DECISÕES

DECISÃO (UE) 2020/450 DA COMISSÃO

de 22 de janeiro de 2020

relativa ao regime de auxílios SA.29150 – 2010/C (ex 2010/NN) concedido pela Alemanha respeitante ao reporte de prejuízos fiscais em caso de reestruturação de empresas em dificuldade (cláusula de reestruturação)

[notificada com o número C(2020) 254]

(Apenas faz fé o texto na língua alemã)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

A COMISSÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente o artigo 108.º, n.º 2, primeiro parágrafo,

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

Após ter convidado os interessados a apresentarem as suas observações, em conformidade com a disposição mencionada ([1]),

Considerando o seguinte:

1. MÉTODO

(1) Por ofícios de 5 de agosto e 30 de setembro de 2009, a Comissão pediu informações à Alemanha sobre o artigo 8.º-C da Lei relativa ao imposto sobre o rendimento das sociedades («Körperschaftsteuergesetz», «KStG»). O Governo Federal respondeu por ofícios de 20 de agosto e 5 de novembro de 2009. Por decisão de 24 de fevereiro de 2010 («decisão de início do procedimento»), a Comissão deu início ao procedimento formal de investigação relativamente ao artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG (cláusula de reestruturação), nos termos do artigo 108.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

(2) A decisão de início do procedimento foi publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* ([2]). A Comissão convidou a Alemanha e as partes interessadas a apresentarem as suas observações.

(3) O Governo Federal apresentou essas informações por ofício de 9 de abril de 2010.

(4) Foram realizadas duas reuniões com as autoridades alemãs em Bruxelas, em 9 de abril e 3 de junho de 2010. Em 2 de julho de 2010, o Governo Federal apresentou informações adicionais. A Comissão não recebeu quaisquer observações de interessados.

(5) Em 26 de janeiro de 2011, a Comissão adotou a Decisão 2011/527/UE ([3]) («Decisão de 2011»), na qual considerou que o artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG (cláusula de reestruturação) constituía um regime de auxílios ilegalmente concedido pela Alemanha em violação do artigo 108.º, n.º 3, do TFUE. A Comissão concluiu igualmente que o auxílio concedido ao abrigo do artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG era incompatível com o mercado interno, nomeadamente porque não podia ser considerado compatível com base no artigo 107.º, n.º 3, alínea b), do TFUE, na interpretação que lhe dá o quadro comunitário temporário ([4]) ([5]), e ordenou a sua recuperação.

([1]) JO C 90 de 8.4.2010, p. 8.

([2]) JO C 90 de 8.4.2010, p. 8.

([3]) Decisão 2011/527/UE da Comissão, de 26 de janeiro de 2011, relativa ao auxílio estatal C 7/10 (ex CP 250/09 e NN 5/10) concedido pela Alemanha – Regime de reporte de prejuízos para efeitos fiscais no caso de reestruturação de empresas em dificuldades («Sanierungsklausel») (JO L 235 de 10.9.2011, p. 26).

([4]) Comunicação da Comissão – Quadro comunitário temporário relativo às medidas de auxílio estatal destinadas a apoiar o acesso ao financiamento durante a atual crise financeira e económica (JO C 83 de 7.4.2009, p. 1).

([5]) Nos termos do quadro comunitário temporário, os auxílios são considerados compatíveis com o mercado interno, desde que o montante do auxílio não exceda 500 000 EUR, que o beneficiário seja uma empresa que não se encontrava em dificuldade em 1 de julho de 2008 e que estejam preenchidas todas as outras condições previstas no ponto 4.2.2 do quadro comunitário temporário.

(6) Após a sua adoção, a Decisão de 2011 foi contestada pela Alemanha e por terceiros ([6]). Em 4 de fevereiro de 2016, o Tribunal rejeitou os argumentos das recorrentes e confirmou a Decisão de 2011 ([7]).

(7) A Alemanha e dois potenciais beneficiários do auxílio (Heitkamp BauHolding GmbH e GFKL Financial Services AG) interpuseram recurso contra os acórdãos do Tribunal Geral. Em 28 de junho de 2018, o Tribunal de Justiça anulou os acórdãos do Tribunal Geral e a Decisão de 2011 ([8]). O Tribunal de Justiça considerou que, ao apreciar a seletividade do auxílio, a Comissão se limitou, erradamente, a considerar apenas a regra que proíbe os reportes de prejuízos em caso de alteração da estrutura acionista da empresa (artigo 8.º-C, n.º 1, da KStG) como quadro de referência, em vez de ter também em conta a regra geral do reporte de prejuízos.

2. **DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DA MEDIDA/DO AUXÍLIO**

2.1. **Enquadramento**

(8) As empresas são tributadas na Alemanha principalmente com base na Lei relativa ao imposto sobre os rendimentos («Einkommensteuergesetz», «EStG») e na KStG. Nos termos do artigo 10.º-D, n.º 2, da EStG, é possível reportar prejuízos incorridos num exercício fiscal; isto significa que, de acordo com o princípio da capacidade de pagamento, o rendimento tributável nos exercícios fiscais futuros pode ser reduzido mediante a dedução dos prejuízos até um máximo de 1 milhão de EUR por ano. Nos termos do artigo 8.º, n.º 1, da KStG, essa possibilidade de reportar prejuízos aplica-se igualmente às entidades sujeitas ao imposto sobre o rendimento das sociedades.

(9) No entanto, de acordo com a Alemanha, a possibilidade desse reporte de prejuízos também criou um incentivo para a aquisição das chamadas «empresas-fantasma», ou seja, empresas que há muito cessaram a sua atividade económica, mas apresentavam prejuízos reportados incorridos em anos anteriores.

(10) Em resposta à compra e venda de empresas-fantasma, o Parlamento alemão restringiu, em 1997, a possibilidade de reportar prejuízos com a introdução da disposição relativa à aquisição de empresas-fantasma («Mantelkaufregelung») no artigo 8.º, n.º 4, da KStG. Essa disposição limitava o reporte de prejuízos às empresas que fossem jurídica e economicamente idênticas às que tinham realizado prejuízos. A disposição não continha uma definição de «economicamente idênticas», mas apresentava um exemplo negativo e dois exemplos positivos:

— Uma empresa não era economicamente idêntica se mais de metade das suas ações fossem transferidas e a empresa continuasse a desenvolver a sua atividade económica ou iniciasse novamente a sua atividade com ativos predominantemente novos;

— Uma entidade empresarial era, contudo, economicamente idêntica se a injeção de novos ativos fosse feita exclusivamente para fins de reestruturação da entidade que incorrera nos prejuízos e se a atividade que deu origem aos prejuízos diferidos continuasse a um nível comparável durante os cinco anos seguintes;

— Uma entidade empresarial era também economicamente idêntica se, em vez de injetar novos ativos, a entidade adquirente cobrisse os prejuízos acumulados pela entidade adquirida.»

(11) Os últimos dois exemplos são, regra geral, designados por «cláusula de reestruturação».

(12) O artigo 8.º, n.º 4, da KStG foi revogado pela Lei de reforma da tributação das sociedades de 2008 («Unternehmensteuerreformgesetz») ([9]), com efeitos desde 1 de janeiro de 2008.

([6]) Foram interpostos 16 recursos de anulação, um pela Alemanha (T-205/11) e 15 por potenciais beneficiários. Com exceção dos processos T-287/11 e T-620/11, todos os pedidos foram julgados inadmissíveis.

([7]) Acórdão do Tribunal Geral de 4 de fevereiro de 2016, Heitkamp BauHolding/Comissão, T-287/11, ECLI:EU:T:2016:60. Acórdão do Tribunal Geral de 4 de fevereiro de 2016, GFKL Financial Services/Comissão, T-620/11, ECLI:EU:T:1998:59.

([8]) Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 28 de junho de 2018, Andres (faillite Heitkamp BauHolding)/Comissão, C-203/16 P, ECLI:EU:C:2018:505; Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 28 de junho de 2018, Alemanha/Comissão, C-208/16 P, ECLI:EU:C:2018:506; Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 28 de junho de 2018, Alemanha/Comissão, C-209/16 P, ECLI:EU:C:2018:507; Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 28 de junho de 2018, Lowell Financial Services/Comissão, C-219/16 P, ECLI:EU:C:2018:508.

([9]) Lei de reforma da tributação das sociedades de 2008, de 14 de agosto de 2007, BGBl. 2007, parte I, n.º 40, p. 1912.

(13) Essa lei introduziu também o novo artigo 8.º-C, n.º 1, da KStG, que, em comparação com o anterior artigo 8.º-C, n.º 4, da KStG, restringe ainda mais a possibilidade de reporte de prejuízos em caso de alteração da estrutura acionista da empresa. A nova disposição prevê o seguinte:

— Os prejuízos não utilizados deixam de ser integralmente dedutíveis se mais de 50 % do capital social, dos direitos dos acionistas, dos direitos de participação ou de voto de uma sociedade forem transferidos para um adquirente;

— Os prejuízos não utilizados deixam de ser dedutíveis se, no prazo de cinco anos, forem transferidos mais de 25 % mas não mais de 50 % do capital subscrito, dos direitos dos sócios, dos direitos de participação ou dos direitos de voto.

(14) Inicialmente a nova disposição não previa qualquer exceção para as empresas que, simultaneamente, estivessem em processo de reestruturação e sujeitas a alterações significativas da estrutura acionista.

(15) De acordo com a exposição de motivos aprovada pelo Parlamento alemão com a Lei da reforma da tributação das sociedades de 2008, a substituição do artigo 8.º, n.º 4, da KStG pelo novo artigo 8.º-C, n.º 1, da KStG visava a simplificação das regras (a exposição de motivos refere que a aplicação prática do artigo 8.º, n.º 4, da KStG havia levantado uma série de questões jurídicas difíceis) e a melhor identificação dos abusos ([10]). O Parlamento alemão estava ciente de que, em resultado da reforma, já não seria possível transferir prejuízos em caso de reestruturação de uma empresa em dificuldade, envolvendo uma mudança da sua estrutura de propriedade. No entanto, este facto foi considerado aceitável uma vez que, nessa situação, as autoridades fiscais podiam aceitar a anulação de dívidas fiscais com base em considerações de equidade, mesmo sem uma disposição expressa na KStG ([11]).

2.2. **A medida**

(16) Em junho de 2009, foi inserida uma nova disposição através do artigo 8.º-C da KStG (artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG) relativa à manutenção dos prejuízos reportados em caso de aquisição de empresas em dificuldade para efeitos de reestruturação. Esta alteração faz parte da Lei relativa aos benefícios fiscais para os cidadãos – Fundo para o Seguro de Doença («Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung») ([12]). A nova disposição é geralmente também designada por «cláusula de reestruturação» («Sanierungsklausel») ou «*nova* cláusula de reestruturação («neue Sanierungsklausel») (para a distinguir do regime precedente disposto no artigo 8.º, n.º 4, da KStG).

(17) Nos termos do artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG, uma sociedade pode reportar prejuízos apesar de alterações à sua estrutura acionista abrangidos pelo artigo 8.º-C, n.º 1, da KStG, desde que sejam cumpridas as seguintes condições:

— A aquisição tem por objetivo a reestruturação ([13]) da sociedade;

— A sociedade está, à data da aquisição, insolvente ou sobre-endividada ou em risco de insolvência ou sobre--endividamento. ([14]);

— As estruturas comerciais fundamentais da empresa são preservadas, o que implica:

  — Cumprimento pela sociedade do acordo entre a direção e a comissão de trabalhadores («Betriebsvereinbarung») relativo à preservação dos postos de trabalho; ou

  — Preservação de 80 % dos postos de trabalho (em termos de massa salarial) durante cinco anos após a aquisição; ou

  — Injeções de ativos significativos ou anulação de dívidas que ainda tenham um valor económico no prazo de doze meses; As injeções de ativos são consideradas significativas se representarem pelo menos 25 % dos ativos do exercício financeiro anterior; Prestações da sociedade de capital que sejam efetuadas no prazo de três anos a contar das injeções de novos ativos reduzem o valor dos ativos injetados;

([10]) Bundestagsdrucksache 16/4841, p. 74.

([11]) Bundestagsdrucksache 16/4841, p. 76, remetendo para uma circular do Ministério Federal das Finanças de 27 de março de 2003 (BStBl. 2003, Parte I, p. 240).

([12]) Lei relativa a melhores benefícios fiscais para despesas de previdência (Lei relativa aos benefícios fiscais para os cidadãos – Fundo para o Seguro de Doença, «Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung»), de 16 de junho de 2009, BGBl. 2009, parte I, n.º 43, p. 1959.

([13]) O objetivo da reestruturação é reorganizar uma sociedade. A reestruturação é uma medida para evitar ou ultrapassar a insolvência ou o sobre-endividamento. Por conseguinte, a elegibilidade está limitada a sociedades que, à data da alteração da estrutura acionista, estejam insolventes ou sobre-endividadas ou em risco de insolvência ou sobre-endividamento.

([14]) Os termos «insolvência», «risco de insolvência» e «sobre-endividamento» estão definidos no Código de Insolvência («InsO»), de 5 de outubro de 1994, BGBl. 1994, parte I, n.º 70, p. 2866. «Insolvência» (artigo 17.º do InsO): O devedor é insolvente se não puder cumprir as obrigações de pagamento devidas e tiver suspendido os pagamentos. «Risco de insolvência» (artigo 18.º do InsO): O devedor é considerado em risco de insolvência se é provável que seja incapaz de cumprir as suas obrigações de pagamento atuais na sua data de vencimento. «Sobre-endividamento» (artigo 19.º do InsO): A empresa devedora está sobre-endividada quando os seus ativos deixam de cobrir as suas responsabilidades atuais; salvo se for altamente provável, dadas as circunstâncias, que a empresa devedora continue a existir.

— A empresa não altera o seu setor de atividade nos primeiros cinco anos após a aquisição;

— A empresa não tinha cessado as suas atividades à data da aquisição.

(18) O artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG entrou em vigor em 10 de julho de 2009, tendo sido aplicado com efeitos retroativos desde 1 de janeiro de 2008.

(19) O artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG foi inicialmente introduzido como medida temporária com prazo de aplicação até 31 de dezembro de 2009. Contudo, em 22 de dezembro de 2009, como parte da Lei relativa à aceleração do crescimento económico («Wachstumsbeschleunigungsgesetz»), de 22 de dezembro de 2009, o Parlamento alemão aprovou uma disposição que eliminou a cláusula de caducidade correspondente da KStG ([15]).

(20) É importante referir que os prejuízos reportados podem ser deduzidos apenas dos lucros obtidos pela empresa que está a ser reestruturada. A empresa adquirente não pode deduzir esses prejuízos dos seus próprios lucros. Este facto mantém-se mesmo que a empresa adquirente proceda à consolidação das suas responsabilidades fiscais ao nível do grupo, uma vez que o artigo 15.º, n.º 1, primeiro período, da KStG proíbe o reporte de prejuízos se uma sociedade ligada organicamente («Organgesellschaft») fizer parte de uma unidade fiscal («Organschaft») ([16]). No entanto, nos termos da lei alemã relativa aos rendimentos das sociedades, tais prejuízos não prescrevem, são apenas «congelados» ao nível da sociedade ligada organicamente e podem ser utilizados apenas quando a sociedade deixar de estar consolidada. Não há limite temporal para o reporte destes prejuízos «congelados».

(21) A empresa adquirente beneficia indiretamente do artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG, uma vez que esta disposição reduz a carga fiscal da sociedade reestruturada a partir do momento em que o processo de reestruturação for concluído com êxito. Além disso, a empresa adquirente tem a possibilidade de combinar parte ou a totalidade das suas atividades com as da sociedade adquirida e, desta forma, fazer uso dos prejuízos reportados.

3. **DECISÃO DE INÍCIO DO PROCEDIMENTO**

(22) Por ofício de 24 de fevereiro de 2010, a Comissão informou a Alemanha da sua decisão de dar início ao procedimento previsto no artigo 108.º, n.º 2, do TFUE relativamente à medida acima mencionada (artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG).

(23) Na decisão de dar início ao procedimento, a Comissão considerou que o artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG estabelece diferenças entre empresas em boa situação financeira que incorrem em prejuízos e empresas (potencialmente) insolventes ou sobre-endividadas, beneficiando apenas estas últimas. A Comissão considera, a título preliminar, a medida foi seletiva e envolveu um auxílio estatal, uma vez que as outras condições do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE pareciam estar preenchidas. Por fim, a Comissão manifestou dúvidas quanto à compatibilidade da medida com o artigo 107.º, n.º 3, alínea b), do TFUE, tal como interpretado pelo quadro comunitário temporário, e com o artigo 107.º, n.º 3, alínea c), tal como interpretado pelas Orientações relativas aos auxílios de emergência e à reestruturação ([17]) (então aplicáveis) e as Orientações relativas aos auxílios com finalidade regional ([18]) (então aplicáveis).

(24) Após ter sido iniciado o procedimento formal de investigação, o Ministério Federal das Finanças da Alemanha deu instruções às autoridades fiscais responsáveis pela cobrança de impostos para que deixassem de aplicar o artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG até que a Comissão tivesse adotado uma decisão final relativamente ao caso e para que informassem as entidades envolvidas de que, na hipótese de uma decisão final negativa da Comissão, o auxílio estatal teria de ser reembolsado ([19]).

4. **OBSERVAÇÕES DA ALEMANHA**

(25) A Alemanha considera que o artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG não constitui um auxílio estatal por três motivos:

— A regra não seria compatível com o princípio do credor privado numa economia de mercado (ver ponto 4.1);

— Não seria seletiva (ver ponto 4.2);

— Justificar-se-ia pela natureza e estrutura geral do regime fiscal alemão (ver ponto 4.3).

([15]) Artigo 2.º, n.º 3, alínea b), da Lei relativa à aceleração do crescimento económico («Wachstumsbeschleunigungsgesetz»), de 22 de dezembro de 2009, BGBl. 2009, parte I, n.º 81, p. 3950.

([16]) Os chamados «prejuízos ao nível do subgrupo».

([17]) Comunicação da Comissão — Orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação a empresas em dificuldade (JO C 244 de 1.10.2004, p. 2).

([18]) Orientações relativas aos auxílios estatais com finalidade regional para o período de 2007-2013 (JO C 54 de 4.3.2006, p. 13).

([19]) Ofício de 30 de abril de 2010 do Ministério Federal das Finanças às autoridades fiscais dos Länder (responsáveis pela cobrança de impostos) (BMF de 30.4.2010 — IV C 2 — S 2745-a/08/10005:002), BStBl. 2010, parte I, p. 488.

(26) A Alemanha alega ainda que a nova cláusula de reestruturação do artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG corresponde na essência à antiga cláusula de reestruturação do artigo 8.º, n.º 4, da KStG, que nunca foi criticada pela Comissão (ver ponto 4.4), e que vários outros Estados-Membros tinham regras fiscais semelhantes em vigor (ver ponto 4.5).

4.1. **Compatibilidade com o princípio do credor privado numa economia de mercado**

(27) No seu ofício de 2 de julho de 2010, a Alemanha alega que o princípio do credor privado poderá ser igualmente invocado relativamente às dívidas fiscais ou parafiscais ([20]). Além disso, a relação do Estado alemão com os seus contribuintes seria alegadamente comparável à relação entre um credor e um devedor privados vinculados por um contrato a longo prazo, como é o caso de um contrato de arrendamento ou de trabalho. Na opinião das autoridades alemãs, um credor privado que tenha celebrado um contrato a longo prazo estaria disposto a renunciar a parte de créditos futuros, caso isso permitisse a outra empresa adquirir o devedor e, assim, ficar assegurada a continuidade do contrato a longo prazo.

4.2. **Ausência de seletividade**

(28) Na opinião da Alemanha, o artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG corresponde a uma medida geral, uma vez que não se limita a um setor económico, a empresas de uma certa dimensão ou a uma região. Qualquer empresa pode, por razões alheias à sua vontade, enfrentar dificuldades financeiras e ser elegível para o regime.

(29) As autoridades alemãs observam que a própria Comissão considerou, na sua Comunicação de 1998 sobre a fiscalidade das empresas que «Desde que se apliquem indistintamente a todas as empresas e a todas as produções», as medidas fiscais de índole puramente fiscal, como as regras sobre o reporte dos prejuízos, não são seletivas, e que o «facto de algumas empresas ou alguns setores beneficiarem mais do que outros de algumas destas medidas fiscais não implica necessariamente que as mesmas sejam abrangidas pelas regras de concorrência em matéria de auxílios estatais» ([21]).

(30) A Alemanha defende que estas considerações são particularmente importantes para um tratamento fiscal favorável da investigação e desenvolvimento, mas também da proteção do ambiente, da formação e do emprego. Na ótica das autoridades alemãs, as regras fiscais que favorecem as empresas que operam nestas áreas não são seletivas, uma vez que são acessíveis a todas, ainda que as empresas de determinados setores beneficiem mais do que as de outros. Na opinião da Alemanha, o mesmo raciocínio deverá aplicar-se às regras fiscais que favorecem as empresas em dificuldades que são adquiridas para fins de reestruturação.

(31) A Alemanha alega que o Tribunal de Justiça e o Tribunal Geral aceitaram que uma medida que beneficia unicamente as empresas em dificuldades pode, em princípio, constituir uma medida geral, que não é seletiva. Neste contexto, a Alemanha cita na primeira instância o processo *DM Transport* ([22]), em que, em relação às facilidades de pagamentos belgas para empresas em dificuldades, o Tribunal de Justiça decidiu que:

> «O Governo francês refere que facilidades de pagamento relativas às contribuições para a segurança social não constituem um auxílio de Estado quando são concedidas, em condições idênticas, a qualquer empresa que conheça dificuldades de tesouraria. Parecerá ser esse o caso do regime instituído pela legislação belga. A Comissão defende, pelo contrário, que o ONSS dispõe de um poder discricionário quanto à concessão de facilidades de pagamento.
>
> Resulta do teor do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado que medidas de caráter geral que não favoreçam unicamente certas empresas ou certas produções não caem na alçada dessa disposição. Em contrapartida, quando o organismo que concede vantagens financeiras dispõe de um poder discricionário que lhe permite determinar os beneficiários ou as condições da medida concedida, esta não pode ser considerada como revestindo um caráter geral (ver, neste sentido, o acórdão de 26 de setembro de 1996 no processo C-241/94, França/Comissão, Coletânea 1996, I-4551, n.os 23 e 24).
>
> Incumbe ao tribunal nacional, no processo principal, determinar se o poder de conceder facilidades de pagamento do ONSS é ou não discricionário e, caso não seja, determinar se as facilidades de pagamento concedidas pelo ONSS têm caráter geral ou favorecem certas empresas.»

([20]) A Alemanha remete aqui para o acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 14 de setembro de 2004, Espanha/Comissão (C-276/02, ECLI:EU:C:2004:521, n.os 15 e 26), e do acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 29 de junho de 1999, DM Transport, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, n.os 22 e 25.

([21]) Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas (JO C 384 de 10.12.1998, p. 3), n.os 13 e 14.

([22]) Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 29 de junho de 1999, DM Transport, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, n.os 26 a 28.

(32) Além disso, a Alemanha cita o acórdão *HAMSA* ([23]), no qual a Espanha alegou que uma medida não é seletiva, uma vez que se aplica a todas as empresas em dificuldade. A este respeito, o Tribunal Geral decidiu o seguinte:

> «No caso vertente, o argumento que a recorrente e o Reino de Espanha fazem assentar no facto de a lei espanhola de 26 de julho de 1922, relativa à cessação de pagamentos, instituir um processo de caráter geral, aplicável a qualquer empresa em dificuldades, deve ser afastado. Embora seja exato que esta lei não tem vocação para se aplicar de modo seletivo a favor de determinadas categorias de empresas ou de setores de atividade, há no entanto que constatar que as remissões de dívida condenadas pela Comissão não decorrem automaticamente da aplicação da referida lei mas da escolha discricionária dos organismos públicos em causa. Ora, é de jurisprudência que, quando o organismo que concede vantagens financeiras dispõe de um poder discricionário que lhe permite determinar os beneficiários ou as condições da medida concedida, não se pode considerar que esta medida reveste caráter geral (acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de junho de 1999, DM Transport, C-256/97, Colect., p. I-3913, n.º 27).»

(33) A Alemanha alega que, ao contrário das medidas em causa no processo *DM Transport* e *HAMSA*, o artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG não prevê qualquer margem de apreciação por parte das autoridades públicas; A aplicação da medida decorre automaticamente da lei. Assim, invertendo o argumento, a Alemanha alega que o artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG não é seletivo.

(34) A Alemanha considera igualmente que o artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG é uma disposição da legislação alemã em matéria de insolvência. A elegibilidade de uma empresa, em especial, baseia-se nos conceitos de «insolvência», «risco de insolvência» e «sobre-endividamento» na aceção do Código de Insolvência, os quais constituem fundamento para a abertura de processos de falência.

(35) A Alemanha conclui, no que se refere à seletividade, que a opinião da Comissão tem por efeito que qualquer redução do imposto constitui um auxílio estatal, mesmo que seja de aplicação geral, e que tal interpretação é contrária ao TFUE.

4.3. **Justificação à luz da natureza ou da estrutura geral do regime fiscal**

(36) A Alemanha afirma que o regime de isenção criado ao abrigo do artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG se justifica pela natureza e estrutura geral do regime fiscal alemão aplicável às empresas. Existe uma diferença objetiva entre as empresas em dificuldade que necessitam de ser reestruturadas e outras empresas; esta diferença objetiva justifica um tratamento diferente de empresas em dificuldade adquiridas para efeitos de reestruturação. As autoridades alemãs sustentam o seu argumento invocando três considerações.

(37) Primeiro, enquanto as empresas em boa situação financeira poderiam escolher entre obter financiamento nos mercados financeiros e encontrar um comprador, as empresas em dificuldades teriam apenas a última opção, posto que não conseguiriam obter crédito junto do mercado de capitais nem da banca. Consequentemente, as empresas em dificuldade perderiam sistematicamente o direito ao reporte dos seus prejuízos, enquanto as empresas em boa situação financeira teriam sempre a possibilidade de escolher entre o financiamento da dívida e a procura de um comprador.

(38) Segundo, a *ratio legis* do artigo 8.º-C, n.º 1, da KStG, ou seja, impedir a compra e venda de empresas-fantasma, não implica impedir o reporte de prejuízos em situações em que o propósito da aquisição é a reestruturação e não apenas a otimização fiscal. Se o artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG não fosse restringido à aquisição de empresas em dificuldades financeiras para fins de reestruturação, ou seja, se outras aquisições fossem também incluídas, a *ratio legis* já não se manteria.

(39) Terceiro, o propósito do artigo 8.º-C, n.º 1), da KStG consiste em garantir que o preço de venda das participações em empresas é fixado unicamente com base no valor económico da empresa e que o valor dos prejuízos acumulados para efeitos de otimização fiscal não afeta o preço de venda. No entanto, no caso da aquisição de uma empresa em dificuldades financeiras para fins de reestruturação, o eventual valor dos prejuízos acumulados não se reveste de nenhuma importância especial. Em apoio deste facto, a Alemanha salienta que, nas contas de uma empresa consolidada, os auditores não atribuem qualquer valor a quaisquer perdas transitadas por uma empresa com fraca capacidade económica.

(40) Por estes três motivos considerados em conjunto, a Alemanha considera que, mesmo que o artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG seja seletivo *prima facie*, ele é justificado pela natureza e estrutura geral do regime fiscal alemão aplicável às sociedades.

([23]) Acórdão do Tribunal Geral (Quinta Secção Alargada) de 11 de julho de 2002, HAMSA/Comissão, T-152/99, ECLI:EU:T:2002:188, n.º 157.

4.4. **Relação entre a nova cláusula de reestruturação e a antiga cláusula de reestruturação**

(41) A Alemanha observa que, a partir de 1 de janeiro de 2008, o artigo 8.º-C da KStG substituiu uma regra semelhante que consta do artigo 8.º, n.º 4, da KStG. As duas regras visavam o mesmo objetivo, ou seja impedir a compra e venda de empresas-fantasma.

(42) A Alemanha salienta que a Comissão nunca levantou quaisquer problemas com o artigo 8.º, n.º 4, da KStG e que, por conseguinte, este regime não parece ter constituído um auxílio.

(43) Por essa razão, a Alemanha considera a posição da Comissão a este respeito incoerente.

4.5. **Regras semelhantes noutros sistemas fiscais**

(44) A Alemanha destaca que muitos outros Estados-Membros têm regras comparáveis à prevista no artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG. É o caso da Áustria, Bélgica, Finlândia, Itália, Luxemburgo e Países Baixos. Observa que a Comissão não tomou medidas contra qualquer destes Estados-Membros ao abrigo das regras relativas aos auxílios estatais, não obstante as semelhanças significativas entre sistemas.

(45) Em resposta ao considerando 34 da decisão de dar início ao procedimento, que descreve as medidas que a Comissão tomou a respeito do sistema francês, a Alemanha sublinha que o sistema alemão difere do sistema francês, que se limitava a alguns setores da economia e que previa isenção total de pagamento do imposto sobre o rendimento das sociedades.

5. **EVOLUÇÃO APÓS A ADOÇÃO E ANULAÇÃO DA DECISÃO DE 2011**

(46) Na sequência da adoção da Decisão de 2011, a Alemanha suspendeu a aplicação da medida na pendência de um acórdão do Tribunal Geral ou do Tribunal de Justiça ([24]).

(47) Em 29 de março de 2017, o Tribunal Constitucional Federal declarou inconstitucional a dedução proporcional dos prejuízos em caso de transferência entre 25 % e 50 % do capital subscrito, dos direitos dos sócios, dos direitos de participação ou dos direitos de voto, nos termos do artigo 8.º-C, n.º 1), da KStG, e convidou o Parlamento alemão a alterar a disposição até 31 de dezembro de 2018 ([25]). Em seguida, o Parlamento alemão suprimiu (com efeitos retroativos a partir de 21 de dezembro de 2007) a dedução proporcional dos prejuízos em caso de transferência entre 25 % e 50 % do capital subscrito, dos direitos dos sócios, dos direitos de participação ou dos direitos de voto e apenas conservou a perda total dos prejuízos em caso de cessão de mais de 50 % desse capital ou desses direitos a outra empresa ([26]).

(48) Após a anulação pelo Tribunal de Justiça da Decisão de 2011, a Alemanha introduziu novamente a cláusula de reestruturação (artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG) em 11 de dezembro de 2018 (retroativamente a partir de 2008) ([27]).

6. **APRECIAÇÃO DA MEDIDA**

(49) De acordo com o artigo 107.º, n.º 1, do TFUE «são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções».

(50) Na aceção desta disposição, a classificação de uma medida como auxílio estatal exige que estejam preenchidas as seguintes condições: a) a medida deve ser imputável ao Estado e financiada por recursos estatais; b) deve conferir uma vantagem à empresa beneficiária; c) essa vantagem deve ser seletiva; e d) a medida deve falsear ou ameaçar falsear a concorrência e ter o potencial de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros.

(51) A qualificação de uma medida como auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE exige que as quatro condições estejam cumulativamente preenchidas. A Comissão avalia, em primeiro lugar, se é concedida uma vantagem seletiva.

([24]) Artigo 4.º, n.º 2, alínea a), (que altera o artigo 34.º, n.º 7, alínea c), da KStG) da Lei de transposição da Diretiva Recuperação e da alteração das disposições fiscais, de 7 de dezembro de 2011, BGBl. 2011, parte I, n.º 64, p. 2592.

([25]) Decisão do Tribunal Constitucional Federal de 29 de março de 2017 — 2 BvL 6/11 — https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/ls20170329_2bvl000611.html.

([26]) O artigo 6.º, n.º 2, (que altera o artigo 8.º-C, n.º 1, da KStG) da Lei sobre a prevenção de perdas de IVA na venda de bens na Internet e a alteração de outras disposições fiscais, de 11 de dezembro de 2018, BGBl. 2018, parte I, n.º 45, p. 2338.

([27]) Artigo 6.º, n.º 6, alínea b), (que altera o artigo 34, n.º 6, da KStG) da Lei relativa à prevenção da perda de IVA na venda de bens na Internet e que altera outras disposições fiscais.

(52) Para determinar a existência de uma vantagem, deve, em princípio, ser comparada a situação financeira da empresa na sequência da medida com a situação financeira em que estaria se a medida não tivesse sido tomada ([28]).

(53) No caso de medidas fiscais, a fim de estabelecer uma possível vantagem fiscal, é necessário, em especial, examinar se o tratamento fiscal de uma empresa lhe confere uma vantagem em comparação com o regime fiscal geral ou «normal» ([29]). O exame da vantagem está, portanto, estreitamente ligado ao exame da seletividade (no âmbito do qual a existência de um tratamento fiscal especial é igualmente analisada em relação às regras fiscais gerais).

(54) É jurisprudência constante ([30]) que o exame da seletividade material de uma medida fiscal abrange três fases. Em primeiro lugar, é necessário identificar e examinar o regime geral ou «normal» («sistema de referência») em vigor no Estado-Membro em causa. Em segundo lugar, é à luz deste regime fiscal geral ou «normal» que se deve analisar e determinar se a vantagem conferida pela medida fiscal em causa é seletiva. Para o efeito, há que demonstrar que a medida derroga as regras gerais na medida em que introduz distinções entre operadores económicos que, à luz do objetivo prosseguido por essas regras, se encontram numa situação factual e jurídica comparável. Em terceiro lugar, no caso de uma tal derrogação, há que examinar se ela resulta da natureza ou da estrutura geral do sistema fiscal em que se insere e, consequentemente, se pode ser justificada por uma ou por outra. Neste contexto, cabe ao Estado-Membro demonstrar que o tratamento fiscal diferenciado decorre diretamente dos princípios básicos ou orientadores desse sistema.

(55) No caso em apreço, resulta dos acórdãos do Tribunal de Justiça ([31]) que o sistema de referência é o regime de tributação das sociedades geralmente aplicável a todas as empresas na Alemanha e que incluem a disposição geral do reporte de prejuízos (artigo 8.º, n.º 1, da KStG). Estas regras têm por objetivo gerar receitas para o orçamento, tributando os lucros das empresas em conformidade com o princípio da capacidade orçamental.

(56) O artigo 8.º, n.º 1, da KStG (em conjugação com o artigo 10.º-D da EStG) dispõe que as empresas sujeitas ao imposto sobre as sociedades podem reportar os prejuízos registados num exercício fiscal (até ao limite de 1 milhão de EUR) a futuros exercícios fiscais para efeitos fiscais.

(57) O Tribunal de Justiça declarou, no n.º 102 do acórdão *Andres* ([32]), que a regra da não dedução dos prejuízos constitui, em si mesma, uma exceção à regra de reporte de prejuízos e que um exame da totalidade do conteúdo dessas disposições deveria ter permitido demonstrar que a cláusula de reestruturação tinha por efeito definir uma situação abrangida pela disposição geral de reporte de prejuízos.

(58) Nas circunstâncias específicas do caso em apreço, não é, portanto, necessário determinar se as regras que impedem abusos fazem parte do sistema de referência, uma vez que, de acordo com a análise do Tribunal de Justiça, a cláusula de reestruturação não parece, em qualquer caso, entrar em conflito com o objetivo dessas regras ([33]) e afastar-se delas ([34]).

(59) A fim de determinar se a cláusula de reestruturação (artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG) constitui uma vantagem seletiva, a Comissão deve examinar se a medida fiscal em causa derroga o regime geral na medida em que introduz distinções entre operadores económicos que, à luz do objetivo prosseguido pelo sistema fiscal geral, se encontram numa situação factual e jurídica comparável.

([28]) Ver acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de julho de 1974, Itália/Comissão, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, n.º 17.

([29]) Ver, por exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 15 de dezembro de 2005, Unicredito Italiano, C-148/04, ECLI:EU:C:2005:774, n.ºs 50 a 52; Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 8 de dezembro de 2011, France Télécom/Comissão, C-81/10 P, ECLI:EU:C:2011:811, n.º 24.

([30]) Ver, por exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 8 de setembro de 2011, Paint Graphos e outros, C-78/08 a C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, n.ºs 49 a 71; Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 21 de dezembro de 2016, Comissão/World Duty Free Group e Comissão/Banco Santander e Santusa, C-20/15 P e C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, n.ºs 57 e 58.

([31]) Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 28 de junho de 2018, Andres (faillite Heitkamp BauHolding)/Comissão, C-203/16 P, ECLI:EU:C:2018:505; Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 28 de junho de 2018, Alemanha/Comissão, C-208/16 P, ECLI:EU:C:2018:506; Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 28 de junho de 2018, Alemanha/Comissão, C-209/16 P, ECLI:EU:C:2018:507; Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 28 de junho de 2018, Lowell Financial Services/Comissão, C-219/16 P, ECLI:EU:C:2018:508.

([32]) Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 28 de junho de 2018, Andres (faillite Heitkamp BauHolding)/Comissão, C-203/16 P, ECLI:EU:C:2018:505.

([33]) Isso impediria as empresas de reduzir indevidamente a sua base tributável, utilizando o reporte de prejuízos de empresas-fantasma.

([34]) Além disso, poderia argumentar-se que o requisito estabelecido na cláusula de reestruturação para preservar as estruturas e operações essenciais da empresa exclui o abuso.

(60) Uma vez que o artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG permite efetuar um reporte de prejuízos às empresas que estejam insolventes ou sobre-endividadas (ou em risco de insolvência ou sobre-endividamento) e a ser reestruturadas, a medida não constitui uma derrogação à disposição geral relativa ao reporte de prejuízos (artigo 8.º-C, n.º 1, da KStG).

(61) A Comissão conclui, portanto, que o artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG não confere uma vantagem seletiva às empresas às quais se aplica.

(62) Tendo em conta o que precede, não é necessário abordar outros argumentos apresentados pela Alemanha em apoio da ausência de uma vantagem seletiva. Também não é necessário examinar as outras condições para que uma medida possa ser qualificada de auxílio estatal, uma vez que todas as quatro condições enunciadas no artigo 107.º, n.º 1, do Tratado devem estar cumulativamente preenchidas.

7. **CONCLUSÃO**

(63) Considerando o acima referido, a Comissão conclui que o artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG, (cláusula de reestruturação) não constitui um auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE,

ADOTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1.º

O regime de reporte de prejuízos fiscais para a reestruturação de empresas em dificuldade, ao abrigo do artigo 8.º-C, n.º 1, alínea a), da KStG (cláusula de reestruturação), não constitui um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Artigo 2.º

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

Feito em Bruxelas, em 22 de janeiro de 2020.

Pela Comissão
Margrethe VESTAGER
Vice-Presidente Executiva