graphos e o.*⁸⁸ (a seguir «Acórdão *Paint Graphos*»), e de 8 de setembro de 2011, *Comissão/Países Baixos*⁸⁹ (a seguir «Acórdão *Comissão/Países Baixos*»), conclui que, «para além da existência de uma relação entre o objeto da medida em causa e o objeto do regime normal, o exame do caráter comparável das situações abrangidas por essa medida e das situações abrangidas por esse regime permite igualmente delimitar materialmente o alcance desse regime». O Tribunal Geral prossegue indicando, nos n.ºs 103 e 104, que, dado que é a comparabilidade dessas situações que permite também concluir pela existência de uma derrogação, quando as situações abrangidas pela medida controvertida são tratadas de forma diferente das que são abrangidas pelo regime normal, um «raciocínio de conjunto sobre as duas primeiras etapas do método [de análise da seletividade] pode, em certos casos, levar a determinar simultaneamente o regime normal e a existência de uma derrogação».

71. Na segunda parte do seu raciocínio, que compreende os n.ºs 109 a 125 do acórdão recorrido, aplicando a metodologia exposta nos n.ºs 95 a 108 desse acórdão, o Tribunal Geral examinou se, tendo em conta o objetivo do regime normal identificado pela Comissão, as empresas que adquirem participações em sociedades residentes e as que adquirem participações em sociedades não residentes estão em situações jurídicas e factuais comparáveis. Esse exame de comparabilidade, que, por regra, é efetuado no âmbito da segunda etapa da análise quanto à seletividade, é, pois, antecipado para a primeira etapa e o Tribunal Geral faz depender do seu resultado a delimitação correta do sistema de referência (n.º 109 do acórdão recorrido). No final desse exame, o Tribunal Geral chega à conclusão de que «as empresas que adquirem participações em sociedades não residentes estão, em face do objetivo prosseguido pelo tratamento fiscal do *goodwill*, numa situação jurídica e factual comparável à das empresas que adquirem participações em sociedades residentes» (n.º 122 do acórdão recorrido) e que foi com razão que a Comissão teve em conta, «no âmbito do regime normal, o tratamento fiscal do *goodwill* e não o tratamento fiscal do *financial goodwill* instituído pela medida controvertida» (n.º 123 do acórdão recorrido). Após assinalar que essa medida, «ao permitir a amortização do *goodwill* em aquisições de participações em sociedades não residentes sem que tenha havido concentração de empresas, dá a essas operações um tratamento diferente daquele que se aplica às aquisições de participações em sociedades residentes, apesar de esses dois tipos de operações se encontrarem, à luz do objetivo prosseguido pelo regime normal, em situações jurídicas e factuais comparáveis» (n.º 124 do acórdão recorrido), o Tribunal Geral encerra esta parte do seu raciocínio julgando improcedente a argumentação da WDFG, não só na parte que visava contestar a delimitação do sistema de referência feita no âmbito da primeira etapa da análise da seletividade, mas também na parte relativa à declaração do caráter derogatório da medida controvertida, que deve ser efetuada no âmbito da segunda etapa, confirmando «a existência de relações entre essas duas etapas, ou mesmo por vezes, como no caso, de um raciocínio comum» (n.º 125 do acórdão recorrido).

72. Por último, na terceira parte do seu raciocínio, que compreende os n.ºs 126 a 141, o Tribunal Geral analisa a questão de saber se «não obstante a existência de um regime fiscal, em relação com a medida controvertida e à luz de cujo objetivo as operações que não beneficiam dessa medida se encontram em situação comparável às operações que dele beneficiam, há que verificar ainda se a medida controvertida poderá, tendo em conta as suas características próprias e, portanto, independentemente de qualquer análise comparativa, constituir, só por si, um quadro de referência autónomo».

⁸⁸ C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550.

⁸⁹ C-279/08 P, EU:C:2011:551.

73. Os recorrentes não apresentam alegações que visem contestar a metodologia exposta pelo Tribunal Geral nos n.ºs 95 a 108 do acórdão recorrido. A esse respeito, limitar-me-ei, pois, a observar que a confusão entre a primeira e a segunda etapa que resulta desses números não me parece conforme, nem com os Acórdãos *Paint Graphos*⁹⁰ e *Comissão/Países Baixos*⁹¹, nos quais o Tribunal Geral se baseou, nem com a jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça, que distingue claramente entre essas etapas e faz preceder a delimitação do sistema de referência da identificação do objetivo desse sistema e esta última da determinação das empresas que se encontram numa situação comparável à das empresas beneficiárias da medida controvertida. Em meu entender, essa confusão, provavelmente induzida pela estrutura da decisão impugnada e da argumentação da WDFG, complica, de forma acrescida, o já complexo quadro que resulta da jurisprudência em matéria de análise da seletividade das medidas fiscais. Como se viu *supra*⁹², embora seja importante que a determinação do sistema de referência se realize em ligação com a medida em exame e com as diferenciações que a mesma introduz, essa determinação deve ser feita do modo mais objetivo possível, ou seja, sem ter em conta, logo nesta etapa, o objetivo presumido do referido sistema ou a efetiva comparabilidade entre a situação das empresas beneficiárias da medida em exame e a das empresas que, pelo contrário, são excluídas da mesma.

74. Os argumentos apresentados pelos recorrentes no âmbito das alegações em análise e que visam contestar a segunda parte do raciocínio do Tribunal Geral, ou seja, os n.ºs 109 a 125 do acórdão recorrido, serão tratados no contexto das partes dos respetivos fundamentos únicos especificamente consagradas à contestação da definição do objetivo do sistema de referência.

75. No que concerne os argumentos relativos à terceira parte desse raciocínio, ou seja, os n.ºs 126 a 141 do acórdão recorrido, considero que os mesmos devem ser rejeitados.

76. Em primeiro lugar, ao contrário dos recorrentes, entendo que a análise que levou o Tribunal Geral a concluir que a medida controvertida não podia constituir um quadro de referência autónomo «tendo em conta as suas características próprias»⁹³, não se baseia na técnica legislativa escolhida pelo legislador espanhol, o qual, para instituir o regime controvertido, não procedeu à adoção de uma lei fiscal especial, mas limitou-se a alterar a lei que regula o imposto sobre as sociedades.

⁹⁰ No n.º 49 desse acórdão, que constitui uma primeira formulação do método de análise em três etapas, o Tribunal de Justiça expõe aquilo que foi depois retomado, de forma constante, na jurisprudência posterior, ou seja, que, num primeiro tempo, é identificado o regime fiscal comum ou «normal» e só num segundo tempo é estabelecido o eventual caráter derogatório da medida em exame, em relação a esse regime, verificando se essa medida introduz diferenciações entre empresas que se encontram, à luz do objetivo prosseguido pelo referido regime, numa situação factual e jurídica comparável. Nos n.ºs 50 a 62 seguintes desse acórdão, o Tribunal de Justiça seguiu rigorosamente esse método, tendo, num primeiro momento, identificado no imposto sobre as sociedades o regime jurídico de referência (n.º 50) e, num segundo momento, estabelecido o caráter derogatório da isenção desse imposto prevista a favor das cooperativas (n.ºs 51 e 52) e apreciado a questão de saber se a situação dessas sociedades podia ser considerada comparável à das sociedades comerciais (n.ºs 54 a 62). Por último, o Tribunal de Justiça referiu também, no n.º 64, o objeto da terceira etapa do exame da seletividade.

⁹¹ No Acórdão *Comissão/Países Baixos*, embora com um menor rigor esquemático, o Tribunal de Justiça aplica um método de análise semelhante ao do Acórdão *Paint Graphos*, identificando, num primeiro momento, o sistema de referência na legislação nacional que estabelece, para as empresas cujas atividades provoquem emissões de NO_x, obrigações em matéria de limite ou de redução dessas emissões (n.º 64) e constatando, num segundo momento, que, relativamente ao objetivo de gestão do ambiente e da poluição atmosférica dessa legislação, as empresas beneficiárias da medida em exame e as que são excluídas da mesma, mas que são sujeitas a obrigações semelhantes de redução das emissões de NO_x, se encontram numa situação comparável. V., igualmente, as Conclusões do advogado-geral P. Mengozzi no processo *Comissão/Países Baixos* (C-279/08 P, EU:C:2010:799, n.ºs 43 e 44).

⁹² V. n.º 50 das presentes conclusões.

⁹³ V. n.º 126.

77. Com efeito, foi com base no objetivo e nos efeitos da medida controvertida, e não em meras considerações de caráter formal, que o Tribunal Geral, por um lado, declarou que essa medida constituía apenas «uma modalidade particular de aplicação de um imposto mais vasto»⁹⁴ e não instituía «um regime fiscal claramente delimitado, que prossegue objetivos específicos e [...] se distingue [...] de qualquer outro regime fiscal»⁹⁵, e, por outro, salientou que a referida medida constituía «uma exceção à regra geral de que só as concentrações de empresas podem levar à amortização do *goodwill*».

78. A esse respeito, recorro que, sendo embora certo que, como os recorrentes observam, o Tribunal de Justiça declarou que «não basta o recurso à técnica regulamentar utilizada para definir o quadro de referência pertinente para efeitos de análise do requisito relativo à seletividade, salvo para privilegiar de forma decisiva a forma das intervenções estaduais nos seus efeitos»⁹⁶, o mesmo também precisou, no n.º 77 do Acórdão WDFG, que a circunstância de uma medida fiscal apresentar um caráter derogatório em relação a um regime fiscal comum é absolutamente pertinente para efeitos da análise da sua seletividade, quando daí decorra que duas categorias de operadores sujeitos a um tratamento diferenciado são distinguidas e essas duas categorias se encontram numa situação comparável à luz do objetivo prosseguido pelo referido regime⁹⁷. Não se pode, pois, censurar o Tribunal Geral por se ter baseado em considerações unicamente atinentes à técnica legislativa, quando o mesmo deu relevância ao caráter, em seu entender, derogatório da medida controvertida. Além disso, observo que, no Acórdão Andres, foi precisamente por não ter reconhecido que o sistema de referência definido pela Comissão constituía uma exceção a uma regra de aplicação geral que o Tribunal de Justiça anulou o acórdão do Tribunal Geral recorrido no processo que deu origem àquele acórdão.

79. O último período do n.º 137 do acórdão recorrido, ao enunciar que a medida controvertida «[n]ão constitui [...] uma reforma autónoma do imposto sobre as sociedades face a esse regime», veio confirmar a abordagem não meramente formalista seguida pelo Tribunal Geral, o qual admite implicitamente que, apesar da técnica legislativa utilizada pelo legislador espanhol, a referida medida teria podido constituir um regime autónomo se tivesse preenchido as exigências materiais necessárias para esse efeito. Ao contrário do que a WDFG afirma, nada permite concluir que a lógica adotada pelo Tribunal Geral o teria conduzido a uma análise diferente da seletividade se o legislador espanhol tivesse instituído impostos diferentes e independentes para as aquisições de participações nacionais e no estrangeiro, em vez de alterar o imposto sobre as sociedades. Pelo contrário, o Tribunal Geral aparentemente considerou, em linha com o que acima sustentei, que a identificação do sistema de referência deve reconstruir a carga fiscal que recai sobre as empresas beneficiárias da medida em exame e a daquelas que se consideram sujeitas a um tratamento discriminatório por aplicação da medida em exame, quer as mesmas estejam abrangidas pelo mesmo regime geral quer estejam incluídas em leis fiscais especiais.

80. Em segundo lugar, na medida em que os recorrentes contestam a referência às Conclusões do advogado-geral J.-P. Warner no processo Itália/Comissão⁹⁸ (a seguir «conclusões do advogado-geral J.-P. Warner»), constante dos n.ºs 129 e 130 do acórdão recorrido, saliento que, pelo contrário, os seus argumentos não visam criticar, em si mesma, a afirmação que o Tribunal Geral extrai dessas conclusões, segundo a qual uma medida fiscal não pode constituir um sistema

⁹⁴ V. n.º 134 do acórdão recorrido.

⁹⁵ V. n.º 127 do acórdão recorrido.

⁹⁶ V. Acórdão Andres, n.º 92.

⁹⁷ V., também, n.º 93 do Acórdão Andres.

⁹⁸ 173/73, não publicadas, EU:C:1974:52, p. 728.

de referência autónomo se visar «resolver um problema particular»⁹⁹, bem como a conclusão — que o Tribunal Geral acrescentou no n.º 138 do acórdão recorrido — segundo a qual a eliminação dos efeitos dos obstáculos às concentrações transfronteiriças no tratamento fiscal do *goodwill* constitui um «problema pontual», além da equiparação do presente caso ao que foi objeto das conclusões acima referidas.

81. Em seguida, observo que, ao contrário do que os recorrentes defendem, não foi tendo em consideração o caráter «pontual» do objetivo prosseguido pela medida controvertida que o Tribunal Geral excluiu que essa medida pudesse constituir um sistema de referência autónomo. Resulta claramente dos n.ºs 135 e 136 do acórdão recorrido que o Tribunal chega a essa conclusão tendo em consideração o facto de que essa medida constitui «uma exceção [a uma] regra geral de que só as concentrações de empresas podem levar à amortização do *goodwill*», destinada a combater os efeitos desfavoráveis produzidos pela aplicação dessa regra, conjuntamente com a conclusão segundo a qual a referida medida não erigia a operação de aquisição de participações a um novo critério geral que organizasse o tratamento fiscal do *goodwill*, mas sim «reserva[va] o benefício da amortização do *goodwill* apenas às aquisições de participações em sociedades não residentes» (n.º 136 do acórdão recorrido). Não foi, pois, o caráter «limitado» do objetivo prosseguido pela medida controvertida que o Tribunal Geral, em última análise, considerou decisivo, apesar da sua afirmação ao encerrar a sua análise no n.º 139 do acórdão recorrido, na qual os recorrentes se concentram.

82. Nestas circunstâncias, em meu entender, os argumentos apresentados pelos recorrentes no sentido de contestar a equiparação do presente caso ao caso em exame no processo objeto das Conclusões do advogado-geral J.-P. Warner, por um lado, e de, por outro, demonstrar que o objetivo da medida controvertida é a salvaguarda do princípio da neutralidade fiscal e não a solução de um «problema particular», não bastam, em meu entender, para pôr em causa o raciocínio desenvolvido pelo Tribunal Geral nos n.ºs 126 a 141 do acórdão recorrido.

83. À luz de todas as considerações precedentes, considero que a segunda alegação da primeira parte do fundamento único invocado pela WDFG e a segunda parte do fundamento único invocado pelo Reino de Espanha devem ser julgadas improcedentes.

4) Quanto à terceira alegação da primeira parte do fundamento único invocado pela WDFG

84. No âmbito da terceira alegação da primeira parte do seu fundamento único, a WDFG afirma, em primeiro lugar, que o sistema de referência utilizado pelo Tribunal Geral foi definido arbitrariamente, não sendo claro qual foi o critério utilizado para identificar o quadro coerente no qual se insere a medida controvertida.

85. Como a Comissão, considero que essa alegação deve ser julgada improcedente e que o Tribunal Geral fundamentou de forma bastante o raciocínio que o conduziu a identificar, neste caso, o sistema de referência nas regras relativas ao tratamento fiscal do *goodwill* para efeitos da

⁹⁹ Além disso, assinalo que as Conclusões do advogado-geral J.-P. Warner acima referidas contêm uma apreciação mais sistematizada da medida em exame no processo 173/73, que consistia num desagravamento temporário de alguns encargos sociais a favor do setor têxtil e destinado a reequilibrar a desvantagem que o sistema anterior implicava para os setores com uma elevada percentagem de trabalhadores do sexo feminino. O advogado-geral J.-P. Warner excluiu que essa medida instituisse um regime fiscal autónomo, não só porque tinha por objeto resolver a situação de um setor industrial determinado, mas também tendo em consideração o seu caráter limitado no tempo, pelo facto de fazer parte integrante de uma lei que visava a «reestruturação, a reorganização e a conversão» do setor da indústria em causa, e pela constatação de que não se encontrava baseada em critérios gerais atinentes à proporção de trabalhadores do sexo feminino em diferentes indústrias.

determinação do imposto sobre as sociedades e a confirmar, a esse respeito, o conteúdo da análise feita na decisão impugnada. A este propósito, limito-me a remeter para os n.ºs 56 a 58 das presentes conclusões.

86. Em segundo lugar, a WDFG alega que o Tribunal Geral identificou incorretamente e sem fundamento, no sistema de referência que definiu, aquilo que constitui a regra e aquilo que, pelo contrário, constitui a exceção. Segundo essa recorrente, o Tribunal Geral, no n.º 135 do acórdão recorrido, considerou, de forma errada, que a regra era a impossibilidade de amortização do *goodwill* — apesar de tanto o artigo 12.º, n.º 6, do TRLIS como o artigo 89.º, n.º 5, dessa lei permitirem essa amortização — e que a medida controvertida introduzia uma exceção a essa regra. Como no processo que deu origem ao Acórdão Andres, o Tribunal Geral teria confundido a regra com a exceção.

87. Em meu entender, também este fundamento específico de impugnação deve ser julgado improcedente. Com efeito, como já tive oportunidade de salientar, no n.º 135 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral confirmou a análise feita na decisão impugnada, segundo a qual, no direito fiscal espanhol, em regra, só uma concentração de empresas permite proceder à amortização do *goodwill*, incluindo no caso do *financial goodwill* resultante da aquisição de participações em sociedades residentes, por força do artigo 89.º, n.º 3, do TRLIS. Ao contrário do que a WDFG parece afirmar, para o Tribunal Geral não é, pois, a não amortização do *financial goodwill* que constitui a regra geral que a medida controvertida derroga, mas sim o princípio segundo o qual a amortização só é, em regra, possível no caso de concentrações de empresas, princípio esse que o Tribunal Geral infere das disposições relativas ao tratamento fiscal do *goodwill* para efeitos do imposto sobre as sociedades, quer se trate das disposições relativas à amortização do *goodwill* no caso de aquisição de empresas ou das relativas à amortização do *financial goodwill* decorrente da aquisição de participações em sociedades residentes seguida de uma fusão. Nesse contexto, o argumento sustentado pelo Governo espanhol durante o procedimento formal de investigação, para o qual a WDFG remete nas suas observações escritas, segundo o qual, no direito espanhol, a regra é a da amortização do *goodwill* e a não amortização do *financial goodwill* decorrente da aquisição de participações em sociedades residentes não seguida de fusão seria, pelo contrário, a exceção, não é relevante, uma vez que não é apto a rebater a premissa da qual parte o Tribunal Geral, ou seja, a de que, no direito espanhol, a amortização do *goodwill* está, em regra, subordinada à existência de uma concentração de empresas.

88. À luz das considerações precedentes, considero que também a terceira alegação da primeira parte do fundamento único da WDFG, e, em consequência, a primeira parte desse fundamento na sua totalidade, deve ser julgada improcedente.

2. Quanto à segunda parte do fundamento único invocado pela WDFG e à terceira parte do fundamento único invocado pelo Reino de Espanha: erro na determinação do objetivo a partir do qual deve ser efetuado o exame de comparabilidade

89. As alegações apresentadas pela WDFG e pelo Reino de Espanha no âmbito da segunda parte e da terceira parte dos respetivos fundamentos únicos são relativas aos n.ºs 143 a 164 do acórdão recorrido e visam contestar os fundamentos desse acórdão pelos quais o Tribunal Geral identificou o objetivo do sistema de referência e comparou, à luz desse objetivo, a situação das empresas que beneficiam da vantagem instituída pela medida controvertida e a das que são excluídas da mesma.

a) Quanto à admissibilidade

90. A Comissão suscita uma exceção de inadmissibilidade da segunda parte do fundamento único invocado pela WDFG e da terceira parte do fundamento único invocado pelo Reino de Espanha, na sua totalidade. Em apoio dessa exceção, invoca dois fundamentos. O primeiro fundamento é idêntico ao que a WDFG e o Reino de Espanha tinham invocado no âmbito das primeira e segunda partes, respetivamente, dos seus fundamentos únicos, já examinado nos n.ºs 31 a 34 das presentes conclusões. À luz das considerações desenvolvidas nesses números, para os quais remeto, entendo que o referido fundamento deve ser julgado improcedente no que diz respeito ao conjunto das alegações apresentadas pela WDFG e pelo Reino de Espanha no âmbito das partes em exame dos respetivos fundamentos únicos.

91. Pelo contrário, com o segundo fundamento, a Comissão contesta a admissibilidade dessas alegações, por serem relativas a questões de facto, sendo que entre elas estariam a determinação do conteúdo e do alcance do direito nacional.

92. A esse respeito, recorro que, segundo jurisprudência constante, embora, na verdade, a apreciação dos factos e dos elementos de prova não constitua, exceto em caso de desvirtuação desses factos e desses elementos de prova, uma questão de direito sujeita, como tal, à fiscalização do Tribunal de Justiça no âmbito de um recurso de uma decisão do Tribunal Geral, todavia, quando o Tribunal Geral tiver apurado ou apreciado os factos, o Tribunal de Justiça é competente, por força do artigo 256.º TFUE, para fiscalizar a qualificação jurídica desses factos e as consequências jurídicas daí extraídas¹⁰⁰. Assim, no que diz respeito ao exame, no âmbito de um recurso, das apreciações do Tribunal Geral à luz do direito nacional, que, no domínio dos auxílios de Estado, constituem apreciações de facto, o Tribunal de Justiça só é competente para verificar se houve uma desvirtuação deste direito¹⁰¹. Em contrapartida, a apreciação, no âmbito de um recurso, da qualificação jurídica ao abrigo de uma disposição do direito da União que foi dada a esse direito nacional pelo Tribunal Geral constitui uma questão de direito, que é da competência do Tribunal de Justiça¹⁰².

93. Daí decorre que, não tendo sido deduzida alegação precisa e demonstrada de desvirtuação¹⁰³, os argumentos apresentados pela WDFG e pelo Reino de Espanha a respeito do *conteúdo ou do alcance* das normas do direito espanhol nas quais o Tribunal Geral se baseou para identificar como objetivo do sistema de referência o «paralelismo entre resultados fiscal e contabilístico» devem ser declarados inadmissíveis. Pelo contrário, os argumentos que visem pôr em causa a escolha do objetivo com base no qual deviam ser apreciadas a situação das empresas que beneficiam da vantagem decorrente da aplicação da medida controvertida e a das que são excluídas da mesma deveriam ser declarados admissíveis. Com efeito, à semelhança da definição do «sistema de referência» no âmbito da primeira etapa da análise da condição relativa à

¹⁰⁰ V. Acórdão Andres, n.º 77 e jurisprudência referida.

¹⁰¹ V. Acórdão Andres, n.º 78, bem como, em sentido idêntico, Acórdãos de 3 de abril de 2014, França/Comissão, C-559/12 P, EU:C:2014:217, n.º 79 e jurisprudência referida; de 20 de dezembro de 2017, Comunidad Autónoma del País Vasco e o./Comissão, C-66/16 P a C-69/16 P, EU:C:2017:999, n.º 98; e de 20 de setembro de 2018, Espanha/Comissão (C-114/17 P, EU:C:2018:753, n.º 75).

¹⁰² V. Acórdão Andres, n.º 78, bem como, em sentido idêntico, Acórdãos de 3 de abril de 2014, França/Comissão (C-559/12 P, EU:C:2014:217, n.º 83), e de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, n.ºs 61 a 63).

¹⁰³ No caso em apreço, essa alegação não foi expressamente apresentada e, em todo o caso, não obstante os argumentos adotados, em particular, pela Espanha, considero que não resulta de forma manifesta dos autos uma desvirtuação das disposições de direito nacional, ao contrário do que é exigido pela jurisprudência, Acórdão de 20 de setembro de 2018, Espanha/Comissão (C-114/17 P, EU:C:2018:753, n.º 75).

seletividade, também a determinação do «objetivo» à luz do qual deve ser efetuado o exame da comparabilidade no âmbito da segunda etapa dessa análise decorre de uma qualificação jurídica do direito nacional com base numa disposição do direito da União¹⁰⁴.

b) Quanto ao mérito

94. Com a segunda parte do seu fundamento único, a WDFG contesta, em primeiro lugar, a afirmação constante dos n.ºs 143, 150, 155 e 156 do acórdão recorrido, segundo a qual existiria uma incoerência na jurisprudência do Tribunal de Justiça quanto à questão de saber se a situação das empresas beneficiárias e a das empresas excluídas da aplicação da medida em exame devem ser comparadas à luz do objetivo dessa medida ou à luz do sistema no qual esta se insere. Segundo a WDFG, esses objetivos devem, efetivamente, coincidir e se tal não se verifica é porque o legislador nacional introduziu no sistema do imposto uma medida que não corresponde à lógica deste último.

95. A esse respeito, limito-me a observar que essa alegação não tem qualquer incidência na legalidade do acórdão recorrido. Com efeito, a WDFG não contesta a conclusão a que o Tribunal Geral chega no n.º 156 do acórdão recorrido, segundo a qual, com base na jurisprudência mais recente, é à luz do objetivo do sistema de referência em que se insere a medida em apreço, e não à luz do objetivo dessa medida, que deve ser realizado o exame de comparabilidade no âmbito da segunda etapa da análise quanto à seletividade, apenas se limita a afirmar que a escolha entre um objetivo ou o outro é indiferente, uma vez que, em princípio, os mesmos devem coincidir.

96. Em segundo lugar, a WDFG alega que, no n.º 121 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral considerou, erradamente, que o objetivo do imposto sobre as sociedades era o de assegurar um «paralelismo entre resultados fiscal e contabilístico». Essa afirmação seria não só arbitrária como também totalmente infundada, dado que, por definição, todos os impostos sobre as sociedades se apartam do resultado contabilístico. No que diz respeito, mais particularmente, às disposições em matéria de amortização do *goodwill*, as diferentes hipóteses previstas pelo TRLIS têm em comum não o objetivo de assegurar uma coerência entre o tratamento fiscal do *goodwill* e o seu tratamento contabilístico, mas sim o de evitar a dupla tributação e garantir a neutralidade fiscal. Portanto, no caso em apreço, o objetivo do sistema de referência definido pelo Tribunal Geral e o da medida controvertida seriam coincidentes. Além disso, a WDFG sublinha que diferentes são os casos em que não existe paralelismo entre amortização fiscal e contabilística do *goodwill*. No âmbito da terceira parte do seu fundamento único, o Reino de Espanha deduziu alegações semelhantes e, em apoio dessas alegações, apresenta argumentos coincidentes, em grande parte, com os que a WDFG apresentou.

97. Em meu entender, as alegações acima expostas são inadmissíveis, uma vez que visam pôr em causa o conteúdo e o alcance do direito espanhol, conforme determinados pelo Tribunal Geral. Com efeito, todos os argumentos aduzidos em seu apoio destinam-se a contestar as conclusões constantes dos n.ºs 116 a 120 do acórdão recorrido, segundo as quais, «é em relação com uma lógica contabilística que o tratamento fiscal do *goodwill* é organizado com base no critério da existência ou não de uma concentração de empresas». Com base nestas constatações, o Tribunal Geral declarou, no n.º 121 desse acórdão, que o objetivo do tratamento fiscal do *goodwill* é o «de assegurar uma certa coerência» entre esse tratamento e o seu tratamento contabilístico e que, por isso, o tratamento fiscal do *goodwill* não «visa [...] compensar a existência de obstáculos à concentração transfronteiriça ou assegurar um tratamento igualitário dos diferentes tipos de

¹⁰⁴ V., por analogia, Acórdão Andres, n.º 80.

aquisições de participações». Ora, as referidas conclusões, que emanam da interpretação dos princípios fiscais e contabilísticos do direito espanhol em matéria de *goodwill* feita pelo Tribunal Geral, estão subtraídas à fiscalização do Tribunal de Justiça no âmbito de um recurso, exceto quando seja alegada e demonstrada uma desvirtuação desses princípios.

98. Em terceiro lugar, além das alegações acima referidas, a WDFG e o Reino de Espanha apresentam uma alegação baseada na substituição dos fundamentos da decisão impugnada no que diz respeito à identificação do objetivo do sistema de referência. O objetivo de «assegurar uma certa coerência entre o tratamento fiscal do *goodwill* e o seu tratamento contabilístico», referido no n.º 121 do acórdão recorrido, não teria nenhuma correspondência, nem na decisão impugnada, nem nas observações que o Reino de Espanha apresentou no decurso do procedimento administrativo.

99. Em meu entender, essa alegação deve ser acolhida. Com efeito, é forçoso assinalar que em nenhuma passagem da decisão impugnada a Comissão refere como objetivo do sistema de referência que identificou a manutenção de uma certa coerência entre tratamento fiscal e tratamento contabilístico do *goodwill*. É certo que o Tribunal Geral confirma as conclusões constantes da decisão impugnada quando indica que o tratamento fiscal do *goodwill* é organizado com base no critério da existência ou não de uma concentração de empresas (n.ºs 116 e 118) e quando, invocando os considerandos 19 e 99 dessa decisão, explica que tal se deve ao facto de, no seguimento de uma aquisição ou de uma contribuição dos ativos detidos por empresas independentes, ou de uma fusão ou de uma cisão, um *goodwill* «surg[ir] como ativo incorpóreo distinto na contabilidade da empresa resultante da concentração» (n.º 117 do acórdão recorrido). Do mesmo modo, é também coerente com o que a Comissão determinou na decisão impugnada (v., em particular, considerandos 97 a 100) a afirmação, que figura no n.º 116 do acórdão recorrido, segundo a qual o tratamento fiscal do *goodwill* está de acordo com uma lógica contabilística. No entanto, o Tribunal Geral concluiu, de modo totalmente autónomo em relação a essa decisão e com base numa interpretação sua das regras fiscais e contabilísticas espanholas, que o objetivo das regras relativas à amortização do *goodwill* fiscal constantes da lei espanhola do imposto sobre as sociedades é a coerência entre tratamentos fiscal e contabilístico do *goodwill* e que, em relação a esse objetivo, a situação das empresas que investem em sociedades espanholas é comparável com a das empresas que investem em sociedades não residentes.

1) Quanto às consequências da procedência da alegação relativa a uma substituição de fundamentos

100. Segundo jurisprudência constante, se os fundamentos de um acórdão do Tribunal Geral revelarem uma violação do direito da União, mas a sua parte decisória se mostrar fundada por outros fundamentos jurídicos, essa violação não é de natureza a acarretar a anulação desse acórdão e há que proceder à substituição da fundamentação¹⁰⁵. Por conseguinte, cabe examinar se, apesar do erro cometido pelo Tribunal Geral, a segunda alegação do primeiro fundamento de recurso invocado pela WDFG perante o Tribunal Geral, na parte em que censura à Comissão não ter demonstrado que as aquisições de participações em sociedades residentes e as aquisições de participações em sociedades não residentes eram comparáveis à luz do objetivo de neutralidade fiscal prosseguido pela medida controvertida, devia, em todo o caso, ser julgada improcedente.

¹⁰⁵ Acórdão 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, EU:C:2011:368, n.º 118 e jurisprudência referida).

101. A esse respeito, antes de mais, recorro que, segundo a jurisprudência invocada nos n.ºs 13 a 15 das presentes conclusões, o exame de comparabilidade que deve ser efetuado no âmbito da segunda etapa da análise da seletividade deve ser realizado à luz do objetivo do sistema de referência e não à luz do da medida controvertida. No processo de remessa para o Tribunal Geral, a WDFG alegou que, no presente caso, esses objetivos coincidem e que ambos correspondem à neutralidade fiscal.

102. Na decisão impugnada, embora afirmando que a medida controvertida também prosseguia o objetivo de aumentar a competitividade internacional das empresas espanholas (considerando 112), a Comissão examinou, contudo, se a mesma podia ser justificada à luz do princípio da neutralidade fiscal. Como a própria WDFG afirmou no seu recurso perante o Tribunal Geral, a Comissão excluiu essa justificação com uma dupla fundamentação. Por um lado, rejeitou o argumento apresentado pelo Reino de Espanha, segundo o qual era necessário um tratamento diferente do investimento estrangeiro devido aos obstáculos às fusões transfronteiriças. Essa fundamentação figura nos considerandos 92 a 95 da decisão impugnada, na parte relativa à definição do sistema de referência. Por outro, considerou que, em todo o caso, a medida controvertida não era proporcionada (considerandos 107 a 114 e 118 da decisão impugnada).

103. Pelo contrário, da leitura da decisão impugnada não resulta que a Comissão tenha atribuído o objetivo de neutralidade fiscal reclamado pela WDFG ao sistema de referência que identificou. Sem indicar expressamente o objetivo desse sistema, a mesma considerou, em substância, que as empresas que investem em empresas nacionais e as que investem em empresas estrangeiras se encontravam numa situação comparável no que diz respeito ao regime instituído pela medida controvertida, que previa, em derrogação do sistema de referência, a amortização do *financial goodwill* também nos casos em que a aquisição de participações não fosse seguida de fusão¹⁰⁶. Por outras palavras, a Comissão considerou que podia constituir uma discriminação, quando não justificada pelo Reino de Espanha, a diferenciação estabelecida pela medida controvertida entre empresas que adquirem participações em sociedades residentes, que, para amortizarem o *goodwill*, devem proceder necessariamente a uma fusão, e as que, pelo contrário, adquirem participações em empresas estrangeiras, que beneficiam *automaticamente* da possibilidade de efetuar essa amortização, independentemente do facto de a operação ter por objeto uma fusão e independentemente da prova da existência de obstáculos efetivos à realização dessa fusão.

104. Embora esse modo de proceder possa parecer não estar completamente conforme com a análise em três etapas da seletividade, conforme definida pela jurisprudência mais recente a partir do Acórdão Paint Graphos, posterior à decisão impugnada, considero que a decisão não deve, unicamente por esse motivo, ser anulada.

105. A medida controvertida é, como, aliás, o Reino de Espanha claramente afirma, uma medida corretiva, que visa remediar os efeitos desfavoráveis do tratamento fiscal do *goodwill* em geral, com base no qual a amortização só é permitida no caso de concentração de empresas (ou no caso de controlo e de apresentação de contas consolidadas). A mesma tende, pois, pela sua própria natureza, a reservar um tratamento favorável a uma determinada categoria de empresas, neste caso, as que realizam um certo tipo de investimentos, como, aliás, o próprio Tribunal de Justiça afirmou nos n.ºs 62 e 119 do Acórdão WDFG, no pressuposto de que, de outro modo, essas empresas seriam penalizadas pela aplicação do regime normal. Ora, independentemente dos enquadramentos sistemáticos impostos pela jurisprudência, considero que as diferenciações

¹⁰⁶ Podem ser interpretadas nesse sentido várias passagens da decisão impugnada, v., em particular, os considerandos 89 a 91.

instituídas por medidas deste tipo devem, tendencialmente, ser apreciadas com base na veracidade dos pressupostos de facto em que assentam, bem como à luz da sua proporcionalidade e da sua adequação à realização do objetivo prosseguido e, portanto, no âmbito da terceira etapa da análise da seletividade, que se destina a verificar se a desigualdade de tratamento instituída por uma medida derogatória seletiva *a priori* é justificada pela natureza ou pela estrutura do sistema fiscal no qual se insere. Esse controlo seria, pelo contrário, sistematicamente excluído caso fosse suficiente, no âmbito da segunda etapa da análise da seletividade, invocar como objetivo do sistema de referência, à luz do qual deve ser efetuado o exame de comparabilidade das situações objeto de diferenciação, o objetivo geral de neutralidade fiscal no qual se inscreve o objetivo específico da intervenção corretiva operada pela medida em exame.

106. A neutralidade fiscal é um dos objetivos para que tende qualquer regime fiscal e não há dúvida de que também o regime fiscal do *goodwill* no âmbito do imposto sobre as sociedades espanhol é inspirado nesse princípio. Porém, como o Tribunal Geral corretamente declarou no n.º 146 e 147 do acórdão recorrido, o objetivo prosseguido por esse regime «não é permitir que as empresas beneficiem da vantagem fiscal constituída pela amortização do *goodwill* quando se deparam com dificuldades que as impedem de proceder a uma concentração de empresas». Ao invés, é a medida controvertida que se destina a fazê-lo. Acolher a alegação da WDFG significaria, pois, admitir, de forma contrária à jurisprudência mais recente em matéria de seletividade, que o exame de comparabilidade no âmbito da segunda etapa da análise quanto à seletividade deve ser realizado à luz do objetivo da medida controvertida, e não do do sistema de referência, e isto, independentemente do facto de esse objetivo não ter sido expressamente identificado na decisão impugnada e ainda que o mesmo deva ser, em conformidade com o que a WDFG sustenta, identificado com a neutralidade fiscal.

2) Conclusões quanto à segunda parte do fundamento único invocado pela WDFG e à terceira parte do fundamento único invocado pelo Reino de Espanha

107. À luz das considerações acima expostas, proponho que o Tribunal de Justiça declare que o Tribunal Geral interpretou incorretamente a decisão impugnada, tendo substituído a fundamentação dessa decisão pela sua própria fundamentação, mas que este erro não pode acarretar a anulação do acórdão recorrido, dado que a alegação da WDFG segundo a qual esse erro foi cometido deve, porém, ser julgada improcedente.

108. Por conseguinte, em meu entender, a segunda parte do fundamento único invocado pela WDFG e a terceira parte do fundamento único invocado pelo Reino de Espanha devem ser julgadas improcedentes na sua totalidade.

3. Quanto à terceira parte do fundamento único invocado pela WDFG e à quarta parte do fundamento único invocado pelo Reino de Espanha: erro de direito na repartição do ónus da prova

109. Os recorrentes alegam que, uma vez que o Tribunal Geral não examinou, no decurso das duas primeiras etapas da análise quanto à seletividade, a questão de saber que empresas se encontravam numa situação comparável à luz do objetivo do sistema de referência constituído pela neutralidade fiscal, tendo remetido esse exame para a terceira etapa, o mesmo procedeu a uma inversão do ónus da prova, na medida em que é só nas referidas etapas que esse ónus recai sobre a Comissão.

110. Na minha opinião, esta alegação deve ser julgada improcedente, na medida em que pressupõe que os recorrentes demonstraram que o Tribunal Geral cometeu um erro na determinação do objetivo do sistema de referência, identificando-o com a coerência entre tratamento fiscal e tratamento contabilístico do *goodwill* e não com a neutralidade fiscal. Ora, nos n.ºs 92 e 93 das presentes conclusões, cheguei à conclusão de que as alegações destinadas a censurar ao Tribunal Geral um erro desse tipo devem ser declaradas inadmissíveis, na medida em que visam, tendencialmente, pôr em causa a interpretação do direito espanhol feita pelo Tribunal Geral, que, segundo jurisprudência constante, é equiparável a uma apreciação de facto¹⁰⁷.

111. A terceira parte do fundamento único invocado pela WDFG e a quarta parte do fundamento único invocado pelo Reino de Espanha devem, por conseguinte, ser consideradas como desprovidas de fundamento de facto.

4. Quanto à quarta parte do fundamento único invocado pela WDFG: proporcionalidade

112. Com a quarta parte do seu fundamento único, a WDFG censura ao Tribunal Geral ter procedido ao exame da proporcionalidade da medida controvertida sem ter apreciado previamente a seletividade *prima facie* dessa medida à luz do objetivo correto do sistema de referência.

113. A alegação em apreço, como a anterior, baseia-se no pressuposto de que foi constatada a existência de um erro por parte do Tribunal Geral no exame da comparabilidade entre as empresas às quais a medida controvertida é aplicável e as que são excluídas da mesma à luz do objetivo correto do sistema de referência. Por conseguinte, em meu entender, a mesma deve ser julgada improcedente pelos mesmos motivos indicados nos n.ºs 110 e 111 das presentes conclusões.

5. Quanto à quinta parte do fundamento único invocado pela WDFG: nexa de causalidade

114. A título subsidiário, a WDFG sustenta que os fundamentos do acórdão recorrido relativos à terceira etapa da análise da seletividade estão viciados por um erro de direito, na medida em que o Tribunal Geral teria exigido ao Reino de Espanha prova da existência de «um nexa de causalidade entre a impossibilidade de proceder a fusões no estrangeiro e a aquisição de participações no estrangeiro». A WDFG alega, por um lado, que esses fundamentos introduzem um elemento de análise que não figura na decisão impugnada e estão, assim, em conflito com a sua *ratio decidendi* e, por outro, que a prova exigida pelo Tribunal Geral é impossível de produzir.

115. A alegação em apreço é dirigida contra os n.ºs 180 a 189 do acórdão recorrido, nos quais o Tribunal Geral, partindo da constatação segundo a qual a medida controvertida «[se] baseia [...] necessariamente na premissa de que as empresas que pretendam proceder a fusões transfronteiriças e que não possam fazê-lo por causa de obstáculos [...] à concentração adquirem subsidiariamente participações em sociedades não residentes ou, pelo menos, conservam as participações de que já dispõem» (n.º 180 do acórdão recorrido), concluiu que o Reino de Espanha, ao qual incumbia justificar a derrogação introduzida no sistema de referência pela medida controvertida, não tinha demonstrado essa premissa. O Tribunal Geral considerou, em substância, que, dado que a aquisição de participações é uma operação diferente da fusão e não constitui uma alternativa à mesma, a medida controvertida conferia, na realidade, uma vantagem

¹⁰⁷ V. n.ºs 92 e 93 das presentes conclusões.

às empresas que pretendem investir em sociedades estrangeiras, mas que não têm necessariamente como objetivo proceder a uma fusão, ou seja, a empresas diferentes daquelas que, segundo afirmou o Reino de Espanha, sofreriam as consequências desfavoráveis das regras gerais relativas à amortização do *goodwill*.

116. A esse respeito, antes de mais, saliento que, embora nos números contestados na alegação em apreço, o Tribunal Geral tenha concluído que o Reino de Espanha não tinha demonstrado que a medida controvertida neutralizava os efeitos supostamente penalizadores do regime normal, o mesmo prosseguiu, contudo, a sua análise partindo do pressuposto de que essa demonstração tinha sido feita (n.ºs 190 e 198 do acórdão recorrido). Os fundamentos contra os quais é dirigida a referida alegação, como aliás é expressamente indicado no n.º 199 do acórdão recorrido, não são, portanto, os únicos em que assenta a conclusão do Tribunal Geral segundo a qual a Comissão não cometeu erros ao considerar que o Reino de Espanha não tinha justificado a diferenciação instituída pela medida controvertida. Daí decorre que, mesmo que a alegação em apreço fosse acolhida, essa conclusão continuaria apoiada por fundamentos diferentes (expostos nos n.ºs 190 a 199 do acórdão recorrido). Ora, resulta de jurisprudência constante que, no âmbito de um recurso de uma decisão do Tribunal Geral, um fundamento dirigido contra um fundamento meramente supletivo no acórdão recorrido, cujo dispositivo esteja adequadamente baseado noutros fundamentos de direito, é inoperante e, por conseguinte, deve ser julgado improcedente¹⁰⁸.

117. Além disso, saliento que, embora seja verdade que o raciocínio exposto nos n.ºs 180 a 189 do acórdão recorrido não foi expresso nos mesmos termos na decisão impugnada, o mesmo, porém, ao contrário do que a WDFG afirma, não contraria a *ratio decidendi* dessa decisão. Pelo contrário, insere-se perfeitamente na lógica com base na qual a Comissão assinalou a falta de coerência e de proporcionalidade da medida controvertida em relação ao alegado objetivo de neutralização dos efeitos desfavoráveis do regime normal de amortização do *goodwill* para as empresas que adquirem participações em empresas estrangeiras e não têm possibilidade de proceder a fusões transfronteiriças¹⁰⁹. Quanto à alegada impossibilidade de produção da prova exigida pelo Tribunal Geral, limito-me a observar que, como resulta dos n.ºs 188 e 189 do acórdão recorrido, este considerou, em substância, que não tinham sido demonstrados os efeitos neutralizadores da medida controvertida devido ao carácter impreciso e vago dessa medida, que não permitia determinar que a vantagem prevista na mesma beneficiava a categoria de empresas prejudicadas pelo regime geral. Ora, quando o Estado-Membro em causa invocar a natureza corretiva de uma medida seletiva *a priori*, é logicamente obrigado a fornecer os elementos que permitam proceder à respetiva verificação, sendo que, na falta desses elementos a medida não pode ser considerada justificada.

118. Pelas razões expostas, em meu entender, a quinta parte do fundamento único invocado pela WDFG é inoperante e, a título subsidiário, improcedente.

¹⁰⁸ V., por exemplo, Acórdão de 21 de dezembro de 2011, ACEA/Comissão (C-319/09 P, não publicado, EU:C:2011:857, n.º 120 e jurisprudência referida).

¹⁰⁹ V., em particular, considerando 91 da decisão impugnada, referido no n.º 189 do acórdão recorrido. V., também, considerando 113 dessa decisão.

6. Quanto à sexta parte do fundamento único invocado pela WDFG: divisibilidade da medida

119. Com a sexta parte do seu fundamento único, apresentada a título subsidiário, a WDFG censura ao Tribunal Geral ter julgado improcedente o fundamento que invocou em apoio do pedido de anulação da decisão impugnada, baseado na falta de distinção, na análise da Comissão, entre aquisições de participações minoritárias e aquisições de participações maioritárias. A WDFG assinala que, por um lado, todas as operações por si realizadas ao abrigo do regime da medida controvertida levaram a que assumisse o controlo da sociedade-alvo e que, por outro, o Reino de Espanha tinha solicitado à Comissão que efetuasse análises distintas das duas situações. Segundo a WDFG, resulta da jurisprudência que, nos casos em que o Estado-Membro em causa o solicite, a Comissão seria obrigada a efetuar análises distintas da medida examinada. Quanto ao caráter divisível da medida controvertida, o mesmo decorreria do próprio tratamento procedimental que a Comissão reservou à análise da medida controvertida, a qual tinha dado origem a três decisões diferentes¹¹⁰.

120. A esse respeito, antes de mais, saliento que a alegação em apreço é dirigida contra os fundamentos a título meramente supletivo do acórdão recorrido. Com efeito, o argumento da WDFG, segundo o qual cabia à Comissão fazer uma distinção entre as aquisições de participações em sociedades não residentes que impliquem a tomada de controlo e as outras aquisições de participações, foi rejeitado, a título principal, no n.º 205 desse acórdão, no qual o Tribunal Geral declarou que «a incoerência introduzida pela medida controvertida no tratamento fiscal do *goodwill* [...] [subsistiria] mesmo que só beneficiasse as aquisições de participações maioritárias em sociedades não residentes». Foi apenas *ad abundantiam* que o Tribunal Geral examinou, nos n.ºs 206 a 215 do acórdão recorrido, a questão de saber se a Comissão era obrigada a fazer uma distinção entre as várias operações que beneficiavam da aplicação da medida controvertida.

121. Em todo o caso, em meu entender, os argumentos apresentados pela WDFG com vista a contestar a conclusão a que o Tribunal Geral chegou no final desse exame devem ser julgados improcedentes, também em razão do mérito.

122. Em primeiro lugar, o Tribunal Geral, nos n.ºs 208 a 211 do acórdão recorrido, distinguiu corretamente o presente caso daqueles que deram origem aos Acórdãos de 22 de novembro de 2001, *Mitteldeutsche Erdöl-Raffinerie/Comissão*¹¹¹, e de 9 de junho de 2011, *Comitato «Venezia vuole vivere» e o./Comissão*¹¹². Igualmente irrelevante é o Acórdão *ANGEND*, embora invocado pela WDFG no seu recurso. Com efeito, o regime em causa no processo principal que deu origem a esse acórdão instituiu vários critérios de diferenciação, sendo que em relação a cada um deles o Tribunal de Justiça examinou a questão de saber se davam origem a uma discriminação entre diferentes categorias de contribuintes. Em segundo lugar, em meu entender, foi sem cometer um erro de direito que o Tribunal Geral declarou, no n.º 211 do acórdão recorrido, que a Comissão não tinha obrigação de efetuar uma análise distinta dos efeitos da medida controvertida que a teria levado a alterar o conteúdo ou as condições de aplicação da mesma. Por último, o n.º 221 do acórdão recorrido, que, segundo a WDFG, negaria a divisibilidade da medida controvertida, refere-se, na realidade, às condições exigidas para que um pedido de anulação

¹¹⁰ A terceira decisão é a Decisão (UE) 2015/314 da Comissão, de 15 de outubro de 2014, relativa ao auxílio estatal SA.35550 (13/C) (ex 13/NN) (ex 12/CP) concedido pela Espanha — Regime de amortização fiscal do *goodwill* financeiro em caso de aquisição de participações em empresas estrangeiras (JO 2015, L 56, p. 38) (a seguir «Decisão de 15 de outubro de 2014»).

¹¹¹ T-9/98, EU:T:2001:271.

¹¹² C-71/09 P, C-73/09 P e C-76/09 P, EU:C:2011:368.

parcial possa ser acolhido e exclui que essas condições estejam preenchidas no presente caso, dado que «a anulação da decisão [impugnada], na parte que declara a existência de um auxílio de Estado incluindo as aquisições de participações maioritárias, teria o efeito de modificar a essência dessa decisão».

123. Pelos motivos expostos, em meu entender, a sexta parte do fundamento único invocado pela WDFG é inoperante e, a título subsidiário, improcedente.

7. Conclusões quanto aos recursos interpostos pela WDFG e pelo Reino de Espanha

124. À luz de todas as considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça negue provimento aos recursos interpostos pela WDFG e pelo Reino de Espanha na sua totalidade.

C. Quanto ao pedido de substituição de fundamentos deduzido pela Comissão

125. Para o caso de o fundamento único invocado pela WDFG vir a ser julgado procedente, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que proceda a uma substituição da fundamentação e que declare o recurso contra a decisão do Tribunal Geral inadmissível. A esse respeito, recordo que, na sequência do Acórdão WDFG, em sede de processo de remessa para o Tribunal Geral, a Comissão tinha suscitado uma exceção de inadmissibilidade, alegando, a título principal, a falta de legitimidade para agir da WDFG e, a título subsidiário, a falta de interesse em agir. No n.º 30 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral, baseando-se no Acórdão de 26 de fevereiro de 2002, Conselho/Boehringer¹¹³ (a seguir «Acórdão Boehringer»), considerou, porém, que se justificava examinar o recurso quanto ao mérito, sem conhecer preliminarmente dessa exceção¹¹⁴.

126. Ao contrário do que a WDFG sustenta na sua réplica, o pedido da Comissão não é irregular por não ter sido apresentado com a forma prescrita no artigo 176.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça para o recurso subordinado. Com efeito, em conformidade com o artigo 178.º, n.º 1, desse regulamento, o recurso subordinado deve ter por objeto a anulação, total ou parcial, da decisão do Tribunal Geral. No caso em apreço, uma vez que este último proferiu decisão de mérito no recurso da WDFG *sem* ter conhecido da sua admissibilidade, a Comissão não teria podido, no âmbito de um eventual recurso subordinado, formular pedidos de anulação do acórdão recorrido *baseados na inadmissibilidade* do recurso em primeira instância¹¹⁵. Em meu entender, o pedido da Comissão foi, pois, corretamente deduzido como pedido de substituição da fundamentação e deve ser decidido quanto ao mérito. Além disso, observo que, mesmo que o Tribunal de Justiça viesse a considerar esse pedido irregular, deveria, em todo o caso, conhecer

¹¹³ C-23/00 P, EU:C:2002:118, n.º 52.

¹¹⁴ A inversão da ordem lógica de tratamento dos fundamentos de recurso que a aplicação da referida jurisprudência Boehringer implica no caso de o juiz da União negar provimento a um recurso depois de conhecer do mérito, mesmo quando tenha sido suscitada uma exceção de inadmissibilidade — em particular no caso de a mesma exceção ser de ordem pública e ter sido suscitada por ato separado no qual seja pedida uma decisão sem conhecimento do mérito —, foi objeto de críticas; vejam-se, por exemplo, as Conclusões do advogado-geral N. Jääskinen no processo Suíça/Comissão (C-547/10 P, EU:C:2012:565, n.ºs 46 a 54), do advogado-geral Y. Bot no processo Philips Lighting Poland e Philips Lighting/Conselho (C-511/13 P, EU:C:2015:206, n.ºs 50 a 67), do advogado-geral P. Mengozzi no processo nella causa SNCF Mobilités/Comissão (C-127/16 P, EU:C:2017:577, n.º 163), e do advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer no processo Conselho/Boehringer (C-23/00 P, EU:C:2001:511, n.ºs 30 a 36). Não obstante essas críticas, a jurisprudência Boehringer continua a ser aplicada quer pelo Tribunal Geral (v., recentemente, Acórdão de 11 de novembro de 2020, AV e AW/Parlamento, T-173/19, não publicado, EU:T:2020:535, n.º 42) quer pelo Tribunal de Justiça (para uma recente aplicação no quadro de um recurso de decisão do Tribunal Geral, v. Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Club Hotel Loutraki e o./Comissão, C-131/15 P, EU:C:2016:989, n.º 68).

¹¹⁵ Observo por outro lado que, no caso vertente, não estamos perante uma das situações previstas no artigo 178.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, com base no qual os pedidos do recurso subordinado «[p]odem igualmente ter por objeto a anulação de uma decisão, expressa ou tácita, relativa à admissibilidade do recurso interposto para o Tribunal Geral».

da exceção de inadmissibilidade do recurso suscitada em primeira instância pela Comissão, pelo menos no caso de, depois de ter dado provimento ao recurso da decisão do Tribunal Geral e anulado o acórdão recorrido, decidir avocar o presente processo e proferir decisão de mérito dando provimento ao recurso. Pelo contrário, no caso de, nas mesmas circunstâncias, o Tribunal de Justiça decidir negar provimento ao recurso, continuaria também aberta a opção seguida pelo Tribunal Geral, baseada no Acórdão Boheringer. Por último, recorde que, segundo jurisprudência constante, o Tribunal de Justiça, chamado a conhecer de um recurso nos termos do artigo 56.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, é obrigado a pronunciar-se, se necessário oficiosamente, a respeito da admissibilidade de um recurso de anulação e, por conseguinte, a respeito do fundamento de ordem pública respeitante à violação do requisito, previsto no artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE, segundo o qual um recorrente pode pedir a anulação de uma decisão de que seja destinatário apenas se a mesma lhe disser direta e individualmente respeito¹¹⁶.

127. Uma vez que proponho que o Tribunal de Justiça negue provimento aos recursos da decisão do Tribunal Geral, limitar-me-ei, em seguida, a algumas breves considerações quanto ao mérito do pedido da Comissão.

128. Com o primeiro fundamento de inadmissibilidade, invocado a título principal, a Comissão sustenta que a WDFG não demonstrou que a amortização do *financial goodwill* a que tinha procedido por aplicação da medida controvertida dizia respeito a uma operação de aquisição «direta», a única categoria de aquisições abrangida pela decisão impugnada, como a decisão da Comissão de 15 de outubro de 2014 confirma¹¹⁷. Em meu entender, esse fundamento deve ser julgado improcedente. Com efeito, resulta do recurso perante o Tribunal Geral, que deu entrada em 14 de maio de 2010, que, por um lado, foi por aplicação da medida controvertida que a Autogrill España (atualmente WDFG) procedeu à amortização do *financial goodwill* decorrente da operação em causa — que consistiu na aquisição, em maio de 2008, da totalidade das participações na sociedade World Duty Free Europa, do Reino Unido — e que, por outro, foi com base na decisão impugnada que foi ordenada à Autogrill España a recuperação dos montantes deduzidos desse modo. Nestas circunstâncias, que não foram contestadas pela Comissão, resulta que a Autogrill España foi considerada pelas autoridades espanholas como beneficiária efetiva do regime de auxílios declarado ilegal, apesar de, naquele momento, as autoridades administrativas e judiciais espanholas ainda interpretarem essa disposição como aplicável apenas às aquisições diretas¹¹⁸, e que, à data da interposição do recurso, a mesma tinha legitimidade para agir contra essa decisão, em execução da qual tinha sido emitida em relação a si uma ordem de recuperação. Quanto ao segundo fundamento de inadmissibilidade, que a Comissão invoca a título subsidiário e pelo qual alega o desaparecimento do interesse em agir por parte da WDFG na sequência da adoção da Decisão de 15 de outubro de 2014, considero que também deve ser julgado

¹¹⁶ V. Acórdãos de 29 de novembro de 2007, Stadtwerke Schwäbisch Hall e o./Comissão (C-176/06 P, não publicada, EU:C:2007:730, n.º 18); de 20 de setembro de 2018, Espanha/Comissão (C-114/17 P, EU:C:2018:753, n.º 48); e de 29 de julho de 2019, Bayerische Motoren Werke e Freistaat Sachsen/Comissão (C-654/17 P, EU:C:2019:634, n.º 44). A existência de uma obrigação de verificar, eventualmente oficiosamente, os requisitos de admissibilidade de um recurso de decisão do Tribunal Geral, não parece todavia impedir que o Tribunal de Justiça aplique a jurisprudência Boheringer (v. neste sentido Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Club Hotel Loutraki e o./Comissão, C-131/15 P, EU:C:2016:989, n.º 68).

¹¹⁷ Nessa decisão, a Comissão pronunciou-se sobre a interpretação administrativa vinculativa (*consulta vinculativa*) da medida controvertida, adotada pelas autoridades espanholas em 21 de março de 2012 e aplicável retroativamente. Na sequência da adoção da decisão impugnada e da Decisão de 14 de janeiro de 2011, a Espanha acrescentou um novo parágrafo ao artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS para lhes dar cumprimento. Embora o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS tenha sido declarado auxílio ilegal e incompatível, não foi abolido formalmente, uma vez que continuava a poder ser aplicado por beneficiários com confiança legítima de que o auxílio concedido não seria recuperado e para os quais o período de transição foi reconhecido nas referidas decisões (v. nota 9 das presentes conclusões e considerando 30 da Decisão de 15 de outubro de 2014). Quanto ao conceito de aquisição direta e indireta, remeto para os considerandos 25 e 26 dessa decisão.

¹¹⁸ V. considerandos 33 a 36 da Decisão de 15 de outubro de 2014.

improcedente. Com efeito, mesmo admitindo que a operação realizada pela Autogrill España esteja abrangida, enquanto aquisição indireta, pela decisão de 2014, a WDFG mantém um interesse em agir contra a decisão impugnada, pelo menos até que a ordem de recuperação emitida em execução dessa decisão seja revogada.

V. Quanto às despesas

129. Nos termos do artigo 184.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, se o recurso for julgado improcedente, o Tribunal de Justiça decide sobre as despesas. Por força do artigo 138.º, n.º 1, do mesmo regulamento, aplicável, *mutatis mutandis*, ao abrigo do artigo 184.º, n.º 1, do mesmo regulamento, ao processo de recurso de uma decisão do Tribunal Geral, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Uma vez que proponho que o Tribunal de Justiça julgue improcedentes os pedidos da WDFG e do Reino de Espanha, estes últimos devem, em meu entender, ser condenados nas despesas, em conformidade com o pedido nesse sentido apresentado pela Comissão. Nos termos do artigo 184.º, n.º 4, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça «[u]m interveniente em primeira instância, quando não tenha ele próprio interposto o recurso da decisão do Tribunal Geral, só pode ser condenado nas despesas do processo de recurso se tiver participado na fase escrita ou oral do processo no Tribunal de Justiça. Quando participe no processo, o Tribunal de Justiça pode decidir que essa parte suporte as suas próprias despesas». Por conseguinte, proponho que o Tribunal de Justiça declare que a República Federal da Alemanha suportará as suas próprias despesas.

VI. Conclusão

130. À luz de todas as considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça negue provimento aos recursos, condene a WDFG e o Reino de Espanha nas despesas e declare que a República Federal da Alemanha suportará as suas próprias despesas.