Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Nona Secção)

4 de fevereiro de 2016*

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

No processo T-287/11,

Heitkamp BauHolding GmbH, com sede em Herne (Alemanha), representada inicialmente por W. Niemann, M. Kiera-Nöllen e S. Geringhoff e, em seguida, por W. Niemann, S. Geringhoff e P. Dodos, advogados,

recorrente,

apoiada por:

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

interveniente,

contra

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

recorrida,

que tem por objeto um pedido de anulação da Decisão 2011/527/UE da Comissão, de 26 de janeiro de 2011, relativa ao auxílio estatal C 7/10 (ex CP 250/09 e NN 5/10) concedido pela Alemanha — Regime de reporte de prejuízos para efeitos fiscais no caso de reestruturação de empresas em dificuldades («Sanierungsklausel») (JO L 235, p. 26),

O TRIBUNAL GERAL (Nona Secção),

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

secretário: K. Andová, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 8 de julho de 2015,

profere o presente

* Língua do processo: alemão.

Acórdão

Quadro jurídico nacional

Regra do reporte de prejuízos

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

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

Regra da não dedução dos prejuízos

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

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

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

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

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

Cláusula de reestruturação

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

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

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

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

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

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

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

— preservação de 80% dos postos de trabalho (em termos de massa salarial anual média) durante os primeiros cinco anos após a aquisição; ou

— injeções de ativos significativos ou anulação de dívidas que ainda tenham um valor económico no prazo de doze meses; os ativos são considerados significativos se representarem pelo menos 25% dos ativos do exercício financeiro anterior; sendo qualquer transferência efetuada de novo para a entidade adquirente nos primeiros três anos dedutível.

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

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

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

Cláusulas sobre as reservas pendentes e sobre os grupos de empresas

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

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

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

Factos na origem do litígio

15 A recorrente, Heitkamp BauHolding GmbH, é uma sociedade que, desde 2008, estava em risco de insolvência e necessitava de uma reestruturação.

16 Em 20 de fevereiro de 2009, a sociedade-mãe da recorrente, a Heitkamp KG, adquiriu as ações da recorrente com vista à fusão entre as duas sociedades.

17 À data da operação em causa, a recorrente preenchia as condições de aplicação da cláusula de reestruturação, conforme resulta da informação vinculativa do Finanzamt Herne (Administração Fiscal de Herne) de 11 de novembro de 2009 (a seguir «informação vinculativa»).

18 Por outro lado, em 29 de abril de 2010, a recorrente recebeu da Administração Fiscal um aviso de pagamento por conta relativo ao imposto sobre as sociedades do exercício de 2009, que tinha em conta os prejuízos reportados ao abrigo da cláusula de reestruturação.

19 Na sequência da decisão da Comissão de abrir o procedimento formal de exame (v. n.º 25, *infra*), o Ministério das Finanças alemão, por ofício de 30 de abril de 2010, ordenou à Administração Fiscal que deixasse de aplicar a cláusula de reestruturação.

20 Assim, em 27 de dezembro de 2010, o aviso de pagamento por conta de 29 de abril de 2010 foi substituído por um novo aviso de pagamento por conta relativo ao imposto sobre as sociedades do exercício de 2009, que não tinha em conta a cláusula de reestruturação. Em janeiro de 2011, a recorrente recebeu avisos de pagamento por conta relativos ao imposto sobre as sociedades referentes a exercícios posteriores ou outros impostos e contribuições, que igualmente abstraíam da cláusula de reestruturação.

21 Em 1 de abril de 2011, a recorrente recebeu os avisos de liquidação de imposto sobre as sociedades e da contribuição profissional de base do exercício de 2009. Na sequência da não aplicação da cláusula de reestruturação, a recorrente não pôde reportar os prejuízos existentes a 31 de dezembro de 2008.

22 Em 19 de abril de 2011, a Administração Fiscal anulou a informação vinculativa.

23 Em 22 de julho de 2011, a República Federal da Alemanha comunicou à Comissão, de acordo com o disposto na decisão recorrida (v. n.º 34, *infra*), a lista das empresas que tinham beneficiado da medida controvertida. O nome da recorrente figura nessa lista entre as empresas relativamente às quais tinham sido anuladas as informações vinculativas sobre a aplicação da cláusula de reestruturação.

24 A recorrente recorreu dos avisos de pagamento por conta e dos avisos de liquidação acima referidos junto da Administração Fiscal e para os tribunais tributários competentes. Por despacho de 1 de agosto de 2011, o Finanzgericht Münster (Tribunal Tributário de Münster) suspendeu a execução desses avisos.

Procedimento administrativo

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

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

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

Decisão recorrida

28 Em 26 de janeiro de 2011, a Comissão adotou a Decisão 2011/527/UE, relativa ao auxílio estatal C 7/10 (ex CP 250/09 e NN 5/10) concedido pela Alemanha — Regime de reporte de prejuízos para efeitos fiscais no caso de reestruturação de empresas em dificuldades («Sanierungsklausel») (JO L 235, p. 26, a seguir «decisão recorrida»).

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

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

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

32 Terceiro, a Comissão verificou que a cláusula de reestruturação se aplicava a todos os ramos da economia alemã e que estes estavam quase todos representados nos mercados em que imperava a concorrência e em que havia trocas comerciais entre os Estados-Membros. Por essa razão, a medida poderá afetar as trocas comerciais entre Estados-Membros e falsear ou ameaçar falsear a concorrência.

Além disso, visto todas as empresas beneficiárias potenciais serem empresas em dificuldade na aceção das Orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação a empresas em dificuldade (JO 2004, C 244, p. 2), nenhuma delas estava abrangida pelo Regulamento (CE) n.º 1998/2006 da Comissão, de 15 de dezembro de 2006, relativo à aplicação dos artigos 87.° e 88.° [CE] aos auxílios *de minimis* (JO L 379, p. 5).

33 Em segundo lugar, a Comissão analisou se a medida podia ser considerada compatível com o mercado interno e concluiu que os auxílios a favor de certos beneficiários podiam ser autorizados sob a forma de um montante de auxílio limitado compatível com o mercado interno, na medida em que preenchessem todas as condições de um regime de auxílios alemão que ela tinha aprovado na aceção do Quadro comunitário temporário relativo às medidas de auxílio estatal destinadas a apoiar o acesso ao financiamento durante a atual crise financeira e económica (JO 2009, C 83, p. 1). Em contrapartida, a Comissão excluiu que a cláusula de reestruturação fosse compatível com o mercado interno, com base nas Orientações relativas aos auxílios estatais com finalidade regional para o período [de] 2007-2013 (JO 2006, C 54, p. 13), do Enquadramento comunitário dos auxílios estatais a favor do ambiente (JO 2008, C 82, p. 1) e à luz do artigo 107.º, n.º 3, TFUE.

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

35 O dispositivo da decisão recorrida tem a seguinte redação:

«Artigo 1.º

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

Artigo 2.º

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

Artigo 3.º

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

Artigo 4.º

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

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

[…]

Artigo 6.º

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

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

[…]»

Tramitação do processo e pedidos das partes

36 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal Geral em 6 de junho de 2011, a recorrente interpôs o presente recurso.

37 Por requerimento registado na Secretaria do Tribunal Geral em 16 de setembro de 2011, a Comissão suscitou uma exceção de inadmissibilidade nos termos do artigo 114.º do Regulamento de Processo do Tribunal Geral de 2 de maio de 1991. A recorrente apresentou as suas observações sobre essa exceção em 20 de outubro de 2011.

38 Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal Geral em 29 de agosto de 2011, a República Federal da Alemanha pediu para intervir no presente processo em apoio do pedido da recorrente. Por despacho de 5 de outubro de 2011, o presidente da Segunda Secção do Tribunal Geral admitiu essa intervenção. A República Federal da Alemanha apresentou as suas alegações de intervenção, limitadas à admissibilidade, e as outras partes apresentaram as suas observações sobre as mesmas, no prazo fixado.

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

40 Por despacho de 30 de janeiro de 2012, o presidente da Oitava Secção, a pedido da recorrente, ordenou a suspensão do processo até 4 de setembro de 2012.

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

42 Por despacho do Tribunal Geral (Nona Secção) de 21 de maio de 2014, reservou para final o conhecimento da exceção de inadmissibilidade, juntamente com o conhecimento de mérito, de acordo com o artigo 114.º, n.º 4, do Regulamento de Processo de 2 de maio de 1991.

43 Em 3 de julho de 2014, a Comissão apresentou a sua contestação. A réplica e a tréplica foram respetivamente apresentadas em 15 de agosto de 2014, pela recorrente, e em 13 de dezembro de 2014, pela Comissão.

44 Em 21 de agosto de 2014, a República Federal da Alemanha apresentou as suas alegações de intervenção e as demais partes apresentaram as suas observações sobre estas, nos prazos fixados.

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

46 Na audiência de 8 de julho de 2015, foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às questões colocadas pelo Tribunal Geral.

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

— julgar improcedente a exceção de inadmissibilidade suscitada pela Comissão;

— anular a decisão recorrida;

— condenar a Comissão nas despesas.

48 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:

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

— condenar a recorrente nas despesas.

Questão de direito

Quanto à admissibilidade do recurso

49 Em apoio da sua exceção de inadmissibilidade, a Comissão alega que o presente recurso é inadmissível pelo facto de a recorrente não ter demonstrado que estavam preenchidos os pressupostos do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE nem que tinha um interesse em agir.

Quanto à legitimidade, na aceção do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE

50 Em primeiro lugar, a Comissão alega a ilegitimidade da recorrente, na medida em que a decisão recorrida não lhe diz individualmente respeito.

51 A Comissão alega que a recorrente não é um beneficiário efetivo de auxílios individuais concedidos ao abrigo da cláusula de reestruturação, cuja recuperação ordenou. Com efeito, a dívida fiscal só se constitui de forma juridicamente vinculativa através do aviso de liquidação, nos termos do §155, n.º 1, do Código Tributário alemão.

52 Na falta de aviso de liquidação que tenha constituído a dívida fiscal nos termos da medida controvertida, a recorrente não pode basear a sua afetação individual em avisos de pagamento por conta nem em informações vinculativas. Também não pode invocar a qualidade de interessado, na aceção do artigo 108.º, n.º 2, TFUE. A esse respeito, a Comissão faz uma distinção entre a geração de um imposto e o seu vencimento, alegando que só a declaração juridicamente vinculativa de uma redução da dívida fiscal através de um aviso de liquidação teria configurado a afetação individual da recorrente.

53 Nestas circunstâncias, a decisão recorrida não ordena o reembolso de um auxílio já concedido à recorrente, mas deixa à Administração nacional a responsabilidade de extrair as consequências da incompatibilidade do regime de auxílios com o mercado interno por meio de avisos de liquidação. Estes podem ser impugnados nos tribunais nacionais, como acontece no caso presente, tendo o Finanzgericht suspendido a execução dos avisos de liquidação em causa.

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

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

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

57 A título preliminar, há que lembrar que a recorrente não é o destinatário da decisão recorrida, que tem por único destinatário a República Federal da Alemanha.

58 Refira-se ainda que, na medida em que o artigo 4.º da decisão recorrida obriga a República Federal da Alemanha a anular e a recuperar junto dos seus beneficiários o auxílio referido no artigo 1.º dessa decisão, esta diz-lhe diretamente respeito. Com efeito, no caso presente, estão preenchidos os dois critérios de afetação direta identificados pela jurisprudência, a saber, primeiro, o de o ato em causa produzir diretamente efeitos na situação jurídica da recorrente e, segundo, o facto de esse ato não deixar qualquer poder de apreciação aos seus destinatários encarregues da sua aplicação (v., neste sentido, acórdão de 17 de setembro de 2009, Comissão/Koninklijke FrieslandCampina, C-519/07 P, Colet., EU:C:2009:556, n.º 48 e jurisprudência aí referida). A Comissão não suscita, aliás, objeções a esse respeito.

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

60 Segundo jurisprudência constante, os sujeitos que não sejam os destinatários de uma decisão só podem alegar que esta lhes diz individualmente respeito se os afetar devido a certas qualidades que lhes são específicas ou a uma situação de facto que os caracterize em relação a qualquer outra pessoa, individualizando-os, por isso, de maneira análoga à do destinatário (acórdãos de 15 de julho de 1963, Plaumann/Comissão, 25/62, Colet., EU:C:1963:17, p. 279; de 9 de junho de 2011, Comitato «Venezia vuole vivere» e o./Comissão, C-71/09 P, C-73/09 P e C-76/09 P, Colet., EU:C:2011:368, n.º 52; e de 19 de dezembro de 2013, Telefónica/Comissão, C-274/12 P, Colet., EU:C:2013:852, n.º 46).

61 Assim, em princípio, uma empresa não tem legitimidade para impugnar uma decisão da Comissão que proíbe um regime de auxílios setorial, se essa decisão apenas lhe disser respeito por pertencer ao setor em questão e pela sua qualidade de potencial beneficiário do referido regime. Com efeito, em relação a essa empresa, essa decisão apresenta-se como uma medida de alcance geral que se aplica a situações determinadas objetivamente e que comporta efeitos jurídicos em relação a uma categoria de pessoas consideradas de modo geral e abstrato (v. acórdãos de 29 de abril de 2004, Itália/Comissão, C-298/00 P, Colet., EU:C:2004:240, n.º 37 e jurisprudência aí referida, e de 11 de junho de 2009, Acegas/Comissão, T-309/02, Colet., EU:T:2009:192, n.º 47 e jurisprudência aí referida). Com efeito, o Tribunal de Justiça decidiu, em numerosas ocasiões, que a possibilidade de determinar, com maior ou menor grau de precisão, o número ou mesmo a identidade dos sujeitos de direito a quem se aplica uma medida não implica de modo algum que se deva considerar que essa medida lhes diz

individualmente respeito, desde que se verifique que essa aplicação se faz devido a uma situação objetiva de direito ou de facto definida pelo ato em causa (acórdão Telefónica/Comissão, n.º 60, *supra*, EU:C:2013:852, n.º 47).

62 Em contrapartida, quando uma decisão afeta um grupo de pessoas que estavam identificadas ou eram identificáveis no momento em que esse ato foi adotado, em função de critérios específicos dos membros do grupo, o referido ato pode dizer individualmente respeito a essas pessoas, na medida em que fazem parte de um círculo restrito de operadores económicos (acórdãos de 17 de janeiro de 1985, Piraiki-Patraiki e o./Comissão, 11/82, Recueil, EU:C:1985:18, n.º 31; de 22 de junho de 2006, Bélgica e Forum 187/Comissão, C-182/03 e C-217/03, Colet., EU:C:2006:416, n.º 60; e Comissão/Koninklijke FrieslandCampina, n.º 58, *supra*, EU:C:2009:556, n.º 54).

63 É à luz desta jurisprudência que há que verificar se, em face da sua situação de facto e de direito, se deve considerar que a decisão recorrida diz individualmente respeito à recorrente.

64 A título preliminar, ao contrário do que argumenta a recorrente, há que excluir a possibilidade de a qualidade de «interessado» na aceção do artigo 108.º, n.º 2, TFUE fazer a recorrente beneficiar de um estatuto particular que possa caracterizar a sua afetação individual, tanto mais quanto não fez uso dos direitos processuais daí resultantes, em particular o de apresentar observações no procedimento formal de exame (v., neste sentido, acórdão de 13 de dezembro de 2005, Comissão/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum, C-78/03 P, Colet., EU:C:2005:761, n.º 37).

65 Quanto à afetação individual na aceção do acórdão Plaumann/Comissão, n.º 60, *supra* (EU:C:1963:17), refira-se que a situação de facto e de direito da recorrente se caracteriza pelos elementos seguintes.

66 Primeiro, no momento do encerramento do exercício fiscal de 2009 e, portanto, antes da abertura do procedimento pela Comissão, a recorrente tinha o direito de reportar os seus prejuízos nos termos da regulamentação alemã, pelo facto de estarem preenchidas as condições previstas na cláusula de reestruturação.

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

68 Estas circunstâncias tinham sido certificadas pela Administração Fiscal alemã através da informação vinculativa e do aviso de pagamento por conta relativo ao imposto sobre as sociedades do exercício de 2009, que levavam em consideração os prejuízos reportados ao abrigo da cláusula de reestruturação (v. n.ºs 17 e 18, *supra*). Além disso, o facto de ter recebido a informação vinculativa levou à posterior inscrição do nome da recorrente na lista comunicada pelas autoridades alemãs à Comissão nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), da decisão recorrida.

69 Assim, de acordo com a regulamentação alemã, era certo que, no momento do encerramento do exercício fiscal de 2009, a recorrente teria realizado uma economia de imposto, que, aliás, podia quantificar com precisão. Com efeito, visto as autoridades alemãs não disporem de margem de apreciação quanto à aplicação da medida controvertida, a realização dessa economia de imposto, através do pagamento de um imposto reduzido, era apenas uma questão de tempo, por força das regras de aplicação do regime fiscal. A recorrente dispunha, portanto, de um direito adquirido, certificado pelas autoridades alemãs antes da adoção da decisão de abertura e, mais tarde, da decisão recorrida, à aplicação dessa economia de imposto, que, na falta dessas decisões, se teria concretizado com a emissão de um aviso de liquidação que autorizasse o reporte dos prejuízos e a sua consequente inscrição no seu balanço. Por esse facto, era facilmente identificável pelas autoridades fiscais alemãs e pela Comissão.

70 Consequentemente, a recorrente não pode unicamente ser considerada uma empresa a que a decisão recorrida diz respeito pela sua pertença ao setor em causa e pela sua qualidade de beneficiário potencial, antes pelo contrário, deve ser considerada parte de um círculo fechado de operadores económicos, que já estavam identificados ou pelo menos eram facilmente identificáveis no momento da adoção da decisão recorrida, na aceção do acórdão Plaumann/Comissão, n.º 60, *supra* (EU:C:1963:17) (v. ainda, por analogia, acórdãos Bélgica e Forum 187/Comissão, n.º 62, *supra*, EU:C:2006:416, n.º 63; Comissão/Koninklijke FrieslandCampina, n.º 58, *supra*, EU:C:2009:556, n.º 57; Comitato «Venezia vuole vivere» e o./Comissão, n.º 60, *supra*, EU:C:2011:368, n.º 56; de 27 de fevereiro de 2014, Stichting Woonpunt e o./Comissão, C-132/12 P, Colet., EU:C:2014:100, n.ºs 59 a 61; e Stichting Woonlinie e o./Comissão, C-133/12 P, Colet., EU:C:2014:105, n.ºs 46 a 48).

71 Esta conclusão não é posta em causa pelo facto de, na sequência da decisão de abertura e, mais tarde, da decisão recorrida, as autoridades alemãs terem adotado medidas destinadas a deixar inaplicada a cláusula de reestruturação, entre as quais a anulação da informação vinculativa e a adoção de um aviso de liquidação relativo ao imposto sobre as sociedades do exercício de 2009 que já não tinha em conta os prejuízos reportados ao abrigo da cláusula de reestruturação (v. n.º 21, *supra*).

72 Com efeito, as autoridades alemãs decidiram suspender a aplicação da cláusula de reestruturação, sem, porém, a revogarem, e emitir um aviso de liquidação sem aplicar essa cláusula, precisamente, para darem cumprimento à decisão de abertura e à decisão recorrida. Assim, no âmbito da análise da admissibilidade do recurso interposto da decisão recorrida, na qual a Comissão concluiu que a medida controvertida constituía um auxílio de Estado e declarou a sua incompatibilidade com o mercado interno, a Comissão não pode beneficiar do facto de as autoridades alemãs terem tomado imediatamente todas as medidas necessárias para garantir o respeito dessa decisão, aguardando o resultado de um eventual recurso contra esta.

73 Essa mesma conclusão também não pode ser posta em causa pela jurisprudência invocada pela Comissão nos seus articulados e na audiência, nomeadamente pelos acórdãos Telefónica/Comissão, n.º 60, *supra* (EU:C:2013:852), de 11 de junho de 2009, AMGA/Comissão (T-300/02, Colet., EU:T:2009:190), Acegas/Comissão, n.º 61, *supra* (EU:T:2009:192), e de 8 de março de 2012, Iberdrola/Comissão (T-221/10, Colet., EU:T:2012:112).

74 Com efeito, as circunstâncias de facto nesses processos não são comparáveis às que estão em causa na presente lide, onde se verificou que, em razão das especificidades da lei fiscal alemã, a recorrente beneficiava de um direito adquirido a uma economia de imposto, certificado pelas autoridades fiscais alemãs (v. n.º 68, *supra*), circunstância essa que a diferencia dos outros operadores que só são afetados como potenciais beneficiários da medida controvertida (v., neste sentido, acórdão Comissão/Koninklijke FrieslandCampina, n.º 58, *supra*, EU:C:2009:556, n.º 55).

75 A conclusão referida no n.º 69, *supra*, também não é posta em causa pelo argumento da Comissão de que só um benefício concedido por recursos estatais pode constituir a afetação individual da recorrente e de que só teria havido um encargo financeiro para o Estado no momento em que a redução de imposto tivesse sido declarada pelo aviso de liquidação.

76 Com efeito, há que lembrar que os elementos em que a jurisprudência baseia a afetação individual na aceção do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE (v. n.ºs 60 a 62, *supra*) não coincidem necessariamente com os elementos constitutivos de um auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE (v., por analogia, acórdão Comitato «Venezia vuole vivere» e o./Comissão, n.º 60, *supra*, EU:C:2011:368, n.ºs 56, 63 e 64). Na aceção do acórdão Plaumann/Comissão, n.º 60, *supra* (EU:C:1963:17, p. 279), uma decisão diz individualmente respeito a uma pessoa que não seja o seu destinatário, se a afetar devido a certas qualidades que lhe são específicas ou a uma situação de facto que a caracterize em relação a qualquer outra pessoa e, portanto, se ela fizer parte de um círculo restrito de operadores económicos.

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

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

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

Quanto ao interesse em agir

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

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

82 Resulta de jurisprudência constante que um recurso de anulação interposto por uma pessoa singular ou coletiva só é admissível na medida em que a parte recorrente tenha interesse na anulação do ato impugnado. Esse interesse pressupõe que a anulação desse ato possa, por si só, produzir consequências jurídicas e que, assim, o resultado do recurso possa proporcionar um benefício à parte que o interpôs (v., neste sentido, acórdãos Comissão/Koninklijke FrieslandCampina, n.º 58, *supra*, EU:C:2009:556, n.º 63; Stichting Woonpunt e o./Comissão, n.º 70, *supra*, EU:C:2014:100, n.ºs 50 a 54; e Stichting Woonlinie e o./Comissão, n.º 70, *supra*, EU:C:2014:105, n.º 54).

83 As condições de admissibilidade do recurso devem ser apreciadas, sem prejuízo da diferente questão da perda do interesse em agir, no momento da interposição do recurso (v. acórdão de 21 de março de 2002, Shaw e Falla/Comissão, T-131/99, Colet., EU:T:2002:83, n.º 29 e jurisprudência aí referida).

84 No caso, a recorrente preenchia as condições para beneficiar da aplicação da cláusula de reestruturação e tinha adquirido um benefício com origem nessa cláusula, como resulta dos n.ºs 66 a 69, *supra*.

85 Apesar de a aplicação da cláusula de reestruturação ter sido suspensa na sequência da adoção da decisão recorrida, de acordo com o § 34, n.º 6, da KStG, no caso de anulação desta, a cláusula de reestruturação voltaria a ser aplicável, com efeito retroativo, a todas as empresas cujo aviso de liquidação ainda não se tivesse tornado definitivo, incluindo a recorrente, pelo que a anulação da decisão recorrida apresenta um benefício para ela.

86 Além disso, mesmo admitindo, como alega a Comissão, que a recorrente já não pudesse realizar lucros no futuro, por ter entrado em situação de liquidação, não é menos verdade que, tendo realizado lucros antes da adoção da decisão recorrida, no caso de anulação dessa decisão, terá direito a reivindicar a aplicação da cláusula de reestruturação, pelo menos no que respeita à tributação dos rendimentos de 2009.

87 Consequentemente, a recorrente tem interesse em agir contra a decisão recorrida.

88 O recurso é, portanto, admissível.

Quanto ao mérito

89 A recorrente apresenta dois fundamentos de recurso, relativos à falta de caráter seletivo da medida controvertida.

90 Neste contexto e a título preliminar, há que lembrar que o artigo 107.º, n.º 1, TFUE proíbe os auxílios que «favorece[m] certas empresas ou certas produções», ou seja, os auxílios seletivos.

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

92 Contudo, não preenche esse pressuposto da seletividade uma medida que, não obstante constituir uma vantagem para um beneficiário, se justifica pela natureza ou pela estrutura geral do sistema em que se insere (v., neste sentido, acórdãos de 8 de novembro de 2001, Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, C-143/99, Colet., EU:C:2001:598, n.º 42, e Paint Graphos e o., n.º 91, *supra*, EU:C:2011:550, n.º 64). No final dessa eventual terceira etapa do exame, uma medida é qualificada de seletiva.

93 Há que lembrar que, para provar que a medida em causa se aplica de maneira seletiva a certas empresas ou a certas produções, cabe à Comissão demonstrar que a mesma introduz diferenciações entre empresas que, à luz do objetivo prosseguido por esse regime, estão numa situação de facto e de direito comparável, ao passo que cabe ao Estado-Membro que instituiu essa diferenciação entre empresas em matéria de encargos demonstrar que ela é efetivamente justificada pela natureza e pela estrutura do sistema em causa (v., neste sentido, acórdão de 8 de setembro de 2011, Comissão/Países Baixos, C-279/08 P, Colet., EU:C:2011:551, n.º 62 e jurisprudência aí referida).

94 É à luz desta análise em três etapas, conforme resulta da jurisprudência, que devem ser analisados os dois fundamentos apresentados pela recorrente, o primeiro dos quais é, no essencial, relativo ao caráter seletivo *prima facie* da medida controvertida e o segundo ao facto de esta ser justificada pela natureza e pela estrutura do sistema fiscal.

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

95 O primeiro fundamento articula-se em três partes. A primeira é relativa a erro na definição do quadro de referência. A segunda é relativa a erro na apreciação da situação jurídica e factual das empresas que necessitam de uma reestruturação e à recusa da Comissão em qualificar de medida geral a cláusula de reestruturação, sendo a terceira relativa à violação do princípio da proteção da confiança legítima.

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

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

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

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

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

100 A Comissão alega, a título prévio, uma exceção de inadmissibilidade da primeira parte do primeiro fundamento, na medida em que se baseia em factos novos não invocados no procedimento administrativo. Lembra ter definido a regra da não dedução dos prejuízos como disposição de referência, na decisão de abertura e na Decisão 2010/13, relativa à lei MoRaKG, sem que a recorrente, a República Federal da Alemanha ou outros terceiros interessados se tivessem oposto a essa definição no procedimento administrativo. Precisa igualmente que o direito fiscal nacional constitui, do ponto de vista do direito da União Europeia, um elemento de facto, do qual não tinha pleno conhecimento no momento da adoção da decisão recorrida e sobre o qual não tem de investigar oficiosamente.

101 Quanto ao mérito, a Comissão rejeita os argumentos da recorrente.

102 Desde já se julga improcedente a exceção de inadmissibilidade alegada pela Comissão. Com efeito, resulta da própria jurisprudência invocada pela Comissão em apoio do seu argumento que a apreciação da legalidade de uma decisão em função dos elementos de informação de que a Comissão dispõe no momento em que aprova a decisão pertence ao mérito e não à admissibilidade do fundamento em causa (v., neste sentido, acórdãos de 26 de setembro de 1996, França/Comissão, C-241/94, Colet., EU:C:1996:353, n.º 33; de 24 de setembro de 2002, Falck e Acciaierie di Bolzano/Comissão, C-74/00 P e C-75/00 P, Colet., EU:C:2002:524, n.º 168; e de 7 de dezembro de 2010, Frucona Košice/Comissão, T-11/07, Colet., EU:T:2010:498, n.º 49).

103 Quanto ao mérito dos argumentos da recorrente, há que lembrar que, na decisão recorrida, a Comissão definiu, em substância, a regra da não dedução dos prejuízos como a regra geral à luz da qual se deve analisar se as empresas que se encontravam numa situação de facto e de direito comparável eram diferenciadas, ao passo que a recorrente se baseia na regra mais geral do reporte de prejuízos, que se aplica a qualquer tributo.

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

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

106 Assim, não se pode deixar de observar que a regra da não dedução dos prejuízos, à semelhança da regra do reporte de prejuízos, faz parte do quadro legal em que se insere a medida controvertida. Por outras palavras, o quadro legal relevante para o caso é composto pela regra geral do reporte de prejuízos, conforme limitado pela regra da não dedução dos prejuízos, e é precisamente nesse quadro que se deve verificar se a medida controvertida introduz diferenciações entre operadores que se encontram numa situação de facto e de direito comparável, na aceção da jurisprudência referida no n.º 91, *supra*, sendo essa questão exposta no âmbito da segunda parte do primeiro fundamento.

107 Assim, há que concluir que a Comissão não errou quando, constatando embora a existência de uma regra mais geral, a saber, a do reporte dos prejuízos, determinou que o quadro legal de referência instituído para se apreciar o caráter seletivo da medida controvertida era constituído pela regra da não dedução dos prejuízos.

108 Esta conclusão não é posta em causa pelos argumentos da recorrente, relativos às dúvidas dos tribunais nacionais quanto à constitucionalidade da regra da não dedução dos prejuízos e à necessidade de uma interpretação restritiva dessa regra à luz dos princípios constitucionais. Com efeito, esses argumentos não impedem que se conclua que essa regra faz parte do direito nacional enquanto não for revogada e que a cláusula de reestruturação só se aplica em função da aplicação dessa regra. Assim, a Comissão não podia abstrair dessa regra na definição do quadro de referência, mesmo que eventualmente a quisesse interpretar de maneira restritiva.

109 Do mesmo modo, os argumentos destinados a demonstrar o caráter derrogatório da regra da não dedução dos prejuízos à luz dos princípios constitucionais também não são relevantes, na medida em que a qualificação dessa regra de exceção a uma norma jurídica superior, tal como o princípio da tributação segundo a capacidade contributiva, não impede que a mesma faça parte do quadro de referência em que se inscreve a medida controvertida e à luz do qual se deve apreciar o seu caráter seletivo.

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

– Quanto à segunda parte, relativa a erro na apreciação da situação jurídica e factual das empresas que necessitam de uma reestruturação e à recusa da Comissão em qualificar de medida geral a cláusula de reestruturação

111 Na decisão recorrida, a Comissão considerou que a regra da não dedução dos prejuízos tinha um âmbito de aplicação mais amplo do que a antiga regra (considerando 10), que, na origem, a regra não previa qualquer exceção (considerando 11) e que, como resulta da exposição de motivos da lei da reforma da fiscalidade das empresas de 2008 (v. n.º 6, *supra*), a regra tinha um duplo objetivo: por um lado, simplificar a regulamentação e, por outro, lutar de forma seletiva contra os abusos (considerando 12). Salientou igualmente que a inexistência de uma exceção expressa que permitisse o reporte de

prejuízos nos casos de reestruturação era compensada pela possibilidade de as autoridades fiscais renunciarem de acordo com a equidade a créditos de impostos com base no despacho de reestruturação (considerando 12; v. n.º 7, *supra*).

112 A partir destes elementos, nos considerandos 68 a 79 da decisão recorrida, a Comissão, antes de mais, considerou que a finalidade do sistema de tributação das sociedades era gerar receitas destinadas ao orçamento e que a finalidade da regra da não dedução dos prejuízos era impedir que as empresas cujo tecido acionista tivesse sido alterado reportassem os seus prejuízos. Seguidamente, considerou que, em face dessa finalidade, todas as empresas cujo tecido acionista tivesse sofrido uma alteração de 25% ou mais das participações se encontravam numa situação de facto e de direito comparável. Por último, considerou que a cláusula de reestruturação fazia uma distinção, dentro dessa categoria, entre, por um lado, as empresas que, apesar de terem prejuízos, permaneciam sãs e, por outro, as empresas que, segundo as condições fixadas pela cláusula de reestruturação, estavam ou era provável que estivessem insolventes ou sobre-endividadas.

113 A recorrente alega, em primeiro lugar, que as empresas abrangidas pela cláusula de reestruturação não estão numa situação de facto e de direito comparável, à luz do objetivo prosseguido pela regulamentação, a saber, prevenir os abusos, à das outras empresas sujeitas à regra da não dedução dos prejuízos. Assim, a regra da não dedução dos prejuízos não é aplicável às situações de reestruturação das empresas, que não geram o risco de montagens abusivas.

114 A recorrente, apoiada pela República Federal da Alemanha, alega, em segundo lugar, que a cláusula de reestruturação constitui uma medida geral, pois beneficia qualquer empresa que atravesse dificuldades económicas, independentemente da dimensão, do setor ou da importância da sua atividade económica.

115 A título prévio, a Comissão alega que os argumentos relativos à situação jurídica e factual das empresas que necessitam de reestruturação e à qualificação de medida geral da cláusula de reestruturação, apresentados na réplica, constituem fundamentos novos e são, portanto, inadmissíveis.

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

117 Quanto à admissibilidade dos argumentos da recorrente, há que recordar que, segundo o artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo de 2 de maio de 1991, é proibido deduzir novos fundamentos no decurso da instância, a menos que tenham origem em elementos de direito e de facto que se tenham revelado durante o processo. Contudo, um fundamento que constitua uma ampliação de um fundamento apresentado anteriormente, direta ou implicitamente, e que tenha uma ligação estreita com ele deve ser julgado admissível (acórdão de 11 de julho de 2013, Ziegler/Comissão, C-439/11 P, Colet., EU:C:2013:513, n.º 46). Uma solução análoga se impõe quanto a uma alegação feita em apoio de um fundamento (acórdão de 21 de março de 2002, Joynson/Comissão, T-231/99, Colet., EU:T:2002:84, n.º 156, confirmado por despacho de 10 de dezembro de 2003, Joynson/Comissão, C-204/02 P, Colet., EU:C:2003:660).

118 Assim, há que verificar, à luz da jurisprudência acima referida, se os argumentos relativos à situação jurídica e factual das empresas que necessitam de reestruturação e à qualificação de medida geral da cláusula de reestruturação, desenvolvidos pela recorrente na réplica, constituem fundamentos novos ou antes a ampliação da primeira parte do primeiro fundamento.

119 Há que lembrar que, com a primeira parte do primeiro fundamento, relativa a um erro na definição do quadro de referência, a impugnação da recorrente visa a falta de um dos elementos constitutivos de um auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, a saber, o pressuposto da seletividade. Ora, as alegações relativas, por um lado, à impossibilidade de comparar a situação jurídica e factual das empresas que necessitam de uma reestruturação e, por outro, à qualificação de medida geral da cláusula de reestruturação visam igualmente contestar, sob ângulos diferentes, o pressuposto da seletividade.

120 Com efeito, segundo a jurisprudência constante referida no n.º 91, *supra*, a qualificação de uma medida fiscal de seletiva *prima facie* pressupõe, num primeiro momento, a identificação e o exame prévios do regime fiscal comum ou «normal» aplicável no Estado-Membro em causa e, num segundo momento, a demonstração de que a medida fiscal em causa introduz diferenciações entre operadores que, à luz do objetivo prosseguido por esse regime, estão numa situação de facto e de direito comparável.

121 No caso, há que observar que, com o seu primeiro fundamento, a recorrente impugnou, em substância, a apreciação da Comissão quanto ao caráter seletivo *prima facie* da medida controvertida e, mais em particular, a definição do quadro de referência.

122 Refira-se igualmente que os argumentos, mais específicos, relativos à situação jurídica e factual das empresas que necessitam de uma reestruturação e à qualificação de medida geral da cláusula de reestruturação foram desenvolvidos em resposta à argumentação da Comissão, que, na contestação, especificou que a definição do quadro de referência não podia ser feita com referência ao sistema fiscal em geral, mas antes com referência às empresas que entendia estarem numa situação de facto e de direito comparável à das empresas que beneficiam da cláusula de reestruturação. Ora, as partes discutem a questão de saber se a identificação das empresas que estão numa situação de facto e de direito comparável deve ser tratada no âmbito da primeira ou da segunda etapa do exame acima referido.

123 Há que concluir, portanto, que, ao contrário do que alega a Comissão, a alegação em causa constitui uma ampliação da primeira parte do primeiro fundamento, e não um fundamento novo.

124 Assim, é admissível a segunda parte do primeiro fundamento.

125 Quanto ao mérito dos argumentos da recorrente, visto o quadro de referência ter sido identificado como sendo constituído pela regra da não dedução dos prejuízos, há que verificar em primeiro lugar se, à luz do objetivo prosseguido pelo regime fiscal relevante, as empresas que beneficiam da cláusula de reestruturação estão numa situação de facto e de direito comparável à das outras empresas sujeitas à regra da não dedução dos prejuízos, o que cabe à Comissão demonstrar, de acordo com a jurisprudência referida no n.º 93, *supra*.

126 Em substância, segundo a Comissão, uma vez que o objetivo do regime fiscal relevante para o presente caso é impedir que as empresas cujo tecido acionista tenha sido alterado reportem os seus prejuízos, todas as empresas cujo tecido acionista tenha sofrido uma alteração estão numa situação de facto e de direito comparável, quer beneficiem ou não da cláusula de reestruturação. Entende, assim, que a medida controvertida é seletiva *prima facie*, uma vez que apenas beneficia as empresas que preencham os pressupostos dessa cláusula.

127 Em contrapartida, segundo a recorrente, uma vez que o objetivo do regime em causa é evitar os abusos de reportes de prejuízos, só as empresas que preencham os pressupostos da cláusula de reestruturação estão numa situação de facto e de direito comparável, visto não terem a possibilidade de abusar dos reportes de prejuízos.

128 Tal como referido no n.º 106, *supra*, o quadro legal relevante para o presente caso é constituído pela regra geral do reporte de prejuízos, conforme limitada pela regra da não dedução dos prejuízos. Há que considerar, portanto, como resulta do considerando 71 da decisão recorrida, que a finalidade relevante do sistema fiscal de referência é impedir que as empresas cujo tecido acionista tenha sido alterado reportem os seus prejuízos. Por outras palavras, a possibilidade de reportar prejuízos é restringida ou eliminada nos casos em que, na sequência da aquisição igual ou superior a 25% das suas participações, a empresa que acumulou os prejuízos alterou substancialmente o seu tecido acionista.

129 Daí resulta que todas as empresas cujo tecido acionista tenha sofrido tal alteração estão numa situação de facto e de direito comparável, independentemente da questão de saber se estão numa situação de dificuldade ou não na aceção da cláusula de reestruturação.

130 Em contrapartida, a medida controvertida não se dirige a todas as empresas cujo tecido acionista tenha sido substancialmente alterado, mas aplica-se a uma categoria bem determinada de empresas, a saber, às empresas que, segundo a redação da cláusula de reestruturação, estão «ou é provável que esteja[m] insolvente[s] ou sobre-endividada[s]» à data da aquisição (a seguir as «empresas em dificuldade»).

131 Não se pode deixar de observar que essa categoria não abrange todas as empresas que estejam numa situação de facto e de direito comparável à luz do objetivo do regime fiscal em causa.

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

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

134 Há que concluir, portanto, que a Comissão não errou ao entender que a medida controvertida introduzia diferenciações entre operadores que, à luz do objetivo do sistema fiscal, estão numa situação de facto e de direito comparável, na aceção da jurisprudência referida no n.º 91, *supra*.

135 Esta conclusão não é posta em causa pelo facto, invocado pela recorrente, de outras exceções, como a cláusula relativa aos grupos de empresas e a cláusula sobre as reservas pendentes, abrangerem situações em que não há risco de abuso.

136 Admitindo que essas exceções, à semelhança da cláusula de reestruturação, fossem justificadas pelo facto de se referirem a situações em que as empresas em causa não tinham a possibilidade de abusar do reporte de prejuízos, a verdade é que o sistema legislativo em causa, na prática, trata de maneira diferente operadores que, à luz do objetivo do regime fiscal relevante, estão numa situação de facto e de direito comparável.

137 Com efeito, para além das referidas exceções, uma empresa não pode evitar a não dedução dos prejuízos, mesmo não havendo risco de abuso. Por outro lado, o Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de que a existência de uma vantagem seletiva para as empresas beneficiárias de uma isenção da tributação normal não podia ser contestada pelo facto de existirem outras isenções dessa mesma tributação a favor de outras empresas (v., neste sentido, acórdãos Bélgica e Forum 187/Comissão, n.º 62, *supra*, EU:C:2006:416, n.º 120, e de 1 de julho de 2010, BNP Paribas e BNL/Comissão, T-335/08, Colet., EU:T:2010:271, n.º 162).

138 De qualquer forma, como se explicou no n.º 133, *supra*, é a própria cláusula de reestruturação que, para efeitos da sua aplicação, faz uma distinção, que não se baseia no objetivo relevante do regime fiscal definido no n.º 106, *supra*, entre as empresas que só preenchem as condições previstas nas alíneas c) a e) dessa cláusula e as empresas que preenchem igualmente as condições previstas nas alíneas a) e b) da mesma cláusula, isto é, as empresas em dificuldade.

139 Em segundo lugar, o argumento da recorrente e da interveniente segundo o qual a medida controvertida é uma medida geral, visto beneficiar qualquer empresa em dificuldade, também não colhe.

140 Com efeito, por um lado, a questão de saber se a medida tem ou não caráter geral, no contexto da análise da seletividade de uma medida fiscal, assenta na questão de saber se, face ao regime fiscal comum ou normal, a medida em causa introduz diferenciações entre operadores que, à luz do objetivo prosseguido por esse regime, se encontram numa situação de facto e de direito comparável. Ora, na decisão recorrida, como referido nos números anteriores, a Comissão considera acertadamente que a medida controvertida introduz uma distinção entre empresas, a saber, as empresas que preenchem as condições impostas pela medida em causa e as outras empresas, que estão numa situação de facto e de direito comparável à luz do objetivo prosseguido pelo regime em causa. Mesmo admitindo que esse objetivo, como alega a recorrente, fosse evitar os abusos de reportes de prejuízos, não se pode deixar de observar que a medida controvertida, por si só ou com as outras duas exceções acima referidas, não visa todas as empresas objeto de uma aquisição de participação prejudicial não geradora desse risco de abuso.

141 Por outro lado, há que observar que, ao contrário dos argumentos da recorrente, a medida controvertida não é uma medida geral, no sentido de ser potencialmente acessível a todas as empresas na aceção do acórdão de 7 de novembro de 2014, Autogrill España/Comissão (T-219/10, Colet., pendente de recurso, EU:T:2014:939, n.os 44 e 45). Com efeito, a medida controvertida define o seu âmbito de aplicação *ratione personae*. Refere-se apenas a uma categoria de empresas que se encontram numa situação específica, isto é, as empresas em dificuldade. Por isso, é seletiva *prima facie*.

142 Por último, há que rejeitar igualmente o argumento da recorrente segundo o qual, em substância, se a Comissão admite que a inaplicação da regra da não dedução dos prejuízos no caso de alteração do tecido acionista em menos de 25% do capital não constitui um auxílio de Estado, pelo facto de não permitir influenciar a política da empresa, o mesmo se aplica no que respeita às alterações do tecido acionista para efeitos de reestruturação, que também não conferem a possibilidade de exercer influência na política da empresa. Na negativa, segundo a recorrente, o raciocínio da Comissão levaria a qualificar de auxílio de Estado a manutenção do reporte dos prejuízos igualmente no caso de aquisição de participação inferior a 25%.

143 Não se pode deixar de observar, a esse respeito, que a aplicação da regra da não dedução dos prejuízos assenta em critérios gerais, que são aplicáveis a todas as empresas. Em particular, como acertadamente salienta a Comissão, o limiar de 25% revela-se um limiar razoável a partir do qual se pode presumir que existe influência na empresa adquirida e, portanto, que existe uma possibilidade de o adquirente aproveitar os prejuízos por ela reportados. Em contrapartida, a cláusula de reestruturação dirige-se unicamente a uma categoria específica de empresas, a saber, as empresas em dificuldade.

144 De qualquer forma, esse argumento é irrelevante, pois, em vez de desmentir a conclusão de que a cláusula de reestruturação tem caráter seletivo, visa, em substância, demonstrar que existem outras situações, a saber, as aquisições de participação abaixo do limiar de 25%, que, visto não estarem sujeitas à regra da não dedução dos prejuízos, podem dar origem a uma vantagem seletiva na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE. A esse respeito, observe-se que a recorrente não pode invocar a existência de outras medidas que possam eventualmente ser qualificadas de auxílio de Estado a fim de demonstrar que a medida controvertida não constitui um auxílio de Estado.

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

– Quanto à terceira parte, relativa à violação do princípio da proteção da confiança legítima

146 A recorrente alega na réplica que tanto a prática da Comissão como a sua Comunicação sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas (JO 1998, C 384, p. 3) criaram uma confiança legítima em que a Comissão não qualificaria de medida seletiva a cláusula de reestruturação.

147 A Comissão responde que esta alegação de violação do princípio da proteção da confiança legítima é nova, pois foi apresentada na fase da réplica, sendo, por isso, inadmissível. Alega igualmente que, de qualquer forma, a alegação deve ser julgada improcedente.

148 No caso, não se pode deixar de observar que a alegação de violação do princípio da proteção da confiança legítima não foi feita na petição, expressa ou tacitamente. Também não é a ampliação de um fundamento apresentado na petição.

149 Assim, o argumento em causa constitui uma alegação nova, invocada pela primeira vez na réplica, que não se baseia em elementos de direito ou de facto que se tivessem revelado durante o processo. Constitui, portanto, uma alegação inadmissível de acordo com o artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo de 2 de maio de 1991, segundo a jurisprudência referida no n.º 117, *supra*.

150 Há que julgar improcedente, portanto, a terceira parte e, com ela, todo o primeiro fundamento.

Quanto ao segundo fundamento, relativo à justificação da medida controvertida pela natureza e pela estrutura do sistema fiscal

151 A recorrente alega que a cláusula de reestruturação permite, em substância, a aplicação do princípio da tributação segundo a capacidade contributiva, que constitui um objetivo inerente ao sistema fiscal. Constitui, portanto, uma medida justificada pela natureza ou pela estrutura interna do sistema fiscal.

152 Além disso, a cláusula de reestruturação é proporcionada ao objetivo prosseguido, tendo em conta que, por um lado, o sistema anterior, baseado no despacho de reestruturação, se revelou insuficiente face à crise financeira mundial e que, por outro, o novo sistema não confere à Administração Fiscal nenhum poder de apreciação no que respeita à aplicação da cláusula de reestruturação.

153 A Comissão alega, antes de mais, a inadmissibilidade do segundo fundamento, que entende assentar em factos novos, a saber, argumentos de direito constitucional e de direito fiscal alemão, não invocados no procedimento administrativo.

154 Seguidamente alega que o segundo fundamento é ininteligível. Em particular, a recorrente não explicou por que razão o princípio da tributação segundo a capacidade contributiva constitui uma justificação pela natureza e pela estrutura do sistema fiscal, e não uma justificação com base num objetivo externo e geral de equidade fiscal, nem de que forma o legislador pôs em causa a sua muito ampla margem de apreciação na aplicação desse princípio ao adotar a regra da não dedução dos prejuízos, de tal modo que se tornou necessária a adoção da cláusula de reestruturação.

155 Por último, a Comissão contesta o mérito dos argumentos da recorrente.

156 Há que julgar previamente improcedente a exceção de inadmissibilidade do fundamento apresentada pela Comissão, como se fez no n.º 102, *supra*. Com efeito, resulta da jurisprudência invocada pela Comissão e referida nesse mesmo número que a apreciação da legalidade de uma decisão em função dos elementos de informação de que a Comissão dispõe no momento em que aprova a decisão pertence ao mérito e não à admissibilidade.

157 Além disso, quanto à inteligibilidade do fundamento, não se pode deixar de observar, como refere a recorrente, que a Comissão teve a possibilidade de analisar os argumentos da recorrente quanto ao mérito, nomeadamente o argumento relativo ao princípio da tributação segundo a capacidade contributiva, que, como já se assinalou, foi referido na decisão recorrida.

158 Quanto ao mérito dos argumentos da recorrente, há que lembrar que, segundo a jurisprudência referida no n.º 92, *supra*, não preenche a condição da seletividade uma medida que, apesar de introduzir diferenciações entre operadores que se encontrem numa situação de facto e de direito comparável à luz do objetivo prosseguido pelo regime fiscal relevante, se justifica pela natureza ou pela estrutura geral do sistema em que se insere.

159 A esse respeito, deve fazer-se uma distinção entre, por um lado, os objetivos fixados a um regime fiscal particular e que lhe são externos e, por outro, os mecanismos inerentes ao próprio sistema fiscal que são necessários à realização desses objetivos, uma vez que esses objetivos e mecanismos, enquanto princípios fundadores ou diretores do sistema fiscal em causa, podem servir de base a essa justificação, o que cabe ao Estado-Membro demonstrar (v. acórdãos Paint Graphos e o., n.º 91 *supra*, EU:C:2011:550, n.º 65 e jurisprudência aí referida, e de 7 de março de 2012, British Aggregates/Comissão, T 210/02 RENV, Colet., EU:T:2012:110, n.º 84 e jurisprudência aí referida). Consequentemente, as isenções fiscais que resultem de um objetivo alheio ao sistema de tributação em que se inserem não se podem subtrair às exigências resultantes do artigo 107.º, n.º 1, TFUE (acórdão Paint Graphos e o., n.º 91, *supra*, EU:C:2011:550, n.º 70).

160 Há que lembrar igualmente que uma medida nacional só pode ser justificada pela natureza ou pela estrutura geral do sistema fiscal em causa se, por um lado, for coerente não só com as características inerentes ao sistema fiscal em causa mas também com a execução desse sistema e, por outro, respeitar o princípio da proporcionalidade e não exceder os limites do necessário, no sentido de que o objetivo legítimo prosseguido não possa ser atingido através de medidas de menor amplitude (v., neste sentido, acórdão Paint Graphos e o., n.º 91, *supra*, EU:C:2011:550, n.ºs 73 a 75).

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

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

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

164 Há que observar que resulta claramente da redação da medida controvertida que o seu objetivo é favorecer a reestruturação das empresas em dificuldade. Se não fosse esse o caso, não se poderia explicar por que razão, entre as condições da sua aplicação, o § 8c, n.º 1a, alínea a), da KStG e o § 8c, n.º 1a, alínea b), da KStG (v. n.º 10, *supra*) exigem, respetivamente, que a aquisição das participações se

destine à reestruturação da sociedade e que a empresa esteja ou seja provável que esteja insolvente ou sobre-endividada à data da aquisição. Por outro lado, a própria recorrente reconhece que, através da medida controvertida, o legislador prossegue igualmente o objetivo de permitir o regresso de sociedades abaladas pela crise e em situação de insolvência a uma situação sã.

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

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

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

168 Antes de mais, a medida não pode ser justificada pelo princípio da tributação segundo a capacidade contributiva.

169 Independentemente de essa justificação não resultar da exposição de motivos da lei em causa, parece estar ligada ao objetivo, específico da regra da não dedução dos prejuízos, de lutar contra os abusos em matéria de reportes de prejuízos. Em substância, segundo essa argumentação, visto que, por um lado, a regra da não dedução dos prejuízos se destina a evitar os abusos e que, por outro, no caso de reestruturação, não existe abuso, daí resultaria que a aplicação da cláusula de reestruturação se justifica pela mesma lógica subjacente à aplicação da regra da não dedução dos prejuízos e se limitaria a restaurar a aplicação do princípio geral do reporte de prejuízos enquanto expressão do princípio da tributação segundo a capacidade contributiva.

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

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

172 A esse respeito, por um lado, não se pode deixar de observar que o argumento de falta de domínio do controlo da utilização dos prejuízos não é coerente. Com efeito, outras empresas que não preencham as condições da cláusula de reestruturação podem também enfrentar dificuldades económicas e não ter a possibilidade de controlar a utilização dos prejuízos, não deixando, porém, de estar excluídas da aplicação da cláusula de reestruturação. Por outro lado, a diferença de situação entre empresas que necessitam de reestruturação e empresas sãs, no que respeita ao acesso aos capitais e à disponibilidade

das reservas pendentes, é irrelevante para o caso. Como acertadamente referiu a Comissão no considerando 91 da decisão recorrida, o eventual objetivo de favorecer o acesso aos capitais das sociedades em dificuldade não é inerente ao sistema fiscal.

173 Assim, há que concluir que nem a recorrente nem a República Federal da Alemanha apresentaram elementos que permitam justificar a medida controvertida de acordo com a jurisprudência referida nos n.os 158 a 160, *supra*.

174 Por conseguinte, há que julgar improcedente o segundo fundamento e, portanto, negar integralmente provimento ao recurso.

Quanto às despesas

175 Nos termos do artigo 134.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Contudo, nos termos do artigo 134.º, n.º 3, do mesmo regulamento, se as partes obtiverem vencimento parcial, e tal se afigurar justificado tendo em conta as circunstâncias do caso, o Tribunal pode decidir que, além das suas próprias despesas, uma parte suporte uma fração das despesas da outra parte.

176 No caso, por um lado, há que julgar improcedente a exceção de inadmissibilidade suscitada pela Comissão nos termos do artigo 114.º do Regulamento de Processo de 2 de maio de 1991 e, por outro, negar integralmente provimento ao recurso.

177 Em face destas circunstâncias, há que condenar a recorrente a suportar, além das suas próprias despesas, dois terços das despesas da Comissão e condenar esta última em um terço das suas próprias despesas.

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

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Nona Secção)

decide:

1) A exceção de inadmissibilidade é julgada improcedente.

2) É negado provimento ao recurso.

3) A Heitkamp BauHolding GmbH suportará as suas próprias despesas e dois terços das despesas da Comissão Europeia. A Comissão suportará um terço das suas próprias despesas.

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

Berardis Czúcz Popescu

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

Assinaturas

Índice

Quadro jurídico nacional 2

Regra do reporte de prejuízos 2

Regra da não dedução dos prejuízos 2

Cláusula de reestruturação 3

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

Factos na origem do litígio 4

Procedimento administrativo 5

Decisão recorrida 5

Tramitação do processo e pedidos das partes 7

Questão de direito 8

Quanto à admissibilidade do recurso 8

Quanto à legitimidade, na aceção do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE 8

Quanto ao interesse em agir 12

Quanto ao mérito 13

Quanto ao primeiro fundamento, relativo ao caráter seletivo prima facie da medida controvertida .. 13

— Quanto à primeira parte, relativa a erro na definição do quadro de referência 14

— Quanto à segunda parte, relativa a erro na apreciação da situação jurídica e factual das empresas que necessitam de uma reestruturação e à recusa da Comissão em qualificar de medida geral a cláusula de reestruturação 15

— Quanto à terceira parte, relativa à violação do princípio da proteção da confiança legítima ... 20

Quanto ao segundo fundamento, relativo à justificação da medida controvertida pela natureza e pela estrutura do sistema fiscal 20

Quanto às despesas 23