



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção)

6 de outubro de 2021 *

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Auxílios de Estado — Artigo 107.º, n.º 1, TFUE — Regime fiscal — Disposições relativas ao imposto sobre as sociedades que permitem às empresas fiscalmente domiciliadas em Espanha amortizar o *goodwill* resultante de aquisições de participações em sociedades fiscalmente domiciliadas fora desse Estado-Membro — Conceito de “auxílio de Estado” — Requisito de seletividade — Sistema de referência — Derrogação — Diferença de tratamento — Justificação da diferença de tratamento»

Nos processos apensos C-51/19 P e C-64/19 P,

que têm por objeto dois recursos de um acórdão do Tribunal Geral nos termos do artigo 56.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, interpostos, respetivamente, em 25 e 29 de janeiro de 2019,

World Duty Free Group SA, anteriormente Autogrill España SA, com sede em Madrid (Espanha), representada por J. L. Buendía Sierra, E. Abad Valdenebro, R. Calvo Salinero e A. Lamadrid de Pablo, abogados (C-51/19 P),

Reino de Espanha, representado inicialmente por A. Rubio González e A. Sampol Pucurull e, em seguida, por S. Centeno Huerta e S. Jiménez García, na qualidade de agentes (C-64/19 P),

recorrentes,

sendo as outras partes no processo:

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

demandada em primeira instância,

República Federal da Alemanha, representada por J. Möller e R. Kanitz, na qualidade de agentes,

Irlanda,

intervenientes em primeira instância,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção),

* Língua do processo: espanhol.

composto por K. Lenaerts, presidente, R. Silva de Lapuerta, vice-presidente, A. Arabadjiev, M. Vilaras, E. Regan, M. Ilešič, A. Kumin e N. Wahl (relator), presidentes de secção, D. Šváby, S. Rodin, F. Biltgen, K. Jürimäe, C. Lycourgos, P. G. Xuereb e I. Jarukaitis, juízes,

advogado-geral: G. Pitruzzella,

secretária: L. Carrasco Marco, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 7 de setembro de 2020,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 21 de janeiro de 2021,

profere o presente

Acórdão

- 1 Com o presente recurso no processo C-51/19 P, a World Duty Free Group SA (a seguir «WDFG»), pede a anulação do Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 15 de novembro de 2018, World Duty Free Group/Comissão (T-219/10 RENV, a seguir «acórdão recorrido», EU:T:2018:784), pelo qual este negou provimento ao seu recurso de anulação do artigo 1.º, n.º 1, e, a título subsidiário, do artigo 4.º da Decisão 2011/5/CE da Comissão, de 28 de outubro de 2009, relativa à amortização para efeitos fiscais da diferença relativamente ao valor do património (*financial goodwill*), em caso de aquisição de participações em empresas estrangeiras Processo C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) aplicada pela Espanha (JO 2011, L 7, p. 48, a seguir «decisão controvertida»).
- 2 Com o seu recurso no processo C-64/19 P, o Reino de Espanha pede a anulação desse mesmo acórdão.

I. Antecedentes do litígio

- 3 Os antecedentes do litígio, que foram expostos pelo Tribunal Geral nos n.ºs 1 a 11 do acórdão recorrido, podem ser resumidos da seguinte forma.
- 4 Em 10 de outubro de 2007, na sequência de várias perguntas escritas que lhe tinham sido colocadas ao longo dos anos de 2005 e 2006, por deputados do Parlamento Europeu e de uma denúncia de um operador privado que lhe tinha sido dirigida em 2007, a Comissão Europeia decidiu dar início ao procedimento formal de investigação, previsto no artigo 108.º, n.º 2, TFUE, relativamente ao dispositivo previsto no artigo 12.º, n.º 5, introduzido na Ley del Impuesto sobre Sociedades (Lei Relativa ao Imposto sobre as Sociedades) pela Ley 24/2001, Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (Lei Relativa à Adoção de Medidas Fiscais, Administrativas e de Ordem Social), de 27 de dezembro de 2001 (BOE n.º 313, de 31 de dezembro de 2001, p. 50493), 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, Relativo à Aprovação do Texto Reformulado da Lei Relativa ao Imposto sobre as Sociedades), de 5 de março de 2004 (BOE n.º 61, de 11 de março de 2004, p. 10951, a seguir «medida controvertida»).

- 5 A medida controvertida prevê que, caso uma empresa sujeita a tributação em Espanha adquira participações numa «sociedade estrangeira», quando essa aquisição de participações for de pelo menos 5 % e a participação em causa seja detida de modo ininterrupto durante pelo menos um ano, o *goodwill* financeiro daí resultante pode ser deduzido, sob a forma de amortização, da matéria coletável do imposto sobre as sociedades de que a empresa for devedora. Esclarece-se nesta medida que, para ser qualificada de «empresa estrangeira», uma sociedade deve estar sujeita a um imposto idêntico ao imposto aplicável em Espanha e os seus rendimentos devem provir essencialmente da realização de atividades no estrangeiro.
- 6 Em 28 de outubro de 2009, a Comissão adotou a decisão controvertida, através da qual encerrou o procedimento formal de investigação no que respeita às aquisições de participações realizadas na União Europeia.
- 7 Com essa decisão, a Comissão declarou a medida controvertida, que consiste num benefício fiscal que permite às sociedades espanholas amortizar o *goodwill* resultante da aquisição de participações em sociedades não residentes, incompatível com o mercado interno, quando aplicada às aquisições de participações em sociedades estabelecidas na União (artigo 1.º, n.º 1), e intimou o Reino de Espanha a recuperar os auxílios correspondentes às reduções fiscais concedidas com base nesse regime (artigo 4.º).
- 8 No entanto, a Comissão manteve o procedimento aberto quanto às aquisições de participações realizadas fora da União, uma vez que as autoridades espanholas se comprometeram a fornecer elementos adicionais relativos aos obstáculos às fusões transfronteiriças existentes fora da União, aos quais tinham feito referência.
- 9 Em 12 de janeiro de 2011, a Comissão adotou a Decisão 2011/282/UE, relativa à amortização para efeitos fiscais do *goodwill* financeiro, em caso de aquisição de participações em empresas estrangeiras C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) aplicada pela Espanha (JO 2011, L 135, p. 1), que também declarou a medida controvertida incompatível com o mercado interno quando se aplica a aquisições de participações em empresas estabelecidas fora da União.

II. Tramitação do processo no Tribunal Geral e acórdão recorrido

- 10 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 14 de maio de 2010, o WDFG interpôs recurso de anulação do artigo 1.º, n.º 1, e, a título subsidiário, do artigo 4.º da decisão controvertida.
- 11 Por Acórdão de 7 de novembro de 2014, Autogrill España/Comissão (T-219/10, EU:T:2014:939), o Tribunal Geral deu provimento ao recurso pelo facto de a Comissão ter feito uma aplicação errada do requisito de seletividade previsto no artigo 107.º, n.º 1, TFUE. O Tribunal Geral também anulou a Decisão 2011/282 pelo seu Acórdão de 7 de novembro de 2014, Banco Santander e Santusa/Comissão (T-399/11, EU:T:2014:938).
- 12 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 19 de janeiro de 2015, a Comissão interpôs recurso do Acórdão de 7 de novembro de 2014, Autogrill España/Comissão (T-219/10, EU:T:2014:939). Esse recurso, registado com 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 de 7 de novembro de 2014, Banco Santander e Santusa/Comissão (T-399/11, EU:T:2014:938).

- 13 O WDFG, apoiado pela República Federal da Alemanha, pela Irlanda e pelo Reino de Espanha, concluiu pedindo que fosse negado provimento ao recurso.
- 14 Por Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/World Duty Free Group e o. (C-20/15 P e C-21/15 P, a seguir «Acórdão WDFG», EU:C:2016:981), o Tribunal de Justiça anulou os Acórdãos de 7 de novembro de 2014, Autogrill España/Comissão (T-219/10, EU:T:2014:939), e de 7 de novembro de 2014, Banco Santander e Santusa/Comissão (T-399/11, EU:T:2014:938), remeteu os processos ao Tribunal Geral, reservou para final a decisão quanto às despesas e condenou a República Federal da Alemanha, a Irlanda e o Reino de Espanha a suportarem as suas próprias despesas.
- 15 Por Decisão do presidente da Nona Secção alargada do Tribunal Geral de 8 de dezembro de 2017, ouvidas as partes, o processo T-219/10 RENV, World Duty Free Group/Comissão, e o processo T-399/11 RENV, Banco Santander e Santusa/Comissão, foram apensados para efeitos da fase oral do processo, em conformidade com o artigo 68.º do Regulamento de Processo do Tribunal Geral.
- 16 Com o acórdão recorrido, o Tribunal Geral negou provimento ao recurso interposto pelo WDFG.
- 17 Indeferindo os três fundamentos invocados por esta última, relativos, o primeiro, à falta de seletividade da medida controvertida (n.ºs 32 a 228 do acórdão recorrido), o segundo, a um erro na identificação do beneficiário da medida controvertida (n.ºs 229 a 250 do acórdão recorrido) e, o terceiro, à violação do princípio da confiança legítima (n.ºs 251 a 327 do acórdão recorrido), o Tribunal Geral declarou que havia que negar provimento ao recurso na íntegra, sem que fosse necessário pronunciar-se quanto à sua admissibilidade, todavia posta em causa pela Comissão (n.ºs 30 e 329 do acórdão recorrido).
- 18 No que respeita, mais especificamente, ao primeiro fundamento, o Tribunal Geral recordou, em primeiro lugar, que, conforme decorre do Acórdão WDFG, uma medida fiscal que concede uma vantagem cuja concessão depende da realização de uma operação económica pode ser seletiva, incluindo quando, atentas as características da operação em causa, qualquer sociedade pode livremente optar por realizar essa operação (n.ºs 77 a 89 do acórdão recorrido).
- 19 Em segundo lugar, o Tribunal Geral examinou a medida controvertida com base nas três etapas do método de análise da seletividade de uma medida fiscal nacional, apresentada nos n.ºs 63 e 64 do acórdão recorrido, a saber, antes de mais, a identificação do regime fiscal comum ou «normal» aplicável no Estado-Membro em causa, em seguida, a apreciação da questão de saber se a medida fiscal em causa derroga o referido regime comum, na medida em que introduz diferenciações entre operadores que se encontram, tendo em conta o objetivo prosseguido por esse regime comum, numa situação factual e jurídica comparável e por último, a apreciação da questão de saber se essa derrogação se justifica pela natureza e pela sistemática desse regime.
- 20 No que respeita à primeira etapa, o Tribunal Geral declarou que o quadro de referência definido na decisão controvertida, a saber, «o tratamento fiscal do *goodwill*» (n.º 92 do acórdão recorrido), constituía o sistema de referência relevante no caso em apreço, na medida em que, nomeadamente, as empresas que adquirem uma participação em sociedades não residentes, tendo em conta o objetivo prosseguido pelo tratamento fiscal do *goodwill*, se encontram numa situação jurídica e factual comparável à das empresas que adquirem uma participação em sociedades residentes. Segundo esse órgão jurisdicional, o objetivo deste regime é garantir um certo paralelismo entre o tratamento contabilístico e o tratamento fiscal do *goodwill* de uma empresa que é resultante da aquisição de uma participação numa sociedade (n.ºs 116 a 122 do

acórdão recorrido). O Tribunal Geral rejeitou assim a ideia de que a medida controvertida constitui um sistema de referência autónomo (n.ºs 126 a 140 do acórdão recorrido), pelo que julgou improcedente a alegação relativa à existência de obstáculos às concentrações transfronteiriças (n.ºs 121, 138 e 141 do acórdão recorrido).

- 21 No que respeita à segunda etapa, o Tribunal Geral declarou que, na decisão controvertida, a Comissão tinha considerado justificadamente que a medida controvertida tinha introduzido uma derrogação em relação ao regime normal. Assim, julgou improcedente a alegação de que a Comissão não tinha cumprido a sua obrigação de demonstrar que a aquisição de participações em sociedades residentes e em sociedades não residentes eram comparáveis atendendo ao objetivo de neutralidade fiscal prosseguido pela medida controvertida (n.ºs 142 a 164 do acórdão recorrido).
- 22 No que respeita à terceira etapa, o Tribunal Geral sublinhou que nenhum dos argumentos especificamente apresentados no caso em apreço permitia justificar a derrogação estabelecida por essa medida e, deste modo, a diferença de tratamento verificada (n.ºs 165 a 227 do acórdão recorrido).

III. Pedidos das partes e tramitação do processo no Tribunal de Justiça

- 23 Com o seu recurso, o WDFG (processo C-51/19 P) pede ao Tribunal de Justiça que se digne:
- anular o acórdão recorrido;
 - dar provimento ao seu recurso de anulação e anular definitivamente a decisão controvertida; e
 - condenar a Comissão nas despesas;
- 24 Com o seu recurso, o Reino de Espanha (processo C-64/19 P) pede ao Tribunal de Justiça que se digne:
- anular o acórdão recorrido;
 - anular o artigo 1.º, n.º 1, da decisão controvertida, na medida em que qualifica a medida controvertida de auxílio de Estado; e
 - condenar a Comissão nas despesas;
- 25 A República Federal da Alemanha pede ao Tribunal de Justiça que dê provimento aos recursos.
- 26 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:
- negar provimento aos recursos e
 - condenar os recorrentes nas despesas.
- 27 Por Decisões de 22 de março de 2019 e de 2 de junho de 2020, os processos C-51/19 P e C-64/19 P foram apensados, respetivamente, para efeitos das fases escrita e oral e do acórdão.

IV. Quanto aos recursos

- 28 Em apoio do seu recurso, o WDFG e o Reino de Espanha invocam um fundamento único, relativo à violação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE no que respeita ao requisito de seletividade. Em substância, censuram o Tribunal Geral por ter cometido erros de direito na aplicação do método de análise em três etapas relativo à seletividade das medidas fiscais, conforme consagrado na jurisprudência constante do Tribunal de Justiça.
- 29 A República Federal da Alemanha adere, no essencial, à posição defendida pelos recorrentes, pondo em causa a grelha de análise da seletividade da medida controvertida adotada no caso em apreço. A República Federal da Alemanha alega, nomeadamente, que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao declarar que a circunstância de a medida controvertida constituir uma medida geral acessível a qualquer empresa que preencha as condições materiais já não é um elemento pertinente no âmbito da apreciação da seletividade.
- 30 A título preliminar, importa recordar que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a qualificação de uma medida nacional de «auxílio de Estado», na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, exige que estejam preenchidos todos os seguintes requisitos. Em primeiro lugar, deve tratar-se de uma intervenção do Estado ou através de recursos estatais. Em segundo lugar, essa intervenção deve ser suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros. Em terceiro lugar, deve conferir uma vantagem seletiva ao seu beneficiário. Em quarto lugar, deve falsear ou ameaçar falsear a concorrência (Acórdão WDFG, n.º 53 e jurisprudência referida, e Acórdão de 16 de março de 2021, Comissão/Polónia, C-562/19 P, EU:C:2021:201, n.º 27).
- 31 É facto assente que as medidas nacionais que conferem um benefício fiscal, e que, apesar de não incluírem uma transferência de recursos do Estado, colocam os beneficiários numa situação financeira mais favorável do que a dos outros contribuintes são suscetíveis de proporcionar uma vantagem seletiva aos beneficiários e constituem, por conseguinte, um auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE (v., neste sentido, Acórdão WDFG, n.º 56 e Acórdão de 19 de dezembro de 2018, A-Brauerei, C-374/17, EU:C:2018:1024, n.º 21).
- 32 No que respeita ao requisito de seletividade da vantagem, inerente à qualificação de uma medida de «auxílio de Estado», na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, que é o único objeto da impugnação feita pela Comissão no âmbito do primeiro fundamento do presente recurso, resulta de jurisprudência igualmente constante do Tribunal de Justiça que esse requisito 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, numa situação factual e jurídica comparável e que estão sujeitas a um tratamento diferenciado que pode, em substância, ser qualificado de discriminatório (Acórdão de 16 de março de 2021, Comissão/Polónia, C-562/19 P, EU:C:2021:201, n.º 28 e jurisprudência referida).
- 33 A análise da questão de saber se tal medida tem caráter seletivo coincide, assim, em substância, com a de saber se a medida em causa se aplica de maneira não discriminatória a esse conjunto de operadores económicos (Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck, C-524/14 P, EU:C:2016:971, n.º 53).

- 34 Quando a medida em causa é encarada como um regime de auxílios e não como um auxílio individual, cabe à Comissão demonstrar que a mesma, ainda que preveja uma vantagem de alcance geral, é conferida em benefício exclusivo de certas empresas ou de certos setores de atividade (Acórdão WDFG, n.º 55 e jurisprudência referida).
- 35 Para qualificar uma medida fiscal nacional de «seletiva», a Comissão deve identificar, num primeiro momento, o regime fiscal comum ou «normal» aplicável no Estado-Membro em causa e demonstrar, num segundo momento, que a medida fiscal em causa derroga o referido regime comum, uma vez que introduz diferenciações entre operadores económicos que se encontram, tendo em conta o objetivo prosseguido por esse regime comum, numa situação factual e jurídica comparável (v., neste sentido, Acórdão de 19 de dezembro de 2018, A-Brauerei, C-374/17, EU:C:2018:1024, n.º 36 e jurisprudência referida).
- 36 Todavia, o conceito de «auxílio de Estado» não abrange as medidas que introduzem uma diferenciação entre empresas que se encontram, tendo em conta o objetivo prosseguido pelo regime jurídico em causa, numa situação factual e jurídica comparável e que, por conseguinte, *a priori* são seletivas, quando o Estado-Membro em causa conseguir demonstrar que esta diferenciação é justificada, por resultar da natureza ou da estrutura do sistema em que as referidas medidas se inserem (Acórdão de 19 de dezembro de 2018, A-Brauerei, C-374/17, EU:C:2018:1024, n.º 44 e jurisprudência referida).
- 37 Tendo em conta estas considerações, há que examinar as diferentes partes do fundamento único de recurso.
- 38 O fundamento único suscitado pela WDFG divide-se em seis partes, que visam, em substância, em primeiro lugar, a definição do sistema de referência, em segundo lugar, a determinação do objetivo desse sistema, a partir do qual se deverá proceder à comparação na segunda etapa da análise da seletividade, em terceiro lugar, a distribuição do ónus da prova, em quarto lugar, o respeito do princípio da proporcionalidade, em quinto lugar, a existência de um nexo de causalidade entre a impossibilidade de fusão no estrangeiro e a aquisição de participações no estrangeiro, e em sexto lugar, o exame do carácter divisível da medida controvertida em função da percentagem de controlo.
- 39 O fundamento único suscitado pelo Reino de Espanha tem quatro partes. Essas partes visam, em primeiro lugar, a determinação do quadro de referência, em segundo lugar, a consideração de que o tratamento fiscal do *goodwill* financeiro não pode constituir uma medida de carácter geral ou um quadro de referência autónomo, em terceiro lugar, a definição do objetivo desse quadro de referência e a comparação de situações exigida pelo Acórdão WDFG e, em quarto lugar, a atribuição do ónus da prova adotado no caso em apreço quanto aos elementos constitutivos do referido quadro de referência.
- 40 Uma vez que as alegações formuladas no âmbito das quatro primeiras partes do fundamento único de recurso do WDFG e as apresentadas em apoio das quatro partes do fundamento único de recurso do Reino de Espanha coincidem ou se sobrepõem amplamente, as mesmas serão examinadas em conjunto.

A. Quanto à primeira parte do fundamento único de recurso do WDFG, e à primeira e segunda partes do fundamento único de recurso do Reino de Espanha, relativas a erros cometidos na determinação do sistema de referência

1. Argumentos das partes

- 41 O WDFG sustenta que o Tribunal Geral cometeu diversos erros na determinação do sistema de referência.
- 42 Antes de mais, o Tribunal Geral utilizou um sistema de referência diferente do definido pela decisão controvertida, uma vez que descreveu o sistema de referência dessa decisão como sendo o «tratamento fiscal do *goodwill* financeiro» (n.ºs 92 e 140 do acórdão recorrido). Na opinião dos recorrentes, estas duas «expressões» referem-se a abordagens materialmente diferentes. Os recorrentes consideram que, ao substituir a fundamentação da decisão controvertida pela sua própria e ao ter preenchido uma lacuna na fundamentação da decisão controvertida com a sua própria fundamentação, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito suscetível de implicar a anulação do acórdão recorrido.
- 43 Em seguida, foi de forma injustificada que o Tribunal Geral excluiu, no termo da análise que figura nos n.ºs 126 a 140 do acórdão recorrido, a ideia de que a medida controvertida podia constituir um sistema de referência autónomo. A este respeito, não só o Tribunal Geral substituiu o raciocínio que constava da decisão controvertida pelo seu próprio raciocínio, dado que esta última apenas se baseava na inexistência de obstáculos às fusões transfronteiriças, como também procedeu a uma apreciação juridicamente errada. Com efeito, o raciocínio do Tribunal Geral faz, nomeadamente, depender a definição do quadro de referência da técnica regulamentar utilizada.
- 44 Por último, e em todo o caso, o quadro de referência adotado pelo Tribunal Geral no acórdão recorrido foi definido arbitrariamente e resultava de uma confusão entre uma exceção e uma regra geral. Em especial, nada permite compreender as razões pelas quais o Tribunal Geral declarou que o objetivo prosseguido era apenas o de «assegurar uma certa coerência entre o tratamento fiscal do *goodwill* e o seu tratamento contabilístico» (n.º 121 do acórdão recorrido). O Tribunal Geral também não explicou por que razão indicou que a inexistência de uma regra que impedia a amortização do *goodwill* financeiro em caso de aquisição de participações nacionais era, nada mais nada menos, do que a «regra geral» do vasto sistema de referência que definiu (n.º 135 do acórdão recorrido). Referindo-se, nomeadamente, à abordagem adotada no processo que deu origem ao Acórdão de 28 de junho de 2018, Andres (Insolvência Heitkamp BauHolding)/Comissão (C-203/16 P, EU:C:2018:505), no qual o Tribunal de Justiça declarou que não se podia considerar que a medida em causa nesse processo constituía uma exceção a uma regra geral, o WDFG considera que o quadro de referência foi definido no caso em apreço de forma redutora, pelo que o acórdão recorrido devia ser anulado.
- 45 O Reino de Espanha considera igualmente que o Tribunal Geral cometeu erros de direito na determinação do sistema de referência.
- 46 Em primeiro lugar, o Reino de Espanha sublinha que a determinação do sistema de referência, que, na sua opinião, constitui o ponto de partida para qualquer análise relacionada com a seletividade, é uma questão de direito sujeita à fiscalização do Tribunal de Justiça. Referindo-se, mais precisamente aos n.ºs 92 e 140 do acórdão recorrido, o Reino de Espanha considera que o Tribunal Geral se baseou num quadro de referência diferente do adotado na decisão controvertida ao visar um quadro mais amplo do que o adotado pela Comissão.

- 47 Em segundo lugar, o Reino de Espanha considera que o acórdão recorrido também está ferido de um erro de direito, na medida em que o Tribunal Geral considerou que o tratamento fiscal do *goodwill* financeiro não pode constituir uma medida de carácter geral ou um quadro de referência autónomo. Nesta perspetiva, este Estado-Membro refere-se expressamente aos n.ºs 95, 103, 104, 106, 122, 125 e 138 a 141 do acórdão recorrido, nos quais o Tribunal Geral rejeitou o argumento baseado na existência de obstáculos às concentrações transfronteiriças invocando fundamentos, de resto não convincentes, que não resultavam de forma alguma da decisão controvertida.
- 48 A este respeito, o Reino de Espanha sustenta que a determinação do quadro de referência adotado pelo Tribunal Geral está errada por quatro motivos.
- 49 Em primeiro lugar, o acórdão recorrido baseia-se meramente na técnica regulamentar, o que, como resulta da jurisprudência, não constitui um método adequado para definir o carácter seletivo de uma medida. Assim, o Tribunal Geral considerou erradamente que é a necessidade de assegurar a coerência adequada entre a regra fiscal e a regra contabilística que delimita o objetivo da medida (n.ºs 116, 118 e 121 do acórdão recorrido).
- 50 Em segundo lugar, foi também injustificadamente que o Tribunal Geral considerou, com base numa análise errada do objetivo da medida controvertida exposta nos n.ºs 116 a 122 do acórdão recorrido, que a regulamentação fiscal relativa ao *goodwill* financeiro em causa tinha por objetivo regular um «problema específico». Contrariamente ao que o Tribunal Geral concluiu, a legislação fiscal em causa no caso em apreço não visa regular um problema específico, mas dar pleno efeito ao princípio da neutralidade fiscal, assegurando que as decisões de investimento se baseiam em considerações económicas e não em critérios fiscais. A este respeito, o Tribunal Geral devia ter verificado se, na decisão controvertida, a Comissão rejeitou de forma justificada e coerente o quadro de referência proposto pelas autoridades espanholas e pelas partes interessadas, tendo em conta, nomeadamente, os obstáculos factuais e jurídicos às fusões transfronteiriças. No decurso desse exame, também devia ter apreciado se, apesar das indicações expressas formuladas pelo Tribunal de Justiça no n.º 123 do Acórdão WDFG e na sua jurisprudência constante, a Comissão agiu em violação dos critérios enunciados no artigo 107.º TFUE, ao não comparar as situações de facto e de direito tendo em conta o objetivo da medida controvertida.
- 51 Em terceiro lugar, o Reino de Espanha sublinha que a medida controvertida — que se destinava a cumprir o princípio da neutralidade fiscal, estava aberta a todos os setores e podia ser aplicada sem nenhum requisito mínimo de investimento — não tem relação alguma com a medida que deu origem ao Acórdão de 2 de julho de 1974, Itália/Comissão (173/73, EU:C:1974:71), no qual o requisito de especificidade subjacente ao critério de seletividade foi precisamente determinado por diversos elementos.
- 52 Em quarto lugar, o Reino de Espanha considera que a abordagem adotada pelo Tribunal Geral teria como consequência alterar as conclusões do Tribunal de Justiça a respeito de determinadas medidas fiscais, medidas que também se destinavam a resolver problemas específicos, mas que não foram consideradas constitutivas de auxílios de Estado.
- 53 A Comissão contesta a argumentação dos recorrentes. Considera, a título principal, que os argumentos apresentados são, no essencial, inadmissíveis, na medida em que o recurso perante o Tribunal Geral não continha nenhuma alegação relativa à existência de erros que afetassem a determinação do sistema de referência. Assim, autorizar os recorrentes a apresentar novos argumentos no âmbito do recurso de uma decisão do Tribunal Geral equivaleria a permitir que os mesmos submetessem ao Tribunal de Justiça um litígio mais amplo do que o submetido ao

Tribunal Geral. A título subsidiário, a Comissão alega que a argumentação dos recorrentes é improcedente. Com efeito, contrariamente ao que estes últimos afirmam, em primeiro lugar, o Tribunal Geral referiu-se ao mesmo sistema de referência que o identificado na decisão controvertida, em segundo lugar, a medida controvertida não podia ser considerada um sistema de referência autónomo e, em terceiro lugar, o acórdão recorrido estava suficientemente fundamentado.

2. *Apreciação do Tribunal de Justiça*

a) *Quanto à admissibilidade*

- 54 No que respeita à admissibilidade dos argumentos e elementos apresentados em apoio da parte em análise, que a Comissão contesta devido à alegada novidade dos argumentos apresentados em apoio dos pedidos dos recorrentes relativos à determinação do quadro de referência, há que recordar que, ao abrigo do artigo 170.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, o objeto do litígio perante o Tribunal Geral não pode ser alterado em sede de recurso.
- 55 Assim, nos termos de jurisprudência assente, a competência do Tribunal de Justiça em sede de recurso de uma decisão do Tribunal Geral está limitada à apreciação da solução jurídica dada aos fundamentos e argumentos debatidos em primeira instância. Uma parte não pode, assim, invocar pela primeira vez no Tribunal de Justiça um fundamento que não invocou no Tribunal Geral, uma vez que isso equivaleria a permitir que a mesma submetesse ao Tribunal de Justiça, cuja competência em matéria de recursos de decisões do Tribunal Geral é limitada, um litígio mais alargado do que o submetido ao Tribunal Geral (Acórdão de 29 de julho de 2019, Bayerische Motoren Werke e Freistaat Sachsen/Comissão, C-654/17 P, EU:C:2019:634, n.º 69 e jurisprudência referida).
- 56 Todavia, um recorrente pode interpor recurso de uma decisão do Tribunal Geral invocando, no Tribunal de Justiça, fundamentos e argumentos com origem no próprio acórdão recorrido e que se destinem a criticar juridicamente o seu mérito (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, e de 4 de março de 2021, Comissão/Fútbol Club Barcelona, C-362/19 P, EU:C:2021:169, n.º 47).
- 57 No caso em apreço, resulta dos n.ºs 92 a 141 do acórdão recorrido que o Tribunal Geral verificou se a Comissão tinha identificado corretamente o regime fiscal de referência no âmbito da primeira etapa da análise da seletividade. Nestas circunstâncias, em sede de recurso de uma decisão do Tribunal Geral, os recorrentes podem pôr em causa os fundamentos do acórdão recorrido relativos a essa primeira etapa, independentemente da circunstância de em primeira instância não terem desenvolvido uma argumentação especificamente destinada a contestar a decisão controvertida quanto a este ponto.
- 58 Além disso, como salientou o advogado-geral no n.º 35 das suas conclusões, não se pode deixar de observar que os argumentos apresentados pelos recorrentes contêm uma crítica precisa e circunstanciada dos fundamentos do acórdão recorrido e visam, em larga medida, contestar o respeito dos limites e as modalidades de exercício da fiscalização jurisdicional pelo Tribunal Geral, que não podiam, em todo o caso, ser invocados perante este último.

59 Tendo em conta estas considerações, a primeira parte do fundamento único de recurso do WDFG e a primeira e segunda partes do fundamento único de recurso do Reino de Espanha são admissíveis.

b) Quanto ao mérito

60 A determinação do quadro de referência reveste uma importância acrescida no caso das medidas fiscais, dado que a existência de uma vantagem económica, na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, só pode ser afirmada em relação a uma tributação dita «normal». Assim, a determinação do conjunto das empresas que se encontram numa situação factual e jurídica comparável depende da definição prévia do regime jurídico à luz de cujo objetivo deve, se necessário, ser examinada a comparabilidade da situação factual e jurídica respetiva das empresas beneficiadas pela medida em causa e das que não o são [Acórdãos de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck, C-524/14 P, EU:C:2016:971, n.ºs 55 e 60, e de 28 de junho de 2018 Andres (Insolvência Heitkamp BauHolding)/Comissão, C-203/16 P, EU:C:2018:505, n.ºs 88 e 89].

61 Por conseguinte, para efeitos da apreciação do carácter seletivo de uma medida fiscal de alcance geral, importa que o regime fiscal comum ou sistema de referência aplicável no Estado-Membro em causa esteja corretamente identificado na decisão da Comissão e seja examinado pelo juiz chamado a conhecer de uma contestação relativa a essa identificação. Uma vez que a determinação do sistema de referência constitui o ponto de partida de um exame comparativo que deve ser efetuado no contexto da apreciação da seletividade de um regime de auxílio, um erro cometido nessa determinação vicia necessariamente toda a análise do requisito relativo à seletividade [v., neste sentido, Acórdãos de 28 de junho de 2018, Andres (Insolvência Heitkamp BauHolding)/Comissão, C-203/16 P, EU:C:2018:505, n.º 107, e de 16 de março de 2021, Comissão/Polónia, C-562/19 P, EU:C:2021:201, n.º 46].

62 Neste contexto, importa antes de mais esclarecer, a título preliminar, que a determinação do quadro de referência, que deve ser efetuada no termo de um debate contraditório com o Estado-Membro em causa, deve decorrer de um exame objetivo do conteúdo, da articulação e dos efeitos concretos das normas aplicáveis por força do direito nacional desse Estado. A este respeito, a seletividade de uma medida fiscal não pode ser apreciada com base num quadro de referência constituído por algumas disposições do direito nacional do Estado-Membro em causa que foram artificialmente retiradas de um quadro legislativo mais alargado [Acórdão de 28 de junho de 2018, Andres (Insolvência Heitkamp BauHolding)/Comissão, C-203/16 P, EU:C:2018:505, n.º 103].

63 Por conseguinte, como em substância salientou o advogado-geral no n.º 49 das suas conclusões, quando a medida fiscal em questão é inseparável do sistema geral de tributação do Estado-Membro em causa, é a esse sistema que se deve fazer referência. Em contrapartida, quando se afigura que essa medida é claramente destacável do referido sistema geral, não é de excluir que o quadro de referência a ter em conta seja mais restrito do que o referido sistema geral, ou até que o mesmo se identifique com a própria medida, quando esta se apresente como uma regra dotada de uma lógica jurídica autónoma e seja impossível identificar um conjunto normativo coerente fora dessa medida.

64 Em seguida, uma vez que, fora dos domínios em que o direito fiscal da União é objeto de harmonização, é o Estado-Membro em causa que define, pelo exercício das suas competências exclusivas em matéria de fiscalidade direta, as características constitutivas do imposto, a determinação do sistema de referência ou do regime fiscal «normal», a partir do qual há que

analisar o requisito relativo à seletividade, deve ter em conta as referidas características (v., neste sentido, Acórdão de 16 de março de 2021, Comissão/Polónia, C-562/19 P, EU:C:2021:201, n.ºs 38 e 39).

- 65 Além disso, importa recordar que, na medida em que a determinação do quadro de referência deve proceder de um exame objetivo do conteúdo e da articulação das regras aplicáveis por força do direito nacional, não há, nesta primeira etapa do exame da seletividade, que ter em conta os objetivos prosseguidos pelo legislador na adoção da medida sujeita a exame. A este respeito, o Tribunal de Justiça declarou repetidamente que a finalidade prosseguida pelas intervenções estatais não basta para as fazer escapar à qualificação de «auxílio» na aceção do artigo 107.º TFUE, dado que esta disposição não procede a uma distinção em função das causas ou dos objetivos das intervenções estatais, antes definindo essas intervenções em função dos respetivos efeitos (v., neste sentido, Acórdãos de 22 de dezembro de 2008, *British Aggregates/Comissão*, C-487/06 P, EU:C:2008:757, n.ºs 84 e 85, e de 21 de dezembro de 2016, *Comissão/Hansestadt Lübeck*, C-524/14 P, EU:C:2016:971, n.º 48).
- 66 Por último, é necessário que a operação de identificação das regras que devem compor o sistema de referência seja feita segundo critérios objetivos, nomeadamente para permitir um controlo jurisdicional das apreciações em que essa operação se baseia. Compete à Comissão ter em conta os elementos eventualmente apresentados pelo Estado-Membro em causa e, mais genericamente, proceder à sua análise de forma rigorosa e suficientemente fundamentada, a fim de permitir um controlo jurisdicional completo.
- 67 É tendo em conta estas considerações que há que apreciar o mérito da argumentação dos recorrentes relativa à determinação do sistema de referência, enquanto primeira etapa e premissa necessária da análise da seletividade. Assim, como decorre dos n.ºs 41 a 52 do presente acórdão, os recorrentes sustentam em substância que o Tribunal Geral cometeu erros de direito, em primeiro lugar, ao proceder a uma substituição dos fundamentos da decisão controvertida quanto à definição do sistema de referência adotado, em segundo lugar, ao excluir que a medida controvertida possa, por si só, ser considerada um sistema de referência autónomo e ao proceder a uma substituição de fundamentos a este respeito e, em terceiro lugar, ao definir esse sistema de forma arbitrária.
- 68 Importa assim examinar sucessivamente estas três alegações.

1) Quanto à existência de um erro de direito na determinação do sistema de referência (primeira alegação da primeira parte do fundamento único de recurso do WDFG e primeira parte do fundamento único de recurso do Reino de Espanha)

- 69 O WDFG, com a primeira alegação da primeira parte do seu fundamento único de recurso, e o Reino de Espanha, com a primeira parte do seu fundamento único de recurso, sustentam que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito na determinação do sistema de referência ao substituir pelo seu próprio sistema de referência o sistema adotado pela Comissão na decisão controvertida. Apesar de esta última ter designado as regras relativas ao tratamento fiscal do *goodwill* financeiro como constituindo o sistema de referência, o Tribunal Geral, baseando-se numa análise materialmente diferente, incluiu ainda neste sistema o tratamento fiscal do *goodwill* «não financeiro». O WDFG e o Reino de Espanha referem, em especial, os n.ºs 92 e 140 do acórdão recorrido.

- 70 A este respeito, há que recordar que, no âmbito da fiscalização da legalidade, referida no artigo 263.º TFUE, o Tribunal de Justiça e o Tribunal Geral têm competência para conhecer dos recursos com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação dos Tratados ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder. O artigo 264.º TFUE prevê que, se o recurso for procedente, o ato impugnado é anulado. O Tribunal de Justiça e o Tribunal Geral não podem, portanto, em todo o caso, substituir a fundamentação do autor do ato impugnado pela sua (Acórdãos de 27 de janeiro de 2000, DIR International Film e o./Comissão, C-164/98 P, EU:C:2000:48, n.º 38, e de 4 de junho de 2020, Hungria/Comissão, C-456/18 P, EU:C:2020:421, n.º 70 e jurisprudência referida).
- 71 Em contrapartida, exceto no caso em que nenhum elemento material o justifique, no âmbito de um recurso de anulação, o Tribunal Geral pode ser levado a interpretar a fundamentação do ato impugnado de uma forma diferente da do seu autor, ou mesmo, em certas circunstâncias, a recusar a fundamentação formal apresentada por este (v., neste sentido, Acórdãos de 27 de janeiro de 2000, DIR International Film e o./Comissão, C-164/98 P, EU:C:2000:48, n.º 42, e de 22 de dezembro de 2008, British Aggregates/Comissão, C-487/06 P, EU:C:2008:757, n.º 142).
- 72 No caso em apreço, como resulta dos n.ºs 70, 92, 123 e 140 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral considerou que, para efeitos da sua apreciação da seletividade da medida controvertida, a Comissão tinha adotado o tratamento fiscal do «*goodwill*» como sistema de referência. Em particular, o Tribunal Geral salientou, no n.º 92 do acórdão recorrido, que a Comissão «não [tinha] circunscrito esse quadro unicamente ao tratamento fiscal do *goodwill* financeiro». Ora, como os recorrentes acertadamente observaram, a Comissão indicou, no considerando 96 da decisão controvertida, que o quadro adequado para a avaliação da medida controvertida era constituído pelas regras relativas ao tratamento fiscal do «*goodwill* financeiro».
- 73 Todavia, embora seja verdade que a terminologia adotada no acórdão recorrido diverge da utilizada na decisão controvertida, não se pode concluir que, ao utilizar essa terminologia, o Tribunal Geral tenha identificado um sistema de referência materialmente diferente do identificado pela Comissão ou que se tenha baseado numa fundamentação diferente da adotada pela Comissão na decisão controvertida para considerar que o tratamento fiscal do *goodwill* constituía o sistema de referência pertinente no caso em apreço.
- 74 Com efeito, como a Comissão alega, nas circunstâncias do caso em apreço, o tratamento do *goodwill* é totalmente equiparável ao do *goodwill* financeiro.
- 75 A este respeito, como o Tribunal Geral recordou no n.º 70 do acórdão recorrido, a Comissão excluiu expressamente, na decisão controvertida, em resposta, nomeadamente, aos argumentos formulados pelas autoridades espanholas quanto à identificação do sistema de referência, que o referido sistema devesse ser limitado ao tratamento fiscal do *goodwill* resultante da aquisição de uma participação numa sociedade estabelecida num país diferente do Reino de Espanha. Assim sendo, o Tribunal Geral sublinhou que, como resulta claramente do considerando 89 da decisão controvertida, a Comissão considerou que a medida controvertida devia ser avaliada tendo em conta as disposições gerais do regime do imposto sobre as sociedades aplicáveis às situações em que o surgimento do *goodwill* origina um benefício fiscal. Esclareceu, nessa decisão, que a sua posição se explicava pela constatação no sentido de que as situações em que o *goodwill* financeiro pode ser amortizado não abrangem toda a categoria de contribuintes que se encontram numa situação análoga de facto ou de direito.

- 76 Neste contexto, há que salientar que, como resulta do n.º 71 do acórdão recorrido, para identificar o sistema de referência, o Tribunal Geral baseou-se, nomeadamente, nas constatações da Comissão nos considerandos 19, 20, 99 e 100 da decisão controvertida, segundo as quais o sistema de referência só previa a amortização do *goodwill* na hipótese de uma concentração de empresas, de modo que, ao permitir que o *goodwill* que seria contabilizado se as empresas se tivessem concentrado fosse incluído, mesmo nos casos em que não tinha ocorrido uma concentração de empresas, a medida controvertida constituía uma exceção a esse sistema de referência.
- 77 Por outro lado, ao referir-se também ao considerando 100 da decisão controvertida, o Tribunal Geral baseou-se igualmente nas considerações da Comissão segundo as quais, na medida em que a amortização do *goodwill* que resulta da simples aquisição de participações só era autorizada no caso de aquisições de participações transfronteiriças, e não no caso de aquisições de participações nacionais, a medida controvertida introduzia, assim, uma diferença de tratamento entre as operações nacionais e as operações transfronteiriças, pelo que não podia ser considerada uma nova regra geral de pleno direito.
- 78 Resulta inequivocamente destas passagens da decisão controvertida, referidas no acórdão recorrido que, como concluiu o Tribunal Geral, quando a Comissão designou as «regras relativas ao tratamento fiscal do *goodwill* financeiro» como sistema de referência, pretendeu remeter não só para as regras especificamente aplicáveis à amortização do *goodwill* em caso de aquisição de participações mas também para as regras do regime geral espanhol do imposto sobre as sociedades que regulam a amortização do *goodwill* em geral, uma vez que estas últimas regras fornecem, com efeito, um quadro de avaliação pertinente para as primeiras.
- 79 Daqui resulta que o Tribunal Geral se limitou, nos n.ºs 70, 92, 123 e 140 do acórdão recorrido, a proceder a uma interpretação da decisão controvertida quanto à definição do sistema de referência conforme com as indicações contidas nessa decisão e, por conseguinte, não procedeu a uma substituição dos fundamentos da referida decisão na aceção da jurisprudência recordada no n.º 70 do presente acórdão. Por conseguinte, o Tribunal Geral não cometeu um erro de direito na determinação do sistema de referência.
- 80 A primeira alegação da primeira parte do fundamento único de recurso do WDFG e a primeira parte do fundamento único de recurso do Reino de Espanha devem ser julgadas improcedentes.

2) Quanto à recusa de considerar a medida controvertida como um sistema de referência autónomo (segunda alegação da primeira parte do fundamento único de recurso do WDFG e segunda parte do fundamento único do recurso do Reino de Espanha)

i) Quanto à existência de uma substituição de fundamentos

- 81 Os recorrentes censuram o Tribunal Geral por ter substituído a fundamentação da decisão controvertida pela sua própria fundamentação, ao excluir que a medida controvertida pudesse constituir um sistema de referência de pleno direito. Com efeito, em substância, apesar de, nessa decisão, a Comissão ter rejeitado a hipótese de um sistema de referência autónomo constituído pela medida controvertida baseando-se unicamente na alegada inexistência de obstáculos jurídicos às fusões transfronteiriças, o Tribunal Geral baseou-se, nos n.ºs 127 a 140 do acórdão recorrido, numa argumentação diferente.

- 82 A este respeito, como foi salientado no n.º 75 do presente acórdão, há que recordar que o Tribunal Geral considerou que, do ponto de vista da Comissão, o sistema de referência não se podia limitar ao tratamento fiscal do *goodwill* financeiro instaurado pela medida controvertida, uma vez que essa medida só beneficiava as empresas que adquiriam participações em sociedades não residentes, e que, para apreciar a existência de uma discriminação relativamente às empresas que efetuavam o mesmo tipo de aquisições, mas em sociedades residentes, era necessário ter em conta disposições gerais do regime do imposto sobre as sociedades aplicáveis às situações em que o surgimento do *goodwill* conduzia a um benefício fiscal.
- 83 Por conseguinte, não se pode concluir que o Tribunal Geral procedeu a uma substituição dos fundamentos da decisão controvertida, esquecendo que, na realidade, a Comissão se baseou na inexistência de obstáculos às concentrações transfronteiriças para excluir que a medida controvertida pudesse constituir o sistema fiscal de referência.
- 84 Embora, como alegam os recorrentes, a Comissão se tenha efetivamente referido, nos considerandos 93 a 96 e 117 dessa decisão, à alegada inexistência de obstáculos jurídicos às fusões transfronteiriças, limitou-se, com essas referências, a tomar posição sobre as observações apresentadas pelas autoridades espanholas com vista, nomeadamente, a pôr em causa não só o sistema de referência tal como foi provisoriamente identificado na decisão de dar início ao procedimento formal de investigação de 10 de outubro de 2007, mas também os elementos de comparação e de justificação possíveis a título da segunda e terceira etapas do exame de seletividade.
- 85 Por conseguinte, como salientou o advogado-geral no n.º 65 das suas conclusões, 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 *goodwill* financeiro 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 acompanhada de uma concentração de empresas.
- 86 Daqui decorre que é improcedente a alegação de que, nos n.ºs 127 a 140 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral procedeu a uma substituição de fundamentos.

ii) Quanto à existência de um erro de direito na recusa do Tribunal Geral em considerar a medida controvertida um sistema de referência autónomo

- 87 Os recorrentes alegam, a título subsidiário, que o raciocínio seguido pelo Tribunal Geral para excluir que a medida controvertida pudesse constituir um sistema de referência autónomo enferma de um erro de direito. Por um lado, observam que o objetivo desta medida é assegurar a neutralidade fiscal no que se refere às aquisições de participações em Espanha e no estrangeiro e que, por conseguinte, o seu objeto não pode ser reduzido à resolução de um problema particular, como afirmou erradamente o Tribunal Geral no n.º 139 do acórdão recorrido. Por outro lado, alega que o raciocínio do Tribunal Geral leva à 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, segundo a técnica regulamentar utilizada.

- 88 No caso em apreço, há que salientar que o raciocínio exposto pelo Tribunal Geral nos n.ºs 95 a 141 do acórdão recorrido se destinava a responder à argumentação de que, devido aos obstáculos às concentrações transfronteiriças, a Comissão devia ter identificado a medida controvertida como sendo o sistema de referência.
- 89 Ora, embora os recorrentes não formulem nenhuma crítica a respeito da metodologia aplicável à determinação do sistema de referência no âmbito da primeira etapa do exame da seletividade exposta nos n.ºs 95 a 108 do acórdão recorrido, criticam, em contrapartida, a sequência da análise efetuada pelo Tribunal Geral, conforme formulada nos n.ºs 109 a 141 desse acórdão.
- 90 Em primeiro lugar, o raciocínio exposto nos n.ºs 109 a 125 do acórdão recorrido diz respeito à questão de saber se, atento 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 se encontram numa situação jurídica e factual comparável.
- 91 Todavia, esse exame de comparabilidade não tem relação direta com a delimitação do quadro de referência que deve ser efetuada na primeira etapa do exame da seletividade, não obstante o facto de, no n.º 125 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral ter constatado «a existência de relações entre essas duas etapas, ou mesmo por vezes, como no caso vertente, a existência de um raciocínio comum». Assim sendo, a argumentação desenvolvida pelos recorrentes para contestar a definição do objetivo do sistema de referência será apreciada posteriormente, no âmbito da análise da segunda parte do fundamento único de recurso do WDFG e da terceira parte do fundamento único de recurso do Reino de Espanha, relativas a um erro na determinação do objetivo à luz do qual devia ser efetuado o exame de comparabilidade.
- 92 Em segundo lugar, quanto aos n.ºs 126 a 141 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral verificou aí se a medida controvertida podia, tendo em conta as suas características próprias e, portanto, independentemente de qualquer análise comparativa, constituir, por si só, um quadro de referência autónomo.
- 93 A este respeito, em primeiro lugar, os recorrentes sustentam injustificadamente que o Tribunal Geral se baseou principalmente na técnica regulamentar escolhida pelo legislador espanhol para concluir pelo carácter seletivo da medida controvertida. Com efeito, resulta do acórdão recorrido que o Tribunal Geral se baseou no objeto e nos efeitos dessa medida e não em simples considerações de ordem formal. Em particular, o Tribunal Geral observou, no n.º 135 desse acórdão, que a referida medida constituía uma exceção à regra geral segundo a qual só as concentrações de empresas podem conduzir à amortização do *goodwill*.
- 94 É certo que, como acertadamente alegaram os recorrentes, resulta da jurisprudência que o recurso a uma determinada técnica regulamentar não pode permitir que regras fiscais nacionais escapem ao controlo previsto pelo Tratado FUE em matéria de auxílios de Estado, nem tão-pouco é suficiente para definir o quadro de referência pertinente para efeitos de análise do requisito relativo à seletividade, uma vez que, de outro modo, a forma das intervenções estatais prevaleceria de maneira decisiva sobre os seus efeitos. Assim, a técnica regulamentar utilizada não pode ser um elemento decisivo para efeitos da determinação do quadro de referência [v., neste sentido, Acórdão WDFG, n.º 76, e Acórdão de 28 de junho de 2018, Andres (Insolvência Heitkamp BauHolding)/Comissão, C-203/16 P, EU:C:2018:505, n.º 92].

- 95 Como tal, decorre dessa mesma jurisprudência que, embora, para demonstrar a seletividade de uma medida fiscal, a técnica regulamentar utilizada não seja decisiva, de tal modo que nem sempre é necessário que esta tenha caráter derogatório em relação ao regime fiscal comum, a circunstância de a referida medida ter esse caráter é absolutamente pertinente para o efeito, quando daí decorra que são distinguidas duas categorias de operadores e que os mesmos são, *a priori*, objeto de um tratamento diferenciado, a saber, os operadores abrangidos pela medida derogatória e os que continuam a ser abrangidos pelo regime fiscal comum, mesmo quando essas duas categorias se encontram numa situação comparável à luz do objetivo prosseguido pelo referido regime [Acórdão de 28 de junho de 2018, Andres (Insolvência Heitkamp BauHolding)/Comissão, C-203/16 P, EU:C:2018:505, n.º 93 e jurisprudência referida].
- 96 Daqui resulta que o Tribunal Geral não pode ser acusado de ter acolhido, entre outras considerações, o caráter derogatório da medida controvertida para efeitos do exame do seu caráter seletivo.
- 97 Em segundo lugar, relativamente à crítica formulada pelos recorrentes quanto à referência às Conclusões do advogado-geral J.-P. Warner no processo Itália/Comissão (173/73, EU:C:1974:52, p. 728, a seguir «Conclusões do advogado-geral J.-P. Warner»), o Tribunal Geral salientou, com razão, no n.º 135 do acórdão recorrido, que a medida controvertida não tinha introduzido, como a Comissão assinalou no considerando 100 da decisão recorrida, uma nova regra geral de pleno direito relativa à amortização do *goodwill*, mas sim uma exceção à regra geral de que só as concentrações de empresas podem conduzir à amortização do *goodwill*, uma vez que essa exceção se destina a combater, segundo o Reino de Espanha, os efeitos desfavoráveis para as aquisições de participações em sociedades não residentes que a aplicação da regra geral causaria.
- 98 Consequentemente, resulta do acórdão recorrido que, em apoio da sua conclusão de que o sistema de referência não se podia limitar à medida controvertida, o Tribunal Geral não se baseou apenas no facto de essa medida, à semelhança da medida em causa no processo onde foram apresentadas as Conclusões do advogado-geral J.-P. Warner, visar a prossecução de um objetivo concreto e, assim, a resolução de um problema específico. Daqui resulta que os argumentos avançados pelos recorrentes que se destinam, por um lado, a contestar a equiparação deste caso ao que foi objeto das Conclusões do advogado-geral J.-P. Warner e, por outro, a demonstrar que o objetivo da medida controvertida era a salvaguarda do princípio da neutralidade fiscal, e não a solução de um problema específico, não são suscetíveis de infirmar o raciocínio desenvolvido pelo Tribunal Geral e são, por conseguinte, inoperantes.
- 99 Em todo o caso, importa recordar que a mera circunstância de a medida controvertida ter caráter geral, uma vez que pode *a priori* beneficiar todas as empresas sujeitas ao imposto sobre as sociedades, não exclui que esta possa ser de natureza seletiva. Com efeito, conforme o Tribunal de Justiça já declarou, se estiver em causa uma medida nacional que confere um benefício fiscal de alcance geral, como a medida controvertida, o critério acima referido está preenchido quando a Comissão conseguir demonstrar que a medida em causa derroga o sistema fiscal comum ou «normal» aplicável no Estado-Membro em causa, introduzindo, assim, através dos seus efeitos concretos, um tratamento diferenciado entre operadores, quando os operadores a quem é concedido o benefício fiscal e os que dele são excluídos se encontram, à luz do objetivo prosseguido pelo referido regime fiscal desse Estado-Membro, numa situação factual e jurídica comparável (Acórdão WDFG, n.º 67).

100 Tendo em conta todas as considerações que precedem, a segunda alegação da primeira parte do fundamento único de recurso do WDFG e a segunda parte do fundamento único de recurso do Reino de Espanha devem ser julgadas inoperantes e, em todo o caso, improcedentes.

3) *Quanto ao caráter arbitrário da definição do sistema de referência (terceira alegação da primeira parte do fundamento único de recurso do WDFG)*

101 No âmbito da terceira alegação da primeira parte do seu fundamento único de recurso, o WDFG alega, em primeiro lugar, que o sistema de referência utilizado pelo Tribunal Geral foi definido arbitrariamente, uma vez que é difícil identificar o critério precisamente utilizado para identificar o quadro coerente em que se insere a medida controvertida. Sustenta, em segundo lugar, que o Tribunal Geral identificou de forma errada e injustificada, no sistema de referência que definiu, o que constitui a regra e o que constitui a exceção. Segundo o WDFG, o Tribunal Geral considerou erradamente, no n.º 135 do acórdão recorrido, que a regra era a impossibilidade de amortizar o *goodwill* e que a medida controvertida introduzia uma exceção a essa regra. Como no processo que deu origem ao Acórdão de 28 de junho de 2018, Andres (Insolvência Heitkamp BauHolding)/Comissão (C-203/16 P, EU:C:2018:505), o Tribunal Geral confundiu a regra com a exceção.

102 A primeira alegação no sentido de que o Tribunal Geral definiu arbitrariamente o sistema de referência em causa deve ser rejeitada uma vez que, como resulta dos n.ºs 75 a 78 do presente acórdão, o Tribunal Geral fundamentou suficientemente o raciocínio que o levou a fazer referência, nas circunstâncias do caso em apreço, às regras aplicáveis ao abrigo do direito espanhol ao tratamento fiscal do *goodwill* para efeitos da determinação do imposto sobre as sociedades, e, portanto, a confirmar a apreciação que constava a este respeito da decisão controvertida. Com efeito, importa recordar que a premissa em que a Comissão se baseou assenta na constatação, validada pelo Tribunal Geral, de que, no direito espanhol, a amortização do *goodwill* normalmente está subordinada à existência de uma concentração de empresas.

103 A segunda alegação no sentido de que o Tribunal Geral identificou de forma errada e injustificada a regra e a exceção, deve igualmente ser rejeitada. Com efeito, em conformidade com a interpretação da legislação fiscal espanhola adotada pelo Tribunal Geral, normalmente, só uma concentração de empresas permite proceder à amortização do *goodwill*, incluindo do *goodwill* financeiro resultante da aquisição de participações em sociedades residentes, em conformidade com o artigo 89.º, n.º 3, da Lei Relativa ao Imposto sobre as Sociedades, conforme aprovada pelo Real Decreto Legislativo 4/2004. Por conseguinte, não é a não amortização do *goodwill* financeiro que constitui a regra geral que a medida controvertida derroga, mas sim o princípio segundo o qual normalmente a amortização só é possível no caso de uma concentração de empresas, princípio que o Tribunal Geral deduziu 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* em caso de aquisição de empresa ou das relativas à amortização do *goodwill* financeiro resultante da aquisição de participações em sociedades residentes com subsequente fusão.

104 Tendo em conta estas considerações, a terceira alegação da primeira parte do fundamento único do WDFG e, por conseguinte, a primeira parte deste fundamento na sua totalidade, devem ser julgadas improcedentes.

B. Quanto à segunda parte do fundamento único de recurso do WDFG e quanto à terceira parte do fundamento único de recurso do Reino de Espanha, relativas a um erro na determinação do objetivo em relação ao qual é efetuado o exame de comparabilidade

1. Argumentos das partes

- 105 O WDFG e o Reino de Espanha, no âmbito, respetivamente, da segunda parte e da terceira parte de cada um dos fundamentos únicos de recurso, contestam, em substância, os fundamentos do acórdão recorrido, que figuram nos seus n.ºs 143 a 164, pelos quais o Tribunal Geral identificou o objetivo do sistema de referência e comparou, à luz deste objetivo, a situação das empresas beneficiárias da vantagem instituída pela medida controvertida e das que dela são excluídas.
- 106 O WDFG alega, em primeiro lugar, que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito na determinação do objetivo a partir do qual havia que efetuar a comparação na segunda etapa do exame da seletividade da medida controvertida. O Tribunal Geral, que, mais uma vez, se afastou do que é enunciado na decisão controvertida, interpretou mal a jurisprudência relativa à determinação do objetivo aplicável a uma medida de natureza fiscal. Contrariamente ao que o Tribunal Geral dá a entender, não há nenhuma contradição na jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a questão de saber se a situação das empresas beneficiárias da «medida em causa» e a das empresas que dela estão excluídas devem ser comparadas tendo em conta o objetivo dessa medida ou o objetivo do «sistema em que esta se inscreve». Segundo o WDFG, esses objetivos devem coincidir e, se não for esse o caso, é porque o legislador nacional introduziu, no sistema do imposto, uma medida que não corresponde à lógica deste. No caso em apreço, o verdadeiro objetivo do regime com base no qual a comparação deve ser efetuada é a neutralidade fiscal, como a própria Comissão reconheceu na decisão controvertida. Trata-se de um objetivo muito mais geral e lógico do que o paralelismo, a que o Tribunal Geral se referiu, entre o tratamento contabilístico e o tratamento fiscal do *goodwill* de que uma empresa beneficia devido à aquisição de uma participação numa sociedade, uma vez que, por princípio, qualquer imposto sobre as sociedades se afasta por definição do resultado contabilístico.
- 107 Em segundo lugar, o WDFG considera que o Tribunal Geral estabeleceu erradamente, no n.º 121 do acórdão recorrido, que o objetivo das disposições fiscais em matéria de *goodwill* era assegurar uma certa coerência entre o tratamento fiscal do *goodwill* e o seu tratamento contabilístico. Segundo o WDFG essa afirmação não só é arbitrária, como também é totalmente infundada, dado que, por definição, todos os impostos sobre as sociedades se afastam do resultado contabilístico. No que respeita mais especificamente às disposições relativas à amortização do *goodwill*, as diferentes hipóteses previstas pela Lei Relativa ao Imposto sobre as Sociedades, conforme aprovada pelo Real Decreto Legislativo 4/2004, têm em comum, não o objetivo de assegurar a coerência entre o tratamento fiscal e o tratamento contabilístico do *goodwill*, mas sim o de evitar a dupla tributação e garantir a neutralidade fiscal.
- 108 O Reino de Espanha sustenta igualmente que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao não definir corretamente o objetivo do quadro de referência e ao não proceder corretamente à comparação exigida pelo Acórdão WDFG. O Reino de Espanha entende que não só a definição do quadro de referência adotada no acórdão recorrido é diferente da adotada na decisão controvertida, mas que, além disso, foi erradamente que o Tribunal Geral declarou que a medida controvertida tinha por objetivo assegurar uma coerência entre o tratamento fiscal do *goodwill* e o seu tratamento contabilístico. A regra contabilística e a regra fiscal divergem em numerosos aspetos no que respeita ao reconhecimento do *goodwill* e mesmo à sua amortização.

Contrariamente ao que o Tribunal Geral considerou, o objetivo prosseguido pela medida controvertida é a neutralidade fiscal, para que decisões de investimento semelhantes se baseiem em critérios económicos e não em critérios fiscais.

- 109 A Comissão conclui pela rejeição desta argumentação, que considera inadmissível e, em todo o caso, improcedente.

2. *Apreciação do Tribunal de Justiça*

a) Quanto à admissibilidade

- 110 A Comissão alega a inadmissibilidade da segunda parte do fundamento único de recurso do WDFG e da terceira parte do fundamento único de recurso do Reino de Espanha no seu conjunto. Sustenta que os argumentos apresentados não foram suscitados no Tribunal Geral ou que os mesmos se referem a questões de facto, entre as quais figura a interpretação do conteúdo e do alcance do direito nacional.
- 111 Importa julgar improcedente o primeiro fundamento de inadmissibilidade suscitado pela Comissão pelos mesmos motivos que os expostos nos n.ºs 56 a 58 do presente acórdão. Com efeito, uma parte pode invocar fundamentos e argumentos com origem no próprio acórdão recorrido e que se destinem a criticar juridicamente a sua exatidão. Por conseguinte, os recorrentes podem pôr em causa as conclusões do Tribunal Geral, independentemente da circunstância de não terem desenvolvido em primeira instância uma argumentação especificamente destinada a contestar a decisão controvertida quanto a esta questão.
- 112 Quanto ao segundo fundamento da exceção de inadmissibilidade invocado pela Comissão, relativo ao facto de os recorrentes pretenderem pôr em causa constatações de facto, que escapam, em princípio, à fiscalização do Tribunal de Justiça, há que recordar que, segundo jurisprudência assente, a apreciação dos factos e da prova não constitui, sem prejuízo dos casos de desvirtuação desses factos e dessa prova, uma questão de direito sujeita, como tal, à fiscalização do Tribunal de Justiça em sede de recurso de segunda instância. Contudo, quando o Tribunal Geral apurou ou apreciou os factos, o Tribunal de Justiça é competente para exercer, nos termos do artigo 256.º TFUE, a fiscalização da sua qualificação jurídica e as consequências jurídicas deles extraídas (Acórdão de 25 de julho de 2018, Comissão/Espanha e o., C-128/16 P, EU:C:2018:591, n.º 31, e jurisprudência referida).
- 113 Assim, no que diz respeito ao exame em sede de recurso das apreciações do Tribunal Geral à luz do direito nacional, as quais, no domínio dos auxílios de Estado, constituem apreciações de facto, o Tribunal de Justiça só é competente para verificar se houve uma desvirtuação deste direito. Em contrapartida, a apreciação em sede de recurso da qualificação jurídica desse direito nacional, levada a cabo pelo Tribunal Geral ao abrigo de uma disposição do direito da União, constitui uma questão de direito que é da competência do Tribunal de Justiça [Acórdão de 28 de junho de 2018, Andres (Insolvência Heitkamp BauHolding)/Comissão, C-203/16 P, EU:C:2018:505, n.º 78 e jurisprudência referida].
- 114 Além disso, como recordado no n.º 70 do presente acórdão, o Tribunal Geral não pode, em todo o caso, substituir a fundamentação do autor do ato impugnado pela sua própria fundamentação, pelo que o Tribunal de Justiça é competente, no âmbito de um recurso, para verificar se o Tribunal Geral procedeu a essa substituição e se, desse modo, cometeu um erro de direito.

115 Uma vez que com a argumentação resumida nos n.ºs 105 a 108 do presente acórdão os recorrentes censuram, em substância, o Tribunal Geral por ter substituído pela sua própria fundamentação a fundamentação contida na decisão controvertida a respeito do «objetivo» com base no qual deve ser efetuado o exame da comparabilidade das situações das empresas que beneficiam da vantagem resultante da aplicação da medida controvertida e das que dela são excluídas, essa argumentação deve ser julgada admissível.

b) Quanto ao mérito

116 Em primeiro lugar, deve ser julgada improcedente a argumentação dirigida contra a conclusão do Tribunal Geral de que a jurisprudência é incoerente quanto à questão de saber se é com base no objetivo da medida examinada ou no sistema em que esta se inscreve que importa proceder a uma comparação.

117 Com efeito, o WDFG limita-se a afirmar que a opção entre um ou outro objetivo é indiferente, uma vez que estes devem, em princípio, coincidir. Por conseguinte, mesmo admitindo que as apreciações do Tribunal Geral relativas ao alcance da jurisprudência do Tribunal de Justiça são inexatas, há que constatar que o WDFG não contesta a conclusão do Tribunal Geral, enunciada no n.º 156 do acórdão recorrido, de que é com base no objetivo do sistema de referência em que se inscreve a medida examinada, e não no objetivo dessa medida, que o exame de comparabilidade deve ser efetuado na segunda etapa da análise da seletividade.

118 Em segundo lugar, os recorrentes suscitam um argumento baseado na substituição dos fundamentos da decisão controvertida no que diz respeito à identificação do objetivo do sistema de referência. Alegam que o objetivo que consiste em «assegurar uma certa coerência entre o tratamento fiscal do *goodwill* e o seu tratamento contabilístico», referido no n.º 121 do acórdão recorrido, não encontra eco nem na decisão controvertida nem nas observações que o Reino de Espanha apresentou durante o procedimento administrativo. Além disso, os recorrentes alegam que, em todo o caso, a afirmação de que as disposições fiscais em matéria de *goodwill* prosseguem esse objetivo é arbitrária e infundada.

119 No caso em apreço, há que constatar que, em parte alguma da decisão controvertida, a Comissão mencionou a manutenção de uma certa coerência entre o tratamento fiscal e o tratamento contabilístico do *goodwill* enquanto objetivo do sistema de referência que identificou.

120 É certo que, nos n.ºs 117 a 119 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral se referiu a algumas das constatações que figuram nessa decisão quando indicou que o tratamento fiscal do *goodwill* se organiza em torno do critério relativo à existência ou não de uma concentração de empresas, e explicou, referindo-se aos considerandos 19 e 99 da referida decisão, que esta circunstância se deve ao facto de, na sequência de uma aquisição ou de uma contribuição de ativos que integram empresas independentes ou ainda de uma fusão ou de uma cisão, «surgir um *goodwill* [...] como ativo incorpóreo distinto na contabilidade da empresa que resulta da concentração» (n.º 117 do acórdão recorrido). Do mesmo modo, a afirmação de que o tratamento fiscal do *goodwill* tem um «nexo com uma lógica contabilística» (n.º 116 do acórdão recorrido) inscreve-se no prolongamento de certas considerações da Comissão que constam da decisão controvertida, em particular nos seus considerandos 97 a 100.

121 Todavia, foi de forma autónoma em relação a esta decisão e com base na sua própria interpretação das regras fiscais e contabilísticas aplicáveis nos termos do direito espanhol que o Tribunal Geral concluiu que o objetivo das regras relativas à amortização do *goodwill* financeiro contidas na Lei

Relativa ao Imposto sobre as Sociedades, conforme aprovada pelo Real Decreto Legislativo 4/2004, era assegurar a coerência entre o tratamento fiscal e o tratamento contabilístico do *goodwill* e que, com base nesse objetivo, a situação das empresas que investem em sociedades espanholas é comparável à das empresas que investem em sociedades não residentes.

- 122 Consequentemente, ao substituir a fundamentação da decisão controvertida pela sua própria fundamentação, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito.
- 123 Contudo, há que examinar se, apesar do erro de direito cometido pelo Tribunal Geral, a segunda alegação do primeiro fundamento invocado pelo WDFG em apoio do seu recurso perante o Tribunal Geral deve, em todo o caso, ser julgada improcedente, uma vez que a Comissão era acusada de não ter demonstrado que as aquisições de participações em sociedades residentes e em sociedades não residentes eram comparáveis tendo em conta o objetivo de neutralidade fiscal prosseguido pela medida controvertida.
- 124 Com efeito, 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 com base noutros fundamentos jurídicos, essa violação não implica a anulação desse acórdão (Acórdãos de 30 de setembro de 2003, C-93/02 P, Biret International/Conselho, EU:C:2003:517, n.º 60 e jurisprudência referida, e de 14 de outubro de 2014, Buono e o./Comissão, C-12/13 P e C-13/13 P, EU:C:2014:2284, n.º 62 e jurisprudência referida).
- 125 A este respeito, importa recordar que, em conformidade com a jurisprudência mencionada no n.º 35 do presente acórdão, à qual o Tribunal Geral se referiu acertadamente no n.º 145 do acórdão recorrido, o exame de comparabilidade a efetuar na segunda etapa da análise da seletividade deve ser realizado tendo em conta o objetivo do sistema de referência e não o da medida controvertida.
- 126 No caso em apreço, os recorrentes alegam que o objetivo do sistema de referência, que se confunde com o da medida controvertida, é a preservação da neutralidade fiscal. Sublinham que, tendo em conta este objetivo, as empresas que adquirem participações em sociedades nacionais e as que adquirem participações em sociedades transfronteiriças estão em situações diferentes devido aos obstáculos às concentrações transfronteiriças de empresas.
- 127 Como o Tribunal de Justiça já declarou, uma medida como a medida controvertida destinada a favorecer as exportações 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 (Acórdão WDFG, n.º 119).
- 128 Ora, no presente caso, o Tribunal Geral teve razão em considerar, no n.º 122 do acórdão recorrido, que as empresas que adquirem participações em sociedades não residentes se encontram, tendo em conta o objetivo prosseguido pelo tratamento fiscal do *goodwill*, numa situação jurídica e factual comparável à das empresas que adquirem participações em sociedades residentes. Com efeito, na medida em que as empresas que adquirem participações transfronteiriças minoritárias podem ser beneficiárias da medida controvertida apesar de não serem afetadas pelos alegados obstáculos às concentrações de empresas a que se refere o WDFG, não se pode pretender que, devido a esses obstáculos, os beneficiários da medida em causa se encontram numa situação jurídica e factual diferente da das empresas abrangidas pelo regime fiscal normal.

- 129 Tendo em conta estas considerações, há que concluir que, não obstante o erro de direito que o Tribunal Geral cometeu ao substituir a fundamentação da decisão controvertida no âmbito do exame da determinação do objetivo do sistema de referência pela sua própria fundamentação, a segunda parte do fundamento único de recurso do WDFG e a terceira parte do fundamento único de recurso do Reino de Espanha devem ser julgadas improcedentes.

C. Quanto à terceira parte do fundamento único de recurso do WDFG e à quarta parte do fundamento único de recurso do Reino de Espanha, relativas a um erro de direito na repartição do ónus da prova

1. Argumentos das partes

- 130 Os recorrentes alegam que, ao não ter examinado, nas primeira e segunda etapas da análise da seletividade, quais as empresas que se encontravam numa situação comparável tendo em conta o objetivo do sistema de referência constituído pela neutralidade fiscal e ao ter transferido essa análise para a terceira etapa, o Tribunal Geral procedeu a uma inversão do ónus da prova. A este respeito, decorre da jurisprudência que, na primeira e segunda fases do exame da seletividade de uma medida, o ónus da prova da comparabilidade das situações tendo em conta o objetivo prosseguido recai sobre a Comissão.
- 131 A Comissão considera que o argumento dos requerentes é inadmissível e, em todo o caso, improcedente.

2. Apreciação do Tribunal de Justiça

- 132 Em primeiro lugar, há que julgar improcedente a exceção de inadmissibilidade oposta pela Comissão à argumentação dos recorrentes, pelos mesmos motivos que os expostos nos n.ºs 56 a 58 do presente acórdão. Com efeito, uma parte pode invocar fundamentos e argumentos com origem no próprio acórdão recorrido e que se destinem a criticar juridicamente o seu mérito. Os recorrentes podem, portanto, pôr em causa as conclusões do Tribunal Geral, independentemente da circunstância de não terem desenvolvido em primeira instância uma argumentação especificamente destinada a contestar a decisão controvertida quanto a este aspeto.
- 133 Quanto ao mérito da terceira parte do fundamento único de recurso do WDFG e da quarta parte do fundamento único de recurso do Reino de Espanha, os recorrentes acusam precisamente o Tribunal Geral de ter tido em conta o facto de que esta medida prosseguia um objetivo de neutralidade fiscal unicamente na terceira etapa da análise da seletividade da medida controvertida, e não na primeira e segunda etapas dessa análise.
- 134 A argumentação dos recorrentes assenta na premissa de que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito na determinação do objetivo do sistema de referência ao considerar que este último residia na coerência entre o tratamento fiscal e o tratamento contabilístico do *goodwill*, e não no princípio da neutralidade fiscal.

- 135 Ora, a este respeito basta salientar que, como resulta das considerações expostas nos n.ºs 116 a 129 do presente acórdão, embora o Tribunal Geral tenha considerado erradamente que o objetivo do sistema de referência residia na coerência entre o tratamento fiscal e o tratamento contabilístico do *goodwill*, não ficou demonstrado que o objetivo de neutralidade fiscal podia excluir a seletividade do auxílio na segunda etapa da análise da seletividade.
- 136 A terceira parte do fundamento único de recurso do WDFG e a quarta parte do fundamento único de recurso do Reino de Espanha são, conseqüentemente, inoperantes e, em todo o caso, improcedentes.

D. Quanto à quarta parte do fundamento único de recurso do WDFG, relativa a um erro na aplicação do princípio da proporcionalidade

1. Argumentos das partes

- 137 O WDFG alega, em substância, que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao examinar a proporcionalidade da medida controvertida sem ter previamente apreciado se as situações em causa eram comparáveis tendo em conta o objetivo do sistema de referência corretamente identificado, a saber, o objetivo da neutralidade fiscal. Alega que o exame da medida controvertida na perspetiva do respeito do princípio da proporcionalidade, na terceira etapa da análise da seletividade, não tem nenhum sentido e nenhuma justificação no caso em apreço. Só após o exame da questão de saber se a medida estabelece uma discriminação entre situações comparáveis, tendo em conta o seu objetivo, é que haveria que examinar se esta é justificada pelo facto de ser inerente aos princípios essenciais do sistema em que se inscreve e de estar em conformidade com os princípios da coerência e da proporcionalidade.
- 138 A Comissão considera que a quarta parte do fundamento único de recurso do WDFG é inoperante e, em todo o caso, improcedente.

2. Apreciação do Tribunal de Justiça

- 139 Há que constatar que a argumentação do WDFG assenta no postulado de que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao remeter a análise da proporcionalidade da medida controvertida para a terceira etapa do exame da seletividade.
- 140 Todavia, esta argumentação não pode ser acolhida, na medida em que, como resulta da jurisprudência, a questão de saber se uma vantagem seletiva é conforme com o princípio da proporcionalidade coloca-se na fase da terceira etapa do exame da seletividade, no âmbito da qual se analisa a questão de saber se a referida vantagem pode ser justificada pela natureza ou pela sistemática geral do sistema fiscal do Estado-Membro em causa. Assim, nessa etapa, o Estado-Membro é convidado a demonstrar que a diferença de tratamento que decorre do objetivo da medida é conforme com o princípio da proporcionalidade na medida em que não excede os limites do que é necessário para atingir esse objetivo e que este não pode ser atingido por medidas menos vinculativas (v., neste sentido, Acórdão de 8 de setembro de 2011, *Paint Graphos e o.*, C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, n.º 75).
- 141 Por conseguinte, há igualmente que julgar improcedente a quarta parte do fundamento único de recurso do WDFG.

E. Quanto à quinta parte do fundamento único de recurso do WDFG, relativa a um erro de direito quanto ao nexo de causalidade entre a impossibilidade de fusões transfronteiriças e a aquisição de participações em sociedades estrangeiras

1. Argumentos das partes

- 142 O WDFG recorrente sustenta, em substância, que os fundamentos do acórdão recorrido relativos à terceira etapa da análise da seletividade, que figuram nos n.ºs 180 a 189 do acórdão recorrido, enfermam de um erro de direito na medida em que o Tribunal Geral exigiu que o Reino de Espanha fizesse prova da existência de um «nexo de causalidade entre a impossibilidade de fazer fusões no estrangeiro e a aquisição de participações no estrangeiro». O WDFG alega, por um lado, que esses fundamentos introduzem um elemento de análise que não consta da decisão controvertida e que é mesmo contrário à sua *ratio decidendi* e, por outro, que a prova exigida pelo Tribunal Geral é impossível de apresentar.
- 143 A Comissão conclui que esta parte deve ser julgada improcedente.

2. Apreciação do Tribunal de Justiça

- 144 Importa salientar que, nos n.ºs 180 a 189 do acórdão recorrido, os únicos visados pela quinta parte do fundamento único de recurso do WDFG, o Tribunal Geral expôs as razões pelas quais o Reino de Espanha não demonstrou que a medida controvertida neutralizava os efeitos alegadamente penalizadores do regime normal.
- 145 Todavia, a título complementar, prosseguiu a sua análise com base na hipótese de essa demonstração ter sido feita (n.ºs 190 a 198 do acórdão recorrido). Por conseguinte, os fundamentos do acórdão recorrido visados pela quinta parte do fundamento único de recurso do WDFG não são os únicos em que se baseia a conclusão do Tribunal Geral, de que a Comissão não cometeu um erro ao concluir que o Reino de Espanha não tinha justificado a diferenciação introduzida pela medida controvertida.
- 146 Ora, em conformidade com a jurisprudência, no âmbito de um recurso de uma decisão do Tribunal Geral, um fundamento dirigido contra uma parte da fundamentação do acórdão recorrido, cuja parte decisória se baseia de forma juridicamente bastante noutros fundamentos, é inoperante e deve, por conseguinte, ser rejeitado. No caso em apreço, mesmo admitindo que a quinta parte seja fundada, esta, na medida em que não é suscetível de invalidar o acórdão recorrido, deve ser rejeitada por ser inoperante, uma vez que a referida conclusão continua a assentar noutros fundamentos (v., neste sentido, Acórdão de 29 de março de 2011, *Anheuser-Busch/Budějovický Budvar*, C-96/09 P, EU:C:2011:189, n.º 211 e jurisprudência referida).
- 147 Daqui decorre que a quinta parte do fundamento único de recurso do WDFG deve ser julgada improcedente.

F. Quanto à sexta parte do fundamento único de recurso do WDFG, relativa a um erro de direito na apreciação da divisibilidade da medida controvertida em função da percentagem de controlo

1. Argumentos das partes

148 O WDFG censura o Tribunal Geral por ter julgado improcedente o seu fundamento baseado no facto de, na sua análise, a Comissão não ter procedido à distinção entre as aquisições de participações minoritárias e as aquisições de participações maioritárias. O WDFG sublinha, por um lado, que todas as operações que realizou no contexto da medida controvertida conduziram à aquisição do controlo da sociedade adquirida e, por outro, que o Reino de Espanha tinha pedido à Comissão que procedesse a uma análise distinta das duas situações. Segundo o WDFG, decorre da jurisprudência que, se o Estado-Membro em causa o solicitar, a Comissão é obrigada a proceder a uma análise distinta da medida examinada. Quanto ao carácter divisível da medida controvertida, o mesmo resultava do tratamento processual que a Comissão reservou à análise desta medida e que deu origem a três decisões diferentes.

2. Apreciação do Tribunal de Justiça

149 A sexta parte do fundamento único de recurso do WDFG incide sobre os n.ºs 206 a 215 do acórdão recorrido, nos quais o Tribunal Geral verificou se a Comissão era obrigada a fazer uma distinção entre as diferentes operações que beneficiavam da aplicação da medida controvertida.

150 No caso em apreço, há que constatar que os fundamentos do acórdão recorrido expostos nesses números, e que se destinam a responder à argumentação do WDFG no sentido de que competia à Comissão fazer uma distinção entre as aquisições de participações em sociedades não residentes que envolvam uma tomada de controlo e as outras aquisições de participações, e com vista a declarar que a aplicação da medida controvertida às primeiras não implicava a classificação de auxílio estatal, foram apresentados a título subsidiário.

151 Com efeito, o argumento do WDFG, de que a Comissão estava obrigada a fazer tal distinção, foi rejeitado, a título principal, no n.º 205 do acórdão recorrido, no qual o Tribunal Geral considerou, em substância, que a incoerência introduzida pela medida controvertida no tratamento fiscal do *goodwill* existiria mesmo que essa medida só beneficiasse as aquisições de participações maioritárias em sociedades não residentes.

152 Ora, como foi recordado no n.º 146 deste acórdão, no âmbito de um recurso, um fundamento dirigido contra um fundamento meramente subsidiário no acórdão recorrido, cujo dispositivo esteja adequadamente baseado noutros fundamentos de direito, é inoperante e, por conseguinte, deve ser julgado improcedente.

153 Em todo o caso, a argumentação do WDFG desenvolvida no âmbito da sexta parte do seu fundamento único de recurso é improcedente.

154 A este respeito, é verdade que, na decisão que adota no termo do seu exame, a Comissão tem a possibilidade, no exercício do seu poder de apreciação, de operar uma diferenciação entre os beneficiários do regime de auxílios notificado, tendo em conta determinadas características que apresentam ou as condições às quais respondem. Em contrapartida, como o Tribunal Geral salientou, com razão, no n.º 206 do acórdão recorrido, não competia à Comissão fixar, no âmbito

da decisão controvertida, condições de aplicação da medida controvertida que, em certos casos, lhe permitiriam não a qualificar de auxílio. Com efeito, essa questão faz parte do diálogo entre as autoridades espanholas e a Comissão, no âmbito da notificação do regime em causa, que devia ter ocorrido antes da sua execução.

- 155 No caso em apreço, no seu recurso em primeira instância, o WDFG censura a Comissão, em substância, por não ter distinguido entre as aquisições de participações em sociedades não residentes que envolviam uma tomada de controlo e as outras aquisições de participações, para declarar que a aplicação da medida controvertida às primeiras não implicava a qualificação de auxílio de Estado. A este respeito, o Tribunal Geral recordou, no n.º 212 do acórdão recorrido que, quanto à justificação da diferenciação feita pela medida em causa, é ao Estado-Membro em causa que cabe demonstrar essa justificação e adaptar o conteúdo ou as condições de aplicação dessa medida se se verificar que esta só é parcialmente justificável. Ora, o Tribunal Geral não cometeu um erro de direito ao concluir, no n.º 214 do acórdão recorrido, que, mesmo admitindo que o exame levado a cabo pela Comissão dos casos de aquisições de participações maioritárias, no âmbito do procedimento formal de investigação, tivesse sido objeto de discussões específicas entre a Comissão e o Reino de Espanha com base em pedidos documentados apresentados por este último, nas circunstâncias do caso em apreço, a alegação do WDFG devia, em todo o caso, ser julgada improcedente.
- 156 Por conseguinte, a sexta parte do fundamento único de recurso do WDFG deve ser julgada inoperante e, em todo o caso, improcedente.
- 157 Não tendo sido acolhida nenhuma das partes do fundamento único invocado pelos recorrentes em apoio dos seus recursos, há que negar-lhes provimento na íntegra.

V. Quanto às despesas

- 158 Por força do artigo 184.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, se o recurso da decisão do Tribunal Geral for julgado improcedente, o Tribunal de Justiça decide sobre as despesas. Em conformidade com o artigo 138.º, n.º 1, desse regulamento de processo, aplicável aos processos de recursos de decisões do Tribunal Geral por força do artigo 184.º, n.º 1, do mesmo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido.
- 159 No caso em apreço, tendo a Comissão pedido a condenação dos recorrentes nas despesas e tendo estes sido vencidos, há que condená-los nas despesas relativas aos presentes recursos e aos processos no Tribunal Geral.
- 160 Em conformidade com o artigo 140.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, aplicável aos recursos de decisões do Tribunal Geral por força do artigo 184.º, n.º 1, desse regulamento, os Estados-Membros que intervenham no litígio devem suportar as suas próprias despesas. Por conseguinte, a República Federal da Alemanha, interveniente no âmbito do recurso no Tribunal Geral e que participou no processo no Tribunal de Justiça, suportará as suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) decide:

1) É negado provimento aos recursos;

- 2) A World Duty Free Group SA e o Reino de Espanha suportarão as suas próprias despesas e as despesas da Comissão Europeia.**
- 3) A República Federal da Alemanha suportará as suas próprias despesas.**

Assinaturas