Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PRIIT PIKAMÄE
apresentadas em 29 de setembro de 2022 [1]

Processos apensos C-649/20 P, C-658/20 P e C-662/20 P

Reino de Espanha (C-649/20 P)
Lico Leasing SA e
Pequeños y Medianos Astilleros Sociedad de Reconversión SA
(C-658/20 P)
contra
Comissão Europeia (C-649/20 P e C-658/20 P)
e
Caixabank SA
e o.
contra
Comissão Europeia

(C-662/20 P)

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Auxílios estatais — Artigo 107.º, n.º 1, TFUE — Auxílio concedido pelas autoridades espanholas a favor de certos agrupamentos de interesse económico (AIE) e dos respetivos investidores — Regime fiscal aplicável a determinados acordos de locação financeira para aquisição de navios (regime espanhol de *leasing* fiscal) — Caráter seletivo — Recuperação do auxílio — Vantagem indireta»

1. Os presentes processos apensos têm por objeto os recursos interpostos respetivamente pelo Reino de Espanha (processo C-649/20 P), pela Lico Leasing SA, e pela Pequeños y Medianos Astilleros Sociedad de Reconversión SA (a seguir «PYMAR») (processo C-658/20 P) e pela Caixabank e o. (processo C-662/20 P) do Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 23 de setembro de 2020, Espanha e o./Comissão (T-515/13 RENV e T-719/13 RENV, EU:T:2020:434) (a seguir «acórdão recorrido»), pelo qual o Tribunal Geral negou provimento ao recurso interposto pelo Reino de Espanha com vista à anulação da Decisão 2014/200/UE da Comissão, de 17 de julho de 2013, relativa ao auxílio estatal SA.21233 C/2011 (ex NN/11, ex CP 137/06) concedido por Espanha — Regime fiscal aplicável a certos acordos de locação financeira também conhecido por Sistema de arrendamento fiscal espanhol (a seguir «decisão impugnada») [2], e ao interposto pela Lico Leasing e PYMAR destinado a obter, a título principal, a

[1] Língua original: francês.

[2] JO 2014, L 114, p. 1.

anulação da referida decisão, a título subsidiário, a anulação da ordem de recuperação do auxílio estatal, e, a título ainda mais subsidiário, a anulação da ordem de recuperação no que diz respeito ao cálculo do montante do auxílio incompatível a recuperar.

2. Esta é a segunda vez que o Tribunal de Justiça é chamado a analisar este regime fiscal espanhol, que é objeto de uma verdadeira saga judicial perante os órgãos jurisdicionais da União desde 2013, e que assume uma forma particular na medida em que a sua execução depende do exercício de um poder discricionário alargado por parte da Administração Fiscal.

3. Conforme solicitado pelo Tribunal de Justiça, as presentes conclusões irão incidir sobre os fundamentos dos recursos que suscitam questões jurídicas de grande complexidade e que são importantes para efeitos da aplicação das regras relativas aos auxílios estatais, nomeadamente, as relativas ao método de análise da seletividade e à interpretação da jurisprudência relativa à vantagem indireta para efeitos de determinação do montante do auxílio a recuperar junto dos seus beneficiários diretos.

I. Antecedentes do litígio

4. Na sequência de denúncias relativas ao facto de o sistema de arrendamento fiscal espanhol, aplicado a certos acordos de locação financeira para aquisição de navios (a seguir «SAF»), permitir às companhias de navegação adquirir navios construídos por estaleiros navais espanhóis com descontos de 20 % a 30 %, a Comissão Europeia deu início ao procedimento formal de exame nos termos do artigo 108.º, n.º 2, TFUE, mediante a Decisão C(2011) 4494 final, de 29 de junho de 2011 [3].

5. Durante esse procedimento, a Comissão constatou que o SAF tinha sido utilizado, até à data desta decisão, para operações que consistiam na construção de navios por estaleiros navais e na sua aquisição por companhias de navegação, bem como para o financiamento dessas operações através de uma estrutura jurídica e financeira *ad hoc* criada por um banco. O SAF envolvia, para cada encomenda de navio, uma companhia de navegação, um estaleiro naval, um banco, uma sociedade de locação financeira e um agrupamento de interesse económico (AIE) constituído pelo banco e pelos investidores que adquirissem participações nesse AIE. Este último tomava o navio em locação de uma sociedade de locação financeira desde o início da construção do navio e fretava-o à companhia de navegação em regime de casco nu. O AIE comprometia-se a adquirir o navio no final do contrato de locação financeira e a companhia de navegação comprometia-se a adquiri-lo no final do contrato em regime de casco nu. Segundo a decisão impugnada, esta operação fiscal destinava-se a gerar vantagens fiscais a favor de investidores agrupados num AIE fiscalmente transparente e a transferir uma parte dessas vantagens para a companhia de navegação sob a forma de desconto no preço do navio.

6. A Comissão considerou que as operações no âmbito do SAF combinavam cinco medidas previstas em várias disposições do Real Decreto Legislativo 4/2004 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Real Decreto Legislativo 4/2004, que aprova o texto reformulado da Lei dos impostos sobre as sociedades), de 5 de março de 2004 (a seguir «TRLIS») [4], e do Real Decreto 1777/2004, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (Real Decreto 1777/2004, que aprova o Regulamento do imposto sobre as

[3] JO 2011, C 276, p. 5.

[4] BOE n.º 61, de 11 de março de 2004, p. 10951.

sociedades), de 30 de julho de 2004 (a seguir «RIS»)[5]. Estas cinco medidas eram i) a amortização acelerada dos ativos locados, prevista no artigo 115.º, n.º 6, do TRLIS; ii) a aplicação discricionária da amortização antecipada dos ativos locados resultante do artigo 48.º, n.º 4, e do artigo 115.º, n.º 11, do TRLIS, bem como do artigo 49.º do RIS; iii) as disposições relativas aos AIE; iv) o regime do imposto sobre a arqueação previsto nos artigos 124.º a 128.º do TRLIS, e v) o disposto no artigo 50.º, n.º 3, do RIS.

7. De acordo com o artigo 115.º, n.º 6, do TRLIS, a amortização acelerada do ativo locado tinha início na data em que o ativo estivesse em condições de funcionamento, ou seja, não antes da sua entrega ao locatário e de este o começar a utilizar. Contudo, o artigo 115.º, n.º 11, do TRLIS dispunha que o Ministério da Economia e das Finanças podia, mediante pedido formal do locatário, fixar uma data anterior para o início da amortização. O artigo 115.º, n.º 11, do TRLIS impunha duas condições gerais para essa amortização antecipada. As condições específicas aplicáveis ao AIE figuravam no artigo 48.º, n.º 4, do TRLIS. O procedimento de autorização previsto no artigo 115.º, n.º 11, do TRLIS era pormenorizado no artigo 49.º do RIS.

8. O regime do imposto sobre a arqueação foi autorizado em 2002 como auxílio de Estado compatível com o mercado interno de acordo com as Orientações comunitárias sobre auxílios estatais aos transportes marítimos de 5 de julho de 1997 (JO 1997, C 205, p. 5), conforme alteradas em 17 de janeiro de 2004 (JO 2004, C 13, p. 3), pela Decisão da Comissão C(2002) 582 final, de 27 de fevereiro de 2002, relativa ao auxílio de Estado N 736/2001 executado por Espanha — Regime de tributação das companhias de navegação, com base na arqueação (JO 2004, C 38, p. 4). Nesse regime, as empresas inscritas num dos registos das companhias de navegação que tivessem obtido uma autorização da autoridade fiscal para esse efeito não eram tributadas em função dos seus ganhos e perdas, mas sim com base na arqueação. A lei espanhola permite aos AIE inscreverem-se num desses registos, apesar de não serem companhias de navegação.

9. O artigo 125.º, n.º 2, do TRLIS previa um procedimento especial para os navios já adquiridos no momento da passagem ao regime de imposto sobre a arqueação e para os navios usados adquiridos quando a empresa já beneficiava desse regime. Ao aplicar normalmente esse regime, as eventuais mais-valias eram tributadas sob o regime do imposto sobre a arqueação e a tributação das mais-valias, ainda que adiada, deveria ocorrer aquando da venda ou do abate do navio. Contudo, por derrogação a essa disposição, o artigo 50.º, n.º 3, do RIS dispunha que, quando os navios eram adquiridos através de uma opção de compra no âmbito de um contrato de locação financeira previamente aprovado pelas autoridades fiscais, eram considerados navios novos e não usados na aceção do artigo 125.º, n.º 2, do TRLIS, sem ter em conta que já estavam amortizados, pelo que as eventuais mais-valias não eram tributadas. Esta derrogação, que não foi notificada à Comissão, só foi aplicada aos contratos de locação financeira específicos aprovados pelas autoridades fiscais no âmbito de pedidos de aplicação da amortização antecipada ao abrigo do artigo 115.º, n.º 11, do TRLIS, isto é, a navios recém-construídos e locados, adquiridos através de operações abrangidas pelo SAF e, com uma única exceção, saídos de estaleiros navais espanhóis.

10. Ao aplicar esse conjunto de medidas, o AIE recolhia as vantagens fiscais em duas fases. Numa primeira fase, aplicava-se uma amortização antecipada e acelerada do navio locado no âmbito do regime normal do imposto sobre as sociedades, que se traduzia em grandes perdas para o AIE, as quais, em virtude da transparência fiscal dos AIE, podiam ser deduzidas dos rendimentos próprios dos investidores proporcionalmente à sua participação no AIE. Apesar de normalmente essa

[5] BOE nº 189, de 6 de agosto de 2004, p. 37072.

amortização antecipada e acelerada do custo do navio ser posteriormente compensada pelo aumento dos impostos a pagar quando o navio estivesse integralmente amortizado ou quando fosse vendido gerando uma mais-valia, mantinha-se a economia fiscal resultante da transferência das perdas iniciais para os investidores, numa segunda fase, pelo facto de o AIE passar para o regime do imposto sobre a arqueação, que permitia a isenção total dos lucros resultantes da venda do navio à companhia de navegação.

11. Embora considerando que o SAF deveria ser descrito como um «sistema», a Comissão analisou igualmente cada uma das medidas em causa individualmente. Na decisão impugnada, decidiu que, entre essas medidas, as resultantes do artigo 115.º, n.º 11, do TRLIS (relativas à amortização antecipada de ativos locados), as resultantes da aplicação do regime do imposto sobre a arqueação a empresas, navios ou atividades não elegíveis, e as resultantes do artigo 50.º, n.º 3, do RIS (a seguir «medidas fiscais em causa») constituíam um auxílio de Estado aos AIE e aos seus investidores, ilegalmente executado pelo Reino de Espanha desde 1 de janeiro de 2002, em violação do artigo 108.º, n.º 3, TFUE. Declarou que as medidas fiscais em causa eram incompatíveis com o mercado interno, exceto na medida em que o auxílio correspondesse a uma remuneração conforme com o mercado devida à intermediação de investidores financeiros e fosse canalizado para empresas de transporte marítimo que pudessem beneficiar das orientações sobre transportes marítimos. Decidiu que o Reino de Espanha devia pôr termo a esse regime de auxílio na medida em que era incompatível com o mercado interno, devendo ainda recuperar os auxílios incompatíveis junto dos investidores dos AIE que deles beneficiaram, sem que esses beneficiários pudessem transferir o encargo da recuperação para outras pessoas. Contudo, a Comissão decidiu que não se procederia à recuperação do auxílio concedido no âmbito de operações de financiamento em que as autoridades nacionais competentes se tivessem comprometido a conceder o benefício das medidas através de um ato juridicamente vinculativo adotado antes de 30 de abril de 2007, data da publicação no *Jornal Oficial da União Europeia* da sua Decisão 2007/256/CE, de 20 de dezembro de 2006, relativa ao regime de auxílio executado pela França ao abrigo do artigo 39.º CA do Código Geral dos Impostos — Auxílio estatal C 46/04 (ex NN 65/04) (JO 2007, L 112, p. 41).

II. Processo anterior ao recurso da decisão do Tribunal Geral e acórdão recorrido

12. Por petições separadas apresentadas na Secretaria do Tribunal Geral em 25 de setembro e 30 de dezembro de 2013, o Reino de Espanha, por um lado, e a Lico Leasing SA e a PYMAR, por outro, interpuseram um recurso de anulação da decisão impugnada. Os dois processos foram apensados para efeitos do acórdão.

13. Por Acórdão de 17 de dezembro de 2015, Espanha e o./Comissão (T-515/13 e T-719/13, EU:T:2015:1004), o Tribunal Geral anulou a decisão impugnada. Tendo a Comissão interposto recurso para o Tribunal de Justiça, este, por Acórdão de 25 de julho de 2018, Comissão/Espanha e o. (C-128/16 P, EU:C:2018:591, a seguir «Acórdão Comissão/Espanha e o.»), anulou o acórdão do Tribunal Geral, remeteu o processo a este órgão jurisdicional, reservou para final a decisão quanto às despesas e decidiu que os intervenientes no recurso suportariam as suas próprias despesas.

14. No seu acórdão proferido na sequência dessa remessa, o Tribunal Geral indeferiu a reclamação relativa a um erro no exame da seletividade do SAF, considerando, em substância, que a existência de um poder discricionário alargado da Administração Fiscal para conceder uma autorização de amortização antecipada era suficiente para qualificar o SAF de seletivo no seu

conjunto. O Tribunal Geral considerou improcedente o fundamento relativo à violação dos princípios aplicáveis à recuperação devido ao método de cálculo do auxílio incompatível, considerando que a Comissão não tinha cometido um erro de direito ao ordenar a recuperação da totalidade do auxílio junto dos investidores do AIE, apesar de uma parte da vantagem ter sido transferida para terceiros.

15. De seguida, o Tribunal Geral negou provimento à totalidade dos recursos.

III. Pedidos das partes e tramitação processual no Tribunal de Justiça

16. Com o seu recurso interposto no processo C-649/20 P, o Reino de Espanha pede ao Tribunal de Justiça que se digne anular o acórdão recorrido, pronunciar-se definitivamente sobre o litígio, anulando a decisão impugnada, e condenar a Comissão nas despesas.

17. A Comissão pede que seja negado provimento ao recurso e que o Reino de Espanha seja condenado nas despesas.

18. Com o seu recurso interposto no processo C-658/20 P, a Lico Leasing e a PYMAR pedem ao Tribunal de Justiça que se digne anular o acórdão recorrido, anular a decisão impugnada e condenar a Comissão nas despesas.

19. A Caixabank SA e o. concluem com os mesmos pedidos.

20. A Comissão pede que seja negado provimento ao recurso e que a Lico Leasing e a PYMAR, bem como a Caixabank e o., sejam condenadas nas despesas.

21. Com o seu recurso interposto no processo C-662/20 P, a Caixabank e o. pedem ao Tribunal de Justiça que se digne anular o acórdão recorrido, anular a decisão impugnada, nomeadamente o seu artigo 1.º, n.º 1, e, a título subsidiário, o seu artigo 4.º, n.º 1, e condenar a Comissão nas despesas.

22. A Decal España, que foi admitida a intervir em apoio do pedido da Caixabank e o. por Despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 2 de agosto de 2021, conclui com os mesmos pedidos.

23. A Comissão conclui pedindo que o recurso seja julgado inadmissível e, a título subsidiário, improcedente, bem como a condenação da Caixabank e o. e da Decal España nas despesas.

24. Por Decisão do presidente do Tribunal de Justiça, de 26 de abril de 2022, os três processos (C-649/20 P, C-658/20 P e C-662/20 P) foram apensados, nos termos do artigo 54.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, para efeitos da fase oral e do acórdão.

25. O Reino de Espanha, a Lico Leasing, a Caixabank, a Decal España e a Comissão foram ouvidos na audiência realizada em 15 de junho de 2022.

IV. Quanto ao recurso

26. De acordo com o pedido do Tribunal de Justiça, as presentes conclusões concentrar-se-ão no fundamento relativo ao caráter seletivo do alegado auxílio (segundo fundamento do processo C-649/20 P, primeiro fundamento do processo C-658/20 P e primeiro fundamento do processo

C-662/20 P) e na determinação do montante do auxílio a recuperar (quarto fundamento do processo C-649/20 P, quarto fundamento do processo C-658/20 P e terceiro fundamento do processo C-662/20 P).

A. Quanto ao segundo fundamento no processo C-649/20 P, ao primeiro fundamento no processo C-658/20 P e ao primeiro fundamento no processo C-662/20 P

1. Breve resumo dos argumentos das partes

27. O segundo fundamento invocado pelo Reino de Espanha no processo C-649/20 P, bem como os primeiros fundamentos invocados pela Lico Leasing e pela PYMAR, no processo C-658/20 P, e pela Caixabank, no processo C-662/20 P, visam refutar, em vários aspetos, a análise da seletividade do SAF realizada no acórdão recorrido.

2. Quanto à admissibilidade

28. A Comissão considera que estes fundamentos são inadmissíveis na medida em que equivalem a submeter ao Tribunal de Justiça um litígio mais amplo do que aquele que foi submetido ao Tribunal Geral, uma vez que os recorrentes nunca alegaram nos seus recursos em primeira instância que a decisão impugnada estava viciada de um erro pelo facto de a Comissão não ter examinado a seletividade do SAF através da análise em três etapas, nem que a Comissão cometeu um erro ao não definir o quadro de referência ou ao não fazer a comparação com os operadores em situação comparável aos beneficiários.

29. Este fundamento de inadmissibilidade deve, na minha opinião, ser julgado improcedente.

30. Com efeito, embora resulte de jurisprudência assente que a competência do Tribunal de Justiça em sede de recurso de uma decisão do Tribunal Geral está limitada à apreciação da solução jurídica dada aos fundamentos debatidos no mesmo[6], resulta de uma jurisprudência também constante que um recorrente pode, no seu recurso, invocar fundamentos com origem no próprio acórdão recorrido e que se destinem a criticar juridicamente o seu mérito[7].

31. Partindo do princípio de que os fundamentos em causa não foram debatidos em primeira instância, importa constatar que, nos n.os 87 a 102 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral examinou a questão de saber se a Comissão tinha cometido um erro de direito ao não proceder a uma análise em três etapas. Como explicarei mais detalhadamente na secção seguinte das presentes conclusões, o Tribunal Geral considerou, em substância, no âmbito deste exame, que se poderia limitar a verificar a existência de um poder discricionário para a concessão da autorização relativa à amortização antecipada pela Administração Fiscal, sendo isso suficiente para tornar o SAF seletivo no seu conjunto. Por conseguinte, daqui resulta que os fundamentos em causa têm origem no acórdão recorrido.

6 Acórdão de 6 de outubro de 2021, World Duty Free Group e Espanha/Comissão (C-51/19 P e C-64/19 P, EU:C:2021:793, n.º 55 e jurisprudência referida).

7 Acórdão de 6 de outubro de 2021, Sigma Alimentos Exterior/Comissão (C-50/19 P, EU:C:2021:792, n.º 59 e jurisprudência referida).

32. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que o segundo fundamento de recurso no processo C-649/20 P, o primeiro fundamento de recurso no processo C-658/20 P e o primeiro fundamento de recurso no processo C-662/20 P são inadmissíveis.

3. Quanto ao mérito

a) Quanto à falta de uma análise em três etapas

33. Importa recordar que, no n.º 87 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral constatou que, na decisão impugnada, a Comissão não tinha procedido à análise em três etapas, necessária para qualificar um auxílio de seletivo, mas tinha indicado que o SAF era seletivo no seu conjunto, por um lado, em razão do poder discricionário da Administração Fiscal para conceder a autorização obrigatória para efeitos de amortização antecipada com base em condições que eram imprecisas, e, por outro, pelo facto de a Administração Fiscal apenas autorizar operações da SAF destinadas a financiar navios de mar. No mesmo número do acórdão recorrido, o Tribunal Geral especificou de seguida que, na audiência, a Comissão tinha alegado que a existência de um poder discricionário da Administração Fiscal era suficiente, em si mesma, para tornar o SAF seletivo no seu conjunto. Por conseguinte, concentrou a sua análise da seletividade, nos n.os 88 a 102 do acórdão recorrido, nesta última questão jurídica.

34. A título preliminar, importa observar que esta interpretação da decisão impugnada é criticada pela Caixabank (apoiada pela Decal), segundo a qual o Tribunal Geral considerou que a Comissão, no considerando 156 da referida decisão, tinha baseado a existência da seletividade em dois tipos de raciocínio alternativos, a saber, um com base na existência de um poder discricionário da Administração Fiscal e outro com base no caráter setorial do SAF, pelo que a omissão da análise em três etapas não afetaria a existência do referido poder discricionário. Em contrapartida, a Comissão apresentou estes dois elementos não como dois raciocínios alternativos, mas como partes indissociáveis de um mesmo raciocínio que leva a concluir pela seletividade setorial do SAF. Por conseguinte, a Caixabank sustenta que, ao substituir a fundamentação da decisão impugnada pela sua própria fundamentação, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito.

35. Este argumento parece-me resultar de uma leitura excessivamente formalista da decisão impugnada.

36. A utilização dos termos «por um lado» e «por outro» no n.º 87 do acórdão recorrido não significa que, como alega a Caixabank, o Tribunal Geral tenha considerado que a Comissão tinha concluído pela existência da seletividade com base em dois raciocínios alternativos.

37. Pelo contrário, este número do acórdão recorrido reproduz fielmente, em substância, o raciocínio jurídico que resulta do considerando 156 da decisão impugnada, segundo o qual a seletividade do SAF no seu conjunto depende exclusivamente da existência de uma apreciação discricionária da Administração Fiscal à qual é dirigido um pedido de autorização para realizar a amortização antecipada. Tendo em consideração este poder discricionário, que se baseava em critérios vagos da regulamentação que servia de fundamento à Administração para conceder as autorizações relativas à amortização antecipada, este considerando clarificava que apenas os AIE que realizavam operações ao abrigo do SAF destinadas a financiar navios de mar tinham acesso a todas as vantagens fiscais do SAF. Por conseguinte, a mera existência desse poder discricionário era suficiente, segundo a decisão impugnada, para concluir pela seletividade do SAF.

38. Resulta destas considerações que, longe de substituir pela sua a fundamentação da decisão impugnada, o Tribunal Geral se limitou, no n.º 87 do acórdão recorrido, a fazer uso de uma margem de discricionariedade legítima na sua interpretação da referida decisão [8].

39. O principal argumento das recorrentes é que o Tribunal Geral não estabeleceu o quadro de referência e não procedeu à análise em três etapas prescrita pelo Tribunal de Justiça, que consiste em identificar o regime fiscal comum, avaliar se a medida em causa apresenta um caráter seletivo na medida em que introduz diferenças entre operadores que se encontram numa situação de facto e de direito comparável e examinar se o Estado-Membro provou que esta medida era justificada pela natureza ou economia do sistema em que se insere.

40. O Reino de Espanha alega, nomeadamente, que, ao fazê-lo, o Tribunal Geral ignorou o Acórdão Comissão/Espanha e o., dado que o Tribunal de Justiça exigiu, neste último acórdão, que o Tribunal Geral avaliasse a seletividade do SAF através da análise em três etapas.

41. Considero, à semelhança da Comissão, que o Tribunal de Justiça não pretendeu impor tal análise.

42. Antes de mais, importa contextualizar os números invocados pelo Reino de Espanha em apoio da sua tese. No Acórdão C-128/16 P, o Tribunal de Justiça respondeu ao argumento de que o Tribunal Geral tinha considerado erradamente que as vantagens fiscais concedidas na sequência de investimentos num determinado bem, com exclusão de outros bens ou outros investimentos, não eram seletivas em relação aos investidores, uma vez que qualquer empresa podia efetuar essa operação.

43. A este respeito, o Tribunal de Justiça começou por declarar, no n.º 67 do referido acórdão, que a análise efetuada pelo Tribunal Geral se baseava na premissa errada de que só os investidores, e não os AIE, podiam ser considerados os beneficiários das vantagens resultantes das medidas fiscais em causa e que, portanto, era relativamente aos investidores que se devia examinar o processo de seletividade. Em seguida, constatou, nos n.os 68 a 71 do mesmo acórdão, que o Tribunal Geral tinha, de resto, efetuado uma apreciação errada da seletividade ao considerar que as vantagens obtidas pelos investidores que tinham participado nas operações ao abrigo do SAF não eram seletivas por essas operações estarem abertas, nas mesmas condições, a qualquer empresa sem distinção. Segundo o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral deveria ter efetuado a análise em três etapas que resulta do Acórdão Comissão/World Duty Free Group e o. [9] verificando, nomeadamente, se a Comissão tinha demonstrado que as medidas fiscais em causa introduziam, pelos seus efeitos concretos, um tratamento diferenciado entre operadores numa situação factual e jurídica comparável à luz do objetivo prosseguido pelo SAF.

44. Em minha opinião, resulta destes números do Acórdão Comissão/Espanha e o. que a análise em três etapas era considerada indispensável, uma vez que o Tribunal Geral identificou os investidores como beneficiários do SAF. Esta interpretação é reforçada pela ligação estabelecida pelo Tribunal de Justiça entre tal identificação (errada) dos beneficiários e o erro de direito decorrente da falta de uma análise em três etapas, como evidenciado pela utilização da expressão «de resto» no início do n.º 68 do referido acórdão.

[8] V. Acórdão de 26 de março de 2020, Larko/Comissão (C-244/18 P, EU:C:2020:238, n.os 104 e 105).

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

45. Além disso, importa salientar que o Tribunal de Justiça declarou, no n.º 58 do Acórdão Comissão/Espanha e o., que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao não analisar se o sistema de autorização da amortização antecipada conferia à Administração Fiscal um poder discricionário suscetível de favorecer as atividades exercidas pelos AIE participantes no SAF ou que tenham por efeito favorecer essas atividades. Ao fazê-lo, o Tribunal de Justiça pretendeu, parece-me, convidar expressamente o Tribunal Geral a realizar essa análise, convite com o qual este se conformou plenamente nos n.os 88 a 102 do acórdão recorrido.

46. Nestas circunstâncias, não se pode considerar que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito quanto ao método utilizado para examinar a seletividade, embora tenha respeitado o quadro analítico evocado no número anterior.

47. No que respeita às alegações dos recorrentes relativas, de forma geral, ao facto de o Tribunal Geral não ter censurado a falta de uma análise em três etapas na decisão impugnada, há que referir, antes de mais, que esta análise foi concebida para revelar a seletividade ocultada por medidas fiscais mais vantajosas de que qualquer empresa pode, aparentemente, beneficiar. Consiste em determinar se a aplicação de tais medidas de caráter geral constitui uma discriminação injustificada entre as empresas que preenchem os requisitos para obter a vantagem e as que não os preenchem.

48. As disposições da legislação espanhola que instituem as medidas do SAF deram aos AIE a possibilidade de pedir o acesso ao benefício de amortização antecipada; permitiam-lhes inscreverem-se no registo especial de companhias de navegação — desde que exercessem uma atividade que implicasse colocar à disposição de terceiros navios em regime de fretamento a casco nu — e, assim, adquirir o direito a cumprir as suas obrigações fiscais ao abrigo do regime do imposto sobre a arqueação; por último, permitiram-lhes obter o benefício da isenção fiscal sobre as mais-valias resultantes da venda do navio.

49. Por conseguinte, parece-me que as medidas em causa podem ser interpretadas como pertencendo à categoria das medidas gerais *prima facie*. Em especial, pode alegar-se que estas medidas tiveram por efeito conceder uma vantagem fiscal aos AIE pelo simples facto de a identidade e a estrutura das suas atividades terem sido definidas em função da obtenção de tal vantagem. Tratar-se-ia então de uma vantagem aberta, em princípio, a qualquer operador económico que pretenda prosseguir uma estratégia de otimização fiscal, o que exigiria uma análise em três etapas para estabelecer o seu eventual caráter seletivo.

50. Sou, no entanto, de opinião que, no caso em apreço, as medidas do SAF não podem ser qualificadas de medidas gerais *a priori* porque o facto de preencher os critérios para poder beneficiar das mesmas não conduziu sistematicamente ao benefício das vantagens fiscais previstas por essas medidas. Como referido anteriormente, a concessão de vantagens estava, de facto, subordinada à obtenção prévia pelas empresas da autorização para efetuar a amortização antecipada, a qual era concedida pela Administração Fiscal ao abrigo de um amplo poder discricionário.

51. Enquadrado por critérios vagos e desprovidos de qualquer caráter objetivo, este poder discricionário permitia à Administração Fiscal determinar os beneficiários da amortização antecipada ou as condições dessa amortização, o que permite considerar, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça [10], que o critério da seletividade está preenchido.

[10] V. Acórdãos de 26 de setembro de 1996, França/Comissão (C-241/94, EU:C:1996:353, n.º 23); de 29 de junho de 1999, DM Transport (C-256/97, EU:C:1999:332, n.º 27); e de 1 de dezembro de 1998, Ecotrade (C-200/97, EU:C:1998:579, n.º 40).

52. Daqui resulta, na minha opinião, que não se justifica no caso em apreço uma análise em três etapas, que inclua a determinação do quadro de referência (ou «tributação normal», em matéria fiscal). Com efeito, tal determinação só é necessária para identificar a eventual presença de um *mecanismo derrogatório* do regime fiscal aplicável a todas as empresas abrangidas pelo seu âmbito de aplicação. No entanto, parece-me evidente que, quando a legislação nacional concede à Administração Fiscal um poder discricionário como o que está em causa nos processos principais, o exercício de tal poder derroga necessariamente *qualquer* quadro de referência previamente estabelecido.

53. A este respeito, deve acrescentar-se que, ao contrário do que consideram os recorrentes, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo P não preconiza, de forma alguma, uma análise em três etapas no caso de a concessão da vantagem fiscal depender de uma autorização da Administração nacional competente. Com efeito, embora possa parecer que, neste acórdão, o Tribunal de Justiça incorporou a sua fundamentação relativa ao poder discricionário na segunda etapa (existência de uma derrogação) e na terceira etapa (justificação de uma medida seletiva *a priori*) [11], na verdade não determinou previamente o quadro de referência, não obstante as dúvidas expressas a este respeito pelo órgão jurisdicional nacional na sua decisão de reenvio [12].

54. Tendo em conta o que precede, considero que esta série de argumentos das recorrentes deve ser julgada improcedente.

b) Quanto à falta de análise do exercício do poder discricionário da Administração Fiscal

55. Em segundo lugar, as recorrentes contestam as apreciações do Tribunal Geral relativas ao poder discricionário da Administração Fiscal para autorizar a amortização antecipada. Criticam-no, nomeadamente, em substância, por não ter averiguado se, de facto, este poder da Administração Fiscal tinha levado, de forma injustificada, ao tratamento mais favorável de determinados operadores em relação a outros que se encontravam numa situação comparável.

56. Importa, antes de mais, resumir o raciocínio seguido pelo Tribunal Geral nos números relevantes do acórdão recorrido. No n.º 88 deste acórdão, o Tribunal Geral recordou, nomeadamente, à luz da jurisprudência, que a presença de um sistema de autorização não implica, em si mesmo, a existência de uma medida seletiva e que, em contrapartida, se as autoridades competentes dispuserem de um poder discricionário alargado para determinar os beneficiários e as condições da medida concedida, deve considerar-se que o exercício desse poder favorece certas empresas ou certas produções em detrimento de outras que, à luz do objetivo prosseguido, se encontram numa situação factual e jurídica comparável.

57. Em seguida, depois de ter examinado, nos n.os 89 a 100 do acórdão recorrido, as disposições legislativas e regulamentares que regem o sistema de autorização em causa, o Tribunal Geral respondeu a alguns argumentos específicos suscitados pelas partes.

58. Constatou, nomeadamente, como a Comissão tinha referido na decisão impugnada, que este sistema se baseava na obtenção de uma autorização prévia, e não numa simples notificação, com base em critérios vagos, exigindo uma interpretação da Administração Fiscal que não tinha publicado nenhumas orientações. De seguida, o Tribunal Geral observou que, de acordo com essas disposições, a Administração Fiscal podia pedir quaisquer informações e quaisquer

[11] Acórdão de 18 de julho de 2013, P (C-6/12, EU:C:2013:525, n.os 22 a 27).

[12] V. Acórdão de 18 de julho de 2013, P (C-6/12, EU:C:2013:525, n.º 13).

documentos que considerasse oportunos, incluindo informações relativas ao impacto positivo para a economia e para o emprego em Espanha resultante dos contratos de construção de navios. O Tribunal Geral salientou ainda que a Administração Fiscal podia não só conceder ou rejeitar a autorização, mas também fixar o início das amortizações numa data diferente da proposta pelo sujeito passivo, sem fornecer mais pormenores. Isto resultou numa ampla margem de apreciação da Administração Fiscal.

59. Por último, o Tribunal Geral concluiu, no n.º 100 do acórdão recorrido, que a existência destes aspetos discricionários era suscetível de favorecer os beneficiários em relação a outros sujeitos passivos numa situação factual e jurídica comparável, na medida em que outros AIE ou outras empresas, que operavam noutros setores ou que tinham outra forma, podiam não ter beneficiado da amortização antecipada nas mesmas condições. Indicou também que, atendendo ao caráter intrinsecamente discricionário das disposições em análise, pouco importava que a sua aplicação tenha sido discricionária ou não *de facto*.

60. Ao invés do que alega o Reino de Espanha, importa salientar que o Tribunal Geral não estabeleceu nenhuma distinção entre seletividade *de jure* e seletividade *de facto*. Longe de ter estabelecido tal distinção, pretendia apenas clarificar que, uma vez reconhecido o caráter seletivo do SAF devido aos elementos discricionários resultantes do sistema de autorização prévia prevista pela legislação aplicável, a questão de saber se este sistema tinha sido efetivamente aplicado de forma discricionária na prática era irrelevante.

61. Esta última conclusão do Tribunal Geral foi energicamente contestada pelos recorrentes, tanto nas suas observações escritas como na audiência, com o fundamento de que o mero reconhecimento jurídico de um poder discricionário da Administração nacional não permitia, segundo a jurisprudência, presumir o caráter seletivo de um regime de auxílios como o do caso em apreço. Qualquer outra interpretação seria errada e constituiria, na sua opinião, um precedente que teria efeitos negativos sistémicos na legislação relativa aos auxílios estatais.

62. Importa referir nesta fase que os recorrentes não põem em causa a análise segundo a qual o SAF constitui um regime de auxílios. Embora raramente apareça no corpo da decisão impugnada e no acórdão recorrido, já que a Comissão e o Tribunal Geral preferem designar o SAF como um «sistema» constituído por diferentes medidas ligadas de modo indissociável, esta qualificação resulta de forma evidente do dispositivo da referida decisão e da fundamentação seguida no acórdão recorrido.

63. Há que ter isso em conta na apreciação da tese das recorrentes, com base no Acórdão P, segundo o qual é necessário analisar a aplicação prática das medidas fiscais que constituem o SAF para o qualificar, se for caso disso, de seletivo.

64. O contexto do processo que deu origem a este acórdão merece ser recordado de forma breve. A regulamentação fiscal finlandesa em causa previa que as perdas sofridas por uma sociedade não eram dedutíveis quando, nomeadamente, durante o ano deficitário ou posteriormente, mais de metade das participações da sociedade tivessem mudado de proprietário, exceto por herança ou testamento. No entanto, a Administração Fiscal podia autorizar tal dedução a pedido, por razões especiais, quando o exercício da atividade da sociedade o exigisse. As «razões especiais» que justificavam a concessão de tal autorização derrogatória estavam enumeradas numa carta de orientações publicada pela referida Administração e incluíam, entre outras, as «consequências especiais sobre o emprego».

65. No seu acórdão, o Tribunal de Justiça, em substância, recordou que, quando a Administração competente dispuser de um amplo poder discricionário que lhe permita determinar os beneficiários e os requisitos da medida concedida com base em critérios alheios ao regime fiscal em causa, deve considerar-se que o exercício desse poder favorece certas empresas ou certas produções relativamente a outras, e acrescentou que o exercício deste poder de apreciação é justificado quando está circunscrito por critérios objetivos que não são alheios ao referido regime fiscal [13].

66. Devido à heterogeneidade dos critérios que enquadram o poder da Administração Fiscal finlandesa, todos eles objetivos e inerentes à natureza do regime fiscal examinado, com exceção dos relativos às «consequências especiais sobre o emprego», o Tribunal de Justiça considerou necessário clarificar no acórdão que o caráter seletivo pressupõe «não só o conhecimento do conteúdo das normas de direito pertinentes, mas também a análise do seu alcance, baseada na *prática administrativa e jurisdicional* e nas informações relativas ao alcance do âmbito de aplicação pessoal destas regras» [14].

67. Esta conclusão parece-me, no mínimo, ultrapassada pelo Acórdão Comissão/Fútbol Club Barcelona [15].

68. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça decidiu que, no caso de um regime de auxílios, a Comissão está obrigada a realizar o seu exame à luz do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, tomando por referência o momento da adoção do regime em questão, mediante uma análise *ex ante* [16]. Mais concretamente, a Comissão deve provar, segundo o Tribunal de Justiça, que um regime fiscal «é suscetível de favorecer os seus beneficiários, comprovando que este, globalmente considerado, tendo em conta as suas características próprias, é suscetível de conduzir, no momento da sua adoção, a uma tributação menos elevada do que a que resulta da aplicação do regime geral de tributação» [17]. A este respeito, o Tribunal de Justiça explicou que o exame efetuado pela Comissão nos termos do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, não pode favorecer os Estados-Membros que atribuem auxílios em violação do artigo 108.º, n.º 3, TFUE, em detrimento daqueles que, em conformidade com esta disposição, notificam os auxílios na fase de projeto e se abstêm de os executar enquanto aguardam pela decisão final adotada pela Comissão. Se a Comissão estivesse efetivamente obrigada a verificar se uma vantagem seletiva se materializou com base numa apreciação da prática da Administração Fiscal no âmbito de um regime de auxílios baseado numa autorização discricionária, o Estado-Membro em causa não poderia notificar as medidas ao abrigo de tal regime na fase de projeto. Pelo contrário, seria obrigado a aguardar pela execução deste pela Administração Fiscal, o que implicaria necessariamente a concessão dos auxílios ilegais antes da notificação [18].

69. Nestas circunstâncias, a existência de uma obrigação da Comissão de apreciar os regimes de auxílios *a posteriori*, tal como resulta da interpretação proposta pelos recorrentes, é contrária a esta jurisprudência, que visa salvaguardar um dos elementos fundamentais do sistema de fiscalização dos auxílios estatais, a saber, a obrigação de notificação estabelecida pelo Tratado [19].

13 Acórdão de 18 de julho de 2013, P (C-6/12, EU:C:2013:525, n.os 24 a 27).

14 Acórdão de 18 de julho de 2013, P (C-6/12, EU:C:2013:525, n.º 20). O sublinhado é meu.

15 Acórdão de 4 de março de 2021, Comissão/Fútbol Club Barcelona (C-362/19 P, a seguir «Acórdão Comissão/Fútbol Club Barcelona», EU:C:2021:169).

16 Acórdão de 4 de março de 2021, Comissão/Fútbol Club Barcelona (C-362/19 P, EU:C:2021:169, n.º 86).

17 Acórdão de 4 de março de 2021 (C-362/19 P, EU:C:2021:169, n.º 87).

18 V. Acórdão de 4 de março de 2021, Comissão/Fútbol Club Barcelona (C-362/19 P, EU:C:2021:169, n.os 92 e 93).

19 V. Acórdão de 4 de março de 2021, Comissão/Fútbol Club Barcelona (C-362/19 P, EU:C:2021:169, n.os 90 e 91).

70. Daqui resulta que o Tribunal Geral não pode ser criticado, como faz o Reino de Espanha no seu recurso, por não ter indicado nenhuma prática administrativa que demonstrasse que a faculdade de a Administração Fiscal fixar outro momento para o início da amortização antecipada beneficiava especificamente os AIE. Com efeito, como expliquei anteriormente, a referência a uma prática administrativa não era necessária pelo facto de o acórdão recorrido ter demonstrado a existência de um amplo poder discricionário da Administração Fiscal no que respeita à autorização de amortização antecipada [20].

71. Na audiência, a Caixabank alegou que, contrariamente ao que resulta do acórdão recorrido, o Acórdão DM Transport [21] não impôs uma interpretação segundo a qual a seletividade de um regime de auxílios decorre da simples existência de um amplo poder discricionário. De acordo com a sua leitura deste acórdão, o Tribunal de Justiça apenas pretendeu dizer que a existência deste poder é *suscetível de* conferir um caráter seletivo a uma medida *a priori* de caráter geral. A este respeito, importa referir que, no processo que deu origem a este acórdão, o Tribunal de Justiça decidiu deixar ao órgão jurisdicional de reenvio a tarefa de determinar se o poder do organismo nacional competente para conceder facilidades de pagamento relativas às contribuições para a segurança social previstas pela lei belga era discricionário e, *caso não fosse*, de determinar se essas facilidades de pagamento tinham um caráter geral ou seletivo [22]. Na minha opinião, esta observação é suficiente para descartar a interpretação sugerida pela Caixabank e o.

72. Por último, parece-me óbvio que, ao contrário do que alega o Reino de Espanha no seu recurso, uma interpretação da seletividade como a que proponho não implica de modo algum uma inversão do ónus da prova no sentido de que, se fosse validada pelo Tribunal de Justiça, a Comissão deixaria de estar obrigada a provar que um regime fiscal é seletivo devido aos seus efeitos. Muito pelo contrário, resulta da interpretação adotada pelo Tribunal Geral no acórdão recorrido que a Comissão deve provar que a Administração nacional goza de um poder discricionário decorrente da legislação pertinente porque o exercício deste poder é, segundo a jurisprudência, necessariamente seletivo nos seus efeitos.

73. A jurisprudência referida pela Caixabank no seu recurso, a saber, os Acórdãos proferidos pelo Tribunal Geral e pelo Tribunal de Justiça no processo MOL/Comissão [23] e os proferidos pelo Tribunal Geral em determinados processos relativos a decisões antecipadas de determinadas Administrações Fiscais nacionais («decisões fiscais»), também não é, na minha opinião, suscetível de sustentar a posição dos recorrentes [24].

74. No que diz respeito ao primeiro processo, embora seja verdade que os órgãos jurisdicionais da União sancionaram a falta de uma análise factual relativa ao exercício do poder discricionário da Administração nacional, salientei, nas minhas Conclusões relativas ao processo Irlanda/Comissão,

[20] Do mesmo modo, não pode acusar-se o Tribunal Geral, como faz também o Reino de Espanha, de não ter indicado nenhuma disposição regulamentar que comprovasse que a possibilidade de a Administração Fiscal fixar outro momento para o início da amortização antecipada beneficiava especificamente os AIE. Como expliquei anteriormente, a referência a uma disposição regulamentar com tal conteúdo não era necessária porque o raciocínio jurídico seguido no acórdão recorrido não assenta numa hipótese de seletividade *de jure*.

[21] Acórdão de 29 de junho de 1999 (C-256/97, EU:C:1999:332).

[22] Acórdão de 29 de junho de 1999, DM Transport (C-256/97, EU:C:1999:332, n.os 27 e 28); segundo o Tribunal de Justiça, o poder discricionário em questão deve permitir a este organismo «determinar os beneficiários ou as condições da medida concedida». V., igualmente, a este respeito, Acórdãos de 26 de setembro de 1996, França/Comissão (C-241/94, EU:C:1996:353, n.os 23 e 24), e de 1 de dezembro de 1998, Ecotrade (C-200/97, EU:C:1998:579, n.os 39 e 40).

[23] Acórdão de 12 de novembro de 2013, MOL/Comissão (T-499/10, EU:T:2013:592), confirmado pelo Acórdão de 4 de junho de 2015, Comissão/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362).

[24] Acórdãos de 24 de setembro de 2019, Países Baixos e o./Comissão (T-760/15 e T-636/16, EU:T:2019:669); de 24 de setembro de 2019, Luxemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe/Comissão (T-755/15 e T-759/15, EU:T:2019:670); e de 15 de julho de 2020, Irlanda e o./Comissão (T-778/16 e T-892/16, EU:T:2020:338).

a dificuldade de transposição dos critérios decorrentes deste processo para outros, uma vez que a aplicação destes critérios pressupõe que o dispositivo legal examinado seja qualificado de «disposição facultativa de direito nacional que prevê a imposição de encargos suplementares», o que não é o caso no presente processo [25]. Quanto aos processos relativos às decisões fiscais antecipadas, o Tribunal Geral considerou necessária uma análise factual do exercício do poder discricionário pelo simples facto de estas decisões terem sido qualificadas de medidas individuais. No entanto, como já referi anteriormente, a natureza do regime de auxílios de SAF não é contestada no caso em apreço.

75. Nestas condições, a segunda série de argumentos invocados pelos recorrentes deve, na minha opinião, ser julgada improcedente.

c) Quanto à falta de um exame da seletividade do SAF no seu conjunto

76. Em terceiro lugar, as recorrentes criticam o Tribunal Geral por, no n.º 101 do acórdão recorrido, ter concluído pela seletividade do SAF depois de ter examinado apenas uma das medidas que o compõem, sem proceder, por conseguinte, a uma análise das outras medidas que constituem o SAF e dos efeitos que produziam no seu conjunto.

77. A este respeito, importa recordar que, na decisão impugnada, a Comissão examinou primeiro a seletividade das medidas que constituem o SAF, e depois a do SAF no seu conjunto. No considerando 156 desta decisão, considerou que a vantagem concedida por este era seletiva na medida em que estava sujeita ao poder discricionário da Administração Fiscal no âmbito do procedimento de autorização prévia da amortização antecipada e que a aplicação das outras medidas que constituem o SAF, a saber, o regime de imposto sobre a arqueação e a não tributação das mais-valias, dependiam da autorização prévia da referida Administração.

78. No n.º 101 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral considerou que, visto que uma das medidas que permitiam beneficiar do SAF no seu conjunto era seletiva, a saber, a autorização de amortização antecipada, a Comissão não tinha cometido nenhum erro ao considerar, na decisão impugnada, que o sistema era seletivo no seu conjunto.

79. Pela minha parte, não vejo como se possa considerar que a apreciação do Tribunal Geral, por mais concisa que seja, careça de rigor e, portanto, constitua um erro de direito, como alega o Reino de Espanha. Dada a relação de dependência, constatada na decisão impugnada e não contestada pelo recorrente, que liga a aplicação do regime de imposto sobre a arqueação e a não tributação das mais-valias à autorização prévia para proceder à amortização antecipada, verdadeira «chave de acesso» às vantagens fiscais decorrentes do SAF, parece-me claro, com efeito, que a crítica dos recorrentes à falta de exame da seletividade relativa aos efeitos produzidos conjuntamente pelas medidas que constituem o SAF não tem fundamento. Daqui decorre que este argumento deve ser julgado improcedente.

[25] V. minhas Conclusões no processo Irlanda/Comissão (C-898/19 P, EU:C:2021:1029, n.º 192).

d) Quanto à falta de um exame da comparabilidade das situações

80. Em quarto lugar, o Reino de Espanha e a Caixabank consideram que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito, no n.º 100 do acórdão recorrido, ao não efetuar uma comparação entre as situações de facto e de direito das empresas às quais é concedido o benefício da medida em causa e aquelas que dele são excluídas e que, nestas circunstâncias, o acórdão recorrido está viciado de falta de fundamentação a este respeito.

81. Resulta de uma leitura global que estes argumentos se baseiam na premissa de que a Comissão deveria ter considerado que a autorização relativa à amortização antecipada era *a priori* uma medida geral e que o seu caráter eventualmente seletivo só podia, assim, ser constatado através de uma análise em três etapas. No entanto, como expliquei nas presentes conclusões, esta medida, que regula o acesso ao SAF e aos benefícios fiscais dele decorrentes, confere à Administração Fiscal uma margem de discricionariedade na concessão da referida autorização. Tal característica implica, segundo a jurisprudência, a necessidade de proceder a um exame, de outra natureza, da seletividade, unicamente relativo ao alcance do poder discricionário da Administração Fiscal competente. Se esse poder permite à Administração determinar os beneficiários e as condições de concessão desta medida, o exercício o mesmo, ainda segundo a jurisprudência, necessariamente favorecerá estes beneficiários em relação a qualquer outra empresa que se encontre numa situação factual e jurídica comparável, sem que seja imperativo identificar a existência de tal tratamento favorável e demonstrar que as situações são efetivamente comparáveis, como pretendem o Reino de Espanha e a Caixabank e o.

82. Daqui resulta que a apreciação feita pelo Tribunal Geral no n.º 100 do acórdão recorrido está isenta de erros de direito e não está viciada por falta de fundamentação. Com efeito, não competia ao Tribunal Geral explicar as razões pelas quais a situação de facto e de direito dos AIE, sujeitos às regras fiscais ordinárias em matéria de amortização, e a das empresas que operam num setor diferente do setor da navegação marítima era comparável à dos AIE beneficiários do SAF. O Tribunal Geral fez prova bastante do caráter seletivo quando concluiu, no n.º 100 do acórdão recorrido, que a existência dos aspetos discricionários do SAF era *suscetível* de favorecer os beneficiários das medidas em causa em relação a outros sujeitos passivos numa situação factual e jurídica comparável.

83. Tendo em conta estas considerações, em minha opinião, estes argumentos devem ser julgados improcedentes.

e) Quanto à apreciação errada do alcance do poder discricionário da Administração Fiscal e da existência de uma justificação pela «natureza ou economia geral do sistema»

84. Por último, o Reino de Espanha alega que o Tribunal Geral cometeu um erro ao considerar que o procedimento de autorização da amortização antecipada tinha um caráter discricionário e era desprovido de condições objetivas [26]. Na medida em que este argumento visa a apreciação do Tribunal Geral sobre o poder de que a Administração Fiscal dispunha para conceder esta autorização ao abrigo da legislação nacional, não tenho dúvidas de que este argumento deve ser considerado inadmissível. Com efeito, importa observar que, de acordo com jurisprudência constante, no âmbito de um recurso de uma decisão do Tribunal Geral no que se refere à apreciação efetuada por este último a respeito do direito nacional, o Tribunal de Justiça só é competente para verificar se houve desvirtuação desse direito, a qual deve resultar de forma

[26] Parece-me que a recorrente se refere aos n.os 89 a 96 do acórdão recorrido.

manifesta dos autos, sem que seja necessário proceder a uma nova apreciação dos factos e das provas [27]. No entanto, o Reino de Espanha não invoca a existência dessa desvirtuação do direito nacional. Em particular, não sustentou nem demonstrou que o Tribunal Geral tenha emitido considerações *manifestamente* contrárias ao conteúdo do artigo 49.º do RIS ou tenha conferido a esta última disposição um alcance de que não está *manifestamente* revestida em relação aos outros elementos do processo [28].

85. O Reino de Espanha critica ainda o Tribunal Geral por, em substância, ter rejeitado o argumento de que a margem de discricionariedade de que a Administração Fiscal dispunha no caso em apreço era justificada «pela natureza ou economia geral do sistema», quando afirma que o enunciado do artigo 49.º, n.º 6, do RIS, ao permitir à Administração Fiscal fixar o início da amortização numa data diferente da proposta pelo sujeito passivo, não permite assegurar que a sua utilização se circunscreva unicamente a situações de combate à fraude [29].

86. A este respeito, o referido recorrente afirma, em substância, que, na falta de tal faculdade por parte da Administração Fiscal, a impossibilidade de o locatário de um contrato de locação financeira começar a recuperar o custo do bem antes da entrega do mesmo teria levado a uma distorção financeira devido à falta de simetria com as condições contratuais, uma vez que estas preveem que os pagamentos deviam ser efetuados antes de o bem ser colocado à disposição do locatário. No entanto, não vejo como tal afirmação pode infirmar a constatação do Tribunal Geral, no n.º 97 do acórdão recorrido, segundo a qual o enunciado do artigo 49.º, n.º 6, do RIS não permite assegurar que a sua utilização se circunscreva *unicamente* a situações de combate à fraude. Importa referir, a este respeito, que o Tribunal Geral também concluiu, no n.º 94 do acórdão recorrido, que as características do sistema de autorização, tal como definidas pelo artigo 115.º, n.º 11, do TRLIS e pelo artigo 49.º do RIS, não limitavam o poder discricionário da Administração à verificação das condições estabelecidas para servir uma lógica fiscal. Uma vez que a falta de fundamento deste argumento é evidente, sugiro que seja declarado improcedente.

f) Conclusão

87. Dado que to todos os argumentos devem ser declarados improcedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que negue provimento, na totalidade, ao segundo fundamento de recurso do processo C-649/20 P, ao primeiro fundamento de recurso do processo C-658/20 P e ao primeiro fundamento de recurso no processo C-662/20 P.

[27] V. Acórdãos de 9 de novembro de 2017, TV2/Danmark/Comissão (C-649/15 P, EU:C:2017:835, n.ºs 49 e 50); de 20 de dezembro de 2017, Comunidad Autónoma de Galicia et Retegal/Comissão (C-70/16 P, EU:C:2017:1002, n.º 72); e de 20 de setembro de 2018, Espanha/Comissão (C-114/17 P, EU:C:2018:753, n.º 75).

[28] Acórdãos de 20 de dezembro de 2017, Espanha/Comissão (C-81/16 P, EU:C:2017:1003, n.º 43), e de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, n.º 21).

[29] É evidente que o Reino de Espanha se refere ao n.º 97 do acórdão recorrido.

B. Quanto ao quarto fundamento de recurso no processo C-649/20 P, ao quarto fundamento de recurso no processo C-658/20 P e ao terceiro fundamento de recurso no processo C-662/20 P

1. Breve resumo dos argumentos das partes

88. Nos termos do quarto fundamento de recurso dos processos C-649/20 P e C-658/20 P, bem como do terceiro fundamento de recurso do processo C-662/20 P, invocados na eventualidade de nenhum dos fundamentos anteriores ser julgado procedente, os recorrentes criticam o Tribunal Geral por ter declarado improcedente, nos n.os 219 e 220 do acórdão recorrido, o fundamento invocado pela Lico Leasing e pela PYMAR, e apoiado, nomeadamente, pela Caixabank e o., relativo à violação dos princípios aplicáveis à recuperação, devido ao método de cálculo do auxílio incompatível, que, segundo eles, tem como consequência ordenar a recuperação da totalidade do auxílio junto dos investidores dos AIE, apesar de estes terem apenas beneficiado de 10 % a 15 % da vantagem decorrente do SAF, tendo o restante sido transferido para as companhias de navegação.

89. No âmbito destes fundamentos, as recorrentes alegam que i) o Tribunal Geral não respeitou a lógica do Acórdão Comissão/Espanha e o. ao considerar que os investidores eram os beneficiários diretos do auxílio; ii) que a recuperação da totalidade do auxílio junto dos investidores dos AIE é contrária ao princípio segundo o qual a recuperação dos auxílios não tem a natureza de uma sanção; iii) que o Tribunal Geral ignorou o facto de o SAF ser um sistema constituído por diversas medidas e pelos seus aspetos contratuais, e teve unicamente em consideração os efeitos fiscais de certas medidas em vez de ter em conta a única vantagem efetivamente recebida pelos investidores dos SAF no seu conjunto; e iv) que, uma vez reconhecido que, ao acederem ao SAF, os investidores dos AIE estavam legalmente obrigados a ceder 90 % da vantagem fiscal a outros operadores, a Comissão e o Tribunal Geral erraram ao considerar que a transferência da vantagem não era imputável ao Estado por ser ter sido efetuada por meio de contratos privados.

90. A Comissão considera que os fundamentos invocados pelo Reino de Espanha, bem como pela Lico Leasing e pela PYMAR, são inadmissíveis pelo facto de estes não os terem apresentado em primeira instância e, em qualquer caso, opõe-se a todos os argumentos dos recorrentes anteriormente resumidos.

2. Quanto à admissibilidade

91. No que diz respeito à exceção de inadmissibilidade do quarto fundamento de recurso da Lico Leasing e da PYMAR no processo C-658/20 P, a Comissão alega que, ao abrigo deste fundamento, foi submetido ao Tribunal de Justiça um litígio mais extenso do que o apresentado ao Tribunal Geral, na medida em que os recorrentes contestaram pela primeira vez no seu recurso a identidade dos beneficiários do auxílio em causa.

92. Na minha opinião, esta afirmação não é convincente. As duas vertentes em que se divide este fundamento referem-se, com efeito, à existência de beneficiários posteriores relativamente aos identificados na decisão impugnada, com o único objetivo de demonstrar que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao validar a decisão impugnada quanto à recuperação da *totalidade* do auxílio junto dos investidores dos AIE. Desse modo, a Lico Leasing e a PYMAR não contestam, portanto, a identidade dos beneficiários estabelecida pela decisão impugnada.

93. No que se refere à exceção de inadmissibilidade relativa ao quarto fundamento do Reino de Espanha no processo C-649/20 P, a Comissão considera que este recorrente não invocou perante o Tribunal Geral nenhum fundamento que ponha em causa a identidade dos beneficiários, nem alegou que os princípios que regem a recuperação se opõem a que seja ordenada a recuperação da totalidade do auxílio junto dos investidores dos AIE. A este respeito, limitar-me-ei a recordar que, segundo jurisprudência constante, quando o Tribunal Geral apensa dois processos e profere um acórdão único que responde à totalidade dos fundamentos apresentados pelas partes no processo que ali correu termos, cada uma destas partes pode criticar os raciocínios relativos aos fundamentos que, perante o Tribunal Geral, foram suscitados apenas pelo recorrente no outro processo [30]. No caso em apreço, o Tribunal Geral apensou primeiro os processos T-515/13 RENV e T-719/13 RENV e depois proferiu um acórdão único no qual se pronunciou sobre todos os fundamentos invocados pelas partes no processo, o que implica que o Reino de Espanha tem o direito de criticar o raciocínio do Tribunal Geral relativo ao terceiro fundamento invocado pela Lico Leasing e pela PYMAR no seu recurso em primeira instância.

94. Tendo em conta o que precede, proponho ao Tribunal de Justiça que declare o quarto fundamento de recurso no processo C-658/20 P e o quarto fundamento de recurso no processo C-649/20 P admissíveis.

3. Quanto ao mérito

95. Em primeiro lugar, importa recordar que, enquanto a Lico Leasing e a PYMAR alegam que a resposta do Tribunal Geral ao terceiro fundamento invocado no seu requerimento, que figura nos n.os 219 e 220 do acórdão recorrido, comporta um erro de direito, o Reino de Espanha considera que essa resposta também está viciada de falta de fundamentação. No entanto, parece-me que a apreciação do Tribunal de Justiça relativamente ao cumprimento do dever de fundamentação do Tribunal Geral constitui uma condição prévia ao exame do erro de direito.

96. Com este fundamento, a Lico Leasing e a PYMAR alegaram que a decisão impugnada não era conforme com os princípios gerais que regem a recuperação dos auxílios estatais, na medida em que parecia ordenar a recuperação integral do auxílio em causa junto dos investidores, apesar de uma parte do benefício ter sido sistematicamente transferida para as companhias de navegação. A ordem de recuperação deveria, na sua opinião, visar unicamente o auxílio de que os investidores tinham efetivamente beneficiado.

97. Nos n.os 219 e 220, o Tribunal Geral respondeu a este fundamento da seguinte forma:

«219. Tendo em conta que a Comissão decidiu no caso vertente que as companhias de navegação não eram os beneficiários do auxílio, conclusão que não é objeto do presente litígio, por via de consequência, a ordem de recuperação visava única e integralmente os investidores, únicos beneficiários da totalidade do auxílio de acordo com a decisão impugnada, devido à transparência dos AIE. Seguindo a sua própria lógica, a decisão impugnada não cometeu nenhum erro ao ordenar a recuperação da totalidade do auxílio junto dos investidores, embora estes tenham transferido uma parte do benefício para outros operadores, uma vez que estes não eram considerados como beneficiários do auxílio. Com efeito, nos termos da

[30] V., nomeadamente, Acórdão de 14 de outubro de 2014, Buono e o./Comissão (C-12/13 P e C-13/13 P, EU:C:2014:2284, n.º 52 e jurisprudência referida).

decisão impugnada, foram os investidores que beneficiaram efetivamente do auxílio, dado que a regulamentação aplicável não lhes impunha a transferência de uma parte do auxílio para terceiros.

220. Por conseguinte, a ordem de recuperação não pode ser considerada uma sanção para os investidores ou uma medida que cria uma distorção da concorrência em benefício dos seus concorrentes, como alegam a Bankia e o.»

98. Pela minha parte, reconheço que não consigo identificar, nestes dois números, a fiscalização da legalidade da decisão impugnada no que diz respeito à determinação do montante do auxílio a recuperar junto dos investidores, que é objeto do terceiro fundamento invocado pela Lico Leasing e pela PYMAR perante o Tribunal Geral. Com efeito, é evidente que, apesar de este fundamento não pretender pôr em causa a identidade dos beneficiários tal como estabelecida na decisão impugnada, o Tribunal Geral estava obrigado, para lhe responder, a examinar a questão de saber se a parte da vantagem fiscal transferida para as companhias de navegação podia ser considerada uma vantagem indireta resultante da aplicação do SAF.

99. Em contrapartida, parece-me que resulta da leitura dos referidos números do acórdão recorrido que o Tribunal Geral julgou improcedente o fundamento da Lico Leasing e da PYMAR limitando-se a constatar que o facto de as companhias de navegação não serem beneficiárias do auxílio em causa não era contestado, e a recordar a lógica da decisão impugnada quanto ao fundamento que justifica a recuperação apenas junto dos investidores.

100. Importa acrescentar que os aspetos sobre os quais o Tribunal de Justiça se pronunciou no Acórdão Comissão/Espanha e o. não impede a execução da análise exigida nos termos deste fundamento. No n.º 47 do referido acórdão, o Tribunal de Justiça salientou que a decisão da Comissão de ordenar a recuperação dos auxílios incompatíveis unicamente junto dos investidores dos AIE era irrelevante para a conclusão de que o Tribunal Geral tinha excluído erradamente que os AIE pudessem ter a qualidade de beneficiários destas medidas fiscais. O Tribunal de Justiça esclareceu, no mesmo número, que não tinha de conhecer da legalidade da referida ordem de recuperação no âmbito do recurso que lhe foi submetido.

101. Por conseguinte, na minha opinião, o acórdão recorrido está viciado por falta de fundamentação.

102. À luz destas considerações, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que, ao não responder ao terceiro fundamento de recurso da Lico Leasing e da PYMAR, o Tribunal Geral violou o dever de fundamentação que lhe compete. Nestas circunstâncias, o acórdão recorrido deve ser parcialmente anulado.

V. Quanto ao recurso perante o Tribunal Geral

103. Nos termos do artigo 61.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, quando o recurso for julgado procedente e o Tribunal de Justiça anula a decisão do Tribunal Geral, pode decidir definitivamente o litígio, se estiver em condições de ser julgado.

104. Considero que é esse o caso no presente processo na medida em que, por um lado, o Tribunal de Justiça dispõe de todos os elementos de facto necessários para a sua decisão, e, por outro, todos os elementos do litígio foram objeto de debate contraditório perante o Tribunal

Geral. Além disso, não podemos ignorar que o início desta verdadeira saga judicial remonta a 25 de setembro de 2013, o que torna imperioso, no interesse dos litigantes em causa, não remeter novamente o processo ao Tribunal Geral.

105. No que diz respeito ao terceiro fundamento invocado pela Lico Leasing e pela PYMAR perante o Tribunal Geral, conforme resumido no n.º 97 das presentes conclusões, importa recordar, a título preliminar, que a obrigação que incumbe aos Estados-Membros de eliminar, por via de recuperação, um auxílio considerado pela Comissão como incompatível com o mercado único visa, segundo jurisprudência constante, o restabelecimento da situação anterior à concessão do auxílio [31].

106. Este objetivo é alcançado quando os auxílios em causa, acrescidos eventualmente de juros de mora, são restituídos pelo beneficiário ou, mais concretamente, pelas empresas que deles beneficiaram efetivamente [32]. Isto implica verificar quais as empresas que beneficiam dos *efeitos económicos* resultantes da concessão do auxílio.

107. Daqui resulta que, quando uma empresa tiver transferido para outra entidade parte da vantagem decorrente de uma medida estatal, é necessário proceder à quantificação exata do auxílio a recuperar dessa empresa, para que esta última perca unicamente a vantagem de que beneficiou em relação aos seus concorrentes e a situação anterior ao pagamento do auxílio seja restabelecida. A recuperação de um montante mais elevado enfraqueceria a anterior posição concorrencial do beneficiário do auxílio e teria, por conseguinte, a natureza de uma sanção, o que seria incompatível com o princípio geral que rege a recuperação, conforme exposto anteriormente.

108. No caso em apreço, trata-se de determinar se o método definido pela Comissão na decisão impugnada levaria a exigir aos investidores que restituíssem um montante mais elevado do que aquele de que efetivamente beneficiaram em consequência da concessão do auxílio, uma vez que uma parte desse montante foi sistematicamente transferida pelos investidores para as companhias de navegação.

109. A este respeito, importa referir que a recuperação do auxílio se limita geralmente aos benefícios diretos resultantes da sua concessão, sem se estender aos eventuais benefícios indiretos resultantes do mesmo. No entanto, o Tribunal de Justiça considerou, numa série de acórdãos, que uma vantagem pode ser concedida a empresas distintas daquelas para as quais os recursos estatais são transferidos diretamente.

110. Há que examinar brevemente estes acórdãos para identificar os elementos que permitem ter em conta tal «vantagem indireta».

111. No Acórdão Alemanha/Comissão [33], o Tribunal de Justiça foi chamado a analisar um regime de benefícios fiscais, previsto pela Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento, pelo qual era concedida uma dedução fiscal a todos os sujeitos passivos que tivessem adquirido participações em sociedades de capitais com a sua sede social e direção nos novos Länder ou em Berlim e com um máximo de 250 trabalhadores. A este respeito, o Tribunal de Justiça concluiu, em substância,

[31] Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Aer Lingus e Ryanair Designated Activity (C-164/15 P e C-165/15 P, EU:C:2016:990, n.º 89 e jurisprudência referida).

[32] Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Aer Lingus e Ryanair Designated Activity (C-164/15 P e C-165/15 P, EU:C:2016:990, n.º 90 e jurisprudência referida).

[33] Acórdão de 19 de setembro de 2000 (C-156/98, EU:C:2000:467).

que as empresas abrangidas por esta legislação beneficiavam de uma vantagem indireta na medida em que a eventual aquisição de participações pelos investidores nessas empresas em condições fiscais mais vantajosas teve origem na renúncia do Estado-Membro em causa às receitas fiscais que teria normalmente cobrado. De seguida, acrescentou que a interposição de uma decisão autónoma por parte dos investidores não tinha por efeito suprimir este vínculo, «uma vez que, em termos económicos, a alteração das condições de mercado gerada pela referida vantagem [era] resultante da perda de recursos fiscais por parte dos poderes públicos» [34].

112. No Acórdão Países Baixos/Comissão [35], estava em causa um regime que previa a concessão de uma subvenção aos operadores neerlandeses de estações de serviço situadas, designadamente, ao longo da fronteira alemã, a fim de reduzir a diferença entre as taxas dos impostos especiais de consumo em vigor nos Países Baixos e na Alemanha. O Tribunal de Justiça tinha decidido que as grandes empresas petrolíferas beneficiavam assim de uma vantagem indireta devido à existência, em determinados contratos de compra exclusiva celebrados entre estas empresas e os referidos operadores, de «cláusulas de gestão de preços», que estipulavam, em substância, que a empresa petrolífera assumia parte dos custos da redução do preço na bomba concedida pelo operador, na medida em que as condições de mercado tornassem desejável ou necessária uma adaptação dessas reduções. A referida vantagem indireta tinha a sua origem, segundo o Tribunal de Justiça, no auxílio concedido ao abrigo do regime neerlandês, na medida em que tornava inútil, na prática, a aplicação de cláusulas de gestão de preços [36].

113. No processo Mediaset, o Tribunal Geral e o Tribunal de Justiça concluíram que a legislação italiana que previa subvenções aos consumidores para a compra de descodificadores digitais terrestres conferia uma vantagem indireta às emissoras terrestres, uma vez que, ao incitar os referidos consumidores a passar do modo analógico para o modo digital, esta legislação tinha por efeito limitar os custos que estes operadores teriam tido de suportar para permitir desenvolver uma audiência e, assim, permitir-lhes consolidar a sua posição no mercado [37].

114. Saliento que, no n.º 116 da sua comunicação sobre a noção de auxílio estatal, a Comissão considerou que resulta desta jurisprudência que, para verificar a existência de uma vantagem indireta, «os efeitos previsíveis da medida devem ser examinados de um ponto de vista *ex ante*» e que «[e]xiste uma vantagem indireta se a medida for concebida de forma a distribuir os seus efeitos secundários a empresas ou grupos de empresas identificáveis» [38].

115. Embora concordando com esta leitura da Comissão, deduzo igualmente desta jurisprudência que a existência de tal vantagem decorre do conteúdo das disposições aplicáveis (Alemanha/Comissão) ou do conteúdo das mesmas disposições relacionadas com o contexto factual existente (Países Baixos/Comissão e Mediaset). Segundo o Tribunal de Justiça, estes casos justificam por si só que se considere que os efeitos económicos secundários da renúncia do Estado-Membro às receitas fiscais que normalmente teria cobrado se dirigem aos beneficiários indiretos do regime analisado.

[34] Acórdão de 19 de setembro de 2000, Alemanha/Comissão (C-156/98, EU:C:2000:467, n.os 26 e 27).

[35] Acórdão de 13 de junho de 2002 (C-382/99, EU:C:2002:363).

[36] Acórdão de 13 de junho de 2002, Países Baixos/Comissão (C-382/99, EU:C:2002:363., n.º 62).

[37] Acórdãos de 15 de junho de 2010, Mediaset/Comissão (T-177/07, EU:T:2010:233, n.º 62) e de 28 de julho de 2011, Mediaset/Comissão (C-403/10 P, não publicado, EU:C:2011:533, n.os 76 e 77).

[38] Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (JO 2016, C 262, p. 1).

116. Isto implica também, na minha opinião, que o facto de a transferência de uma parte ou da totalidade da vantagem para os beneficiários indiretos não ser legalmente obrigatória não conduz de forma alguma, por si só, à exclusão da imputabilidade de um Estado por tal transferência.

117. Nesta fase, há que verificar se o conteúdo das medidas que constituem o SAF, por si só ou no contexto factual em que se insere, permite afirmar que o SAF está concebido de forma a orientar os seus efeitos secundários para as companhias de navegação.

118. A resposta a esta questão exige, antes de mais, que se tenha em conta a configuração singular do SAF, que gira em torno de uma série de medidas fiscais cuja aplicação depende do exercício de um poder discricionário pela Administração Fiscal na concessão de uma autorização administrativa prévia, e de uma cadeia de contratos que inclui, em último lugar, um contrato pelo qual os AIE fretam às companhias de navegação um navio em regime de casco nu, comprometendo-se estas a adquirir o navio no termo do prazo previsto.

119. Perante esta situação, considero que a estrutura contratual do SAF se insere no contexto factual existente na aceção da jurisprudência anteriormente examinada. A intervenção do Estado pela concessão de uma autorização para proceder à amortização antecipada, verdadeira chave de acesso às vantagens fiscais do SAF, é, com efeito, necessariamente posterior ao estabelecimento desta estrutura.

120. Caso se demonstrasse que esta estrutura contratual no seu conjunto, incluindo o contrato celebrado entre os AIE e as companhias de navegação, foi objeto de uma avaliação efetuada pela Administração Fiscal para efeitos de uma eventual concessão da referida autorização, daí decorreria que a vantagem económica obtida pelas companhias de navegação teria a sua origem na renúncia por parte do Estado espanhol à cobrança das receitas fiscais que lhe são devidas.

121. No entanto, parece-me que esta avaliação não pode abstrair do contexto jurisprudencial em que deve ser realizada. A jurisprudência relativa à vantagem indireta convida-nos, na minha opinião, a adotar o adágio ciceriano «*summum ius summa iniuria*» (a aplicação excessiva do direito conduz à injustiça), descartando todo o formalismo supérfluo para que a interpretação jurídica corresponda à realidade económica. A motivação subjacente a esta abordagem reside na exigência de evitar qualquer tentativa de contornar os princípios relativos à recuperação dos auxílios estatais, tal como foram recordados anteriormente.

122. Este risco existe incontestavelmente no caso em apreço. A simples introdução de um regime de auxílios que confere à Administração Fiscal um poder discricionário quanto à escolha dos beneficiários e às condições de concessão do auxílio, como o SAF, poderia permitir aos Estados-Membros «dissimular» a existência de beneficiários indiretos e assim evitar que uma parte ou a totalidade desse auxílio seja recuperada dos mesmos [39]. A este respeito, recordo que a prática administrativa relativa à autorização para proceder à amortização antecipada não pode ser tida em conta no âmbito do exame ao abrigo do artigo 107.º TFUE, na medida em que se trata de um elemento por definição posterior à adoção do SAF [40].

[39] A este respeito, gostaria de recordar que, segundo jurisprudência constante, a qualificação de um auxílio estatal não pode depender da técnica regulamentar utilizada pelos Estados-Membros. V., nomeadamente, Acórdão de 6 de outubro de 2021, World Duty Free Group e Espanha/Comissão (C-51/19 P e C-64/19 P, EU:C:2021:793, n.º 95).

[40] Importa referir que a Comissão salientou, nos considerandos 135 e 136 da decisão impugnada, que se deduzia dos exemplos apresentados pelas autoridades espanholas que os pedidos de autorização apresentados pelos AIE descreviam em pormenor o conjunto do SAF, forneciam todos os contratos pertinentes e também os anexos que continham um cálculo pormenorizado do total dos benefícios fiscais e a forma como eram repartidos entre a companhia de navegação (ou os elementos necessários para efetuar um tal cálculo), por um lado, e os AIE ou os respetivos investidores, por outro.

123. Na minha opinião, o que precede implica que a inexistência de uma obrigação legal que incumba os AIE de transferir a vantagem para as companhias de navegação, e a impossibilidade de ter em conta a prática administrativa relativa à concessão de autorizações de amortização antecipada não devem necessariamente impedir que se conclua pela imputabilidade ao Estado espanhol da vantagem económica obtida pelas companhias de navegação devido ao pagamento aos investidores agrupados num AIE de um preço de compra do navio que inclui um desconto de 20 % a 30 %.

124. A exigência de evitar que sejam contornados os princípios que regem a recuperação dos auxílios estatais, anteriormente evidenciados, deve, com efeito, conduzir à rejeição de tal interpretação, reconhecendo que a ligação entre uma vantagem indireta e a intervenção estatal pode ser deduzida de um conjunto de indícios em torno da adoção e do funcionamento do SAF.

125. Em primeiro lugar, o SAF é descrito pela própria Comissão, no considerando 12 da decisão impugnada, como «uma operação fiscal organizada em geral por um banco para gerar benefícios fiscais ao nível dos investidores no quadro de um AIE fiscalmente transparente e *para transferir parte destes benefícios fiscais para a companhia de navegação, sob a forma de um desconto sobre o preço de um navio*, conservando os investidores do AIE os restantes benefícios a título de retorno sobre o seu investimento» [41]. Assim, esta transferência parece estar bem integrada no SAF e constituir um dos seus objetivos, dado que a parte da vantagem fiscal que se mantém para os investidores dos AIE foi concebida como uma remuneração indispensável para assegurar a sua participação no sistema na qualidade de intermediários.

126. Em segundo lugar, importa salientar que a legislação espanhola deixa uma margem para que o poder discricionário da Administração Fiscal relativamente à autorização de amortização antecipada, chave de acesso às vantagens fiscais decorrentes do SAF, possa ser exercido tendo em conta os termos da relação contratual entre os AIE e as companhias de navegação. Nos termos do artigo 49.º, n.º 4, do RIS, a Direção das Finanças responsável pelos procedimentos de autorização no Ministério da Economia tinha efetivamente o direito de pedir todas as informações e documentos que considerava necessários, o que implicava que toda a documentação relativa à referida relação contratual poderia fazer parte do processo submetido à Administração Fiscal. A este respeito, importa sublinhar que a Comissão admitiu no n.º 169 da decisão impugnada que, para tomar uma decisão sobre a concessão da autorização relativa à amortização antecipada, a Administração Fiscal espanhola avaliava o impacto económico de *toda* a operação.

127. Em terceiro lugar, importa sublinhar, na minha opinião, que a estrutura contratual foi criada por iniciativa das companhias de navegação que acordaram com um estaleiro naval a construção de um navio em contrapartida de um preço de compra com um desconto correspondente a 85 % – 90 % da vantagem fiscal resultante da aplicação das medidas que constituem o SAF, acabando depois estas companhias de navegação por pagar esse preço reduzido no âmbito da sua relação contratual com os AIE. Nestas condições, parece-me razoável considerar que o exame realizado pela Administração Fiscal para efeitos da concessão da autorização relativa à amortização antecipada não desrespeitou o contrato entre os AIE e as companhias de navegação, dado que, se assim não fosse, desrespeitar-se-ia a lógica da estrutura contratual que constituía, no mínimo, o requisito prévio necessário para beneficiar das vantagens fiscais decorrentes do SAF.

[41] O sublinhado é meu.

128. Assim sendo, a apreciação da Comissão, limitada a um segmento da referida estrutura contratual, não permite, a meu ver, refletir de forma satisfatória os efeitos económicos do SAF. Esta conclusão é corroborada pelo facto de, tanto na contestação como na audiência, a Comissão ter sustentado que as circunstâncias do caso em apreço se aproximam das que foram objeto do Acórdão Comissão/Aer Lingus e Ryanair Designated Activity [42].

129. No processo que deu origem a este acórdão, o Tribunal de Justiça foi chamado a apreciar um imposto irlandês sobre as companhias aéreas. Este imposto previa duas taxas distintas, a saber, 2 euros por passageiro no caso de um voo para um destino situado a uma distância máxima de 300 km do aeroporto de Dublin e de 10 euros por passageiro nos restantes casos, podendo o seu valor ser repercutido no preço do bilhete oferecido aos passageiros. No seu acórdão, o Tribunal de Justiça decidiu que a restituição da vantagem concedida pela aplicação da taxa reduzida exigia a recuperação pela Administração Fiscal, junto das companhias aéreas beneficiárias, da diferença entre o montante do imposto que deveria ter sido pago por cada um dos voos operados e o montante efetivamente pago, sendo irrelevante para efeitos de recuperação do auxílio o benefício económico que as referidas companhias aéreas podiam obter com a *exploração* desta vantagem [43]. A razão subjacente a esta conclusão residia no facto de uma eventual repercussão da vantagem no preço dos bilhetes oferecidos aos passageiros depender exclusivamente da escolha comercial das companhias aéreas beneficiárias do auxílio em causa.

130. Ora, transpor esta solução para o presente processo equivaleria a considerar que a transferência de uma parte da vantagem fiscal auferida devido à aplicação do SAF pelos investidores dos AIE para as companhias de navegação resultou de uma escolha comercial efetuada por esses investidores, que decidiram explorar essa vantagem oferecendo um preço de venda do navio que incluía um desconto de cerca de 30 %. Na minha opinião, é indiscutível a natureza errada de tal interpretação.

131. Com efeito, e conforme alegou o Reino de Espanha na audiência, o preço atrativo oferecido pelos AIE às companhias de navegação para a aquisição de navios não resultava de um verdadeiro exercício da autonomia contratual dos primeiros, na medida em que os AIE operavam numa configuração em que a rentabilidade da venda do navio era predefinida pela estrutura contratual, nomeadamente pelo contrato de construção naval celebrado a montante. Assim, estes AIE eram simplesmente encarregados de distribuir a vantagem fiscal decorrente do SAF de forma a permitir que as companhias de navegação usufruíssem de parte desta vantagem. A este respeito, importa referir que, quando a Comissão examinou a compatibilidade do auxílio em causa na decisão impugnada, identificou repetidamente os AIE como intermediários que transferem uma parte da referida vantagem para as companhias de navegação [44].

132. À luz destas considerações, sugiro ao Tribunal de Justiça que declare que a parte da vantagem fiscal transferida pelos AIE para as companhias de navegação no âmbito dos contratos privados celebrados entre eles deve ser subtraída ao montante a recuperar junto dos investidores dos AIE, considerando assim procedente o terceiro fundamento invocado pela Lico Leasing e pela PYMAR perante o Tribunal Geral.

[42] Acórdão de 21 de dezembro de 2016 (C-164/15 P e C-165/15 P, EU:C:2016:990).

[43] Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Aer Lingus e Ryanair Designated Activity (C-164/15 P e C-165/15 P, EU:C:2016:990, n.º 92).

[44] V., nomeadamente, n.º 203 da decisão impugnada.

VI. Conclusão

133. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que anule parcialmente o Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 23 de setembro de 2020, Espanha e o./Comissão (T-515/13 RENV e T-719/13 RENV, EU:T:2020:434), na medida em que o Tribunal Geral violou o seu dever de fundamentação no âmbito da resposta ao terceiro fundamento de recurso invocado pela Lico Leasing e pela Pequeños y Medianos Astilleros Sociedad de Reconversión SA, e que anule parcialmente a Decisão 2014/200/UE da Comissão, de 17 de julho de 2013, relativa ao auxílio estatal SA.21233 C/2011 (ex NN/11, ex CP 137/06) concedido por Espanha — Regime fiscal aplicável a certos acordos de locação financeira também conhecido por Sistema de arrendamento fiscal espanhol, e, mais precisamente, a ordem de recuperação no que respeita ao cálculo do montante do auxílio incompatível a recuperar.