Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Nona Secção)

4 de fevereiro de 2016*

«Auxílios de Estado — Legislação fiscal alemã relativa ao reporte de prejuízos para os anos fiscais futuros (Sanierungsklausel) — Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno — Recurso de anulação — Afetação individual — Admissibilidade — Conceito de auxílio de Estado — Caráter seletivo — Natureza e estrutura do sistema fiscal — Recursos públicos — Dever de fundamentação — Confiança legítima»

No processo T-620/11,

GFKL Financial Services AG, com sede em Essen (Alemanha), representada inicialmente por M. Schweda, S. Schultes-Schnitzlein, J. Eggers e M. Knebelsberger, e em seguida por M. Schweda, J. Eggers, M. Knebelsberger e F. Loose, advogados,

recorrente,

apoiada por:

República Federal da Alemanha, representada por T. Henze e K. Petersen, na qualidade de agentes,

interveniente,

contra

Comissão Europeia, representada inicialmente por T. Maxian Rusche, M. Adam e R. Lyal, e em seguida por Maxian Rusche, R. Lyal e M. Noll-Ehlers, na qualidade de agentes,

recorrida,

que tem por objeto um pedido de anulação da 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, p. 26),

O TRIBUNAL GERAL (Nona Secção),

composto por: G. Berardis, presidente, O. Czúcz e A. Popescu (relator), juízes,

secretário: K. Andová, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 9 de julho de 2015,

profere o presente

* Língua do processo: alemão.

Acórdão

Quadro jurídico nacional

Regra do reporte de prejuízos

1 Na Alemanha, por força do § 10d, n.º 2, da Einkommensteuergesetz (Lei do imposto sobre o rendimento), os prejuízos realizados num exercício fiscal podem ser reportados para exercícios fiscais posteriores, o que significa que os prejuízos em causa podem ser excluídos dos rendimentos tributáveis dos anos seguintes (a seguir «regra do reporte de prejuízos»).

2 De acordo com o § 8, n.º 1, da Körperschaftsteuergesetz (Lei do imposto sobre as sociedades, a seguir «KStG»), a regra do reporte de prejuízos aplica-se igualmente às empresas sujeitas a imposto sobre as sociedades.

Regra da não dedução dos prejuízos

3 A possibilidade de reporte dos prejuízos levava à aquisição, unicamente com a finalidade de economia de imposto, de «sociedades fantasma», isto é, de empresas que tinham cessado toda a atividade comercial desde há algum tempo, mas que dispunham ainda de reportes de prejuízos (operações ditas de «Mantelkauf»).

4 Em 1997, para impedir a aquisição de «sociedades fantasma», o legislador alemão aprovou o § 8, n.º 4, da KStG (a seguir «antiga regra da não dedução dos prejuízos»). Essa disposição limitava o reporte de prejuízos às empresas que fossem legal e economicamente idênticas às que tinham realizado prejuízos. Segundo essa disposição, as sociedades não eram consideradas idênticas quando fosse transmitida mais de metade das participações de uma sociedade de capitais e a sociedade de capitais continuasse ou retomasse as suas atividades com base em ativos predominantemente novos.

5 A antiga regra da não dedução dos prejuízos previa, porém, uma exceção, referida no § 8, n.º 4, terceiro período, da KStG, segundo a qual existia identidade económica, pelo que não se aplicava a não dedução dos prejuízos nos casos de «saneamento» da sociedade objeto de aquisição. Era esse o caso em duas situações: por um lado, quando a injeção de novos ativos fosse feita exclusivamente para fins de reestruturação da entidade que incorreu os prejuízos e se a atividade que deu origem aos prejuízos diferidos continuasse durante os cinco anos seguintes a um nível comparável ao que caracterizava a imagem global da sua situação económica; por outro, em vez de injetar novos ativos, a entidade adquirente cobrisse os prejuízos acumulados pela entidade adquirida.

6 Em 2008, a Unternehmensteuerreformgesetz (Lei da reforma da fiscalidade das empresas) revogou a antiga regra de não dedução dos prejuízos e inseriu um novo § 8c, n.º 1, na KStG (a seguir «regra da não dedução dos prejuízos»). Esta disposição limita a possibilidade de reporte de prejuízos nos casos de aquisição de 25% ou mais das participações de sociedades (a seguir «aquisição de participação prejudicial»). Mais precisamente, a nova disposição prevê que, primeiro, no caso de transmissão de 25% a 50% do capital subscrito, dos direitos dos sócios, dos direitos de participação ou dos direitos de voto detidos numa sociedade durante os cinco anos seguintes à transmissão, os prejuízos não utilizados ficam no regime de não dedução na proporção da alteração efetuada, expressa em percentagem, e, segundo, 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 detidos numa sociedade forem transferidos para um adquirente.

7 A nova regra da não dedução dos prejuízos não previa qualquer exceção na origem. Contudo, as autoridades fiscais podiam, numa situação de aquisição de participação prejudicial destinada à restruturação de empresas em dificuldade, conceder isenções equitativas de imposto, nos termos do despacho de reestruturação do Ministério das Finanças alemão, de 27 de março de 2003 (a seguir «despacho de reestruturação»).

Cláusula de reestruturação

8 Em setembro de 2007, o Governo alemão apresentou ao Bundestag (Câmara Baixa do Parlamento Federal) uma proposta de lei, dita «lei MoRaKG», relativa à modernização das condições gerais dos investimentos em capitais, que previa nomeadamente uma exceção à regra da não dedução dos prejuízos.

9 Na sequência da notificação da proposta de lei em causa nos termos do artigo 108.º, n.º 3, TFUE, a Comissão Europeia proibiu a exceção prevista, qualificando esta de auxílio de Estado incompatível com o mercado interno, por meio da Decisão 2010/13/CE, de 30 de setembro de 2009, relativa ao regime de auxílio C 2/09 (ex N 221/08 e N 413/08) que a Alemanha tenciona conceder a fim de modernizar as condições gerais aplicáveis aos investimentos de capital (JO 2010, L 6, p. 32, a seguir «decisão relativa à lei MoRaKG»).

10 Em junho de 2009, a Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung (Lei dos seguros de doença relativos ao desagravamento fiscal a favor dos cidadãos) inseriu o § 8c, n.º 1a, da KStG (a seguir «cláusula de reestruturação» ou «medida controvertida»), segundo a qual continua a ser possível um reporte dos prejuízos quando a aquisição de uma empresa em dificuldade tenha sido efetuada para efeitos de reestruturação. De acordo com essa cláusula, uma entidade pode proceder a um reporte dos prejuízos igualmente no caso de aquisição de participação prejudicial, nas seguintes condições:

a) A aquisição tem por objetivo a reestruturação da entidade empresarial;

b) A empresa está, ou é provável que esteja insolvente ou sobre endividada à data da aquisição;

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

— cumprimento pela entidade empresarial do acordo entre a direção e a comissão de trabalhadores relativo à preservação dos postos de trabalho; ou,

— preservação de 80% dos postos de trabalho (em termos de massa salarial anual média) durante os primeiros 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; os ativos são considerados significativos se representarem pelo menos 25% dos ativos do exercício financeiro anterior; sendo qualquer transferência efetuada de novo para a entidade adquirente nos primeiros três anos dedutível;

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

e) A empresa não tivesse cessado as suas atividades à data da aquisição.

11 A cláusula de reestruturação entrou em vigor em 10 de julho de 2009, com efeitos retroativos a 1 de janeiro de 2008, isto é, na mesma data da entrada em vigor da regra da não dedução dos prejuízos.

Cláusulas sobre as reservas pendentes e sobre os grupos de empresas

12 Em dezembro de 2009, a Wachstumsbeschleunigungsgesetz (Lei da aceleração do crescimento económico) introduziu, com efeitos a 1 de janeiro de 2010, duas novas exceções à regra da não dedução dos prejuízos, a saber, por um lado, o § 8c, n.º 1, quinto período, da KStG (a seguir «cláusula relativa aos grupos de empresas») e, por outro, o § 8c, n.º 1, sexto período, da KStG (a seguir «cláusula sobre as reservas pendentes»).

13 A cláusula relativa aos grupos de empresas prevê que os reportes de prejuízos serão mantidos para todas as reestruturações realizadas exclusivamente no interior de um grupo de empresas à frente do qual se encontre uma única pessoa ou uma única sociedade que detenham 100% das ações.

14 A cláusula sobre as reservas pendentes dispõe que os reportes de prejuízos serão mantidos na medida em que, ao ser adquirida a participação prejudicial, esses prejuízos correspondam a «reservas pendentes» do capital de exploração da sociedade, considerando-se reservas pendentes o montante constituído pela diferença entre, por um lado, o capital próprio conforme resulte, no seu conjunto, do cálculo fiscal dos lucros e, por outro, o valor das ações da sociedade correspondentes a esse capital próprio.

Factos na origem do litígio

15 A recorrente, GFKL Financial Services AG, é uma sociedade de serviços financeiros que, em 2009, estava em risco de insolvência e necessitava de um saneamento.

16 Em 14 de dezembro de 2009, um investidor adquiriu perto de 80% das ações da recorrente e, em 4 de dezembro de 2010, o novo acionista maioritário injetou mais de 50 milhões de euros através de um aumento de capital, o que permitiu evitar o estado de insolvência.

17 À data da venda das ações, a recorrente preenchia as condições que permitiam beneficiar da cláusula de reestruturação, conforme resulta da informação vinculativa do Finanzamt Essen-NordOst (Administração Fiscal de Essen-NordOst), de 3 de setembro de 2009 (a seguir «informação vinculativa»).

18 Na sequência dada decisão da Comissão de abrir o procedimento formal de investigação (v. n.º 21, *infra*), o Ministério das Finanças alemão, por ofício de 30 de abril de 2010, ordenou à Administração Fiscal que deixasse de aplicar a cláusula de reestruturação.

19 A Administração Fiscal anulou, assim, a informação vinculativa e enviou à recorrente um aviso de liquidação de imposto sobre as sociedades pelo exercício fiscal de 2009 e que não aplicava a cláusula de reestruturação.

20 Em 22 de julho de 2011, a República Federal da Alemanha comunicou à Comissão, de acordo com o disposto na decisão recorrida (v n.º 31, *infra*), a lista das empresas que tinham beneficiado da medida controvertida. Aí consta o nome da recorrente entre as empresas relativamente às quais tinham sido anuladas as informações vinculativas sobre a aplicação da cláusula de reestruturação.

Procedimento administrativo

21 Por ofícios de 5 de agosto e 30 de setembro de 2009, a Comissão pediu à República Federal da Alemanha informações sobre o § 8c da KStG. As autoridades alemãs responderam a esse pedidos por cartas de 20 de agosto e 5 de novembro de 2009. Por decisão de 24 de fevereiro de 2010 (JO C 90, p. 8, a seguir «decisão de abertura»), a Comissão deu início ao procedimento formal de investigação previsto no artigo 108.º, n.º 2, TFUE relativamente ao auxílio de Estado C 7/10 (ex NN 5/10).

22 Na sequência da publicação da decisão de abertura no *Jornal Oficial da União Europeia* em 8 de abril de 2010, os interessados foram convidados a apresentar as suas observações. As autoridades alemãs responderam por carta de 9 de abril de 2010.

23 Em 9 de abril e 3 de junho de 2010, houve duas reuniões entre os serviços da Comissão e os representantes da República Federal da Alemanha. Esta apresentou informações adicionais em 2 de julho de 2010. A Comissão não recebeu quaisquer outras observações das partes interessadas.

Decisão recorrida

24 Em 26 de janeiro de 2011, a Comissão adotou a Decisão 2011/527/UE, 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, p. 26, a seguir «decisão recorrida»).

25 Em primeiro lugar, a Comissão qualificou a cláusula de reestruturação de auxílio de Estado.

26 Primeiro, a Comissão referiu que a possibilidade dada pelo Governo alemão a certas empresas de reduzirem a sua carga fiscal por um reporte de prejuízos levava a um prejuízo nas receitas públicas, sendo, portanto, concedida a partir de recursos estatais. Acrescentou que o auxílio era concedido com base na lei, sendo, por isso, imputável ao Estado.

27 Segundo, a Comissão entendeu que a cláusula de reestruturação instituía uma exceção à regra geral, que estipulava a não dedução dos prejuízos não utilizados das sociedades cujo tecido acionista tivesse sido alterado. Essa cláusula era, por conseguinte, suscetível de conferir uma vantagem seletiva às empresas que reuniam as condições para dela beneficiarem, vantagem que não se justificava pela natureza ou pela estrutura geral do sistema. Com efeito, segundo a Comissão, a cláusula de reestruturação destinava-se a lutar contra os problemas devidos à crise económica e financeira, o que constituía um objetivo externo ao sistema fiscal.

28 Terceiro, a Comissão verificou que a cláusula de reestruturação se aplicava a todos os ramos da economia alemã e que estes estavam quase todos representados nos mercados em que imperava a concorrência e em que havia trocas entre os Estados-Membros. Por essa razão, a medida poderia afetar as trocas entre Estados-Membros e falsear ou ameaçar falsear a concorrência. Além disso, visto todas as empresas potenciais beneficiárias serem empresas em dificuldade na aceção das Orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação a empresas em dificuldade (JO 2004, C 244, p. 2), nenhuma delas estava abrangida pelo Regulamento (CE) n.º 1998/2006 da Comissão, de 15 de dezembro de 2006, relativo à aplicação dos artigos 87.° e 88.° [CE] aos auxílios *de minimis* (JO L 379, p. 5).

29 Em segundo lugar, a Comissão analisou se a medida podia ser considerada compatível com o mercado interno e concluiu que os auxílios a favor de certos beneficiários podiam ser autorizados sob a forma de montante de auxílio limitado compatível com o mercado interno, na medida em que preenchessem todas as condições de um regime de auxílios alemão que tinha aprovado na aceção do Quadro comunitário temporário relativo às medidas de auxílio estatal destinadas a apoiar o acesso ao

financiamento durante a atual crise financeira e económica (JO 2009, C 83, p. 1). Em contrapartida, a Comissão excluiu que a cláusula de reestruturação fosse compatível com o mercado interno com base nas Orientações relativas aos auxílios estatais com finalidade regional para o período 2007-2013 (JO 2006, C 54, p. 13), do Enquadramento comunitário dos auxílios estatais a favor do ambiente (JO 2008, C 82, p. 1) e à luz do artigo 107.º, n.º 3, TFUE.

30 Em terceiro lugar, a Comissão ordenou que a República Federal da Alemanha tomasse todas as medidas necessárias para recuperar dos beneficiários o auxílio concedido ilegalmente. Além disso, a República Federal da Alemanha deveria fazer uma lista das empresas que tinham beneficiado do auxílio desde 1 de janeiro de 2008. A Comissão precisou ainda que o vencimento do pagamento do imposto sobre as sociedades constituía a data relevante em que o auxílio era posto à disposição dos beneficiários e que o montante do auxílio a recuperar devia ser calculado com base nas declarações de impostos das empresas em causa. O montante do auxílio correspondia, segundo a Comissão, à diferença entre o montante do imposto que deveria ter sido pago se não tivesse sido aplicada a cláusula de reestruturação e o imposto efetivamente pago devido à aplicação dessa cláusula.

31 O dispositivo da decisão recorrida tem a seguinte redação:

«Artigo 1.º

O auxílio estatal concedido nos termos do [§]8 C, n.º 1, alínea a), [da KStG], aplicado ilegalmente pela Alemanha em violação do artigo 108.º, n.º 3, [...] TFUE, é incompatível com o mercado interno.

Artigo 2.º

Qualquer auxílio individual concedido ao abrigo do regime referido no artigo 1.º é compatível com o mercado interno nos termos do artigo 107.º, n.º 3, alínea b), tal como interpretado pelo Quadro Temporário, desde que o montante de auxílio não exceda o montante de 500 000 EUR, o beneficiário não seja uma empresa em dificuldade à data de 1 de julho de 2008 e todas as outras condições previstas na secção 4.2.2 do Quadro Temporário estejam preenchidas.

Artigo 3.º

Qualquer auxílio individual concedido ao abrigo do regime descrito no artigo 1.º que, na altura em que for concedido, preencha as condições previstas para qualquer regime de auxílio aprovado pela Comissão numa base legal diferente do [Regulamento (CE) n.º 800/2008 da Comissão, de 6 de agosto de 2008, que declara certas categorias de auxílios compatíveis com o mercado comum, em aplicação dos artigos 87.º [CE] e 88.º [CE] (Regulamento geral de isenção por categoria) (JO L 214, p. 3)], das Orientações relativas aos auxílios regionais, do Enquadramento dos auxílios à investigação e desenvolvimento e à inovação [(JO 2006, C 323, p. 1)], e que não exclua empresas em dificuldade como possíveis beneficiários, é compatível com o mercado interno, até às intensidades máximas de auxílio aplicáveis a essa categoria de auxílio.

Artigo 4.º

1. A Alemanha deverá retirar o regime referido no artigo 1.º

2. A Alemanha deverá recuperar junto dos beneficiários o auxílio incompatível concedido ao abrigo do regime referido no artigo 1.º

[…]

Artigo 6.º

1. No prazo de dois meses a contar da notificação da presente decisão, a Espanha deverá fornecer as seguintes informações à Comissão:

a) A lista dos beneficiários do auxílio recebido ao abrigo do regime referido no artigo 1.º e o montante total recebido por cada um dos beneficiários ao abrigo do regime;

[…]»

Tramitação do processo e pedidos das partes

32 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal Geral em 2 de dezembro de 2011, a recorrente interpôs o presente recurso.

33 Por requerimento registado na Secretaria do Tribunal Geral em 16 de março de 2012, a Comissão suscitou uma exceção de inadmissibilidade nos termos do artigo 114.º do Regulamento de Processo do Tribunal Geral de 2 de maio de 1991. A recorrente apresentou as suas observações sobre essa exceção em 2 de maio de 2012.

34 Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal Geral em 29 de fevereiro de 2012, a República Federal da Alemanha requereu a sua intervenção no presente processo em apoio do pedido da recorrente. Por despacho de 2 de maio de 2012, o presidente da Oitava Secção do Tribunal Geral admitiu a intervenção. A República Federal da Alemanha apresentou as suas alegações de intervenção, limitadas à admissibilidade, tendo as outras partes apresentado as suas observações sobre as mesmas nos prazos fixados.

35 Tendo a composição das Secções do Tribunal Geral sido alterada, o juiz-relator foi afetado à Nona Secção, à qual, por conseguinte, o foi o presente processo distribuído.

36 Por despacho do Tribunal Geral (Nona Secção) de 17 de julho de 2014, a exceção de inadmissibilidade foi reservada para o conhecimento de mérito, nos termos do artigo 114.º, n.º 4, do Regulamento de Processo de 2 de maio de 1991.

37 Em 2 de setembro de 2014, a Comissão apresentou a sua contestação. A réplica e a tréplica foram respetivamente apresentadas em 27 de outubro de 2014, pela recorrente, e em 16 de janeiro de 2015, pela Comissão.

38 Em 27 de outubro de 2014, a República Federal da Alemanha apresentou as suas alegações de intervenção e a outras partes apresentaram as suas observações sobre as estas nos prazos fixados.

39 No âmbito das medidas de organização do processo, previstas no artigo 64.º do Regulamento de Processo de 2 de maio de 1991, o Tribunal Geral (Nona Secção) apresentou, em 19 de maio de 2015, questões escritas às partes, que responderam no prazo fixado.

40 Na audiência de 9 de julho de 2015, foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às questões colocadas pelo Tribunal.

41 A recorrente, apoiada pela República Federal da Alemanha, conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— julgar improcedente a exceção de inadmissibilidade suscitada pela Comissão;

— anular a decisão recorrida;

— condenar a Comissão nas despesas.

42 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— julgar o recurso inadmissível ou, a título subsidiário, improcedente;

— condenar a recorrente nas despesas.

Questão de direito

Quanto à admissibilidade do recurso

43 Em apoio da sua exceção de inadmissibilidade, a Comissão alega que o presente recurso é inadmissível por não ter a recorrente demonstrado estarem preenchidos os pressupostos do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE ou que tivesse interesse em agir.

Quanto à legitimidade na aceção do artigo 236.º, quarto parágrafo, TFUE

44 Em primeiro lugar, a Comissão contesta a legitimidade da recorrente, na medida em que a decisão recorrida não lhe diz individualmente respeito.

45 A Comissão alega que a recorrente não é um beneficiário efetivo de auxílios individuais concedidas ao abrigo da cláusula de reestruturação e cuja recuperação ordenou. Com efeito, a dívida fiscal só se constitui de forma juridicamente vinculativa por meio do aviso de liquidação, de acordo com o § 155, n.º 1, do Código Tributário alemão.

46 No caso, a mera realização da alteração da estrutura acionista, a saber, a operação que daria origem à aplicação da cláusula de reestruturação, não implica a concessão juridicamente vinculativa do auxílio, pelo que, no momento da aquisição da participação, ainda não estava determinado se e quando a recorrente registaria novamente ganhos a fim de o reporte de prejuízos dar efetivamente origem à redução fiscal. A recorrente também não pode basear a sua afetação individual na informação vinculativa. Esta, só por si, não concede um direito a um benefício fiscal e perdeu o seu efeito obrigatório antes da emissão de um aviso de liquidação que tivesse em conta a cláusula de reestruturação.

47 Nestas circunstâncias, a decisão recorrida não ordena o reembolso de um auxílio já concedido à recorrente, antes deixa à Administração nacional a responsabilidade de extrair as consequências da incompatibilidade do regime de auxílios com o mercado interno por meio de avisos de liquidação.

48 Em segundo lugar, a Comissão salienta que o recurso também não é admissível ao abrigo da terceira hipótese prevista no artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE, uma vez que a decisão recorrida necessita de medidas de execução, a saber, a emissão de um aviso de liquidação.

49 A recorrente, apoiada pela República Federal da Alemanha, alega que o recurso é admissível.

50 Nos termos do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE, «[q]ualquer pessoa singular ou coletiva pode interpor [...] recursos contra os atos de que seja destinatária ou que lhe digam direta e individualmente respeito, bem como contra os atos regulamentares que lhe digam diretamente respeito e não necessitem de medidas de execução».

51 Há que recordar, a título preliminar, que a recorrente não é o destinatário da decisão recorrida, que tem por único destinatário a República Federal da Alemanha.

52 Refira-se igualmente que, na medida em que o artigo 4.º da decisão recorrida obriga a República Federal da Alemanha a anular e a recuperar dos beneficiários o auxílio referido no artigo 1.º dessa decisão, deve-se considerar que essa decisão diz diretamente respeito à recorrente. Com efeito, no presente caso, estão preenchidos os dois critérios da afetação direta a que se refere a jurisprudência, a saber, primeiro, o facto de o ato em causa produzir diretamente efeitos na situação jurídica da recorrente e, segundo, o facto de esse ato não deixar qualquer poder de apreciação aos seus destinatários encarregados da sua execução (v., neste sentido, acórdão de 17 de setembro de 2009, Comissão/Koninklijke FrieslandCampina, C-519/07 P, Colet., EU:C:2009:556, n.º 48 e jurisprudência aí referida). De resto, a Comissão não levanta qualquer objeção a esse respeito.

53 Demonstrada a afetação direta da recorrente, há que verificar se a decisão recorrida diz individualmente respeito à recorrente, sem que seja necessário, na afirmativa, verificar se a decisão recorrida constitui um ato regulamentar que não necessita de medidas de execução.

54 Segundo jurisprudência constante, as pessoas que não sejam destinatárias de uma decisão só podem alegar que esta lhes diz individualmente respeito se as atingir em virtude de certas qualidades que lhes são específicas ou de uma situação de facto que as caracteriza em relação a qualquer outra pessoa, individualizando-as, por isso, de forma idêntica à de um destinatário (acórdãos de 15 de julho de 1963, Plaumann/Comissão, 25/62, Colet., EU:C:1963:17, p. 284; de 9 de junho de 2011, Comitato «Venezia vuole vivere» e o./Comissão, C-71/09 P, C-73/09 P e C-76/09 P, Colet., EU:C:2011:368, n.º 52; e de 19 de dezembro de 2013, Telefónica/Comissão, C-274/12 P, Colet., EU:C:2013:852, n.º 46).

55 Assim, em princípio, uma empresa não pode impugnar uma decisão da Comissão que proíbe um regime de auxílios setorial se essa decisão apenas lhe disser respeito por pertencer ao setor em questão e pela sua qualidade de potencial beneficiário do referido regime. Com efeito, esta decisão apresenta-se, em relação a essa empresa, como uma medida de alcance geral que se aplica a situações determinadas objetivamente e que comporta efeitos jurídicos em relação a uma categoria de pessoas consideradas de modo geral e abstrato (v. acórdãos de 29 de abril de 2004, Itália/Comissão, C-298/00 P, Colet., EU:C:2004:240, n.º 37 e jurisprudência aí referida, e de 11 de junho de 2009, Acegas/Comissão, T-309/02, Colet., EU:T:2009:192, n.º 47 e jurisprudência aí referida). A esse respeito, a possibilidade de determinar, com maior ou menor grau de precisão, o número ou mesmo a identidade dos sujeitos a quem se aplica uma medida não implica de modo algum que se deva considerar que essa medida lhes diz individualmente respeito, quando essa aplicação seja feita devido a uma situação objetiva de direito ou de facto definida pelo ato em causa (acórdão Telefónica/Comissão, n.º 54, *supra*, EU:C:2013:852, n.º 47).

56 Em contrapartida, quando uma decisão afeta um grupo de pessoas que estavam identificadas ou eram identificáveis no momento em que esse ato foi adotado, em função de critérios próprios aos membros do grupo, o referido ato pode dizer individualmente respeito a essas pessoas, na medida em que fazem parte de um círculo restrito de operadores económicos (acórdãos de 17 de janeiro de 1985, Piraiki-Patraiki e o./Comissão, 11/82, Recueil, EU:C:1985:18, n.º 31; de 22 de junho de 2006, Bélgica e Forum 187/Comissão, C-182/03 e C-217/03, Colet., EU:C:2006:416, n.º 60; e Comissão/Koninklijke FrieslandCampina, n.º 52, *supra*, EU:C:2009:556, n.ºs 54 a 57).

57 É à luz desta jurisprudência que se deve verificar se, em face da sua situação factual e jurídica, se deve considerar que a decisão recorrida diz individualmente respeito à recorrente.

58 A título preliminar, contrariamente aos argumentos da recorrente, há que excluir a possibilidade de a qualidade de pessoa «interessada» na aceção do artigo 108.º, n.º 2, TFUE fazer a recorrente beneficiar de um estatuto particular capaz de caracterizar a sua afetação individual, tanto mais que não fez uso dos direitos processuais daí decorrentes, em particular o de apresentar observações no procedimento formal de investigação (v., neste sentido, acórdão de 13 de dezembro de 2005, Comissão/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum, C-78/03 P, Colet., EU:C:2005:761, n.º 37).

59 Quanto à afetação individual na aceção do acórdão Plaumann/Comissão, n.º 54, *supra* (EU:C:1963:17), refira-se que a situação factual e jurídica em que se encontra a recorrente é caracterizada pelos elementos seguintes.

60 Primeiro, no momento do encerramento do exercício fiscal de 2009 e, portanto, antes da abertura do procedimento pela Comissão, a recorrente dispunha de um direito de reportar os seus prejuízos ao abrigo da regulamentação alemã, pelo facto de estarem preenchidas as condições previstas na cláusula de reestruturação. Além disso, a recorrente tinha inscrito os reportes dos prejuízos existentes em 31 de dezembro de 2009 na sua contabilidade a título de impostos diferidos ativos.

61 Segundo, em 2009, a recorrente tinha realizado lucros tributáveis dos quais teria deduzido os prejuízos reportados ao abrigo da cláusula de reestruturação.

62 Estas circunstâncias tinham sido certificadas pela Administração Fiscal alemã através da informação vinculativa, que tinha em consideração os prejuízos reportados ao abrigo da cláusula de reestruturação (v. n.º 17, *supra*). Além disso, o facto de ter recebido essa informação vinculativa levou, consequentemente, à inscrição do nome da recorrente na lista comunicada pelas autoridades alemãs à Comissão por força do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), da decisão recorrida.

63 Assim, nos termos da regulamentação alemã, era certo que, no momento do encerramento do exercício fiscal de 2009, a recorrente teria realizado uma economia de imposto, que de resto podia quantificar com precisão. Com efeito, uma vez que as autoridades alemãs não dispunham de qualquer margem de apreciação quanto à aplicação da medida controvertida, a realização dessa economia de imposto, através do pagamento de um imposto reduzido, era apenas uma questão de tempo, devido às modalidades de aplicação do regime fiscal. A recorrente dispunha, portanto, de um direito adquirido, certificado pelas autoridades alemãs antes da adoção da decisão de abertura e, posteriormente, da decisão recorrida, à aplicação dessa economia de imposto, que, sem essas decisões, se teria concretizado pela emissão de um aviso de liquidação que autorizaria o reporte dos prejuízos e a sua consequente inscrição no balanço. Por isso, era facilmente identificável pelas autoridades fiscais alemãs e pela Comissão.

64 Consequentemente, a recorrente não pode ser unicamente considerada uma empresa à qual a decisão recorrida diz respeito pela sua pertença ao setor em causa e pela sua qualidade de beneficiário potencial, mas, pelo contrário, deve ser considerada parte de um círculo fechado de operadores económicos, que estavam identificados ou pelo menos eram facilmente identificáveis no momento da adoção da decisão recorrida, na aceção do acórdão Plaumann/Comissão, n.º 54, *supra* (EU:C:1963:17) (v., ainda, por analogia, acórdãos Bélgica e Forum 187/Comissão, n.º 56, *supra*, EU:C:2006:416, n.º 63; Comissão/Koninklijke FrieslandCampina, n.º 52, *supra*, EU:C:2009:556, n.º 57; Comitato «Venezia vuole vivere» e o./Comissão, n.º 54, *supra*, EU:C:2011:368, n.º 56; de 27 de fevereiro de 2014, Stichting Woonpunt e o./Comissão, C-132/12 P, Colet., EU:C:2014:100, n.ºs 59 a 61; e Stichting Woonlinie e o./Comissão, C-133/12 P, Colet., EU:C:2014:105, n.ºs 46 a 48).

65 Esta conclusão não é posta em causa pelo facto de, na sequência da decisão de abertura e, posteriormente, da decisão recorrida, as autoridades alemãs terem adotado medidas destinadas a deixar sem aplicação a cláusula de reestruturação, incluindo, nomeadamente, a anulação da informação vinculativa e a adoção de um aviso de liquidação relativo ao imposto sobre as sociedades pelo exercício de 2009 que não tinha em conta os prejuízos reportados ao abrigo da cláusula de reestruturação (v. n.º 19, *supra*).

66 Com efeito, as autoridades alemãs decidiram suspender a aplicação da cláusula de reestruturação, sem contudo a revogarem, e emitir um aviso de liquidação sem aplicar essa cláusula precisamente para dar cumprimento à decisão de abertura e à decisão recorrida. Assim, no âmbito do exame da admissibilidade do recurso destinado a pôr em causa a decisão recorrida, pela qual a Comissão concluiu que a medida controvertida constituía um auxílio de Estado e declarou a sua

incompatibilidade com o mercado interno, não pode aproveitar à Comissão o facto de as autoridades alemãs terem tomado imediatamente todas as medidas necessárias a garantir a conformidade com essa decisão até ser decidido um eventual recurso dela interposto.

67 Esta mesma conclusão também não pode ser posta em causa pela jurisprudência invocada pela Comissão nos seus articulados e na audiência, nomeadamente pelos acórdãos Telefónica/Comissão, n.º 54, *supra* (EU:C:2013:852), de 11 de junho de 2009, AMGA/Comissão (T-300/02, Colet., EU:T:2009:190), Acegas/Comissão, n.º 55, *supra* (EU:T:2009:192), e de 8 de março de 2012, Iberdrola/Comissão (T-221/10, Colet., EU:T:2012:112).

68 Com efeito, as circunstâncias de facto nesses processos não são comparáveis às que estão em causa na presente lide, na qual se verificou que, em razão das especificidades da lei fiscal alemã, a recorrente beneficiava de um direito adquirido a uma economia de imposto, certificado pelas autoridades fiscais alemãs (v. n.º 63, *supra*), circunstância essa que a diferenciava face a outros operadores a quem a só diz respeito como beneficiários potenciais da medida controvertida (v., neste sentido, acórdão Comissão/Koninklijke FrieslandCampina, n.º 52, *supra*, EU:C:2009:556, n.º 55).

69 A conclusão a que acima se chega no n.º 64 também não é posta em causa pelo argumento da Comissão de que só uma vantagem concedida por meio de recursos estatais poderia servir de base à afetação individual da recorrente e que só existe encargo financeiro do Estado no momento em que a redução de imposto tenha sido declarada pelo aviso de liquidação.

70 Com efeito, há que recordar que os elementos em que a jurisprudência baseia a afetação individual na aceção do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE (v. n.ºs 54 a 56, *supra*) não coincidem necessariamente com os elementos constitutivos de um auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE (v., por analogia, acórdão Comitato «Venezia vuole vivere» e o./Comissão, n.º 54, *supra*, EU:C:2011:368, n.ºs 56, 63 e 64). Na aceção do acórdão Plaumann/Comissão, n.º 54, *supra* (EU:C:1963:17, p. 284), uma decisão diz individualmente respeito a um sujeito que não seja o seu destinatário se o atingir em razão de certas qualidades particulares ou de uma situação de facto que o caracterize face a qualquer outra pessoa e que faça, portanto, parte de um círculo restrito de operadores económicos.

71 Ora, no caso, há que recordar que, de acordo com a regulamentação nacional, a recorrente dispunha, antes da adoção da decisão de abertura e, posteriormente, da decisão recorrida, de um direito adquirido, certificado pelas autoridades fiscais alemãs, a realizar uma economia de imposto pelo exercício fiscal de 2009. De resto, a própria Comissão precisou, no considerando 50 da decisão recorrida, que a mera possibilidade concedida pelo Governo alemão de certas empresas reduzirem a sua carga fiscal através de um reporte de prejuízos conduzia a uma perda de receitas públicas e constituía um auxílio de Estado.

72 Em face do exposto, há que concluir que, nas circunstâncias do caso, a decisão recorrida diz direta e individualmente respeito à recorrente.

73 A recorrente tem, portanto, legitimidade na aceção do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE.

Quanto ao interesse em agir

74 A Comissão alega que a recorrente não é o beneficiário de um auxílio e, portanto, não tem qualquer vantagem numa eventual anulação da decisão recorrida pelo Tribunal Geral. A República Federal da Alemanha não é obrigada, na sequência da adoção da decisão recorrida, a recuperar o auxílio da recorrente e, independentemente de uma eventual anulação da decisão recorrida, as autoridades alemãs poderiam a todo o tempo revogar integralmente a medida controvertida.

75 A recorrente, apoiada pela República Federal da Alemanha, contesta estes argumentos.

76 Resulta de jurisprudência constante que um recurso de anulação interposto por uma pessoa singular ou coletiva só é admissível na medida em que o recorrente tenha interesse na anulação do ato impugnado. Esse interesse pressupõe que a anulação desse ato possa, por si só, produzir consequências jurídicas e que, assim, o resultado do recurso possa proporcionar um benefício à parte que o interpôs (acórdãos Comissão/Koninklijke FrieslandCampina, n.º 52, *supra*, EU:C:2009:556, n.º 63; Stichting Woonpunt e o./Comissão, n.º 64, *supra*, EU:C:2014:100, n.ºs 50 a 54; e Stichting Woonlinie e o./Comissão, n.º 64, *supra*, EU:C:2014:105, n.º 54).

77 Sem prejuízo da diferente questão da perda do interesse em agir, os pressupostos de admissibilidade do recurso são apreciados no momento da interposição do recurso (v. acórdão de 21 de março de 2002, Shaw e Falla/Comissão, T-131/99, Colet., EU:T:2002:83, n.º 29 e jurisprudência aí referida).

78 No caso, a recorrente preenchia as condições para beneficiar da aplicação da cláusula de reestruturação e tinha adquirido uma vantagem resultante dessa cláusula, como acima resulta dos n.ºs 59 a 61.

79 Apesar de ter sido suspensa a aplicação da cláusula de reestruturação na sequência da adoção da decisão recorrida, nos termos do § 34, n.º 6, da KStG, no caso de anulação desta última, a cláusula de reestruturação seria novamente aplicável, com efeito retroativo, a todas as empresas cujo aviso de liquidação ainda não fosse definitivo, incluindo a recorrente, pelo que a anulação da decisão recorrida apresenta um benefício para ela, pois terá o direito de reivindicar a aplicação da cláusula de reestruturação, pelo menos no que respeita à tributação dos rendimentos de 2009.

80 Consequentemente, a recorrente tem interesse em agir contara a decisão recorrida.

81 O recurso é, portanto, admissível.

Quanto ao mérito

82 A recorrente invoca quatro fundamentos de recurso, relativos, o primeiro, à falta de caráter seletivo da medida controvertida, o segundo, à inexistência de utilização de recursos de Estado, o terceiro, à falta de fundamentação e, o quarto, à violação do princípio da proteção da confiança legítima.

83 O Tribunal Geral considera oportuno tratar primeiro o terceiro fundamento, relativo à falta de fundamentação, e, seguidamente, os outros fundamentos na ordem pela qual foram invocados.

Quanto ao terceiro fundamento, relativo à falta de fundamentação

84 Com o seu terceiro fundamento, a recorrente alega, em substância, que a Comissão não fundamentou de forma bastante o seu entendimento de que a regra da não dedução dos prejuízos constitui o sistema de referência e a cláusula de reestruturação a exceção a esse sistema. Em particular, no considerando 67 da decisão recorrida, a Comissão simplesmente remeteu para os fundamentos já invocados na decisão relativa à lei MoRaKG.

85 Entende também que a Comissão considerou erradamente que a subtração dos reportes de prejuízos estava limitada a um milhão de euros no total e ignorou igualmente vários factos. Em particular estão em causa as circunstâncias seguintes: a antiga regra da não dedução aplicar-se-ia paralelamente à regra da não dedução dos prejuízos até ao final de 2012; os prejuízos não utilizados só seriam anulados quando uma aquisição fosse realizada por uma pessoa ou por um grupo de pessoas ligadas entre si, num período de cinco anos; a cláusula de reestruturação aplica-se igualmente ao reporte dos juros e prevê três tipos de situações diferentes; a introdução retroativa da cláusula de reestruturação seria simplesmente destinada a corrigir o erro cometido pelos legislador ao considerar erradamente que o despacho de reestruturação podia compensar adequadamente a não dedução dos reportes de prejuízos.

86 Há que recordar que, segundo jurisprudência constante, o alcance do dever de fundamentação depende da natureza do ato em causa e do contexto em que foi praticado. A fundamentação deve deixar transparecer, de forma clara e inequívoca, a argumentação da instituição autora do ato, por forma a permitir, por um lado, ao juiz da União Europeia exercer a sua fiscalização da legalidade e, por outro, aos interessados conhecerem as razões da medida adotada, para poderem defender os seus direitos e verificarem o mérito da decisão. Não se exige que a fundamentação especifique todos os elementos de facto e de direito relevantes, na medida em que a questão de saber se a fundamentação de um ato preenche as condições do artigo 296.º TFUE deve ser apreciada à luz não só da sua redação mas também do seu contexto e de todas as normas jurídicas que regem a matéria em causa (v. acórdãos de 2 de abril de 1998, Comissão/Sytraval e Brink's France, C-367/95 P, Colet., EU:C:1998:154, n.º 63 e jurisprudência aí referida, e de 6 de março de 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen/Comissão, T-228/99 e T-233/99, Colet., EU:T:2003:57, n.ºs 278, 279 e jurisprudência aí referida). Em particular, a Comissão não tem de tomar posição sobre todos os argumentos que os interessados lhe apresentam. Basta-lhe expor os factos e as considerações jurídicas que revistam uma importância essencial na sistemática da decisão (v. acórdão Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen/Comissão, já referido, EU:T:2003:57, n.º 280 e jurisprudência aí referida).

87 Mais em particular, quanto à qualificação de uma medida de auxílio, o dever de fundamentação exige que se indiquem as razões pelas quais a Comissão considera que a medida em causa integra o âmbito de aplicação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE (acórdão de 13 de junho de 2000, EPAC/Comissão, T-204/97 e T-270/97, Colet., EU:T:2000:148, n.º 36).

88 Há que recordar ainda que o dever de fundamentação previsto no artigo 296.º TFUE constitui uma formalidade essencial que deve ser distinguida da questão da procedência da fundamentação, a qual faz parte da legalidade em sede de mérito do ato controvertido (v. acórdão de 18 de junho de 2015, Ipatau/Conselho, C-535/14 P, Colet., EU:C:2015:407, n.º 37 e jurisprudência aí referida).

89 Na decisão recorrida, a Comissão recorda antes de mais o contexto legal relevante. Em particular, o considerando 5 refere o princípio do reporte de prejuízos e os considerandos 10 e 14 reproduzem o conteúdo da regra da não dedução dos prejuízos e da cláusula de reestruturação.

90 A Comissão dedica, seguidamente, os considerandos 64 a 102 da decisão recorrida à apreciação do caráter seletivo da medida controvertida. Mais em particular, nos considerandos 66 e 67 da decisão recorrida, fornece uma definição do sistema de referência.

91 No considerando 66 da decisão recorrida, a Comissão explica que «o sistema de referência é o regime fiscal alemão aplicável ao rendimento das sociedades na sua forma presente, mais especificamente as regras relativas ao reporte de prejuízos para efeitos fiscais de empresas sujeitas à alteração da sua estrutura acionista, previstas no [§ 8c], n.º 1, da KStG». Prossegue, recordando o conteúdo dessa disposição e concluindo que «em caso de alteração da estrutura acionista da empresa, a regra geral, ou seja, o sistema de referência é a não dedução dos prejuízos».

92 No considerando 67 da decisão recorrida, a Comissão acrescenta que, no processo que foi objeto da decisão relativa à lei MoRaKG, a Comissão tinha considerado que o § 8c, n.º 1, da KStG constituía o sistema de referência aplicável, considerando que uma exceção ao artigo já referido que, a despeito de uma alteração da estrutura acionista, permitia às empresas adquiridas por sociedades de capital de risco reportar os prejuízos era incompatível com o mercado interno. Aí se esclarece que «[o] raciocínio desenvolvido nessa decisão aplica-se igualmente ao processo em apreço».

93 Há que observar que, nos considerandos da decisão recorrida acima referidos, a Comissão definiu claramente o sistema de referência que considera aplicável para se determinar a existência de uma vantagem seletiva, de acordo com o seu dever de fundamentação.

94 Em particular, teve em conta o princípio geral do reporte de prejuízos e o quadro legal relevante e explicou que entendia que a não dedução dos prejuízos constituía o sistema legal de referência no presente caso.

95 Neste contexto, não se pode deixar de observar que a referência à decisão relativa à lei MoRaKG, no considerando 67 da decisão recorrida, constitui uma explicação adicional que não era indispensável no que respeita à definição do sistema de referência.

96 Além disso, os alegados erros cometidos pela Comissão na análise do regime relevante (v. n.º 85, *supra*) não têm influência no caráter suficiente da fundamentação. Esses argumentos poderão, se for caso disso, pertencer ao mérito da decisão recorrida e serão analisados no âmbito desse fundamento (v. n.º 125, *infra*).

97 Por consequência, o terceiro fundamento do recurso deve ser julgado improcedente.

Quanto ao primeiro fundamento, relativo à falta de caráter seletivo *prima facie* da medida controvertida

98 O primeiro fundamento visa, em substância, as considerações da Comissão sobre o caráter seletivo da medida controvertida.

99 Neste contexto, a título preliminar, há que recordar que o artigo 107.º, n.º 1, TFUE proíbe os auxílios que «favore[çam] certas empresas ou certas produções», ou seja, os auxílios seletivos.

100 Segundo jurisprudência constante, a qualificação de uma medida fiscal nacional de «seletiva» pressupõe, num primeiro momento, a identificação e exame prévios do regime fiscal comum ou «normal» aplicável no Estado-Membro em causa. É face a esse regime fiscal comum ou «normal» que se deve, num segundo momento, apreciar e determinar o eventual caráter seletivo da vantagem concedida pela medida fiscal em causa, demonstrando que esta derroga o referido sistema comum, na medida em que introduz diferenciações entre operadores que, à luz do objetivo prosseguido por esse regime, estão numa situação factual e jurídica comparável (v., neste sentido, acórdãos de 8 de setembro de 2011, Paint Graphos e o., C-78/08 a C-80/08, Colet., EU:C:2011:550, n.ºs 50 e 54, e de 15 de novembro de 2011, Comissão e Espanha/Government of Gibraltar e Reino Unido, C-106/09 P e C-107/09 P, Colet., EU:C:2011:732, n.º 75). No termo das duas primeiras etapas do exame, uma medida pode ser qualificada de seletiva *prima facie*.

101 Contudo, não preenche essa condição de seletividade uma medida que, embora constitutiva de uma vantagem para um beneficiário, se justifique pela natureza ou pela estrutura geral do sistema em que se insere (v., neste sentido, acórdãos de 8 de novembro de 2001, Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, C-143/99, Colet., EU:C:2001:598, n.º 42, e Paint Graphos e o., n.º 100, *supra*, EU:C:2011:550, n.º 64). No termo dessa eventual terceira etapa do exame, uma medida é qualificada de seletiva.

102 Há que recordar que, para provar que a medida em causa é aplicada de forma seletiva a certas empresas ou a certas produções, cabe à Comissão demonstrar que esta introduz diferenciações entre empresas que, em face do objetivo prosseguido pelo regime em causa, estão numa situação factual e jurídica comparável, ao passo que cabe ao Estado-Membro que instituiu essa diferenciação entre empresas em matéria de encargos demonstrar que a mesma se justifica efetivamente pela natureza e pela estrutura do sistema em causa (v., neste sentido, acórdão de 8 de setembro de 2011, Comissão/Países Baixos, C-279/08 P, Colet., EU:C:2011:551, n.º 62 e jurisprudência aí referida).

103 É à luz desta análise em três etapas, conforme resulta da jurisprudência, que se deve analisar o primeiro fundamento apresentado pela recorrente.

– Quanto à primeira parte, relativa a um erro na definição do sistema de referência

104 Na decisão recorrida, para efeitos de apreciação do caráter seletivo da medida controvertida, a Comissão teve em conta, primeiro, a existência da regra, de aplicação geral, do reporte de prejuízos, segundo, a regra da não dedução dos prejuízos, que derroga a primeira nos casos de aquisições de participação prejudiciais, e, terceiro, a cláusula de reestruturação, que permite derrogar a segunda regra e aplicar a primeira regra em certas situações específicas.

105 A partir desses elementos, no considerando 66 da decisão recorrida, a Comissão concluiu que, no contexto do sistema fiscal alemão relativo ao imposto sobre as sociedades, a não dedução dos prejuízos constituía o sistema de referência, isto é, a regra geral aplicável em todos os casos de alteração da estrutura acionista, e que a cláusula de reestruturação constituía uma exceção a essa regra.

106 A recorrente, apoiada pela República Federal da Alemanha, alega que a Comissão cometeu um erro na determinação do sistema de referência para efeitos de apreciação do caráter seletivo da medida controvertida. Entende que a Comissão considerou erradamente que a regra da não dedução dos prejuízos constituía a regra geral e que a cláusula de reestruturação era uma exceção a essa regra.

107 Segundo a recorrente, o sistema de referência é constituído pela regra do reporte de prejuízos enquanto corolário do princípio constitucional da tributação em função da capacidade contributiva. Afirma que a regra da não dedução dos prejuízos constitui uma exceção a esse princípio e não pode ser considerada o sistema de referência, ao passo que a cláusula de reestruturação, que introduz uma exceção a essa exceção, se limita a restabelecer a regra geral, a saber, a regra do reporte de prejuízos, à semelhança de outras exceções, tais como a cláusula relativa aos grupos de empresas e a cláusula das reservas pendentes.

108 A Comissão alega, a título prévio, a inadmissibilidade da primeira parte do primeiro fundamento, na medida em que se baseia em factos novos não invocados no procedimento administrativo. Recorda ter definido a regra da não dedução dos prejuízos como a disposição de referência, na decisão de abertura e na decisão relativa à lei MoRaKG, sem que a recorrente, a República Federal da Alemanha ou outros terceiros interessados tivessem contestado essa definição no procedimento administrativo. Precisa igualmente que o direito fiscal nacional constitui, do ponto de vista do direito da União, um elemento de facto, do qual não tinha pleno conhecimento no momento da adoção da decisão recorrida e sobre o qual não tinha de investigar oficiosamente.

109 Quanto ao mérito, a Comissão contesta os argumentos da recorrente.

110 Consequentemente, improcede a exceção de inadmissibilidade suscitada pela Comissão. Com efeito, resulta da própria jurisprudência invocada pela Comissão em apoio do seu argumento que, na realidade, a apreciação da legalidade de uma decisão em função dos elementos de informação de que a Comissão dispõe no momento em que tomou a decisão pertence ao mérito e não à admissibilidade do fundamento em causa (v., neste sentido, acórdãos de 26 de setembro de 1996, França/Comissão, C-241/94, Colet., EU:C:1996:353, n.º 33; de 24 de setembro de 2002, Falck e Acciaierie di Bolzano/Comissão, C-74/00 P e C-75/00 P, Colet., EU:C:2002:524, n.º 168; de 14 de janeiro de 2004, Fleuren Compost/Comissão, T-109/01, Colet., EU:T:2004:4, n.º 49; de 6 de abril de 2006, Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke/Comissão, T-17/03, Colet., EU:T:2006:109, n.º 54; e de 7 de dezembro de 2010, Frucona Košice/Comissão, T-11/07, Colet., EU:T:2010:498, n.º 49).

111 Quanto ao mérito dos argumentos da recorrente, há que recordar que, na decisão recorrida, a Comissão definiu, em substância, a regra da não dedução dos prejuízos como a regra geral à luz da qual se devia analisar se as empresas em situação factual e jurídica comparável eram diferenciadas, ao passo que a recorrente remete para a regra mais geral do reporte de prejuízos, aplicável a toda a tributação.

112 A esse respeito, há que recordar, antes de mais, que a regra do reporte de prejuízos constitui uma faculdade de que beneficiam todas as sociedades na aplicação do imposto sobre as sociedades e, por outro lado, que a regra da não dedução dos prejuízos limita essa faculdade na aquisição de uma participação igual ou superior a 25% do capital e a suprime na aquisição de uma participação superior a 50% do capital. Esta última regra aplica-se, portanto, sistematicamente a todos os casos de alteração da estrutura acionista igual ou superior a 25% do capital, sem distinguir consoante a natureza ou as características das empresas em causa.

113 Seguidamente, a cláusula de reestruturação está redigida sob a forma de exceção à regra da não dedução dos prejuízos e só se aplica às situações, bem definidas, que estejam sujeitas a esta última regra.

114 Portanto, não se pode deixar de observar que a regra da não dedução dos prejuízos, à semelhança da regra do reporte de prejuízos, faz parte do quadro legislativo em que se insere a medida controvertida. Por outras palavras, o quadro legislativo relevante para o caso é constituído pela regra geral do reporte de prejuízos, conforme limitada pela regra da não dedução dos prejuízos, e é precisamente nesse quadro que há que verificar se a medida controvertida introduz diferenciações entre operadores que se encontram numa situação factual e jurídica comparável na aceção da jurisprudência acima referida no n.º 100, questão essa exposta no âmbito da segunda parte do primeiro fundamento.

115 Conclui-se, portanto, que a Comissão não cometeu qualquer erro quando, declarando embora a existência de uma regra mais geral, a saber, a do reporte de prejuízos, considerou que o quadro legislativo de referência instituído para apreciar o caráter seletivo da medida controvertida era constituído pela regra da não dedução dos prejuízos.

116 Esta conclusão não é posta em causa pelos argumentos específicos da recorrente.

117 Primeiro, na medida em que a recorrente tencionasse alegar falta de fundamentação, pelo facto de, em apoio da sua posição, a Comissão se ter limitado a referir a decisão relativa à lei MoRaKG, não se pode deixar de observar que essa alegação foi julgada improcedente no âmbito do terceiro fundamento, relativo à falta de fundamentação (v. n.os 84 a 97, *supra*). Por outro lado, o facto de as autoridades alemãs terem ou não admitido no procedimento administrativo que deu origem à decisão relativa à lei MoRaKG que a medida controvertida era seletiva é irrelevante para o presente caso, pois não tem qualquer efeito na apreciação, feita nos números anteriores, do quadro legislativo de referência conforme definido pela Comissão.

118 Segundo, o facto de o princípio do reporte de prejuízos fazer parte dos princípios fundamentais do direito fiscal alemão é igualmente irrelevante. Admitindo que a regra do reporte de prejuízos faça parte desses princípios fundamentais e que a não dedução dos prejuízos constitua uma exceção a essa regra, não deixa de ser verdade que esta faz parte do quadro legislativo de referência em que se insere a medida controvertida e à luz do qual se deve apreciar o seu caráter seletivo.

119 Terceiro, quanto ao argumento de que, por um lado, o direito ao reporte de prejuízos, enquanto aplicação de princípios fundamentais, só poderá ser restringido pelo legislador se existirem motivos sérios e, por outro, uma alteração de acionistas em nada afeta a tributação da sociedade, uma vez que a esfera dos acionistas e a esfera da sociedade são bem distintas, esse argumento não tem qualquer influência na definição do sistema de referência para efeitos de apreciação do caráter seletivo da medida controvertida. O que importa é que existe uma disposição derrogatória do princípio do reporte de prejuízos que, à semelhança desse princípio, faz parte do sistema de referência em que se insere a medida controvertida.

120 Quarto, o argumento de que a regra da não dedução dos prejuízos não levou a uma mudança de sistema e visa, como a regra anterior, prevenir o recurso abusivo ao reporte de prejuízos é igualmente irrelevante. Com efeito, o objetivo do combate aos abusos faz parte da questão de saber se a medida

controvertida introduz diferenciações entre operadores que se encontram numa situação factual e jurídica comparável, o que é o objeto da segunda parte do presente fundamento. Por outro lado, o facto de a Comissão ter ou não contestado a legalidade da antiga cláusula de reestruturação não tem qualquer relevância no que respeita à apreciação da nova cláusula.

121 Quinto, não se pode deixar de observar que a existência de outras derrogações à regra da não dedução dos prejuízos não basta, só por si, para demonstrar que esta não faz parte do sistema de referência relevante para efeitos de apreciação do caráter seletivo da medida controvertida.

122 Sexto, isto vale também para o argumento relativo às dúvidas dos tribunais nacionais quanto à constitucionalidade da regra da não dedução dos prejuízos. Isso não impede de concluir que, enquanto não for revogada, essa regra faz parte do sistema de referência.

123 Sétimo, a conclusão, acima referida no n.º 115, também não é posta em causa pelos argumentos apresentados pela recorrente na réplica e que pretendem demonstrar o caráter derrogatório da regra da não dedução dos prejuízos, a saber, o facto de essa regra se caracterizar por um grande número de elementos constitutivos que restringem o seu âmbito de aplicação e por consequências jurídicas matizadas e que necessitam de interpretação, e que esse caráter derrogatório é ainda confirmado pelo contexto e pela técnica legislativos.

124 Estes argumentos são irrelevantes na medida em que a qualificação dessa regra de exceção a uma norma jurídica superior não a impede de fazer parte do sistema de referência em que se insere a medida controvertida.

125 Por último, a afirmação errada, que consta do considerando 5 da decisão recorrida, de que o reporte de prejuízos era limitado a um montante total de um milhão de euros não teve repercussões na apreciação do caráter seletivo da medida controvertida. Isto vale também no que respeita ao erro cometido pela Comissão quando considerou que a antiga cláusula de não dedução de prejuízos tinha sido revogada com efeitos a 1 de janeiro de 2008, quando se aplicava pelo menos até 2012.

126 Em conclusão, a Comissão não cometeu qualquer erro na definição do sistema de referência.

127 Improcede, portanto, a primeira parte do primeiro fundamento.

– Quanto à segunda parte, relativa a um erro na apreciação da situação jurídica e factual das empresas que necessitam de reestruturação e à qualificação da cláusula de reestruturação de medida geral

128 Na decisão recorrida, a Comissão considerou que a regra da não dedução dos prejuízos tinha um âmbito de aplicação mais amplo do que a regra antiga (considerando 10), que a regra não previa na origem qualquer exceção (considerando 11) e que, como resulta da exposição de motivos da lei da reforma da fiscalidade das empresas de 2008 (v. n.º 6, *supra*), a regra tinha um duplo objetivo: por um lado, o de simplificar a regulamentação e, por outro, o de lutar de forma orientada contra os abusos (considerando 12). Salientou igualmente que a inexistência de uma exceção expressa que permita o reporte de prejuízos no caso de reestruturação era compensada pela possibilidade de as autoridades fiscais renunciarem de forma equitativa a créditos de impostos com base no despacho de reestruturação (considerando 12; v. n.º 7, *supra*).

129 A partir desses elementos, nos considerandos 68 a 79 da decisão recorrida, a Comissão, antes de mais, considerou que a finalidade do sistema de tributação das sociedades era gerar receitas destinadas ao orçamento e que a finalidade da regra da não dedução dos prejuízos era impedir que as empresas cuja estrutura acionista tivesse sido alterada reportassem os seus prejuízos. Seguidamente, considerou que, em face dessa finalidade, todas as empresas cuja estrutura acionista tivesse sido alterada em 25% ou mais do capital social se encontravam numa situação factual e jurídica comparável. Por último,

considerou que a cláusula de reestruturação fazia uma distinção no interior dessa categoria, entre as empresas que, apesar de realizarem prejuízos, continuavam sãs, por um lado, e as empresas que, segundo as condições fixadas na cláusula de reestruturação, eram insolventes estavam ou era provável que estivessem insolventes ou sobre-endividadas.

130 Em primeiro lugar, a recorrente alega que a cláusula de reestruturação não introduz qualquer distinção entre operadores económicos que se encontram numa situação factual e jurídica comparável, antes constitui uma medida geral de política fiscal que se integra na soberania fiscal dos Estados-Membros, que se aplica nas mesmas condições a todas as sociedades em risco iminente de processo de insolvência ou de sobre-endividamento, e que essa cláusula também não se integra no poder discricionário das autoridades administrativas.

131 Precisa que as empresas que necessitam de reestruturação e as empresas sãs não estão na mesma situação factual e jurídica. Entende que a regra da não dedução dos prejuízos exclui o reporte de prejuízos quando o novo acionista pode exercer uma influência determinante no futuro da sociedade e, portanto, tem, em princípio, total controlo da utilização dos prejuízos, ao passo que a cláusula de reestruturação, pelas suas condições estritas, se aplica numa situação em que o novo acionista não tem a possibilidade de controlar os prejuízos.

132 Em segundo lugar, a recorrente invoca um vício de fundamentação, por não ter a Comissão verificado se a cláusula de reestruturação constituía uma medida geral.

133 Tendo o sistema de referência sido identificado como constituído pela regra da não dedução dos prejuízos, há que verificar em primeiro lugar se, à luz do objetivo prosseguido pelo regime fiscal relevante, as empresas que beneficiam da cláusula de reestruturação se encontram numa situação factual e jurídica comparável à das outras empresas que estão sujeitas à regra da não dedução dos prejuízos, o que cabe à Comissão demonstrar, na aceção da jurisprudência acima referida no n.º 102.

134 Em substância, segundo a Comissão, uma vez que o objetivo do regime fiscal relevante para o caso é impedir que as empresas cuja estrutura acionista tenha sido alterada reportem os seus prejuízos, todas as empresas cuja estrutura acionista foi alterada se encontram numa situação factual e jurídica comparável, beneficiem ou não da cláusula de reestruturação. A medida controvertida é, portanto, seletiva *prima facie*, pois só beneficia as empresas que preencham as condições dessa cláusula.

135 Em contrapartida, uma vez que, segundo a recorrente, o objetivo do regime em causa é evitar os abusos dos reportes de prejuízos, só as empresas que preencham as condições da cláusula de reestruturação se encontram numa situação factual e jurídica comparável, pois não têm a possibilidade de abusar dos reportes de prejuízos.

136 Conforme acima referido no n.º 114, o quadro legislativo relevante para o caso é constituído pela regra geral do reporte de prejuízos, conforme limitada pela regra da não dedução dos prejuízos. Há que considerar, portanto, como resulta do considerando 71 da decisão recorrida, que a finalidade relevante do sistema fiscal de referência é impedir que as empresas cuja estrutura acionista tenha sido alterada reportem os seus prejuízos. Por outras palavras, a possibilidade de reportar prejuízos é restringida ou suprimida nos casos em que, na sequência de uma aquisição da participação igual ou superior a 25% das suas participações, a empresa que acumulou os prejuízos altera a sua estrutura acionista de forma substancial.

137 Daí resulta que todas as empresas cuja estrutura acionista tenha tido uma grande alteração como essa se encontram numa situação factual e jurídica comparável, independentemente da questão de saber se estão em situação de dificuldade ou não na aceção da cláusula de reestruturação.

138 Em contrapartida, a medida controvertida não se dirige a todas as empresas cuja estrutura acionista tenha sido alterada de forma substancial, antes se aplica a uma categoria bem determinada de empresas, a saber, às empresas que, segundo a redação da cláusula de reestruturação, no momento da aquisição estejam «ou é provável que esteja[m] insolvente[s] ou sobre-endividada[s]» (a seguir «empresas em dificuldade»).

139 Não se pode deixar de observar que esta categoria não abrange todas as empresas que se encontrem numa situação factual e jurídica comparável à luz do objetivo do regime fiscal em causa.

140 Mesmo admitindo, como alega a recorrente, que o objetivo relevante do sistema fiscal seja prevenir os abusos de reportes de prejuízos evitando a compra de «sociedades fantasma», não é menos certo que a medida controvertida só se aplica às empresas que preencham certas condições, nomeadamente as empresas em dificuldade.

141 Admitindo embora que, nas situações objeto da medida controvertida, não exista risco de abuso, de acordo com o objetivo em causa, não se pode deixar de observar que essa medida não permite o reporte de prejuízos por ocasião de uma grande alteração da estrutura acionista da sociedade em causa, quando essa alteração não diga respeito a empresas em dificuldade, mesmo se essa alteração da estrutura acionista não se destinar à aquisição de «sociedades fantasma» e não gera, portanto, o risco de abuso. O reporte de prejuízos é proibido mesmo que estejam preenchidas as outras condições da cláusula de reestruturação, nomeadamente relativas à manutenção das estruturas essenciais da sociedade, a saber, as condições que constam das alíneas c) a e) da cláusula de reestruturação. Por outras palavras, as condições que constam das alíneas a) e b) da cláusula de reestruturação não estão ligadas ao objetivo de prevenção de abusos. Assim, têm por efeito favorecer as empresas em dificuldade.

142 Há que concluir, portanto, que a Comissão não cometeu qualquer erro quando considerou que a medida controvertida introduzia diferenciações entre operadores que se encontravam, face ao objetivo do sistema fiscal, em situação factual e jurídica comparável, na aceção da jurisprudência acima referida no n.º 100.

143 Em segundo lugar, também não colhe o argumento da recorrente e da interveniente de que a medida controvertida é uma medida geral, na medida em que beneficia qualquer empresa em dificuldade.

144 Com efeito, por um lado, a questão de saber se a medida tem ou não caráter geral, no contexto do exame da seletividade de uma medida fiscal, assenta na questão de saber se, face ao regime fiscal comum ou normal, a medida em causa introduz diferenciações entre operadores que, face ao objetivo prosseguido por esse regime, estão numa situação factual e jurídica comparável. Ora, como referido nos números anteriores, na decisão recorrida, a Comissão considera acertadamente que a medida controvertida introduz uma distinção entre empresas, a saber, as empresas que preenchem as condições previstas na medida em causa e as outras empresas, que se encontram numa situação factual e jurídica comparável face ao objetivo prosseguido pelo regime em causa. Mesmo admitindo que esse objetivo, como alega a recorrente, fosse prevenir os abusos dos reportes de prejuízos, não se pode deixar de observar que a medida controvertida, isoladamente ou com as outras duas exceções acima referidas, não se dirige a todas as empresas objeto de uma aquisição de participação prejudicial que não geram esse risco de abuso.

145 Por outro lado, há que observar que, contrariamente aos argumentos da recorrente, a medida controvertida não é uma medida geral que seja potencialmente acessível a todas as empresas, na aceção do acórdão de 7 de novembro de 2014, Autogrill España/Comissão (T-219/10, Colet., pendente de recurso, EU:T:2014:939, n.os 44 e 45). Com efeito, a medida controvertida define o seu âmbito de aplicação *ratione personae*. Apenas se aplica a uma categoria de empresas que se encontrem numa situação específica, a saber, as empresas em dificuldade. É, por isso, seletiva *prima facie*.

146 Por outro lado, as diferenças invocadas pela recorrente entre as empresas que necessitam de uma reestruturação e as empresas sãs no que respeita ao acesso a capitais e a disponibilidade das reservas pendentes não são relevantes para o objetivo prosseguido pelo sistema fiscal, mesmo tendo em conta o objetivo de prevenir os abusos de reportes de prejuízos. Tais diferenças só seriam relevantes para o objetivo de favorecer a reestruturação das empresas que beneficiam da medida controvertida. Contudo, esse objetivo não é relevante para o caso, nem, de resto, a recorrente o alega.

147 Por último, quanto ao argumento de que a cláusula de reestruturação seria um mecanismo de aplicação automática e ao argumento de que os objetivos prosseguidos pela legislação em matéria de imposto sobre as sociedades não são unicamente de ordem fiscal, mas igualmente de ordem política, basta observar que esses argumentos são irrelevantes, pois, admitindo-os corretos, não podem afetar o caráter seletivo da medida controvertida.

148 Improcede, portanto, a segunda parte do primeiro fundamento.

– Quanto à terceira parte, relativa à justificação da medida controvertida pela natureza e pela estrutura do sistema fiscal alemão

149 Em primeiro lugar, a recorrente afirma que a cláusula de reestruturação, conjugada com a cláusula relativa aos grupos de empresas e com a cláusula sobre as reservas pendentes, contribui para a aplicação de princípios fundamentais inerentes ao sistema alemão em matéria de imposto sobre as sociedades, nomeadamente o princípio da subtração interperiódica dos prejuízos, que decorre dos princípios diretores da situação líquida objetiva e da tributação em função da capacidade contributiva, e ainda do princípio da separação, segundo o qual, no âmbito do sistema de referência aplicável no direito alemão em matéria de imposto sobre as sociedades, a tributação de uma sociedade não depende dos seus acionistas.

150 Em segundo lugar, a recorrente observa que a limitação da aplicação da cláusula de reestruturação às empresas que necessitam de uma reestruturação é igualmente justificada à luz do interesse fiscal, isto é, face ao objetivo, inerente ao direito fiscal, de coletar receitas destinadas a financiar as despesas do Estado. Com efeito, ao não colocar qualquer obstáculo fiscal às reestruturações, o legislador alemão permite às empresas que necessitem de uma reestruturação recuperar a sua situação económica, o que aumentaria os seus rendimentos fiscais futuros.

151 Em terceiro lugar, a recorrente alega que a restrição às empresas que necessitam de uma reestruturação assenta igualmente em diferenças objetivas entre, por um lado, as empresas sãs, que registam prejuízos de forma passageira e têm como obter capitais no mercado sem dependerem de uma alteração da estrutura acionista, e, por outro, as empresas que necessitam de uma reestruturação, que muitas vezes já não têm como recorrer a essa possibilidade. A República Federal da Alemanha acrescenta, por um lado, que, no caso de aquisição de participações para efeitos de reestruturação, o adquirente não tem o domínio dos prejuízos e, por outro, que as empresas que necessitam de uma reestruturação, visto não disporem de reservas pendentes, não podem beneficiar da cláusula relativa a essas reservas.

152 Há que recordar que, segundo a jurisprudência acima referida no n.º 101, não preenche a condição de seletividade uma medida que, introduzindo embora diferenciações entre operadores que se encontram numa situação factual e jurídica comparável face ao objetivo prosseguido pelo regime fiscal relevante, se justifica pela natureza ou pela estrutura geral do sistema em que se insere.

153 A esse respeito, há que fazer uma distinção entre, por um lado, os objetivos de um regime fiscal particular e que lhe são externos e, por outro, os mecanismos inerentes ao próprio sistema fiscal que são necessários à realização desses objetivos, uma vez que esses objetivos e mecanismos, enquanto princípios fundadores ou diretores do sistema fiscal em causa, podem sustentar essa justificação, o que

cabe ao Estado-Membro demonstrar (v. acórdãos Paint Graphos e o., n.º 100, *supra*, EU:C:2011:550, n.º 65 e jurisprudência aí referida, e de 7 de março de 2012, British Aggregates/Comissão, T-210/02 RENV, Colet., EU:T:2012:110, n.º 84 e jurisprudência aí referida). Consequentemente, as isenções fiscais que resultam de um objetivo alheio ao sistema de tributação em que se inserem não podem subtrair-se às exigências decorrentes do artigo 107.º, n.º 1, TFUE (acórdão Paint Graphos e o., n.º 100, *supra*, EU:C:2011:550, n.º 70).

154 Há que recordar igualmente que uma medida nacional só pode ser justificada pela natureza ou pela estrutura geral do sistema fiscal em causa se, por um lado, for coerente não só com as características inerentes ao sistema fiscal em causa mas também com a execução desse sistema e, por outro, estiver em conformidade com o princípio da proporcionalidade e não exceder os limites do necessário, no sentido de que o objetivo legítimo prosseguido não possa ser atingido por medidas de menor amplitude (v., neste sentido, acórdão Paint Graphos e o., n.º 100, *supra*, EU:C:2011:550, n.ºs 73 a 75).

155 Na decisão recorrida, a Comissão fez uma distinção entre, por um lado, o objetivo da regra da não dedução dos prejuízos, e, por outro, o objetivo da cláusula de reestruturação.

156 Quanto ao objetivo da regra da não dedução dos prejuízos, embora, no procedimento administrativo, as autoridades alemãs tenham invocado o objetivo de «excluir, por operações de Mantelkauf, as montagens abusivas destinadas as explorar os reportes de prejuízos» (considerando 85 da decisão recorrida), a Comissão considerou, como resulta das alterações introduzidas na antiga regra da não dedução dos prejuízos pela nova regra, que o objetivo era «financiar a redução da taxa dos impostos sobre as sociedades de 25% para 15%» (considerando 86 da decisão recorrida).

157 Em contrapartida, o objetivo da cláusula de reestruturação era, segundo a Comissão, lutar contra os problemas devidos à crise económica e financeira e ajudar as empresas em dificuldade no contexto dessa crise (considerandos 87 e 88 da decisão recorrida). Concluiu que o objetivo dessa cláusula era externo ao sistema fiscal (considerando 89 da decisão recorrida).

158 Há que observar que resulta claramente da redação da medida controvertida que o seu objetivo é favorecer a reestruturação das empresas em dificuldade. Se não fosse esse o caso, não se poderia explicar por que razão, entre as condições da sua aplicação, o § 8c, n.º 1a, alínea a), da KStG e o § 8c, n.º 1a, alínea b), da KStG (v. n.º 10, *supra*) exigem respetivamente, que a aquisição das participações se destine à reestruturação da sociedade e que, no momento da aquisição, a empresa esteja ou seja provável que venha a estar insolvente ou sobre-endividada. De resto, a própria recorrente reconhece que, através da medida controvertida, o legislador prosseguiu igualmente o objetivo de permitir a sociedades abaladas pela crise e em situação de insolvência voltarem a ficar sãs.

159 É evidente, pois, que o objetivo, ou pelo menos o objetivo principal, da medida controvertida é facilitar a reestruturação das empresas em dificuldade.

160 A esse respeito, há que observar que o objetivo acima referido não faz parte dos princípios fundadores ou diretores do sistema fiscal e não é, portanto, interno, mas sim externo a este (v., neste sentido e por analogia, acórdãos de 6 de setembro de 2006, Portugal/Comissão, C-88/03, Colet., EU:C:2006:511, n.º 82, e de 18 de julho de 2013, P, C-6/12, Colet., EU:C:2013:525, n.º 30), sem que seja necessário verificar se a medida controvertida é proporcionada ao objetivo prosseguido.

161 De qualquer forma, a medida controvertida também não é justificada à luz dos argumentos da recorrente e da interveniente.

162 Antes de mais, a medida não pode ser justificada ao abrigo do princípio da tributação segundo a capacidade contributiva.

163 Independentemente de essa justificação não resultar da exposição de motivos da lei em causa, parece ligar-se ao objetivo, específico da regra da não dedução dos prejuízos, de lutar contra os abusos em matéria de reportes de prejuízos. Em substância, segundo essa argumentação, uma vez que, por um lado, a regra da não dedução dos prejuízos visa prevenir os abusos e, por outro, no caso de reestruturação, não haveria abusos, daí resultaria que a aplicação da cláusula de reestruturação é justificada pela mesma lógica subjacente à aplicação da regra da não dedução dos prejuízos e se limitaria a restaurar a aplicação do princípio geral do reporte de prejuízos como expressão do princípio da tributação segundo a capacidade contributiva.

164 Contudo, admitindo que essa interpretação fosse correta, não se pode deixar de observar que a medida controvertida não se revela coerente com o objetivo prosseguido. Com efeito, conforme se explicou no âmbito do primeiro fundamento, a medida controvertida só se aplica às empresas em dificuldade. Nestas circunstâncias, não se vislumbra por que razão o princípio da tributação segundo a capacidade contributiva exigiria que uma empresa em dificuldade beneficiasse do reporte de prejuízos, quando esse reporte é recusado a uma empresa sã que realizou prejuízos e que preenche as outras condições previstas na cláusula de reestruturação.

165 Seguidamente, a medida controvertida também não é justificada, por um lado, por diferenças entre as aquisições de participação prejudiciais e as aquisições de participação para efeitos de reestruturação e, por outro, por diferenças objetivas entre contribuintes. Segundo a recorrente, apoiada pela República Federal da Alemanha, no caso de aquisição da participação para efeitos de reestruturação, o novo acionista não tem pleno domínio da utilização dos prejuízos. Além disso, as empresas que necessitam de uma reestruturação, ao invés das empresas sãs, não têm a possibilidade de se financiarem no mercado de capitais ou de encontrarem um adquirente. Também não têm a possibilidade de conservar os seus prejuízos ao abrigo da cláusula sobre as reservas pendentes.

166 A esse respeito, não se pode deixar de observar, por um lado, que o argumento de falta de domínio da utilização dos prejuízos não é coerente. Com efeito, outras empresas que não preenchem as condições da cláusula de reestruturação podem também ter dificuldades económicas e não ter a possibilidade de controlar a utilização dos prejuízos, não deixando de estar excluídas da aplicação da cláusula de reestruturação. Por outro lado, a diferença de situação entre empresas que necessitam de reestruturação e empresas sãs no que respeita ao acesso aos capitais e a disponibilidade das reservas pendentes é irrelevante para o presente caso. Como acertadamente refere a Comissão no considerando 91 da decisão recorrida, o eventual objetivo de favorecer o acesso das sociedades em dificuldade aos capitais não é inerente ao sistema fiscal.

167 Isto vale também para o argumento invocado pela recorrente, segundo o qual é do interesse da Administração Fiscal alemã permitir que as empresas que podem ser reestruturadas recuperem a sua situação económica, a fim de limitar o risco de se tornarem insolventes e aumentar a possibilidade de as autoridades fiscais obterem ou mesmo aumentarem os rendimentos fiscais.

168 Este argumento reproduz o argumento apresentado pela República Federal da Alemanha no procedimento administrativo e rejeitado pela Comissão nos considerandos 57 a 63 da decisão recorrida, segundo o qual a cláusula de reestruturação é compatível com o princípio dito «do credor privado em economia de mercado», na medida em que corresponde ao comportamento de um credor sensato com o qual o devedor tem uma relação contratual duradoura.

169 Contudo, não se pode deixar de observar que a vantagem em causa é concedida automaticamente e sem qualquer exame destinado a determinar concretamente, como faria um credor privado, por um lado, qual é o risco de o beneficiário já não poder prosseguir as suas atividades económicas e vir, portanto, a cessar todos os seus pagamentos aos seus credores e, por outro, em que medida esse beneficiário será capaz, uma vez reduzida a sua dívida fiscal, de exercer as suas atividades de forma rentável a fim de poder fazer face às suas obrigações futuras. Como acertadamente salienta a

Comissão no considerando 60 da decisão recorrida, a renúncia a um crédito fiscal sem qualquer apreciação sobre as perspetivas futuras do devedor e a importância estratégica deste último não está em concordância com um comportamento sensato.

170 Assim, há que concluir que nem a recorrente nem a República Federal da Alemanha apresentaram quaisquer elementos que permitam justificar a medida controvertida ao abrigo da jurisprudência acima referida nos n.os 152 a 154.

171 Em conclusão, improcede a terceira parte e com ela todo o primeiro fundamento.

Quanto ao segundo fundamento, relativo à inexistência de utilização de recursos de Estado

172 Com o seu segundo fundamento, a recorrente alega que a cláusula de reestruturação não consiste em conceder uma vantagem financeira a uma empresa, mas apenas em não a privar de uma situação financeira já existente. Visto que a manutenção dos reportes de prejuízos corresponde ao princípio do reporte ilimitado de prejuízos, assente no direito constitucional alemão, os reportes de prejuízos constituem, em princípio, ativos pertencentes às empresas sujeitas a imposto.

173 Consequentemente, em nenhum momento a República Federal da Alemanha dispôs de receitas fiscais provenientes de rendimentos positivos, correspondentes a prejuízos equivalentes provenientes do mesmo período de tributação ou de períodos de tributação anteriores.

174 Há que recordar que, no considerando 50 da decisão recorrida, a Comissão concluiu que a possibilidade que o Governo alemão deu a certas empresas de reduzirem a sua carga fiscal através de um reporte de prejuízos levava a uma perda de receitas públicas e constituía um auxílio de Estado.

175 Segundo jurisprudência constante, o conceito de auxílio é mais lato que o de subvenção, pois abrange não apenas prestações positivas, como as próprias subvenções, mas também as intervenções que, de formas diversas, aliviam os encargos que normalmente oneram o orçamento de uma empresa, e que, não sendo subvenções na aceção estrita da palavra, têm a mesma natureza e efeitos idênticos (acórdão Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, n.º 101, *supra*, EU:C:2001:598, n.º 38; v., igualmente, acórdão Paint Graphos e o., n.º 100, *supra*, EU:C:2011:550, n.º 45 e jurisprudência aí referida).

176 Daí resulta que uma medida através da qual as autoridades públicas atribuem a certas empresas isenções fiscais que, não implicando embora transferência de recursos de Estado, colocam os beneficiários numa situação financeira mais favorável que a dos outros contribuintes constitui um auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE. Em contrapartida, as vantagens que resultem de uma medida geral indistintamente aplicável a todos os operadores económicos não constituem auxílios de Estado na aceção do artigo 107.º TFUE (v. acórdão Comissão e Espanha/Government of Gibraltar e Reino Unido, n.º 100, *supra*, EU:C:2011:732, n.os 72, 73 e jurisprudência aí referida).

177 No caso, há que observar que a vantagem dada às empresas abrangidas pela cláusula de reestruturação tem a sua origem na renúncia de um Estado-Membro às receitas fiscais que teria normalmente recebido, na medida em que foi essa renúncia que deu aos beneficiários a possibilidade de adquirirem participações prejudiciais em condições fiscalmente mais vantajosas (v., neste sentido, acórdão de 19 de setembro de 2000, Alemanha/Comissão, C-156/98, Colet., EU:C:2000:467, n.º 26).

178 Há que rejeitar igualmente o argumento da recorrente de que, em substância, uma vez que a manutenção dos reportes de prejuízos corresponde ao princípio constitucional do reporte ilimitado de prejuízos, as receitas que não são cobradas, devido à aplicação da regra do reporte de prejuízos, constituem ativos que nunca pertenceram ao Estado.

179 Há que recordar, a esse respeito, a jurisprudência constante segundo a qual o artigo 107.º, n.º 1, TFUE não distingue consoante as causas ou os objetivos das intervenções estatais, antes as define em função dos seus efeitos (v., neste sentido, acórdão Comissão e Espanha/Government of Gibraltar e Reino Unido, n.º 100, *supra*, EU:C:2011:732, n.º 87 e jurisprudência aí referida).

180 Com efeito, como referido na apreciação do caráter seletivo da medida controvertida, a Comissão considerou acertadamente que a regra da não dedução dos prejuízos fazia parte do sistema de referência. Essa regra faz parte integrante da legislação da República Federal da Alemanha e está, portanto, sujeita a uma presunção de legalidade. Por força dessa regra, os recursos fiscais recebidos por causa da não aplicação da regra do reporte de prejuízos são recursos destinados, em princípio, ao Orçamento de Estado.

181 Por outro lado, no momento da sua introdução, a regra da não dedução dos prejuízos não previa nenhuma exceção. A cláusula de reestruturação e as outras exceções à regra da não dedução dos prejuízos foram introduzidas posteriormente a esta, mesmo embora a cláusula de reestruturação seja aplicável retroativamente à própria data de entrada em vigor da regra da não dedução dos prejuízos. Isso revela que a legalidade constitucional da introdução da regra da não dedução dos prejuízos não estava sujeita, segundo o legislador alemão, à presença de qualquer exceção.

182 De qualquer forma, mesmo que a legalidade da regra da não dedução de prejuízos fosse posta em causa, o próprio facto de essa regra ter sido aplicada durante um certo período bastaria para demonstrar o envolvimento de recursos de Estado devido à aplicação da cláusula de reestruturação durante o mesmo período. Com efeito, o conceito de auxílio de Estado é um conceito objetivo que deve ser analisado à luz dos efeitos anticoncorrenciais causados pela medida de auxílio em causa, e não à luz de outros elementos como a legalidade da medida pela qual o auxílio é concedido (v., neste sentido, acórdãos de 22 de dezembro de 2008, British Aggregates/Comissão, C-487/06 P, Colet., EU:C:2008:757, n.º 85 e jurisprudência aí referida, e de 7 de outubro de 2010, DHL Aviation e DHL Hub Leipzig/Comissão, T-452/08, EU:T:2010:427, n.º 40).

183 Conclui-se, portanto, que, ao considerar na decisão recorrida que a medida controvertida era concedida por meio de recursos de Estado por ser suscetível de levar a uma diminuição das receitas fiscais, a Comissão não cometeu qualquer erro de direito.

184 Improcede, portanto, o segundo fundamento.

Quanto ao quarto fundamento, relativo à violação do princípio da proteção da confiança legítima

185 Com o seu quarto fundamento, a recorrente invoca, em substância, a existência de uma confiança legítima baseada, por um lado, na informação vinculativa recebida da Administração Fiscal nacional e, por outro, na dificuldade ou mesmo impossibilidade, nas circunstâncias do caso, de identificar a cláusula de reestruturação como um auxílio de Estado e verificar se o procedimento previsto no artigo 108.º TFUE tinha sido respeitado ou deveria ter sido seguido, dificuldade essa aumentada pela existência noutros Estados-Membros de disposições semelhantes que não tinham sido notificadas ou contestadas sob o ângulo do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

186 Nos termos do artigo 14.º, n.º 1, segundo período, do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo 93.º [CE] (JO L 83, p. 1), a Comissão não deve exigir a recuperação do auxílio se tal for contrário a um princípio geral de direito da União.

187 De acordo com jurisprudência constante, o direito de invocar o princípio da proteção da confiança legítima aplica-se a qualquer indivíduo numa situação em que uma instituição da União, ao prestar a essa pessoa garantias precisas, a levou a assumir expectativas devidamente fundadas. Tais garantias são

constituídas, independentemente da forma em que são comunicadas, por informações precisas, incondicionais e concordantes (v. acórdão de 16 de dezembro de 2010, Kahla Thüringen Porzellan/Comissão, C-537/08 P, Colet., EU:C:2010:769, n.º 63 e jurisprudência aí referida).

188 Há que recordar também que, segundo jurisprudência constante, as empresas beneficiárias de um auxílio só podem ter confiança legítima na regularidade do auxílio se este tiver sido concedido no respeito do procedimento previsto no Tratado FUE. Com efeito, um operador económico diligente deve normalmente estar em condições de se assegurar de que esse processo foi respeitado (v. acórdão de 20 de março de 1997, Alcan Deutschland, C-24/95, Colet., EU:C:1997:163, n.º 25 e jurisprudência aí referida).

189 No caso, não se pode deixar de observar, antes de mais, que, visto a medida não ter sido notificada à Comissão nos termos do artigo 108.º, n.º 3, TFUE, as dúvidas ou as dificuldades de interpretação sobre a natureza de auxílio de Estado da medida controvertida não podem, só por si, justificar uma confiança legítima da recorrente.

190 Seguidamente, na medida em que a recorrente baseia a sua confiança legítima na informação vinculativa, há que recordar que é certo que não pode ser excluída a possibilidade de o beneficiário de um auxílio ilegal invocar circunstâncias excecionais que possam legitimamente ter fundado a sua confiança no caráter regular desse auxílio e de se opor, por consequência, ao seu reembolso. Contudo, cabe a esse beneficiário invocar essas circunstâncias junto das autoridades nacionais ou do julgador nacional, impugnado a decisão nacional de recuperação pela qual essas autoridades transpõem a decisão da Comissão. Nesse contexto, compete ao julgador nacional a quem eventualmente seja submetida a questão apreciar, sendo caso disso após ter colocado ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais de interpretação, as circunstâncias em causa (v., neste sentido, acórdãos de 7 de março de 2002, Itália/Comissão, C-310/99, Colet., EU:C:2002:143, n.º 103; de 27 de janeiro de 1998, Ladbroke Racing/Comissão, T-67/94, Colet., EU:T:1998:7, n.ºs 182 e 183; e Fleuren Compost/Comissão, n.º 110, *supra*, EU:T:2004:4, n.ºs 136 e 137). Assim, de acordo com essa jurisprudência, a recorrente não pode invocar a existência de uma informação vinculativa, alegando que a decisão recorrida vai contra o princípio da proteção da confiança legítima (v., neste sentido, acórdão de 16 de julho de 2014, Zweckverband Tierkörperbeseitigung/Comissão, T-309/12, EU:T:2014:676, n.º 237).

191 Há que recordar igualmente que o comportamento de uma autoridade nacional encarregada de aplicar o direito da União e que esteja em contradição com ele não pode servir de base para um operador económico ter uma confiança legítima em que beneficiará de um tratamento contrário ao direito da União (v. acórdão de 4 de outubro de 2007, Comissão/Itália, C-217/06, EU:C:2007:580, n.º 23 e jurisprudência aí referida) e que, com efeito, a obrigação de o beneficiário se assegurar de que o procedimento previsto no artigo 108.º, n.º 3, TFUE foi respeitado não pode depender do comportamento da autoridade estatal, mesmo que esta seja de tal modo responsável pela ilegalidade da decisão que a sua revogação se apresente como contrária à boa-fé (v., neste sentido, acórdão Alcan Deutschland, n.º 188, *supra*, EU:C:1997:163, n.º 41).

192 Por último, a recorrente não pode invocar a existência de medidas alegadamente semelhantes noutros Estados-Membros. Não se pode deixar de observar, antes de mais, que são medidas que se situam em quadros legislativos diferentes, seguidamente, que nenhum elemento nos autos permite afirmar que a Comissão teria dado garantias a respeito da legalidade dessas medidas na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE e, por último, que essa circunstância não pode validamente ser invocada pela recorrente, uma vez que, de qualquer forma, o princípio da igualdade de tratamento deve ser conciliado com o princípio da legalidade, segundo o qual ninguém pode invocar a seu favor uma ilegalidade cometida a favor de outrem (acórdãos de 14 de maio de 1998, SCA Holding/Comissão, T-327/94, Colet., EU:T:1998:96, n.º 160; Mayr-Melnhof/Comissão, T-347/94, Colet., EU:T:1998:101, n.º 334; e de 20 de março de 2002, LR AF 1998/Comissão, T-23/99, Colet., EU:T:2002:75, n.º 367).

193 Isto vale também para a referência à antiga regra da não dedução dos prejuízos, que era um regime diferente e que nunca foi submetida ao controlo da Comissão, sob o ângulo do respeito das regras do Tratado relativas aos auxílios de Estado.

194 Improcede, portanto o quarto fundamento, negando-se, por consequência, integralmente provimento ao recurso.

Quanto às despesas

195 Por força do disposto no artigo 134.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Contudo, nos termos do artigo 134.º, n.º 3, do mesmo regulamento, se as partes obtiverem vencimento parcial e tal se afigurar justificado tendo em conta as circunstâncias do caso, o Tribunal pode decidir que, além das suas próprias despesas, uma parte suporte uma fração das despesas da outra parte.

196 No caso, há que observar que, por um lado, improcede a exceção de inadmissibilidade suscitada pela Comissão ao abrigo do artigo 114.º do Regulamento de Processo de 2 de maio de 1991 e, por outro, improcede integralmente o recurso.

197 Em face destas circunstâncias, há que condenar a recorrente a suportar, para além das suas próprias despesas, dois terços das despesas da Comissão, condenando-se esta última em um terço das suas próprias despesas.

198 Por força do artigo 138.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, os Estados-Membros que intervenham no processo suportam as respetivas despesas. Por consequência, a República Federal da Alemanha suportará as suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Nona Secção)

decide:

1) É julgada improcedente a exceção de inadmissibilidade.

2) É negado provimento ao recurso.

3) A GFKL Financial Services AG suportará as suas próprias despesas e dois terços das despesas da Comissão Europeia. A Comissão suportará um terço das suas próprias despesas.

4) A República Federal da Alemanha suportará as suas próprias despesas.

Berardis Czúcz Popescu

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 4 de fevereiro de 2016.

Assinaturas

Índice

Quadro jurídico nacional 2

Regra do reporte de prejuízos 2

Regra da não dedução dos prejuízos 2

Cláusula de reestruturação 3

Cláusulas sobre as reservas pendentes e sobre os grupos de empresas 4

Factos na origem do litígio 4

Procedimento administrativo 5

Decisão recorrida 5

Tramitação do processo e pedidos das partes 7

Questão de direito 8

Quanto à admissibilidade do recurso 8

Quanto à legitimidade na aceção do artigo 236.º, quarto parágrafo, TFUE 8

Quanto ao interesse em agir 11

Quanto ao mérito 12

Quanto ao terceiro fundamento, relativo à falta de fundamentação 12

Quanto ao primeiro fundamento, relativo à falta de caráter seletivo prima facie da medida controvertida 14

— Quanto à primeira parte, relativa a um erro na definição do sistema de referência 15

— Quanto à segunda parte, relativa a um erro na apreciação da situação jurídica e factual das empresas que necessitam de reestruturação e à qualificação da cláusula de reestruturação de medida geral 17

— Quanto à terceira parte, relativa à justificação da medida controvertida pela natureza e pela estrutura do sistema fiscal alemão 20

Quanto ao segundo fundamento, relativo à inexistência de utilização de recursos de Estado 23

Quanto ao quarto fundamento, relativo à violação do princípio da proteção da confiança legítima 24

Quanto às despesas 26