DECISÃO (UE) 2025/906 DA COMISSÃO
de 22 de novembro de 2024
relativa ao auxílio estatal SA.48580 (2017/C) concedido pela Alemanha a favor da WestSpiel

[notificada com o número C(2024) 8105]

(Apenas faz fé o texto em língua alemã)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

A COMISSÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente o artigo 108.º, n.º 2, primeiro parágrafo,

Tendo em conta o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, nomeadamente o artigo 62.º, n.º 1, alínea a),

Após ter convidado as partes interessadas a apresentarem as suas observações ([1]) e tendo em conta essas observações,

Considerando o seguinte:

1. PROCEDIMENTO

(1) Por carta de 20 de junho de 2017, a Comissão recebeu duas denúncias apresentadas pela associação de salas de jogo (*Fachverband Spielhallen e.V.*, «FSH») e por outro autor da denúncia (em conjunto, «autores das denúncias») relativas a um alegado auxílio estatal concedido à Westdeutsche Spielbanken GmbH & Co. KG («WestSpiel») pelo Land da Renânia do Norte-Vestefália (*Nordrhein-Westfalen*, «NRW»).

(2) As denúncias foram registadas separadamente com os números de processo SA.48580 e SA.48842. Em 16 de abril de 2018, a Comissão apensou os dois processos no processo SA.48580.

(3) Em 2 de agosto de 2018, a Comissão transmitiu à Alemanha a versão não confidencial das denúncias e solicitou informações adicionais. Após ter solicitado e obtido uma prorrogação do prazo de resposta, a Alemanha apresentou, por ofício de 2 de outubro de 2018, as suas observações sobre as denúncias e respondeu ao pedido de informações.

(4) Em 6 de fevereiro de 2019, a Comissão solicitou à Alemanha novos documentos, que lhe foram fornecidos em 22 de fevereiro de 2019. Em 12 de junho de 2019, a Comissão transmitiu aos autores das denúncias a versão não confidencial das observações da Alemanha de 2 de outubro de 2018, convidando-os a pronunciarem-se sobre os argumentos apresentados pela Alemanha. Em 8 de agosto de 2019, os autores das denúncias apresentaram as suas observações sobre argumentos da Alemanha, mantendo as suas denúncias.

(5) Em 8 de outubro de 2019, a Comissão solicitou à Alemanha documentos adicionais, que lhe foram fornecidos em 24 de outubro de 2019.

(6) Por carta de 9 de outubro de 2019, os autores das denúncias solicitaram formalmente à Comissão que adotasse uma decisão sobre a questão, nos termos do artigo 265.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia («TFUE»).

(7) Por ofício de 9 de dezembro de 2019, a Comissão comunicou à Alemanha a sua decisão de dar início ao procedimento formal de investigação previsto no artigo 108.º, n.º 2, do TFUE («decisão de início do procedimento»). Por mensagem de correio eletrónico de 15 de janeiro de 2020, a Alemanha confirmou que a decisão de início do procedimento não incluía informações confidenciais.

([1]) JO C 59 de 21.2.2020, p. 14.

(8) A decisão da Comissão de dar início ao procedimento foi publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* ([2]). A Comissão convidou as partes interessadas a apresentarem as suas observações sobre as alegadas medidas de auxílio.

(9) Em 27 de janeiro de 2020, a Comissão transmitiu à Alemanha as observações dos autores das denúncias de 8 de agosto de 2019.

(10) Em 2 de março de 2020, a Alemanha apresentou observações sobre a decisão de início do procedimento e sobre as observações dos autores das denúncias de 8 de agosto de 2019. Na sequência de uma conferência telefónica entre a Comissão e a Alemanha em 3 de junho de 2020, a Alemanha apresentou, em 17 de junho de 2020, novas observações escritas, fundamentando a sua posição. Não foram apresentadas observações de terceiros dentro do prazo fixado na decisão de início do procedimento.

(11) Os autores das denúncias apresentaram observações em 6 de agosto de 2020 e a Alemanha apresentou observações sobre essas observações em 1 de outubro de 2020.

(12) Em 18 de dezembro de 2020, a Alemanha apresentou à Comissão atualizações sobre a privatização da WestSpiel. Em 2 de fevereiro de 2021, a Alemanha apresentou atualizações adicionais sobre o mesmo processo de privatização. Em 10 de fevereiro de 2021, a Alemanha apresentou à Comissão um calendário indicativo das medidas previstas para a conclusão do processo de privatização da WestSpiel.

(13) Em 11 de fevereiro de 2021, a Comissão enviou um pedido de informações, ao qual a Alemanha respondeu em 25 e 26 de fevereiro de 2021.

(14) Em 16 de março de 2021, a WestSpiel apresentou observações sobre o processo e atualizações sobre o processo de venda da WestSpiel. Em 24 de março de 2021, a Comissão teve uma conversa telefónica com a Alemanha.

(15) A Alemanha forneceu informações adicionais à Comissão em 20 de julho e 8 de setembro de 2021.

(16) Em 14 de março de 2022, a Comissão enviou um novo pedido de informações, ao qual a Alemanha respondeu em 4 de abril de 2022. Em 11 de julho de 2022, a Comissão enviou outro pedido de informações à Alemanha, ao qual esta respondeu em 18 de julho de 2022.

(17) Em 12 de maio de 2023, a Comissão enviou um novo pedido de informações, ao qual a Alemanha respondeu em 14 de julho de 2023.

2. DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DO AUXÍLIO

2.1. Contexto jurídico na altura da concessão das alegadas medidas

(18) O objeto do presente processo é o apoio financeiro que a WestSpiel recebeu do Estado no período compreendido entre 2009 e 2015, através das medidas descritas na secção 2.3.

(19) Quando as alegadas medidas foram concedidas, ou seja, no período compreendido entre 2009 e 2015 no que diz respeito à cobertura das perdas anuais, e em 2015 relativamente à injeção de capital, o ordenamento jurídico alemão distinguia dois tipos de jogos de fortuna ou azar.

(20) Por um lado, certas máquinas de jogo podiam ser livremente exploradas por salas de jogo especializadas ou por restaurantes, desde que fossem respeitadas as regras do regulamento relativo aos jogos (*Spielverordnung*). Em conformidade com os regulamentos regionais relativos às salas de jogo (*Spielhallengesetze der Bundesländer*), era necessária uma licença para explorar salas de jogo comerciais (privadas) (*gewerbliche Spielhallen*).

([2]) Decisão da Comissão, de 9 de dezembro de 2019, relativa ao auxílio estatal SA.48580 (2017/FC) — Alegado auxílio a favor da WestSpiel (JO C 59 de 21.2.2020, p. 14).

(21) Por outro lado, o jogo presencial ou os jogos de casino (*blackjack*, roleta, etc., ou seja, os denominados, em alemão, «*großes Spiel*») e outros jogos de máquina eram considerados demasiado arriscados; por conseguinte, a oferta desse tipo de jogos era, em princípio, proibida. Em derrogação a esta regra, os estados alemães tinham competência para autorizar determinados operadores (principalmente públicos) (*Spielbankunternehmen*) a oferecer esses jogos, através de licenças atribuídas a nível regional, com base nas condições previstas nas respetivas leis relativas ao jogo (*Spielbankgesetze*).

(22) Os objetivos da *SpielbG* (Lei relativa ao jogo) da Renânia do Norte-Vestefália ([3]) foram estabelecidos no respetivo artigo 1.º. Nomeadamente, o objetivo regulamentar consistia em prevenir a dependência dos jogos de fortuna ou azar e das apostas, orientar o instinto natural para o jogo da população de forma ordenada e controlada, assegurar a proteção dos jogadores e dos jovens, bem como assegurar um comportamento adequado dos operadores e uma exploração ordenada e transparente dos jogos de fortuna ou azar.

(23) Em conformidade com o artigo 2.º, n.º 2, da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália, podiam ser autorizados até cinco casinos públicos neste estado. Contrariamente ao que sucedia noutros estados alemães, a *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália não previa a possibilidade de conceder também licenças a operadores privados antes da venda da WestSpiel. À luz dos requisitos estabelecidos no artigo 2.º, n.º 1, e no artigo 3.º, n.º 1, da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália, a WestSpiel era, *de facto*, a única concessionária de casinos neste estado, e explorava, em 2019, quatro casinos em Aachen, Bad Oeynhausen, Dortmund (Hohensyburg) e Duisburgo. A WestSpiel era titular de uma denominada «licença-quadro» desde 1975.

2.2. **O beneficiário**

(24) A WestSpiel era um operador de casinos com atividade na Renânia do Norte-Vestefália. Até à concentração da WestSpiel com a sociedade de responsabilidade limitada Westdeutsche Spielbanken GmbH (a seguir designada por «WestSpiel GmbH») ([4]) em 13 de janeiro de 2021 (ver considerando 29), o único sócio comanditário *(Kommanditistin)* da WestSpiel era o NRW.BANK, e a WestSpiel GmbH era o sócio pessoalmente responsável ou sócio comanditado *(Komplementärin)* da WestSpiel.

(25) Em 26 de novembro de 2015, a Renânia do Norte-Vestefália e o NRW.BANK celebraram um acordo fiduciário (a seguir designado por «acordo fiduciário»), nos termos do qual:

— a Renânia do Norte-Vestefália se comprometeu, na sequência da celebração de um acordo de participação passiva entre o NRW.BANK e a WestSpiel, a disponibilizar um montante de 64,8 milhões de EUR ao NRW.BANK, e

— o NRW.BANK se comprometeu a aceitar esses fundos fiduciários, a utilizá-los exclusivamente para constituir, em nome próprio mas por conta da Renânia do Norte-Vestefália, uma participação passiva com a WestSpiel, nos termos dos artigos 230.º e seguintes do Código Comercial alemão (*Handelsgesetzbuch*, HGB) e em conformidade com o acordo de participação passiva, e, neste contexto, a realizar uma entrada de 64,8 milhões de EUR (a seguir designada por «participação passiva») na WestSpiel.

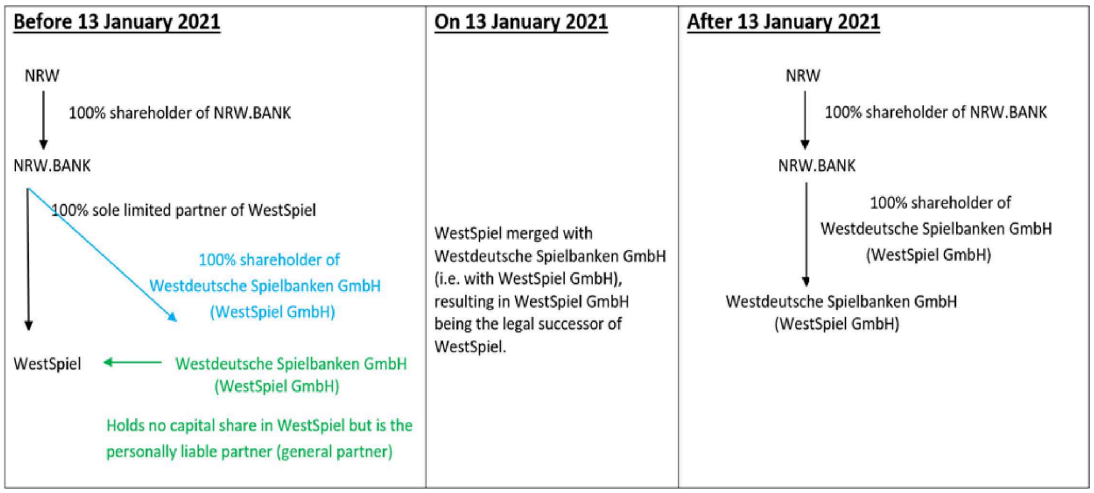
(26) Em 1 de dezembro de 2015, foi celebrado um acordo de participação passiva entre o NRW.BANK e a WestSpiel, pelo qual o NRW.BANK se obrigou a disponibilizar a participação passiva de 64,8 milhões de EUR à WestSpiel após a entrada dos fundos no NRW.BANK enquanto administrador fiduciário. Na sequência da celebração do acordo de participação passiva entre o NRW.BANK e a WestSpiel e da receção dos fundos pelo primeiro, este realizou a entrada no montante de 64,8 milhões de EUR na WestSpiel. Esta participação passiva de 64,8 milhões de EUR (que devia ser lançada numa conta separada para a participação passiva) foi registada no capital próprio da WestSpiel, para além da entrada do NRW.BANK enquanto sócio comanditário da WestSpiel.

([3]) Na Renânia do Norte-Vestefália, as atividades de jogo oferecidas em casinos estão sujeitas à lei estadual relativa ao jogo (*Gesetz über die Zulassung öffentlicher Spielbanken im Land Nordrhein-Westfalen, Spielbankgesetz NRW*, a seguir designada por «*SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália»). Após a concessão das medidas, a *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália foi alterada pelo artigo 35.º da secção 2 da Lei de 29 de maio de 2020; GV. NRW. Ausgabe 2020 Nr. 19 vom 2.6.2020 Seite 357 bis 380 | RECHT.NRW.DE.

([4]) A WestSpiel GmbH não realizou qualquer entrada para o capital da WestSpiel, pelo que não detinha qualquer participação no mesmo. Na qualidade de sócio comanditado (sem parte de capital), a WestSpiel GmbH era responsável pela gestão comercial da WestSpiel. Além disso, a WestSpiel GmbH era o sócio comanditado da Casino Duisburg GmbH &Co. KG, a anterior filial detida a 100 % da WestSpiel, mas sem qualquer participação no capital, e, como tal, era igualmente responsável pela gestão comercial da Casino Duisburg GmbH & Co. KG. A WestSpiel GmbH não exercia qualquer atividade de exploração.

(27) Em 4 de janeiro de 2021, o NRW.BANK, a WestSpiel e — tendo em vista a concentração entre a WestSpiel e a WestSpiel GmbH — a WestSpiel GmbH celebraram um acordo de dissolução, nos termos do qual a participação passiva entre o NRW.BANK e a WestSpiel foi dissolvida, com efeitos a partir de 8 de janeiro de 2021, e posteriormente liquidada. A participação passiva remanescente (após participação nas perdas) de cerca de 46,5 milhões de EUR (mais exatamente, 46 516 909,42 EUR) foi reembolsada à Renânia do Norte-Vestefália.

(28) A WestSpiel manteve a forma jurídica de sociedade em comandita (*Kommanditgesellschaft*) até 13 de janeiro de 2021. Conforme acima referido, o único sócio comanditário da WestSpiel era o NRW.BANK e o sócio pessoalmente responsável ou sócio comanditado era a WestSpiel GmbH. O NRW.BANK, detido exclusivamente pela Renânia do Norte-Vestefália, era também o único acionista da WestSpiel GmbH. Após 13 de janeiro de 2021, com uma participação no capital de 35,5 milhões de EUR, correspondente à entrada devida (*Hafteinlage*), o NRW.BANK detinha 100 % das ações da WestSpiel (artigo 3.º dos estatutos da WestSpiel de 1 de dezembro de 2007, na sua versão mais recente).



(29) No âmbito de um processo de reorganização mais vasto do grupo WestSpiel, que visava, designadamente, apoiar e facilitar a venda (prevista) do grupo, a WestSpiel GmbH e a WestSpiel celebraram notarialmente, em 22 de dezembro de 2020, um acordo de concentração nos termos do qual — com base nas demonstrações financeiras da WestSpiel de 31 de dezembro de 2019 — a WestSpiel transferiu a totalidade do seu ativo para WestSpiel GmbH, com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2020, em conformidade com o direito das sociedades alemão. Mediante a sua inscrição, em 13 de janeiro de 2021, no registo comercial competente, a concentração produziu efeitos jurídicos e a WestSpiel GmbH passou a ser a sucessora legal da WestSpiel.

(30) Em setembro de 2021, na sequência de um concurso ([5]), a WestSpiel foi vendida ao grupo Gauselmann ([6]) ([7]). De acordo com a informação publicamente disponível ([8]), na sequência da venda, as atividades da WestSpiel nos quatro casinos de Aachen, Bad Oeynhausen, Dortmund (Hohensyburg) e Duisburgo são agora exploradas sob a denominação «Merkur Spielbanken NRW GmbH» ([9]).

([5]) https://igamingbusiness.com/nordrhein-westfalen-launches-westspiel-privatisation-tender/.

([6]) De acordo com as observações apresentadas pela Alemanha em 4 de abril de 2022, a venda da WestSpiel foi uma cessão de ações e não uma cessão de ativos. As ações da WestSpiel foram vendidas ao grupo Gauselmann pelo preço de 141,8 milhões de EUR. A Alemanha esclareceu ainda que o acordo de aquisição de ações prevê uma eventual (futura) redução do preço de aquisição no valor de qualquer auxílio estatal recuperado, até um máximo de 30 milhões de EUR, a pagar à WestSpiel em caso de recuperação juridicamente vinculativa do auxílio estatal. Estas condições foram anunciadas antecipadamente e igualmente oferecidas a todos os proponentes interessados na aquisição das ações da WestSpiel.

([7]) O termo «WestSpiel» definido no considerando 1 *supra* refere-se igualmente à entidade resultante da concentração e seguidamente vendida.

([8]) https://www.waz.de/wirtschaft/gauselmann-gruppe-uebernimmt-westspiel-casinos-in-nrw-id232845809.html.

([9]) Ver os dados da entidade no registo comercial competente (Registerportal | Página inicial).

(31) Na sua resposta de 4 de abril de 2022, a Alemanha explicou que a personalidade jurídica da WestSpiel não se tinha alterado na sequência da sua venda: as atividades da empresa seriam prosseguidas por sua própria conta no âmbito da mesma entidade jurídica. Apenas a denominação da empresa foi alterada para «Merkur Spielbanken NRW GmbH», mantendo-se o número de registo comercial (Duisburg HRB 19356) inalterado.

(32) O contexto da situação fiscal e regulamentar da WestSpiel no momento da concessão das alegadas medidas é particularmente relevante para o caso em apreço ([10]). A WestSpiel estava sujeita ao regime fiscal geral da Alemanha (imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, imposto sobre as atividades económicas) no que respeita aos rendimentos gerados pelas atividades não relacionadas com o jogo (por exemplo, restaurantes). Quanto às atividades de jogo, a WestSpiel estava sujeita a um regime fiscal específico [artigos 12.º e 13.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior)] ([11]). Os impostos incidiam principalmente sobre a receita bruta proveniente do jogo («RBJ») e não sobre os lucros. Nos termos do artigo 12.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior), a WestSpiel estava sujeita a uma tributação de 30 % sobre a RBJ dos seus casinos (acrescida de mais 10 pontos percentuais quando fosse atingida uma RBJ anual superior a 15 milhões de EUR por casino). Nos termos do artigo 13.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior), a WestSpiel estava também sujeita a outra tributação de 15 % sobre a RBJ, a título de «receitas suplementares» (*Zusätzliche Leistungen*). Em conformidade com o artigo 12.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior), o imposto cobrado destinava-se a financiar atividades de interesse geral.

(33) Além destes impostos sobre a RBJ, o artigo 14.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior) exigia que a WestSpiel transferisse 75 % (e, em certos casos, mais) dos seus lucros para a Renânia do Norte-Vestefália, através de um mecanismo de transferência dos lucros. Ao contrário da tributação da RBJ ao abrigo dos artigos 12.º e 13.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior), o mecanismo de transferência dos lucros aplicava-se ao conjunto das atividades da empresa (ou seja, não se cingia aos lucros gerados pelas atividades de jogo). Mais concretamente, aplicava-se à venda das obras de arte em 2014.

2.3. **As alegadas medidas**

(34) Segundo os autores das denúncias, a WestSpiel teria recebido auxílios estatais ilegais e incompatíveis no âmbito das três medidas seguintes:

a) Alegada cobertura das perdas anuais pelo seu acionista NRW.BANK desde 2009;

b) Alegada concessão de uma licença de exploração de um quinto casino em Colónia;

c) Alegada injeção de capital de 64,8 milhões de EUR em 2015.

(35) Na decisão de início do procedimento, a Comissão apenas deu início ao procedimento formal relativamente às medidas a) e c) *supra*. Decidiu não levantar objeções relativamente à medida b) *supra*, com o fundamento de que a alegada concessão de uma licença à WestSpiel para explorar um quinto casino em Colónia não constituía um auxílio (ver considerando 97 e conclusão da decisão de início do procedimento). Consequentemente, esta medida não se insere no âmbito de aplicação da presente decisão, que abordará exclusivamente as medidas a) e c) *supra*.

2.3.1. *Cobertura das perdas anuais*

(36) Os autores das denúncias alegam que a WestSpiel teria beneficiado de uma cobertura das perdas anuais por parte do seu único sócio comanditário, o NRW.BANK, entre 2009 e 2015.

([10]) A questão de saber se o tratamento fiscal diferenciado da WestSpiel configura, por si só, um auxílio estatal ilegal é o objeto da Decisão C(2019) 8819 final da Comissão, de 9 de dezembro de 2019, sobre os auxílios estatais SA.44944 (2019/C) (ex 2019/FC) e SA.53552 (2019/C) (ex 2019/FC) — Tratamento fiscal dos operadores de casinos públicos na Alemanha e alegada garantia concedida aos operadores de casinos públicos na Alemanha (JO C 187 de 5.6.2020, p. 80). A decisão foi objeto de recurso no processo T-510/20. Foi negado provimento ao recurso no despacho do Tribunal Geral de 22 de outubro de 2021, Fachverband Spielhallen e LM/Comissão, T-510/20, ECLI:EU:T:2021:745. O despacho do Tribunal Geral foi objeto de recurso no processo C-831/21 P.

([11]) Esta era a versão da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália de 13 de novembro de 2012 [GV. NRW. S. 524, 530; SpielbG NRW 2012, NW — Spielbankgesetz NRW — Gesetze des Bundes und der Länder (lexsoft.de)] antes da alteração introduzida pelo artigo 35.º da secção 2 da Lei de 29 de maio de 2020.

(37) Embora ainda tenha gerado lucros nos anos de 2005 a 2008, a WestSpiel não logrou continuar a fazê-lo nos anos seguintes. Globalmente, entre 2009 e 2015, a WestSpiel gerou uma RBJ anual de cerca de 79,6 milhões de EUR a 101,1 milhões de EUR. Devido à tributação da RBJ ao abrigo dos artigos 12.º e 13.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior), a WestSpiel registou perdas globais entre cerca de 3,5 milhões de EUR e 9 milhões de EUR nos anos de 2009 a 2013 e em 2015 ([12]). Em contrapartida, a venda de duas obras de arte pela WestSpiel permitiu-lhe obter receitas extraordinárias a rondar os 114,4 milhões de EUR em 2014, razão pela qual teve um lucro global de aproximadamente 86,4 milhões de EUR no mesmo ano.

(38) Os resultados anuais da WestSpiel (ou seja, os lucros restantes após a aplicação do mecanismo de transferência dos lucros em 2014 e as perdas em todos os outros anos entre 2009 e 2015) foram creditados ou debitados na conta de capital do NRW.BANK. Deste modo, a conta de capital do NRW.BANK para a sua participação enquanto único sócio comanditário na WestSpiel foi avaliada em cerca de 27,6 milhões de EUR em 2009, mas em apenas 12,5 milhões de EUR em 2015 ([13]).

(39) Os autores das denúncias consideram que, entre 2009 e 2015, a WestSpiel teria beneficiado de uma cobertura de perdas no montante aproximado de 63,6 milhões de EUR, como o demonstram os seus relatórios anuais.

(40) Nas suas observações de 8 de agosto de 2019, os autores das denúncias consideram que, devido à estrutura empresarial da WestSpiel, o NRW.BANK (enquanto único sócio comanditário da WestSpiel) teria suportado cerca de 24,8 milhões de EUR das perdas entre 2009 e 2017, ao passo que a Renânia do Norte-Vestefália (enquanto fundador fiduciário subjacente à participação passiva do NRW.BANK na WestSpiel, na sequência do acordo fiduciário e do acordo de participação passiva celebrados em 2015, conforme especificado na secção 2.3.2 *infra*) teria suportado cerca de 9,1 milhões de EUR das perdas durante o mesmo período. Neste contexto, os autores das denúncias indicam que a WestSpiel seria uma empresa pública na aceção da Diretiva 2006/111/CE da Comissão ([14]) e que os recursos utilizados e postos à sua disposição (ou seja, o seu capital), mas controlados de forma permanente pelo Estado, seriam considerados recursos estatais.

(41) Além disso, os autores das denúncias consideram que, muito provavelmente, a WestSpiel não teria conseguido suportar as suas próprias perdas nos últimos anos sem a injeção de capital de 64,8 milhões de EUR e que, nesta situação, um investidor privado prudente não teria continuado a suportar as perdas anuais da WestSpiel (como a Renânia do Norte-Vestefália e o NRW.BANK fizeram). Por último, os autores das denúncias observam que a afirmação da Alemanha segundo a qual os resultados negativos anuais da WestSpiel seriam imputáveis sobretudo à elevada carga fiscal que recaía sobre a empresa não é correta. Designadamente, os autores das denúncias estimam que a carga fiscal da WestSpiel estava a diminuir de forma constante ao longo dos anos, enquanto os rácios de custos antes de impostos aumentaram no período em análise de 2005 a 2015. Segundo os autores das denúncias, resultaria daí que as perdas da WestSpiel não advieram nem advêm da elevada carga fiscal, sendo antes imputáveis a rácios de custos extremamente elevados. Finalmente, os montantes cobertos pela liquidação (parcial) do fundo de risco (ver nota de rodapé 12) não podiam ser deduzidos das perdas da WestSpiel (como alega a Alemanha), visto que não seria claro que riscos devia o referido fundo cobrir.

(42) No entender dos autores das denúncias, a cobertura das perdas anuais pelo NRW.BANK seria financiada por recursos estatais e imputável ao Estado, porquanto o NRW.BANK era detido exclusivamente pela Renânia do Norte-Vestefália e os membros do governo tinham assento no seu conselho de administração e estavam envolvidos nas decisões sobre a concessão da cobertura das perdas anuais. Os autores das denúncias consideram que, segundo a jurisprudência, não é necessário provar, em todos os casos, que houve uma transferência de recursos estatais. Para que a medida em causa se enquadre no âmbito de aplicação do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, seria suficiente que recursos fossem postos à disposição de uma empresa pública.

([12]) Os valores não têm em conta as compensações das perdas decorrentes da liquidação (parcial) de um fundo de risco a favor da WestSpiel criado para cobrir riscos gerais e especiais não seguráveis relacionados com o jogo. A criação do fundo tem por bases a licença-quadro do Ministério do Interior e dos Assuntos Municipais da Renânia do Norte-Vestefália para a exploração dos casinos na Renânia do Norte-Vestefália e os estatutos da WestSpiel. Nos termos dos estatutos, cabia à própria WestSpiel criar o fundo de risco. No balanço, o fundo de risco é uma rubrica especial do passivo, entre o capital próprio e as reservas.

([13]) Os valores têm em conta as compensações das perdas decorrentes da liquidação (parcial) do fundo de risco, bem como o débito das perdas com a participação passiva do NRW.BANK em 2015.

([14]) Diretiva 2006/111/CE da Comissão, de 16 de novembro 2006, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, bem como à transparência financeira relativamente a certas empresas (JO L 318 de 17.11.2006, p. 17, ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/2006/111/oj).

(43) Uma vez que o NRW.BANK cobriu apenas as perdas da WestSpiel e não as de outras empresas, os autores das denúncias consideram que a cobertura das perdas anuais conferiu uma vantagem seletiva à WestSpiel. No que respeita ao ano de 2014, os autores das denúncias consideram que as receitas extraordinárias geradas pela venda das obras de arte devem ser ignoradas, uma vez que, sem essa venda, a WestSpiel teria registado uma perda de exploração de cerca de 21 milhões de EUR no ano em questão. De um modo geral, os autores das denúncias consideram que, tendo em conta o rácio de custos antes de impostos, a difícil situação financeira da WestSpiel não podia ser justificada com o facto de lhe ser aplicada uma carga fiscal alegadamente elevada. Neste contexto, a cobertura das perdas anuais pelo NRW.BANK não corresponderia ao comportamento de um hipotético investidor privado numa economia de mercado. Além disso, os autores das denúncias consideram que, tendo em conta a concorrência entre os casinos públicos e os operadores privados de salas de jogo, a medida também poderia falsear ou ameaçar falsear a concorrência e afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros.

(44) Por último, segundo os autores das denúncias, a medida não seria compatível com o mercado interno. Designadamente, a WestSpiel poderia ser considerada uma empresa em dificuldade na aceção das Orientações da Comissão relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas não financeiras em dificuldade (a seguir designadas por «Orientações E&R») ([15]), e a medida não estaria em conformidade com os requisitos das referidas orientações.

2.3.2. *Alegada injeção de capital em 2015*

(45) Os autores das denúncias alegam igualmente que, em 2015, a WestSpiel teria recebido uma injeção de capital de 64,8 milhões de EUR do NRW.BANK.

(46) De acordo com os autores das denúncias, embora tivesse registado perdas nos anos anteriores e posteriores a 2014, a WestSpiel teria obtido lucros de cerca de 86,4 milhões de EUR nesse ano. No entanto, estes lucros não teriam resultado da atividade operacional da WestSpiel, mas da venda de duas obras de arte. Assim, em 2014, o mecanismo de transferência dos lucros previsto no artigo 14.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior) teria levado a um pagamento de lucros à Renânia do Norte-Vestefália no montante aproximado de 82 milhões de EUR.

(47) Em 2015, parte dos lucros transferidos, ou seja, 64,8 milhões de EUR, teria sido «reinjetada» na WestSpiel do seguinte modo: a Renânia do Norte-Vestefália e o NRW.BANK celebraram o acordo fiduciário pelo qual o NRW.BANK se tornou administrador fiduciário de uma participação passiva da Renânia do Norte-Vestefália no capital social da WestSpiel, tendo o NRW.BANK entrado com essa participação passiva, no valor de 64,8 milhões de EUR, no referido capital social.

(48) O acordo fiduciário foi celebrado entre a Renânia do Norte-Vestefália e o NRW.BANK em 26 de novembro de 2015 e obrigava a primeira a disponibilizar ao segundo o valor nominal de 64,8 milhões de EUR o mais tardar dez (10) dias úteis bancários após a assinatura do acordo, mas não antes da assinatura de um acordo de participação passiva entre o NRW.BANK e a WestSpiel. A Alemanha confirmou que o NRW.BANK tinha recebido o pagamento em 10 de dezembro de 2015.

(49) O acordo de participação passiva entre o NRW.BANK e a WestSpiel foi celebrado em 1 de dezembro de 2015 e obrigava o primeiro a contribuir com uma entrada de 64,8 milhões de EUR o mais tardar cinco (5) dias úteis bancários após a entrada da participação no NRW.BANK enquanto administrador fiduciário. A Alemanha confirmou que a WestSpiel tinha recebido o pagamento em 15 de dezembro de 2015.

([15]) Comunicação da Comissão — Orientações relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas não financeiras em dificuldade (JO C 249 de 31.7.2014, p. 1).

(50) Os autores das denúncias consideram que a injeção de capital efetuada em 2015 constituiu um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE. Concretamente, os autores das denúncias alegam que a injeção de 64,8 milhões de EUR dotou a WestSpiel de novos capitais, algo que um investidor privado numa economia de mercado não teria feito. Tal resulta do relatório anual da WestSpiel de 2015, que faz referência a uma «análise independente» de 29 de abril de 2015 levada a cabo por [uma empresa de auditoria de renome] (*) («relatório [da análise independente]»), segundo a qual o plano de negócios da WestSpiel «não era irrealista, mas tinha partes desafiantes ou ambiciosas» e o plano de gestão apresentava «um cenário que não era irrealista, mas que, no geral, comportava um risco significativo» ([16]). Segundo os autores das denúncias, a injeção de capital teria ocorrido sem uma análise prévia para determinar se a rentabilidade deste investimento estaria em consonância com a rentabilidade média do jogo a dinheiro com máquinas (de 10 % a 39 %, em média 24 %).

(51) Além disso, embora o capital adicional injetado se destinasse à instalação do quinto casino em Colónia, os autores das denúncias alegam que a Renânia do Norte-Vestefália não realizou uma análise adequada dos rendimentos esperados a gerar pelo quinto casino. Por estes motivos, a injeção de capital não estaria manifestamente em conformidade com o princípio do investidor numa economia de mercado (a seguir designado por «PIEM») e teria conferido uma vantagem seletiva à WestSpiel.

(52) No tocante ao «conceito geral para garantir o futuro da WestSpiel» alegado pela Alemanha, que inclui a venda das obras de arte e a injeção dos lucros gerados pela venda, mas transferidos da empresa através do mecanismo de transferência dos lucros, os autores das denúncias consideram que a qualificação pela Alemanha do mecanismo de transferência dos lucros com base no artigo 14.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália estaria em contradição com a posição da Alemanha no processo SA.44944 ([17]). Segundo os autores das denúncias, embora, no caso em apreço, a Alemanha tenha apresentado o mecanismo de transferência dos lucros como uma distribuição normal dos lucros nos termos do disposto no HGB, no processo SA.44944, a Alemanha alegou que a transferência dos lucros em conformidade com o artigo 14.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália constituía um imposto na aceção do artigo 3.º, n.º 1, do Código Fiscal alemão (*Abgabenordnung*).

(53) No entender dos autores das denúncias, em qualquer caso, a injeção de capital de 2015 não estaria em conformidade com o critério do PIEM numa perspetiva quer de curto quer de longo prazo. Numa perspetiva de curto prazo, os autores das denúncias alegam que a Alemanha não efetuou qualquer avaliação *ex ante* da rentabilidade da injeção de capital, conforme exigido pela jurisprudência aplicável. Particularmente, segundo os autores das denúncias, a Alemanha teria de ter comparado a situação financeira prevista da WestSpiel com e sem a injeção de capital. Numa perspetiva de longo prazo, ao ter em conta as futuras receitas fiscais do Estado geradas pelos impostos cobrados nos termos dos artigos 12.º a 14.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior), a Alemanha não distinguiu a qualidade do Estado enquanto autoridade tributária da sua qualidade de operador económico (ou seja, enquanto sócio na WestSpiel).

2.4. **Motivos para dar início ao procedimento**

(54) Em 9 de dezembro de 2019, a Comissão decidiu dar início ao procedimento formal de investigação quanto à alegada cobertura das perdas anuais entre 2009 e 2015 e à alegada injeção de capital em 2015.

2.4.1. *Alegada cobertura das perdas anuais*

(55) Nos considerandos 62 e 63 da decisão de início do procedimento, a Comissão indicou que não se poderia excluir a existência de uma vantagem, visto que não era claro se os acionistas da WestSpiel, o NRW.BANK e a Renânia do Norte-Vestefália, tinham efetivamente suportado (parte das) perdas da WestSpiel ou se tinham decidido a disponibilização ou não do capital necessário para cobri-las, ou ambos.

(*) Informações confidenciais.

([16]) Ver página 10 do relatório [da análise independente].

([17]) Ver Decisão C(2019) 8819 final, https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202023/283549_2161703_113_2.pdf.

(56) Além disso, no considerando 64 da decisão de início do procedimento, a Comissão declarou que o simples facto de o NRW.BANK ter aceitado perdas adicionais da WestSpiel, apesar das repetidamente registadas nos anos anteriores, sem proceder a uma avaliação *ex ante* da pertinência de manter ou não a sua participação na WestSpiel ou de a liquidar para manter a parte do capital ainda não perdida, poderia, por si só, constituir uma vantagem indevida, porquanto se podia presumir que um investidor privado em circunstâncias comparáveis não teria agido dessa forma.

(57) Neste contexto, no considerando 65 da decisão de início do procedimento, a Comissão considerou que o quadro jurídico e a estrutura empresarial da WestSpiel, bem como os vários instrumentos jurídicos pelos quais os acionistas forneceram capital próprio, deviam ser clarificados para apreciar as implicações destas operações quanto à existência de um auxílio estatal.

2.4.2. *Alegada injeção de capital em 2015*

(58) Nos considerandos 79 a 84 da decisão de início do procedimento, a Comissão considerou que o mecanismo de transferência dos lucros parecia constituir um imposto especial sobre o rendimento do operador de casinos públicos da Renânia do Norte-Vestefália, ou seja, a WestSpiel.

(59) A Comissão observou que a Alemanha não podia alegar que, no processo SA.44944, os casinos públicos se deparavam (eventualmente) com um regime fiscal desfavorável (pelo que não existia qualquer vantagem fiscal para a WestSpiel) e que, no processo SA.48580 em apreço, o mecanismo de transferência dos lucros correspondia uma distribuição de lucros aos acionistas (e não era, portanto, uma tributação), os quais, simplesmente, injetaram parte dos lucros distribuídos na WestSpiel.

(60) No considerando 83 da decisão de início do procedimento, a Comissão concluiu que, neste contexto, o mecanismo de transferência dos lucros nos termos do artigo 14.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior) não aparentava constituir uma mera distribuição automática de lucros da WestSpiel ao seu acionista, à qual o NRW.BANK poderia renunciar. A injeção de capital de 2015 era de natureza diferente do mecanismo de transferência dos lucros. Enquanto medida autónoma e baseada no PIEM, parecia ter conferido uma vantagem à WestSpiel.

3. OBSERVAÇÕES DAS PARTES INTERESSADAS

(61) A Comissão não recebeu quaisquer observações das partes interessadas dentro do prazo fixado na decisão de início do procedimento.

4. OBSERVAÇÕES DA ALEMANHA

(62) A Alemanha considera que nenhuma das alegadas medidas de auxílio constitui um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE.

4.1. Alegada cobertura das perdas anuais

(63) No que respeita à alegada cobertura das perdas anuais a Alemanha alega, no essencial, que a WestSpiel nunca recebeu do NRW.BANK uma compensação, direta ou indireta, pelas suas perdas, e que apenas utilizou o seu capital próprio (com entradas em 1978 e 2002) para compensar as suas perdas acumuladas. A Alemanha alega que a alegada medida não implicou quaisquer pagamentos do NRW.BANK e que, por conseguinte, esta medida não implicou um auxílio estatal.

(64) A Alemanha explica que, de acordo com o direito das sociedades alemão, os acionistas têm de apresentar uma redução do capital no balanço caso a empresa em que detêm ações sofra perdas. Neste sentido, as regras contabilísticas gerais do direito das sociedades alemão aplicáveis às sociedades em comandita ([18]) estabelecem que, no caso em apreço, o capital é automaticamente utilizado, ou seja, a conta de capital da empresa será automaticamente debitada no montante das perdas sem qualquer tomada de decisão por parte do acionista.

([18]) Ver o artigo 167.º do HGB em conjugação com o artigo 120.º do HGB (versão do HGB antes da alteração de 1 de janeiro de 2024 pelo artigo 34.º, n.º 4, da Lei de 22 de dezembro de 2023, BGBl. 2023 I Nr. 411) (a seguir designada por «versão anterior»).

(65) Além disso, a Alemanha indica que o NRW.BANK não podia «decidir se o capital necessário para cobrir as perdas [era] ou não disponibilizado [à WestSpiel]» (considerando 62 da decisão de início do procedimento). Neste sentido, com base nas disposições do direito alemão, a Alemanha explica que:

a) À semelhança de qualquer empresa comercial, a WestSpiel tem de elaborar as contas anuais para o encerramento de cada exercício (artigos 242.º e seguintes do HGB). As contas anuais consistem num balanço e numa conta especial de ganhos e perdas (artigo 242.º, n.º 3, do HGB). A este respeito, a empresa está vinculada pela lei. Se a situação financeira da empresa e, designadamente, a utilização de capital próprio não forem indicadas no montante correto nas contas anuais, as pessoas envolvidas podem ser objeto de ação penal por contabilidade fraudulenta (artigo 331.º do HGB);

b) Por conseguinte, contrariamente ao que alegam os autores das denúncias, um sócio (no que respeita ao capital já injetado na empresa) não podia, de forma unilateral, «decidir se o capital necessário para cobrir as perdas [era] ou não disponibilizado» ([19]). Os acionistas estavam privados desta decisão, uma vez que a redução do capital próprio por meio de compensação com a parte no capital do sócio se baseia no artigo 161.º, n.º 2, do HGB, em conjugação com o artigo 120.º do HGB (versão anterior). Com efeito, este último dispõe:

— (primeira secção) «no final de cada exercício, os lucros e perdas do exercício são determinados com base no balanço, sendo calculada a parte de cada sócio nesses lucros e perdas»,

— (segunda secção) «os lucros devidos a um sócio acrescem à parte desse sócio no capital, sendo daí deduzidas as perdas atribuídas a um sócio, bem como qualquer montante retirado da parte no capital durante o exercício»;

c) Se o capital próprio for utilizado, tal não implica que o sócio comanditário entre com novos fundos (ou decida sobre a utilização de fundos já disponibilizados), mas apenas, devido às perdas e à utilização de capital próprio, uma diminuição do valor da participação desse sócio. Por conseguinte, na conta de ganhos e perdas do grupo, haveria que «imputar a perda líquida do exercício (...) à conta de capital do NRW.BANK (sócio comanditário)». Contudo, trata-se de um procedimento contabilístico puramente técnico, ou seja, o débito de uma rubrica do balanço (a conta de capital). Não se trata de um «processo de débito (…) para transferir fundos de uma conta do NRW.BANK para a WestSpiel» ([20]), mas de uma redução do capital próprio concedido à empresa em anos anteriores, que é registada de acordo com as regras contabilísticas.

d) Esta regra, que, em princípio, pode aplicar-se a todas as empresas comerciais da União e que em grande parte foi harmonizada e concretizada pelo direito derivado da União, serve para proteger os credores. Por conseguinte, quaisquer perdas sofridas são necessariamente absorvidas pelo capital próprio.

e) Um sócio não pode subtrair-se a este mecanismo, pelo que os sócios não são livres de decidir sobre a utilização ou não do capital próprio. Neste contexto, a interpretação da lei expressa pelos autores das denúncias ([21]) está, segundo a Alemanha, errada e a não indicação da utilização do capital social nas contas anuais constitui uma infração penal.

(66) No que respeita aos estatutos de 2007 da WestSpiel, no período anterior à participação passiva (ou seja, de 2009 a 2014), a Alemanha confirma que não incluíam qualquer cláusula contratual que previsse um mecanismo diferente da utilização automática do capital social descrita no considerando 63 da decisão de início do procedimento. Estes estatutos de 2007 constituíam uma simples clarificação que reiterava o direito alemão aplicável ([22]).

([19]) Ver considerando 62 da decisão de início do procedimento.
([20]) Ver considerando 63 da decisão de início do procedimento.
([21]) Ver considerando 62 da decisão de início do procedimento.
([22]) Os estatutos da WestSpiel (2007) foram reformulados e entraram em vigor em 26 de janeiro de 2016. A Alemanha apresenta elementos adicionais que confirmam que nem nos anos anteriores nem após a alteração dos estatutos de 2016 houve qualquer transferência de recursos financeiros ou de liquidez por parte do sócio comanditário aquando da repartição das perdas. Em relação às medidas que era necessário tomar para repartir as perdas anuais, não havia diferença entre os estatutos de 2007 e os de 2016. As perdas foram repartidas proporcionalmente à participação no capital (detido pela Renânia do Norte-Vestefália através da participação passiva e pelo NRW.BANK). Além disso, o acordo de participação passiva previa a impossibilidade da sua dissolução unilateral por uma das partes. Em qualquer caso, conforme explica o considerando 66 da decisão de início do procedimento, a Comissão conclui que as mesmas considerações se aplicam às perdas geradas nos anos seguintes (ou seja, após 2015, nos termos dos estatutos de 2016) e (presumivelmente) imputadas às contas de capital do NRW.BANK e da Renânia do Norte-Vestefália (enquanto fundador fiduciário subjacente à participação passiva do NRW.BANK na WestSpiel).

(67) A Alemanha confirma igualmente que o NRW.BANK e a Renânia do Norte-Vestefália não assumiram contratualmente quaisquer obrigações adicionais a favor da WestSpiel (garantias, compromissos, etc.).

(68) No considerando 64 da decisão de início do procedimento, a Comissão também levantou dúvidas quanto à alegada medida, visto que não podia excluir que o facto de o NRW.BANK ter mantido a sua participação na WestSpiel apesar das suas perdas contínuas constituía uma vantagem à WestSpiel, «uma vez que não se pode presumir que um investidor privado em circunstâncias comparáveis teria agido dessa forma». A Alemanha entende que esta dúvida não se justifica. Para explicar que um investidor privado teria, efetivamente, agido da mesma forma, a Alemanha descreve dois cenários de ação diferentes por parte do NRW.BANK (a liquidação e a venda da WestSpiel).

— *Primeiro cenário: liquidação da WestSpiel*

(69) Segundo a Alemanha, durante o período em causa (2009 a 2015), o NRW.BANK não poderia ter mantido a entrada de capital inicial de 35,5 milhões de EUR através da liquidação da WestSpiel. Por motivos relacionados com a proteção dos credores, a liquidação da WestSpiel ou a retirada de um sócio estaria, nos termos do direito das sociedades alemão, sujeita a limites muito estritos. Embora admita a possibilidade de dissolução por deliberação dos sócios [artigo 131.º do HGB (versão anterior)] ([23]), a Alemanha acrescenta que, após a dissolução, a liquidação tem início sob a forma de acordo nos termos dos artigos 145.º e seguintes do HGB (versão anterior) ([24]) e dos artigos 730.º e seguintes do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB). A Alemanha explica que esta liquidação seria um processo complexo e moroso, durante o qual os liquidatários devem liquidar as atividades em curso da empresa, cobrar créditos, converter os ativos remanescentes em numerário e satisfazer os credores (artigo 149.º, n.º 1, do HGB) ([25]). Os restantes ativos da empresa têm de ser distribuídos pelos liquidatários entre os sócios, na proporção da respetiva participação no capital (artigo 155.º, n.º 1, do HGB) ([26]).

(70) Além disso, a Alemanha alega que, no âmbito deste processo de liquidação, conforme descrito no considerando 69, o NRW.BANK teria de satisfazer um grande número de passivos para com terceiros, incluindo importantes obrigações em matéria de pensões. Por outro lado, seria necessário ter em conta os custos de resolução de contratos (por exemplo, contratos de trabalho e de arrendamento) e teriam provavelmente ocorrido reduções significativas dos valores contabilísticos devido à liquidação de ativos fixos e correntes. De igual modo, a entrada do NRW.BANK enquanto único sócio comanditário da WestSpiel, teria sido necessariamente afetada, no sentido em que só um saldo positivo permitiria ao NRW.BANK manter o valor da mesma (ver o artigo 171.º, n.º 1, do HGB, em conjugação com o artigo 167.º, n.º 3 ([27]), o artigo 149.º, primeira frase, e o artigo 161.º, n.º 2, do HGB). Por conseguinte, já segundo estimativas aproximadas, o valor de liquidação da WestSpiel teria sido claramente negativo.

(71) Assim, a Alemanha conclui que, durante o período em causa, um processo de liquidação não teria permitido ao NRW.BANK conservar a entrada de capital inicial através da dissolução da WestSpiel. A este respeito, a Alemanha alega também que importa ter em conta que, nessa altura, o NRW.BANK já teria investido um montante de capital considerável (35,5 milhões de EUR de entrada inicial) na WestSpiel. Segundo a Alemanha, um investidor privado que já tivesse investido numa empresa ponderaria também o risco de um novo investimento de forma diferente de um investidor que não tivesse qualquer participação na empresa. Neste contexto, reconhece-se que, no caso de uma participação maioritária, considerações estratégicas a longo prazo podem justificar uma rentabilidade inferior à rentabilidade média do mercado («efeito do proprietário»).

— *Segundo cenário: venda da WestSpiel*

(72) Consequentemente, excluindo o primeiro cenário, a Alemanha alega que o NRW.BANK só poderia evitar os encargos causados pelas perdas da WestSpiel através de uma venda. No entanto, do ponto de vista económico, durante o período em causa (2009 a 2015), a WestSpiel estaria numa situação muito pouco atrativa para um comprador, pelo que, muito provavelmente, não seria possível conseguir um preço de aquisição satisfatório.

([23]) Após a alteração de 1 de janeiro de 2024, o artigo 131.º do HGB passou a ser o artigo 140.º do HGB.
([24]) Após a alteração de 1 de janeiro de 2024, o artigo 145.º do HGB passou a ser o artigo 143.º do HGB.
([25]) Após a alteração de 1 de janeiro de 2024, o artigo 149.º, primeira frase, do HGB passou a ser o artigo 148.º, n.º 2, e o artigo 148.º, n.º 5, primeira frase, do HGB.
([26]) Após a alteração de 1 de janeiro de 2024, o artigo 155.º, n.º 1, do HGB passou a ser o artigo 148.º, n.º 8, do HGB.
([27]) Após a alteração de 1 de janeiro de 2024, o artigo 167.º, n.º 3, do HGB passou a limitar-se ao artigo 167.º do HGB.

(73) Segundo a Alemanha, a Renânia do Norte-Vestefália encomendou o relatório [da análise independente] (2015), que incluía diversos indicadores e, deste modo, seria mais abrangente do que uma análise baseada no critério do investidor privado normal.

(74) A Alemanha remete, designadamente, para a página 101 do relatório, onde se refere que o saldo de pagamentos da WestSpiel, mesmo com a injeção de capital sob a forma de participação passiva prevista na altura, só se tornaria positivo nos anos de 2021 a 2023. Este aspeto é igualmente indicado na penúltima linha do gráfico seguinte, extraído do relatório [da análise independente].

[…]

4.2. **Alegada injeção de capital em 2015**

(75) No considerando 77 da decisão de início do procedimento, a Comissão identificou duas linhas de raciocínio apresentadas pela Alemanha relativamente à injeção de capital de 2015. Em primeiro lugar, a injeção de capital teria constituído uma simples «reinjeção» (parcial) dos lucros transferidos a partir da WestSpiel. Em segundo lugar, a injeção de capital seria, em qualquer caso, conforme com o PIEM, uma vez que, ao injetar o capital através da sua participação passiva, a Renânia do Norte-Vestefália teria agido como um investidor privado em circunstâncias comparáveis. Nas suas observações sobre a decisão de início do procedimento, a Alemanha aborda estas duas linhas de raciocínio e apresenta uma série de argumentos alternativos.

(76) Em primeiro lugar, no que toca à «reinjeção» (parcial), a Alemanha alega, no essencial, que as duas operações (a transferência dos lucros e a injeção de capital) têm de ser encaradas como uma única operação (um conceito geral, designado pela Alemanha por «uma única intervenção» ou «uma medida complexa») e não podem ser consideradas separadamente.

(77) Segundo a Alemanha, a «reinjeção» (parcial) não pode ser analisada isoladamente nem da venda das duas obras de arte nem, em particular, da transferência dos lucros a favor da Renânia do Norte-Vestefália, uma vez que: a) as duas medidas foram adotadas em estreita sucessão cronológica e b) a venda das obras de arte estava subordinada à garantia, por parte das autoridades envolvidas, de que os lucros da venda que fossem transferidos seriam (parcialmente) reembolsados sob a forma de injeção de capital. A «reinjeção» (parcial) dos fundos inseria-se num conceito geral decidido antes da venda das obras de arte. Tal seria clarificado com base em documentos internos e públicos ([28]). Por conseguinte, no âmbito desta «apreciação global», a injeção de capital não deve ser analisada isoladamente, mas sim como uma submedida de uma medida geral que consiste na aplicação do quadro fiscal à WestSpiel [nomeadamente, o artigo 14.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior), ou seja, a transferência dos lucros aplicada ao produto da venda das obras de arte] ([29]).

(78) Em segundo lugar, no que diz respeito ao PIEM, conforme explicado nos considerandos 85 a 89 da decisão de início do procedimento, a Alemanha entende que a injeção de capital de 2015 efetuada pela Renânia do Norte-Vestefália correspondeu ao comportamento de um investidor privado em circunstâncias comparáveis. A Alemanha baseia o seu raciocínio numa «visão a curto prazo» e numa «visão a longo prazo». Segundo a «visão a curto prazo», a injeção de capital de 64,8 milhões de EUR na WestSpiel de 2015 teria sido concluída em conformidade com as condições de mercado como uma medida autónoma ([30]). Relativamente à «visão a longo prazo», a Alemanha baseia-se na jurisprudência do processo EDF ([31]) para argumentar que podia ter em conta receitas fiscais futuras mais elevadas na avaliação. Além disso, a Alemanha alega que a injeção de capital foi necessária para restabelecer a rentabilidade da WestSpiel e, desse modo, manter o capital já investido na empresa.

([28]) A título de exemplo, na assembleia de garantes do NRW.BANK de 13 de março de 2014, foi formulada uma reserva explícita segundo a qual a venda das obras de arte só seria autorizada se os fundos necessários pudessem ser utilizados pela WestSpiel, ou seja, se estivessem à sua disposição de forma permanente.

([29]) Mas também, eventualmente, os artigos 12.º e 13.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior), ou seja, os impostos sobre a receita bruta da WestSpiel proveniente do jogo, caso se aplicasse uma «perspetiva mais ampla» (tendo em conta o conjunto do quadro fiscal).

([30]) A Alemanha explica que, em conjunto com a transferência dos lucros, a injeção de capital resultou num lucro global de 17,2 milhões de EUR para o Estado, o que é superior a um lucro de 0 EUR no cenário contrafactual, ou seja, na ausência de uma injeção de capital. Por outras palavras, ao receber 82 milhões de EUR da WestSpiel em 2014 [ao abrigo do artigo 14.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior)] e ao injetar-lhe apenas 64,8 milhões de EUR em 2015, o Estado reteve um total de 17,2 milhões de EUR, valor superior a 0 no cenário contrafactual. Segundo a Alemanha, as considerações da Comissão nos considerandos 78 e seguintes e 88 e seguintes da decisão de início do procedimento, segundo as quais esse «cálculo líquido» era inadmissível, uma vez que a transferência dos lucros nos termos do artigo 14.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior) era «parte integrante do regime fiscal e regulamentar específico da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália que o Estado aplicava exclusivamente à WestSpiel», não eram conformes com a jurisprudência. A Alemanha explica igualmente que o simples facto de uma obrigação de pagamento fazer «parte de um regime fiscal e regulamentar específico» não pode levar a que tal obrigação de pagamento seja considerada isoladamente em relação ao conjunto económico da «venda de obras de arte, da transferência dos lucros e da reinjeção». Este argumento encontrou apoio no acórdão do Tribunal Geral de 26 de fevereiro de 2019, Fútbol Club Barcelona/Comissão, T-865/16, ECLI:EU:T:2019:113.

([31]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de junho de 2012, Comissão/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318.

Mais concretamente, a Alemanha explica que não havia qualquer opção alternativa ao modelo que envolvia a venda das obras de arte, a transferência dos lucros e a injeção de capital. A única alternativa possível seria não aplicar as medidas e, por conseguinte, perder por inteiro o valor da participação na WestSpiel, bem como as perspetivas de receitas futuras. Segundo a Alemanha, a liquidação da empresa não teria, em especial, sido uma «solução economicamente imaginável». Para explicar os motivos subjacentes a esta opinião, a Alemanha reitera os mesmos argumentos que já apresentara para descrever a sua posição sobre os cenários contrafactuais da cobertura das perdas anuais no esforço, no custo e no tempo envolvidos no processo de liquidação, bem como sobre os vários passivos que teriam levado a um valor de liquidação negativo da WestSpiel (ver considerandos 69 a 71).

(79) Em terceiro lugar, a Alemanha explica que a injeção de capital não concedeu qualquer vantagem à WestSpiel, dada a desvantagem estrutural desta última (resultante, nomeadamente, da transferência de lucros aplicada ao produto da venda das obras de arte). A desvantagem estrutural da WestSpiel consistia na obrigação que lhe incumbia de suportar uma carga fiscal significativamente mais elevada nos termos dos artigos 12.º a 14.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior). Segundo a Alemanha, em conformidade com a jurisprudência, não haveria qualquer vantagem na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE se a compensação fosse concedida apenas para suprimir uma desvantagem estrutural ([32]). A Alemanha acrescenta que decorre da jurisprudência que a compensação por encargos adicionais decorrentes de um regime derrogatório não aplicável aos concorrentes não constitui um auxílio estatal se existir um nexo indissociável entre a medida compensatória em causa e o seu objetivo de compensar os custos adicionais decorrentes dos problemas estruturais específicos ([33]). Tal seria uma consequência do princípio de que o apoio estatal apenas constitui uma vantagem económica na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE se a empresa for isenta de custos que as empresas têm «normalmente» de suportar ([34]). Só uma isenção desses custos poderia levar a que a empresa beneficiária fosse colocada numa posição concorrencial mais favorável em relação aos seus concorrentes. No caso da WestSpiel, a intervenção do Estado teve por objetivo manter os custos da WestSpiel ao nível dos custos dos seus concorrentes. Como tal, o único objetivo da injeção de capital efetuada através da participação passiva (conforme descrito no considerando 47) foi compensar a desvantagem estrutural da WestSpiel.

(80) Em quarto lugar, a Alemanha alega também que o mesmo resultado decorrente da injeção de capital poderia, efetivamente, ter sido alcançado através de uma simples alteração da legislação nacional, ou seja, das disposições fiscais aplicáveis. No caso em apreço, o legislador teria podido incluir uma clarificação no artigo 14.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior), especificando que esta disposição se aplicava apenas aos lucros resultantes das atividades normais de jogo do operador do casino, ou seja, a WestSpiel, mas não a quaisquer receitas extraordinárias. Para o efeito, teria bastado, por exemplo, aditar um novo n.º 4 estipulando que «[a] transferência dos lucros nos termos da presente disposição apenas ocorrerá na medida em que os lucros líquidos anuais apresentados sejam imputáveis à exploração efetiva dos casinos, sendo os restantes lucros sujeitos à tributação normal». Neste caso, não teria sido necessária uma «reinjeção» (parcial), uma vez que o produto da venda das obras de arte não teria sido sujeito ao mecanismo de transferência dos lucros.

([32]) Acórdão do Tribunal Geral de 14 de julho de 2016, Alemanha/Comissão, processo T-143/12, ECLI:EU:T:2016:406, n.os 143 e seguintes; acórdão do Tribunal Geral de 16 de março de 2004, Danske Busvognmænd/Comissão, processo T-157/01, ECLI:EU:T:2004:76, n.º 57; acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de março de 2006, Enirisorse/Sotacarbo, C-237/04, ECLI:EU:C:2006:197, n.os 42 a 48.

([33]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de dezembro de 2011, France Télécom/Comissão, processo C-81/10 P, ECLI:EU:C:2011:811, n.os 42 e seguintes; acórdão do Tribunal Geral de 30 de novembro de 2009, France Télécom e outros/Comissão, processos apensos T-427/04 e T-17/05, ECLI:EU:T:2009:474, n.os 207 e seguintes; acórdão do Tribunal Geral de 28 de novembro de 2008, Hotel Cipriani e outros/Comissão, processos apensos T-254/00, T-270/00 e T-277/00, ECLI:EU:T:2008:537, n.os 185, 187 e 189; acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de junho de 2011, Hotel Cipriani e outros/Comissão, processos apensos C-71/09 P, C-73/09 P e C-76/09 P, ECLI:EU:C:2011:368, n.os 89, 97 e 100.

([34]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de fevereiro de 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridade, C-30/59, ECLI:EU:C:1961:2, n.os 3 e 43; acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de março de 1994, Banco Exterior de España/Ayuntamiento de Valencia, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, n.os 12 e 13; acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de dezembro de 1998, Ecotrade/Altiforni e Ferriere di Servola, C-200/97, ECLI:EU:C:1998:579, n.º 34; acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de novembro de 2001, Adria-Wien Pipeline/Finanzlandesdirektion für Kärnten, C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598, n.º 3; acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de março de 2005, Wolfgang Heiser/Finanzamt Innsbruck, processo C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130, n.º 36; acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de junho de 2016, Bélgica/Comissão, processo C-270/15, ECLI:EU:C:2016:489, n.os 34 a 36.

(81) Em quinto lugar, a Alemanha explica igualmente que a Renânia do Norte-Vestefália e, posteriormente, a assembleia de garantes do NRW.BANK decidiram, em 8 de maio de 2018, alienar a totalidade da participação de 100 % do NRW.BANK na WestSpiel. Na sequência da venda, a participação passiva que o NRW.BANK detinha, a título fiduciário, pela Renânia do Norte-Vestefália, tinha de ser restituída e, consequentemente, revogada. Por outras palavras, após a venda, o valor contabilístico da participação passiva da Renânia do Norte-Vestefália devia ser-lhe reembolsado ([35]). Na opinião da Alemanha, a restituição da participação passiva pela WestSpiel equivalia a um reembolso substancial do (alegado) auxílio estatal. Neste sentido, a venda da WestSpiel demonstrava que a injeção de capital de 2015 correspondia ao comportamento de um investidor privado e (também por este motivo) não constituía um auxílio estatal. A decisão favorável à injeção de capital de 2015 fazia sentido do ponto de vista económico, porquanto a Renânia do Norte-Vestefália previa não só recuperar o valor contabilístico da sua participação passiva através da venda da WestSpiel, mas também obter um lucro com a alienação da participação do NRW.BANK na WestSpiel. Neste contexto, por ofício de 8 de setembro de 2021, a Alemanha informou a Comissão de que o segundo e último reembolso parcial da participação passiva de 11 516 909 EUR (acerca do primeiro reembolso parcial, ver o considerando 90) tinha sido efetuado pela WestSpiel (a partir dos seus fundos próprios líquidos) em 26 de julho de 2021 ([36]).

(82) Por último, no que toca à presença de recursos estatais, a Alemanha alega que a injeção de capital não envolveu quaisquer recursos estatais, visto que os fundos resultavam da venda das obras de arte da WestSpiel. A Alemanha explica que um operador económico nunca teria procedido a tal venda se não pudesse e não estivesse autorizado a presumir que o produto da venda, ou, em qualquer caso, uma grande parte do mesmo, lhe seria restituído. Neste contexto, a consideração meramente formal de que os fundos provenientes da venda das obras de arte são considerados recursos estatais apenas pelo facto de terem revertido a favor do Estado por um «segundo jurídico» afigurar-se-ia artificial e inadequada. Segundo a Alemanha, os fundos da «reinjeção» (parcial) de capital sob a forma de participação passiva resultaram antes do produto da venda de duas obras de arte na posse da WestSpiel e não ficariam disponíveis se a WestSpiel tivesse decidido não vender as referidas obras de arte. Ao mesmo tempo, a WestSpiel só decidiu vender as duas obras de arte porque confiou na garantia das autoridades envolvidas de que os lucros transferidos após a venda seriam (parcialmente) «reinvestidos» na WestSpiel.

4.3. **Argumentos suplementares**

(83) No que respeita tanto à cobertura das perdas anuais como à injeção de capital, a Alemanha considera que estas medidas não podem ter falseado a concorrência e afetado as trocas comerciais entre os Estados-Membros, dada a posição de monopólio da WestSpiel na Renânia do Norte-Vestefália. Mais especificamente, a Alemanha considera que o mercado dos casinos permaneceu fechado à concorrência nos termos dos artigos 1.º e 3.º da *SpielbG* da

([35]) Conforme explicado no considerando 30, a WestSpiel foi, entretanto, vendida em setembro de 2021.

([36]) Na sua resposta de 4 de abril de 2022, a Alemanha explicou a forma como o montante de cada um destes dois reembolsos foi calculado, tendo declarado o seguinte:

— A participação passiva foi dissolvida em 8 de janeiro de 2021, após a assinatura do acordo de dissolução em 4 de janeiro de 2021.

— Nos termos do artigo 12.º, n.ºs 1 a 3, do acordo de participação passiva, o sócio oculto tinha direito a um pagamento compensatório em consequência da dissolução por mútuo acordo da participação passiva ou de uma eventual cessação da participação passiva por parte do sócio oculto.

— Nos termos do artigo 12.º, n.º 2, primeira e segunda frases, e do artigo 12.º, n.º 3, primeira frase, do acordo de participação passiva, o montante total do pagamento compensatório correspondia ao valor contabilístico da participação passiva em 31 de dezembro de 2020. Em conformidade com o acordo, o valor contabilístico em 31 de dezembro de 2020 foi calculado como o saldo da conta de entrada, da conta de empréstimo e da conta de perdas da participação passiva, tal como constavam das demonstrações financeiras anuais auditadas e certificadas da empresa em 31 de dezembro de 2020. Por conseguinte, a participação passiva ainda contribuiu para o resultado anual de 2020,

— Dado que as demonstrações financeiras anuais auditadas relativas ao exercício de 2020 ainda não estavam disponíveis aquando da assinatura do acordo de dissolução, em janeiro de 2021, e que, por conseguinte, ainda não era possível determinar de forma segura e vinculativa o montante da compensação, ambas as partes concordaram em estabelecer, no acordo de dissolução, o reembolso em duas prestações.

— A primeira prestação foi fixada num montante de 35 milhões de EUR, de modo que, com base na estimativa preliminar do resultado anual do exercício de 2020, que, segundo a Alemanha, continuava sujeito a incertezas, um pagamento em excesso seria muito provavelmente, ou quase certamente, evitado.

— O montante da segunda e última prestação foi fixado como a diferença entre o valor contabilístico da participação passiva segundo as demonstrações financeiras anuais em 31 de dezembro de 2020, cuja auditoria final ocorreu em 20 de abril de 2021, e o valor da primeira prestação de 35 milhões de EUR. O valor contabilístico da participação passiva decorrente das demonstrações financeiras auditadas em 31 de dezembro de 2020 ascendia, no final, a 46 516 909 EUR. Assim, a segunda prestação foi de 11 516 909 EUR.

Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior) no período em causa (2009 a 2015). Na opinião da Alemanha, apesar das declarações constantes do relatório anual de 2014 da WestSpiel (considerando 57 da decisão de início do procedimento) ([37]), não se pode argumentar que a WestSpiel opera no mesmo mercado, na aceção do direito da concorrência da União, dos prestadores de serviços em linha que, até à data, têm operado ilegalmente na Alemanha. Em qualquer caso, a Alemanha explica que, de um ponto de vista processual, a questão de saber se as medidas implicam ou não um auxílio estatal pode ser deixada em aberto, com base na prática decisória da Comissão ([38]).

(84) Uma primeira base de compatibilidade possível seria o artigo 107.º, n.º 3, alínea c), do TFUE, tendo em conta a liberalização do mercado do jogo. A Alemanha explica que a Comissão considerou as privatizações um objetivo de interesse comum ([39]) e que o artigo 107.º, n.º 3, alínea c), do TFUE se encontrava cumprido nos casos em que as medidas fossem necessárias para a privatização da empresa pública e abrangessem unicamente a desvantagem concorrencial da empresa pública em relação aos seus concorrentes ([40]). Na opinião da Alemanha, os requisitos estabelecidos pela prática decisória da Comissão estavam preenchidos no caso em apreço. Neste sentido, a) o objetivo de interesse comum seria a abertura do mercado do setor ([41]), b) as medidas seriam necessárias para alcançar esse objetivo ([42]) e c) as medidas seriam igualmente proporcionadas ([43]).

(85) Em alternativa, a Alemanha considera que as Orientações E&R poderiam constituir uma base de compatibilidade pertinente. Neste sentido, a Alemanha afirma que, embora não o fosse aquando da concessão das alegadas medidas, a WestSpiel passaria a ser uma empresa em dificuldade caso a Comissão ordenasse a recuperação do auxílio e poderia beneficiar de auxílios de emergência e à reestruturação ([44]).

5. OBSERVAÇÕES DA WESTSPIEL E DOS AUTORES DAS DENÚNCIAS

(86) Após o termo do prazo para a apresentação de observações sobre a decisão de início do procedimento, a Comissão recebeu observações quer da WestSpiel quer dos autores das denúncias. Por uma questão de exaustividade, as referidas observações são resumidas a seguir.

([37]) «… Tal como referiram os autores das denúncias, decorre das declarações constantes do relatório anual de 2014 da WestSpiel que a própria WestSpiel considerava que a razão principal das perdas por si registadas nesse ano residia na concorrência dos operadores de jogo comerciais e de jogo em linha …»[…].

([38]) Ver, por exemplo, os considerandos 487 e 583 e o artigo 2.º, n.º 2, da Decisão (UE) 2016/2069 da Comissão, de 1 de outubro de 2014, relativa às medidas SA.14093 (C 76/2002) concedidas pela Bélgica à Brussels South Charleroi Airport e à Ryanair [C(2014) 6849 final] (JO L 325 de 30.11.2016, p. 63), os considerandos 190, 191 e 257 e o artigo 2.º, n.º 2, da Decisão (UE) 2015/1824 da Comissão, de 23 de julho de 2014, relativa às medidas adotadas pela Alemanha no que diz respeito ao Aeroporto de Niederrhein-Weeze e ao Flughafen Niederrhein GmbH — SA.19880 e SA.32576 (ex NN/2011, ex CP/2011) [C(2014) 5084 final] (JO L 269 de 15.10.2015, p. 1), o considerando 120 da Decisão 2009/613/CE da Comissão, de 8 de abril de 2009, relativa às medidas C 7/07 (ex NN 82/06 e NN 83/06) aplicadas pelo Reino Unido a favor do Royal Mail (JO L 210 de 14.8.2009, p. 16), o considerando 139 e o artigo 1.º da Decisão (UE) 2020/391 da Comissão, de 20 de setembro de 2019, sobre a medida SA.34402 — 2015/C (ex-2015/NN) da Alemanha a favor da Hochschul-Informations-System GmbH [C(2019) 6836 final] (JO L 74 de 11.3.2020, p. 22) e, designadamente, nos casos de privatização, o considerando 102 da Decisão 2008/722/CE da Comissão, de 10 de maio de 2007, relativa ao auxílio estatal C 2/06 (ex N 405/05) que a Grécia tenciona conceder a favor do regime de reforma antecipada voluntária da OTE (JO L 243 de 11.9.2008, p. 7).

([39]) Ver considerando 307 da Decisão 2008/765/CE da Comissão, de 11 de dezembro de 2007, relativa ao auxílio n.º C 7/06 (ex-NN 83/05) concedido pela Finlândia a *Tieliikelaitos*/*Destia* (JO L 270 de 10.10.2008, p. 1).

([40]) Ver considerando 157 da Decisão 2012/542/UE da Comissão, de 21 de março de 2012, relativa à medida SA.31479 (2011/C) (ex 2011/N) que o Reino Unido tenciona executar a favor do Royal Mail Group [C(2012) 1834 final] (JO L 279 de 12.10.2012, p. 40).

([41]) As medidas contribuem para a realização de um objetivo de interesse comum, designadamente a privatização e, por conseguinte, a abertura do mercado do setor dos casinos na Renânia do Norte-Vestefália.

([42]) As medidas tomadas no caso em apreço, ou seja, a injeção de capital para compensar a desvantagem estrutural, constituem etapas importantes para adaptar a empresa à liberalização progressiva do setor dos casinos na Renânia do Norte-Vestefália. Devido às medidas, os investidores privados estarão predispostos a adquirir a WestSpiel, o que resultará na sua privatização. Por conseguinte, as medidas são necessárias para a realização da privatização da WestSpiel e para a abertura do mercado no setor dos casinos.

([43]) As medidas visam unicamente compensar a desvantagem concorrencial da empresa pública em relação aos seus concorrentes. A Alemanha explicou que a carga fiscal da WestSpiel difere significativamente do quadro fiscal aplicável às empresas privadas presentes no setor do jogo em geral e que as medidas em causa não conduziram a qualquer «sobrecompensação». A comparação da carga fiscal revela que, no período em causa desde 2006, a carga fiscal da WestSpiel foi, em 13 de 14 anos, consideravelmente superior ao que teria sido ao abrigo do regime geral de tributação das sociedades. Só no período de 2009 a 2013, a Renânia do Norte-Vestefália cobrou um total de 253,2 milhões de EUR com as tributações previstas nos artigos 12.º a 14.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior). Na ausência de uma intervenção estatal, a empresa não poderia enfrentar, com base nos seus méritos, os seus concorrentes.

([44]) A Alemanha explica que a Comissão aprovou auxílios em casos semelhantes, por exemplo, a Decisão 2005/345/CE da Comissão, de 24 de fevereiro de 2004, relativa a um auxílio à reestruturação concedido pela Alemanha a favor da Bankgesellschaft Berlin AG (JO L 116 de 4.5.2005, p. 1).

5.1. **Observações da WestSpiel**

5.1.1. *Alegada cobertura das perdas anuais*

(87) No que diz respeito à alegada cobertura das perdas anuais, a WestSpiel explica que a alegada compensação pelas perdas paga pelo NRW.BANK não excedeu a parte normal das perdas suportada por um sócio comanditário numa sociedade em comandita a operar com prejuízo. Mais especificamente, não houve uma injeção de novo capital associada a essa cobertura. Também não houve qualquer medida imputável ao Estado, uma vez que a utilização de capital era automática em caso de perdas da sociedade em comandita, ou seja, independentemente de qualquer decisão por parte do sócio comanditário.

5.1.2. *Alegada injeção de capital em 2015*

(88) No que respeita à injeção de capital efetuada em 2015, a WestSpiel alega que não recebeu qualquer novo capital do seu acionista. Com a concordância do seu acionista, vendeu antes alguns ativos próprios (ou seja, dois quadros de Andy Warhol) para garantir liquidez suficiente para a reestruturação necessária.

(89) A WestSpiel alega que, embora seja verdade que, devido à transferência de 75 % dos lucros prevista no artigo 14.º, n.º 1, da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior), o produto da venda das duas obras de arte tivesse inicialmente de ser transferido para a Renânia do Norte-Vestefália, tal não constituiu uma medida autónoma. De facto, esta transferência foi uma simples etapa intermédia de uma transação em várias fases que tinha como objetivo, desde o início, utilizar o produto da venda para restituição à WestSpiel. Estes fundos eram necessários para a reestruturação da WestSpiel através de uma participação passiva do NRW.BANK no seu capital social. Sem ter a certeza de que o produto da venda seria (parcialmente) «reinjetado» na WestSpiel, a respetiva administração nunca teria concordado com a venda dos quadros, uma vez que esta se teria revelado extremamente prejudicial para a empresa.

(90) A WestSpiel explica igualmente que, no contexto da reestruturação intragrupo de 13 de janeiro de 2021 (ver considerando 29), a participação passiva na WestSpiel foi dissolvida. Em 19 de janeiro de 2021, foi reembolsada pela WestSpiel (a partir dos seus fundos próprios líquidos) uma primeira prestação de 35 milhões de EUR. O montante restante foi reembolsado no segundo trimestre de 2021, após a aprovação das contas anuais da WestSpiel, que incluíam a segunda e última prestação (ver considerando 81, sexta frase).

5.2. **Observações dos autores das denúncias**

5.2.1. *Alegada cobertura das perdas anuais*

(91) No que toca à alegada cobertura das perdas anuais, os autores das denúncias não formulam quaisquer observações, limitando-se a solicitar que a Alemanha seja obrigada a garantir que a WestSpiel reembolse a Renânia do Norte-Vestefália pela cobertura das perdas anuais alegadamente concedida desde 2009.

5.2.2. *Alegada injeção de capital em 2015*

(92) No que diz respeito à alegada injeção de capital em 2015, os autores das denúncias mantêm e desenvolvem a sua posição, igualmente apresentada nos processos SA.44944 e SA.53552, segundo a qual a transferência dos lucros prevista no artigo 14.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior) não é tecnicamente um imposto, mas sim uma distribuição de lucros a favor da Renânia do Norte-Vestefália enquanto fundador fiduciário subjacente à participação passiva do NRW.BANK na WestSpiel.

(93) Os autores das denúncias explicam que, contrariamente às conclusões da Comissão nos considerandos 83 e 84 da decisão de início do procedimento, apenas o direito do Estado-Membro em causa é determinante, em todos os casos, para classificar uma imposição como imposto no âmbito da aplicação do direito da União em matéria de auxílios estatais. Por outras palavras, segundo os autores das denúncias, uma medida objeto de investigação ao abrigo do direito da União em matéria de auxílios estatais só seria um imposto se o direito nacional a classificasse como tal. Todavia, os autores das denúncias acrescentam que não seria de todo necessário classificar o mecanismo de transferência dos lucros previsto no artigo 14.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior) como um imposto para concluir que a injeção de capital objeto da presente denúncia constitui um auxílio estatal ilegal. Isto porque, mesmo que a transferência dos lucros não fosse considerada um imposto, mas sim uma distribuição de lucros ao sócio (indireto), a natureza de auxílio estatal da injeção de capital resultaria do incumprimento dos pré-requisitos do critério do PIEM, pelos motivos expostos pela Comissão nos considerandos 90 a 93 da decisão de início do procedimento.

6. APRECIAÇÃO

6.1. Existência de um auxílio estatal

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

(95) Uma medida constitui um auxílio estatal se estiverem preenchidas as seguintes condições cumulativas: a) a medida é imputável ao Estado-Membro e é proveniente de recursos estatais, b) confere uma vantagem económica seletiva a certas empresas ou certas produções, c) a vantagem falseia ou ameaça falsear a concorrência e d) a medida afeta as trocas comerciais intra-UE.

(96) Nas secções seguintes, a Comissão apreciará os critérios previstos no artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, para a definição de auxílio estatal em relação a cada uma das duas medidas objeto das denúncias.

6.1.1. *Alegada cobertura das perdas anuais entre 2009 e 2015*

(97) Quanto à medida da cobertura das perdas anuais, a questão fundamental reside em saber se a mesma conferiu uma vantagem à WestSpiel. A Comissão considera que a cobertura das perdas anuais não conferiu uma vantagem à WestSpiel e que, por conseguinte, devido ao caráter cumulativo dos critérios previstos no artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, se pode excluir a existência de um auxílio estatal sem que seja necessário apreciar os restantes critérios.

(98) Uma vantagem na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, é qualquer benefício económico que uma empresa não teria obtido em condições normais de mercado, isto é, na ausência da intervenção do Estado ([45]). Apenas o efeito da medida sobre a empresa é relevante, e não a causa ou o objetivo da intervenção do Estado ([46]). Sempre que a situação financeira de uma empresa melhorar como resultado de uma intervenção do Estado ([47]) em condições diferentes das condições normais de mercado, existe uma vantagem. Para proceder a esta apreciação, deve ser comparada a situação financeira da empresa na sequência da medida com a situação financeira em que estaria se a medida não tivesse sido tomada ([48]). Uma vez que apenas o efeito da medida sobre a empresa conta, a questão de saber se a vantagem é obrigatória para a empresa, na medida em que não podia evitá-la ou recusá-la, é irrelevante ([49]).

(99) A Comissão considera que a cobertura das perdas anuais não confere uma vantagem à WestSpiel seguindo duas linhas de raciocínio: a WestSpiel apenas utilizou o seu próprio capital para cumprir a sua obrigação nos termos do direito das sociedades alemão (ver secção 6.1.1.1) e, por outro lado, um investidor privado comparável teria agido da mesma forma, pelo que a medida foi concedida em condições normais de mercado (ver secção 6.1.1.2).

6.1.1.1. Utilização automática do capital

(100) Em primeiro lugar, no considerando 62 da decisão de início do procedimento, a Comissão não pôde tirar conclusões nem pronunciar-se de forma definitiva sobre a questão de saber se o NRW.BANK e a Renânia do Norte-Vestefália suportaram efetivamente (parte das) perdas da WestSpiel ou se decidiram a disponibilização ou não do capital necessário para cobri-las, ou ambos. A Comissão considerou que, nessa fase preliminar (ver considerandos 63 a 65 da decisão de início do procedimento), a conta de capital do NRW.BANK foi debitada com as perdas da WestSpiel, pelo que os fundos foram transferidos de uma conta do NRW.BANK para a WestSpiel, e que a medida implicava *prima facie* uma vantagem na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE. No entanto, convidou a Alemanha a prestar esclarecimentos adicionais para apreciar as implicações da operação quanto à existência de um auxílio estatal.

([45]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de julho de 1996, SFEI e outros, processo C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, n.º 60; acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de abril de 1999, Espanha/Comissão, processo C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, n.º 41.

([46]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de julho de 1974, Itália/Comissão, processo 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, n.º 13.

([47]) O termo «intervenções do Estado» não se refere apenas a ações positivas por parte do Estado, mas também abrange o facto de as autoridades não tomarem medidas em determinadas circunstâncias, por exemplo, a execução de dívidas. Ver, por exemplo, o acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de outubro de 2000, Espanha/Comissão, processo C-480/98, ECLI:EU:C:2000:559, n.ºs 19 e 20.

([48]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de julho de 1974, Itália/Comissão, processo 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, n.º 13.

([49]) Ver considerando 69 da Decisão 2004/339/CE da Comissão, de 15 de outubro de 2003, sobre as medidas executadas pela Itália a favor da RAI SpA (JO L 119 de 23.4.2004, p. 1); parecer do Advogado-Geral Fennelly de 26 de novembro de 1998, França/Comissão, C-251/97, ECLI:EU:C:1998:572, n.º 26.

(101) Conforme descrito nos considerandos 63 a 67, nas suas observações sobre a decisão de início do procedimento, a Alemanha explica que a WestSpiel nunca recebeu efetivamente do NRW.BANK, seu único sócio comanditário, uma compensação direta pelas suas perdas, e que, na realidade, apenas utilizou o seu capital próprio (com entradas em 1978 e 2002) para compensar as suas perdas acumuladas, ou seja, não houve pagamentos diretos do NRW.BANK. A Alemanha remete antes para o mecanismo de compensação das perdas mediante a dedução automática da conta de capital da empresa nos termos do direito das sociedades alemão.

(102) Com base nestas posições e pelos motivos a seguir expostos, a Comissão considera que a cobertura das perdas anuais não conferiu uma vantagem à WestSpiel, uma vez que não implicou qualquer transferência de fundos proveniente do exterior da empresa e constituiu um mero automatismo jurídico destinado a compensar as perdas da WestSpiel dentro das suas próprias contas, ao abrigo de uma obrigação decorrente do direito das sociedades alemão.

(103) De facto, a cobertura das perdas anuais foi apenas uma consequência da obrigação prevista no artigo 161.º, n.º 2, do HGB, em conjugação com o artigo 120.º do HGB (versão anterior), segundo a qual, em caso de perdas anuais registadas no balanço de uma sociedade em comandita simples, as perdas imputadas a um sócio são automaticamente deduzidas da sua parte no capital social. Deste modo, a parte das perdas anuais do NRW.BANK enquanto único sócio comanditário da WestSpiel foi deduzida do capital próprio já existente da empresa e não exigiu qualquer entrada de novo capital proveniente do exterior dessa empresa. Devido a este mero automatismo jurídico, o Estado também não teve qualquer intervenção no processo, não tendo sido tomada nenhuma decisão ativa no sentido de conceder a cobertura das perdas anuais.

(104) Por conseguinte, contrariamente às conclusões da Comissão apresentadas no considerando 63 da decisão de início do procedimento, não ocorreu qualquer transferência de fundos de uma conta de capital do NRW.BANK para a WestSpiel. Efetivamente, de acordo com o mecanismo de compensação previsto pelo HGB, as perdas da WestSpiel eram imediatamente compensadas no final de cada ano com o capital próprio da empresa (disponibilizado anteriormente pelo NRW.BANK enquanto único sócio comanditário da WestSpiel) e, por conseguinte, o mecanismo era apenas acionado dentro das contas próprias da WestSpiel. Assim, a WestSpiel não recebeu quaisquer pagamentos provenientes do exterior da empresa, pelo que a sua situação económica não melhorou graças ao mecanismo de cobertura das perdas.

6.1.1.2. Comportamento de um investidor privado comparável

(105) Em segundo lugar, a Comissão revê a sua posição apresentada no considerando 64 da decisão de início do procedimento, segundo a qual o simples facto de o NRW.BANK ter aceitado perdas adicionais da WestSpiel, apesar das repetidamente registadas nos anos anteriores, sem proceder a uma avaliação *ex ante* da pertinência de manter ou não a sua participação na WestSpiel ou de a liquidar para manter a parte do capital ainda não perdida, poderia, por si só, constituir uma vantagem indevida, pois não se podia presumir que um investidor privado em circunstâncias comparáveis teria agido dessa forma. Conforme explicado no considerando 68, a Alemanha entende que esta dúvida não se justifica. Para explicar que um investidor privado teria, efetivamente, agido da mesma forma, a Alemanha descreve dois cenários de ação diferentes por parte do NRW.BANK (a liquidação e a venda da WestSpiel).

(106) Com base nas informações adicionais fornecidas pela Alemanha e tendo em conta a apreciação que se segue, a Comissão considera que um investidor privado em circunstâncias comparáveis não teria escolhido um dos cenários alternativos, a liquidação ou a venda da WestSpiel (cenários contrafactuais), em detrimento da concessão da cobertura das perdas anuais (cenário factual), visto que este último constitui o cenário mais racional. A WestSpiel teria obtido a mesma vantagem económica em condições normais de mercado e (além dos motivos apresentados na secção 6.1.1.1) a cobertura das perdas anuais não lhe conferiu qualquer vantagem.

— *Apreciação dos cenários contrafactuais (liquidação e venda)*

— *Cenário 1: liquidação da WestSpiel*

(107) Nas suas observações sobre a decisão de início do procedimento, a Alemanha explica que, durante o período em causa de 2009 a 2015, o NRW.BANK não poderia ter mantido a sua entrada de capital inicial na WestSpiel através da liquidação da empresa (ver considerandos 69 a 71), porquanto o valor de liquidação da WestSpiel teria sido claramente negativo após o processo de liquidação com base nos artigos 143.º e seguintes do HGB e nos artigos 730.º e seguintes do BGB.

(108) A Comissão concorda com a Alemanha, na medida em que esta explica que a liquidação da WestSpiel não teria sido uma alternativa economicamente razoável à cobertura das perdas anuais, uma vez que as considerações seguintes demonstram que, efetivamente, o valor de liquidação da WestSpiel teria sido negativo.

— *Valor de liquidação segundo a descrição do processo pela Alemanha*

(109) Ao descrever o sistema e o processo de liquidação teóricos da WestSpiel, a Alemanha explica de forma pormenorizada e compreensível os motivos pelos quais o capital necessário para satisfazer os credores nos termos do artigo 148.º, n.º 5, primeira frase, do HGB teria excedido o capital disponível da WestSpiel. A Comissão depreende desta descrição que a compensação de um grande número de obrigações para com terceiros, incluindo importantes obrigações em matéria de pensões, custos de resolução de contratos (por exemplo, contratos de trabalho e de arrendamento) e a liquidação de ativos fixos e correntes, teria de ser tida em conta e teria conduzido a reduções significativas dos valores contabilísticos da WestSpiel.

(110) Além disso, a Comissão confirma o argumento aduzido pela Alemanha segundo o qual a entrada do NRW.BANK teria também sido necessariamente afetada, no sentido em que só um saldo positivo permitiria ao NRW.BANK manter o valor da mesma (ver o artigo 171.º, n.º 1, do HGB, em conjugação com o artigo 167.º, n.º 3, o artigo 149.º, primeira frase, e o artigo 161.º, n.º 2, do HGB) (ver considerando 70). A Comissão esclarece que o artigo 171.º, n.º 1, do HGB, em conjugação com o artigo 167.º, n.º 3, do HGB (versão anterior), estabelece que o sócio comanditário é diretamente responsável perante os credores da empresa, mas que esta responsabilidade se limita ao investimento de capital/entrada de capital remanescente («*Haftsumme*») do sócio. Neste contexto, a Comissão observa que esta responsabilidade limitada é também aplicável ao processo de liquidação. A parte restante da entrada de capital do sócio comanditário, no montante de 35,5 milhões de EUR, inicialmente injetada pelo NRW.BANK (ver considerando 28), faria parte deste capital utilizado para compensar o passivo da empresa.

(111) A Comissão observa que a Alemanha apresentou uma análise pormenorizada do cenário de liquidação da WestSpiel, mas sem apresentar quaisquer elementos de prova fundamentados no que se refere à alegação de que o valor de liquidação era negativo, por exemplo, justificando com valores precisos os passivos individuais da WestSpiel perante terceiros. A Alemanha apenas alude vagamente a «cálculos estimados», que não são de modo algum fundamentados.

— *Valor de liquidação segundo as contas anuais da WestSpiel*

(112) O argumento apresentado pela Alemanha («o valor de liquidação da WestSpiel seria negativo») para rejeitar o cenário de liquidação é, em qualquer caso, confirmado pelas conclusões constantes das contas anuais e das contas consolidadas anuais ou dos relatórios de gestão do grupo da WestSpiel elaborados por [outra empresa de auditoria de renome] (a seguir designados por «relatórios [da XY]»).

(113) Mais concretamente, a relação entre o passivo e o capital no período de 2009 a 2015 que é descrita nestes documentos teria conduzido a um valor de liquidação da WestSpiel negativo: segundo as contas anuais do exercício de 2009, o montante total do passivo da WestSpiel era de 25,3 milhões de EUR e o capital da empresa ascendia a 27,9 milhões de EUR. Do exercício de 2010 em diante, o montante do passivo (22,7 milhões de EUR) excedeu o capital da WestSpiel (22,1 milhões de EUR), situação que se manteve inalterada nos anos até 2015. Por conseguinte, nessa altura, depois de ter satisfeito os seus credores com base no artigo 148.º, n.º 5, primeira frase, do HGB, através da compensação do passivo com capital, a WestSpiel teria, efetivamente, apresentado um valor de liquidação negativo, conforme alegado pela Alemanha.

(114) Com base na análise precedente e na situação descrita pela Alemanha e demonstrada nos considerandos 69 a 71, a Comissão considera que, no momento em que a cobertura das perdas anuais foi concedida, a liquidação da WestSpiel não teria sido uma alternativa economicamente razoável à referida cobertura.

— *Cenário 2: venda da WestSpiel*

(115) Nas suas observações sobre a decisão de início do procedimento, a Alemanha explica que a única forma de o NRW.BANK evitar os encargos causados pelas perdas da WestSpiel teria sido através de uma venda (ver considerandos 72 a 74). Segundo a Alemanha, uma venda antes de 2015 tê-la-ia impedido de obter um preço satisfatório e, por conseguinte, tê-la-ia obrigado a incorrer em perdas acrescidas. A Alemanha apresenta elementos de prova que remetem para a página 101 do relatório [da análise independente], segundo o qual o saldo de pagamentos da WestSpiel, mesmo com a injeção de capital sob a forma de participação passiva prevista na altura, só se tornaria positivo nos anos de 2021 a 2023. Efetivamente, conforme explicado no considerando 30, a WestSpiel foi finalmente vendida ao grupo Gauselmann em setembro de 2021, por um preço de aquisição de 141,8 milhões de EUR.

(116) Pelos motivos a seguir expostos, a Comissão considera que a venda da WestSpiel também não teria sido equacionada por um investidor privado comparável durante o período em que o NRW.BANK decidiu continuar a cobrir as perdas da WestSpiel.

— *Avaliação da situação financeira geral da WestSpiel no período de 2009 a 2015*

(117) Tal como no primeiro cenário (ver considerandos 112 a 114), a Comissão voltou a analisar os elementos de prova fornecidos pela Alemanha com base nas contas anuais da WestSpiel e nos relatórios [da XY] dos anos de 2009 a 2015, constatando que os valores de negócios deles constantes confirmam a ausência de racionalidade de uma venda da WestSpiel neste período.

(118) No primeiro cenário (liquidação), a Comissão limitou a sua apreciação das contas anuais e dos relatórios [da XY] à relação entre o capital da WestSpiel e os seus passivos registados para com terceiros. No que respeita ao segundo cenário (venda), a Comissão considera ser necessário analisar ainda a situação económica geral da WestSpiel nos vários anos e a estimativa apresentada pelos consultores [da XY] sobre a evolução futura da rentabilidade da WestSpiel, a fim de avaliar a racionalidade de uma venda.

(119) Relativamente à situação da WestSpiel nos anos de 2009 a 2015, a Comissão depreende o seguinte das contas anuais e dos relatórios [da XY] disponíveis:

— De acordo com os relatórios [da XY], em 2009, a WestSpiel conhecia já uma diminuição da RBJ, decorrente das alterações da legislação nacional em matéria de política antitabagismo na Renânia do Norte-Vestefália, em vigor desde 2007, e do maior rigor dos controlos de acesso aos casinos, bem como do desenvolvimento do jogo comercial e do jogo ilegal em linha e do novo sistema de tributação dos casinos na Renânia do Norte-Vestefália, em vigor desde 1 de janeiro de 2008. Em 2009, a WestSpiel registou perdas líquidas finais no valor de 7,9 milhões de EUR. Nessa altura, a WestSpiel continuava sujeita a uma tributação de 50 % sobre a RBJ dos seus casinos ([50]). O relatório [da XY] mostra que a administração da WestSpiel, e, por conseguinte, também o NRW.BANK, enquanto único sócio comanditário, estava ao corrente desta situação e dos riscos que colocavam em perigo a continuação da empresa. Deste modo, a administração da WestSpiel tomou várias medidas preventivas, nomeadamente o início de um processo de reestruturação e a apresentação de pedidos de redução do imposto sobre os casinos de locais específicos,

— Em 2010, a situação evoluiu de forma semelhante à de 2009, tendo sido tomadas medidas adicionais para reduzir os custos, como a adaptação dos produtos e das ofertas. Foram previstas perdas líquidas finais de 12 milhões de EUR para 2012 (perto do dobro das perdas líquidas finais de 5,8 milhões de EUR de 2010).

([50]) Ver artigo 12.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália, introduzido pela *Gesetz des Landes Nordrhein-Westfalen zum Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland*, de 30 de outubro de 2007; GV. NRW. Ausgabe 2007 Nr. 24 vom 14.11.2007 Seite 441 bis 460 | RECHT.NRW.DE.

— Em 2011, o relatório [da XY] dá conta de uma ligeira melhoria da situação da WestSpiel, com uma redução das perdas líquidas para 3,5 milhões de EUR.

— Em 2012, as perdas líquidas aumentaram para 10,3 milhões de EUR e a RBJ da WestSpiel registava um declínio contínuo. Ainda assim, o relatório [da XY] conclui que as contas do ano em causa estavam próximas do equilíbrio, graças aos resultados anuais positivos do casino de Duisburgo. Contudo, a administração antevia uma forte pressão sobre a liquidez da WestSpiel em 2013.

— De 2012 em diante, passou a vigorar o novo modelo de imposto sobre os casinos, com uma taxa mais baixa de 30 % sobre a RBJ, conforme descrito nos considerandos 31 a 33 ([51]). Em 2013, a WestSpiel ainda registou perdas líquidas no montante de 8,96 milhões de EUR, o que levou a administração a empreender uma nova reestruturação para garantir a liquidez até 2022, envolvendo a venda das obras de arte e a injeção de capital após a transferência dos lucros, conforme descrito nos considerandos 46 e 47. Na sequência da reestruturação, o relatório [da XY] prevê um lucro líquido final de 4,4 milhões de EUR em 2014.

— Segundo o relatório [da XY] relativo a 2014, em resultado da aplicação das medidas de reestruturação, a WestSpiel obteve um resultado positivo, com um lucro líquido de 3,3 milhões de EUR, seguido de perdas líquidas inferiores a um milhão de EUR em 2015.

(120) Por conseguinte, os documentos de que a Comissão dispõe confirmam a alegação da Alemanha segundo a qual, devido às suas perdas líquidas contínuas e às dificuldades colocadas pelos desafios de natureza legislativa a nível nacional, a WestSpiel nunca teria constituído um investimento atrativo para um hipotético comprador durante o período de 2009 a 2015.

(121) Na medida em que a Alemanha remete para a previsão da liquidez da WestSpiel indicada na página 101 do relatório [da análise independente] (com base nas contas anuais e nos relatórios [da XY] de 2013 e 2014), a Comissão observa que, contrariamente ao descrito pela Alemanha, a análise não inclui a situação que inclui a injeção de capital como parte da reestruturação, mas o desenvolvimento da liquidez da WestSpiel sem a injeção de capital prevista (após a venda das obras de arte e a transferência dos lucros). No entanto, esta interpretação incorreta do relatório [da análise independente] pela Alemanha não altera, antes atesta, a opinião da Comissão, uma vez que o gráfico constante do considerando 74 mostra que, sem a injeção de capital, o saldo de pagamentos da WestSpiel teria permanecido negativo até 2021. Por conseguinte, na opinião da Comissão, não é realista considerar que o NRW.BANK pudesse ter compensado as perdas incorridas sobre o capital disponibilizado à WestSpiel com o preço de aquisição obtido com uma venda nessa altura.

(122) Além disso, à semelhança do que acontece com a liquidação, a venda de uma empresa implica um processo jurídico complexo e moroso. Além das regras gerais previstas no direito comercial e no direito das sociedades, existem também requisitos decorrentes do direito do trabalho, relativos, por exemplo, à transferência de pessoal nos termos do artigo 613.º-A do BGB e à elaboração de planos sociais na aceção do artigo 112.º da Lei alemã sobre a organização social das empresas (*Betriebsverfassungsgesetz, BetrVG*), bem como do direito fiscal (como a obrigação de pagamento do imposto sobre o rendimento, do imposto sobre as atividades económicas, do imposto sobre as sociedades e do imposto sobre o valor acrescentado) e do direito da concorrência (no que respeita à sujeição de uma eventual concentração às regras da UE em matéria de controlo das concentrações).

(123) Tendo em conta o que precede, a Comissão considera que, na altura em que a cobertura das perdas anuais foi concedida, a venda da WestSpiel não teria sido uma opção razoável para a Alemanha.

— *Apreciação do cenário factual (cobertura das perdas anuais)*

([51]) Ver artigo 12.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália, alterado pelo artigo 3.º da *Gesetz zum Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag — Erster GlüÄndStV)*; GV. NRW. Ausgabe 2012 Nr. 29 vom 22.11.2012 Seite 523 bis 546 | RECHT.NRW.DE.

(124) A Comissão considera que o cenário factual escolhido pelo NRW.BANK constitui a abordagem mais razoável por parte de um acionista.

(125) Em geral, a cobertura das perdas anuais pelos acionistas é também prática comum nas empresas, amiúde com base em acordos de transferência de lucros e perdas dentro das estruturas societárias, celebrados entre a empresa-mãe e as respetivas filiais ([52]). Além disso, esta cobertura das perdas anuais pode mesmo ser encarada como um comportamento passivo de um investidor, visto que, conforme explicado nos considerandos 103 e 104, nos termos do direito das sociedades alemão, os acionistas são obrigados a compensar as perdas das contas anuais de uma empresa com a sua participação no capital, pelo que a cobertura das perdas anuais constitui um mecanismo puramente automático que não exige uma decisão distinta por parte de um acionista.

(126) Por conseguinte, a Comissão considera que, mesmo sem um relatório de um perito ou outros documentos de apoio, de entre os três cenários (venda imediata, liquidação ou «ausência de ação»), um investidor privado teria selecionado o terceiro.

(127) Neste sentido, nem a venda de uma empresa assim que se torna deficitária nem o investimento de novo capital para permitir a sobrevivência de uma empresa (deficitária) podem sempre ser considerados conformes com o PIEM. Pelo contrário, qualquer decisão (seja o desinvestimento, a manutenção do *status quo* ou a injeção de novo capital) tem de ser apreciada caso a caso, com base nos seus próprios méritos e por comparação com o comportamento de um investidor prudente numa economia de mercado.

— *Conclusão sobre a vantagem*

(128) Por conseguinte, face ao acima exposto, a Comissão conclui que a alegada cobertura das perdas anuais não conferiu uma vantagem económica à WestSpiel, porquanto esses pagamentos apenas utilizaram o capital próprio da WestSpiel (ver considerandos 100 a 104) e o NRW.BANK adotou um comportamento economicamente racional ao decidir manter a sua entrada de capital na WestSpiel, no sentido em que, em termos económicos, fazia sentido não vender com prejuízo e esperar por uma ocasião mais favorável (mesmo que tal implicasse, possivelmente, continuar a incorrer em perdas, ou seja, assistir à redução do capital da WestSpiel, mesmo em maior medida) para poder compensar essa utilização de capital através da venda da WestSpiel com lucro.

6.1.2. *Alegada injeção de capital em 2015*

6.1.2.1. Relação entre o mecanismo de transferência dos lucros e a injeção de capital

(129) Para decidir se a alegada injeção de capital deve ser considerada um auxílio estatal, a Comissão deve, em primeiro lugar, determinar se a transferência dos lucros em 2014 ([53]) e a injeção de capital na WestSpiel, no montante de 64,8 milhões de EUR, efetuada pela Renânia do Norte-Vestefália em 2015, devem ser consideradas duas medidas diferentes ou uma única operação.

(130) Com base nas informações fornecidas pela Alemanha sobre o sistema de injeção de capital (ver considerandos 48 e 49), conclui-se que a obrigação do NRW.BANK de entrar com capital social adicional para a WestSpiel se tornou juridicamente vinculativa em 1 de dezembro de 2015, em conformidade com o acordo fiduciário e cumprida a condição de pagamento pendente («… não antes da assinatura do acordo de participação passiva…», conforme explicado no considerando 26). Assim, a Comissão considera que a data efetiva de concessão da medida foi 1 de dezembro de 2015. A posição da Comissão também não é alterada pelo facto de os fundos da entrada só

([52]) Ver, por exemplo, a Decisão da Comissão, de 23 de fevereiro de 2011, relativa ao auxílio estatal C 58/06 (ex NN 98/05) concedido pela Alemanha a favor das empresas Bahnen der Stadt Monheim (BSM) e Rheinische Bahngesellschaft (RBG) no Verkehrsverbund Rhein-Ruhr [C(2011) 632 final] (JO L 210 de 17.8.2011, p. 1), a Decisão da Comissão, de 15 de junho de 2011, relativa ao auxílio estatal SA.31296 (N 322/2010) — Alemanha — Kommunale Wasserwerke Leipzig GmbH [C(2011) 3899] (JO C 1 de 4.1.2013, p. 2), a Decisão da Comissão, de 13 de junho de 2024, relativa ao auxílio estatal SA.55744 (2024/C) (ex 2019/FC) — Alegado auxílio à WestVerkehr [C(2024) 2781 final] (JO C, C/2024/4762, 30.7.2024, p. 1) e a Decisão da Comissão, de 31 de janeiro de 2022, relativa ao auxílio estatal SA.50952 (2022/C) (ex 2018/FC) — Alegadas medidas de auxílio estatal a favor da DB Cargo [C(2022) 639 final] (JO C 316 de 18.8.2022, p. 20). Esta prática apoia-se igualmente no artigo 302.º, n.º 1, da AktG (Lei das sociedades anónimas), que prevê explicitamente a possibilidade de cobertura das perdas anuais pela outra parte num acordo de subordinação ou de transferência de lucros.

([53]) Com base no artigo 14.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior) (ver considerando 32), que exigia que a WestSpiel transferisse 75 % dos seus lucros anuais globais, ou seja, um montante de cerca de 82 milhões de EUR, após a venda de duas obras de arte, para a Renânia do Norte-Vestefália.

terem sido transferidos da Renânia do Norte-Vestefália para o NRW.BANK, enquanto administrador fiduciário, em 10 de dezembro de 2015 e de a transferência final destes fundos do NRW.BANK para a WestSpiel ter ocorrido em 15 de dezembro de 2015, uma vez que se tratou simplesmente da conclusão do processo.

(131) A Alemanha considera que o mecanismo de transferência dos lucros e a injeção de capital têm de ser considerados uma única operação e que a Renânia do Norte-Vestefália podia igualmente ter alterado o artigo 14.º da *SpielbG* (versão anterior) em vez de injetar capital na WestSpiel.

(132) Segundo a Alemanha, avaliadas em conjunto, a transferência dos lucros em 2014, num valor aproximado de 82 milhões de EUR, e a «reinjeção» de 64,8 milhões de EUR na WestSpiel em 2015, teriam levado a um fluxo financeiro líquido de cerca de 17,2 milhões de EUR da WestSpiel para o Estado. Partindo deste ponto de vista, a Alemanha alega que, quando muito, a medida conferiu uma desvantagem, e não uma vantagem, à WestSpiel. No entanto, a Comissão não concorda com esta argumentação. Efetivamente, a transferência dos lucros e a injeção de capital não são submedidas de uma medida complexa. São duas medidas diferentes, e cada uma segue a sua própria lógica. No caso em apreço, a injeção de capital não pode ser vista como uma submedida de uma medida geral. O montante primeiramente pago pela WestSpiel, no âmbito do mecanismo de transferência dos lucros baseado no artigo 14.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior), era devido a título de imposto e foi recebido pelo Estado na sua qualidade de autoridade pública.

(133) A injeção de capital é uma medida distinta, como resulta claramente da sua natureza e do seu objeto, do seu contexto, do objetivo visado e das regras a que está sujeita. Contrariamente ao mecanismo de transferência dos lucros, a injeção de capital não é uma medida fiscal, visto que não é tomada pelo Estado na sua qualidade de autoridade tributária, mas resulta de uma decisão do Estado na sua qualidade de acionista e, portanto, de investidor. Além disso, as medidas não foram adotadas nem ao abrigo das mesmas regras nem com as mesmas modalidades de funcionamento. De facto, o regime de transferência dos lucros foi adotado já em 2008, ao passo que a injeção de capital foi concedida em 1 de dezembro de 2015, conforme explicado no considerando 130. A «abordagem em duas fases» (ou seja, a transferência dos lucros de 2014 e a «reinjeção» do capital de 2015) referida pela Alemanha apenas ocorreu nessa sequência, em resultado do regime fiscal, criado sete anos antes e mantido após a injeção de capital. De igual modo, não se pode alegar que esta injeção de capital era previsível no momento da criação do regime de transferência dos lucros.

(134) Além disso, o facto de a Renânia do Norte-Vestefália não ter alterado a *SpielbG* para compensar a «desvantagem estrutural» originada pelo mecanismo de transferência dos lucros demonstra que a Renânia do Norte-Vestefália considerou o mecanismo de transferência dos lucros um fator externo que não fazia parte dos seus acordos entre acionistas com a WestSpiel. Consequentemente, o mecanismo de transferência dos lucros e a injeção de capital não podem ser considerados uma única operação, mas devem antes ser encarados como duas medidas diferentes.

— *Conclusão sobre a relação entre o mecanismo de transferência dos lucros e a injeção de capital*

(135) Com base no que precede, a Comissão conclui que o raciocínio da Alemanha quanto à existência de uma única operação não pode ser evocado para excluir a existência de uma vantagem, pois a transferência dos lucros e a injeção de capital devem ser vistas como duas medidas independentes.

6.1.2.2. Apreciação da injeção de capital

(136) Dado serem medidas autónomas (ver secção 6.1.2.1), a transferência dos lucros e a injeção de capital têm de ser objeto de uma apreciação distinta. O mecanismo de transferência dos lucros previsto no artigo 14.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior) não constitui um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE. Resulta desde logo da natureza do mecanismo de transferência dos lucros que não existe uma transferência de recursos estatais suscetível de melhorar a situação económica de uma empresa, uma vez que o fluxo de fundos ocorre do casino público para o Estado e não o inverso. Por conseguinte, a apreciação que se segue centrar-se-á exclusivamente na injeção de capital.

6.1.2.2.1. Empresa

(137) As regras em matéria de auxílios estatais só são aplicáveis se o beneficiário de uma medida for uma empresa. O Tribunal de Justiça tem sistematicamente definido empresas como entidades que desenvolvem uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo como são financiadas ([54]). A classificação de uma determinada entidade como uma empresa depende assim, inteiramente, da natureza das suas atividades ([55]).

(138) Enquanto casino público, a WestSpiel oferece serviços (designadamente, serviços de jogo, mas também serviços de restauração) mediante remuneração (taxas de entrada, uma percentagem dos prémios das apostas e preços de outros serviços) num mercado. Por conseguinte, a WestSpiel desenvolve atividades económicas para efeitos de auxílio estatal e pode, por conseguinte, ser considerada uma empresa na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE.

6.1.2.2.2. Recursos estatais e imputabilidade

(139) Só as vantagens concedidas, direta ou indiretamente, através de recursos estatais, constituem auxílios estatais na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE ([56]). Os recursos estatais incluem todos os recursos do setor público ([57]), incluindo os recursos de entidades intraestatais (descentralizadas, federadas, regionais ou outras) ([58]) e, em determinadas circunstâncias, os recursos de organismos privados. É irrelevante se uma instituição do setor público é ou não autónoma ([59]).

(140) Os recursos das empresas públicas constituem igualmente recursos estatais na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, uma vez que o Estado é capaz de orientar a utilização destes recursos ([60]). Para efeitos da legislação em matéria de auxílios estatais, as transferências dentro de um grupo de empresas públicas podem também constituir um auxílio estatal se, por exemplo, os recursos forem transferidos da empresa-mãe para a sua filial (mesmo se constituírem uma única empresa do ponto de vista económico) ([61]). O que determina a classificação de recursos financeiros como recursos estatais não é a transferência efetiva dos recursos, mas sim o facto de estes estarem sob o controlo do Estado e à disposição das autoridades públicas ([62]).

(141) Nos casos em que uma autoridade pública concede uma vantagem a um beneficiário, a medida é, por definição, imputável ao Estado. No entanto, a imputabilidade é menos evidente se a vantagem for concedida através de empresas públicas. Nesses casos, é necessário determinar se é possível considerar que as autoridades públicas estiveram implicadas, de uma forma ou de outra, na adoção da medida ([63]). O mero facto de uma medida ser adotada por uma empresa pública não é, por si só, suficiente para considerá-la imputável ao Estado ([64]). Por conseguinte, a imputabilidade ao Estado de uma medida adotada por uma empresa pública pode ser deduzida de um conjunto de indícios resultantes das circunstâncias do caso concreto e do contexto no qual essa medida foi tomada ([65]).

([54]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de setembro de 2000, Pavlov e o., processos apensos C-180/98 a C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, n.º 74; acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de janeiro de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e outros, processo C-222/04, ECLI:EU: C:2006:8, n.º 107.

([55]) Ver pontos 6 e 7 da 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 C 262 de 19.7.2016, p. 1).

([56]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de janeiro de 1978, Van Tiggele, processo C-82/77, ECLI:EU:C:1978:10, n.ºs 25 e 26; acórdão do Tribunal Geral de 12 de dezembro de 1996, Air France/Comissão, processo T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, n.º 63.

([57]) Acórdão do Tribunal Geral de 12 de dezembro de 1996, Air France/Comissão, processo T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, n.º 56.

([58]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de outubro de 1987, Alemanha/Comissão, processo C-248/84, ECLI:EU:C:1987:437, n.º 17; acórdão do Tribunal Geral de 6 de março de 2002, Territorio Histórico de Álava e outros/Comissão, processos apensos T-92/00 e T-103/00, ECLI:EU:T:2002:61, n.ºs 57 e seguintes.

([59]) Acórdão do Tribunal Geral de 12 de dezembro de 1996, Air France/Comissão, processo T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, n.ºs 58 a 62.

([60]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de maio de 2002, França/Comissão (Stardust), processo C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, n.º 38; acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de abril de 2004, Grécia/Comissão, processo C-278/00, ECLI:EU:C:2004:239, n.ºs 53 e 54; acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de maio de 2003, Itália e SIM 2 Multimedia/Comissão, processos apensos C-328/99 e C-399/00, ECLI:EU:C:2003:252, n.ºs 33 e 34.

([61]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de julho de 1996, SFEI e outros, processo C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, n.º 62.

([62]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de maio de 2002, França/Comissão (Stardust), processo C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, n.ºs 36 e 37.

([63]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de maio de 2002, França/Comissão (Stardust), processo C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, n.º 52.

([64]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de maio de 2002, França/Comissão (Stardust), processo C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294; acórdão do Tribunal Geral de 26 de junho de 2008, SIC/Comissão, processo T-442/03, ECLI:EU:T:2008:228, n.ºs 93 a 100.

([65]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de maio de 2002, França/Comissão (Stardust), processo C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, n.º 55.

(142) No que toca à conclusão da Comissão, constante do considerando 94 da decisão de início do procedimento, de que a injeção de capital é concedida a partir de recursos estatais, a Alemanha alega (ver considerando 82) que a injeção de capital não envolve recursos estatais, pois o capital injetado resultou, efetivamente, da venda de duas obras de arte da WestSpiel e, por conseguinte, do preço de 114,4 milhões de EUR que o comprador pagou pelas mesmas.

(143) Quanto ao critério dos recursos estatais, a Comissão não concorda com o argumento da Alemanha, uma vez que a transferência dos lucros no valor aproximado de 82 milhões de EUR foi uma etapa entre a venda das obras de arte e a injeção de capital. Através da transferência dos lucros, este montante foi transferido da WestSpiel para o Estado e, a partir desse momento, não se pode considerar que esses recursos fossem privados, visto que o Estado exercia controlo sobre os mesmos.

(144) Relativamente à imputabilidade da medida, a Comissão observa que a decisão de injeção de capital foi tomada pela Renânia do Norte-Vestefália, conforme descrito nos considerandos 47 a 49, e que as considerações sobre a cobertura das perdas constantes do considerando 70 da decisão de início do procedimento se lhe aplicam *mutatis mutandis* (ver considerando 95 da decisão de início do procedimento). Conforme nela explicado, a Comissão observa que i) o NRW.BANK é o banco de fomento da Renânia do Norte-Vestefália, que tem por missão apoiar o seu proprietário — a Renânia do Norte-Vestefália — no cumprimento das suas missões de política estrutural e económica, ii) a Renânia do Norte-Vestefália é o garante do NRW.BANK e iii) os órgãos de direção do NRW.BANK e, em especial, o Conselho de Garantes e o órgão de fiscalização, são compostos, na sua maioria, por titulares de cargos públicos.

(145) De igual modo, a Comissão declarou, no considerando 70 da decisão de início do procedimento, que estas considerações seriam objeto de esclarecimentos adicionais, designadamente quanto à estrutura do NRW.BANK, aos seus processos decisórios e ao envolvimento do Estado nas (eventuais) decisões. Neste contexto, a Comissão observa o seguinte:

— Segundo o relatório sobre a governação pública, incluído no relatório financeiro do NRW.BANK relativo ao ano de 2015 ([66]), a Renânia do Norte-Vestefália é o garante e único acionista do NRW.BANK. Neste contexto, a Renânia do Norte-Vestefália dotou o NRW.BANK de instrumentos de garantia específicos, nomeadamente a responsabilidade institucional e a responsabilidade enquanto garante, e forneceu uma garantia explícita de refinanciamento.

— O NRW.BANK dispõe de um Conselho de Garantes, no qual a Renânia do Norte-Vestefália exerce os seus direitos no âmbito das suas competências e enquanto proprietária do NRW.BANK, e exerce os seus direitos de voto por intermédio de dois representantes. Os restantes membros do Conselho de Garantes são o ministro dos Assuntos Económicos, o ministro das Finanças e o ministro da Habitação da Renânia do Norte-Vestefália, além dos membros *ex officio*.

— No que diz respeito ao Conselho de Administração do NRW.BANK, o relatório sobre a governação pública explica que, enquanto órgão de fiscalização do NRW.BANK, cabe-lhe acompanhar a gestão levada cabo pelo Conselho Executivo e nomear e destituir os membros deste último. Em 2015, o Conselho de Administração era composto por um total de 15 membros, dos quais sete, portanto, a maioria, designados pela Renânia do Norte-Vestefália como garantes do NRW.BANK.

— Além disso, o NRW.BANK é igualmente fiscalizado pelo Estado, mais especificamente pelo Ministério do Interior e pelo Ministério da Habitação da Renânia do Norte-Vestefália (em matéria de habitação).

(146) À luz dos indicadores apresentados *supra*, a Comissão regista que, na qualidade de único garante do NRW.BANK, exercendo os direitos de voto através dos seus ministros no Conselho de Garantes e designando a maioria dos membros do órgão de fiscalização, o qual controla as ações do Conselho Executivo do NRW.BANK, a Renânia do Norte-Vestefália e, por conseguinte, o Estado exerciam uma influência determinante sobre o NRW.BANK e as decisões tomadas nos seus órgãos sociais aquando da injeção de capital na WestSpiel em 2015. Deste modo, a Comissão observa que a injeção de capital pode também ser considerada imputável ao Estado.

(147) Por conseguinte, a Comissão considera que, quanto à injeção de capital de 2015, as ações do NRW.BANK implicam uma transferência de recursos estatais e são imputáveis ao Estado.

([66]) Ver o relatório financeiro do NRW.BANK 2015, pp. 7-23.

6.1.2.2.3. Vantagem

(148) Tal como descrito *supra*, uma vantagem na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, é qualquer benefício económico que uma empresa não teria obtido em condições normais de mercado, isto é, na ausência da intervenção do Estado. De acordo com a jurisprudência dos tribunais da União, para determinar a existência de uma vantagem, deve, em princípio, ser comparada a situação financeira da empresa na sequência da medida com a situação financeira em que estaria se a medida não tivesse sido tomada ([67]).

(149) A Comissão considerou, no considerando 76 da decisão de início do procedimento, que a injeção de novo capital, no montante de 64,8 milhões de EUR, efetuada pela Renânia do Norte-Vestefália em 2015 conferia, quando considerada isoladamente, uma vantagem à WestSpiel. A este respeito, a Comissão observou que a transferência dos lucros, tal como reconhecido pela Alemanha, constitui um imposto na aceção do Código Fiscal alemão, ao passo que a injeção de capital de 2015 tinha uma natureza diferente.

(150) Nas suas observações sobre a decisão de início do procedimento, a Alemanha sustenta que, no caso em apreço, a injeção de capital não conferiu uma vantagem à WestSpiel, para o que invoca cinco argumentos. Em primeiro lugar, a injeção de capital constituiu uma simples «reinjeção» parcial dos lucros transferidos a partir da WestSpiel. Em segundo lugar, a injeção de capital foi conforme com o PIEM, uma vez que, ao injetar o capital, a Renânia do Norte-Vestefália agiu como um investidor privado em circunstâncias comparáveis. Em terceiro lugar, a Alemanha explica que a injeção de capital não representou um auxílio estatal, visto que apenas compensou a WestSpiel pela sua desvantagem estrutural (ou seja, a sua elevada carga fiscal). Em quarto lugar, a Alemanha alega que, em todo o caso, o mesmo resultado económico poderia ter sido alcançado mediante uma alteração legislativa (que aliviasse a carga fiscal da WestSpiel). Em quinto lugar, segundo a Alemanha, um hipotético auxílio teria sido amplamente reembolsado com a obtenção de um preço mais elevado na venda da WestSpiel (ver secção 4.2).

6.1.2.2.3.1. Apreciação do argumento da Alemanha segundo o qual a injeção de capital está em conformidade com o critério do PIEM

(151) Conforme explicado no considerando 78, a Alemanha considera que a injeção de capital realizada pelo NRW.BANK em 2015 correspondeu ao comportamento de um investidor privado em circunstâncias comparáveis, pelo que está em conformidade com o critério do PIEM. A Alemanha alega que a injeção de capital era necessária para restabelecer a rentabilidade da WestSpiel e, desse modo, manter o capital já investido na empresa. A Alemanha baseia o seu raciocínio sobre o PIEM numa «visão a curto prazo» ([68]) e numa «visão a longo prazo» ([69]).

— *Aplicabilidade do critério do PIEM*

(152) A Comissão observa que, para que seja possível basear-se no critério do PIEM, este critério deve, antes de mais e em qualquer caso, ser aplicável. Dito de outro modo, deve ser possível comparar o comportamento do Estado com o de um investidor privado, que não beneficia das prerrogativas e das receitas de uma autoridade tributária na sua relação com uma empresa. A fim de satisfazer o critério do PIEM, incumbe aos Estados-Membros demonstrar, de forma inequívoca e com base em elementos objetivos e verificáveis, que a medida aplicada decorre da qualidade de acionista do Estado em causa. Esses elementos devem demonstrar de forma clara que o Estado-Membro em causa adotou, prévia ou simultaneamente à concessão da vantagem económica, uma decisão baseada em avaliações económicas comparáveis às que, nas circunstâncias do caso em apreço, um investidor privado razoável teria efetuado antes de proceder ao investimento, a fim de determinar a sua rentabilidade futura.

(153) A Comissão considera que a Alemanha não apresentou elementos de prova que preencham tais critérios e que, portanto, o critério do PIEM não é aplicável à injeção de capital, conforme se explica imediatamente a seguir.

([67]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de julho de 1974, Itália/Comissão, processo C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, n.º 13.
([68]) A Alemanha explica que a injeção de capital estava em conformidade com o PIEM enquanto medida autónoma.
([69]) A Alemanha alega que, com base na jurisprudência do processo EDF, podia ter em conta, para efeitos da apreciação, o facto de as receitas fiscais virem a ser mais elevadas no futuro. Além disso, a Alemanha alega que a injeção de capital foi necessária para restabelecer a rentabilidade da WestSpiel e, desse modo, manter o capital já investido na empresa.

(154) A Alemanha alega que foi efetuada uma avaliação *ex ante* mediante o relatório [da análise independente]. Porém, nem o relatório [da análise independente] nem qualquer outro documento fornecido pela Alemanha preenchem os critérios descritos no considerando 152. Contrariamente ao que um investidor numa economia de mercado teria feito, a Alemanha não realizou qualquer avaliação *ex ante* da rentabilidade da injeção de capital. O critério do PIEM não é aplicável à simples «reinjeção» de parte de um pagamento fiscal numa empresa sem qualquer análise *ex ante* da rentabilidade (ver, por analogia, o acórdão do Tribunal Geral de 16 de janeiro de 2018, EDF/Comissão, T-747/15, e o despacho do Tribunal de Justiça de 13 de dezembro de 2018, EDF/Comissão, C-221/18 P). Designadamente, o relatório [da análise independente] não determina se a injeção de capital de 2015 constituiu um investimento razoável nem avalia os cenários contrafactuais (liquidação, venda ou «ausência de ação», em vez de uma injeção de capital).

(155) Conforme explicado no considerando 91 da decisão de início do procedimento, a Comissão considera que a Alemanha não dispunha de elementos que pudessem demonstrar que, com a injeção de capital, a Renânia do Norte-Vestefália teria gerado — numa perspetiva *ex ante* — um rendimento do capital adicional que não teria gerado na ausência da referida injeção.

(156) O relatório [da análise independente] não inclui uma tal análise dos cenários contrafactuais (a situação da WestSpiel sem a injeção de capital), em comparação com o cenário factual (a situação da WestSpiel com a injeção de capital). No que respeita à remissão da Alemanha para a página 101 do relatório [da análise independente] (ver considerando 74), conforme explicado no considerando 121, esta previsão de liquidez da WestSpiel para o período de 2015 a 2023 descreve apenas a evolução da empresa sem a injeção de capital prevista (após a venda das obras de arte e a transferência dos lucros), mas não inclui a situação com a injeção de capital.

(157) A página 106 do relatório [da análise independente] apresenta uma previsão da evolução da liquidez para o período de 2014 a 2023 e no cenário com a injeção de capital. No entanto, a análise deste cenário continua a cingir-se às afirmações de que «com a injeção de capital, a WestSpiel KG dispõe de recursos financeiros positivos durante todo o período de previsão» e de que a liquidez não desceria abaixo da «liquidez mínima de 5 milhões de EUR» e «ultrapassaria ligeiramente a liquidez mínima no segundo trimestre de 2020». Além destas estimativas, não existe outra análise, nem, designadamente, qualquer explicação sobre como iria a injeção de capital influenciar concretamente (positivamente) o desempenho financeiro futuro da WestSpiel ([70]).

(158) Além disso, também no que toca à eventual liquidação ou venda da WestSpiel como cenários contrafactuais à injeção de capital, o relatório [da análise independente] não apresenta qualquer descrição ou análise da hipotética aplicação de um destes cenários.

(159) Por conseguinte, a Alemanha não apresentou nem um plano de negócios pormenorizado nem qualquer outra análise que comparasse, por um lado, o cenário geral sem a injeção de capital, designadamente os cenários contrafactuais específicos da «ausência de ação», da liquidação ou da venda, incluindo estimativas exatas e completas da rentabilidade futura e análises pormenorizadas dos custos e dos lucros, com, por outro, o cenário factual da injeção de capital.

— *Conclusão sobre a aplicabilidade do critério do PIEM*

(160) Por estes motivos, a Comissão considera que o critério do PIEM não é aplicável à injeção de capital.

— *Aplicação do critério do PIEM*

(161) Sem prejuízo da apreciação *supra*, na qual conclui pela inaplicabilidade do critério do PIEM, a Comissão considera, a título subsidiário, que, mesmo que fosse aplicável, o critério do PIEM não seria cumprido.

(162) A Comissão examinará em seguida os dois argumentos (visão «a curto prazo» e visão «a longo prazo») aduzidos pela Alemanha, conforme explicados no considerando 78.

— *«Visão a curto prazo» da Alemanha*

([70]) Em particular, não é feita qualquer referência à evolução da RBJ anual.

(163) Em primeiro lugar, no que diz respeito à visão «a curto prazo» da Alemanha, conforme explicada no considerando 78, ao analisar a conformidade com o PIEM da injeção de capital de 2015 como uma medida autónoma (ou seja, sem ter em conta as receitas fiscais da transferência dos lucros), a Comissão não concorda com a afirmação de que um investidor privado não teria qualquer opção alternativa ao modelo das três etapas (venda das obras de arte, transferência dos lucros e injeção de capital) e de que a única opção alternativa possível seria a não aplicação das medidas e, com isso, a perda por inteiro do valor da participação do NRW.BANK na WestSpiel, bem como das perspetivas de receitas futuras.

(164) A Comissão considera que, contrariamente à sua posição sobre os cenários contrafactuais relativos à cobertura das perdas anuais, a liquidação ou a venda da WestSpiel teriam sido opções economicamente mais razoáveis do que a injeção de capital efetuada pelo NRW.BANK em 2015. Realizada para assegurar a sobrevivência da empresa, essa injeção de capital apenas satisfaz o critério do PIEM se permitir antever (com base em considerações *ex ante*) um resultado melhor do que as outras duas opções. Em qualquer caso, a análise baseada nesse critério deve ocorrer *ex ante*.

(165) A Comissão apreciou os cenários contrafactuais (liquidação ou venda da WestSpiel ou «ausência de ação») em comparação com o cenário factual (injeção de capital) escolhido pelo NRW.BANK para determinar se um investidor privado em circunstâncias comparáveis teria agido da mesma forma.

(166) A apreciação baseia-se sobretudo nas contas anuais da WestSpiel e nos relatórios [da XY] relativos a 2013 e 2014, porquanto estes documentos correspondem ao período que antecedeu a decisão do NRW.BANK de conceder a injeção de capital em dezembro de 2015, sendo, portanto, os mais adequados para apurar a situação da WestSpiel no momento da injeção de capital ([71]). A Comissão examinou igualmente as previsões e os planos de lucros e perdas, o balanço e o fluxo de tesouraria da WestSpiel nos anos de 2015 a 2023, conforme fornecidos no relatório [da análise independente].

— *Apreciação dos cenários contrafactuais: liquidação e venda*

(167) De acordo com as contas anuais da WestSpiel e os relatórios [da XY], conforme indicado no considerando 113, o passivo excedeu o capital da WestSpiel nos anos de 2010 a 2015, ou seja, também em 2013 e 2014. Mais precisamente, as contas da WestSpiel apresentam um passivo de 17,5 milhões de EUR e um capital de 9,6 milhões de EUR em 2013 e um passivo de 17,6 milhões de EUR e um capital de cerca de 14 milhões de EUR em 2014. Consequentemente, na mesma ordem de ideias, a Comissão considera que, durante o período anterior à injeção de capital de dezembro de 2015, a liquidação da WestSpiel só teria sido possível a um valor negativo, ou seja, o passivo teria excedido o capital da WestSpiel (ver considerando 109). De igual modo, quanto a uma eventual venda, a empresa não seria então muito atrativa.

(168) Contudo, apesar da elevada probabilidade de o NRW.BANK não conseguir manter a sua participação na WestSpiel com uma liquidação ou venda em 2013 ou 2014, a liquidação ou a venda da empresa, ou a possibilidade de não agir de todo, teriam, ainda assim, sido preferíveis à injeção de capital. Com efeito, as contas anuais da WestSpiel têm de ser analisadas de uma perspetiva diferente no que se refere à injeção de capital e à cobertura das perdas anuais, uma vez que as situações não são comparáveis:

— Em primeiro lugar, um investidor privado razoável não teria injetado mais capital para reforçar uma empresa se investimentos significativos já feitos no passado (a cobertura das perdas anuais desde 2009) não tivessem gerado resultados positivos na situação financeira dessa empresa. Conforme descrito no considerando 119, a situação da WestSpiel não melhorou com a cobertura das perdas anuais; pelo contrário, a RBJ anual continuou em queda e as perdas líquidas anuais mantiveram-se continuamente elevadas até à venda das obras de arte em 2014. Em 2014, a WestSpiel registou um lucro líquido reduzido. No momento em que a decisão da injeção de capital foi tomada, em 2014, um investidor privado estaria em condições de avaliar os efeitos da cobertura das perdas anuais concedida à WestSpiel nos últimos cinco anos e de concluir que a situação da empresa continuava a piorar. Por conseguinte, um investidor razoável não teria injetado capital adicional, assumindo o risco de perdas financeiras ainda mais elevadas e teria, em vez disso, procedido imediatamente à liquidação ou à venda da empresa.

([71]) O relatório [da análise independente] baseia-se igualmente nas informações sobre a atividade da WestSpiel relativas a 2013 e 2014; ver p. 114 do relatório [da análise independente].

— Em segundo lugar, a cobertura das perdas anuais constituiu um comportamento puramente passivo por parte um acionista, que não exigiu qualquer ação específica ou decisão ativa, pois o processo pelo qual os acionistas de uma sociedade em comandita compensam as perdas do capital próprio decorre de uma obrigação estabelecida no direito das sociedades alemão (ver considerandos 103 e 104). Ao invés, a decisão de injetar novo capital é uma decisão ativa e não advém de um mero automatismo jurídico. Por conseguinte, para um investidor, o limite da decisão de conceder uma injeção de capital é muito mais elevado, pelo que esta medida tem de ser analisada de forma mais rigorosa do que a situação da cobertura das perdas anuais, que constitui uma mera «ausência de ação».

— Em terceiro lugar, mesmo que, a propósito da cobertura das perdas, a Comissão considere ser compreensível que um acionista que efetuou um investimento significativo (a entrada de capital inicial) e aceitou perdas numa empresa durante um longo período de tempo se abstenha de liquidá-la ou vendê-la (ver considerandos 107 a 125), tal não se aplica à injeção de capital. A Comissão entende que este argumento não pode aplicar-se por tempo indeterminado e a um montante ilimitado de perdas registadas por uma empresa, uma vez que tal levaria à possibilidade de um investidor realizar um investimento inicial numa empresa e, em seguida, aceitar perdas ou efetuar pagamentos adicionais sem ter de apreciar novamente a rentabilidade e a racionalidade desse investimento contínuo.

— Em quarto lugar, a Comissão regista que a previsão da situação financeira da WestSpiel para o período de 2021 a 2023 era bastante positiva, antevendo-se uma alteração do saldo de pagamentos de negativo para positivo (ver considerandos 74 e 121). No entanto, para um investidor privado comparável, não teria sido aceitável abster-se de proceder a uma liquidação ou venda em 2015 (altura em que ocorreu a injeção de capital) e esperar pela melhoria prevista da situação financeira da empresa. Com efeito, o período entre 2015 e 2021 é muito longo, e não seria razoável pedir a um acionista para adiar uma decisão urgente e necessária por mais seis anos. Mais concretamente, é necessário ter em conta as perdas adicionais em que o acionista teria provavelmente incorrido durante estes anos, bem como a incerteza económica e financeira, visto que a previsão prevê ainda um saldo de pagamentos negativo da WestSpiel até ao ponto de viragem final, em 2021. Em qualquer caso, a alternativa razoável a uma venda ou liquidação em 2015 não teria sido, pelos motivos acima expostos, a injeção de capital, mas apenas a mera possibilidade de um acionista não agir e aceitar uma cobertura adicional das perdas anuais ao abrigo do automatismo previsto no HGB, como já ocorrera nos anos anteriores.

— *Conclusão sobre a apreciação dos cenários contrafactuais*

(169) Por conseguinte, com base nos argumentos apresentados na apreciação dos cenários contrafactuais específicos, a Comissão conclui que um investidor privado comparável teria optado por liquidar ou vender a empresa ou por não agir de todo, em vez de realizar outro investimento, injetando mais capital numa empresa globalmente deficitária, e correndo o risco de perder, além do capital remanescente em causa, também os montantes recém-injetados.

— *«Visão a longo prazo» da Alemanha*

(170) No que toca à visão «a longo prazo» da Alemanha, conforme explicado no considerando 78, a Comissão sustenta que, tendo em conta a jurisprudência do processo EDF ([72]), há que distinguir a atuação do Estado na qualidade de investidor (ao abrigo da qual realizou a injeção de capital) e na qualidade de autoridade pública (ao abrigo da qual recebeu a transferência dos lucros).

([72]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de junho de 2012, Comissão/EDF, processo C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318.

(171) Tal como referiu o Tribunal de Justiça, para efeitos da apreciação da questão de saber se a mesma medida teria sido adotada em condições normais do mercado por um operador privado colocado numa situação o mais semelhante possível à do Estado, só podem ser tidos em conta os benefícios e as obrigações relacionados com a situação deste último na qualidade de operador privado, com exclusão dos relacionados com a sua qualidade de poder público ([73]).

(172) Quanto ao argumento da Alemanha de que a apreciação da conformidade da injeção de capital com o PIEM devia incluir os impostos adicionais da WestSpiel ([74]) nas receitas, a Comissão observa que tal consideração não consta entre os elementos a ter em conta por um investidor numa economia de mercado.

(173) A jurisprudência não permite concluir que uma vantagem sob a forma de investimento de capital numa empresa pode ser neutralizada pelo pagamento de impostos sobre os lucros da empresa. Neste sentido, mesmo que a injeção de capital fosse necessária para permitir a sobrevivência da empresa e evitar um processo de insolvência, conforme explicado nos considerandos 152 a 159, não existiam elementos *ex ante* suficientes para provar que se previa que o investimento produzisse lucros ou evitasse perdas adicionais (em comparação com os cenários contrafactuais, ou seja, a liquidação ou a venda da WestSpiel).

— *Conclusão sobre a aplicação do critério do PIEM*

(174) Tendo em conta a apreciação dos cenários contrafactuais com base nas informações disponibilizadas à Comissão sobre a situação financeira da WestSpiel aquando da decisão sobre a injeção de capital em 2015 (ver considerando 167) e a conclusão da Comissão de que o pagamento de impostos não pode neutralizar uma vantagem (ver considerando 173), a Comissão considera que a medida não está em conformidade com o critério do PIEM.

(175) A Comissão parte do princípio de que, dada a situação deficitária da WestSpiel, um investidor privado racional não decidiria injetar mais capital sem proceder a avaliações, mesmo que de caráter geral, que demonstrassem a existência de probabilidades razoáveis de obter lucros futuros, inclusive, se necessário, com a eventual venda ou liquidação da empresa ([75]).

6.1.2.2.3.2. Alegada compensação de desvantagem estrutural

(176) A Alemanha alega (ver considerando 79) que a injeção de capital de 2015 não conferiu uma vantagem à WestSpiel e, portanto, não constituiu um auxílio estatal, uma vez que compensou a empresa pela sua desvantagem estrutural de ser sujeita a uma tributação mais elevada do que a dos seus concorrentes privados (em conformidade com a jurisprudência do processo Combus ([76])). Mais especificamente, o artigo 14.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior) impediu a WestSpiel de utilizar o produto dos ativos que tinha vendido (ou seja, as suas receitas extraordinárias obtidas com a venda das obras de arte).

(177) No entanto, a Comissão não concorda com a Alemanha. No mais recente acórdão «Orange» ([77]), o Tribunal de Justiça esclareceu que, embora a compensação de uma desvantagem estrutural possa, em determinadas circunstâncias, ser compatível com o mercado interno, continua a representar um auxílio estatal. Mais especificamente, o Tribunal esclareceu, no n.º 44 do acórdão, que, com exceção dos casos de serviços de interesse económico geral abrangidos pelos critérios Altmark ([78]), uma vantagem económica concedida através de recursos estatais deve ser considerada um auxílio estatal se estiverem preenchidas as restantes condições para a existência de auxílio.

([73]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de março de 2018, Comissão/FIH Holding e FIH Erhversbank, processo C-579/16 P, EU:C:2018:159, n.º 55; acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de junho de 2012, Comissão/EDF, processo C-124/10 P, EU:C:2012:318, n.º 79 e jurisprudência aí citada; acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de outubro de 2013, Land Burgenland e outros/Comissão, processos apensos C-214/12 P, C-215/12 P e C-223/12 P, EU:C:2013:682, n.º 52.

([74]) Impostos gerados pela injeção de capital proveniente do orçamento estadual da Renânia do Norte-Vestefália.

([75]) Acórdão do Tribunal Geral de 25 de junho de 2015, SACE e SACE BT/Comissão, processo T-305/13, ECLI:EU:T:2015:435, n.ºs 178 a 180.

([76]) Acórdão do Tribunal Geral de 16 de março de 2004, Danske Busvognmænd/Comissão, processo T-157/01, ECLI:EU:T:2004:76, n.º 57.

([77]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de outubro de 2016, Orange/Comissão, processo C-211/15 P, ECLI:EU:C:2016:798, n.ºs 22 a 34.

([78]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de julho de 2003, Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg, processo C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

(178) Além disso, a Comissão observa que os acórdãos dos processos Combus e Orange dizem ambos respeito a medidas de compensação destinadas a cobrir custos anormais em comparação com os dos concorrentes privados. No entanto, no caso em apreço, a medida não visa uma desvantagem «estrutural», mas antes uma alienação pontual de ativos, que permite que uma empresa continue a operar apesar de ter um modelo de negócios não rentável.

(179) Tendo em conta o que precede, a Comissão conclui que não se pode considerar que a injeção de capital de 2015 não implica um auxílio estatal com fundamento no facto de representar uma compensação da desvantagem estrutural da WestSpiel.

6.1.2.2.3.3. Alegada inexistência de uma vantagem devido à possibilidade de alcançar o mesmo resultado económico através de alterações legislativas

(180) A Alemanha explica igualmente (ver considerando 80) que teria sido possível alcançar o mesmo resultado económico obtido coma injeção de capital através de alterações legislativas, ou seja, alterando o regime fiscal aplicável à WestSpiel.

(181) A Comissão considera que este argumento não é pertinente para a questão de saber se a injeção de capital do NRW.Bank em 2015 conferiu ou não uma vantagem à WestSpiel. A Comissão observa que este argumento é meramente hipotético, não se tendo concretizado na prática. Efetivamente, apesar da possibilidade teórica, o Estado não enveredou *de facto* por esta via, tendo antes optado por manter o regime fiscal aplicável à WestSpiel e proceder a uma injeção de capital. Para este efeito, a Comissão não pode analisar de forma mais aprofundada se teria existido uma vantagem para a WestSpiel no cenário teórico das alterações legislativas, pelo simples motivo de estas, na verdade, não terem ocorrido na prática.

6.1.2.2.3.4. O alegado reembolso do valor contabilístico da participação passiva da Renânia do Norte-Vestefália equivaleria a um reembolso considerável do (alegado) auxílio estatal

(182) A Alemanha alega igualmente (ver considerando 81) que o reembolso, pela WestSpiel, do valor contabilístico da participação passiva da Renânia do Norte-Vestefália a esta última teria sido equivalente a um reembolso do (alegado) auxílio estatal, caso este auxílio existisse. Neste sentido, segundo a Alemanha, o preço (mais elevado) que o proponente selecionado pagaria no processo de concurso (então) em curso refletiria o valor mais elevado da empresa, por esta ter recebido um auxílio estatal.

(183) A Comissão observa que a possibilidade teórica (prevista antes da venda da WestSpiel em setembro de 2021) de obter um preço mais elevado num processo de concurso não é suficiente para excluir a existência de uma vantagem resultante da injeção de capital de 2015 ou impedir o beneficiário de continuar a ter o benefício efetivo da vantagem dela decorrente ([79]). Efetivamente, a vantagem tem de ser apreciada no momento da concessão do auxílio, pelo que a hipótese teórica de um aumento do valor da empresa no futuro poderá ser relevante, mas o facto de a participação passiva ter sido reembolsada posteriormente não o é.

(184) Em qualquer caso, a Comissão conclui que este argumento não diz respeito à existência de um auxílio estatal propriamente dito, mas sim ao montante remanescente do auxílio a recuperar após a conclusão da venda da WestSpiel e o pagamento do preço de venda.

— *Conclusão sobre a vantagem*

(185) Por conseguinte, a Comissão conclui que a injeção de capital confere uma vantagem à WestSpiel na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE.

([79]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de outubro de 2015, Electrabel e Dunamenti Erőmű/Comissão, processo C-357/14 P, ECLI:EU:C:2015:642, n.º 116.

6.1.2.2.4. Seletividade

(186) No que diz respeito ao critério da seletividade, presume-se que as medidas em apreciação são seletivas, visto que o único beneficiário dessas medidas foi a WestSpiel. Dado que, no caso em apreço, não existe qualquer elemento que possa ilidir esta presunção, a Comissão conclui que as medidas em apreciação são seletivas. A Alemanha não contestou esta conclusão.

6.1.2.2.5. Distorção da concorrência e efeitos sobre as trocas comerciais

(187) Relativamente ao critério da distorção da concorrência, a Comissão observa que se considera que uma medida de auxílio concedida pelo Estado falseia ou ameaça falsear a concorrência quando é suscetível de melhorar a posição concorrencial do beneficiário em relação a outras empresas com as quais concorre. Na prática, considera-se geralmente que existe uma distorção da concorrência na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE se o Estado conceder uma vantagem financeira a uma empresa num setor liberalizado em que existe, ou poderia existir, concorrência ([80]). No que se refere ao critério dos efeitos sobre as trocas comerciais intra-União, é pacífico que não é necessário demonstrar uma incidência real do auxílio em causa sobre as trocas comerciais entre os Estados-Membros, mas apenas que o auxílio é suscetível de afetar essas trocas comerciais. Em particular, os tribunais da União declararam que, «quando um auxílio financeiro concedido por um Estado reforça a posição de uma empresa relativamente às demais empresas concorrentes nas trocas comerciais intra-[União], deve entender-se que estas últimas são influenciadas pelo auxílio» ([81]).

(188) Conforme explicado no considerando 57 da decisão de início do procedimento, tendo em conta a alegada posição de monopólio legal da WestSpiel na Renânia do Norte-Vestefália, a Comissão não partilha do ponto de vista da Alemanha segundo o qual as medidas em apreciação não podiam ter falseado a concorrência e afetado as trocas comerciais entre os Estados-Membros. Embora a Alemanha alegue que o mercado dos casinos teria permanecido fechado à concorrência nos termos dos artigos 1.º e 3.º da *SpielbG* da Renânia do Norte-Vestefália (versão anterior) no período em causa (2009 a 2015), afigura-se que a WestSpiel concorria com salas de jogo de operadores privados (nomeadamente, os membros da FSH), designadamente no que se refere às atividades de jogo a dinheiro com máquinas. Além disso, nada indica a existência de um monopólio legal na Renânia do Norte-Vestefália que excluísse a concorrência no mercado e para o mercado. Por último, apesar das observações da Alemanha quanto à alegada atividade ilegal dos fornecedores em linha e tal como igualmente referido no considerando 57 da decisão de início do procedimento, as atividades da WestSpiel não relacionadas com o jogo (como, por exemplo, a exploração de bares e restaurantes nos casinos) não estavam, de modo algum, sujeitas a um eventual monopólio legal e eram exercidas em concorrência com outras empresas.

(189) Por conseguinte, a Comissão conclui que a injeção de capital de 2015 é suscetível de afetar as trocas comerciais intra-União e de falsear ou ameaçar falsear a concorrência.

— *Conclusão sobre a injeção de capital*

(190) Por conseguinte, no que diz respeito à injeção de capital na WestSpiel, a Comissão conclui, com base na apreciação anterior, que estão preenchidos os critérios cumulativos para a existência de um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE e que a medida constitui um auxílio estatal.

([80]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de junho de 2000, Alzetta e outros/Comissão, processos apensos T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a 607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 e T-23/98, ECLI:EU:T:2000:151, n.os 141 a 147; acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de julho de 2003, Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg, processo C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

([81]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de janeiro de 2015, Eventech, processo C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, n.º 66; acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de maio de 2013, Libert e o., processos apensos C-197/11 e C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, n.º 77; acórdão do Tribunal Geral de 4 de abril de 2001, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia/Comissão, processo T-288/97, ECLI:EU:T:2001:115, n.º 41.

6.1.3. *Conclusão quanto à existência de um auxílio*

(191) No que respeita à cobertura das perdas anuais, a Comissão conclui que esta medida não constitui um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, visto que os critérios cumulativos previstos no referido artigo não se encontram, desde já, preenchidos, pelos motivos apresentados na secção 6.1.1 (inexistência de vantagem, ausência de recursos estatais e ausência de imputabilidade), pelo que é supérfluo analisar os restantes critérios previstos no artigo 107.º, n.º 1, do TFUE.

(192) Quanto à alegada injeção de capital de 2015, a Comissão conclui que esta medida constitui um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, uma vez que os critérios cumulativos previstos no referido artigo se encontram preenchidos pelos motivos expostos na secção 6.1.2.

6.2. **Legalidade do auxílio**

(193) A injeção de capital de 2015 constitui um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE e, dado ter sido realizada em violação do artigo 108.º, n.º 3, do TFUE, constitui um auxílio estatal ilegal.

6.3. **Compatibilidade**

(194) Uma vez que a injeção de capital de 2015 constitui um auxílio estatal, é necessário examinar se esta medida de auxílio pode ser considerada compatível com o mercado interno. As medidas de auxílio estatal podem ser consideradas compatíveis com o mercado interno com base nas exceções enumeradas no artigo 107.º, n.ºs 2 e 3, do TFUE.

(195) A Alemanha apresentou duas bases de compatibilidade possíveis: a) o artigo 107.º, n.º 3, alínea c), do TFUE (auxílios à liberalização do mercado — ver considerando 84) e b) as Orientações E&R (ver considerando 85).

(196) No que diz respeito ao artigo 107.º, n.º 3, alínea c), do TFUE, o fundamento da compensação pela liberalização do mercado apresentado pela Alemanha não pode ser aceite pela Comissão. Com efeito, em primeiro lugar, a Comissão não tem indicações de que a (alegada) abertura do mercado tenha sido o motivo subjacente à injeção de capital. Em segundo lugar, a Comissão conclui que o mercado não foi de modo algum liberalizado. De facto, o quadro jurídico, com, por um lado, um operador (anteriormente público, mas agora privado, após a aquisição da WestSpiel) titular de uma licença com o monopólio da exploração de casinos e, por outro, operadores privados de máquinas de jogo, permanece o mesmo.

(197) No que toca à compatibilidade ao abrigo das regras em matéria de auxílios estatais aplicáveis aos auxílios de emergência e à reestruturação, apesar de alegar que uma eventual recuperação do auxílio tornaria a WestSpiel uma empresa em dificuldade, a Alemanha não forneceu quaisquer informações que demonstrassem que, no momento da concessão das medidas, a empresa podia ser considerada uma empresa em dificuldade e que os requisitos previstos nas Orientações E&R se encontravam preenchidos. As dúvidas da Comissão quanto ao cumprimento destes requisitos, manifestadas no considerando 104 da decisão de início do procedimento, não foram sanadas. Com efeito, a Comissão não recebeu quaisquer informações que demonstrem que a injeção de capital foi concedida sem caráter permanente, com base num plano de reestruturação previamente aprovado e acompanhada por uma contribuição própria adequada para os custos dessa reestruturação, proveniente dos recursos próprios do beneficiário do auxílio.

(198) Tendo em conta o que precede, a Comissão conclui que o auxílio estatal ilegal concedido pela Alemanha, sob a forma de injeção de capital em 2015, não é compatível com o mercado interno.

7. RECUPERAÇÃO

(199) Em conformidade com o TFUE e com a jurisprudência constante dos tribunais da União, a Comissão tem competência para decidir que o Estado-Membro interessado deve modificar ou suprimir o auxílio quando se demonstre que este é incompatível com o mercado interno ([82]). Os tribunais da União têm também defendido, de forma reiterada, que a obrigação que incumbe a um Estado-Membro de suprimir auxílios considerados pela Comissão como incompatíveis com o mercado interno tem como finalidade restabelecer a situação anteriormente existente ([83]).

(200) Nesse contexto, os tribunais da União indicaram que tal objetivo é alcançado quando o beneficiário tiver reembolsado os montantes concedidos a título de auxílios ilegais, perdendo assim a vantagem de que tinha beneficiado relativamente aos seus concorrentes no mercado interno, e a situação anterior à concessão do auxílio se encontrar reposta ([84]).

(201) Em conformidade com a jurisprudência, o artigo 16.º, n.º 1, primeira frase, do Regulamento (UE) 2015/1589 do Conselho ([85]) prevê que «[n]as decisões negativas relativas a auxílios ilegais, a Comissão decidirá que o Estado-Membro em causa deve tomar todas as medidas necessárias para recuperar o auxílio do beneficiário».

(202) Deste modo, visto que a injeção de capital de 2015 em causa foi realizada em violação do artigo 108.º, n.º 3, do TFUE, e deve ser considerada um auxílio ilegal e incompatível, tem de ser recuperada para restabelecer a situação existente no mercado interno antes da sua concessão.

(203) O montante nominal da recuperação corresponde ao montante da injeção de capital (ou seja, 64,8 milhões de EUR). Os montantes já reembolsados pela WestSpiel em duas prestações na sequência da dissolução do acordo de participação passiva em 8 de janeiro de 2021 (ver nota de rodapé 36), ou seja, a) a primeira prestação de 35 milhões de EUR (reembolsada em 19 de janeiro de 2021, ver considerando 90) e b) a segunda prestação de 11 516 909 EUR (reembolsada em 26 de julho de 2021, ver considerando 81), num valor total de 46 516 909 EUR, não podem, contrariamente ao que alega a Alemanha, ser considerados uma recuperação parcial (ver considerando 83). Com efeito, mesmo com este reembolso, a WestSpiel não perdeu, de facto, a vantagem efetiva sobre os seus concorrentes conferida pela injeção de capital.

(204) A Comissão observa que, no caso em apreço, a dissolução da participação passiva não pode ser considerada uma recuperação e não tem qualquer efeito no montante do auxílio a recuperar, uma vez que este montante não depende, em princípio, de acontecimentos ocorridos após a concessão do auxílio.

(205) A vantagem resulta de uma injeção de capital que não aconteceria em condições normais de mercado. O montante da vantagem corresponde ao total da injeção de capital. Se, posteriormente, se constatar que, com a evolução das circunstâncias, o investimento acabou por ser rentável, tal não alterará em nada a existência da vantagem, nem o seu montante. Por exemplo, caso um Estado-Membro realize esse investimento através da compra de ações de uma empresa (que não seriam compradas por um investidor privado) e, posteriormente, as venda (mesmo que o seu preço tenha entretanto aumentado), esta venda não constitui um reembolso do auxílio. Pela mesma lógica, a distribuição de dividendos também não constitui uma recuperação. A mesma análise é válida para o reembolso de uma participação.

(206) Por outras palavras, a evolução concreta ocorrida em relação ao capital próprio ou à «participação» é um fenómeno distinto e sem incidência na recuperação do auxílio concedido de forma ilegal. Deste modo, a Comissão conclui que o reembolso não restabeleceu (nem sequer parcialmente) a situação existente no mercado interno antes do pagamento do auxílio.

([82]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de julho de 1973, Comissão/Alemanha, processo C-70/72, ECLI:EU:C:1973:87, n.º 13.
([83]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de março de 1990, Bélgica/Comissão, processo C-142/87, ECLI:EU:C:1990:125, n.º 66.
([84]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de junho de 1999, Bélgica/Comissão, C-75/97, ECLI:EU:C:1999:311, n.ºs 64 e 65.
([85]) Regulamento (UE) 2015/1589 do Conselho, de 13 de julho de 2015, que estabelece as regras de execução do artigo 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (JO L 248 de 24.9.2015, p. 9, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2015/1589/oj).

(207) Conforme referido no considerando 29, devido à reorganização do grupo WestSpiel, a WestSpiel foi objeto de uma operação de concentração com a WestSpiel GmbH. Na sequência da venda ao grupo Gauselmann, a WestSpiel passou a designar-se «Merkur Spielbanken GmbH», denominação com que opera atualmente (ver considerando 30). Em caso de concentração ou de outra forma de reorganização empresarial, o sucessor legal do beneficiário inicial do auxílio deve ser identificado e o Estado-Membro deve recuperar o auxílio junto da entidade sobrevivente ([86]). A WestSpiel GmbH é a sucessora legal da WestSpiel, agora denominada «Merkur Spielbanken GmbH». A denominação «WestSpiel» designa esta entidade resultante da concentração e seguidamente vendida (ver nota de rodapé 7), junto da qual o auxílio deve ser recuperado.

(208) A recuperação deve abranger o período compreendido entre a data em que o auxílio foi colocado à disposição do beneficiário, ou seja, a partir de 15 de dezembro de 2015 (ver considerando 130), e a sua recuperação efetiva. Ao montante a recuperar acrescem juros até à data da sua recuperação efetiva.

8. CLÁUSULA DE INDEMNIZAÇÃO

(209) A Comissão observa que o acordo de compra e venda da WestSpiel inclui disposições que correspondem a uma cláusula de indemnização por pedidos de recuperação de auxílios estatais limitada a 30 milhões de EUR [ver o ponto D) do preâmbulo e o artigo 7.º, o artigo 17.º, n.º 2, os artigos 19.º e 24.º, o artigo 28.º, n.ºs 3 a 5, e o artigo 29.º do acordo de compra e venda da WestSpiel]. A Comissão recorda que é jurisprudência constante que essas cláusulas podem ser, por si só, consideradas medidas independentes de auxílio estatal e que o exercício dessas cláusulas pode ser classificado como uma tentativa de contornar a recuperação dos auxílios estatais ilegais e incompatíveis. A Comissão salienta que o beneficiário da cláusula é também o beneficiário do auxílio.

(210) Segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o objetivo de impor ao Estado-Membro a obrigação de suprimir um auxílio que a Comissão tenha considerado incompatível com o mercado interno consiste no restabelecimento da situação anterior. Este objetivo é atingido a partir do momento em que o auxílio em causa, acrescido, se for caso disso, de juros de mora, é restituído pelo beneficiário. Através desta restituição, o beneficiário perde a vantagem de que tinha beneficiado no mercado relativamente aos seus concorrentes e é reposta a situação anterior à concessão do auxílio. Permitir que um Estado-Membro possa conceder um auxílio de montante equivalente ao do auxílio ilegal, destinado a neutralizar o impacto dos reembolsos a que os beneficiários estão obrigados, equivaleria a anular a eficácia das decisões tomadas pela Comissão ([87]).

(211) A cláusula de indemnização, se aplicada, terá como resultado compensar a WestSpiel pelo auxílio ilegal e incompatível que recebeu. Mais especificamente, a WestSpiel será obrigada, por força da presente decisão, a reembolsar o auxílio incompatível ao Estado. Este ato desencadeará, depois de a presente decisão se tornar definitiva, a cláusula de indemnização, obrigando o Estado a pagar à WestSpiel o mesmo montante que recuperou, no limite de 30 milhões de EUR. A aplicação de tal cláusula constituiria uma tentativa de contornar a recuperação do auxílio estatal ilegal e incompatível, conforme estabelecido na presente decisão, uma vez que não conduziria a uma recuperação efetiva sob a forma de restabelecimento da situação existente no mercado antes do pagamento do auxílio, o que contraria o seu objetivo ([88]).

9. CONCLUSÃO

(212) A Comissão considera que a Alemanha concedeu ilegalmente o auxílio, em violação do disposto no artigo 108.º, n.º 3, do TFUE.

(213) A Comissão conclui que o auxílio é incompatível com o mercado interno e deve ser recuperado junto da WestSpiel, juntamente com os juros a título de recuperação,

([86]) Para esse efeito, ver o acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de março de 2018, SNCF Mobilités/Comissão, C-127/16 P, ECLI:EU:C:2018:165.

([87]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de junho de 2004, Comissão/Conselho, processo C-110/02, ECLI:EU:C:2004:395, n.ºs 42 e 43 e jurisprudência aí citada.

([88]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de dezembro de 2012, Comissão/Espanha, processo C-610/10, ECLI:EU:C:2012:781, n.º 105.

ADOTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1.º

A alegada medida relativa à cobertura das perdas anuais, concedida pela Alemanha, não constitui um auxílio na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE.

Artigo 2.º

A injeção de capital de 2015, no valor de 64,8 milhões de EUR, ilegalmente realizada pela Alemanha em violação do artigo 108.º, n.º 3, do TFUE, é incompatível com o mercado interno.

Artigo 3.º

1. A Alemanha deve recuperar junto da WestSpiel, que foi objeto de uma concentração com a WestSpiel GmbH e passou a designar-se «Merkur Spielbanken NRW GmbH», o auxílio incompatível referido no artigo 2.º.

2. Os montantes a recuperar vencem juros a partir da data em que foram colocados à disposição da WestSpiel e até à data da sua recuperação efetiva.

3. A Alemanha deve assegurar que a WestSpiel não receba qualquer compensação pelos montantes que são objeto da presente decisão. Mais concretamente, a WestSpiel não deve receber, direta nem indiretamente, da Alemanha quaisquer montantes por força da aplicação da cláusula de indemnização prevista no acordo de compra e venda da WestSpiel.

4. Os juros são calculados numa base composta, em conformidade com o disposto no capítulo V do Regulamento (CE) n.º 794/2004 da Comissão ([89]).

Artigo 4.º

1. A recuperação do auxílio referido no artigo 2.º deve ser imediata e efetiva.

2. A Alemanha deve garantir a aplicação da presente decisão no prazo de quatro meses a contar da data da respetiva notificação.

Artigo 5.º

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

a) O montante total (capital e juros a título da recuperação) a recuperar junto da WestSpiel;

b) Uma descrição pormenorizada das medidas já adotadas e previstas para dar cumprimento à presente decisão;

c) Documentos que demonstrem que a WestSpiel foi instada a reembolsar o auxílio referido no artigo 2.º.

2. A Alemanha deve manter a Comissão informada sobre a evolução das medidas nacionais adotadas para aplicar a presente decisão até estar concluída a recuperação do auxílio referido no artigo 2.º. A simples pedido da Comissão, a Alemanha deve apresentar de imediato informações sobre as medidas já tomadas e previstas para dar cumprimento à presente decisão. Deve igualmente transmitir informações pormenorizadas sobre os montantes dos auxílios e dos juros a título de recuperação já recuperados junto da WestSpiel. A Alemanha deve igualmente comunicar à Comissão se e de que forma foi aplicada a cláusula de indemnização referida no considerando 209.

([89]) Regulamento (CE) n.º 794/2004 da Comissão, de 21 de abril de 2004, relativo à aplicação do Regulamento (UE) n.º 2015/1589 do Conselho, que estabelece as regras de execução do artigo 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (JO L 140 de 30.4.2004, p. 1, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2004/794/oj).

Artigo 6.º

A destinatária da presente decisão é a República Federal da Alemanha.

Feito em Bruxelas, em 22 de novembro de 2024.

Pela Comissão
Margrethe VESTAGER
Vice-Presidente Executiva