Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
apresentadas em 19 de setembro de 2018 [1]

Processo C-374/17

Finanzamt B
contra
A-Brauerei,
na presença de
Bundesministerium der Finanzen

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Bundesfinanzhof (Supremo Tribunal Tributário Federal, Alemanha)]

«Reenvio prejudicial — Auxílios concedidos pelos Estados — Seletividade material — Inexistência — Critério de disponibilidade geral — Medida geral — Quadro de referência — Comparabilidade — Justificação assente na natureza ou na economia geral do quadro de referência — Benefício fiscal — Imposto sobre a transmissão de imóveis — Isenção a favor de operações de transformação dentro de um grupo de sociedades — Requisito de participação de pelo menos 95% no capital social das sociedades participantes — Períodos de detenção de cinco anos antes e depois da operação de transformação»

I. Introdução

1. Por decisão de 30 de maio de 2017, o Bundesfinanzhof (Supremo Tribunal Tributário Federal, Alemanha) dirigiu ao Tribunal de Justiça um pedido com vista a obter uma decisão prejudicial relativa à interpretação do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE.

2. Esta questão insere-se no âmbito de um litígio que opõe a A-Brauerei e a Finanzamt B (administração fiscal, Alemanha) a respeito da decisão desta última de excluir a operação de incorporação pela A-Brauerei da sua filial, T-GmbH, do benefício de isenção previsto no artigo 6.ºa da Grunderwerbsteuergesetz (Lei relativa ao imposto sobre a transmissão de imóveis, versão de 26 de fevereiro de 1997, BGBl. I, p. 418, 1804, última alteração introduzida pelo artigo 12.º, n.º 1, da lei de 22 de junho de 2011, BGBl. I, p. 1126, a seguir «GrEStG»). Em substância, esta disposição isenta do imposto sobre a transmissão de imóveis determinadas operações de transformação realizadas dentro de um grupo de sociedades.

3. O órgão jurisdicional de reenvio considera que a incorporação da T-GmbH pela A-Brauerei é abrangida pelo artigo 6.ºa da GrEStG e, por conseguinte, deve beneficiar da isenção do imposto sobre a transmissão de imóveis. Não obstante, este órgão jurisdicional tem dúvidas sobre se esta isenção deve ser qualificada como «auxílio estatal» na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE. O órgão

1 Língua original: francês.

jurisdicional sublinha que a qualificação como «auxílio estatal» no contexto do processo principal dependerá essencialmente da interpretação do requisito de seletividade. O referido órgão jurisdicional considera, no entanto, que a isenção prevista no artigo 6.ºa da GrEStG não é seletiva e, por conseguinte, não constitui um auxílio estatal.

4. Devo salientar, a título preliminar, que a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a seletividade material se caracteriza pela coexistência de dois métodos de análise, nomeadamente em matéria fiscal, o que é confirmado pela comunicação da Comissão Europeia sobre o conceito de «auxílio estatal» [2].

5. Por um lado, o método de análise clássico, que pode ser deduzido da letra do TFUE [3], baseia-se no critério de disponibilidade geral. De acordo com esta abordagem, aplicada nomeadamente no Acórdão Comissão e Espanha/Governo de Gibraltar e Reino Unido [4], é seletivo qualquer benefício que não esteja disponível para todas as empresas presentes no território nacional. O critério da disponibilidade geral exige não que todas as empresas usufruam efetivamente do benefício em causa, mas sim que todas *possam* dele usufruir [5].

6. Por outro lado, o método dito «do quadro de referência», que remonta ao Acórdão Paint Graphos e o. [6] proferido em 2011 e que foi confirmado no Acórdão Comissão/World Duty Free Group e o. [7], assenta no critério da discriminação [8]. De acordo com esta abordagem em três etapas, um benefício é seletivo quando constitui uma derrogação do quadro de referência pertinente, quando não está disponível para todas as empresas que se encontrem em situações comparáveis e quando não é justificado pela natureza ou pela economia geral do regime em causa [9].

7. Cada um destes dois métodos de análise visa diferenciar as medidas seletivas, abrangidas pelo artigo 107.º, n.º 1, TFUE, das medidas gerais, não abrangidas. No âmbito do presente processo, a aplicação de cada um destes dois métodos conduz, na minha opinião, ao mesmo resultado, ou seja, a inexistência de seletividade na isenção prevista no artigo 6.ºa da GrEStG.

8. Não obstante, proponho ao Tribunal de Justiça que aplique *apenas o método de análise clássico* e decida, de acordo com este método, que a isenção prevista no artigo 6.ºa da GrEStG constitui uma medida geral uma vez que é acessível a qualquer empresa presente no território nacional, e mesmo a qualquer empresa nacional ou estrangeira que detenha um imóvel em território nacional [10].

9. De facto, confesso ter algumas inquietações em relação às consequências do recurso ao método do quadro de referência, tanto no plano substantivo como formal [11]. Parece-me nomeadamente que este método comporta o risco de estender a disciplina dos auxílios estatais a qualquer diferenciação fiscal, convidando a uma revisão de todos os regimes fiscais dos Estados-Membros em busca de discriminações.

2 V. comunicação da Comissão relativa ao conceito de auxílio estatal referido no artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, C/2016/2946 (JO 2016, C 262, p. 1, a seguir a «Comunicação da Comissão sobre o conceito de auxílio estatal»), n.ºs 128 a 131.

3 Nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, são proibidos os auxílios «favorecendo certas empresas ou certas produções», designadamente os auxílios que não estão disponíveis para todas as empresas e todas as produções. Por outro lado, esta disposição não contém qualquer referência ao conceito de «discriminação», ao contrário de outras disposições do TFUE.

4 Acórdão de 15 de novembro de 2011 (C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732, n.ºs 73 e 103 a 108).

5 V. n.º 94 das presentes conclusões.

6 Acórdão de 8 de setembro de 2011 (C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, n.º 49).

7 Acórdão de 21 de dezembro de 2016 (C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981).

8 V. n.º 63 das presentes conclusões e referências citadas em nota de rodapé.

9 V. n.º 118 das presentes conclusões.

10 V. n.ºs 89 a 116 das presentes conclusões.

11 V. n.ºs 61 a 88 das presentes conclusões.

10. A título subsidiário, irei expor os motivos pelos quais a aplicação do método do quadro de referência conduz à mesma conclusão, ou seja, a inexistência de auxílio estatal, sem ocultar as dificuldades consideráveis que suscita a aplicação deste método [12].

II. Quadro jurídico alemão

11. O artigo 1.º do Umwandlungsgesetz (Lei alemã relativa à transformação de sociedades, a seguir «UmwG») tem a seguinte redação:

«(1) As entidades jurídicas com sede no território nacional podem ser objeto de transformação:

1. por fusão;

2. por cisão (cisão mediante dissolução e [transmissão de todo o património, cisão sem dissolução e transmissão parcial do património, cisão através da constituição de filiais]);

3. por transmissão do património;

[…]»

12. O artigo 2.º da UmwG estipula:

«A fusão de entidades jurídicas pode ser feita por dissolução sem liquidação:

1. por incorporação, transmitindo-se todo o património de uma ou mais entidades jurídicas (entidades incorporadas) para outra entidade jurídica existente (entidade incorporante) […]»

13. O artigo 1.º do GrEStG dispõe:

«(1) O imposto sobre a transmissão de imóveis incide sobre os seguintes atos jurídicos que se refiram a imóveis situados no território nacional:

1. Um contrato de venda ou outro negócio jurídico que fundamente o direito à transmissão da propriedade;

2. O acordo de transferência de propriedade, se não existir um negócio jurídico prévio que fundamente o direito à transmissão da propriedade;

3. A transferência da propriedade, se não existir qualquer negócio jurídico prévio que fundamente o direito à transmissão da propriedade e não for necessário qualquer acordo de transferência de propriedade.

[…]

(2a) Se um imóvel situado em território nacional fizer parte do património de uma sociedade em nome coletivo e, durante o prazo de cinco anos, a composição desta se alterar direta ou indiretamente, de tal modo que pelo menos 95% das participações sociais do património social sejam transmitidas para novos sócios, considera-se que se está perante um negócio jurídico de transmissão da propriedade de um imóvel para uma nova sociedade em nome coletivo. […]

12 V. n.os 117 a 195 das presentes conclusões.

(3) Se um imóvel situado no território nacional fizer parte do património de uma sociedade, fica, além disso, sujeito a imposto, quando não haja lugar à tributação nos termos do n.º 2a:

1. Um negócio jurídico que fundamente o direito à transmissão de uma ou de várias participações sociais, se, na sequência da transmissão, pelo menos 95% das participações sociais passarem a ser detidas exclusivamente, direta ou indiretamente, pelo adquirente ou por empresas dominantes e dependentes ou pessoas dependentes, ou ainda por empresas dependentes ou pessoas dependentes;

2. A reunião, direta ou indiretamente, de pelo menos 95% das participações sociais, quando não tenha havido nenhum negócio de natureza obrigacional previsto no n.º 1;

3. Um negócio jurídico que fundamente o direito à transmissão, direta ou indiretamente, de pelo menos 95% das participações sociais;

4. A transmissão, direta ou indiretamente, de pelo menos 95% das participações sociais para outra sociedade, se esta transmissão não for precedida de um negócio de natureza obrigacional, previsto no n.º 3».

14. O artigo 6.ºa da GrEStG prevê:

«Estando em causa uma operação jurídica tributável prevista no artigo 1.º, n.º 1, ponto 3, e no artigo 1.º, n.ºs 2a ou 3, que tem por base uma transformação na aceção do artigo 1.º, n.º 1, pontos 1 a 3, da [UmwG], o imposto não é liquidado; […] o disposto no primeiro período também se aplica às transformações equivalentes previstas pelo Direito de um Estado-Membro da União Europeia ou de um Estado no qual se aplique o Acordo relativo ao Espaço Económico Europeu. O disposto no primeiro período só se aplica quando participar na operação de transformação, exclusivamente, uma empresa dominante e uma ou várias sociedades dela dependentes ou várias empresas dependentes de uma empresa dominante. Na aceção do terceiro período, é "dependente" uma sociedade cujo capital ou património social seja detido pela empresa dominante ininterruptamente, direta ou indiretamente, ou ainda, em parte diretamente e em parte indiretamente, até pelo menos 95%, nos cinco anos anteriores e nos cinco anos posteriores a esta operação jurídica.»

III. Processo principal

15. A A-Brauerei, demandante no processo principal e recorrida no recurso de revista (*Revision*), é uma sociedade anónima que exerce uma atividade comercial. Esta sociedade detinha 100% das participações sociais da T-GmbH, proprietária de diversos imóveis. A T-GmbH era, por sua vez, sócia única da E-GmbH.

16. Por contrato de 1 de agosto de 2012, a T-GmbH, na qualidade de sociedade incorporada, transferiu todo o seu património (incluindo portanto os imóveis), com todos os direitos e obrigações, mediante dissolução sem liquidação, nos termos do artigo 1.º, n.º 1, ponto 1, interpretado em conjunto com o artigo 2.º, ponto 1, da UmwG, para a A-Brauerei, na qualidade de sociedade incorporante (fusão por incorporação). A fusão produziu efeitos com a respetiva inscrição no registo comercial em 24 de setembro de 2012. A T-GmbH, participada da A-Brauerei durante cinco anos, foi dissolvida nesta data. A partir de então, a A-Brauerei passou a ser a única sócia da E-GmbH.

17. A administração fiscal, demandada no processo principal e requerente no recurso de revista, considerou que a transmissão dos imóveis para a A-Brauerei, na sequência da fusão com a T-GmbH, constituía uma operação tributável nos termos do artigo 1.º, n.º 1, ponto 3, da GrEStG e que esta operação não se enquadrava na isenção prevista no artigo 6.ºa da GrEStG. A administração fiscal

indeferiu a reclamação da A-Brauerei especificando que a T-GmbH não era uma sociedade dependente na aceção do artigo 6.ºa da GrEStG, com fundamento em que foi dissolvida em virtude da fusão e que, por conseguinte, o prazo legal de detenção de uma participação durante os cinco anos após a operação não foi cumprido.

18. O Finanzgericht (Tribunal Tributário, Alemanha) deu provimento ao recurso interposto pela A-Brauerei e concedeu-lhe o benefício fiscal referido no artigo 6.ºa da GrEStG.

19. No seu recurso de revista (*Revision*) perante o órgão jurisdicional de reenvio, a administração fiscal invoca uma violação do artigo 6.ºa da GrEStG. A referida administração pede a anulação da decisão do *Finanzgericht* (Tribunal Tributário) e que seja negado provimento ao recurso. A A-Brauerei pede que seja negado provimento ao recurso de revista (*Revision*).

20. O Bundesministerium der Finanzen (Ministério Federal das Finanças, Alemanha) constituiu-se interveniente no processo e comunicou que a Comissão Europeia não tinha instaurado um procedimento formal de investigação do benefício fiscal introduzido recentemente pelo artigo 6.ºa da GrEStG.

IV. Questão prejudicial

21. O Bundesfinanzhof (Supremo Tribunal Tributário Federal) prestou esclarecimentos ao Tribunal de Justiça relativamente ao imposto sobre a transmissão de imóveis, criado pelo artigo 1.º, n.º 1, da GrEStG, sobre a isenção prevista no artigo 6.ºa da GrEStG, bem como sobre a pertinência da questão colocada com vista à resolução do litígio no processo principal.

22. Considero útil, para a adequada compreensão do processo principal e das questões do presente processo, reproduzir algumas dessas explicações.

A. Imposto sobre a transmissão de imóveis previsto pelo artigo 1.º, n.º 1, da GrEStG

23. O imposto sobre a transmissão de imóveis previsto pelo artigo 1.º, n.º 1, da GrEStG diz respeito, em princípio, a todas as operações jurídicas que conduzam a uma alteração do titular dos direitos sobre um imóvel situado em território nacional.

24. Entre as operações previstas pelo artigo 1.º, n.º 1, ponto 3, da GrEStG constam, nomeadamente, as alterações de titulares dos direitos como resultado de transformações previstas pelo UmwG tais como a fusão, a cisão ou a transmissão de património. No âmbito destas operações, o património da entidade incorporada é transferido no seu conjunto (sucessão universal) ou parcialmente (transmissão específica) para uma nova entidade jurídica, sem que seja necessária uma transmissão separada dos ativos.

25. Além disso, o artigo 1.º, n.ºs 2a e 3, da GrEStG estabelece uma ficção jurídica em virtude da qual determinadas operações jurídicas que envolvam participações de sociedades são equiparadas a operações jurídicas relativas aos imóveis detidos por estas sociedades e, por conseguinte, são em princípio sujeitas ao imposto sobre a transmissão de imóveis. Todas as situações abrangidas por esta ficção implicam a transferência, global ou sucessiva, de pelo menos 95% das participações sociais da sociedade em causa.

B. A isenção prevista no artigo 6.º-a da GrEStG

26. O artigo 6.º-a da GrEStG prevê uma isenção do imposto sobre a transmissão de imóveis no caso de transformação na aceção do artigo 1.º, n.º 1, pontos 1 a 3, da UmwG. Esta isenção aplica-se a empresas cuja sede se situe em território nacional ou no estrangeiro e beneficia igualmente as transformações análogas previstas pelo direito de um Estado-Membro ou de um Estado no qual se aplique o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu.

27. Contudo, o artigo 6.º-a, terceiro período, da GrEStG restringe o âmbito de aplicação desta isenção às transformações realizadas por grupos de sociedades. Com efeito, devem participar exclusivamente na transformação uma empresa dominante e uma ou várias sociedades dela dependentes ou várias sociedades dependentes de uma empresa dominante. Uma sociedade é qualificada como «dependente» quando o seu capital ou património social for detido pelo menos em 95% e de forma contínua pela empresa dominante, direta ou indiretamente, durante os cinco anos anteriores e os cinco anos posteriores a esta operação.

28. O Bundesfinanzhof (Supremo Tribunal Tributário Federal, Alemanha) salienta que faz uma interpretação lata do artigo 6.º-a da GrEStG, em conformidade com o objetivo deste benefício fiscal que consiste em facilitar as restruturações nos grupos de sociedades.

29. Esta interpretação lata aplica-se ao conceito de «empresa dominante» na aceção do artigo 6.º-a, terceiro período, da GrEStG. Pode ser uma empresa dominante qualquer pessoa singular ou coletiva e qualquer sociedade ou associação de pessoas singulares ou coletivas que exerçam qualquer tipo de atividade económica. Este último requisito é satisfeito, nomeadamente, quando a empresa dominante está presente no mercado através da sua participação na empresa dependente.

30. De acordo com a referida interpretação lata, os períodos de detenção exigidos pelo artigo 6.º-a, quarto período, da GrEStG só são determinantes se forem suscetíveis de ser respeitados na sequência da transformação. Assim, no âmbito de uma fusão de uma sociedade dependente com a sociedade dominante, apenas o período anterior à fusão pode ser respeitado uma vez que, hipoteticamente, a participação da empresa dominante no capital da empresa dependente deixa de existir na sequência da operação de fusão. Não obstante, o benefício fiscal previsto no artigo 6.º-a da GrEStG é concedido se o incumprimento do período de detenção posterior à fusão se dever precisamente à própria operação de fusão. Esta interpretação é válida para as outras operações de transformação previstas no artigo 6.º-a, primeiro período, da GrEStG.

C. Pertinência da questão prejudicial para a resolução do litígio no processo principal

31. O órgão jurisdicional de reenvio considera que a incorporação da T-GmbH pela A-Brauerei está abrangida pelo artigo 6.º-a da GrEStG e, por conseguinte, deve ser isenta do imposto sobre a transmissão de imóveis. Com efeito, participaram na operação de transformação a A-Brauerei, enquanto empresa dominante, e a T-GmbH, que foi incorporada pela A-Brauerei, enquanto sociedade dependente. A A-Brauerei exerce uma atividade económica e deteve 100% das participações sociais da T-GmbH durante mais de cinco anos antes da fusão por incorporação. Além disso, o incumprimento do período de detenção posterior ficou a dever-se à própria operação de fusão.

32. No entanto, este órgão jurisdicional tem dúvidas sobre se esta isenção deve ser qualificada como «auxílio estatal» na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE.

33. O órgão jurisdicional recorda que, de acordo com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, os órgãos jurisdicionais nacionais podem, em matéria de auxílios estatais, conhecer de litígios que os obriguem a interpretar e aplicar o conceito de «auxílio» referido no artigo 107.º, n.º 1, TFUE, em particular com vista a determinar se uma medida estatal foi aplicada em violação do procedimento de exame prévio previsto no artigo 108.º, n.º 3, TFUE.

34. O órgão jurisdicional de reenvio precisa que, se esta isenção for qualificada como «auxílio estatal», o artigo 6.ºa da GrEStG não poderá ser aplicado e o recurso de revista (*Revision*) será suspenso até à decisão da Comissão sobre a compatibilidade deste auxílio com o mercado interno. No caso contrário, deverá ser negado provimento ao recurso de revista (*Revision*) interposto pela administração fiscal, por falta de fundamento, e a A-Brauerei poderá beneficiar da referida isenção.

35. Em particular, o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas sobre a seletividade do benefício fiscal previsto no artigo 6.ºa da GrEStG.

36. Nestas circunstâncias, o Bundesfinanzhof (Supremo Tribunal Tributário Federal) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Deve o artigo 107.º, n.º 1, TFUE ser interpretado no sentido de que constitui um auxílio proibido por este artigo o facto de, segundo a legislação de um Estado-Membro, não ser liquidado o imposto sobre a transmissão de imóveis que incide sobre uma operação de aquisição tributável consubstanciada numa transformação (fusão), no caso de, nessa operação de transformação, participarem determinadas entidades (empresa dominante e uma sociedade dependente) e a empresa dominante detiver uma participação de 100% na sociedade dependente nos cinco anos anteriores e nos cinco anos posteriores à operação de transformação?»

V. Processo perante o Tribunal de Justiça

37. O pedido de decisão prejudicial deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 21 de junho de 2017.

38. Foram apresentadas observações escritas pela A-Brauerei, pelo Governo alemão e pela Comissão.

39. Compareceram na audiência de 11 de junho de 2018 para serem ouvidas as suas observações os representantes da A-Brauerei, o Governo alemão e a Comissão.

VI. Análise

40. Através da sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio procura saber, em substância, se o artigo 107.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que deve ser qualificado como «auxílio estatal» um benefício fiscal como o que está em causa no processo principal, que consiste em isentar do imposto sobre a transmissão de imóveis uma operação de transformação num grupo de sociedades, no presente caso uma fusão, na qual participem uma empresa dominante e uma sociedade dependente, considerando-se que a empresa dominante deve deter uma participação de pelo menos 95% na sociedade dependente nos cinco anos anteriores à operação e, em princípio, nos cinco anos posteriores à mesma.

41. Nos termos do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

42. De acordo com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a qualificação com «auxílio estatal», na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, requer que todos os requisitos previstos nesta disposição sejam preenchidos [13].

43. As dificuldades que o presente processo levanta concentram-se no requisito de seletividade [14].

44. O órgão jurisdicional de reenvio, a A-Brauerei e o Governo alemão consideram que a isenção fiscal em causa no litígio do processo principal não preenche este requisito e, por conseguinte, não pode ser qualificada como «auxílio estatal». A Comissão defende a posição inversa.

45. À semelhança da posição defendida pelo órgão jurisdicional de reenvio, pela A-Brauerei e pelo Governo alemão, sou de opinião que esta isenção fiscal não é seletiva. Esta inexistência de seletividade deve ser deduzida a partir da aplicação do método de análise clássico da seletividade, baseado no critério de «disponibilidade geral» (Secção C), bem como a partir da aplicação do método do quadro de referência, apesar das suas dificuldades de aplicação (Secção D).

46. Todavia, antes de mais, desejo sublinhar a importância decisiva que reveste a interpretação do requisito de seletividade em matéria fiscal (Secção A) bem como a importância sistemática da escolha do método de análise da seletividade (Secção B).

A. Quanto à importância decisiva do requisito de seletividade em matéria fiscal

47. O requisito de seletividade é decisivo para a qualificação como «auxílio estatal» em matéria fiscal uma vez que uma medida fiscal que introduza uma diferenciação entre operadores económicos satisfaz, em regra geral, os *demais* requisitos exigidos para efeitos dessa qualificação.

48. A qualificação como «auxílio estatal» na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE depende do preenchimento de seis requisitos [15]. Em primeiro lugar, a medida nacional deve conferir um benefício a uma empresa. Em segundo lugar, este benefício deve ser seletivo. Em terceiro lugar, o referido benefício deve ser imputável ao Estado. Em quarto lugar, o benefício deve ser financiado através de recursos estatais. Em quinto lugar, a medida deve afetar as trocas comerciais entre Estados-Membros. Em sexto lugar, esta medida deve falsear ou ameaçar falsear a concorrência.

49. Destes seis requisitos, três pressupõem-se praticamente preenchidos por qualquer medida nacional que preveja um benefício fiscal, à semelhança da isenção em causa no processo principal.

50. Antes de mais, tal isenção confere um *benefício* aos contribuintes abrangidos pelo seu âmbito de aplicação uma vez que os liberta de um encargo financeiro, concretamente, do imposto sobre a transmissão de imóveis, que, no processo principal, está previsto no artigo 1.º da GrEStG.

13 V., nomeadamente, Acórdãos de 4 de junho de 2015, Comissão/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362, n.os 46 e 47); de 16 de julho de 2015, BVVG (C-39/14, EU:C:2015:470, n.os 23 e 24); e de 18 de fevereiro de 2016, Alemanha/Comissão (C-446/14 P, não publicado, EU:C:2016:97, n.os 21 e 22).

14 Para uma análise aprofundada da evolução do critério de seletividade na jurisprudência do Tribunal de Justiça, v. Piernas López, J. J., *The Concept of State Aid Under EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 103 a 150.

15 A jurisprudência clássica do Tribunal de Justiça agrupa algumas destes requisitos e identifica assim quatro elementos constitutivos do conceito de «auxílio». Em primeiro lugar, devemos estar perante uma intervenção do Estado, ou que ocorra através de recursos do Estado. Em segundo lugar, esta intervenção deve ser suscetível de afetar as trocas comerciais entre Estados-Membros. Em terceiro lugar, a intervenção deve conceder um benefício seletivo ao seu beneficiário. Em quarto lugar, deve falsear ou ameaçar falsear a concorrência. V., nomeadamente, Acórdãos de 18 de maio de 2017, Fondul Proprietatea (C-150/16, EU:C:2017:388, n.º 13), e de 26 de abril de 2018, ANGED (C-233/16, EU:C:2018:280, n.º 37).

51. De seguida, um benefício fiscal normalmente é previsto por uma medida legislativa ou regulamentar, como o artigo 6.ºa da GrEStG no processo principal. Por conseguinte, a exigência de *imputabilidade ao Estado* deve considerar-se satisfeita [16].

52. Por último, o Tribunal de Justiça considerou há já muito tempo que a criação de um benefício fiscal implica a utilização de *recursos do Estado*, e isto apesar da inexistência de uma transferência direta de tais recursos, uma vez que tal benefício resulta da renúncia por parte do Estado-Membro às receitas fiscais que normalmente teria recebido [17].

53. Entre os restantes três requisitos, os relativos à afetação das *trocas comerciais* entre os Estados-Membros e ao risco de distorção da *concorrência* são, na prática, frequentemente satisfeitos quando a medida em causa não for abrangida por um regulamento de *minimis* [18] ou pela prática decisória da Comissão sobre as medidas com efeitos a nível meramente local [19].

54. De acordo com a jurisprudência constante, de facto, não é necessário determinar o impacto real do auxílio em causa sobre as trocas comerciais entre os Estados-Membros e uma distorção efetiva na concorrência, mas apenas verificar se este auxílio é suscetível de afetar as trocas comerciais e falsear a concorrência [20].

55. Em particular, quando um auxílio concedido por um Estado-Membro reforçar a posição de uma empresa em relação à de outras empresas concorrentes nas trocas comerciais entre Estados-Membros, devemos considerar que tais trocas foram influenciadas pelo auxílio, sem que seja necessário que a própria empresa beneficiária participe nas trocas comerciais entre Estados-Membros [21].

56. Além disso, não existe limite ou percentagem abaixo do qual se possa considerar que as trocas comerciais entre Estados-Membros não são afetadas. Na verdade, a importância relativamente pequena de um auxílio ou a dimensão relativamente modesta da empresa beneficiária não excluem *a priori* a eventualidade de as trocas comerciais serem afetadas [22].

57. Quanto ao requisito de distorção da concorrência, foi esclarecido que os auxílios destinados a libertar uma empresa das despesas que normalmente teria de suportar com a sua gestão corrente ou com as suas atividades normais, em princípio, falseiam as condições de concorrência [23]. A este respeito, o Tribunal de Justiça já decidiu que, uma vez que confere um benefício económico aos operadores económicos em causa, um benefício fiscal é suscetível de falsear a concorrência [24].

16 V., a este respeito, Acórdãos de 19 de dezembro de 2013, Association Vent De Colère! e o. (C-262/12, EU:C:2013:851, n.os 17 e 18), e de 13 de setembro de 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671, n.os 21 e 22).

17 V., nomeadamente, Acórdãos de 15 de março de 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, EU:C:1994:100, n.º 14); de 19 de setembro de 2000, Alemanha/Comissão (C-156/98, EU:C:2000:467, n.os 26 a 28); e de 15 de dezembro de 2005, Itália/Comissão (C-66/02, EU:C:2005:768, n.os 76 a 81).

18 V., nomeadamente, o Regulamento (UE) n.º 1407/2013 da Comissão, de 18 de dezembro de 2013, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios de *minimis* (JO 2013, L 352, p. 1). Saliento que a aplicabilidade deste Regulamento não foi mencionada no processo submetido ao Tribunal de Justiça.

19 V. comunicação da Comissão sobre o conceito de auxílio estatal, n.os 196 e 197.

20 V., nomeadamente, Acórdãos de 8 de setembro de 2011, Paint Graphos e o. (C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, n.º 78); de 9 de outubro de 2014, Ministerio de Defensa e Navantia (C-522/13, EU:C:2014:2262, n.º 51); e de 27 de junho de 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, n.º 78).

21 V., nomeadamente, Acórdãos de 15 de dezembro de 2005, Itália/Comissão (C-66/02, EU:C:2005:768, n.º 117); de 8 de setembro de 2011, Paint Graphos e o. (C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, n.os 79 e 80); de 19 de março de 2015, OTP Bank (C-672/13, EU:C:2015:185, n.os 55 e 56).

22 V., nomeadamente, Acórdãos de 21 de março de 1990, Bélgica/Comissão (C-142/87, EU:C:1990:125, n.º 43); de 21 de julho de 2005, Xunta de Galicia (C-71/04, EU:C:2005:493, n.º 41); e de 17 de julho de 2008, Essent Netwerk Noord e o. (C-206/06, EU:C:2008:413, n.º 76).

23 V. Acórdãos de 30 de abril de 2009, Comissão/Itália e Wam (C-494/06 P, EU:C:2009:272, n.º 54); de 27 de junho de 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, n.º 80); e de 26 de abril de 2018, ANGED (C-233/16, EU:C:2018:280, n.º 66).

24 V., neste sentido, Acórdãos de 3 de março de 2005, Heiser (C-172/03, EU:C:2005:130, n.º 55), e de 17 de novembro de 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, EU:C:2009:709, n.º 53).

58. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio avaliar se estes dois requisitos estão preenchidos no quadro específico do processo principal. Em todo o caso, parece-me indubitável que, independentemente deste litígio, a isenção em causa se destina a ser aplicada em circunstâncias em que estes dois requisitos estejam efetivamente preenchidos.

59. Resulta do que foi exposto que os cinco primeiros requisitos exigidos pela qualificação de «auxílio estatal» estão, em princípio, satisfeitos pela isenção prevista no artigo 6.ºa da GrEStG. A qualificação como «auxílio estatal» desta isenção dependerá por conseguinte, em primeira instância, da sua eventual natureza seletiva. Em termos mais gerais, é por este motivo que a seletividade reveste uma importância decisiva para efeitos de qualificação como «auxílio estatal» em matéria fiscal.

60. É à luz desta importância decisiva do requisito de seletividade em matéria fiscal que importa sublinhar a importância sistemática da escolha do método de análise da seletividade.

B. Quanto à importância sistemática da escolha do método de análise da seletividade e quanto à distinção entre o critério de disponibilidade geral e o da discriminação

61. Como já referi na introdução das presentes conclusões, a jurisprudência do Tribunal de Justiça caracteriza-se pela coexistência de dois métodos de análise da seletividade material, o primeiro fundamentado no critério da disponibilidade geral (método de análise clássico), o segundo no critério da discriminação (método do quadro de referência).

62. Estes dois métodos têm, na prática, implicações diferentes não só no plano *substancial*, nomeadamente no âmbito de aplicação da disciplina dos auxílios estatais, mas também no plano *formal*, nomeadamente quanto à qualidade da análise requerida para determinar a existência de um auxílio.

63. Em primeiro lugar, no que diz respeito às implicações no plano substancial, no método do quadro de referência, que assenta no conceito de «discriminação» [25], levanta-se a questão da legitimidade de *qualquer diferenciação* feita pelos Estados-Membros em matéria fiscal.

64. Comparativamente, no método de análise clássico restringe-se o alcance do exame realizado no contexto dos auxílios estatais *às diferenciações que não estão geralmente disponíveis*, nomeadamente as diferenciações de que não podem beneficiar todas as empresas que operam no território nacional.

65. Apesar de, em teoria, estes dois critérios poderem parecer similares, na prática, os mesmos têm um alcance sensivelmente diferente.

66. Para citar um exemplo extremo, uma medida que preveja taxas tributárias progressivas, definidas em função do nível de rendimentos, constitui incontestavelmente uma medida geral segundo o método de análise clássico uma vez que qualquer empresa pode beneficiar de taxas mais favoráveis. Pelo contrário, segundo o método do quadro de referência, as taxas mais favoráveis constituem uma diferenciação que deve ser validada quer pela inexistência de comparabilidade (segunda etapa), quer pela existência de uma justificação assente na natureza ou na economia geral do regime em causa (terceira etapa).

25 V. Acórdãos de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, n.º 53), e Comissão/World Duty Free Group e o. (C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981, n.º 54), e de 28 de junho de 2018, Andres/Comissão (C-203/16 P, EU:C:2018:505, n.º 83). V. igualmente, a este propósito, Thomas, S., «Seletividade e discriminação: algumas reflexões em torno dos Acórdãos do Tribunal de Justiça de 21 de dezembro de 2016 nos processos World Duty Free Group e Hansestadt Lübeck», *Revue Lamy de la Concurrence*, n.º 58, 1 de fevereiro de 2017.

67. Para ser absolutamente claro, não quero com isto dizer que o método do quadro de referência levaria automaticamente à qualificação como «seletivas» das taxas tributárias progressivas [26], mas sim que este método inclui essa possibilidade, uma vez que conduz a interrogações a respeito da legitimidade de medidas que o método de análise clássico afastaria a montante. Este risco de extensão da disciplina dos auxílios estatais pode dizer respeito, nomeadamente, a medidas semelhantes às que o Tribunal de Justiça qualificou como «gerais» no passado [27].

68. Por outras palavras, o campo de investigação do teste de discriminação é sensivelmente mais extenso que o do teste da disponibilidade geral. De facto, o teste de discriminação aplica-se, em princípio, a *qualquer* critério de diferenciação, em especial em matéria fiscal [28].

69. Comparativamente, o teste de disponibilidade geral visa unicamente os critérios de diferenciação que excluem irremediavelmente determinadas empresas ou produções do benefício em causa. Não é o caso, nomeadamente, das diferenciações baseadas na utilização de instrumentos jurídicos, tais como a isenção prevista no artigo 6.ºa GrEStG em causa no processo principal. Assim, segundo o método de análise clássico, esta isenção é uma medida geral uma vez que qualquer empresa pode estruturar as suas atividades num grupo de sociedades e proceder, se for caso disso, a uma das operações de transformação previstas no artigo 6.ºa da GrEStG [29].

70. Em contrapartida, esta isenção poderá ser qualificada como «seletiva» em aplicação do método do quadro de referência, se a instância chamada a decidir (a Comissão, o Tribunal Geral, o Tribunal de Justiça ou o juiz nacional) considerar que a diferença de tratamento daí decorrente não pode ser validada pela inexistência de comparabilidade [30] ou pela existência de uma justificação [31].

71. Outra forma de explicar a diferença de alcance destas duas abordagens consiste em questionar em que momento devemos colocar-nos para apreciar a seletividade de um benefício. De acordo com o método de análise clássico, assente na ideia de disponibilidade, a seletividade aprecia-se *antes* do momento em que uma empresa toma uma decisão que lhe permite ter um benefício, como um investimento, a contratação de um trabalhador ou uma operação de transformação dentro de um grupo de sociedades. De acordo com esta primeira abordagem, um benefício não é seletivo se o comportamento visado por este benefício pode ser adotado por qualquer empresa [32].

26 A este respeito observo que a comunicação da Comissão sobre o critério de auxílio estatal especifica, no n.º 139, que a natureza progressiva do imposto sobre o rendimento e a sua lógica redistributiva podem constituir justificações assentes na natureza ou na economia geral do regime em causa. V. igualmente o n.º 187 das presentes conclusões.

27 V. n.os 95 a 97 das presentes conclusões.

28 Como já indiquei nos n.os 47 a 60 das presentes conclusões, as outras condições previstas no artigo 107.º, n.º 1, TFUE são normalmente satisfeitas em matéria fiscal.

29 V. n.os 89 a 116 das presentes conclusões.

30 V. n.os 141 à 179 das presentes conclusões.

31 V. n.os 180 a 195 das presentes conclusões.

32 V., a este propósito, Nicolaides, P., «Excessive Widening of the Concept of Selectivity», *European State Aid Law Quarterly*, 2017, vol. 1, p. 62 a 72, p. 70: «[T]he moment a company decides to hire an additional employee or increase its investment in research it enjoys tax benefits which are not available to similar companies which do not make the same choices. This is the unavoidable outcome of the natural functioning of tax systems. However, it does not matter that some companies do not enjoy those benefits because they choose not to enjoy them. The relevant issue is that they are not precluded by law from enjoying them. […] It follows that the question as to whether companies are subject to different treatment must be asked *before* companies make their investment, hiring or research decisions, etc., *not after*. The issue of discrimination between companies arises at the point where they make their choices. If some companies are not allowed to benefit from a certain tax rule while others are allowed, then the former face adverse discrimination and are subject to different treatment» (o sublinhado é meu). No mesmo sentido, v. Derenne, J., «Comissão v World Duty Free Group a.o.: Selectivity in (Fiscal) State Aid, quo vadis Curia?», *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, vol. 8, n.º 5, pp. 311 a 313, p. 313: «However, one could argue that this is not the effect of the measure itself but rather the effect of the choice of the undertakings selecting or not to invest in foreign companies. […] An unconditional tax advantage linked to an activity accessible to any undertaking does not appear to be selective».

72. Por outro lado, o método do quadro de referência leva a apreciar a seletividade *após* essa tomada de decisão, comparando a situação das empresas que beneficiam efetivamente do benefício — porque adotaram o comportamento visado — com a situação das empresas que não beneficiam dele — porque não adotaram esse comportamento. Obviamente, esta segunda abordagem faz entrar na disciplina dos auxílios estatais um grande número de diferenciações fiscais que são excluídas a montante pela primeira abordagem [33].

73. Em resumo, o método do quadro de referência tem tendência para transformar a disciplina dos auxílios estatais num *teste de discriminação geral*, dirigido a todos os critérios de diferenciação, e exorta assim a passar em revista todos os regimes fiscais dos Estados-Membros, na medida em que estes regimes são estruturados em torno de diferenciações [34]. A severidade deste teste é, além disso, agravada pelas restrições quanto aos objetivos que podem ser invocados tanto na fase da comparabilidade [35] como na da justificação [36].

74. Ora, num domínio como o da fiscalidade, que está intimamente ligado à soberania dos Estados-Membros, que não está ou está pouco harmonizado a nível da União, e que levanta questões políticas delicadas como a igualdade perante o imposto ou a progressividade do imposto, pode colocar-se a questão de saber se a utilização de um método de análise menos intrusivo, baseado no conceito de «disponibilidade geral», não seria mais apropriado.

75. Recordo a este respeito que a apreciação da compatibilidade das medidas de auxílio com o mercado interno, no âmbito do artigo 107.º, n.os 2 e 3, TFUE, é da competência exclusiva da Comissão [37].

76. Para além dos casos concretos mencionados no artigo 107.º, n.º 2, TFUE, cuja importância prática é reduzida devido à sua especificidade, a Comissão dispõe a este respeito de um amplo poder de apreciação cujo exercício implica avaliações de ordem económica e social [38]. Assim, apesar de *a Comissão dever sempre pronunciar-se sobre a compatibilidade com o mercado comum dos auxílios estatais sobre os quais exerce controlo, mesmo quando estes não lhe tenham sido notificados, a Comissão não é obrigada a declarar esses auxílios compatíveis com o mercado comum* [39]. Além disso, tratando-se de exceções ao princípio geral da incompatibilidade dos auxílios estatais com o mercado comum, o artigo 107.º, n.os 2 e 3, TFUE deve ser objeto de uma interpretação restrita [40].

33 V., nomeadamente, Nicolaides, P., *op. cit.*, p. 72, bem como Derenne, J., *op. cit.*, p. 313.

34 Qualquer política fiscal tem como base as diferenciações estabelecidas em função de objetivos sociais, económicos, ambientais ou outros prosseguidos pelo Estado em causa. Estas diferenciações fiscais podem nomeadamente tomar a forma de isenções, de deduções, de créditos de imposto ou ainda de taxas tributárias diferenciadas (nomeadamente progressivas).

35 V. n.os 149 a 159 das presentes conclusões.

36 V. n.os 180 a 186 das presentes conclusões.

37 V., nomeadamente, Acórdãos de 21 de novembro de 2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, n.º 28); de 19 de julho de 2016, Kotnik e o. (C-526/14, EU:C:2016:570, n.º 37); de 26 de outubro de 2016, DEI e Comissão/Alouminion tis Ellados (C-590/14 P, EU:C:2016:797, n.º 96); e de 18 de maio de 2017, Fondul Proprietatea (C-150/16, EU:C:2017:388, n.º 42).

38 V., nomeadamente, Acórdãos de 23 de fevereiro de 2006, Atzeni e o. (C-346/03 e C-529/03, EU:C:2006:130, n.º 84); de 8 de março de 2016, Grécia/Comissão (C-431/14 P, EU:C:2016:145, n.º 68); e de 19 de julho de 2016, Kotnik e o. (C-526/14, EU:C:2016:570, n.º 38). V. igualmente Bacon, K., *European Union Law of State Aid*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 2.ª edição, n.º 3.26: «Article 107(3) gives the Commission a power to exempt particular types of aid from the general prohibition contained in Article 107(1). But it is under no obligation to do so. In consequence, the Commission enjoys a wide discretion in its application of Article 107(3)».

39 V., nomeadamente, Acórdãos de 26 de setembro de 2002, Espanha/Comissão (C-351/98, EU:C:2002:530, n.º 75); de 13 de fevereiro de 2003, Espanha/Comissão (C-409/00, EU:C:2003:92, n.º 94); e de 29 de abril de 2004, Itália/Comissão (C-91/01, EU:C:2004:244, n.º 44).

40 V., nomeadamente, Acórdãos de 30 de setembro de 2003, Alemanha/Comissão (C-301/96, EU:C:2003:509, n.os 66, 71, 106 e 131); de 23 fevereiro de 2006, Atzeni e o. (C-346/03 e C-529/03, EU:C:2006:130, n.º 79); e de 14 de outubro de 2010, Nuova Agricast e Cofra/Comissão (C-67/09 P, EU:C:2010:607, n.º 74).

77. Tendo em conta a competência exclusiva e o amplo poder de apreciação da Comissão no que diz respeito à compatibilidade dos auxílios com o mercado interno, um alargamento do âmbito de aplicação da disciplina dos auxílios estatais, através do método do quadro de referência, conferiria à Comissão o poder de «nivelar» os regimes fiscais nacionais ao exigir a supressão de diferenciações legitimamente estabelecidas por razões sociais, económicas, ambientais ou outras [41].

78. A outorga de semelhante poder à Comissão seria, a meu ver, dificilmente conciliável com o princípio da autonomia dos Estados-Membros em matéria fiscal. De facto, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, na falta de regulamentação da União nesta matéria, a designação da base tributável e a repartição da carga fiscal pelos diferentes fatores de produção e pelos diferentes setores económicos enquadra-se na competência fiscal dos Estados-Membros [42].

79. Por outras palavras, não compete à Comissão pronunciar-se, no âmbito dos auxílios estatais, sobre cada diferença de tratamento resultante da repartição da carga fiscal definida por cada Estado-Membro.

80. Podemos igualmente colocar a questão de saber se o recurso ao método do quadro de referência obrigaria de facto os Estados-Membros a notificar à Comissão, nos termos do artigo 108.º, n.º 3, TFUE, a grande maioria das suas medidas nacionais em matéria de política fiscal, nomeadamente as que executam o seu orçamento anual ou as medidas acessíveis a qualquer empresa como a isenção em causa no processo principal.

81. Comparativamente, o recurso ao método de análise clássico, com base no critério da disponibilidade geral, permite recentrar a disciplina dos auxílios estatais, e, em primeira instância, a ação da Comissão, nas medidas mais prejudiciais para a concorrência no mercado interno, concretamente os auxílios individuais e os auxílios setoriais [43]. As medidas intersetoriais, pelo contrário, só seriam submetidas a esta disciplina na hipótese de se determinar que são indiretamente seletivas e, por conseguinte, prejudiciais para a concorrência no mercado interno (exceção «Gibraltar» [44]).

82. Em segundo lugar, interrogo-me igualmente sobre as implicações do método do quadro de referência *no plano formal*, concretamente sobre a qualidade da análise requerida para determinar a existência de um auxílio, e isto pelas quatro razões seguintes. Saliento que estas dificuldades formais foram igualmente identificadas pela doutrina [45].

83. Em primeiro lugar, ao contrário do método de análise clássico, o método do quadro de referência é estruturado formalmente em torno de três etapas sucessivas, cujo conteúdo preciso é incerto [46].

41 Como já referi nos n.os 47 a 60 das presentes conclusões, os outros requisitos previstos no artigo 107.º, n.º 1, TFUE estão em princípio satisfeitos em matéria fiscal, pelo que a qualificação de uma diferenciação fiscal como «auxílio estatal» depende, em primeira instância, da sua natureza seletiva. Por conseguinte, a interpretação do requisito de seletividade determinará em grande medida o alcance do poder de «nivelamento» concedido à Comissão no que diz respeito aos regimes fiscais nacionais.

42 V., nomeadamente, Acórdãos de 15 de novembro de 2011, Comissão e Espanha/Governo de Gibraltar e Reino Unido (C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732, n.º 97), e de 26 de abril de 2018, ANGED (C-236/16 e C-237/16, EU:C:2018:291, n.º 38).

43 Estou a pensar nomeadamente no problema das decisões fiscais («*tax rulings*») graças às quais determinadas empresas poderiam ter benefícios fiscais criados «à medida». V. comunicação da Comissão sobre o conceito de auxílio estatal, n.os 169 a 174.

44 V. n.os 98 a 101 das presentes conclusões.

45 V., nomeadamente, Peiffert, O., «Comparaison n'est pas raison: Pour une clarification du critère de sélectivité d'une aide d'État», *Revue Concurrences*, 2017, n.º 3, pp. 52 a 63, pp. 53 e 54: «[N]ão obstante o crescimento do contencioso na matéria, os acórdãos do [Tribunal de Justiça] e do [Tribunal Geral] parecem por vezes levantar mais questões do que as que resolvem. Do ponto de vista da segurança jurídica, uma clarificação jurisprudencial da [condição de seletividade] afigura-se ainda necessária. [O]s elementos que permitem identificar com certeza a medida não seletiva são raros. A discussão parece deslocar-se no terreno do 'quadro de referência' a partir do qual se deverá comparar os tratamentos reservados às empresas […]. De uma forma mais geral, a jurisprudência atesta que os reenvios prejudiciais são formulados por juízes nacionais confrontados com sérias dificuldades em interpretar a condição de seletividade, necessária para aplicar a obrigação de *standstill* que é da sua competência.»

46 V. n.os 121 a 140 (primeira etapa), 141 a 179 (segunda etapa) e 180 a 195 (terceira etapa) das presentes conclusões.

84. Em segundo lugar, no contexto específico do presente processo, a aplicação deste método suscita, a meu ver, numerosas dificuldades, que explicam em grande parte a dimensão incomum das presentes conclusões. Estas dificuldades são ainda mais notáveis pelo facto de o regime fiscal em causa no presente processo ser relativamente comum.

85. Em terceiro lugar, esta metodologia tem tendência para deslocar o debate sobre a seletividade para questões formais como a identificação do quadro de referência pertinente. Assim, no recente Acórdão Andres/Comissão [47], o Tribunal de Justiça decidiu, corretamente a meu ver, que o Tribunal Geral tinha cometido um erro de direito na fase de identificação do quadro de referência pertinente. Entretanto, confrontado com este erro formal cometido na primeira etapa do método do quadro de referência, o Tribunal de Justiça não teve oportunidade de se pronunciar sobre a questão de fundo, designadamente o caráter seletivo ou não do benefício fiscal que beneficiava indiretamente as empresas em dificuldades.

86. Em quarto lugar, podemos colocar a questão de saber se é conveniente impor uma análise de semelhante complexidade às pessoas chamadas a avaliar a existência de um auxílio a nível nacional. Estou a pensar em primeiro lugar nos funcionários nacionais encarregados de notificar as medidas de auxílio à Comissão, a seguir nas empresas que podem ser chamadas a reembolsar um auxílio concedido ilegalmente e por fim nos órgãos jurisdicionais nacionais encarregados de remediar a concessão ilegal de um auxílio [48]. Saliento que é precisamente em execução desta missão que o órgão jurisdicional de reenvio apresentou ao Tribunal de Justiça o presente reenvio prejudicial [49].

87. Por todas as razões referidas, tanto substanciais como formais, proponho ao Tribunal de Justiça que aplique, não apenas no presente processo, mas de uma forma geral em matéria fiscal, o método de análise clássico baseado no critério da disponibilidade geral.

88. Como se poderá verificar na secção seguinte, a aplicação deste método de análise clássico permite concluir, sem dificuldade, pelo caráter não seletivo da isenção criada pelo artigo 6.ºa da GrEStG.

C. Quanto à aplicação do método de análise clássico da seletividade e a qualificação da isenção prevista no artigo 6.ºa da GrEStG como medida geral

89. O artigo 107.º TFUE proíbe os auxílios que «favore[çam] certas empresas ou certas produções», ou seja, os auxílios seletivos [50].

90. De acordo com uma jurisprudência constante, os benefícios resultantes de uma medida geral aplicável sem distinção a todos os operadores económicos não constituem auxílios estatais na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE [51].

47 Acórdão de 28 de junho de 2018 (C-203/16 P, EU:C:2018:505). Este processo diz respeito a um regime fiscal que comporta uma regra geral (reporte de prejuízo), uma derrogação (recusa parcial ou total do reporte de prejuízo em caso de alteração significativa das participações) e uma derrogação à derrogação (o reporte de prejuízo volta a ser possível quando a alteração significativa da participação visa o saneamento da sociedade). O Tribunal de Justiça decidiu que o Tribunal Geral tinha cometido um erro de direito ao confirmar a análise da Comissão segundo a qual o quadro de referência apenas era constituído pela derrogação, com exclusão da regra geral.

48 V., nomeadamente, Acórdãos de 21 de novembro de 2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, n.º 28); de 15 de setembro de 2016, PGE (C-574/14, EU:C:2016:686, n.º 31); e de 18 de maio de 2017, Fondul Proprietatea (C-150/16, EU:C:2017:388, n.º 42).

49 V. n.ºs 33 e 34 das presentes conclusões.

50 V., nomeadamente, Acórdãos de 9 de outubro de 2014, Ministerio de Defensa e Navantia (C-522/13, EU:C:2014:2262, n.º 32), e de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, n.º 41).

51 V., nomeadamente, Acórdãos de 29 de março de 2012, 3M Itália (C-417/10, EU:C:2012:184, n.º 39); de 26 de abril de 2018, ANGED (C-236/16 e C-237/16, EU:C:2018:291, n.º 27); e de 28 de junho de 2018, Lowell Financial Services/Comissão (C-219/16 P, não publicado, EU:C:2018:508, n.º 87).

91. Ao contrário do método do quadro de referência, que irei examinar na secção seguinte, o método de análise clássico assenta não na ideia de discriminação [52] mas na de *disponibilidade geral*. De acordo com esta abordagem, é seletiva qualquer medida que confira um benefício cuja disponibilidade é reservada a «certas empresas ou certas produções», de acordo com a redação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, que não faz referência ao conceito de «discriminação».

92. Em aplicação desta abordagem, devem ser qualificados como «seletivos» os benefícios que são reservados seja a uma ou diversas empresas ou categorias de empresas, seja a um ou diversos setores de atividade [53].

93. Deste modo, o conceito de «medida geral» só está vocacionado para ser aplicado aos benefícios disponibilizados a todas as empresas independentemente do seu setor de atividade, ou seja, aos benefícios intersetoriais. Tais benefícios devem, em princípio, ser considerados como medidas gerais, considerando-se que devem, para esse efeito, ser acessíveis a todas as empresas situadas no território nacional [54].

94. Nestas condições, o conceito de «medida geral» não exige que todas as empresas *beneficiem efetivamente* do benefício intersetorial em causa (critério da disposição efetiva), mas apenas que todas as empresas *possam dele beneficiar* (critério da disponibilidade) [55]. É este o significado da jurisprudência segundo a qual o facto de só os contribuintes que preencham os requisitos de aplicação de uma medida poderem beneficiar desta não conferir, por si só, a essa medida um caráter seletivo [56]. Pelo contrário, podem ser qualificados como «seletivos» os benefícios de que são inevitavelmente excluídas certas empresas ou certos setores económicos.

95. A jurisprudência do Tribunal de Justiça inclui diversos exemplos de medidas gerais ou potencialmente gerais. Assim, uma medida fiscal que permita aos contribuintes deduzir o benefício resultante da venda de bens económicos, desde que eles adquiram outros bens económicos, deve ser qualificada como «geral» [57]. Da mesma forma, o facto de uma redução acrescida das contribuições sociais ser reservada apenas às empresas que empregam trabalhadores manuais ou trabalhadores cujo tempo de trabalho ultrapasse um certo número de horas, não é suficiente para concluir pela existência de um auxílio [58].

52 V. n.º 63 das presentes conclusões e referências citadas em nota de rodapé.

53 V., para exemplos de auxílios setoriais, Acórdãos de 19 de maio de 1999, Itália/Comissão (C-6/97, EU:C:1999:251, n.º 17); de 15 de dezembro de 2005, Itália/Comissão (C-66/02, EU:C:2005:768, n.os 96 a 98) e Unicredito Italiano (C-148/04, EU:C:2005:774, n.os 45 a 49); e de 30 de junho de 2016, Bélgica/Comissão (C-270/15 P, EU:C:2016:489, n.os 50 a 53).

54 V. Acórdão de 8 de novembro de 2001, Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, n.os 35 e 36).

55 Uma interpretação com base no critério da disposição efetiva conduziria a qualificar como seletiva qualquer medida de incentivo fiscal porque, por definição, semelhante medida não beneficia efetivamente todas as empresas, mas pretende influenciar o seu comportamento oferecendo um incentivo fiscal àquelas que adotem o comportamento desejado. Uma tal interpretação seria dificilmente conciliável com o princípio da autonomia dos Estados-Membros em matéria fiscal (v. n.º 78 das presentes conclusões).

56 V., nomeadamente, Acórdãos de 29 de março de 2012, 3M Itália (C-417/10, EU:C:2012:184, n.º 42); de 21 de dezembro de 2016, Comissão/World Duty Free Group e o. (C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981, n.º 59); e de 28 de junho de 2018, Andres/Commissão (C-203/16 P, EU:C:2018:505, n.º 94).

57 Acórdão de 19 de setembro de 2000, Alemanha/Comissão (C-156/98, EU:C:2000:467, n.º 22). A medida em causa no caso em apreço era, no entanto, seletiva na medida em que previa uma dedução acrescida no caso de aquisição de novas participações em sociedades de capitais cuja sede social e direção fosse nos novos Länder ou em Berlim e que tivessem, no máximo, 250 trabalhadores com contrato de trabalho (v. n.º 23 do mesmo acórdão).

58 V. Acórdão de 17 de junho de 1999, Bélgica/Comissão (C-75/97, EU:C:1999:311, n.º 28). A medida em causa no caso em apreço era, contudo, seletiva na medida em que o seu benefício estava expressamente limitado a determinados setores de atividade (v. n.os 29 a 31 do mesmo acórdão).

96. O Tribunal de Justiça decidiu igualmente que deve ser qualificada como «medida geral» uma disposição nacional que prevê, sob determinadas condições, o encerramento de processos judiciais em matéria fiscal através do pagamento de um valor igual a 5% do valor da ação [59], ou ainda uma regulamentação nacional que preveja que o ato que interrompe a prescrição em processos penais relativos a fraudes graves em matéria de IVA tem por efeito prorrogar o prazo de prescrição em apenas um quarto da sua duração inicial [60].

97. Além disso, no Acórdão Netherlands Maritime Technology Association/Comissão [61], o Tribunal de Justiça confirmou a validade de uma decisão da Comissão [62] que qualificava como «medida geral» a concessão de um benefício fiscal aplicável apenas aos ativos adquiridos através de um contrato de leasing.

98. Posto isto, um benefício intersetorial não pode ser qualificado como «medida geral» se se determinar que é *indiretamente seletivo*, ou seja, quando, não obstante a sua aparente generalidade, na realidade, determinadas empresas ou determinados setores económicos forem inevitavelmente excluídos do seu benefício.

99. Assim, no Acórdão Comissão e Espanha/Governo de Gibraltar e Reino Unido [63], o Tribunal de Justiça decidiu que eram indiretamente seletivos os benefícios fiscais aparentemente gerais, mas que na realidade beneficiavam apenas as sociedades *off-shore*. Da mesma forma, no Acórdão GEMO [64], o Tribunal de Justiça constatou que é indiretamente seletiva uma medida que prevê a recolha e eliminação gratuitas de cadáveres dos animais e dos resíduos de matadouros sempre que tal medida beneficiar sobretudo os criadores e os matadouros, e isto apesar de poder ocasionalmente beneficiar outras pessoas.

100. É devido aos seus efeitos prejudiciais para a concorrência no mercado interno que tais benefícios, diretamente ou indiretamente seletivos, devem ser submetidos à disciplina dos auxílios estatais. Pelo contrário, os benefícios acessíveis a todas as empresas não produzem esses efeitos anticoncorrenciais e, por conseguinte, não estão vocacionados a ser submetidos à disciplina dos auxílios estatais.

101. De acordo com esta jurisprudência constante, devemos assim verificar se a isenção prevista no artigo 6.ºa da GrEStG concede, *direta ou indiretamente*, um benefício de que são inevitavelmente excluídos determinadas empresas ou determinados setores económicos.

102. A meu ver, não existem quaisquer dúvidas de que esta isenção constitui uma medida geral na aceção referida *supra*, concretamente, uma medida de que podem beneficiar todas as empresas independentemente do seu setor de atividade.

103. Com efeito, como explicou o Governo alemão, em primeiro lugar, o âmbito de aplicação deste benefício fiscal não está reservado a empresas que exerçam a sua atividade num determinado domínio nem a determinados tipos de produção, mas aplica-se a todas as empresas independentemente do objeto da sua atividade. Em segundo lugar, o artigo 6.ºa da GrEStG não prevê qualquer requisito relativo à forma jurídica, à dimensão da empresa ou à localização da sede da empresa. Em terceiro lugar, as operações de transformação previstas nesta disposição têm lugar em todos os ramos de atividade.

59 V. Acórdão de 29 de março de 2012, 3M Italia (C-417/10, EU:C:2012:184, n.os 39 a 44).

60 V. Acórdão de 8 de setembro de 2015, Taricco e o. (C-105/14, EU:C:2015:555, n.º 62).

61 Acórdão de 14 de abril de 2016 (C-100/15 P, não publicado, EU:C:2016:254).

62 Decisão C (2012) 8252 final da Comissão, de 20 de novembro de 2012, relativa ao auxílio estatal SA.34736 (2012/N) — Espanha — Amortização antecipada de bens adquiridos através de locação financeira.

63 Acórdão de 15 de novembro de 2011 (C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732, n.os 103 a 108).

64 Acórdão de 20 de novembro de 2003 (C-126/01, EU:C:2003:622, n.os 35 a 39).

104. Esta argumentação é corroborada pela vontade do legislador alemão aquando da adoção do artigo 6.ºa da GrEStG, tal como foi identificada pela A-Brauerei, a saber, a vontade de facilitar as restruturações de empresas de forma a eliminar determinados entraves ao crescimento económico [65]. Assim, a vontade do legislador alemão era favorecer o crescimento da economia alemã *em geral*, e não a de um setor em concreto. A meu ver, a disciplina dos auxílios estatais não está vocacionada para ser aplicada a semelhantes medidas.

105. Acrescento que qualquer empresa pode, no âmbito da sua estratégia económica, estruturar as suas atividades num grupo de sociedades e proceder, se necessário, a uma das operações de transformação previstas no artigo 6.ºa da GrEStG.

106. Não vejo qualquer razão para tratar de forma diferente este caso concreto e o caso do benefício fiscal concedido unicamente aos ativos adquiridos com base num contrato de *leasing*, referido *supra*. Da mesma forma, qualquer empresa podia estruturar a aquisição de ativos mediante a celebração de um contrato de *leasing*. A este respeito, os motivos que conduziram a Comissão a excluir a seletividade deste benefício parecem-me integralmente transponíveis para a isenção em causa no presente processo [66].

107. Por outras palavras, tanto os contratos de *leasing* como os grupos de sociedades são instrumentos jurídicos acessíveis a qualquer empresa e a qualquer atividade económica, pelo que um benefício fiscal associado à sua utilização constitui uma medida geral.

108. Saliento igualmente, como afirmou corretamente o Governo alemão, que o artigo 6.ºa da GrEStG não faz distinção entre empresas nacionais e empresas estabelecidas noutros Estados-Membros. Além disso, nos termos desta disposição, a isenção aplica-se igualmente às «transformações análogas» previstas pelo direito de um Estado-Membro.

109. Por conseguinte, desde que seja acessível a qualquer empresa presente em território nacional, e mesmo a qualquer empresa nacional ou estrangeira que tenha um imóvel em território nacional, a isenção prevista no artigo 6.ºa da GrEStG constitui uma medida geral, escapando à aplicação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

110. Em aplicação da jurisprudência referida no n.º 94 das presentes conclusões, a qualificação como «medida geral» não pode ser excluída com fundamento de que nem todas as empresas gozam *efetivamente* da isenção prevista no artigo 6.ºa da GrEStG, seja porque não estruturam a sua atividade num grupo de sociedades, seja porque não efetuaram uma das operações de transformação previstas nesta disposição.

111. Como foi salientado pelo órgão jurisdicional de reenvio, qualquer benefício fiscal é subordinado ao cumprimento de determinados requisitos, o que exclui necessariamente alguns contribuintes do seu benefício. A simples existência de um ou vários requisitos de atribuição não será suficiente para qualificar um benefício fiscal como «seletivo», sob pena de submeter toda a fiscalidade do Estados-Membros à disciplina dos auxílios estatais.

65 Projeto-lei relativo à aceleração do crescimento económico («Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums»), Deutscher Bundestag, documento 17/15, p. 21. Anexo 10 das observações escritas da A-Brauerei.

66 V. Acórdão de 14 de abril de 2016, Netherlands Maritime Technology Association/Comissão (C-100/15 P, não publicado, EU:C:2016:254, n.º 23): «A Comissão observou, em primeiro lugar, que esta medida era aplicável a todas as sociedades sujeitas ao imposto sobre o rendimento em Espanha, sem distinção em função dos seus setores de atividade, dos seus locais de estabelecimento, da sua dimensão ou do seu estatuto jurídico. O facto de a referida medida só se aplicar aos ativos adquiridos com base num contrato de *leasing* não dará lugar a um benefício seletivo, porque qualquer tipo de ativo pode ser financiado por contratos de *leasing*, podendo ser utilizados por sociedades de todos os setores de atividade e de todas as dimensões. A Comissão referiu igualmente que, de acordo com as autoridades espanholas, a medida notificada aplicava-se tanto aos ativos criados em Espanha como aos ativos criados noutros Estados-Membros». V. igualmente a Decisão C(2012) 8252 final, n.ºs 26 a 36.

112. Por outras palavras, um benefício fiscal associado a um comportamento que pode ser adotado por qualquer empresa constitui uma medida geral [67].

113. Gostaria, finalmente, para eliminar qualquer ambiguidade, de precisar que o método de análise clássico aplicado na presente secção, e que tem o meu apoio, deve ser distinguido do adotado pelo Tribunal Geral e invalidado pelo Tribunal de Justiça no Acórdão Comissão/World Duty Free Group e o. [68]. De facto, o Tribunal Geral tinha interpretado o requisito de seletividade no sentido de que exigia, da parte da Comissão, a identificação de uma categoria específica de empresas beneficiadas pela medida fiscal em causa. Como decidiu corretamente o Tribunal de Justiça, semelhante interpretação formal do conceito de «seletividade» deve ser rejeitada [69]. Além disso, como salientou corretamente o advogado-geral M. Wathelet nas suas conclusões neste último processo, a medida em causa beneficiava as empresas que realizassem operações transfronteiriças [70]. Ora tal não é o caso da medida em causa no presente processo [71].

114. Face ao exposto, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à questão colocada no sentido de que a isenção prevista no artigo 6.ºa da GrEStG constitui uma medida geral e, por conseguinte, não pode ser qualificada como «auxílio estatal» na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

115. O recurso a esta abordagem é tanto mais oportuno quanto uma leitura restrita do Acórdão Comissão/World Duty Free Group e o. [72] poderia sugerir que o conceito de «medida geral» foi de facto esvaziado de qualquer substância, como defendeu o Governo alemão na audiência de alegações. Gostaria, não obstante, de assinalar que o alcance deste Acórdão me parece, a este respeito, limitado à constatação do erro de direito acima identificado.

116. A título subsidiário, irei proceder na secção seguinte à aplicação do método do quadro de referência.

D. Quanto à aplicação do método do quadro de referência à isenção prevista no artigo 6.ºa da GrEStG

117. Com vista a apreciar a seletividade, nomeadamente em matéria fiscal, o Tribunal de Justiça recorreu, em alguns processos, a um método com três etapas baseado na identificação de um «quadro de referência».

118. De acordo com este método, é conveniente identificar, num primeiro momento, o quadro de referência, ou seja, o regime fiscal comum ou normal aplicável no Estado-Membro em causa. Num segundo momento, é necessário avaliar se a medida fiscal em causa derroga este regime no qual introduz uma diferenciação entre operadores que se encontrem, no que diz respeito ao objetivo prosseguido pelo referido regime, numa situação factual e jurídica comparável. Num terceiro momento, é preciso ainda verificar se a diferenciação em causa é justificada pela natureza e pela economia do regime fiscal previamente identificado [73].

67 V. n.º 71 das presentes conclusões e referências citadas em nota de rodapé.

68 Acórdão de 21 de dezembro de 2016 (C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981).

69 V. Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/World Duty Free Group e o. (C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981, n.os 71 e 94).

70 Conclusões do advogado-geral M. Wathelet nos processos apensos Comissão/World Duty Free Group e o. (C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:624, n.os 135 a 139).

71 V. n.º 108 das presentes conclusões.

72 Acórdão de 21 de dezembro de 2016 (C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981).

73 V., neste sentido, Acórdãos de 8 de setembro de 2011, Paint Graphos e o. (C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, n.os 49 e 64); de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, n.º 41) e Comissão/World Duty Free Group e o. (C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981, n.os 57 a 60); bem como de 28 de junho de 2018, Andres/Comissão (C-203/16 P, EU:C:2018:505, n.os 86 e 87). V. igualmente as Conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo Andres/Comissão (C-203/16 P, EU:C:2017:1017, n.º 96).

119. Como irei sublinhar ao longo da minha exposição, cada uma das etapas deste método de análise suscita dificuldades de aplicação no âmbito do presente processo. Interrogo-me a este respeito sobre a oportunidade da exigência de uma análise de semelhante complexidade para cada uma das diferenciações fiscais estabelecidas pelos Estados-Membros.

120. Posto isto, não obstante as dificuldades de aplicação, considero que podemos deduzir de cada uma das etapas do método do quadro de referência que a isenção em causa no processo principal não é seletiva.

1. Quanto à identificação do quadro de referência pertinente

121. A primeira menção formal, no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Justiça, da necessidade de identificar o quadro de referência remonta ao Acórdão Portugal/Comissão [74], numa passagem do texto em que o Tribunal de Justiça examinava a seletividade *geográfica* do benefício em causa. Na minha opinião, esta abordagem deve ser aprovada sem reservas neste contexto. De facto, a avaliação da seletividade geográfica exige a determinação prévia de saber se o quadro de referência pertinente se situa ao nível do Estado ou ao nível da entidade infraestatal em causa [75].

122. Apenas num segundo momento, a partir do Acórdão Paint Graphos e o. [76], proferido em 2011, é que o Tribunal de Justiça «importou» esta etapa para o âmbito da apreciação da seletividade *material*.

123. Ora, a identificação do quadro de referência pertinente, no âmbito da apreciação da seletividade material, suscita dificuldades que foram especialmente realçadas por diversos advogados-gerais. No processo Andres/Comissão [77], o advogado-geral N. Wahl salientou que a identificação do quadro de referência é uma fonte significativa de insegurança jurídica, em particular em matéria fiscal. Nos processos ANGED [78], a advogada-geral J. Kokott salientou, por um lado, que a avaliação da seletividade levanta sérias dificuldades nos regimes fiscais dos Estados-Membros e, por outro lado, que a determinação de um quadro de referência não pode ser decisiva.

124. A doutrina fez igualmente eco destas dificuldades [79].

74 Acórdão de 6 de setembro de 2006 (C-88/03, EU:C:2006:511, n.os 56 e 57).

75 V., igualmente, Acórdão de 11 de setembro de 2008, UGT-Rioja e o. (C-428/06 a C-434/06, EU:C:2008:488, n.os 47, 75 e 143).

76 V., em particular, o n.º 49 do Acórdão de 8 setembro de 2011, Paint Graphos e o. (C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550) onde o Tribunal de Justiça cita, «neste sentido», o n.º 56 do Acórdão de 6 de setembro de 2006, Portugal/Comissão (C-88/03, EU:C:2006:511). V., de seguida, Acórdãos de 18 de julho de 2013, P (C-6/12, EU:C:2013:525, n.º 19); de 9 de outubro de 2014, Ministerio de Defensa e Navantia (C-522/13, EU:C:2014:2262, n.os 35 a 45); de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, n.º 55); bem como os acórdãos citados na nota 80.

77 Conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo Andres/Comissão (C-203/16 P, EU:C:2017:1017). Em primeiro lugar, no n.º 98 destas conclusões, o advogado-geral N. Wahl salienta que este processo chama à atenção para as dificuldades associadas à determinação do quadro de referência. De seguida, no n.º 101 das mesmas conclusões, o advogado-geral N. Wahl observa que «[c]ontrariamente aos outros tipos de auxílios estatais, a determinação rigorosa de um regime comum e geralmente aplicável é repleta de incertezas no contexto da tributação. Tendo presente a complexidade de qualquer sistema tributário e as variáveis envolvidas na determinação da carga fiscal das empresas, parece impossível saber com certeza qual é a «situação normal»». Por fim, o n.º 105 das referidas conclusões tem a seguinte redação: «[…] Questionada sobre os critérios a utilizar na determinação do quadro de referência, *a Comissão não foi capaz de explicar de que forma determina o quadro de referência*. Descreveu esse processo como uma procura de lógica no sistema. Em qualquer caso, a resposta da Comissão parece confirmar que a determinação do quadro de referência num caso específico *efetivamente não se baseia num conjunto objetivo de critérios*» (o sublinhado é meu).

78 Conclusões da advogada-geral J. Kokott nos processos apensos ANGED (C-236/16 e C-237/16, EU:C:2017:854, n.os 76 e 88).

79 V., nomeadamente, Peiffert, O., V., *op. cit.*, p. 60: «Embora seja compreensível que os órgãos jurisdicionais da União não se considerem […] vinculados aos elementos apresentados pelos Estados-Membros, a identificação deste quadro de referência levanta, no entanto, dificuldades significativas. Não existe, na verdade, um método claro a este respeito».

125. As dificuldades associadas à identificação do quadro de referência refletem-se igualmente na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Estas dificuldades conduziram nomeadamente à anulação de Acórdãos do Tribunal Geral nos processos Comissão/World Duty Free Group e o. e Andres/Comissão [80].

126. No âmbito do processo principal, as dificuldades são ilustradas pela diversidade de abordagens propostas ao Tribunal de Justiça com vista a identificar o quadro de referência pertinente.

127. Antes de proceder à análise destas abordagens, é necessário salientar que o facto de o artigo 6.ºa da GrEStG constituir uma derrogação ao artigo 1.º da GrEStG não é suficiente para excluir o artigo 6.º a da GrEStG do quadro de referência. Por outras palavras, não é suficiente constatar que o artigo 6.ºa da GrEStG constitui *formalmente* uma derrogação ao artigo 1.º da GrEStG para concluir que o artigo 1.º da GrEStG representa o quadro de referência e o artigo 6.ºa da GrEStG uma derrogação a este quadro.

128. A este respeito, no recente Acórdão Andres/Comissão [81], o Tribunal de Justiça esclareceu que o recurso a uma técnica regulamentar determinada não é suficiente para definir o quadro de referência pertinente para analisar o requisito de seletividade, a menos que se faça prevalecer de maneira decisiva a forma das intervenções do Estado sobre os seus efeitos e, por conseguinte, que a técnica regulamentar utilizada não possa ser um elemento decisivo para determinar o quadro de referência. Saliento que esta vontade de rejeitar o formalismo na avaliação dos auxílios estatais é conforme com a própria letra do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, que proíbe os auxílios concedidos «sob qualquer forma».

129. Na mesma ordem de ideias, recordo que, de acordo com a jurisprudência constante, o artigo 107.º, n.º 1, TFUE não faz distinções segundo as causas ou os objetivos das intervenções estatais, antes as define em função dos seus efeitos [82].

130. Por outras palavras, haverá que identificar o quadro de referência exclusivamente com base nos efeitos das medidas em causa. Ora, no âmbito do processo principal, é forçoso concluir que os efeitos dos artigos 1.º e 6.ºa da GrEStG foram objeto de diferentes leituras pelas partes que submeteram observações ao Tribunal de Justiça.

131. De acordo com a A-Brauerei, o imposto sobre a transmissão de imóveis tem por objeto tributar a aquisição do controlo sobre um imóvel situado em território alemão. Segundo esta abordagem, que irei qualificar como «económica», o quadro de referência é conjuntamente constituído pelos artigos 1.º e 6.ºa da GrEStG. Com efeito, o artigo 6.ºa da GrEStG participa diretamente no quadro de referência ao isentar as operações de transformação que não levem à alteração do controlo do imóvel, que continua a ser detido pela mesma empresa dominante. Consequentemente, o artigo 6.ºa da GrEStG não constituirá uma derrogação do quadro de referência e, por conseguinte, não será seletivo na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

132. O Governo alemão considera igualmente que o quadro de referência é conjuntamente constituído pelos artigos 1.º e 6.ºa da GrEStG. No entanto, ao contrário da A-Brauerei, este governo propõe uma abordagem com base no conceito de «capacidade contributiva». Segundo esta abordagem, o imposto sobre a transmissão de imóveis tem por objeto tributar a capacidade financeira objetiva do adquirente ou vendedor do imóvel que se manifesta por ocasião de uma cessão de património.

80 V. Acórdãos de 21 de dezembro de 2016, Comissão/World Duty Free Group e o. (C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981), e de 28 de junho de 2018, Andres/Comissão (C-203/16 P, EU:C:2018:505). No que diz respeito a este último processo, v. igualmente os Acórdãos do mesmo dia, Alemanha/Comissão (C-208/16 P, não publicado, EU:C:2018:506); Alemanha/Comissão (C-209/16 P, não publicado, EU:C:2018:507); e Lowell Financial Services/Comissão (C-219/16 P, não publicado, EU:C:2018:508).

81 Acórdão de 28 de junho de 2018 (C-203/16 P, EU:C:2018:505, n.ºs 92 e 104).

82 V., nomeadamente, Acórdãos de 29 de março de 2012, 3M Italia (C-417/10, EU:C:2012:184, n.º 36); de 30 de junho de 2016, Bélgica/Comissão (C-270/15 P, EU:C:2016:489, n.º 40); e de 26 de outubro de 2016, Orange/Comissão (C-211/15 P, EU:C:2016:798, n.º 38).

133. Para a Comissão, pelo contrário, o quadro de referência assenta apenas no artigo 1.º da GrEStG, o qual irá definir as trocas comerciais geradoras da obrigação fiscal para todas as pessoas singulares ou coletivas que adquiram jurídica ou economicamente um imóvel na Alemanha. A Comissão esclareceu, a este respeito, que o quadro de referência em causa é de natureza puramente fiscal e visa tributar todas as trocas comerciais que conduzam jurídica ou economicamente a uma transferência de propriedade.

134. Confesso sentir as maiores dificuldades em colocar em causa a pertinência de cada um destes três objetivos. À imagem da maioria das disposições fiscais, parece-me que o imposto sobre a transmissão de imóveis em causa no processo principal prossegue de forma simultânea diversos objetivos que podem ser identificados com base nos seus efeitos, e nomeadamente os invocados pela A-Brauerei, pelo Governo alemão e pela Comissão. A meu ver, privilegiar um desses objetivos em detrimento dos outros, para identificar «o» quadro de referência pertinente para avaliar o requisito de seletividade, daria lugar a um risco não negligenciável de arbitrariedade.

135. Em particular, a abordagem da Comissão, segundo a qual apenas importa ter em conta o objetivo fiscal deste regime, concretamente, a cobrança de receitas fiscais, deve imperativamente ser rejeitada uma vez que retira toda a eficácia às primeiras duas etapas do método do quadro de referência [83].

136. O risco de arbitrariedade associado à identificação do quadro de referência pertinente constitui uma fonte significativa de insegurança jurídica nomeadamente para os funcionários nacionais, as empresas e os órgãos jurisdicionais nacionais chamados a apreciar a existência de um auxílio a nível nacional [84]. Saliento que esta insegurança jurídica me parece consubstancial à necessidade de identificar um quadro de referência com base nos objetivos prosseguidos pelo imposto em causa.

137. A meu ver, esta insegurança jurídica é difícil de conciliar com a jurisprudência constante de acordo com a qual o conceito de «auxílio estatal» apresenta um caráter jurídico e deve ser interpretado com base em elementos objetivos [85]. Recordo, além disso, que nada justifica que a Comissão disponha de um amplo poder de apreciação no que diz respeito à qualificação de uma medida como «auxílio estatal» na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE [86]. Ora, a insegurança jurídica que afetasse a identificação do quadro de referência pertinente teria o risco de conferir, de facto, um tal poder à Comissão.

138. Esta insegurança jurídica é ainda mais criticável porque a escolha do quadro de referência é suscetível de ter uma importância determinante na avaliação da seletividade e, por conseguinte, na qualificação como «auxílio estatal» [87]. Assim, no presente processo, os quadros de referência sugeridos pela A-Brauerei e pelo Governo alemão excluiriam a seletividade da isenção prevista no artigo 6.ºa da GrEStG, ao contrário do proposto pela Comissão.

83 V. n.os 145 e 146 das presentes conclusões.

84 V. n.º 86 das presentes conclusões.

85 V., nomeadamente, Acórdãos de 16 de maio de 2000, France/Ladbroke Racing e Comissão (C-83/98 P, EU:C:2000:248, n.º 25); 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 132); de 21 de junho de 2012, BNP Paribas e BNL/Comissão (C-452/10 P, EU:C:2012:366, n.º 100); e de 30 de novembro de 2016, Comissão/França e Orange (C-486/15 P, EU:C:2016:912, n.º 87).

86 V. Acórdãos de 22 de dezembro de 2008, British Aggregates/Comissão (C-487/06 P, EU:C:2008:757, n.º 112), e 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 132).

87 Nos n.os 47 a 60 das presentes conclusões, expus os motivos pelos quais as diferenciações em matéria fiscal satisfazem, em princípio, os outros requisitos previstos no artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

139. Assim sendo, apesar de tudo, prefiro a abordagem proposta pela A-Brauerei, que me parece corroborada pelas explicações facultadas pelo órgão jurisdicional de reenvio. Segundo este órgão jurisdicional, de facto, a isenção criada pelo artigo 6.ºa da GrEStG introduz uma correção no âmbito de aplicação do artigo 1.º da GrEStG, definido de forma demasiado lata, excluindo as transformações nos grupos de empresas que não tenham impacto na propriedade económica dos imóveis em causa [88]. Consequentemente, o artigo 6.ºa da GrEStG faz parte do quadro de referência e não pode ser considerado seletivo na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

140. A título subsidiário, na hipótese de o Tribunal de Justiça identificar o quadro de referência pertinente como sendo constituído apenas pelo artigo 1.º da GrEStG, em conformidade com a abordagem proposta pela Comissão, irei examinar na secção seguinte se as situações abrangidas pelo artigo 6.ºa da GrEStG são comparáveis às que não são abrangidas.

2. Quanto à falta de comparabilidade entre as situações abrangidas pela isenção prevista no artigo 6.ºa da GrEStG e as não abrangidas

141. Nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, a segunda etapa do método do quadro de referência consiste em avaliar se a medida fiscal em causa introduz diferenciações entre operadores que se encontrem, *no que diz respeito ao objetivo prosseguido pelo quadro de referência*, numa situação factual e jurídica comparável [89].

142. Recordo que este aspeto não foi submetido à apreciação do Tribunal de Justiça no processo Comissão/World Duty Free Group e o. [90], dado que o Tribunal Geral anulou a decisão da Comissão sem examinar os argumentos relativos à inexistência de comparabilidade entre os contribuintes abrangidos pela isenção em causa e os não abrangidos.

143. A apreciação da comparabilidade, no contexto da segunda etapa do método do quadro de referência, levanta diversas questões delicadas.

144. Em primeiro lugar, uma vez que exige que se identifique «o objetivo» prosseguido pelo quadro de referência, esta segunda etapa corre o risco de ficar marcada pela insegurança jurídica. Com efeito, como já referi no n.º 134 das presentes conclusões, o imposto sobre a transmissão de imóveis em causa no processo principal prossegue simultaneamente diversos objetivos, à imagem da maioria das disposições fiscais. Mais uma vez, privilegiar um destes objetivos em detrimento de outros, com vista a proceder à avaliação da comparabilidade, implicaria, na minha opinião, um risco de arbitrariedade.

145. A título ilustrativo, a abordagem sugerida pela Comissão equivale a privilegiar o objetivo fiscal deste regime, designadamente a cobrança de receitas fiscais, relativamente ao qual todos os contribuintes sujeitos a este imposto se encontrariam numa situação comparável. Na minha opinião, é imperativo excluir semelhante abordagem uma vez que esvaziaria de qualquer efeito útil as duas primeiras etapas do quadro de referência, dado que a terceira etapa tem um alcance limitado.

88 Assim, no âmbito do processo principal, que diz respeito à incorporação de uma filial (T-GmbH) pela sociedade-mãe (A-Brauerei), a propriedade económica dos ativos imobiliários da T-GmbH podia ser já atribuída à A-Brauerei antes da operação de fusão por incorporação, devido à detenção pela A-Brauerei da totalidade do capital social da T-GmbH.

89 V., nomeadamente, Acórdãos de 21 de dezembro de 2016, Comissão/World Duty Free Group e o. (C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981, n.º 57); de 20 de dezembro de 2017, Comunidad Autónoma de Galicia e Retegal/Comissão (C-70/16 P, EU:C:2017:1002, n.ºs 58 e 61); e de 26 de abril de 2018, ANGED (C-233/16, EU:C:2018:280, n.ºs 38 e 40).

90 V. Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/World Duty Free Group e o. (C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981, n.ºs 92 a 94 e 123).

146. De facto, e em primeiro lugar, se o quadro de referência é definido como sendo o imposto, qualquer benefício fiscal concedido a determinados contribuintes representa necessariamente uma derrogação a este quadro (primeira etapa). De seguida, todos os contribuintes podem, enquanto sujeitos passivos deste imposto, ser considerados como estando numa situação comparável relativamente ao objetivo que consiste em cobrar as receitas fiscais (segunda etapa). Por fim, apenas os mecanismos inerentes ao quadro de referência são admitidos como justificação assente na natureza ou na economia geral do regime em causa (terceira etapa) [91].

147. Em qualquer hipótese, a atribuição de um ou vários objetivos a um regime fiscal é um exercício necessariamente incerto. A este respeito, constato que, num processo recente Bélgica/Comissão [92], o advogado-geral M. Bobek identificou nada menos que três fatores que podem ser tidos em conta para apreciar a comparabilidade no âmbito da seletividade, sublinhando que esta apreciação «*irá sempre implicar elementos de escolha subjetivos* quanto à questão de saber quais são as empresas comparáveis e porque é que o são, dando mais importância a um fator do que a outro».

148. A subjetividade desta apreciação parece-me estar em contradição com a jurisprudência constante, referida no n.º 137 das presentes conclusões, segundo a qual, por um lado, o conceito de «auxílio estatal» deve ser interpretado com base em elementos objetivos e, por outro lado, nada justifica que a Comissão disponha de um amplo poder de apreciação no que diz respeito à qualificação de uma medida como «auxílio estatal».

149. Em segundo lugar, existe igualmente uma incerteza quanto ao tipo de objetivos que podem ser invocados para proceder à apreciação da comparabilidade. De acordo com a comunicação da Comissão sobre o conceito de «auxílio estatal», esta apreciação deve ser feita à luz do «*objetivo intrínseco* do sistema de referência», «não [podendo] os Estados-Membros invocar *objetivos externos* ao sistema — tais como objetivos de política regional, de política ambiental ou de política industrial — para justificar um tratamento diferenciado das empresas» [93].

150. Esta distinção entre «objetivo intrínseco» e «objetivo externo» ao quadro de referência leva-nos a questionar, na prática, os requisitos para que um objetivo legítimo se torne «intrínseco» ao quadro de referência. Parece que, de acordo com a leitura da jurisprudência pertinente [94] proposta na comunicação sobre o conceito de auxílio estatal [95], o regime fiscal em causa deve estar estreitamente estruturado em torno do objetivo invocado, à imagem de uma ecotaxa com base no objetivo de proteção do ambiente.

91 V. n.os 180 a 186 das presentes conclusões.

92 Conclusões do advogado-geral M. Bobek no processo Bélgica/Comissão (C-270/15 P, EU:C:2016:289, n.os 31 a 37), o sublinhado é meu. De acordo com o mesmo, os três fatores pertinentes são o âmbito de aplicação da medida, a finalidade da medida e a substituibilidade dos produtos em causa.

93 Comunicação da Comissão sobre o conceito de auxílio estatal, n.º 135, o sublinhado é meu.

94 V., nomeadamente, Acórdão de 22 de dezembro de 2008, British Aggregates/Comissão (C-487/06 P, EU:C:2008:757, n.os 86 a 93), onde o Tribunal de Justiça recorda a obrigação de verificar a comparabilidade no que diz respeito ao objetivo ambiental prosseguido por uma ecotaxa; de 8 de setembro de 2011, Comissão/Países Baixos (C-279/08 P, EU:C:2011:551, n.os 63 a 68), em que o Tribunal de Justiça constata a comparabilidade no que diz respeito ao objetivo ambiental prosseguido por um regime que visa limitar as emissões de NOx (proteção ambiental); de 18 de julho de 2013, P (C-6/12, EU:C:2013:525, n.os 29 e 30), em que o Tribunal de Justiça rejeita os objetivos externos ao sistema fiscal em causa tais como a manutenção do emprego (n.º 30) sendo que, no entanto, esta passagem me parece visar sobretudo a terceira etapa do método do quadro de referência (v. n.º 29); de 4 de junho de 2015, Kernkraftwerke Lippe-Ems (C-5/14, EU:C:2015:354, n.os 78 e 79), em que o Tribunal de Justiça constata a inexistência de comparabilidade no que diz respeito ao objetivo ambiental prosseguido por uma taxa especial relativa à utilização de combustível nuclear para produção de eletricidade; de 26 de abril de 2018, ANGED (C-233/16, EU:C:2018:280, n.os 49 a 56), ANGED (C-234/16 e C-235/16, EU:C:2018:281, n.os 42 a 50) e ANGED (C-236/16 e C-237/16, EU:C:2018:291, n.os 37 a 46), em que o Tribunal de Justiça constata inexistência de comparabilidade no que diz respeito aos objetivos de proteção do ambiente e ordenamento do território prosseguidos por uma taxa especial.

95 Comunicação da Comissão sobre o conceito de auxílio estatal, n.º 136: «A estrutura de *certas tributações para fins especiais* (e, em especial, as suas bases tributáveis), tais como os impostos em matéria de ambiente e saúde para desencorajar certas atividades ou produtos com um efeito adverso sobre o ambiente ou a saúde humana, integrará, regra geral, os objetivos políticos visados. Em tais casos, um tratamento diferenciado para atividades ou produtos cuja situação é diferente da situação das atividades ou produtos sujeitos ao imposto no que se refere ao objetivo intrínseco prosseguido, não constitui uma derrogação» (o sublinhado é meu).

151. Contudo, esta interpretação da Comissão excluiria a invocabilidade de um objetivo legítimo, como a proteção do ambiente, no âmbito de um imposto geral como o imposto sobre o rendimento, uma vez que um imposto geral não está estreitamente estruturado em torno de semelhante objetivo. Ora, interrogo-me, a este respeito, sobre a oportunidade de considerar um objetivo legítimo, como a proteção do ambiente, como «intrínseco» a uma *taxa especial* baseada neste objetivo, mesmo que este objetivo deva ser considerado como «externo» a um *imposto geral*.

152. Com efeito, semelhante interpretação conduziria a um tratamento assimétrico dos benefícios previstos no âmbito de taxas especiais, por um lado, e de taxas estabelecidas no âmbito de impostos gerais, por outro lado. Um benefício fiscal concedido no âmbito de uma taxa especial poderia ser qualificado como «não seletivo» com base no objetivo legítimo (qualificado como «intrínseco»), ao contrário de um benefício fiscal com base no mesmo objetivo (qualificado como «externo») no âmbito de um imposto geral sobre o rendimento [96].

153. Semelhante tratamento assimétrico criaria uma tendência a favor das taxas especiais e contra os impostos gerais — tais como o imposto sobre o rendimento — no centro da disciplina dos auxílios estatais, em possível contradição com o princípio da autonomia fiscal dos Estados-Membros [97].

154. Fundamentalmente, confesso ter alguma inquietação quanto às implicações práticas de uma interpretação que exclua a invocabilidade de determinados objetivos legítimos prosseguidos pelo regime fiscal em causa.

155. Já salientei que o método do quadro de referência tem tendência para transformar a interdição dos auxílios estatais num teste de não discriminação *geral*, proibindo em princípio qualquer diferenciação fiscal [98]. Ora a interpretação mencionada *supra* agravaria ainda mais a severidade desta interdição ao aceitar, para fins de apreciação da comparabilidade, apenas os *objetivos intrínsecos* do regime fiscal em causa.

156. A título de comparação, as disposições do TFUE que estabelecem a liberdade de circulação preveem uma proibição das discriminações baseadas apenas na *origem*, aceitando, no entanto, a invocabilidade de *qualquer objetivo legítimo* na apreciação da comparabilidade e na avaliação de eventuais justificações.

157. A este respeito, não estou convencido com o argumento segundo o qual qualquer objetivo legítimo prosseguido pelo regime fiscal em causa, por razões nomeadamente relacionadas com a proteção social ou ambiental, *pode*, em qualquer hipótese, ser tomado em conta pela Comissão na avaliação da compatibilidade de um auxílio com o mercado interno. Com efeito, semelhante *possibilidade* não pode ser considerada como suficiente, em relação à obrigação de interpretação restrita do artigo 107.º, n.os 2 e 3, TFUE e ao amplo poder de apreciação de que dispõe a Comissão no âmbito desta avaliação [99], em particular num domínio não harmonizado como a fiscalidade.

96 V., a este propósito, Piernas López, J. J., «Revisiting Some Fundamentals of Fiscal Selectivity: The ANGED Case », *European State Aid Law Quarterly*, 2018, n.º 2, pp. 274 a 281, p. 279: «[I]t could be argued that Member States may be tempted to pursue national policy objectives through special regimes, as they will be able to defend the general character of those regimes on the basis of the objectives pursued, rather than through derogations from general tax schemes, such as from the corporate income tax, where the extrinsic (eg environmental) objectives will not be taken into account, and therefore the measure will probably be considered as selective aid».

97 V. n.os 74 e 78 das presentes conclusões.

98 V. n.os 61 a 73 das presentes conclusões.

99 V. n.º 76 das presentes conclusões.

158. Por conseguinte, embora a simples invocação por um Estado-Membro de um objetivo legítimo não possa, por si só, levar à exclusão de uma medida estatal do campo de aplicação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, de acordo com o que o Tribunal de Justiça decidiu nomeadamente no Acórdão Itália/Comissão [100] e no Acórdão British Aggregates/Comissão [101], qualquer objetivo legítimo deve poder ser invocado *no contexto específico da segunda etapa do método do quadro de referência*, designadamente a avaliação da comparabilidade.

159. Esta abordagem é confirmada nos recentes Acórdãos ANGED, nos quais o Tribunal de Justiça apreciou a comparabilidade da proteção do ambiente e do ordenamento do território, sem qualificar estes objetivos como «intrínsecos» ao regime fiscal em causa [102].

160. Posto isto, importa examinar, no âmbito do presente processo, se os contribuintes abrangidos pelo âmbito de aplicação da isenção prevista no artigo 6.ºa da GrEStG, por um lado, e os que não estão abrangidos, por outro, se encontram numa situação factual e jurídica comparável em relação a *todos os objetivos* prosseguidos pelo imposto sobre a transmissão de imóveis.

161. A exemplo das abordagens defendidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, pela A-Brauerei e pelo Governo alemão, sou de opinião que tal não é o caso e, por conseguinte, que a referida isenção não é seletiva.

a) Quanto à inexistência de comparabilidade entre as operações de transformação realizadas dentro de um grupo e as operações realizadas fora de um grupo

162. Em primeiro lugar, a isenção prevista no artigo 6.ºa da GrEStG visa as operações de fusão, de cisão ou de transferência de património [103] dentro de um grupo de sociedades, nas quais participem uma empresa dominante e uma ou várias sociedades dependentes desta empresa dominante ou diversas sociedades dependentes de uma empresa dominante.

163. De acordo com a Comissão, o objetivo prosseguido pelo artigo 1.º da GrEStG é de natureza puramente fiscal, nomeadamente, taxar todas trocas comerciais que conduzam, jurídica ou economicamente, a uma transferência de propriedade. Ora, à luz deste objetivo, as empresas que realizem aquisições imobiliárias fora de um grupo de sociedades encontrar-se-iam numa situação factual e jurídica comparável à das empresas que beneficiam da isenção em causa.

164. Estou em desacordo com esta posição da Comissão. A meu ver, as operações de transformação realizadas *dentro* de um grupo não são comparáveis com as operações realizadas *fora* de um grupo.

165. No plano económico, com efeito, qualquer imóvel que pertença a um grupo de sociedades é indiretamente detido pela sociedade-mãe, na medida da sua participação na sociedade de que é juridicamente proprietária. Recordo, a este respeito, que a isenção prevista no artigo 6.ºa da GrEStG é subordinada à detenção pela empresa dominante de pelo menos 95% do capital social das sociedades que participam na transformação. Numa situação semelhante, o impacto de uma operação de transformação é neutro ou marginal no plano económico, ficando a empresa dominante indiretamente detentora do imóvel antes e depois desta operação, como salientou em substância o órgão jurisdicional de reenvio [104]. A A-Brauerei sublinhou, na mesma ordem de ideias, que esta disposição se destinava a isentar as operações que não resultam numa alteração do controlo dos imóveis em causa.

100 Acórdão de 2 de julho de 1974 (173/73, EU:C:1974:71, n.ºs 21, 22, 27 e 28).

101 Acórdão de 22 de dezembro de 2008 (C-487/06 P, EU:C:2008:757, n.ºs 86 a 93).

102 Acórdãos de 26 de abril de 2018, ANGED (C-233/16, EU:C:2018:280, n.ºs 49 a 56); ANGED (C-234/16 e C-235/16, EU:C:2018:281, n.ºs 42 a 50), bem como ANGED (C-236/16 e C-237/16, EU:C:2018:291, n.ºs 37 a 46).

103 O artigo 6.ºa da GrEStG remete, com efeito, para as operações de transformação na aceção do artigo 1.º, primeiro parágrafo, n.ºs 1 a 3, da UmwG, o qual visa as operações de fusão, de cisão ou de transferência de património.

104 V. n.º 139 das presentes conclusões.

166. Por outras palavras, e tal como confirmado pelo Governo alemão na audiência de alegações, o artigo 6.ºa da GrEStG tem, nomeadamente, por efeito evitar a dupla tributação económica nos grupos de sociedades. De facto, devendo o imposto ser pago com a entrada do imóvel no património de uma sociedade do grupo, seria injusto cobrar de novo o imposto em cada transformação dentro do grupo de sociedade.

167. A meu ver, esta especificidade das operações de transformação realizadas *dentro de um grupo*, entre sociedades associadas por uma participação de pelo menos 95%, impede que se considerem tais operações como comparáveis a aquisições imobiliárias realizadas *fora de um grupo*, como uma simples venda entre pessoas jurídicas independentes.

b) Quanto à inexistência de comparabilidade entre as operações de transformação realizadas dentro de um grupo e outras medidas de reestruturação tomadas dentro de um grupo

168. Em segundo lugar, a Comissão defende que as operações de transformação realizadas dentro de um grupo são comparáveis, no que diz respeito ao objetivo fiscal prosseguido pelo imposto sobre a transmissão de imóveis, com as outras medidas de reestruturação tomadas dentro de um grupo. A título de exemplo, a Comissão salientou que a venda de um imóvel entre sociedades pertencentes ao mesmo grupo não beneficia da isenção prevista nesta disposição.

169. Esta posição da Comissão é surpreendente. Com efeito, o direito da União, e mais precisamente a Diretiva 2009/133/CE [105], parece ter reconhecido a especificidade das operações de transformação dentro de um grupo, e nomeadamente a das operações de fusão tais como a do processo principal. Assim, o artigo 4.º, n.º 1, desta Diretiva prevê a não tributação das mais-valias — nomeadamente imobiliárias — em caso de fusão, de cisão ou de cisão parcial [106].

170. Por outro lado, este benefício não foi alargado pelo legislador da União a outras operações entre sociedades do mesmo grupo, nomeadamente às simples vendas de ativos entre semelhantes sociedades. Esta diferença de tratamento explica-se, na minha opinião, pela especificidade das operações de reestruturação, igualmente sublinhada pela A-Brauerei. Com efeito, as operações de reestruturação têm efeitos jurídicos específicos, nomeadamente devido à sua amplitude, sobre a personalidade jurídica e/ou o património das sociedades em causa. A título ilustrativo, as operações de fusão implicam, em princípio, o desaparecimento de uma pessoa coletiva e a transmissão do seu património para a sociedade incorporante. Uma simples venda, em comparação, tem como único efeito a transferência de um ativo para o património de outra pessoa.

171. Esta diferença objetiva de natureza impede, a meu ver, que se possa considerar as operações de transformação e as outras operações entre sociedades do mesmo grupo, nomeadamente as vendas, como sendo comparáveis no que diz respeito ao imposto aplicável às operações imobiliárias, quer se trate de um imposto direto sobre as mais-valias ou um imposto indireto sobre as aquisições imobiliárias tal como o que está em causa no processo principal.

105 Diretiva do Conselho, de 19 de outubro de 2009, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros e à transferência da sede de um SE ou de uma SCE de um Estado-Membro para outro (JO 2009, L 310, p. 34).

106 V. artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 2009/133: «A fusão, a cisão ou a cisão parcial não implicam qualquer tributação das mais-valias determinadas pela diferença entre o valor real dos elementos do ativo e do passivo transferidos e o respetivo valor fiscal».

c) Quanto à inexistência de comparabilidade entre as operações de transformação que atingem o limite de participação de 95% e aquelas que não o atingem

172. Em terceiro lugar, saliento que o artigo 6.ºa da GrEStG prevê um limite de participação de 95% na ou nas sociedades dependentes que participam na operação de transformação. Como referiu o Governo alemão, para poder beneficiar da isenção em causa no processo principal, a transformação deve envolver:

– Uma empresa dominante e uma sociedade dependente,

– Uma empresa dominante e várias sociedades dependentes, ou

– Várias sociedades dependentes de uma empresa dominante.

173. Nos termos da disposição acima referida, é «dependente» uma sociedade cujo capital ou património social é detido por uma empresa dominante, diretamente ou indiretamente, até pelo menos 95%. Por conseguinte, existe uma diferença de tratamento entre as participações inferiores ao limite de 95%, por um lado, e as iguais ou superiores a este limite, por outro lado, apenas podendo beneficiar da isenção as segundas.

174. Contudo, estas participações não se encontram numa situação comparável uma vez que este limite de participação de 95% constitui igualmente um requisito de tributação previsto no artigo 1.º, n.ºs 2a e 3, da GrEStG, como explicaram de forma adequada a A-Brauerei e o Governo alemão.

175. Para retomar o exemplo quantitativo facultado pela A-Brauerei, a aquisição de uma participação de 94% numa sociedade proprietária de imóveis em território alemão não é tributável nos termos do artigo 1.º, n.ºs 2a e 3, da GrEStG. Em contrapartida, a fusão subsequente entre uma filial e a sociedade-mãe não beneficia da isenção prevista no artigo 6.ºa da GrEStG e é assim tributável. Neste caso concreto, o imposto é portanto cobrado uma única vez por ocasião destas duas operações.

176. Ao invés, a aquisição de uma participação de 95% ou mais na mesma sociedade é tributável nos termos do artigo 1.º da GrEStG, ao passo que a fusão subsequente beneficia da isenção prevista no artigo 6.ºa da GrEStG. Mais uma vez, o imposto é cobrado uma única vez por ocasião destas duas operações.

177. Assim, o limite de participação de 95% exigido para beneficiar da isenção (artigo 6.ºa da GrEStG), examinado em conjunto com o limite de 95% previsto enquanto requisito de tributação (artigo 1.º, n.ºs 2a e 3, da GrEStG), não estabelece uma distinção entre situações comparáveis, mas permite, pelo contrário, garantir um tratamento não discriminatório das diferentes operações abrangidas pelo regime em causa no processo principal.

178. Face ao exposto, considero que os contribuintes abrangidos pelo âmbito de aplicação da isenção prevista no artigo 6.ºa da GrEStG, por um lado, e os não abrangidos, por outro lado, não se encontram numa situação factual e jurídica comparável em relação aos objetivos prosseguidos pelo imposto em causa no processo principal. Por conseguinte, esta isenção não é seletiva na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

179. A título subsidiário, na hipótese de o Tribunal de Justiça considerar que estas categorias de contribuintes se encontram em situação comparável, irei examinar na secção seguinte a existência de uma justificação assente na natureza ou economia geral do regime em causa.

3. Quanto à existência de uma justificação assente na natureza ou economia geral do regime em causa

180. Resulta da jurisprudência que o conceito de «auxílio estatal» não visa as medidas estatais que introduzam uma diferenciação entre empresas e, portanto, *a priori* seletivas, quando esta diferenciação resultar da natureza ou da economia do sistema no qual se inscrevem [107].

181. Em matéria fiscal, o alcance desta justificação foi especificado da seguinte forma. Uma medida pode ser justificada pela natureza e economia geral do sistema fiscal se o Estado-Membro em causa puder demonstrar que esta medida resulta diretamente dos princípios fundadores ou diretores do seu sistema fiscal. A este respeito, deve ser estabelecida uma distinção entre, por um lado, os objetivos definidos para um sistema fiscal em particular e que lhe são externos e, por outro lado, os mecanismos inerentes ao próprio sistema fiscal que são necessários à realização desses objetivos [108].

182. À imagem da distinção entre «objetivo intrínseco» e «objetivos externos», examinada no âmbito da segunda etapa [109], a distinção entre «mecanismos inerentes ao próprio sistema fiscal» e «objetivos externos» parece-me difícil de colocar em prática.

183. Por um lado, é lícito interrogar-se se a expressão «o próprio sistema fiscal» remete para o quadro de referência — que diz respeito ao imposto sobre a transmissão de imóveis no processo principal — ou ao conjunto da fiscalidade de um Estado-Membro.

184. Na minha opinião, restringir este conceito aos mecanismos inerentes ao conjunto da fiscalidade de um Estado-Membro faria correr o risco de eliminar toda a utilidade da terceira etapa do método do quadro de referência. Com efeito, se for esse o caso, uma justificação com base no combate às práticas abusivas ou a vontade de prevenir a dupla tributação só seria admissível, no âmbito do processo principal, se o *conjunto da fiscalidade* da República Federal da Alemanha estivesse estruturado em torno desses objetivos.

185. Por conseguinte, considero que o conceito de «mecanismos inerentes ao próprio sistema fiscal» remete para os mecanismos inerentes *apenas ao quadro de referência*, que diz respeito ao imposto sobre a transmissão de imóveis no processo principal. Encontro a confirmação desta interpretação na comunicação da Comissão sobre o conceito de auxílio, que visa de forma inequívoca os princípios fundadores ou diretores intrínsecos do «sistema de referência» [110].

186. Por outro lado, e independentemente da referência anterior, a linha de demarcação entre «objetivos externos» e «mecanismos inerentes» do regime fiscal considerado é igualmente fonte de dificuldades. A este respeito, remeto o leitor para as minhas observações sobre a distinção entre «objetivo intrínseco» e «objetivos externos» no contexto da apreciação da comparabilidade [111].

107 V., nomeadamente, Acórdãos de 22 de dezembro de 2008, British Aggregates/Comissão (C-487/06 P, EU:C:2008:757, n.º 83); de 21 de junho de 2012, BNP Paribas e BNL/Comissão (C-452/10 P, EU:C:2012:366, n.º 101); de 9 de outubro de 2014, Ministerio de Defensa e Navantia (C-522/13, EU:C:2014:2262, n.º 42); e de 21 de dezembro de 2016, Comissão/World Duty Free Group e o. (C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981, n.º 58).

108 V., nomeadamente, Acórdãos de 6 de setembro de 2006, Portugal/Comissão (C-88/03, EU:C:2006:511, n.º 81); de 8 de setembro de 2011, Paint Graphos e o. (C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, n.º 65); de 18 de julho de 2013, P (C-6/12, EU:C:2013:525, n.º 22); e de 9 de outubro de 2014, Ministerio de Defensa e Navantia (C-522/13, EU:C:2014:2262, n.º 43).

109 V. n.os 149 a 159 das presentes conclusões.

110 Comunicação da Comissão sobre o conceito de auxílio estatal, n.º 138.

111 V. n.os 149 a 159 das presentes conclusões.

187. Posto isto, na sua comunicação sobre o conceito de «auxílio estatal», a Comissão identificou diversos objetivos suscetíveis, segundo a mesma, de serem invocados no âmbito desta terceira etapa, tais como a necessidade de combater a fraude ou a evasão fiscais, a necessidade de ter em conta exigências contabilísticas específicas, razões de boa gestão administrativa, o princípio da neutralidade fiscal, a natureza progressiva do imposto sobre o rendimento e a sua lógica redistributiva, a necessidade de evitar a dupla tributação ou o objetivo de otimização da recuperação de dívidas fiscais [112].

188. Ora, no âmbito do presente processo, as justificações invocadas pela A-Brauerei e pelo Governo alemão parecem-me corresponder a diversos objetivos identificados pela Comissão.

189. Em primeiro lugar, a A-Brauerei defendeu que a isenção prevista no artigo 6.ºa da GrEStG assenta diretamente nos princípios fundadores ou diretores do regime do imposto sobre a transmissão de imóveis, tendo em conta que este imposto visa as operações jurídicas que conduzam a uma alteração do controlo de imóveis situados em território nacional.

190. Esta justificação, que pode ser associada ao objetivo de prevenção da dupla tributação prosseguido pelo regime em causa no processo principal, deve, em minha opinião, ser aceite pelas razões expostas nos n.os 162 a 167 das presentes conclusões.

191. De seguida, o Governo alemão afirmou que a isenção prevista no artigo 6.ºa da GrEStG é conforme ao objetivo definido para o imposto sobre a transmissão de imóveis de taxar a capacidade financeira objetiva do adquirente ou do vendedor que se manifesta por ocasião da cessão de um imóvel. Ora, as operações previstas no artigo 6.ºa da GrEStG não teriam qualquer impacto na capacidade financeira dos participantes, tendo em conta que os mesmos não são financeiramente independentes, estando ligados entre si pela participação da empresa dominante, em pelo menos 95% do capital social de uma ou várias sociedades participantes.

192. Mais uma vez, não encontro nenhuma razão para colocar em causa a validade desta explicação.

193. Finalmente, a A-Brauerei e o Governo alemão justificaram igualmente a exigência relativa aos períodos de detenção de cinco anos, antes e depois da operação de transformação, no que diz respeito à participação de 95% no capital social da sociedade dependente [113]. De acordo com as suas explicações, estes períodos permitem evitar que a isenção prevista no artigo 6.ºa da GrEStG se aplique a determinadas práticas abusivas que consistam nomeadamente na aquisição a curto prazo de participações sociais para realizar transformações que não estejam sujeitas ao imposto sobre a transmissão de imóveis.

194. Saliento, a este respeito, que o órgão jurisdicional de reenvio confirmou a validade desta explicação. Além disso, o artigo 3.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2011/96/UE permite que os Estados-Membros sujeitem, de forma análoga, o benefício fiscal à duração da participação no capital da filial [114].

112 Comunicação da Comissão sobre o conceito de auxílio estatal, n.º 139.

113 De acordo com as explicações facultadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, o segundo período de cinco anos não é aplicável no caso de uma fusão devido à interpretação lata adotada pelo mesmo. V. n.º 30 das presentes conclusões.

114 Diretiva do Conselho, de 30 de novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes (JO 2011, L 345, p. 8). De acordo com o Considerando 3, o objetivo desta Diretiva é isentar de retenção na fonte os dividendos e outro tipo de distribuição de lucros pagos pelas sociedades afiliadas às respetivas sociedades-mãe, bem como suprimir a dupla tributação de tais rendimentos ao nível da sociedade-mãe. Nos termos do artigo 3.º, n.º 2, alínea b), os Estados-Membros tem a faculdade de não aplicar a referida diretiva às suas sociedades que não conservem durante um período ininterrupto de pelo menos dois anos uma participação que dê direito à qualidade de sociedade-mãe, ou às suas sociedades nas quais uma sociedade de outro Estado-Membro não conserve essa participação durante um período ininterrupto de pelo menos dois anos.

195. Resulta do acima exposto que os requisitos de concessão da isenção fiscal prevista no artigo 6.ºa da GrEStG são justificados pela natureza e economia do regime fiscal em causa no processo principal e, por conseguinte, que esta isenção não constitui um auxílio estatal na aceção do artigo 107, n.º 1, TFUE.

VII. Conclusão

196. Em face do exposto, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à questão prejudicial do Bundesfinanzhof (Supremo Tribunal Tributário Federal, Alemanha) da seguinte forma:

O artigo 107.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que constitui uma medida geral e, por conseguinte, não pode ser qualificado como «auxílio estatal», um benefício fiscal como o que está em causa no processo principal, que consiste em isentar do imposto sobre a transmissão de imóveis uma operação de transformação dentro de um grupo de sociedades, neste caso uma fusão, na qual participem uma empresa dominante e uma sociedade dependente, considerando-se que a empresa dominante deve deter uma participação de pelo menos 95% na sociedade dependente durante cinco anos anteriores à operação e, em princípio, durante cinco anos após a mesma.