Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
GIOVANNI PITRUZZELLA
apresentadas em 15 de outubro de 2020[1]

Processo C-362/19 P

Comissão Europeia
contra

Fútbol Club Barcelona

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Auxílios estatais — Auxílio concedido a determinados clubes de futebol profissional — Artigo 107.º, n.º 1, TFUE — Conceito de "vantagem" — Regime de auxílios — Taxa preferencial de imposto aplicada aos clubes autorizados a recorrer ao estatuto de entidade sem fins lucrativos — Dedução fiscal menos vantajosa — Incidência»

1. O presente processo diz respeito a um recurso interposto pela Comissão Europeia, a qual pede ao Tribunal de Justiça a anulação do Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, Fútbol Club Barcelona/Comissão (T-865/16, EU:T:2019:113), pelo qual o Tribunal Geral da União Europeia anulou, em sede de recurso interposto pelo Fútbol Club Barcelona (a seguir «FC Barcelona»), a Decisão (UE) 2016/2391, de 4 de julho de 2016, relativa ao auxílio estatal SA.29769 (2013/C) (ex 2013/NN) concedido por Espanha a determinados clubes de futebol[2] (a seguir «decisão controvertida»).

2. No acórdão recorrido, o Tribunal Geral censurou, em substância, a Comissão por não ter examinado suficientemente, no âmbito da análise do regime fiscal aplicável aos clubes de futebol que aquela considerava serem beneficiários de um auxílio estatal, a importância da dedução para reinvestimento de lucros excecionais prevista por esse regime, para efeitos da determinação da existência de uma vantagem na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE. O Tribunal Geral criticou igualmente a Comissão por não ter pedido informações suficientes a esse respeito durante o procedimento de investigação.

3. O presente processo permite ao Tribunal de Justiça prestar esclarecimentos sobre o tipo de análise que a Comissão deve efetuar e sobre os fatores que deve considerar para determinar a existência de uma vantagem na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, nomeadamente no caso de regimes fiscais derrogatórios que preveem uma taxa preferencial de imposto para as entidades sujeitas a esse regime.

I. Factos na origem do litígio

4. A Ley 10/1990 del Deporte (Lei 10/1990, relativa ao desporto), de 15 de outubro de 1990[3] (a seguir «Lei 10/1990»), obrigou todos os clubes desportivos profissionais espanhóis a converterem-se em sociedades anónimas desportivas (a seguir «SAD»). O objetivo da lei era incentivar uma gestão mais responsável das atividades dos clubes, adaptando a sua forma jurídica.

1 Língua original: italiano.

2 JO 2016, L 357, p. 1.

3 BOE n.º 249, de 17 de outubro de 1990, p. 30397.

5. Na sua sétima disposição adicional, a Lei 10/1990 previa, contudo, uma exceção em relação aos clubes desportivos profissionais que tivessem obtido um resultado positivo nos exercícios fiscais anteriores à adoção da lei. Essa exceção previa para os referidos clubes a opção de continuarem a operar sob a forma de clubes desportivos. Os únicos clubes de futebol profissional que integram o âmbito de aplicação dessa exceção são o FC Barcelona e três outros clubes (o Clube Atlético Osasuna, o Athletic Club e o Real Madrid Club de Fútbol, a seguir «Real Madrid»), tendo todos exercido essa opção.

6. Contrariamente às SAD, os clubes desportivos são pessoas coletivas sem fins lucrativos, que, como tal, beneficiam de uma taxa específica de tributação dos rendimentos. Até 2016, essa taxa era inferior à taxa aplicável às SAD.

7. Por carta de 18 de dezembro de 2013, a Comissão Europeia notificou ao Reino de Espanha a sua decisão de dar início ao procedimento previsto no artigo 108.º, n.º 2, TFUE, relativamente à possibilidade de existência de um tratamento fiscal preferencial concedido aos clubes de futebol profissional sujeitos ao regime fiscal das entidades sem fins lucrativos em relação ao das [entidades] sujeitas ao regime das SAD.

8. Através da decisão controvertida, a Comissão concluiu que, com a Lei 10/1990, o Reino de Espanha estabeleceu ilegalmente um auxílio sob a forma de um privilégio fiscal em matéria de imposto sobre as sociedades, em benefício de alguns clubes de futebol, em particular do FC Barcelona, do Club Atlético Osasuna, do Athletic Club e do Real Madrid, em violação do artigo 108.º, n.º 3, TFUE[4]. Além disso, concluiu que esse regime não era compatível com o mercado interno e intimou, em consequência, o Reino de Espanha a suprimi-lo e a recuperar junto dos beneficiários a diferença entre o imposto sobre as sociedades pago e o imposto sobre as sociedades a que estariam sujeitos se tivessem a forma jurídica de SAD, a partir do exercício fiscal de 2000, reservando, em particular, a hipótese de o auxílio ser um auxílio de *minimis*[5].

II. Processo no Tribunal Geral e acórdão recorrido

9. Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 7 de dezembro de 2016, o FC Barcelona interpôs recurso de anulação da decisão controvertida, no qual invocou cinco fundamentos.

10. No acórdão recorrido, o Tribunal Geral, após ter julgado improcedente o primeiro fundamento invocado pelo FC Barcelona[6], julgou procedente o segundo fundamento, relativo, por um lado, a um erro de apreciação em violação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE quanto à existência, no caso em apreço, de uma vantagem e, por outro, a uma violação do princípio da boa administração aquando da apreciação da existência da referida vantagem.

11. A esse respeito, o Tribunal Geral considerou, antes de mais, que, para apreciar se a medida introduzida com a Lei 10/1990 era suscetível de conferir uma vantagem, os diferentes componentes do regime fiscal das entidades sem fins lucrativos deviam ser apreciados em conjunto, na medida em que constituem um *todo indissociável* que a Lei 10/1990 apenas alterou no que respeita ao seu âmbito de aplicação pessoal[7].

4 Artigo 1.º da decisão controvertida.

5 V. artigo 2.º e artigo 4.º, n.ºs 1 e 4, da decisão controvertida.

6 O primeiro fundamento invocado pelo FC Barcelona era relativo à violação do artigo 49.º TFUE, conjugado com os artigos 107.º e 108.º TFUE, bem como do artigo 16.º da Carta dos Direitos Fundamentais. V. n.ºs 25 a 37 do acórdão recorrido.

7 V. n.º 53 do acórdão recorrido.

12. Assim, o Tribunal Geral considerou que era necessário examinar se a Comissão fez prova bastante, na decisão controvertida, de que o regime fiscal das entidades sem fins lucrativos, considerado no seu todo, era suscetível de colocar os seus beneficiários numa situação mais vantajosa que se tivessem tido que operar sob a forma de SAD [8].

13. O Tribunal Geral constatou, antes de mais, que, durante o período em causa, foi efetivamente aplicada aos quatro clubes beneficiários do regime controvertido uma taxa nominal de imposto preferencial em relação aos clubes que operam sob a forma de SAD [9]. Todavia, o Tribunal Geral salientou igualmente que, durante o procedimento administrativo, o Real Madrid evidenciou que a dedução fiscal para reinvestimento de lucros excecionais era mais elevada para as SAD do que para as entidades sem fins lucrativos e que, consoante as circunstâncias, essa dedução podia ser muito significativa [10].

14. O Tribunal Geral salientou que, na decisão controvertida, a Comissão excluiu que a vantagem relativa decorrente do limite máximo de deduções fiscais aplicável às SAD pudesse compensar a taxa preferencial de imposto de que beneficiavam as entidades sem fins lucrativos, pelo facto, por um lado, de não ter sido provado que esse sistema de deduções fiscais «fosse, por princípio e a longo prazo, mais vantajoso» e, por outro, de a dedução fiscal apenas ser «concedid[a] sob determinadas condições que não se aplicam de forma contínua» [11].

15. Nesse contexto, o Tribunal Geral considerou que a Comissão, sobre a qual recaía o ónus da prova da existência de uma vantagem decorrente do regime fiscal das entidades sem fins lucrativos, cujos diversos componentes não podem, neste caso, ser dissociados, não podia concluir pela existência dessa vantagem sem demonstrar que a limitação das deduções fiscais a um nível menos vantajoso para as entidades sem fins lucrativos do que para as SAD não compensava a vantagem decorrente da taxa nominal de imposto inferior [12]. A esse respeito, o Tribunal Geral salientou que a Comissão podia pedir, dentro dos limites das suas obrigações de investigação no âmbito do procedimento administrativo, os elementos de informação que se revelassem pertinentes para a apreciação a efetuar para o efeito [13].

16. Quanto à constatação do caráter condicional do benefício da dedução fiscal, o Tribunal Geral considerou que não bastava para concluir pela existência de uma vantagem. A esse respeito, salientou, por um lado, que uma dedução fiscal é, em si, suscetível de constituir um auxílio, o que justifica, apesar do seu caráter condicional, que seja tida em conta no âmbito do exame da existência de uma vantagem. Por outro lado, salientou que, ao não existir, na decisão controvertida, uma análise das possibilidades de reporte das deduções fiscais, faltava nessa decisão a apreciação do eventual diferimento no tempo dos efeitos desse mecanismo fiscal, suscetível de compensar o caráter pretensamente não «continuado» assinalado pela Comissão [14].

17. Atendendo ao exposto, o Tribunal Geral concluiu que a Comissão não cumpriu, de forma bastante, o ónus de provar que a medida controvertida conferia uma vantagem aos seus beneficiários.

18. Por conseguinte, o Tribunal Geral anulou a decisão controvertida sem examinar os outros argumentos e fundamentos de recurso invocados pelo FC Barcelona.

8 N.º 54 do acórdão recorrido.

9 N.º 55 do acórdão recorrido.

10 N.º 57 do acórdão recorrido.

11 N.º 58 do acórdão recorrido com referência ao n.º 68 da decisão controvertida.

12 N.º 59 do acórdão recorrido.

13 *Ibidem.*

14 N.º 60 do acórdão recorrido.

III. Conclusões das partes

19. Com o presente recurso, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que anule o acórdão recorrido, remeta o processo ao Tribunal Geral da União Europeia e reserve para final a decisão quanto às despesas.

20. O FC Barcelona e o Reino de Espanha pedem ao Tribunal de Justiça que negue provimento ao recurso da Comissão e a condene nas despesas do processo.

IV. Análise do recurso

A. Resumo dos argumentos das partes

21. No seu recurso, a Comissão invoca um único fundamento, relativo à violação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE. Esse fundamento único divide-se em duas partes.

22. Na primeira parte, a Comissão alega que o Tribunal Geral cometeu erros de direito na apreciação da análise que deve efetuar para determinar se um regime fiscal concede uma vantagem aos seus beneficiários. A Comissão critica o Tribunal Geral por ter considerado necessária não só a análise dos critérios do regime fiscal em causa (como uma taxa preferencial de tributação) que são suscetíveis de colocar o beneficiário da medida numa situação mais favorável em comparação com a das outras empresas sujeitas ao regime geral, mas também a análise de elementos desfavoráveis desse regime que dependem de circunstâncias que lhe são externas e que são suscetíveis de mudar em cada exercício fiscal (como a dedução fiscal para reinvestimento de lucros excecionais, que depende de decisões de investimento tomadas pelas empresas beneficiárias), e isto mesmo que esses elementos desfavoráveis tenham natureza aleatória, sejam incapazes de neutralizar sistematicamente a vantagem e não possam ser previstos numa análise *ex ante* do regime fiscal em causa.

23. Em primeiro lugar, a Comissão alega que, contrariamente ao que afirma o Tribunal Geral [15], a decisão controvertida analisou apenas um regime de auxílios e não igualmente auxílios individuais. Segundo a Comissão, o Tribunal Geral interpretou erradamente tanto a decisão controvertida como o artigo 1.º, alínea d), do Regulamento 2015/1589 [16]. Por conseguinte, segundo a jurisprudência, a Comissão podia limitar-se a analisar as características gerais do regime fiscal para demonstrar que os critérios constitutivos de um auxílio de Estado se verificam e não estava obrigada a examinar a materialização efetiva do auxílio em causa para cada clube beneficiário. Essa materialização concreta devia ser determinada no momento da recuperação.

24. Em segundo lugar, a Comissão alega que resulta da jurisprudência que, quando analisa uma medida nacional suscetível de constituir um auxílio estatal, deve colocar-se no momento da adoção do regime fiscal examinado e proceder a uma apreciação *ex ante* para determinar se esse regime é suscetível de conceder uma vantagem. Assim, para efeitos da determinação da existência de um auxílio estatal, uma medida executada na falta de notificação prévia não pode ser tratada de forma mais favorável em relação a uma medida notificada.

25. Daqui resulta que o elemento determinante para a análise do critério da existência de uma vantagem é constituído pela capacidade da medida para conceder uma vantagem. Por conseguinte, o facto de se poder demonstrar, com base em elementos posteriores, que, num determinado número de casos, a vantagem não se materializou não pode ser determinante para efeitos da apreciação da

15 V. n.º 69, *in fine*, do acórdão recorrido.

16 Regulamento (UE) 2015/1589 do Conselho, de 13 de julho de 2015, que estabelece as regras de execução do artigo 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (JO 2015, L 248, p. 9).

existência da vantagem, sobretudo quando a Comissão deve analisar um regime de auxílios. Se, no decurso de um determinado exercício, as vantagens decorrentes do regime fiscal em causa forem completamente compensadas pelas desvantagens, então a vantagem não se materializou nesse exercício e, portanto, não será necessário, para esse exercício específico, efetuar qualquer recuperação em relação ao beneficiário em causa.

26. Em conformidade com esses princípios, a aplicação de uma taxa reduzida do imposto sobre as sociedades a certas empresas constitui uma vantagem na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, na medida em que é suscetível de favorecer direta ou indiretamente as referidas empresas. Essa vantagem materializa-se sempre que estas obtenham benefícios que constituam a matéria coletável.

27. A Comissão reconhece que, no caso em apreço, o regime fiscal das entidades sem fins lucrativos previa uma dedução fiscal para reinvestimento de lucros excecionais menos significativa do que a prevista pelo regime geral do imposto sobre as sociedades. Todavia, considera que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito na apreciação da relação existente entre elementos favoráveis e desfavoráveis do regime fiscal das entidades sem fins lucrativos. Com efeito, quando um regime particular inclui também algumas desvantagens ou elementos desfavoráveis que se materializam unicamente em função de circunstâncias externas ao regime e variáveis de um exercício para outro, esses elementos não podem ser considerados elementos que neutralizam a vantagem, a menos que tenham com essa vantagem uma relação suscetível de garantir a neutralização da vantagem em todos os exercícios fiscais. Todavia, segundo a Comissão, tal não se verifica no presente caso.

28. Em primeiro lugar, ainda que tanto a taxa de imposto como a taxa de dedução para reinvestimento de lucros excecionais façam parte tanto do regime geral como do regime específico das entidades sem fins lucrativos, o montante das deduções depende, todavia, de um fator externo ao próprio regime que não tem qualquer relação com a aplicação da taxa de imposto. Esse montante está, de facto, relacionado com a política de reinvestimento adotada por cada clube em relação às transferências de jogadores durante um determinado exercício. Trata-se, portanto, de um elemento aleatório e sem relação com a vantagem resultante da aplicação da taxa preferencial de imposto, cujo efeito apenas pode ser medido no momento em que se materializa a vantagem em cada exercício fiscal. Contrariamente ao que o Tribunal Geral considerou, não é, portanto, possível apreciar esse elemento de forma indissociável da aplicação da taxa preferencial de imposto, que é, em si, suscetível de conceder uma vantagem aos clubes que dela beneficiam.

29. Em segundo lugar, o regime em causa não garante que os elementos desfavoráveis do mesmo neutralizem sistematicamente as vantagens dele decorrentes. No presente caso, a taxa de imposto é aplicada aos benefícios, enquanto a dedução se baseia nos reinvestimentos de alguns lucros excecionais, que, no âmbito específico do futebol, provêm, na prática, da transferência dos jogadores. Daqui resulta que os dois elementos em causa do regime fiscal não são comparáveis entre si e não podem, portanto, neutralizar-se.

30. Em terceiro lugar, a materialização efetiva da vantagem é apreciada, para cada exercício fiscal, no âmbito do imposto anual devido e é, portanto, suscetível de variar de um ano para o outro. Essa materialização inclui igualmente os créditos fiscais de que os clubes possam beneficiar em cada exercício fiscal, os quais não podem ser determinados *ex ante*.

31. Na segunda parte do fundamento único do recurso, a Comissão alega que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao interpretar de forma errada o dever de diligência e o ónus da prova da existência de uma vantagem a seu cargo. O Tribunal Geral censurou erradamente a Comissão, no n.º 59 do acórdão recorrido, por não ter pedido informações que lhe permitissem demonstrar que a limitação das deduções fiscais a um nível menos vantajoso para as entidades sem fins lucrativos do que para as SAD não compensava a vantagem decorrente da taxa nominal de tributação inferior. À luz das considerações apresentadas na primeira parte do fundamento único, essa prova não é necessária. O Tribunal Geral pretende, em substância, que a Comissão proceda a um exame *ex post*

de dados posteriores à adoção da medida. Com efeito, no momento da adoção do regime fiscal em causa, era materialmente impossível prever a forma como a taxa de tributação reduzida se combinaria com o montante dedutível a título da dedução fiscal para reinvestimento de lucros excecionais. Uma análise *ex post* da materialização da vantagem, como a exigida, em substância, pelo Tribunal Geral, não é, todavia, necessária para estabelecer a existência de uma vantagem concedida por um auxílio estatal. A Comissão conclui que a solução adotada pelo Tribunal Geral favorece, portanto, os regimes de auxílios não notificados em relação aos notificados.

32. Por último, a Comissão contesta as afirmações pelas quais o FC Barcelona alega o caráter inoperante de certos argumentos por ela suscitados. Segundo a Comissão, ainda que qualifique essas questões e argumentos de inoperantes, o que o FC Barcelona invoca, na realidade, é a sua inadmissibilidade.

33. O FC Barcelona alega, a título preliminar, que alguns dos argumentos e elementos apresentados pela Comissão no seu recurso são inoperantes. Alega, em primeiro lugar, que a Comissão invoca factos novos e apresenta provas novas. Em segundo lugar, que a Comissão considera demonstradas questões de facto que o acórdão recorrido refutou. Além disso, alega que algumas das afirmações da Comissão relativas à decisão controvertida não correspondem à realidade.

34. Quanto ao mérito, no que respeita à primeira parte do fundamento único da Comissão, o FC Barcelona alega, antes de mais, que a medida em causa não constitui um regime de auxílios, mas auxílios individuais aos quatro clubes especificamente identificados. Com efeito, na decisão controvertida, a Comissão descreveu uma medida destinada apenas a quatro sociedades, especificando que nenhum outro clube poderia dela beneficiar.

35. O FC Barcelona alega, em seguida, que o regime fiscal das entidades sem fins lucrativos não conferiu nenhuma vantagem aos quatro clubes referidos. De um ponto de vista jurídico, o sistema fiscal espanhol está concebido para conduzir à neutralidade fiscal e, portanto, para garantir que a taxa efetiva de imposto aplicável às entidades sem fins lucrativos e às entidades comerciais seja a mesma. De um ponto de vista prático, são os efeitos, e não a forma jurídica, que são determinantes para a existência de uma vantagem e, segundo a jurisprudência, é necessário analisar todos os elementos do regime jurídico em causa e, portanto, tanto os que conferem uma vantagem como os que a compensam, bem como os seus efeitos cumulativos.

36. No caso em apreço, a obrigação de se transformar em SAD teve incidência não só na taxa de imposto, mas também no nível das deduções aplicáveis. Por conseguinte, para apreciar a medida nacional em causa de forma adequada, era necessário ter em conta não só os indícios e as provas que sugeriam a existência de um auxílio estatal, mas também os que demonstravam a sua inexistência. A Comissão incorreu assim num duplo erro na apreciação da existência de uma vantagem: por um lado, concentrou-se na taxa nominal de tributação quando era relevante a taxa efetiva de tributação; por outro lado, na medida em que o sistema fiscal, como o que está em causa, prevê a existência de créditos fiscais cujos efeitos podem ser repartidos por vários exercícios fiscais, a análise efetuada devia ter incidido sobre o médio e o longo prazo.

37. No que respeita à segunda parte do fundamento único da Comissão, o FC Barcelona alega que as obrigações de imparcialidade e de diligência obrigavam a Comissão a analisar todos os efeitos da medida, incluindo os que compensam ou neutralizam uma possível vantagem.

38. Em primeiro lugar, a Comissão confunde a existência de uma vantagem com a quantificação do auxílio. O conceito de vantagem é o mesmo para os auxílios individuais e para os regimes de auxílios. A jurisprudência não autoriza a Comissão a efetuar uma análise parcial dos efeitos de uma medida tendo apenas em conta os efeitos que geram uma vantagem (como a taxa nominal de tributação), mas não aqueles que a compensam (como as deduções). Na decisão controvertida, a Comissão não analisou várias características gerais do regime, como as deduções aplicáveis, a natureza habitual dessas deduções no mercado pertinente ou a importância dos créditos fiscais.

39. Em segundo lugar, a necessidade de efetuar uma análise *ex ante* não impede que sejam tomadas em consideração as deduções. Com efeito, a Comissão pode pedir ao Estado-Membro em causa estimativas do impacto da medida ou cálculos do seu impacto nos exercícios anteriores. No caso de medidas executadas mas não notificadas, pode ter-se em conta a forma como o regime funciona na prática. De qualquer modo, na decisão controvertida não foi efetuada nenhuma análise *ex ante*.

40. Em terceiro lugar, segundo o FC Barcelona, decorre do dever da Comissão de conduzir o procedimento administrativo com diligência e imparcialidade a existência de uma obrigação de apreciar com a mesma intensidade os elementos que indiquem tanto a existência como a inexistência de um auxílio. A Comissão não podia, portanto, concentrar-se exclusivamente nos elementos que provam a existência de um auxílio. Deveria, portanto, ter considerado a taxa de tributação efetiva tendo em conta as deduções evidenciadas no decurso do procedimento administrativo.

41. Em quarto lugar, o FC Barcelona sublinha que o ónus que recai sobre a Comissão de provar a existência de uma vantagem impõe que se analisem todos os efeitos cumulativos da medida para os beneficiários. Não basta, portanto, analisar apenas a taxa nominal de tributação. Além disso, uma prova baseada unicamente na comparação entre taxas nominais não é adequada, pois um regime fiscal é constituído por um conjunto de normas que inclui também as deduções, regras para o cálculo da matéria coletável e isenções. Se, como no presente caso, é apresentado à Comissão um indício potencialmente indicativo da inexistência de uma vantagem, esta está obrigada a obter as informações necessárias, pedindo-as ao Estado-Membro em causa.

42. O Reino de Espanha observa, a título preliminar, que os erros na apreciação da natureza de auxílio estatal de medidas fiscais são suscetíveis de afetar o equilíbrio institucional previsto pelos Tratados, na medida em que o artigo 107.º TFUE não atribui à Comissão poder normativo autónomo no domínio dos impostos sobre as sociedades. A taxa de tributação é um elemento essencial do regime jurídico de um imposto e integra a autonomia fiscal e a competência dos Estados-Membros. A análise pouco rigorosa da Comissão põe, portanto, em causa as competências dos Estados-Membros.

43. Em seguida, o Reino de Espanha entende estar errado considerar que a simples presença de uma taxa de tributação diferente implica a existência de um auxílio estatal. Mesmo que a taxa de tributação seja um elemento fundamental de qualquer medida fiscal, não é suficiente basear a existência de um auxílio estatal na constatação de que o regime fiscal em causa, examinado *ex ante*, está em condições de conceder uma vantagem anual simplesmente devido à existência de uma taxa de tributação inferior, independentemente da análise da aplicação ou não de créditos fiscais. A aplicação de tal abordagem leva a considerar que uma eventual diferença da taxa de tributação entre empresas implica a concessão de uma vantagem, o que é errado. Segundo o Governo espanhol, um legislador nacional racional concebe uma medida fiscal tendo em conta as consequências que decorrem da aplicação tanto da taxa de tributação como das deduções. As deduções não podem, portanto, ser entendidas como um elemento alheio à fixação da taxa da imposição, nem como um elemento aleatório dependente de fatores externos.

44. No presente caso, a análise da evolução da dedução fiscal para reinvestimento de lucros excecionais no direito tributário espanhol, na sequência das diferentes alterações legislativas introduzidas, demonstra que o legislador teve em conta os elementos de delimitação da dívida fiscal ao fixar as taxas da imposição. Existe, portanto, um nexo claro entre a determinação da taxa de imposição e a

taxa de dedução aplicável, considerados enquanto elementos determinantes do montante da dívida fiscal e, portanto, estreitamente relacionados entre si. Por conseguinte, a taxa de imposto não podia ser dissociada dos outros componentes do regime fiscal, tanto em razão da importância da dedução para reinvestimento de lucros excecionais, em particular no setor do futebol profissional, como da natureza recorrente dessa dedução.

45. Por último, o Reino de Espanha alega que o nível do ónus da prova exigido pelo Tribunal Geral no acórdão recorrido não é mais elevado do que o exigido na jurisprudência. O controlo diligente e imparcial a que a Comissão está obrigada deve garantir que, quando adota a decisão final, dispõe das informações mais completas e fiáveis possíveis para o fazer. No entanto, não foi isso que aconteceu no presente caso.

B. Análise jurídica

46. Tendo em conta a relação estreita entre as duas partes do fundamento único do recurso invocado pela Comissão, a primeira relativa a erros de direito no que respeita à análise necessária para constatar a existência de uma vantagem na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE e a segunda relativa a uma apreciação errada do dever de diligência e do ónus da prova a esse respeito, considero oportuno tratar essas duas partes conjuntamente. Antes de analisar o referido fundamento único, importa, todavia, examinar os argumentos invocados pelo FC Barcelona relativos à admissibilidade de alguns aspetos da argumentação da Comissão.

1. Quanto à admissibilidade de alguns argumentos invocados pela Comissão e de um documento anexo ao recurso.

47. A título preliminar, o FC Barcelona alega o caráter inoperante de algumas afirmações da Comissão, bem como de um documento por esta anexo ao recurso como meio de prova. Como salienta a Comissão, os argumentos invocados a este respeito pelo FC Barcelona, mais do que ao caráter inoperante, dizem respeito a aspetos relativos à inadmissibilidade.

48. Em primeiro lugar, o FC Barcelona alega que, no seu recurso, a Comissão invocou factos novos e apresentou provas novas. Antes de mais, esta afirmou pela primeira vez que a dedução fiscal para reinvestimento de lucros excecionais é um fator aleatório e independente da taxa nominal do imposto sobre as sociedades. Para demonstrar a sua argumentação, apresentou como prova um novo documento que contém os números relativos às transferências efetuadas pelo FC Barcelona e pelo Real Madrid entre 1991 e 2016. Além disso, a Comissão suscitou novas questões de facto, inoperantes e, em todo o caso, erradas em relação à legislação nacional, afirmando pela primeira vez no recurso que as deduções para reinvestimento de lucros excecionais se aplicam a uma matéria coletável diferente daquela a que se aplica a taxa de imposto, que antes de 2011 a dedução não podia ultrapassar o montante total do imposto, e que, a partir de 2012, essa dedução não podia ultrapassar 25% desse montante.

49. A esse respeito, importa recordar que, como resulta do artigo 256.º, n.º 1, segundo parágrafo, TFUE, e do artigo 58.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, o recurso de uma decisão do Tribunal Geral está limitado às questões de direito. Só o Tribunal Geral é competente para apurar e apreciar os factos pertinentes, bem como para apreciar os elementos de

prova [17]. Em particular, o Tribunal de Justiça não é competente, no âmbito de um recurso de uma decisão do Tribunal Geral, para proceder a uma nova apreciação dos factos com base em provas não apresentadas ao Tribunal Geral [18].

50. Além disso, segundo o artigo 170.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, o recurso de uma decisão do Tribunal Geral não pode modificar o objeto do litígio neste último. A competência do Tribunal de Justiça em sede de recurso de uma decisão do Tribunal Geral está, com efeito, limitada à apreciação da solução jurídica que foi dada aos fundamentos debatidos em primeira instância [19]. Um recorrente tem, todavia, legitimidade para interpor um recurso no qual invoque, no Tribunal de Justiça, fundamentos que resultam do acórdão recorrido e que visam contestá-lo juridicamente quanto ao mérito [20].

51. No acórdão recorrido, o Tribunal Geral anulou a decisão controvertida, em substância, censurando a Comissão por não ter realizado uma investigação suficientemente aprofundada e, portanto, por não ter cumprido de forma bastante o ónus de provar que a medida controvertida conferia uma vantagem aos seus beneficiários [21]. Em particular, a Comissão não tomou em consideração, incorrendo assim num erro de direito e numa violação do seu dever de diligência, a especificidade do setor visado na decisão controvertida, ou seja, o setor do futebol profissional, na perspetiva da dimensão da dedução fiscal para reinvestimento de lucros excecionais [22].

52. Em contrapartida, no acórdão recorrido, o Tribunal Geral não tomou definitivamente posição, quanto ao mérito, sobre a existência ou não, no caso em apreço, de uma vantagem para os beneficiários da medida em causa. Com efeito, o Tribunal Geral não determinou se essas deduções tinham ou não compensado efetivamente o benefício resultante da aplicação de uma taxa de tributação preferencial aos quatro clubes em questão e, portanto, se o regime em causa favoreceu esses clubes em relação a outras entidades comparáveis sujeitas ao regime geral.

53. Nesse contexto, no que respeita ao argumento do FC Barcelona de que a Comissão qualificou pela primeira vez no recurso a dedução em causa como fator aleatório e independente da taxa nominal do imposto sobre as sociedades, importa sublinhar que, na primeira parte do seu único fundamento, a Comissão alega que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao considerar que estava obrigada, para determinar a existência de uma vantagem resultante de um regime fiscal derrogatório, a tomar em consideração, devido ao seu caráter inseparável dos outros elementos desse regime, um elemento desfavorável (no presente caso, a dedução em causa), que apenas se materializa em função de circunstâncias externas ao regime e variáveis (no presente caso, as opções de política de investimento dos clubes) e que não são de molde a garantir a neutralização da vantagem em todos os exercícios fiscais. É nesse sentido, ou seja, enquanto elemento do regime fiscal dependente de circunstâncias que lhe são externas e variáveis de um exercício para outro, que a Comissão qualifica a dedução em causa como fator aleatório e independente da taxa do imposto sobre a sociedade.

54. O fundamento invocado pela Comissão diz respeito à questão dos elementos que está obrigada a tomar em consideração na sua análise de um regime fiscal para determinar se esse regime é ou não suscetível de conferir uma vantagem aos seus beneficiários. Trata-se de um fundamento de direito que visa contestar o mérito da solução jurídica apresentada pelo Tribunal Geral no acórdão e, portanto, é

17 V., *ex multis*, Acórdão de 28 de maio de 2020, Asociación de fabricantes de morcilla de Burgos/Comissão (C-309/19 P, EU:C:2020:401, n.º 10 e jurisprudência referida).

18 Despacho de 28 de novembro de 2018, Le Pen/Parlamento (C-303/18 P, não publicado, EU:C:2018:962, n.º 78 e jurisprudência referida).

19 V., *ex multis*, Acórdão de 29 de julho de 2019, Bayerische Motoren Werke e Freistaat Sachsen/Comissão (C-654/17 P, EU:C:2019:634, n.º 69 e jurisprudência referida).

20 V. Acórdãos de 29 de novembro de 2007, Stadtwerke Schwäbisch Hall e o./Comissão (C-176/06 P, não publicado, EU:C:2007:730, n.º 17); de 10 de abril de 2014, Comissão/Siemens Österreich e o. (C-231/11 P a C-233/11 P, EU:C:2014:256, n.º 102); e, por último, de 19 de março de 2020, ClientEarth/Comissão (C-612/18 P, não publicado, EU:C:2020:223, n.º 15).

21 V. n.ºs 59 a 67 do acórdão recorrido.

22 V. n.º 69 do acórdão recorrido.

admissível. Além disso, está relacionado tanto com a análise efetuada na decisão controvertida (nomeadamente no seu n.º 68) como com o raciocínio contido no acórdão recorrido [23]. Resulta das considerações precedentes que, na minha opinião, a exceção invocada pelo FC Barcelona sobre este aspeto não pode ser acolhida.

55. Em contrapartida, no que respeita ao novo documento anexo ao recurso, há que salientar que, como, de resto, admite a própria Comissão na sua réplica, o mesmo visa demonstrar que, em alguns exercícios fiscais, as deduções em causa não tinham efetivamente neutralizado a vantagem resultante da aplicação aos clubes em questão da taxa de imposto preferencial. Trata-se, portanto, de um elemento de prova não apresentado perante o Tribunal Geral que visa provar questões de facto e, como tal, é inadmissível em aplicação da jurisprudência mencionada no n.º 49 das presentes conclusões.

56. No que respeita às novas afirmações da Comissão relativas ao direito nacional, considero que, na medida em que foram efetuadas para completar a fundamentação da decisão controvertida quanto ao conteúdo da legislação relativa às deduções para reinvestimento de lucros excecionais, devem ser consideradas inadmissíveis e, portanto, não podem ser tomadas em consideração [24].

57. Em segundo lugar, o FC Barcelona alega que a Comissão considerou provadas questões de facto que o acórdão recorrido refutou. Em particular, é inexato que a Comissão tenha demonstrado na decisão controvertida que o regime fiscal aplicável às entidades sem fins lucrativos era mais favorável do que o aplicável às sociedades comerciais.

58. A esse respeito, considero que a afirmação da Comissão censurada pelo FC Barcelona não visa pôr em causa uma constatação de facto efetuada pelo Tribunal Geral, que, como resulta do n.º 52 das presentes conclusões, não se pronunciou sobre a questão de saber qual era o regime concretamente mais favorável. Essa afirmação deve antes de mais ser entendida no âmbito da questão de saber se, no presente caso, a Comissão provou ou não suficientemente a existência de uma vantagem na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, questão relacionada com o próprio objeto do recurso interposto pela Comissão.

59. Por último, considero que, à luz do que foi salientado no n.º 52 das presentes conclusões, todos os argumentos apresentados pelas partes nos seus articulados relativamente à questão de saber se o regime fiscal derrogatório em causa inclui ou não, concretamente, desvantagens suscetíveis de compensar a vantagem resultante da taxa de imposto preferencial aplicável às entidades sem fins lucrativos, devem ser considerados inadmissíveis na medida em que não dizem respeito à solução jurídica apresentada pelo Tribunal Geral no acórdão recorrido.

2. Princípios decorrentes da jurisprudência relativos à constatação da existência de uma vantagem, em particular de natureza fiscal, na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE

60. Para poder analisar quanto ao mérito as críticas formuladas pela Comissão ao acórdão do Tribunal Geral, considero oportuno recordar alguns princípios desenvolvidos pela jurisprudência no que respeita à constatação da existência de uma vantagem, em particular de natureza fiscal, na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

23 V. n.ºs 57 a 60 do acórdão recorrido que sustentam a conclusão a que chega o Tribunal Geral no n.º 67.

24 Com efeito, resulta da jurisprudência que a inexistência de fundamentação não pode ser regularizada pelo facto de o interessado tomar conhecimento dos fundamentos da decisão no decurso do processo perante as instâncias da União (v. Acórdão de 13 de junho de 2013, Versalis/Comissão (C-511/11 P, EU:C:2013:386, n.º 141 e jurisprudência referida).

a) Quanto ao conceito de vantagem, em particular de natureza fiscal

61. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a qualificação de uma medida nacional de «auxílio de Estado», na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, exige que estejam cumpridos os seguintes requisitos. Em primeiro lugar, deve tratar-se de uma intervenção do Estado ou através de recursos do Estado; em segundo lugar, essa intervenção deve ser suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros; em terceiro lugar, deve conceder uma vantagem seletiva ao seu beneficiário; em quarto lugar, deve falsear ou ameaçar falsear a concorrência [25].

62. O presente processo diz exclusivamente respeito ao terceiro desses requisitos e, mais particularmente, ao requisito de que a medida em causa conceda uma vantagem aos seus beneficiários.

63. Em relação a esse requisito, importa recordar que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, se consideram auxílios estatais as intervenções que, independentemente da forma que assumam, possam favorecer direta ou indiretamente empresas ou que devam ser consideradas uma vantagem económica que a empresa beneficiária não teria obtido em condições normais de mercado [26].

64. Assim, são consideradas auxílios, nomeadamente, as intervenções que, sob formas diversas, aliviam os encargos que normalmente oneram o orçamento de uma empresa e que, por essa razão, não sendo subvenções na aceção estrita da palavra, têm a mesma natureza e efeitos idênticos [27].

65. Daqui resulta que, ainda segundo jurisprudência constante, as medidas nacionais que conferem uma vantagem fiscal, que, embora não incluindo uma transferência de recursos do Estado, colocam os beneficiários numa situação financeira mais favorável do que a dos outros contribuintes, são suscetíveis de proporcionar uma vantagem seletiva aos beneficiários e constituem, por conseguinte, um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE [28].

66. Assim, o Tribunal de Justiça reconheceu que podem constituir auxílios estatais, por exemplo, medidas nacionais que atribuem a certas empresas isenções fiscais [29], ou que preveem limites máximos ao montante de um imposto [30], reduções de imposto [31] ou uma dedução fiscal [32], ou ainda a possibilidade de adiar o pagamento do imposto normalmente devido [33]. Em substância, o critério para apreciar a existência de uma vantagem em matéria fiscal é que a medida seja suscetível de colocar os beneficiários numa situação financeira mais favorável, sujeitando-os a uma carga fiscal diferenciada relativamente a outros contribuintes pertinentes [34].

25 V. Acórdãos de 21 de dezembro de 2016, Comissão/World Duty Free Group SA e o. (C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981, n.º 53 e jurisprudência referida), e de 19 de dezembro de 2018, A-Brauerei (C-374/17, EU:C:2018:1024, n.º 19).

26 V., entre outros, Acórdão de 27 de junho de 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, n.º 65). V., igualmente, Acórdão de 15 de maio de 2019, Achema e o. (C-706/17, EU:C:2019:407, n.os 74 e 83 e jurisprudência referida).

27 V., entre outros, Acórdão de 27 de junho de 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, n.º 66 e jurisprudência referida), e Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Aer Lingus e Ryanair Designated Activity (C-164/15 P e C-165/15 P, EU:C:2016:990, n.º 40 e jurisprudência referida).

28 V. Acórdãos de 21 de dezembro de 2016, Comissão/World Duty Free Group SA e o. (C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981, n.º 56 e jurisprudência referida), e de 19 de dezembro de 2018, A-Brauerei (C-374/17, EU:C:2018:1024, n.º 21). V., igualmente, Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Aer Lingus e Ryanair Designated Activity (C-164/15 P e C-165/15 P, EU:C:2016:990, n.º 41 e jurisprudência referida).

29 V. Acórdãos de 15 de março de 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, EU:C:1994:100, n.º 14), e de 27 de junho de 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, n.º 90).

30 V. Acórdão de 15 de novembro de 2011, Comissão/Government of Gibraltar e Reino Unido (C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732, n.os 12, 100 e 108).

31 V. Acórdão de 15 de dezembro de 2005, UniCredito Italiano (C-148/04, EU:C:2005:774, em particular, n.os 8 e 50).

32 V. Acórdão de 15 de julho de 2004, Espanha/Comissão (C-501/00, EU:C:2004:438, n.º 117).

33 V., nesse sentido, Conclusões do advogado-geral N. Jääskinen no processo France Télécom/Comissão (C-81/10 P, EU:C:2011:554, n.º 45).

34 Nesse sentido, para além da jurisprudência referida na nota 28, v. Acórdão de 15 de novembro de 2011, Comissão/Government of Gibraltar e Reino Unido (C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732, n.os 93 e 103). Não abordo aqui a delicada questão da seletividade da medida fiscal, que não é objeto do presente recurso.

67. Além disso, decorre de jurisprudência constante que o conceito de vantagem, inerente à qualificação de uma medida como auxílio estatal, se reveste de caráter objetivo, independentemente das motivações de quem toma a medida [35]. Com efeito, o conceito de auxílio estatal, tal como é definido pelo TFUE, é um conceito jurídico e deve interpretar-se com base em elementos objetivos [36]. Além disso, resulta da jurisprudência que o artigo 107.º, n.º 1, TFUE não faz distinções consoante as causas ou os objetivos das intervenções estatais, antes definindo essas intervenções em função dos respetivos efeitos e, por conseguinte, independentemente das técnicas utilizadas [37].

b) Quanto aos princípios em matéria de prova e de deveres de diligência e imparcialidade da Comissão

68. Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que é à Comissão que cabe apresentar a prova da existência de um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE [38], e, portanto, também a prova da verificação do requisito da concessão de uma vantagem seletiva aos beneficiários.

69. Resulta, em particular, da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa aos princípios em matéria de produção da prova no domínio dos auxílios estatais que a Comissão está obrigada a conduzir o procedimento de investigação das medidas em causa de uma forma diligente e imparcial, de modo que disponha, aquando da adoção da decisão final que conclua pela existência e, se for caso disso, pela compatibilidade ou ilegalidade do auxílio, dos elementos o mais completos e fiáveis possíveis para tal [39].

70. Resulta igualmente da jurisprudência que, na análise dos diferentes elementos constitutivos de um auxílio, é necessário considerar todos os aspetos de direito ou de facto de que se compõe esse auxílio [40]. No que respeita, em particular, à apreciação de um regime fiscal enquanto auxílio estatal, o Tribunal de Justiça esclareceu que o referido regime deve ser analisado no seu conjunto [41] e tendo em conta as suas características próprias [42].

71. O Tribunal de Justiça esclareceu que, na apreciação da existência de uma vantagem na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, a Comissão tem de efetuar uma apreciação global da medida de auxílio em causa, em função dos elementos disponíveis e das evoluções previsíveis no momento em que foi tomada a decisão de conceder esse auxílio, nomeadamente tendo em conta o contexto em que o mesmo se insere [43].

35 Acórdão de 8 de dezembro de 2011, France Télécom/Comissão (C-81/10 P, EU:C:2011:811, n.º 17).

36 V., *inter alia*, Acórdão de 22 de dezembro de 2008, British Aggregates/Comissão (C-487/06 P, EU:C:2008:757, n.º 111).

37 V., *inter alia*, Acórdão de 15 de novembro de 2011, Comissão/Government of Gibraltar e Reino Unido (C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732, n.º 87 e jurisprudência referida). V., igualmente, Acórdão de 15 de maio de 2019, Achema e o. (C-706/17, EU:C:2019:407, n.º 86 e jurisprudência referida).

38 Acórdão de 19 de setembro de 2018, Comissão/França e IFP Énergies nouvelles (C-438/16 P, EU:C:2018:737, n.º 110).

39 V. Acórdãos de 2 de setembro de 2010, Comissão/Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480, n.º 90); de 3 de abril de 2014, França/Comissão, C-559/12 P, EU:C:2014:217, n.º 63; e de 19 de setembro de 2018, Comissão/França e IFP Énergies nouvelles (C-438/16 P, EU:C:2018:737, n.º 110).

40 Acórdão de 25 de junho de 1970, França/Comissão (47/69, EU:C:1970:60, n.º 7).

41 V., nesse sentido, Acórdão de 15 de novembro de 2011, Comissão/Government of Gibraltar e Reino Unido (C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732, n.º 98).

42 V., nesse sentido, Acórdãos de 15 de novembro de 2011, Comissão/Government of Gibraltar e Reino Unido (C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732, n.º 101), e de 8 de dezembro de 2011, France Télécom/Comissão (C-81/10 P, EU:C:2011:811, n.ºs 19 e 24).

43 V. Acórdão de 1 de outubro de 2015, Electrabel e Dunamenti Erőmű/Comissão (C-357/14 P, EU:C:2015:642, n.º 104). Quanto à necessidade de ter em conta, na apreciação de uma medida à luz do artigo 107.º TFUE, todos os elementos pertinentes e o seu contexto, v. igualmente Conclusões do advogado-geral N. Jääskinen no processo França/Comissão (C-559/12 P, EU:C:2013:766, n.º 51).

72. Nesse contexto, a Comissão está obrigada a analisar as informações pertinentes prestadas durante o procedimento de investigação que possam servir para esclarecer se a medida em causa é ou não adequada para conferir uma vantagem na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE [44].

73. No caso específico de um regime de auxílios, resulta da jurisprudência que a Comissão se pode limitar a estudar as características do regime em causa para apreciar, na fundamentação da decisão, se, em razão das modalidades que prevê, o referido regime assegura uma vantagem sensível aos beneficiários. Daqui resulta que, numa decisão relativa a um regime de auxílios, a Comissão não está obrigada a efetuar uma análise do auxílio concedido em cada caso individual com fundamento nesse regime. Apenas na fase de recuperação dos auxílios será necessário verificar a situação individual de cada empresa em causa [45].

74. Decorre da referida jurisprudência que, no caso de um regime de auxílios, apesar de estar efetivamente obrigada, por força da jurisprudência mencionada nos n.os 68 a 72 das presentes conclusões, a provar que estão reunidos todos os requisitos constitutivos de um auxílio estatal, incluindo a existência de uma vantagem seletiva, e isto com base numa análise global que tenha em conta todos os elementos de direito ou de facto do próprio auxílio, a Comissão pode limitar-se a analisar as características gerais desse regime, sem ser obrigada a examinar cada caso de aplicação específico para verificar se esse regime contém elementos de auxílio [46].

c) Quanto à necessidade de uma análise ex ante

75. Resulta da jurisprudência que, no caso de regimes fiscais como o que está em causa no presente processo, que se aplicam numa base anual ou periódica, há que fazer uma distinção entre, por um lado, a adoção do regime de auxílio e, por outro, a concessão de auxílios anuais com base no referido regime [47].

76. Segundo a jurisprudência, para este tipo de casos, a análise que deve ser efetuada para verificar o preenchimento dos requisitos do conceito de auxílio estatal e, em particular, o preenchimento do requisito de concessão de uma vantagem, deve ser feita por referência ao momento da adoção do regime fiscal em causa [48]. Trata-se, portanto, de uma análise *ex ante* [49].

77. Dado que, para ser qualificada como um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, a medida deve ser suscetível de favorecer os seus beneficiários [50], a referida apreciação *ex ante* tem por objeto verificar se, à luz das características do regime fiscal em causa, no momento da sua adoção, a aplicação do referido regime pode, ou seja, é suscetível de conduzir a um défice de tributação dos seus beneficiários em relação àquela a que estariam sujeitos se lhes tivesse sido aplicado o regime de tributação geral [51].

44 V., nesse sentido, e por analogia em relação à aplicação do critério do investidor privado, Acórdão de 1 de outubro de 2015, Electrabel e Dunamenti Erőmű/Comissão (C-357/14 P, EU:C:2015:642, n.os 103 e 105 e jurisprudência referida).

45 V. Acórdãos de 9 de junho de 2011, Comitato «Venezia vuole vivere» e o./Comissão (C-71/09 P, C-73/09 P e C-76/09 P, EU:C:2011:368, n.º 63 e jurisprudência referida), e de 13 de junho de 2013, HGA e o./Comissão (C-630/11 P a C-633/11 P, EU:C:2013:387, n.º 114)

46 V. Acórdão de 15 de dezembro de 2005, UniCredito Italiano (C-148/04, EU:C:2005:774, n.º 67).

47 V., nesse sentido, Acórdão de 8 de dezembro de 2011, France Télécom/Comissão (C-81/10 P, EU:C:2011:811, n.º 22).

48 Acórdão de 8 de dezembro de 2011, France Télécom/Comissão (C-81/10 P, EU:C:2011:811, n.º 22). Quanto à necessidade de uma análise relativa à existência de uma vantagem efetuada por referência ao momento em que foi tomada a decisão de proceder à concessão do auxílio, v., igualmente, Acórdão de 1 de outubro de 2015, Electrabel e Dunamenti Erőmű/Comissão (C-357/14 P, EU:C:2015:642, n.º 104).

49 No mesmo sentido, v. Conclusões do advogado-geral N. Jääskinen no processo France Télécom/Comissão (C-81/10 P, EU:C:2011:554, n.os 48 e 51).

50 V. jurisprudência referida no n.º 63 das presentes conclusões.

51 V., nesse sentido, Acórdão de 8 de dezembro de 2011, France Télécom/Comissão (C-81/10 P, EU:C:2011:811, n.º 24; v., igualmente, a esse respeito, n.º 19).

78. Resulta das considerações precedentes que a prova, com base numa análise *ex ante*, de que o regime fiscal derrogatório é suscetível de conferir uma vantagem é independente da constatação da concessão, em concreto, de auxílios anuais específicos em aplicação desse regime e, portanto, da prova da materialização efetiva dessa vantagem nos casos de aplicação específicos do mesmo regime, o que, de resto, é conforme à jurisprudência referida nos n.os 73 e 74.

79. Por outro lado, em determinados casos de regimes como os mencionados no n.º 75 das presentes conclusões, em razão das características próprias desses regimes, pode revelar-se impossível determinar, na data da instituição do regime derrogatório e, consequentemente, com base numa análise *ex ante*, se a vantagem resultante da aplicação do regime derrogatório efetivamente se materializará ou não em cada exercício fiscal [52].

80. A impossibilidade de determinar com base numa avaliação *ex ante* a quantificação precisa da vantagem e, portanto, a sua materialização efetiva em todos os exercícios fiscais não pode, todavia, impedir a realização da análise *ex ante* destinada a determinar se o regime em causa pode constituir um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE. Com efeito, é preciso distinguir entre a possibilidade de examinar o projeto das medidas em causa nos termos do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, e a possibilidade de quantificar o montante preciso do auxílio. A eventual impossibilidade supramencionada não pode, portanto, dispensar o Estado-Membro de notificar a medida nem a Comissão de apreciar esse regime ao abrigo da referida disposição [53].

81. A esse respeito, importa ainda salientar que resulta da jurisprudência que a análise que a Comissão deve efetuar nas suas decisões em matéria de auxílios estatais para a determinação da verificação dos requisitos do artigo 107.º, n.º 1, TFUE não pode favorecer os Estados-Membros que concedem auxílios em violação do dever de notificação previsto no artigo 108.º, n.º 3, TFUE, em detrimento daqueles que notificam o projeto de auxílios [54].

82. Não obstante esse princípio, desenvolvido pela jurisprudência em relação à determinação dos requisitos da incidência da medida nas trocas comerciais entre os Estados-Membros e na concorrência, não dispensar certamente a Comissão da exigência de provar o preenchimento do requisito da vantagem [55], impõe todavia, no caso de medidas não notificadas, a realização de uma análise de todos os requisitos do conceito de auxílio estatal que não seja suscetível de favorecer o Estado-Membro que não notificou a medida. A este respeito, importa recordar que o Tribunal de Justiça salientou várias vezes que a obrigação de notificação constitui um dos elementos fundamentais do sistema de controlo instituído pelo TFUE no domínio dos auxílios estatais [56].

83. Esse tratamento de favor existe, na minha opinião, no caso de a Comissão, na apreciação de um regime fiscal como o mencionado no n.º 75, não notificado pelo Estado-Membro em causa, ser obrigada a considerar, com base em dados recolhidos *ex post*, se, em aplicação do regime em causa, a vantagem se materializou efetivamente para os beneficiários em todos os exercícios fiscais em causa ou, de qualquer modo, ser obrigada a determinar se as vantagens materializadas durante certos exercícios fiscais foram compensadas pelas desvantagens constatadas noutros exercícios fiscais. Como resulta da jurisprudência mencionada nos n.os 73, 74 e 78 das presentes conclusões, para este tipo de casos, a quantificação da vantagem e, portanto, a sua materialização efetiva em cada exercício fiscal pertinente, deve ocorrer no momento da recuperação.

52 V., por exemplo, Acórdão de 8 de dezembro de 2011, France Télécom/Comissão (C-81/10 P, EU:C:2011:811, n.º 19).

53 V., neste sentido, Conclusões do advogado-geral N. Jääskinen no processo France Télécom/Comissão (C-81/10 P, EU:C:2011:554, n.os 48 a 53).

54 V. Acórdãos de 14 de fevereiro de 1990, França/Comissão (designado por «Boussac Saint-Frères», C-301/87, EU:C:1990:67, n.º 33), de 29 de abril de 2004, Itália/Comissão (C-298/00 P, EU:C:2004:240, n.º 49), e de 1 de junho de 2006, P & O European Ferries (Vizcaya) e Diputación Foral de Vizcaya/Comissão (C-442/03 P e C-471/03 P, EU:C:2006:356, n.º 110).

55 A esse respeito, v. Conclusões do advogado-geral N. Jääskinen no processo França/Comissão (C-559/12 P, EU:C:2013:766, n.os 65 a 67), cuja análise foi confirmada, em substância, pelo Tribunal de Justiça no n.º 103 do Acórdão de 3 de abril de 2014, França/Comissão (C-559/12 P, EU:C:2014:217).

56 V. Acórdão de 5 de março de 2019, Eesti Pagar (C-349/17, EU:C:2019:172, n.º 56 e jurisprudência referida).

84. Em conclusão, resulta de todas as considerações precedentes que, em aplicação da jurisprudência do Tribunal de Justiça, no caso de regimes fiscais derrogatórios aplicáveis numa base anual ou periódica, deve considerar-se demonstrada a existência da vantagem sempre que a Comissão, referindo-se ao regime geral aplicável no âmbito do exame, demonstre, com base numa análise *ex ante* em conformidade com os princípios enunciados na secção anterior, que a medida em causa pode colocar os seus beneficiários numa situação financeira mais favorável do que a dos outros contribuintes pertinentes. A quantificação exata da vantagem e, portanto, a sua eventual materialização em concreto em todos os exercícios fiscais em causa será determinada no momento da recuperação com base em todos os elementos pertinentes [57].

85. É à luz dos princípios expostos na presente secção que analisarei, na próxima secção, as críticas formuladas pela Comissão em relação ao acórdão recorrido.

3. Análise do fundamento único de recurso

a) Quanto à questão de saber se a decisão controvertida examinou unicamente um regime de auxílios ou também auxílios individuais

86. A título preliminar, importa examinar o argumento da Comissão segundo o qual o Tribunal Geral considerou erradamente, no n.º 69 do acórdão recorrido, que a decisão controvertida deve ser analisada enquanto decisão relativa a um regime de auxílios e enquanto decisão relativa a auxílios individuais. Com efeito, no caso de se considerar que, na decisão controvertida, a Comissão examinou apenas um regime de auxílios, como foi salientado nos n.ºs 73 e 74 das presentes conclusões, apesar de estar obrigada a provar o preenchimento de todos os requisitos do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, a referida instituição podia limitar-se, para esse efeito, a analisar as características gerais do regime em causa, sem ter de examinar cada caso de aplicação específico para verificar se contém elementos de auxílio.

87. A esse respeito, há que salientar que, no n.º 69, *in fine*, do acórdão recorrido, o Tribunal Geral considerou que a decisão controvertida, além de qualificar o regime em questão de regime de auxílio, também se pronuncia, na sua fundamentação e no seu dispositivo [58], sobre os auxílios individuais concedidos aos quatro clubes beneficiários, devidamente identificados, indicando que os referidos auxílios individuais deviam «ser considerados auxílios ilegais e incompatíveis». O Tribunal Geral concluiu daí que, contrariamente ao que defendeu a Comissão, a decisão controvertida devia ser analisada enquanto decisão relativa a um regime de auxílios e a auxílios individuais.

88. A esse respeito, deve salientar-se que, nos termos da artigo 1.º, alínea d), do Regulamento 2015/1589, constitui um «regime de auxílios» qualquer ato com base no qual, sem que sejam necessárias outras medidas de execução, podem ser concedidos auxílios individuais a empresas nele definidas de forma geral e abstrata e qualquer diploma com base no qual pode ser concedido a uma ou mais empresas um auxílio não ligado a um projeto específico, por um período de tempo indefinido e/ou com um montante indefinido.

57 V., no mesmo sentido, Conclusões do advogado-geral N. Jääskinen no processo France Télécom/Comissão (C-81/10 P, EU:C:2011:554, n.º 54).

58 O Tribunal Geral menciona o considerando 90 e o artigo 1.º da decisão controvertida. Na realidade, a Comissão também utiliza o termo auxílio individual (*ayuda individual*) nos artigos 2.º e 3.º da decisão controvertida, na versão espanhola que faz fé.

89. No presente caso, não há dúvida de que a decisão controvertida analisou um regime de auxílios na aceção do artigo 1.º, alínea d), do Regulamento 2015/1589. Isso resulta do teor da sétima disposição adicional da Lei 10/1990 [59], da qual decorreu a aplicação do regime derrogatório aos clubes em causa, que se enquadra na definição de regime indicada no número anterior. Além disso, a decisão controvertida qualifica, em vários pontos, o regime fiscal decorrente da medida em causa como regime de auxílios [60].

90. De resto, o próprio Tribunal Geral não contesta que a decisão controvertida analisou um regime de auxílios, mas considera que a Comissão tomou igualmente posição sobre os auxílios individuais concretos.

91. A esse respeito, importa, todavia, recordar que, nos termos do artigo 1.º, alínea e), do Regulamento 2015/1589, constituem «auxílio individual» dois tipos de auxílios: um auxílio que não seja concedido com base num regime de auxílios ou que seja concedido com base num regime de auxílios, mas que deva ser notificado. Dado não haver dúvidas, à luz das considerações efetuadas nos números anteriores, de que as medidas de auxílio específicas — se forem assim qualificáveis [61] — concedidas aos quatro clubes em questão (ou seja, a determinação dos impostos, para cada exercício fiscal, resultante da aplicação do regime fiscal das entidades sem fins lucrativos) foram outorgadas no âmbito de um regime de auxílios, apenas o segundo caso previsto por essa disposição é eventualmente pertinente.

92. Todavia, resulta da jurisprudência que as medidas individuais de execução de um regime de auxílios que, enquanto tal, devia ter sido notificado pelo Estado-Membro, são simples medidas de execução do regime geral de auxílios que, em princípio, não devem ser notificadas à Comissão [62]. Daqui resulta que as medidas de auxílio específicas concedidas aos clubes em causa, na medida em que são a consequência da aplicação automática do regime fiscal em causa, qualificável como regime de auxílios, não deviam ter sido notificadas à Comissão e não podem, portanto, ser qualificadas de «auxílios individuais» na aceção do artigo 1.º, alínea e), do Regulamento 2015/1589.

93. Foi, portanto, erradamente que a Comissão, na decisão controvertida, qualificou de auxílios individuais as medidas de execução do regime em causa e que, por conseguinte, o Tribunal Geral considerou, no n.º 69 do acórdão recorrido, que essa decisão dizia simultaneamente respeito a um regime de auxílios e a auxílios individuais.

94. Deve, pois, concluir-se que, na decisão controvertida, a Comissão analisou exclusivamente um regime de auxílios e, tendo sido identificados os beneficiários desse regime, ou pelo menos alguns deles [63], tomou posição sobre medidas individuais de execução desse regime de auxílios.

b) Quanto aos argumentos da Comissão relativos a erros de direito do Tribunal Geral quanto à análise que esta deve efetuar para determinar a existência de uma vantagem

95. Atendendo ao exposto, deve examinar-se a censura efetuada pela Comissão segundo a qual o Tribunal Geral, no acórdão recorrido, cometeu erros de direito na apreciação do exame que aquela deve efetuar para determinar se um regime fiscal concede ou não uma vantagem aos seus beneficiários, com particular referência à apreciação da relação existente entre elementos favoráveis e desfavoráveis do referido regime.

59 O texto dessa disposição está reproduzido na nota 4 da decisão controvertida.

60 V. considerandos 47, 78, 90 e artigos 2.º a 6.º da decisão controvertida.

61 O que depende evidentemente do resultado do recurso interposto pelo FC Barcelona contra a decisão controvertida.

62 V., a este respeito e neste sentido, Acórdão de 5 de outubro de 1994, Itália/Comissão (C-47/91, EU:C:1994:358, n.º 21).

63 A este respeito, saliente-se que a redação do artigo 1.º da decisão controvertida e, especificamente, a utilização do termo «a saber», deixa margem para a eventual identificação de outros beneficiários do regime geral em causa.

1) Raciocínio do Tribunal Geral

96. A esse respeito, deve salientar-se que, no acórdão recorrido, o Tribunal Geral, antes de mais, considerou que, para poder determinar se o regime fiscal aplicável às entidades sem fins lucrativos era suscetível de colocar os seus beneficiários (ou seja, os clubes aos quais se aplicava por força da disposição derrogatória da Lei 10/1990) numa situação mais vantajosa do que se tivessem de operar sob a forma de SAD, havia que apreciar os diferentes componentes desse regime fiscal no seu conjunto. Essa abordagem é conforme à jurisprudência referida nos n.os 70 e 71 das presentes conclusões. Por outro lado, o Tribunal Geral qualificou os componentes do regime em causa como um todo indissociável [64].

97. Em seguida, o Tribunal Geral constatou que a Comissão concluiu corretamente que, durante o período em causa, aos quatro clubes beneficiários era aplicada uma taxa nominal de imposto preferencial em relação aos clubes que operam sob a forma de SAD [65]. Trata-se de uma constatação de facto não impugnada (e, de resto, em princípio, não pode sê-lo no processo de recurso).

98. Todavia, o Tribunal Geral considerou, nos números seguintes [66], que, na análise do regime fiscal das entidades sem fins lucrativos considerado no seu todo, o exame da vantagem decorrente da taxa de imposto preferencial não pode ser dissociado do dos demais componentes desse regime fiscal e, em especial, do exame da dedução fiscal para reinvestimento de lucros excecionais. Com base na constatação, que foi evidenciada durante o procedimento administrativo, de que o limite máximo dessa dedução era inferior para as entidades sem fins lucrativos relativamente às SAD, o Tribunal Geral censurou a Comissão por não ter analisado suficientemente o impacto dessa dedução. Considerou que a análise que esta efetuou não permite excluir que as menores possibilidades de dedução fiscal do regime das entidades sem fins lucrativos compensem a vantagem resultante da taxa nominal de imposto inferior. Por conseguinte, o Tribunal Geral censurou igualmente a Comissão por não ter pedido informações suficientes ao Reino de Espanha a esse respeito e por ter, assim, violado o seu dever de diligência na condução do procedimento de investigação. É nestes pontos que se concentra o recurso da Comissão.

2) Quanto ao tipo de análise que a Comissão deve efetuar e aos fatores que deve tomar em consideração essa análise

99. A esse respeito, importa, todavia, salientar que, como resulta dos n.os 75 a 77 das presentes conclusões, no caso de um regime fiscal como o das entidades sem fins lucrativos, a análise que a Comissão deve efetuar para verificar o preenchimento dos requisitos do conceito de auxílio estatal e, em particular, o preenchimento do requisito de concessão de uma vantagem, é uma análise *ex ante*, efetuada por referência ao momento da adoção do regime fiscal em causa.

100. É certo que esta análise deve ser efetuada, como resulta da jurisprudência mencionada nos n.os 69 a 72, de forma diligente e imparcial, examinando o regime no seu conjunto, procedendo a uma apreciação global do regime em causa que tenha em conta todas as suas características próprias, para verificar, com base num exame de todas as informações pertinentes prestadas durante o procedimento de investigação, se constitui um auxílio.

64 N.os 53 e 54 do acórdão recorrido.

65 N.º 55 do acórdão recorrido.

66 N.os 56 a 59 do acórdão recorrido.

101. Daqui resulta que, para provar que o regime fiscal das entidades sem fins lucrativos é suscetível de colocar os seus beneficiários numa posição financeira mais favorável em relação aos outros clubes de futebol profissional, a Comissão deve tomar em consideração todos os elementos desse regime fiscal que permitam, com base numa análise *ex ante*, determinar a existência de uma vantagem e, portanto, tanto os fatores favoráveis como os desfavoráveis.

102. Todavia, resulta igualmente dos n.os 78 a 80 das presentes conclusões, por um lado, que a prova, com base numa análise *ex ante*, de que o regime fiscal derrogatório é suscetível de conferir uma vantagem prescinde da prova da materialização efetiva dessa vantagem nos casos concretos de aplicação desse regime e, por outro, que a impossibilidade de determinar, na data da instituição do regime derrogatório, se a vantagem resultante da aplicação desse regime se materializará efetivamente ou não em cada exercício fiscal, não pode dispensar a Comissão de analisar se o regime em causa é suscetível de constituir um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

103. É com base nessas considerações que se deve apreciar um caso, como o que é objeto do presente recurso, em que um regime fiscal derrogatório prevê a aplicação de uma taxa preferencial de imposto e, ao mesmo tempo, inclui componentes, como deduções fiscais, que são potencialmente suscetíveis de equilibrar a vantagem resultante da aplicação dessa taxa preferencial.

104. Em tal caso, quando, no âmbito de uma análise *ex ante*, ou seja, no momento da adoção do regime fiscal, não é possível determinar o alcance preciso desses componentes e, portanto, a sua incidência na tributação, uma vez que esse alcance depende da realização de elementos externos ao regime e variáveis de um exercício para o outro[67], que apenas se verificarão num momento posterior à adoção desse regime, então não será possível determinar *ex ante* se esses componentes conseguirão, em cada exercício fiscal, equilibrar a vantagem conferida pela aplicação da taxa preferencial de imposto prevista pelo regime em causa. Por outras palavras, se não é possível determinar *ex ante* o alcance das deduções, não será possível saber, *ex ante*, se estas conseguirão compensar, em todos os exercícios fiscais, a vantagem decorrente da aplicação da taxa preferencial de imposto. Não é, portanto, possível excluir *ex ante* a existência dessa vantagem em todos os exercícios fiscais pertinentes.

105. Unicamente se esses componentes, isolados ou conjuntamente com outros elementos do regime fiscal em causa, forem suscetíveis de neutralizar sempre e sistematicamente a vantagem resultante da aplicação da taxa preferencial, será possível, com base numa análise *ex ante*, excluir que, devido à aplicação desses componentes, a referida vantagem se realiza concretamente em todos os exercícios fiscais.

106. Se não for esse o caso, a análise da incidência concreta de fatores desse tipo sobre a vantagem não pode ser efetuada por referência ao momento da adoção da medida, mas a referida incidência apenas pode ser apreciada *ex post* no momento da eventual recuperação do auxílio.

107. Por conseguinte, os componentes desse tipo, enquanto elementos do regime fiscal, não podem ser ignorados na análise do regime fiscal em causa. Não podem, todavia, ser considerados na análise *ex ante* desse regime relativo à existência da vantagem. A incidência dos referidos fatores é, em contrapartida, relevante para determinar a quantificação do auxílio e, por isso, a sua eventual materialização concreta, a qual, como foi salientado no n.º 80 das presentes conclusões, se distingue da análise *ex ante* relativa à constatação da existência da vantagem[68].

67 Como podem ser a escolha de política comercial do beneficiário da isenção ou a determinação de taxas de tributação por autarquias como no processo que deu origem à prolação do Acórdão de 8 de dezembro de 2011, France Télécom/Comissão (C-81/10 P, EU:C:2011:811, v., em especial, n.os 20 a 23).

68 V., no mesmo sentido, Conclusões do advogado-geral N. Jääskinen no processo France Télécom/Comissão (C-81/10 P, EU:C:2011:554, n.º 51).

3) Quanto à análise pela Comissão do regime fiscal aplicável às entidades sem fins lucrativos

108. No caso em apreço, como resulta do n.º 97 das presentes conclusões, o Tribunal Geral constatou que a Comissão determinou corretamente que o regime fiscal derrogatório previa a aplicação de uma taxa preferencial de imposto aos clubes beneficiários desse regime, o que, em si mesmo, é suscetível de os colocar numa situação financeira mais favorável do que a dos clubes sujeitos ao regime fiscal geral.

109. Além disso, é pacífico que, não sendo possível determinar *ex ante* a incidência em concreto das deduções fiscais para reinvestimento de lucros excecionais, com base numa análise por referência ao momento da adoção do regime em causa, a Comissão não estava em condições de determinar antecipadamente e para cada exercício fiscal o nível preciso de tributação relacionado com o regime fiscal derrogatório [69]. Não estava, portanto, em condições de excluir que, devido à aplicação das deduções fiscais para reinvestimento de lucros excecionais, os clubes aos quais esse regime fiscal se aplicava beneficiariam, em cada exercício fiscal, de uma tributação menor em relação aos outros clubes. Por outras palavras, a Comissão não podia excluir, em cada exercício fiscal, a existência da vantagem para os clubes beneficiários da taxa preferencial de imposto. A esse respeito, saliento igualmente que não se contesta que a dedução em causa não foi configurada de forma a garantir uma neutralização sistemática, em todos os exercícios fiscais, da vantagem conferida pela aplicação de uma taxa preferencial de imposto [70].

110. Nesse contexto, como resulta dos n.os 104 a 107 das presentes conclusões, a Comissão não podia — e, portanto, não podia ser obrigada a tal — ter em consideração essas deduções no momento da constatação da existência da vantagem, mas as mesmas deviam ser tidas em consideração no momento da quantificação do auxílio para verificar a sua materialização efetiva nos diferentes exercícios fiscais pertinentes.

111. Contrariamente ao que considerou o Tribunal Geral, uma eventual tomada em consideração dessas deduções não podia ter conduzido a Comissão a concluir, com base numa análise *ex ante*, que as menores possibilidades de dedução do regime das entidades sem fins lucrativos podiam sempre, ou seja, em cada exercício fiscal, equilibrar a vantagem resultante da aplicação de uma taxa preferencial de tributação, excluindo assim a existência de uma vantagem em todos os exercícios fiscais.

112. A esse respeito, saliento igualmente que a Comissão estava ainda menos obrigada, no momento da verificação da idoneidade da medida para conferir uma vantagem aos seus beneficiários com base numa análise *ex ante*, a verificar se, tomando em consideração todos os exercícios fiscais em causa, a tributação total resultante da aplicação do regime fiscal derrogatório era superior ou inferior à que resultava da aplicação do regime geral.

113. Com efeito, além da impossibilidade de uma verificação desse tipo *ex ante* por ser impossível estabelecer *ex ante* o nível e, portanto, o impacto das deduções em causa para cada exercício fiscal, deve salientar-se que a exceção ao regime geral aplicável aos clubes de futebol, da qual decorria a aplicação aos clubes beneficiários da taxa preferencial de imposto prevista pelo regime fiscal das entidades sem fins lucrativos, foi concebida para ter uma duração indeterminada [71]. Daqui resulta que

69 V., no mesmo sentido, Acórdão de 8 de dezembro de 2011, France Télécom/Comissão (C-81/10 P, EU:C:2011:811, n.º 19).

70 Como resulta dos n.os 35 e 44 das presentes conclusões, o FC Barcelona e o Reino de Espanha limitam-se efetivamente a alegar que o sistema espanhol previa taxas de tributação nominais e deduções aplicáveis concebidas para alcançar a neutralidade fiscal e para fazer com que a taxa de imposto efetiva aplicável às entidades sem fins lucrativos e às entidades comerciais fosse a mesma. No entanto, não resulta dos seus articulados que contestem o argumento da Comissão segundo o qual as deduções em causa não eram suscetíveis de neutralizar em todos os exercícios fiscais a vantagem conferida pela aplicação de uma taxa preferencial de imposto. Quanto ao argumento invocado pelo FC Barcelona de que o regime fiscal aplicável às entidades comerciais analisado na sua globalidade teria sido mais favorável para este clube, v. n.os 112 e 113, *infra*.

71 V., por analogia, Acórdão France Télecom, n.º 50, processo em que o regime de tributação especial foi igualmente concebido para ter uma duração indeterminada. A este respeito, todavia, o regime em questão distinguia-se do regime objeto do presente processo, como salientado nos n.os 74 e 75 do acórdão recorrido.

a determinação dos efeitos cumulativos das diferentes tributações resultantes da aplicação dos dois regimes diferentes (o geral das SAD e o derrogatório das entidades sem fins lucrativos) — e, portanto, a eventual existência de uma compensação global das vantagens resultantes de uma tributação mais favorável em certos exercícios com as desvantagens resultantes de uma tributação desfavorável noutros exercícios — apenas poderia ser efetuada *ex post*, no momento em que cessasse a aplicação do regime derrogatório.

114. Na minha opinião, decorre de todas as considerações precedentes que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao considerar que a qual a Comissão não podia concluir no sentido da existência de uma vantagem resultante da aplicação de uma taxa preferencial de imposto aos clubes beneficiários do regime fiscal para as entidades sem fins lucrativos sem demonstrar que a limitação das deduções fiscais a um nível menos favorável em relação às SAD, prevista nesse regime, não compensava a vantagem obtida com a aplicação da referida taxa.

115. Daqui resulta igualmente que, não estando a Comissão obrigada a tomar em consideração essas deduções no momento da constatação da existência de uma vantagem, não se pode criticar a mesma instituição, por um lado, por não ter pedido elementos de informação suplementares em violação do seu dever de diligência, e, por outro, por não ter provado suficientemente a existência de uma vantagem por não ter tomado em consideração dessas deduções.

116. A esse respeito, importa ainda salientar que a circunstância, corretamente salientada pelo Tribunal Geral no n.º 60 do acórdão recorrido, de a previsão de uma dedução fiscal poder, em determinadas condições, constituir ela própria um auxílio, em nada exclui o entendimento de que, se o alcance de uma dedução não for verificável *ex ante*, esta não pode ser tomada em consideração no âmbito de uma análise por referência ao momento da adoção do regime fiscal em causa para excluir, em todos os casos, a vantagem conferida pela aplicação de uma taxa de tributação preferencial. Além disso, sempre por referência ao n.º 60 do acórdão recorrido, num caso como o referido no n.º 109 das presentes conclusões, a apreciação do impacto do eventual diferimento no tempo da possibilidade de reportar as deduções fiscais será efetuada, mas no momento da recuperação do auxílio.

117. As conclusões a que cheguei nos n.os 114 e 115 das presentes conclusões não são, na minha opinião, postas em causa pelos outros argumentos invocados pelo FC Barcelona e pelo Reino de Espanha.

118. No que respeita, em primeiro lugar, aos argumentos do Reino de Espanha relativos à autonomia fiscal dos Estados-Membros, importa recordar que, segundo jurisprudência constante, embora, na atual fase de desenvolvimento do direito da União, a fiscalidade direta seja da competência dos Estados-Membros, estes devem, todavia, exercer essa competência no respeito do direito da União[72]. Devem, portanto, abster-se de adotar, nesse contexto, medidas que possam constituir auxílios estatais incompatíveis com o mercado interno.

119. No que respeita, em segundo lugar, à exigência, salientada várias vezes tanto pelo FC Barcelona como pelo Reino de Espanha, de que, na análise relativa à existência da vantagem, seja considerada a taxa de imposto efetiva e não apenas a nominal, recordo que é certo que, como foi salientado nos n.os 69 a 71 e 100 e 101, a Comissão deve ter em conta todos os elementos pertinentes do regime fiscal em causa e, portanto, não apenas a taxa nominal de imposto. Todavia, isso não impede que, como foi salientado nos n.os 104 a 107, quando, com base no exame de um componente desse regime fiscal, não for possível excluir *ex ante* a existência da vantagem conferida pela taxa de tributação

72 V. Acórdão de 12 de julho de 2012, Comissão/Espanha (C-269/09, EU:C:2012:439, n.º 47 e jurisprudência referida).

preferencial, esse elemento não possa ser tido em consideração na análise *ex ante*, mas a sua incidência deve ser considerada na análise *ex post* efetuada no momento da recuperação. O mesmo raciocínio aplica-se aos argumentos relativos aos créditos fiscais resultantes da aplicação de um componente desse tipo do regime fiscal em causa.

c) Conclusão quanto ao fundamento único do recurso

120. Resulta de todas as considerações precedentes que, na minha opinião, deve ser dado provimento ao recurso da Comissão e o acórdão recorrido deve, por conseguinte, ser anulado.

V. Quanto ao recurso no Tribunal Geral

121. Nos termos do artigo 61.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, este último, em caso de anulação da decisão do Tribunal Geral, pode decidir definitivamente o litígio, se estiver em condições de ser julgado, ou remeter o processo ao Tribunal Geral, para julgamento.

122. A este propósito, no que se refere às censuras invocadas em primeira instância pelo FC Barcelona, apoiado pelo Reino de Espanha, no âmbito do segundo fundamento de recurso, e acolhidas pelo Tribunal Geral no acórdão recorrido [73], considero que podem ser analisadas à luz das indicações constantes dos n.os 99 a 119 das presentes conclusões.

123. A este respeito, observo que a Comissão, na decisão controvertida, por um lado, salientou, no considerando 68, *in fine*, que, no âmbito do regime fiscal aplicável às entidades sem fins lucrativos, o crédito fiscal relacionado com a dedução fiscal para reinvestimento de lucros excecionais não era concedido sistematicamente, mas apenas sob determinadas condições que não se verificavam de forma contínua [74], o que implica que não era suscetível de neutralizar sistematicamente e em cada exercício fiscal a vantagem conferida pela taxa preferencial de imposto. Por outro lado, no considerando 95 da decisão controvertida, a Comissão indicou igualmente que o impacto efetivo dessas deduções era tido em consideração no momento da quantificação do auxílio, verificando, para cada exercício, a eventual materialização do auxílio. Assim sendo, a abordagem adotada pela Comissão na decisão controvertida é conforme às considerações expostas nos n.os 99 a 113 das presentes conclusões. Daqui resulta que as censuras mencionadas no número anterior devem ser definitivamente julgadas improcedentes.

124. No entanto, o litígio não parece estar em condições de ser julgado definitivamente pelo Tribunal de Justiça quanto aos outros argumentos suscitados no âmbito do segundo fundamento de recurso, indicados nos n.os 39 e 40 do acórdão recorrido, nem quanto ao terceiro, quarto e quinto fundamentos invocados em primeira instância pelo FC Barcelona.

125. Daqui resulta que, na minha opinião, o processo deve ser remetido ao Tribunal Geral para que este possa examinar esses argumentos e fundamentos de recurso.

73 V. n.º 38 do acórdão recorrido.

74 V. n.º 15 das presentes conclusões.

VI. Conclusão

126. À luz das considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que decida do seguinte modo:

1) O Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 26 de fevereiro de 2019, Fútbol Club Barcelona/Comissão (T-865/16, EU:T:2019:113), é anulado.

2) O processo é remetido ao Tribunal Geral da União Europeia.

3) Reserva-se para final a decisão quanto às despesas.