DECISÃO (UE) 2015/314 DA COMISSÃO

de 15 de outubro de 2014

relativa ao auxílio estatal SA.35550 (13/C) (ex 13/NN) (ex 12/CP) concedido pela Espanha Regime de amortização fiscal do goodwill financeiro em caso de aquisição de participações em empresas estrangeiras

[notificada com o número C(2014) 7280]

(apenas faz fé o texto na língua espanhola)

(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 nos termos dos artigos supracitados ([1]) e tendo em conta essas observações,

Considerando o seguinte:

1. PROCEDIMENTO

(1) Em 28 de outubro de 2009, a Comissão adotou uma decisão negativa na qual ordenou a recuperação dos auxílios concedidos aos beneficiários de um regime espanhol que permitia deduções fiscais no âmbito da aquisição de participações em empresas não residentes (a seguir designada «primeira decisão») ([2]). Essa decisão limitava-se às aquisições dentro da União e a Comissão manteve o procedimento aberto para as aquisições fora da União, uma vez que as autoridades espanholas se comprometeram a fornecer novas informações sobre os alegados entraves às fusões transfronteiriças fora da União.

(2) Em 12 de janeiro de 2011, a Comissão adotou uma decisão negativa na qual ordenou a recuperação dos auxílios concedidos aos beneficiários, ao abrigo da legislação contestada, aquando da realização de aquisições fora da UE (a seguir designada «segunda decisão») ([3]).

(3) No entanto, a Comissão decidiu limitar o âmbito de aplicação da obrigação de recuperação contida na primeira e na segunda decisões devido à existência de confiança legítima.

(4) Por mensagem de correio eletrónico de 12 de abril de 2012, as autoridades espanholas informaram a Comissão de que, em 21 de março de 2012, tinham adotado uma nova interpretação administrativa de caráter vinculativo ([4]) («consulta vinculativa») do regime de auxílio em causa, aplicável igualmente às operações realizadas antes daquela data.

(5) Por carta de 4 de julho de 2012, no contexto do processo de recuperação da segunda decisão, a Comissão solicitou às autoridades espanholas que clarificassem uma série de questões relacionadas com a nova interpretação administrativa. A Espanha apresentou as suas observações em 5 de setembro de 2012.

(6) Relativamente a esta nova interpretação administrativa, a Comissão registou, em outubro de 2012, um novo processo *ex officio* ([5]) no seu registo de auxílios estatais.

([1]) JO C 258 de 7.9.2013, p. 8.
([2]) JO L 7 de 11.1.2011, p. 48.
([3]) JO L 135 de 21.5.2011, p. 1.
([4]) Ver consulta vinculativa V0608-12 de 21 de março de 2012.
([5]) SA.35550 (12/CP).

(7) Por carta de 29 de outubro de 2012, a Comissão enviou um pedido de informações à Espanha. As autoridades espanholas forneceram as informações solicitadas em 5 de dezembro de 2012. Em 12 de dezembro de 2012, realizou-se uma reunião técnica entre a Comissão e as autoridades espanholas. Na sequência dessa reunião, em 19 de dezembro de 2012 a Comissão enviou outra carta à Espanha, no contexto do processo de recuperação, expondo também dúvidas sobre a legitimidade da nova interpretação administrativa. A Espanha apresentou as suas observações em 14 de fevereiro de 2013.

(8) Em 26 de abril de 2013, a Comissão enviou uma carta às autoridades espanholas, instando-as a rever a nova interpretação administrativa do regime de auxílio à luz das regras de auxílio estatal. Em 31 de maio de 2013, as autoridades espanholas responderam à carta da Comissão.

(9) Por carta de 21 de junho de 2013, os serviços da Comissão informaram as autoridades espanholas de que a Comissão estava a considerar emitir uma injunção exigindo a suspensão de qualquer auxílio ilegal concedido ao abrigo da nova interpretação administrativa e convidou-as a apresentarem as suas observações acerca desse facto. Em 26 de junho de 2013, as autoridades espanholas solicitaram a prorrogação do prazo inicialmente fixado pela Comissão, pedido que foi recusado nesse mesmo dia. A Espanha apresentou as suas observações sobre a injunção de suspensão por carta de 1 de julho de 2013.

(10) Uma vez que o regime alterado não tinha sido notificado nos termos do artigo 108.º, n.º 3, do Tratado e já fora aplicado antes de receber a aprovação prévia da Comissão, nos termos do artigo 107.º do Tratado, a medida foi registada no registo de auxílios estatais da Comissão como auxílio não notificado, com o número SA.35550 (13/NN).

(11) Por carta de 17 de julho de 2013, a Comissão informou a Espanha de que tinha decidido dar início ao procedimento previsto no artigo 108.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia relativamente ao auxílio.

(12) A decisão da Comissão de dar início ao procedimento foi publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* ([6]). A Comissão convidou as partes interessadas a apresentarem as suas observações sobre o auxílio em questão.

(13) A Comissão recebeu observações das autoridades espanholas e de cinco terceiros interessados. A Comissão transmitiu as observações dos terceiros interessados à Espanha, dando-lhe a oportunidade de sobre elas se pronunciar. As suas observações foram recebidas por cartas de 25 de novembro de 2013 e de 20 de dezembro de 2013.

(14) Por carta de 26 de março de 2014, a Comissão enviou um pedido de informações a Espanha. As autoridades espanholas forneceram as informações solicitadas em 7 de maio de 2014.

2. **DESCRIÇÃO DA MEDIDA**

2.1. **Introdução**

a) *Artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS*

(15) A base jurídica do regime de auxílio em causa consta da Lei espanhola relativa ao imposto sobre o rendimento das sociedades (Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, a seguir denominado «TRLIS»), em especial do artigo 12.º, n.º 5, em conjugação com o artigo 21.º da mesma.

(16) O artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, que entrou em vigor em 1 de janeiro de 2002, introduziu a possibilidade de uma empresa residente em Espanha deduzir da matéria coletável das empresas o goodwill financeiro resultante da aquisição de participações numa empresa não residente cujo rendimento seja elegível para efeitos da isenção fiscal prevista no artigo 21.º do TRLIS (antigo artigo 20.º-A da LIS).

(17) O goodwill financeiro é definido no artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, como a parte da diferença entre o preço de compra da participação e o seu valor contabilístico na data da aquisição que não tenha sido contabilizada nos bens e direitos da entidade não residente. Essa parte da diferença seria dedutível da matéria coletável, até um máximo anual de um vigésimo do seu valor. Isto sem prejuízo das regras contabilísticas aplicáveis.

([6]) Ver nota 1.

b) *Critérios do artigo 21.º do TRLIS*

(18) O artigo 21.º do TRLIS estabelece os requisitos que o rendimento da entidade não residente em território espanhol deverá cumprir para que a empresa residente possa aplicar a dedução que consta do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS:

a) a percentagem de participação — direta ou indireta — no capital ou nos fundos próprios da entidade não residente deve ser de, pelo menos, 5 %. Além disso, a participação deve ser propriedade da empresa residente durante, pelo menos, um ano ininterrupto ([7]);

b) a entidade não residente deve estar sujeita a um imposto estrangeiro semelhante ao imposto sobre o rendimento das sociedades. Considera-se que esta condição foi preenchida se o país de residência da empresa participada tiver assinado uma convenção fiscal com a Espanha para evitar a dupla tributação internacional e que deve conter uma cláusula sobre o intercâmbio de informação ([8]);

c) os lucros deverão resultar de atividades empresariais realizadas no estrangeiro. Esta condição está preenchida quando, pelo menos, 85 % do rendimento cumpre os critérios seguintes ([9]):

i) as receitas da entidade não residente são obtidas no estrangeiro e não podem ser incluídas na matéria coletável devido à aplicação de regras internacionais de transparência fiscal. Em especial, considera-se que as receitas satisfazem este requisito se derivarem das seguintes atividades:

— comércio por grosso, quando os bens são colocados à disposição dos compradores no país ou território de residência da entidade não residente, ou em qualquer país ou território que não seja a Espanha, desde que as operações sejam realizadas pela entidade não residente,

— serviços prestados no território em que a empresa não residente tem o seu domicílio fiscal, desde que as operações sejam realizadas pela empresa não residente,

— serviços financeiros prestados a clientes que não tenham o seu domicílio fiscal em Espanha, desde que as operações sejam realizadas pela entidade não residente,

— serviços de seguros relativos a riscos situados num território ou país que não seja a Espanha, desde que os serviços de seguros sejam prestados pela entidade não residente;

ii) dividendos ou participações nos lucros em entidades não residentes, decorrentes de participações indiretas que satisfaçam os requisitos que constam do artigo 21.º, n.º 1, alínea a), do TRLIS. E ainda as mais-valias resultantes da transmissão de participações em empresas não residentes, desde que cumpram os requisitos do artigo 21.º, n.º 2, do TRLIS.

(19) É importante notar que, embora o artigo 12.º, n.º 5, remeta para o artigo 21.º do TRLIS, este último foi inicialmente concebido para estabelecer as condições de isenção do imposto sobre o rendimento das sociedades no que se refere a dividendos e rendimentos de origem estrangeira que derivem da aquisição de participações em entidades não residentes, a fim de evitar a dupla tributação internacional ([10]).

c) *Conceito de goodwill financeiro*

(20) O goodwill financeiro é um conceito fiscal que foi introduzido pelo legislador espanhol no artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS e que está ligado à noção contabilística de goodwill.

(21) O goodwill é um ativo intangível que representa o valor do bom nome comercial, das boas relações com os clientes, das competências dos funcionários e de outros fatores semelhantes que venham a traduzir-se, no futuro, em receitas superiores às aparentemente previsíveis. De um ponto de vista contabilístico, o goodwill é calculado como a diferença que resulta do preço de compra de uma entidade menos o valor contabilístico do seu património líquido.

(22) De acordo com as informações apresentadas pelas autoridades espanholas, se o preço pago por uma participação no capital de uma empresa exceder o seu valor contabilístico, isto pode dever-se a duas razões diferentes: 1) ao valor acrescentado intrínseco dos ativos da empresa; 2) ao pagamento de um preço excessivo devido a uma expectativa de obter receitas mais elevadas no futuro. A última categoria corresponde ao goodwill financeiro.

([7]) Ver artigo 21.º, n.º 1, alínea a), do TRLIS.
([8]) Ver artigo 21.º, n.º 1, alínea b), do TRLIS.
([9]) Ver artigo 21.º, n.º 1, alínea c), do TRLIS.
([10]) O artigo 21.º do TRLIS, intitulado «Isenção para evitar a dupla tributação económica internacional sobre dividendos e rendimentos de fonte estrangeira resultantes da transmissão de valores representativos dos fundos próprios de entidades não residentes em território espanhol», insere-se no capítulo IV do TRLIS.

(23) De acordo com o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, a parte da diferença entre o preço de compra de uma participação e o seu valor contabilístico na data da aquisição deve ser contabilizada nos bens e direitos da empresa não residente, em conformidade com os critérios previstos no Decreto Real 1815/1991 relativo à consolidação de contas. O goodwill financeiro é a parte da diferença que não foi contabilizada nos bens e direitos da entidade não residente. O goodwill financeiro pode ser deduzido da matéria coletável, até um máximo anual de um vigésimo do seu valor.

(24) Por conseguinte, a fim de determinar o montante de goodwill financeiro que pode ser deduzido da matéria coletável, é necessário proceder do seguinte modo:

i) calcular a diferença entre o preço de compra e o valor contabilístico da participação da empresa não residente na data da aquisição. O valor contabilístico deve refletir a parte dos fundos próprios correspondente à participação e o seu valor contabilístico;

ii) contabilizar essa diferença nos bens e direitos da empresa não residente, de acordo com os critérios estabelecidos no Decreto Real 1815/1991 relativo à consolidação de contas;

iii) o montante (dessa diferença) que não pôde ser contabilizado nos bens e direitos da empresa não residente representa o goodwill financeiro. Pode ser deduzido da matéria coletável até um vigésimo por ano.

d) *Conceito de aquisições diretas e indiretas*

(25) Considera-se uma aquisição direta a compra de participações no capital próprio de uma empresa por parte de uma sociedade. Uma aquisição indireta é a compra, por uma sociedade, de participações no capital próprio de uma empresa no segundo nível ou em níveis ulteriores, em consequência de uma aquisição direta anterior. Por conseguinte, a empresa adquirente converte-se indiretamente em titular de participações em empresas situadas no segundo nível ou em níveis ulteriores.

(26) Contudo, tendo em conta as informações fornecidas pelas autoridades espanholas e pelos terceiros interessados, a Comissão observa que a controvérsia no caso em apreço se resume à aquisição indireta de participações como consequência de uma aquisição direta de participações no capital próprio de uma holding não residente. Com efeito, as holdings são empresas cujo objetivo principal de negócio é deter ações de outras empresas operacionais. As holdings não exercem uma atividade económica como tal e, por conseguinte, não podem gerar goodwill (nem, consequentemente, goodwill financeiro). O goodwill é gerado em níveis subsequentes por empresas operacionais que, elas sim, exercem uma atividade económica. Por conseguinte, o que está em causa no caso em apreço é determinar se as participações adquiridas indiretamente através de uma aquisição direta de uma participação numa holding não residente podem beneficiar da dedução que consta do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS.

2.2. **Alterações na redação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS**

(27) O artigo 12.º intitula-se «Correções de valor: perda de valor dos ativos». O n.º 5 entrou em vigor em 1 de janeiro de 2002. Foi introduzido na Lei espanhola relativa ao imposto sobre o rendimento das sociedades n.º 43/1995, de 27 de dezembro, pelo artigo 2.º, n.º 5, da Lei n.º 24/2001, de 27 de dezembro ([11]). Posteriormente, o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS foi integrado no Decreto Real Legislativo 4/2004, de 5 de março, que estabeleceu uma versão consolidada da Lei espanhola relativa ao imposto sobre o rendimento das sociedades ([12]).

(28) O artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS foi alterado várias vezes desde a sua introdução na Lei espanhola relativa ao imposto sobre o rendimento das sociedades. O artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS introduzido pela Lei n.º 24/2001 estabelecia, na sua redação inicial, que a diferença entre o preço de compra da participação e o seu valor contabilístico no momento da aquisição devia ser atribuída aos bens e direitos da entidade não residente, de acordo com os critérios previstos no Decreto Real 1815/1991 de 20 de dezembro relativo à consolidação de contas. Em 2007, a referência feita ao Decreto Real 1815/1991 de 20 de dezembro relativo à consolidação de contas foi substituída por uma referência ao método de integração global estabelecido no artigo 46.º do Código Comercial e em outras regras de execução.

([11]) Lei n.º 24/2001, de 27 de dezembro de 2001, relativa a medidas administrativas, fiscais e de ordem social.
([12]) Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de março, relativo à versão consolidada da Lei espanhola relativa ao imposto sobre o rendimento das sociedades.

(29) De acordo com as autoridades espanholas, esta alteração resultou da adoção da Lei n.º 16/2007, de 4 de julho, relativa à Reforma e Adaptação das Regras de Contabilidade para a sua Harmonização com o Direito da UE ([13]). A adoção da Lei n.º 16/2007 desencadeou uma série de alterações em diversas leis e disposições, como no caso do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS. Dado que o Decreto Real 1815/1991 teve de ser derrogado e atualizado devido às alterações na legislação em matéria contabilística, foi feita referência ao Código Comercial, um direito hierarquicamente superior. As autoridades espanholas explicaram que a alteração acima referida é uma modificação meramente técnica: não alterou as regras de consolidação, nem influenciou a forma como é calculado o goodwill financeiro. As autoridades espanholas declaram que o método de integração global foi sempre utilizado para calcular o goodwill financeiro e que este princípio contabilístico constava tanto do Decreto Real 1815/1991 como do artigo 46.º do Código Comercial espanhol.

(30) Na sequência da adoção da primeira e da segunda decisões, a Espanha acrescentou um novo parágrafo ao artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS para lhes dar cumprimento. Embora o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS tenha sido declarado auxílio ilegal e incompatível, não foi abolido formalmente, uma vez que continuava a poder ser aplicado por beneficiários com confiança legítima de que o auxílio concedido não seria recuperado e para os quais o período de transição foi reconhecido na primeira e na segunda decisões.

(31) A Espanha introduziu um terceiro travessão ao artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS que declarava que a dedução do goodwill financeiro não é aplicável à aquisição de participações em empresas não residentes no território da UE efetuadas a partir de 21 de dezembro de 2007 (sem prejuízo do artigo 1.º, n.º 3, da Decisão da Comissão de 28 de outubro de 2009 e do artigo 1.º, n.º 3, da Decisão da Comissão de 12 de janeiro de 2011 no que diz respeito às aquisições em que tenha sido contraída uma obrigação irrevogável antes de 21 de dezembro de 2007). No entanto, no que diz respeito à aquisição de participações maioritárias em entidades residentes em países fora da UE adquiridas entre 21 de dezembro de 2007 e 21 de maio de 2011 (data de publicação da segunda decisão no Jornal Oficial), as deduções podem ser aplicadas se ficar provado que existem obstáculos jurídicos expressos às concentrações transfronteiras de empresas na aceção do artigo 1.º, n.ºs 4 e 5, da segunda decisão da Comissão, de 12 de janeiro de 2011.

2.3. **Interpretação administrativa do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS**

(32) A principal disposição jurídica, o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, não menciona se a dedução do goodwill financeiro podia ser aplicada a aquisições diretas ou indiretas de participações. No entanto, o artigo 21.º do TRLIS refere as participações diretas e indiretas ao enumerar os critérios que o rendimento da empresa não residente deverá reunir para que a empresa residente possa aplicar a dedução que consta do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS.

2.3.1. A interpretação administrativa inicial

(33) No decurso do procedimento administrativo que conduziu à adoção da decisão de início do procedimento de 2007, as autoridades espanholas explicaram à Comissão que a prática administrativa corrente da administração fiscal espanhola (Dirección General de Tributos, «DGT»), bem como a jurisprudência do Tribunal Económico e Administrativo (Tribunal Económico y Administrativo Central, «TEAC»), apenas permitiam a dedução do goodwill financeiro decorrente de aquisições diretas de participações ([14]). Os motivos apresentados pelas autoridades espanholas foram os seguintes:

a) o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS é um método de depreciação de um investimento, depreciação essa que afeta diretamente a matéria coletável. A gestão da dedução exige o controlo do investimento, e esse controlo só pode ser exercido através de uma aquisição direta de participações em empresas operacionais situadas no primeiro nível;

b) os requisitos estabelecidos no artigo 21.º do TRLIS, designadamente o de a entidade não residente exercer uma atividade económica no estrangeiro e o de estar sujeita a um imposto semelhante ao imposto sobre o rendimento das sociedades, têm a sua fundamentação em normas de combate aos abusos fiscais;

c) além disso, o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS limita-se às aquisições efetuadas no primeiro nível, dado que o artigo 21.º do TRLIS apenas requer, para a aplicação da dedução que consta do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, a aquisição de, pelo menos, 5 % de ações no capital próprio da entidade não residente. Esta percentagem não implica a consolidação com a entidade não residente localizada no primeiro nível, nem a consolidação com filiais da entidade não residente situadas no segundo nível ou em níveis ulteriores. Só após a consolidação é que poderia surgir goodwill no segundo nível ou em níveis ulteriores;

([13]) Lei n.º 16/2007, de 4 de julho de 2007, relativa à reforma e adaptação das regras de contabilidade para a sua harmonização internacional com as regras de contabilidade da UE.

([14]) Ver carta de 4 de junho de 2007, enviada pelas autoridades espanholas em resposta a um pedido de informações de 26 de março de 2007.

d) além disso, a administração fiscal deve monitorizar a aplicação da dedução do goodwill financeiro. Essa monitorização só pode ser feita por intermédio da entidade residente espanhola. Com efeito, a administração fiscal espanhola pode monitorizar facilmente se as participações estão localizadas no primeiro nível, porque as participações são parte dos ativos da empresa residente em Espanha. Seria mais difícil para a administração fiscal espanhola monitorizar o goodwill que surgisse nas empresas não residentes situadas em níveis subsequentes, dado que as participações são contabilizadas nos ativos das entidades não residentes, que não têm a obrigação de estar sob o controlo da administração fiscal espanhola.

(34) No decurso do procedimento formal de investigação que conduziu à adoção da presente decisão, as autoridades espanholas foram obrigadas a fornecer uma lista das consultas vinculativas da administração fiscal relacionadas com a aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS. As autoridades espanholas forneceram ([15]) uma cópia das consultas vinculativas 1490-02, de 4 de outubro de 2002, e V0391-05, de 10 de março de 2005 ([16]). Estas consultas vinculativas confirmam que, desde a adoção do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, a DGT excluiu explicitamente do âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS as aquisições indiretas de participações que resultam da aquisição direta de participações de uma holding.

(35) As autoridades espanholas também foram obrigadas a fornecer uma lista da jurisprudência do TEAC referente à aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS. As autoridades espanholas forneceram ([17]) uma cópia de quatro resoluções do TEAC ([18]) que confirmavam a exclusão das aquisições indiretas de participações que resultam de uma aquisição direta de participações de uma holding do âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS. O raciocínio que sustentou a exclusão das aquisições indiretas do âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, e que foi estabelecido nas consultas da DGT e nas resoluções do TEAC, pode ser resumido do seguinte modo:

a) um dos requisitos do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS é que o goodwill resultante da diferença entre o preço de compra das participações e o seu valor contabilístico deve ser atribuído aos ativos da entidade não residente adquirida;

b) o goodwill é gerado nas entidades operacionais. Com efeito, em consequência do exercício de uma atividade económica, é gerado um ativo intangível decorrente da carteira de clientes, da localização geográfica, do saber-fazer, dos recursos humanos, do prestígio, etc. Em última análise, isto resulta num preço de compra mais elevado do que o registado como valor contabilístico. Por conseguinte, o goodwill financeiro só pode surgir devido à aquisição direta de uma entidade operacional, resultante da diferença entre o preço de compra e o valor contabilístico, desde que essa diferença não seja imputável ao valor acrescentado tácito gerado pelos ativos da empresa;

c) a fim de determinar o montante do goodwill financeiro (a diferença entre o preço de compra e o valor contabilístico não imputável ao património líquido da entidade não residente), é necessário respeitar as três etapas seguintes: 1) calcular a diferença entre o preço de compra da participação e o seu valor contabilístico. O valor contabilístico deve refletir a parte do capital próprio que corresponde à participação que a entidade residente tem na entidade não residente; 2) a diferença entre os dois valores acima referidos deve ser atribuída aos ativos da entidade não residente, até ao limite do valor de mercado do ativo em causa, de acordo com os critérios estabelecidos nas regras de consolidação contabilística ([19]); 3) o montante remanescente é o goodwill financeiro que pode ser deduzido da matéria coletável, até um limite máximo de um vigésimo por ano;

d) as holdings são entidades cujo principal objetivo de negócio consiste em deter ações de outras entidades operacionais. Por conseguinte, as holdings não exercem uma atividade económica ou empresarial como tal. De acordo com o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, se uma empresa residente em território espanhol adquirir uma participação numa holding não residente (cuja atividade principal é a posse de ações e a gestão de ativos de outras empresas operacionais), a diferença entre o preço de compra e o valor contabilístico do capital próprio da holding deve ser contabilizada como um ativo da holding, até ao limite do valor de mercado do ativo em causa. Uma vez que os ativos de uma holding são as participações em entidades operacionais não residentes, o valor de mercado dos seus ativos equivale ao preço de compra das ações e, por conseguinte, não surgiria qualquer goodwill financeiro. Nos termos desta interpretação, o goodwill financeiro só pode surgir devido a uma aquisição direta de uma empresa operacional, em resultado da diferença entre o preço de compra e o valor contabilístico, desde que essa diferença seja diretamente imputável ao valor acrescentado intrínseco gerado pelos bens e direitos da entidade adquirida.

([15]) Ver carta das autoridades espanholas de 7 de maio de 2014, em resposta a um pedido de informações de 26 de março de 2014.
([16]) De acordo com as informações fornecidas por alguns dos terceiros interessados, existem outras interpretações administrativas relacionadas com o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, nomeadamente as consultas vinculativas V316/05 e V2245-06.
([17]) Ver nota 15.
([18]) Resolução n.º 00/2842/2009; Resolução n.º 00/4872/2009 e resoluções comuns, resolução n.º 00/5337/2009 e resolução comum; Resolução n.º 00/3637/2010 e resolução comum.
([19]) Artigos 23.º e 24.º do Decreto Real n.º 1815/1991.

(36) A prática administrativa corrente das autoridades espanholas que permitiu a dedução do goodwill financeiro resultante exclusivamente de aquisições diretas de participações em empresas operacionais, continuou em vigor mesmo após a adoção da primeira e da segunda decisões ([20]).

2.3.2. A nova interpretação administrativa

(37) Em 21 de março de 2012, após solicitação de um parecer relativo a matéria fiscal por parte de uma empresa espanhola, a DGT adotou a consulta vinculativa V0608-12 ([21]), que estabelece que o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS permitiria a dedução do goodwill financeiro decorrente não apenas das aquisições diretas de participações em empresas operacionais, mas igualmente da aquisição indireta de participações resultantes de uma aquisição direta de participações n uma holding.

(38) Na referida consulta vinculativa, a DGT reconheceu um afastamento em relação à sua interpretação inicial do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS no que diz respeito à sua aplicação à aquisição indireta de participações. Por conseguinte, a DGT modificou o critério em que baseara as suas respostas anteriores a consultas formuladas pelas empresas espanholas sobre essa questão.

(39) Além disso, o TEAC, na sua resolução de 26 de junho de 2012 ([22]), alinhou-se pela posição adotada pela DGT no que diz respeito à aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS às aquisições indiretas de participações. Apesar de a Resolução dizer respeito a outra matéria e o destinatário ser uma empresa diferente da referida na supracitada consulta vinculativa da DGT, de 21 de março de 2012, o TEAC reconheceu um afastamento em relação à sua doutrina anterior ao alargar a aplicação da dedução do goodwill financeiro às aquisições indiretas de participações resultantes de uma aquisição direta de participações numa holding.

(40) O TEAC também reconhece um afastamento em relação à sua doutrina anterior. De acordo com o TEAC, a sua doutrina anterior era sustentada pela obrigação prevista no artigo 15.º do Decreto Real 1777/2004, que se referia exclusivamente à empresa adquirida diretamente. No entanto, a polémica em torno da interpretação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS e as duas decisões adotadas pela Comissão Europeia levaram o TEAC a reconsiderar a sua doutrina anterior. No essencial, as justificações apresentadas pela DGT e pelo TEAC podem ser resumidas do seguinte modo:

a) em primeiro lugar, a DGT e o TEAC remetem para o artigo 21.º, n.º 1, alínea c), do TRLIS para argumentar que as aquisições indiretas também podem beneficiar da dedução que consta do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS. De acordo com a DGT e o TEAC, o requisito de exercer uma atividade económica pode ser igualmente satisfeito quando a entidade operacional está no segundo nível ou ulteriores. Em especial, a DGT e o TEAC referem o artigo 21.º, n.º 1, alínea c), ponto 2, do TRLIS, em que se afirma explicitamente que os dividendos resultantes de participações diretas ou indiretas também devem ser abrangidos pela disposição. A DGT e o TEAC concluem que o facto de a empresa operacional se situar num segundo nível ou num nível ulterior não deve ser um obstáculo à aplicação da dedução que consta do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS;

b) em segundo lugar, a DGT e o TEAC referem a fundamentação da disposição: dado que o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS visa fomentar a internacionalização e o investimento estrangeiro das empresas espanholas, seria contrário ao espírito da disposição excluir da aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS os investimentos realizados por empresas espanholas em holdings não residentes. Além disso, a DGT e o TEAC alegam que a realidade económica mostra que a aquisição de participações em empresas não residentes é, muitas vezes, realizada através da aquisição de uma holding. O facto de um investimento ser realizado através da aquisição de participações numa holding é uma circunstância exógena que não depende da empresa que adquire a holding, mas da forma como o mercado está estruturado. A presença de empresas intermédias como as holdings não deve ser um obstáculo à realização de investimentos, nem deveria conduzir à discriminação entre os diferentes tipos de aquisições;

c) em terceiro lugar, a DGT e o TEAC argumentam que foram feitas referências constantes tanto às aquisições diretas como às indiretas nos textos da primeira e da segunda decisões da Comissão. A DGT e o TEAC inferem da redação das duas decisões que a Comissão Europeia aceita a dedução do goodwill financeiro tanto no que se refere às aquisições diretas de participações como às aquisições indiretas;

([20]) Ver resolução do TEAC de 3 de novembro de 2011; R.G. 2842-09.
([21]) Ver também a Consulta vinculativa CV5615-12, de 25 de outubro de 2012, que segue a mesma linha de raciocínio.
([22]) Resolução do TEAC de 26 de junho de 2012; R.G.: 00/3637/2010 e R.G.: 00/1439/2011.

d) em quarto lugar, a DGT também reconhece que esta interpretação é feita não obstante a obrigação de fornecer informação que consta do artigo 15.º do Regulamento de Execução da Lei espanhola relativa ao imposto sobre o rendimento das sociedades. O artigo 15.º do Regulamento exige exclusivamente o fornecimento de informações sobre a aquisição da empresa diretamente adquirida, de modo a ser possível a aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS. Se esta dedução também fosse aplicável às aquisições indiretas, teria sido lógico incluir igualmente as aquisições indiretas, por uma questão de maior transparência. No entanto, isto não deve ser um elemento dissuasor de uma interpretação ampla do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS;

e) por último, a fim de aplicar a dedução às aquisições indiretas, é necessário transformar a participação indireta numa participação direta através de uma operação de fusão prévia. Seria contrário ao princípio de neutralidade fiscal tratar diferentemente, de um ponto de vista fiscal, uma aquisição que conduza a uma concentração de empresas e uma aquisição de participações que não resulte numa concentração de empresas. A DGT e o TEAC concluem que a dedução também deve ser possível em níveis diferentes de aquisição de participações. De resto, é necessário demonstrar através de um balanço consolidado ou qualquer outro meio jurídico que parte do preço de compra das participações corresponde ao goodwill financeiro de uma participação «indiretamente» adquirida numa empresa operacional.

(41) As resoluções n.º 00/2842/2009 e n.º 00/4871/2009 do TEAC foram objeto de recurso na Audiencia Nacional, um tribunal superior espanhol especializado. A Audiencia Nacional, no seu acórdão de 6 de fevereiro de 2014 ([23]), não apoiou a nova interpretação administrativa e confirmou os critérios iniciais utilizados pela DGT e pelo TEAC, pelo que as aquisições indiretas de participações que resultam de uma aquisição direta de participação numa holding estão excluídas do âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS. No seu acórdão, a Audiencia Nacional considera que o goodwill e, por conseguinte, o goodwill financeiro, só podem gerar-se em empresas operacionais que exercem uma atividade económica. As holdings são empresas cujo principal objetivo consiste em deter ações de outras empresas operacionais. Tendo em conta que as holdings não exercem uma atividade económica, não podem gerar goodwill (nem, por conseguinte, goodwill financeiro).

3. **MOTIVOS PARA DAR INÍCIO AO PROCEDIMENTO**

(42) Por carta de 17 de julho de 2013, a Comissão informou as autoridades espanholas de que tinha decidido dar início ao procedimento previsto no artigo 108.º, n.º 2, do TFUE no que diz respeito aos efeitos da nova interpretação administrativa do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, emitida pelas autoridades espanholas após a adoção da primeira e da segunda decisões da Comissão.

(43) Na sua decisão de dar início ao procedimento formal, a Comissão considerou que esta nova interpretação administrativa parece alargar o âmbito de aplicação da medida que foi objeto de investigação da Comissão na primeira e na segunda decisões, uma vez que a medida seria agora aplicável não só ao goodwill financeiro resultante de aquisições diretas de participações em empresas não residentes, mas também ao goodwill financeiro resultante de aquisições indiretas.

(44) A Comissão concluiu, a título preliminar, que a nova interpretação administrativa tinha alargado o âmbito de aplicação de um regime já declarado auxílio ilegal e incompatível, sem ter sido notificada à Comissão e, portanto, constituía um auxílio ilegal. A Comissão manifestou dúvidas sobre se o auxílio poderia ser considerado compatível com o mercado interno.

(45) A Comissão considerou, a título preliminar, que o auxílio deveria ser recuperado e que a confiança legítima reconhecida na primeira e na segunda decisões não pode ser alargada (retroativamente) a situações (aquisições indiretas) que não estavam, em consonância com a prática administrativa consolidada das autoridades espanholas, abrangidas pelo âmbito de aplicação da medida contestada no momento da primeira e da segunda decisões.

(46) A Comissão decidiu emitir uma injunção de suspensão em conformidade com o artigo 11.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho ([24]), exigindo às autoridades espanholas a suspensão de qualquer auxílio, enquanto se aguarda uma decisão final da Comissão.

(47) A decisão de dar início ao procedimento foi publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* ([25]). A Comissão convidou as autoridades espanholas e as partes interessadas a apresentar as suas observações.

4. **POSIÇÃO DAS AUTORIDADES ESPANHOLAS E DOS TERCEIROS INTERESSADOS**

(48) A Comissão recebeu observações das autoridades espanholas e de cinco terceiros interessados, nomeadamente, da Telefónica, da Iberdrola, do Santander, da Abertis e da AXA. Todas as partes interessadas apoiaram a posição das autoridades espanholas.

([23]) Ver acórdão da Audiencia Nacional; recurso n.º 125/2011 de 6 de fevereiro de 2014.
([24]) Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (JO L 83 de 27.3.1999, p. 1).
([25]) Ver nota 1.

(49) Nem as autoridades espanholas nem os terceiros interessados partilham a opinião da Comissão de que a nova interpretação administrativa equivale a um novo auxílio e consideram que também seria aplicável a confiança legítima no que diz respeito a aquisições indiretas de participações que resultam da aquisição direta de uma participação numa holding.

A. CARÁTER DE NOVO AUXÍLIO DA MEDIDA

(50) De acordo com as autoridades espanholas e os cinco terceiros interessados, a nova interpretação administrativa não constitui um novo auxílio pelas seguintes razões:

4.1. **A interpretação administrativa inicial não é definitiva e não é uma prática administrativa relevante e sistemática**

(51) As autoridades espanholas remeteram para a interpretação administrativa inicial da DGT, contida nas consultas 1490-02, de 4 de outubro de 2002, e V0391-05, de 10 de março de 2005, que permitia a dedução do goodwill financeiro no que diz respeito às aquisições diretas de participações em holdings não residentes, desde que as receitas geradas pela empresa não residente respeitassem as condições estabelecidas no artigo 21.º do TRLIS. As autoridades espanholas explicaram que o raciocínio subjacente à sua interpretação administrativa inicial do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, tal como patente nas duas consultas em causa, é o de que não pode surgir nenhum goodwill nas contas individuais de uma holding.

(52) As autoridades espanholas e os terceiros interessados argumentam que a consulta vinculativa não é uma prática administrativa relevante. As consultas vinculativas da DGT não são uma fonte de direito e não são vinculativas para os tribunais nem para os cidadãos; vinculam exclusivamente a administração fiscal. Este caráter vinculativo significa que a administração fiscal é obrigada a utilizar os mesmos critérios se se verificar uma identidade de factos e circunstâncias entre contribuintes. Além disso, as autoridades espanholas explicaram que a consulta 1490-02 não é vinculativa para a administração fiscal, estando meramente revestida de um caráter informativo relativamente a terceiros. A consulta V0391-05 é vinculativa para a administração fiscal. No caso de existir uma discrepância no que diz respeito aos critérios estabelecidos na consulta vinculativa, o contribuinte pode interpor recurso nos tribunais competentes. Por conseguinte, os tribunais nacionais não são obrigados a seguir os critérios estabelecidos na consulta vinculativa.

(53) De acordo com as autoridades espanholas, a Comissão está enganada quando declara, na decisão de início do procedimento, que «a nova interpretação do Ministério das Finanças foi confirmada por uma Resolução do TEAC de 26 de junho de 2012». A DGT e o TEAC são instituições independentes: a DGT faz parte da administração e o TEAC foi classificado como tribunal pelo Tribunal de Justiça da União Europeia ([26]). O TEAC monitoriza a aplicação do direito fiscal e estabelece a doutrina e os critérios a aplicar pelo resto da administração. Os terceiros interessados alegam que o TEAC não é um tribunal, mas sim uma entidade integrada na administração fiscal, sob a tutela do Ministério das Finanças. Alegam também que a doutrina do TEAC não faz parte da ordem jurídica. Embora a sua doutrina vincule a administração fiscal, está sujeita ao controlo de instâncias judiciais subsequentes.

(54) As autoridades espanholas e os terceiros interessados alegam que a consulta vinculativa, e os critérios nela contidos, não é definitiva e pode sempre ser objeto de alterações, desde que os motivos para tal possam ser objetivamente justificados. Neste contexto, as autoridades espanholas referem o artigo 89.º da Lei Geral Tributária n.º 58/2003 de 17 de dezembro, que estabelece os efeitos jurídicos das interpretações em matéria fiscal:

a) a resposta a um pedido de interpretação das disposições fiscais terá efeitos vinculativos para a administração fiscal;

b) desde que a jurisprudência ou o direito aplicável ao caso não sejam alterados, serão aplicados ao operador estabelecido os critérios que constam da interpretação em matéria fiscal;

c) a administração fiscal responsável pela cobrança dos impostos deverá aplicar os critérios que constam das consultas em matéria fiscal, desde que exista uma identidade de factos e circunstâncias entre o operador estabelecido e o destinatário da consulta vinculativa.

(55) Além disso, os terceiros interessados alegam que a interpretação administrativa inicial não pode ser definida como uma prática consolidada da administração fiscal. De acordo com alguns terceiros interessados, consiste apenas em quatro consultas e uma Resolução do TEAC ([27]). Além disso, de acordo com alguns dos terceiros interessados, mesmo antes da consulta da DGT e da resolução do TEAC de 2012, a interpretação administrativa foi progressivamente alterada por uma resolução do TEAC de 1 de junho de 2010 e um acórdão da Audiencia Nacional, de 13 de outubro de 2011. A questão analisada na resolução do TEAC e no acórdão da Audiencia Nacional dizia respeito à aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS à aquisição de participações intragrupo. O acórdão da Audiencia Nacional de 13 de outubro de 2011 foi confirmado pelo Supremo Tribunal espanhol no seu acórdão de 24 de junho de 2013.

([26]) Ver processos apensos C-110/98 e C-147/98 «Galbalfrisa e outros».
([27]) Consultas 1490-02, V0391-05, V1316/05 e V2245-06; Resolução n.º 4871-09 do TEAC, de 17 de setembro de 2011.

(56) As autoridades espanholas declaram igualmente que os pedidos apresentados pelas empresas no que se refere à dedução do goodwill financeiro relativo a aquisições indiretas de participações não foram sistematicamente recusados, tal como indicado pela Comissão na decisão de início do procedimento de 2013. Não houve uma recusa sistemática porque o sistema de cobrança de impostos não exige que o operador estabelecido solicite a aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS. O sistema de cobrança do imposto sobre as sociedades baseia-se num sistema de autoliquidação, segundo o qual o operador estabelecido tem de passar por todas as operações fiscais, tais como a interpretação do direito, a qualificação das operações fiscais e o cálculo do montante final do imposto devido. A autoridade fiscal não intervém nesse processo. No entanto, as operações fiscais de autoliquidação podem ser monitorizadas e verificadas pela administração fiscal, que acabará por determinar o cálculo do imposto final a pagar.

(57) As autoridades espanholas e os terceiros interessados afirmam que, apesar da interpretação administrativa inicial da DGT, as empresas espanholas estavam a aplicar a dedução do goodwill financeiro às aquisições indiretas de participações. De acordo com as autoridades espanholas, os contribuintes que consideravam ter direito a aplicar o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS às aquisições indiretas, fizeram-no. A existência de uma interpretação diferente por parte da DGT não foi um impedimento à sua aplicação: por um lado, os contribuintes que não foram sujeitos a um controlo fiscal confirmaram *de facto* os seus critérios, findo o prazo de prescrição de quatro anos; por outro lado, os contribuintes que foram sujeitos a um controlo fiscal puderam interpor recurso contra os critérios estabelecidos pela DGT junto de instâncias subsequentes.

4.2. **A nova interpretação administrativa não constitui uma alteração substancial do âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS.**

(58) Tanto as autoridades espanholas como os terceiros interessados alegam que o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS não sofreu alterações substanciais e que a interpretação administrativa do âmbito de aplicação de uma disposição não pode ser considerada uma alteração do auxílio. O facto de a interpretação administrativa ter sido alterada pela DGT não afeta o âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS.

(59) As autoridades espanholas e os terceiros interessados argumentam que o âmbito de aplicação não foi alterado pela nova interpretação administrativa porque o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS já fazia referência ao artigo 21.º do TRLIS, que referia, no n.º 1, alínea a), as aquisições diretas e indiretas de participações de, pelo menos, 5 %. Esta exigência não foi alterada desde a introdução do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS na legislação espanhola relativa ao imposto sobre o rendimento das sociedades.

a) *Método de cálculo do goodwill financeiro*

(60) Um dos terceiros interessados contestou a declaração feita pela Comissão na decisão de início do procedimento de que algumas situações que inicialmente não estavam abrangidas pela medida foram incluídas no âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS. O terceiro interessado considera que as aquisições de participações de holdings sempre satisfizeram os critérios de elegibilidade desta medida e que a controvérsia da aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS se resume à discrepância no método de cálculo a aplicar. O terceiro interessado considera que a compreensão desta questão é fundamental para o caso em apreço.

(61) O terceiro interessado alega que as regras de consolidação contabilística justificavam uma interpretação radicalmente diferente da inicialmente adotada pela DGT e pelo TEAC. De acordo com as regras de consolidação contabilística, o goodwill financeiro deve ser calculado aplicando o método de integração global, que exige que todos os ativos e passivos de todas as empresas dependentes detidas por uma determinada entidade sejam tratados como se fossem ativos e passivos de uma única entidade. Ao abrigo deste princípio, é eliminada a participação da holding na filial operacional, e o valor dessa participação é substituído no balanço da holding pelo valor de mercado dos ativos e passivos da entidade operacional. Consequentemente, assim que os ativos são incorporados nos ativos da holding, é contabilizada uma reserva no balanço consolidado da holding num montante igual à diferença entre o valor de mercado dos ativos da filial operacional e o seu valor contabilístico. Deste modo, a diferença entre o preço pago pela participação no capital da holding e o seu património líquido, depois de ter consolidado inteiramente os ativos da sua filial operacional, é contabilizada enquanto goodwill financeiro pertencente à holding.

(62) Por este método de cálculo, os ativos da holding e a empresa operacional seriam tratados como se fossem ativos de uma única entidade. Por conseguinte, a holding poderia deduzir o goodwill financeiro, nos termos do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS.

b) *Razões que justificam o afastamento em relação à interpretação administrativa anterior*

(63) As autoridades espanholas e os terceiros interessados também reconhecem que a DGT e o TEAC se afastaram da sua prática anterior, segundo a qual só era possível aplicar o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS às aquisições diretas de participações em entidades operacionais.

(64) As autoridades espanholas explicaram que a DGT e o TEAC justificaram o seu afastamento em relação à sua anterior interpretação administrativa com base nas seguintes razões:

a) em primeiro lugar, o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS foi concebido como parte de um conjunto de medidas que visavam fomentar o crescimento económico e a internacionalização das empresas espanholas. Esta medida tinha como objetivo fomentar o investimento espanhol no estrangeiro. Assim, iria contra o espírito da disposição excluir da aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS os investimentos realizados por empresas espanholas em holdings não residentes;

b) em segundo lugar, o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS refere o artigo 21.º do TRLIS, no qual é feita referência explícita às aquisições diretas e indiretas de participações. Por conseguinte, deve entender-se que o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS abrange as aquisições indiretas de participações de empresas não residentes através de uma aquisição direta de uma participação numa holding não residente, desde que sejam preenchidas as condições do artigo 21.º do TRLIS;

c) em terceiro lugar, as duas decisões da Comissão, de 2009 e 2011, relativas à amortização do goodwill financeiro, referem-se tanto a aquisições diretas como indiretas de participações;

d) em quarto lugar, a fim de poder aplicar a dedução às aquisições indiretas, é necessário transformar a participação indireta numa participação direta através de uma operação de fusão prévia. Tendo em conta as dificuldades de constituir concentrações de empresas estrangeiras, seria contrário ao princípio de neutralidade fiscal tratar diferentemente, de um ponto de vista fiscal, uma aquisição que conduza a uma concentração de empresas e uma aquisição de participações que não resulte numa concentração de empresas. Além disso, o facto de um investimento ser realizado através da aquisição de participações de uma holding é uma circunstância exógena que não depende da empresa que adquire a holding, mas sim da forma como o mercado está estruturado.

c) *Referências a aquisições indiretas na primeira e na segunda decisões, perguntas parlamentares e comunicado de imprensa da decisão de início do procedimento de 2007*

(65) As autoridades espanholas e os terceiros interessados alegam que a nova interpretação administrativa, tal como estabelecida na consulta vinculativa V0608-12, de 21 de março de 2012, e na Resolução do TEAC de 26 de junho de 2012, é coerente com a primeira e com a segunda decisões. Tal está refletido em dois aspetos:

a) em primeiro lugar, as duas decisões da Comissão fazem referência a aquisições diretas e indiretas em diversas ocasiões. Ambas as decisões consideraram auxílio ilegal a dedução do goodwill financeiro tanto no que se refere à aquisição direta como à aquisição indireta de participações. As autoridades espanholas e os terceiros interessados citam vários pontos da primeira e da segunda decisões onde é feita referência às aquisições diretas e indiretas, nomeadamente os pontos 21, 167, 170 e 175 da primeira decisão e o artigo 1.º da primeira e da segunda decisões;

b) em segundo lugar, afigurava-se que a Comissão não tinha considerado relevante a interpretação administrativa, uma vez que não foi mencionada nos textos de nenhuma das decisões.

(66) Além disso, as autoridades espanholas sublinham que os serviços da Comissão enviaram uma carta de notificação em 26 de março de 2007, antes do início do procedimento formal de investigação, indicando que a interpretação administrativa do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS parecia ser demasiado restritiva.

(67) As autoridades espanholas alegam que a administração fiscal e a DGT respeitaram o princípio de uma interpretação coerente com o direito da UE, o princípio do efeito direto e o primado do direito da UE, ao adotarem a consulta V0608-12, de 21 de março, e a resolução do TEAC, de 26 de junho de 2012. Com efeito, as autoridades, os juízes ou a administração nacionais devem sempre aplicar o direito nacional, em conformidade com o direito da UE, e estão vinculados pelo princípio da cooperação leal previsto no artigo 4.º do TFUE.

(68) Dado que as decisões adotadas pela Comissão Europeia têm um caráter vinculativo para o seu destinatário, a DGT e o TEAC tiveram que modificar os seus critérios administrativos relativos à interpretação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS. Por conseguinte, a consulta vinculativa e a resolução do TEAC foram totalmente coerentes com a teor e âmbito de aplicação das duas decisões da Comissão, não sendo sujeito a recuperação o goodwill financeiro resultante de aquisições diretas e indiretas realizadas durante o período em que a Comissão reconheceu a existência de confiança legítima em relação aos beneficiários e que cumpriram as condições específicas que constam da primeira e da segunda decisões.

(69) As autoridades espanholas e os terceiros interessados alegam que a Comissão chega uma conclusão errada quando aplica ao caso em apreço a jurisprudência do Tribunal de Justiça nos processos Kahla ([28]) e Namur — Les Assurances de Crédit ([29]). O acórdão do processo Kahla afirma que qualquer informação complementar solicitada pela Comissão com o objetivo de clarificar o âmbito de aplicação de uma medida de auxílio faz parte do regime de auxílio notificado. De acordo com as autoridades espanholas, apesar de a Comissão já ter conhecimento da interpretação administrativa que excluía a aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS às aquisições indiretas, a Comissão não se refere a ela na primeira e na segunda decisões. Além disso, apesar de estar ciente da interpretação administrativa, a Comissão mencionou as aquisições diretas e indiretas em ambas as decisões. Os terceiros interessados alegam que nunca tiveram conhecimento da comunicação entre a Comissão e as autoridades espanholas, em que se declarou que, na prática, o goodwill financeiro só podia ser aplicado à aquisição direta de participações.

(70) No acórdão do processo Namur — Les Assurances, o Tribunal estabelece que só as alterações que introduzirem mudanças substanciais num regime de auxílio estão sujeitas a nova notificação. De acordo com as autoridades espanholas, não existe uma alteração de uma medida de auxílio existente, nem um novo auxílio, se não forem alteradas as disposições legais que originalmente continham a medida de auxílio, nem os seus limites e modalidades. Por conseguinte, pode ser inferido do acórdão do Tribunal de Justiça que, uma vez que as disposições legais em questão — artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS e artigo 21.º, n.º 1, alínea a), do TRLIS — e as suas modalidades e limites não foram alterados, a nova interpretação não pode ser considerada um novo auxílio.

(71) Além disso, as autoridades espanholas e os terceiros interessados alegam que a Comissão reconheceu na primeira e na segunda decisões que as perguntas parlamentares colocadas por alguns membros do Parlamento Europeu desencadearam o início do procedimento formal de investigação. Essas perguntas parlamentares referiam-se, na sua maioria, a aquisições indiretas, ou seja, a aquisições de participações em holdings não residentes que, simultaneamente, detinham participações em entidades operacionais não residentes. Exemplos dessas aquisições foram a compra da O2 pela Telefónica, da Scottish Power Ltd pela Iberdrola e do Abbey National Bank pelo Banco Santander. Por conseguinte, a Comissão tinha conhecimento de que o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS também abrangia aquisições indiretas.

(72) Além disso, as autoridades espanholas e os terceiros interessados alegam que o comunicado de imprensa através do qual a Comissão notificou o início do procedimento formal de investigação, em 2007, referia as perguntas parlamentares que citavam algumas dessas operações, nomeadamente, a aquisição da O2 pela Telefónica, a aquisição da Scottish Power Ltd pela Iberdrola e as ofertas da Sacyr, da Abertis e da Cintra para uma concessão de autoestradas em França. Além disso, a Iberdrola alega que a Comissão autorizou a fusão ([30]) entre a Iberdrola e a Scottish Power e, por esse motivo, a Comissão deve ter tido conhecimento de que a Iberdrola adquiriu ações de uma holding com filiais operacionais.

d) *Princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da neutralidade fiscal*

(73) As autoridades espanholas e alguns dos terceiros interessados consideram que os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação exigem que situações factuais comparáveis não sejam tratadas de modo diferente e que situações factuais diferentes não sejam tratadas do mesmo modo, a menos que esse tratamento diferenciado possa ser objetivamente justificado.

(74) As autoridades espanholas e alguns dos terceiros interessados alegam que a aquisição indireta de uma participação em entidades operacionais não residentes que resulta de uma anterior aquisição direta de uma participação numa holding é comparável à aquisição direta de uma participação numa entidade operacional. Por conseguinte, as conclusões alcançadas na primeira e na segunda decisões deviam ser aplicáveis tanto às aquisições diretas como às indiretas. Isto significaria que a consulta vinculativa que abrange as aquisições indiretas também devia ser declarada um auxílio ilegal e incompatível e, automaticamente, a Comissão devia reconhecer a existência de confiança legítima no que diz respeito às aquisições indiretas de participações efetuadas entre 1 de janeiro de 2002 e 21 de dezembro de 2007 (21 de maio de 2011), em conformidade com as condições estabelecidas no artigo 1.º da primeira e da segunda decisões.

([28]) Ver acórdão de 16 de dezembro de 2010 no processo C-537/08P, *Kahla Thüringen Porzellan GmbH/Comissão*.
([29]) Ver acórdão de 9 de agosto de 1994 no processo C-44/93, *Namur — Les assurances du credit/Comissão*.
([30]) Decisão relativa à concentração COMP M.4517 — Iberdrola/Scottish Power

(75) Os terceiros interessados referem também o princípio da neutralidade fiscal. O princípio da neutralidade fiscal exige igualdade de tratamento para um investimento, independentemente dos meios empregados para realizar o investimento. No caso da aquisição indireta de participações, o goodwill financeiro só pode surgir de aquisições indiretas de participações se a aquisição indireta se transformar numa aquisição direta através de uma operação de fusão, mediante a qual a empresa residente adquire a empresa não residente. Tendo em conta as dificuldades das concentrações internacionais de empresas, não deveria ser necessário efetuar uma operação de fusão com uma entidade operacional não residente para que surja goodwill financeiro. Pela mesma razão, não deveria ser necessário efetuar uma operação de fusão de vários níveis entre a empresa-mãe e a holding não residente, que simultaneamente se fundiu com a sua empresa filial operacional. Por conseguinte, segundo o princípio da neutralidade fiscal, seria lógico que o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS abrangesse tanto as aquisições diretas como as aquisições indiretas.

e) *A nova interpretação administrativa não tem efeitos retroativos*

(76) As autoridades espanholas e os terceiros interessados também contestam a declaração que consta da decisão de início do procedimento de 2013 sobre os efeitos retroativos da interpretação administrativa. De acordo com as autoridades espanholas, a retroatividade existe apenas no que diz respeito às disposições legais ou atos jurídicos que provocam efeitos jurídicos sobre terceiros. De acordo com o Supremo Tribunal espanhol, uma interpretação administrativa, como é o caso de um parecer relativo a matéria fiscal, não é um ato jurídico, mas um mero ato processual. Os pareceres relativos a matéria fiscal não podem ser objeto de recurso pelo operador estabelecido e o seu propósito é meramente informativo. Uma vez que não provocam efeitos jurídicos, não podem ter um efeito retroativo. Os terceiros interessados concordam que não existe uma aplicação retroativa da medida. Em primeiro lugar, as interpretações em matéria fiscal são apresentadas pelo contribuinte relativamente a impostos que ainda não foram liquidados. Em segundo lugar, muitos contribuintes ignoraram os critérios iniciais contidos na consulta vinculativa e aplicaram a dedução do goodwill financeiro que consta do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS às aquisições indiretas de participações.

B. CONFIANÇA LEGÍTIMA, SEGURANÇA JURÍDICA E O PRINCÍPIO DE *ESTOPPEL*

(77) De acordo com as autoridades espanholas, caso a Comissão determine que a nova consulta vinculativa do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS corresponde a um novo auxílio ilegal, devem também ser aplicáveis às aquisições indiretas de participações as mesmas conclusões alcançadas no artigo 1.º da primeira e da segunda decisões no que se refere à confiança legítima.

(78) As autoridades espanholas invocaram o artigo 14.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 659/1999 — mediante o qual a Comissão não deve exigir a recuperação do auxílio se tal for contrário a um princípio geral de direito comunitário — para solicitar a ausência de recuperação do auxílio no caso vertente devido à existência de confiança legítima.

(79) De acordo com as autoridades espanholas e os terceiros interessados, a criação de confiança legítima por parte dos beneficiários do auxílio foi sustentada pelos seguintes atos da Comissão:

a) a Comissão gerou uma nova confiança legítima por parte dos operadores que efetuaram aquisições indiretas de participações, e que satisfaz as condições estabelecidas nas duas decisões da Comissão, devido às constantes referências às aquisições indiretas, tanto na primeira como na segunda decisões. Com efeito, o reconhecimento da confiança legítima na primeira decisão (pontos 164 a 167) e na segunda decisão (pontos 190 a 193) refere-se tanto às aquisições diretas como às indiretas;

b) as respostas dadas pela Comissão às perguntas escritas dos deputados Erik Mejier, Sharon Bowles e David Martín ([31]) sobre se a medida em questão devia ser considerada como auxílio referiram-se expressamente à aquisição da O2 pela Telefónica, às ofertas da Abertis, da Cintra e da Sacyr no que diz respeito às autoestradas francesas e à aquisição da Scottish Power pela Iberdrola. Reconhece-se na primeira e na segunda decisões que as respostas a estas perguntas parlamentares criaram confiança legítima. As autoridades espanholas e os terceiros interessados consideram que estas respostas não só não limitaram expressamente a aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS às aquisições diretas, mas que também era presumível que dissessem respeito às aquisições indiretas, tendo em conta a estrutura dos grupos de empresas adquiridos. Em especial, as autoridades espanholas e os terceiros interessados recordam a fusão entre a Scottish Power e a Iberdrola, que foi aprovada pela Comissão. Por conseguinte, as autoridades espanholas e os terceiros interessados consideram que a Comissão tinha conhecimento, com base nas informações fornecidas aos serviços da DG Concorrência, que esta última aquisição era uma aquisição indireta de participações numa empresa não residente que resulta de uma aquisição anterior de uma holding. Por conseguinte, com base nas respostas dadas aos deputados do Parlamento Europeu, um operador económico prudente e diligente não poderia inferir que tais respostas se referiam somente a aquisições diretas de participações.

([31]) Perguntas escritas E-4431/05 e E-4772/05.

(80) De acordo com as autoridades espanholas, a existência de uma anterior interpretação administrativa restritiva do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS não afeta a confiança legítima dos beneficiários que efetuaram aquisições indiretas de participações. Isto deve-se ao facto de o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS ser uma disposição clara, conter uma referência expressa às regras de consolidação de contas e visar fomentar o investimento espanhol no estrangeiro, desde que exista alguma influência na atividade da entidade adquirida e que esta esteja envolvida em atividades económicas.

(81) De acordo com os terceiros interessados, as comunicações internas entre a Comissão e as autoridades espanholas no contexto do procedimento formal de investigação não alteram a confiança legítima dos beneficiários de uma medida de auxílio. Estes debates internos poderiam provocar efeitos jurídicos contra terceiros se se refletissem no texto das decisões.

(82) Os terceiros interessados alegam que a Comissão violou o princípio de *estoppel*, de acordo com o qual a Comissão não pode contrariar os seus próprios atos ou medidas. A Comissão fez constantemente referências a aquisições indiretas na primeira e na segunda decisões. Portanto, a Comissão não deve alterar a garantia inicial conferida nesse ato jurídico argumentando que existe uma alteração na interpretação da disposição por parte da administração fiscal.

(83) Os terceiros interessados argumentam igualmente que a Comissão está a violar o princípio da segurança jurídica. Não só a Comissão se refere repetidamente a aquisições diretas e indiretas, como também não menciona a consulta vinculativa do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS no texto das duas decisões. Os terceiros interessados consideram que, a partir do teor das decisões, um operador diligente e prudente teria acreditado que as aquisições indiretas estavam abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS.

5. **OBSERVAÇÕES DA ESPANHA SOBRE OS COMENTÁRIOS DOS TERCEIROS INTERESSADOS**

(84) As autoridades espanholas notam que todos os terceiros interessados partilham o mesmo ponto de vista e apoiam os argumentos apresentados nas observações das autoridades espanholas.

(85) As autoridades espanholas reiteram que a nova interpretação administrativa da DGT contida na consulta V0608/12, de 21 de março de 2012, e na resolução do TEAC, de 26 de junho de 2012, não constitui um novo auxílio. Nem as respostas às consultas relativas a matéria fiscal, nem as resoluções do TEAC produzem efeitos jurídicos.

(86) O acórdão do Supremo Tribunal, de 24 de junho de 2013, demonstra que o cálculo do goodwill financeiro deve ser feito segundo as regras das contas consolidadas, independentemente de as empresas não residentes adquiridas apresentarem contas consolidadas ou contas individuais. Embora o objeto desse acórdão não fosse sobre se o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS se aplica às aquisições diretas ou indiretas, o facto de que deve ser feita referência às regras contabilísticas significa que deve existir um tratamento semelhante para as aquisições diretas e indiretas para efeitos do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS.

(87) Os cinco terceiros interessados afirmam nas suas observações que tinham deduzido, nas suas liquidações do imposto sobre o rendimento das sociedades, o goodwill financeiro relativo a aquisições indiretas. Por conseguinte, a nova interpretação administrativa não afetou o âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS.

(88) A Comissão reconheceu a existência de confiança legítima na primeira e na segunda decisões devido às respostas dadas às perguntas parlamentares escritas de Erik Mejier e de Sharon Bowles. As respostas não sugerem que elas se limitavam às aquisições diretas. Pelo contrário, as respostas a essas perguntas parlamentares referiram-se a aquisições indiretas específicas.

(89) Além disso, o princípio da confiança legítima destina-se a proteger os beneficiários de um alegado auxílio estatal e não o Estado-Membro. Por conseguinte, os beneficiários do auxílio (e não o Estado-Membro) são quem deve avaliar se as medidas adotadas pela Comissão poderiam desencadear a existência de confiança legítima.

(90) Através do início do presente procedimento de investigação, a Comissão tenciona rever os seus próprios atos, violando os princípios da segurança jurídica e de *estoppel*.

(91) As autoridades espanholas recordam à Comissão que o caráter de auxílio do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS não é definitivo, estando sujeito a revisão pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

6. **AVALIAÇÃO DA MEDIDA**

(92) Na sua primeira e segunda decisões, a Comissão concluiu que o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS constituía um regime ilegal e incompatível, tanto no que diz respeito às aquisições no interior da União como às aquisições fora dela. Em especial, a Comissão estabeleceu que a medida em questão, permitindo às empresas espanholas deduzir o goodwill financeiro resultante de aquisições de participações de, pelo menos, 5 % numa empresa estrangeira, constituía uma vantagem seletiva, não justificada pela lógica do sistema fiscal. Além disso, a medida não foi considerada compatível com o mercado interno ([32]). A Comissão remete para o raciocínio seguido por estas decisões para demonstrar que a medida em apreço constituía um auxílio estatal ilegal e incompatível.

(93) As autoridades espanholas não interpuseram recurso de anulação contra a primeira ou contra a segunda decisões. No entanto, há numerosos litígios pendentes no Tribunal Geral interpostos por terceiros ([33]).

(94) A presente decisão diz unicamente respeito aos efeitos da nova interpretação administrativa do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, introduzida pelas autoridades espanholas após a adoção da primeira e da segunda decisões.

A. CARÁTER DE NOVO AUXÍLIO DA MEDIDA

(95) O objetivo da primeira e da segunda decisões foi o de avaliar a compatibilidade de um regime espanhol, tal como apresentado pelas autoridades espanholas durante o procedimento administrativo que conduziu à adoção da primeira e da segunda decisões, com o mercado interno. A primeira e a segunda decisões declararam ilegal e incompatível o regime «ilegalmente aplicado por Espanha» (artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS) ([34]).

(96) Segundo jurisprudência assente, o âmbito de aplicação de uma decisão deve ser determinado recorrendo não apenas ao texto dessa decisão, mas também tendo em conta o regime de auxílio tal como descrito pelo Estado-Membro ([35]). Em *Kahla Thüringen*, o Tribunal considerou que um pedido de informações adicionais da Comissão que tenha por objetivo clarificar o âmbito de aplicação de um regime de auxílio e a resposta dada pelos Estados-Membros a esse pedido devem ser considerados uma parte indivisível do regime de auxílio ([36]).

(97) As autoridades espanholas explicaram por carta de 4 de junho de 2007 que a prática administrativa relevante apenas permitia a dedução do goodwill ([37]) financeiro no que se refere a aquisições diretas de participações em empresas operacionais.

(98) Esta prática é igualmente evidenciada pelas interpretações administrativas da DGT e do TEAC em vigor de 2002 a 2012. Independentemente do texto das disposições relevantes do TRLIS, no momento da adoção da primeira e da segunda decisões, a DGT e o TEAC aplicaram consistente e sistematicamente o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS unicamente às aquisições diretas de participações em empresas operacionais. Esta interpretação estava em vigor desde 1 de janeiro de 2002, data em que o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS entrou em vigor.

([32]) Ver os pontos 83 e seguintes da primeira decisão e os pontos 96 e seguintes da segunda decisão.

([33]) A Decisão C45/07, de 28 de outubro de 2009, deu origem a numerosos litígios. Em especial, o acórdão do Tribunal Geral, de 8 de março de 2012, no processo T-211/10, *Iberdrola/Comissão*, os despachos do Tribunal Geral, de 21 de março de 2012, *BBVA/Comissão*, processo T-225/10; *Telefónica/Comissão*, processo T-228/10; *Ebro/Puleva/Comissão*, processo T-234/10 e *Modelo Continente/Comissão*, processo T-174/11; e o despacho de 29 de março de 2012, *AEB/Comissão*, processo T236/10. Acórdão do Tribunal de Justiça Europeu, de 19 de dezembro de 2013, no processo C-274/12P, *Telefónica/Comissão*. Ainda estão pendentes no Tribunal Geral os processos T-207/10, *Deutsche Telekom/Comissão*, o processo T-219/10, *Autogrill/Comissão*, e o processo T-227/10, *Banco Santander v Comissão*. A Decisão C-45/07, de 12 de janeiro de 2011, originou igualmente inúmeros litígios. Em especial, os despachos do Tribunal Geral de 5 de junho de 2012, *Iberdrola/Comissão*, o processo T-431/1, a decisão de 13 de dezembro de 2012, *Cementos Molins/Comissão*, o processo T-424/11; o despacho de 10 de junho de 2013, *Barloworld/Comissão*; o processo T-459/11; o despacho de 9 de setembro de 2013 referente aos processos *BBVA/Comissão*, T-429/11; *Telefónica/Comissão*, T-430/11; *Altadis/Comissão*, T-400/11; e *Telefónica/ /Comissão*, T430/11. Ainda estão pendentes no Tribunal Geral os processos *Sigma/Comissão*, T-239/11; *Banco Santander/Comissão*, T-399/11; *Axa/Comissão*, *T-405/11; e Prosegur/Comissão*, T-406/11. Estão pendentes no Tribunal de Justiça os seguintes recursos: *BBVA/Comissão*, Decisão C-587/13P; e *Telefónica/Comissão*, Decisão C-588/13P.

([34]) É igualmente claro que a questão da confiança legítima abrangida pela primeira e segunda decisões está limitada ao âmbito das medidas classificadas como um auxílio ilegal incompatível por estas duas decisões. Com efeito, o objetivo do reconhecimento de confiança legítima por uma decisão não é, nem pode ser, o alargamento do âmbito do auxílio ilegal incompatível, que foi analisado, mas apenas uma limitação da sua recuperação.

([35]) Ver acórdão de 16 de dezembro de 2010 no processo C-537/08P, *Kahla Thüringen Porzellan GmbH/Comissão*, pp. 44 e seguintes; ver igualmente o acórdão C-138/09, *Todaro Nunziatina* [2010] n.º 31.

([36]) Ver acórdão de 16 de dezembro de 2010 no processo C-537/08P, *Kahla Thüringen Porzellan GmbH/Comissão, p. 45*.

([37]) Ver carta de 4 de junho de 2007, na sequência de um pedido de informações da Comissão de 26 de março de 2007.

(99) Além disso, a nova interpretação administrativa do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS introduzida pelas autoridades espanholas em março de 2012 ampliou o âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, uma vez que a medida seria agora aplicável não só ao goodwill financeiro resultante de aquisições diretas de participações em empresas não residentes, mas também ao goodwill financeiro decorrente de aquisições indiretas de participações em empresas não residentes através da aquisição de participações numa holding.

(100) É importante salientar que o que está em causa não é determinar se o auxílio pode ser considerado um auxílio existente. Com efeito, a primeira e a segunda decisões já concluíram que a medida examinada (artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, tal como implementado pelas autoridades espanholas) constituía um auxílio ilegal e incompatível. Por conseguinte, a nova interpretação administrativa não pode, em qualquer caso, constituir um auxílio existente. Ao invés, o que é relevante no caso em apreço é saber se o âmbito de aplicação da primeira e da segunda decisões também abrangia as aquisições indiretas de participações que resultam de uma aquisição direta de participações numa holding.

(101) A Comissão considera que nenhum dos argumentos apresentados pelas autoridades espanholas e pelos terceiros interessados demonstra que a medida não constitui um novo auxílio, pelas razões abaixo explanadas.

6.1. **A interpretação administrativa não é final e não é uma prática administrativa relevante nem sistemática.**

(102) A fim de apoiar a sua tese de que a medida não constituiria um novo auxílio, as autoridades espanholas e os terceiros interessados alegam, fundamentalmente, que a interpretação administrativa inicial não era final, já que podia ser passível de recurso junto de tribunais superiores.

(103) Esses argumentos são irrelevantes para efeitos da presente decisão. Com efeito, a Comissão analisou, na primeira e na segunda decisões, o regime de auxílio tal como implementado pelas autoridades espanholas. A circunstância de que o regime poderia ser modificado ou alterado no futuro (pela administração ou pelos tribunais) não tem qualquer influência sobre o âmbito de aplicação da investigação nem, por conseguinte, sobre o âmbito de aplicação das decisões.

(104) Em qualquer caso, os argumentos das autoridades espanholas têm de ser rejeitados pelas seguintes razões adicionais:

(105) No que diz respeito ao argumento de que a interpretação administrativa não era uma prática relevante e consolidada da administração fiscal, a Comissão observa que todas as consultas vinculativas da DGT e resoluções do TEAC fornecidas pelas autoridades espanholas evidenciam uma abordagem sistemática e coerente no respeitante à exclusão do âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS das aquisições indiretas de participações que resultam de uma aquisição direta de participações numa holding.

(106) As autoridades espanholas e os terceiros interessados também alegam que a consulta vinculativa inicial não é uma prática administrativa relevante e final, dado que não é uma fonte de direito e que pode sempre ser objeto de recurso nos tribunais competentes.

(107) A Comissão considera que o facto de a consulta vinculativa e as resoluções do TEAC poderem ser objeto de recurso em instâncias judiciais superiores não implica que estas consultas — e especialmente as resoluções do TEAC — não tenham efeitos jurídicos para o operador estabelecido. Tal como previsto no artigo 89.º da Lei Geral Tributária n.º 58/2003 de 17 de dezembro, as respostas apresentadas no âmbito de uma consulta relativa a matéria fiscal têm efeitos vinculativos para a administração fiscal. Isto significa que a administração fiscal é obrigada a utilizar os mesmos critérios quando existe uma identidade de factos e circunstâncias entre os contribuintes. Por conseguinte, um operador diligente e prudente esperaria da parte da administração fiscal uma abordagem coerente em situações em que existe uma identidade de factos e circunstâncias entre contribuintes.

(108) As autoridades espanholas e alguns dos terceiros interessados alegam que a consulta vinculativa inicial não é uma prática administrativa corrente, uma vez que os critérios que dela constam podem sempre ser sujeitos a alterações. No entanto, tal como explicado pelas autoridades espanholas, o artigo 89.º da Lei n.º 58/2003 exige uma aplicação coerente dos critérios contidos numa interpretação administrativa, na medida em que a jurisprudência ou a legislação aplicável não os altere. A Comissão observa que todas as consultas da DGT e resoluções do TEAC evidenciam que, no período 2002-2012, houve uma prática corrente que não foi alterada pela legislação nem pela jurisprudência.

(109) As autoridades espanholas e alguns dos terceiros interessados alegam que a interpretação administrativa foi progressivamente alterada por uma resolução do TEAC de junho de 2010 e um acórdão da Audiencia Nacional de 13 de outubro de 2011 ([38]), que foi posteriormente confirmado pelo Supremo Tribunal por despacho de 24 de junho de 2013 ([39]). A Comissão considera que os acórdãos acima referidos não evidenciam uma alteração no tratamento fiscal das aquisições indiretas de participações no âmbito do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS. A resolução do TEAC e os acórdãos da Audiencia Nacional e do Supremo Tribunal diziam respeito a aquisições de participações intragrupo, o que é uma questão diferente daquela que está em causa. Nenhum dos acórdãos refere explicitamente a questão das aquisições indiretas de participações, nem tampouco debate a existência de goodwill financeiro como tal, uma vez que a existência de goodwill financeiro já fora confirmada pelo Tribunal *a quo*, tendo ficado à margem do âmbito de aplicação do recurso. A este respeito, a prática administrativa das autoridades fiscais espanholas no processo de recuperação foi a de olhar em primeiro lugar para o caráter direto ou indireto das aquisições — independentemente de serem aquisições intragrupo —, a fim de determinar se conduzem ou não a benefícios fiscais.

(110) As autoridades espanholas e os terceiros interessados também contestam a declaração da Comissão na decisão de início do procedimento, de 17 de julho de 2013, segundo a qual as deduções de goodwill financeiro relacionadas com aquisições indiretas de participações que constam das declarações fiscais foram sistematicamente negadas. As autoridades espanholas e os terceiros interessados alegam que a dedução não podia ser sistematicamente negada, uma vez que o sistema fiscal espanhol de cobrança de impostos se baseia num sistema de autoliquidação.

(111) A Comissão mantém a opinião de que a existência de um sistema de autoliquidação não retira à medida o caráter de novo auxílio. Com efeito, o facto de o sistema de cobrança de impostos se basear num sistema de autoliquidação não garante a exatidão nem, em última instância, a legalidade, de cada uma das operações fiscais efetuadas pelo operador estabelecido. A administração fiscal tem competência para verificar e monitorizar as operações de autoliquidação executadas pelos contribuintes. De facto, como as autoridades espanholas referiram, se um contribuinte que tivesse deduzido o goodwill financeiro resultante de aquisições indiretas fosse objeto de um controlo fiscal, a administração fiscal, que está vinculada pela obrigação de aplicar os mesmos critérios quando confrontada com situações em que existe identidade de factos e circunstâncias entre contribuintes, não teria aceitado a dedução do goodwill financeiro contida na declaração fiscal da entidade. Por conseguinte, a existência de um sistema fiscal de autoliquidação não contradiz a tese da Comissão de que foram sistematicamente recusados os pedidos apresentados pelas empresas relacionados com a dedução do goodwill financeiro no contexto das aquisições indiretas de participações.

(112) Além disso, o facto de alguns contribuintes terem ignorado a interpretação administrativa existente, deduzindo o goodwill financeiro relativo a aquisições indiretas de participações, é irrelevante para efeitos da presente análise. Nos termos do artigo 89.º da Lei n.º 58/2003, a administração fiscal é obrigada a utilizar os critérios contidos nas interpretações em matéria fiscal quando existe uma identidade de factos e circunstâncias entre contribuintes. Por conseguinte, os contribuintes que deduziram o goodwill financeiro relativo a aquisições indiretas e que foram posteriormente sujeitos a um controlo fiscal teriam de corrigir as suas declarações fiscais.

(113) Em conclusão, as consultas da DGT e as resoluções do TEAC confirmam que, no momento da primeira e da segunda decisões, e mesmo após a sua adoção (até março de 2012), a prática administrativa corrente das autoridades espanholas era a de aplicar o regime fiscal em causa apenas às aquisições diretas de participações em empresas operacionais não residentes, ao passo que todas a deduções de impostos relativas a aquisições indiretas de participações que resultaram da aquisição direta de participações numa holding foram sistematicamente recusadas. Além disso, a Comissão considera que a natureza de autoliquidação do sistema de cobrança de impostos espanhol não altera o facto de que a nova interpretação administrativa ampliou o âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS.

6.2. **A nova interpretação administrativa não constitui uma alteração substancial do âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS**

(114) Tanto as autoridades espanholas como os terceiros interessados alegam que o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS não sofreu alterações substanciais e que a interpretação administrativa do âmbito de uma disposição não pode ser considerada uma alteração substancial do auxílio. Além disso, o facto de a interpretação administrativa ter sido alterada pela DGT e pelo TEAC não afeta o âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS.

([38]) Ver acórdão da Audiencia Nacional de 13 de outubro de 2011; Recurso número 432/2008.
([39]) Ver acórdão do Supremo Tribunal de 24 de junho de 2013; RJ/2013/5335.

(115) No entanto, não há dúvida de que um alargamento do âmbito de aplicação da vantagem fiscal (que pode implicar a concessão de milhares de milhões de euros de auxílio estatal) às aquisições indiretas de participações constitui uma alteração substancial do âmbito de aplicação do regime de auxílio ([40]).

(116) Com efeito, houve uma alteração no método de cálculo do goodwill financeiro, que foi reformulado para permitir a dedução do goodwill financeiro decorrente de aquisições indiretas de participações de empresas não residentes através da aquisição direta de participações de uma holding. Esta alteração do método de cálculo ampliou claramente o âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS.

6.2.1. *Método de cálculo do goodwill financeiro*

(117) As consultas da DGT e a jurisprudência do TEAC fornecidas pelas autoridades espanholas à Comissão durante o procedimento formal de investigação e o procedimento administrativo evidenciam que, desde a adoção do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, em 2002, e até 2012, existiu uma prática administrativa corrente que excluía do âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS as aquisições indiretas de participações decorrentes de uma aquisição direta de participações numa holding. Basicamente, a doutrina da DGT e a jurisprudência do TEAC fundamentaram a sua interpretação inicial com base no seguinte raciocínio:

(118) O goodwill é um ativo intangível que surge quando uma empresa adquire outra e equivale à diferença entre o preço de compra e o valor contabilístico dos seus ativos líquidos. Com efeito, graças ao exercício de uma atividade económica, é gerado um ativo intangível devido à carteira de clientes, ao saber-fazer, aos recursos humanos, à localização geográfica e ao prestígio da empresa, o que resulta num preço de compra mais elevado do que o estabelecido como valor contabilístico. Por conseguinte, o goodwill só pode surgir devido a uma aquisição direta de uma empresa operacional, ou seja, uma empresa que exerce efetivamente uma atividade económica. Por outro lado, o goodwill não pode surgir de uma holding, cujo principal objetivo é deter ações de empresas filiais operacionais ([41]).

(119) Se o preço pago por uma participação no capital de uma empresa exceder o seu valor contabilístico, tal pode dever-se a duas razões diferentes: 1) ao valor intrínseco dos ativos e direitos da entidade ou, 2) a um preço excessivo pago devido à expectativa de obter receitas mais elevadas no futuro. A última categoria corresponde ao goodwill financeiro ([42]).

(120) A DGT e o TEAC aplicaram a seguinte abordagem em quatro fases para calcular o montante do goodwill financeiro, ou seja, a diferença entre o preço de compra e o valor contabilístico da participação não imputável ao património líquido da empresa não residente:

a) calcular a diferença entre o preço de compra da participação e o seu valor contabilístico;

b) o valor contabilístico deve refletir a parte de capital próprio que corresponde à participação que a empresa residente tem na empresa não residente;

c) a diferença entre o preço de compra da participação e o seu valor contabilístico deve ser atribuída aos ativos da empresa não residente, até ao limite do valor de mercado dos ativos em causa, de acordo com os critérios estabelecidos nas regras de consolidação contabilística ([43]);

d) o montante remanescente é o goodwill financeiro, que pode ser deduzido da matéria coletável até ao limite máximo anual de um vigésimo do seu valor.

(121) De acordo com este método de cálculo, se uma empresa residente em Espanha adquirir uma participação numa holding não residente — cuja atividade principal é a posse de ações e a gestão de ativos de outras empresas operacionais — a diferença entre o preço de compra e o valor contabilístico do património líquido da holding deve ser contabilizada como um ativo da holding até ao limite do valor de mercado do ativo em causa. Uma vez que os ativos da holding são as participações no capital de filiais operacionais não residentes, o valor de mercado dos seus ativos equivale ao preço de compra das ações e, portanto, não pode surgir goodwill financeiro. Ao abrigo desta interpretação, só pode surgir goodwill financeiro devido a uma aquisição direta de uma empresa operacional.

(122) A consulta vinculativa da DGT, de 21 de março de 2012, e a subsequente resolução do TEAC, de 26 de junho de 2012, alargaram o âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS às aquisições indiretas de participações que resultam de uma aquisição direta de participações numa holding. De acordo com as autoridades espanholas e um dos terceiros interessados, deve aplicar-se o seguinte método de cálculo do goodwill financeiro:

([40]) Deve também salientar-se que, com a nova interpretação, a DGT e o TEAC reconheceram um afastamento em relação à sua interpretação administrativa inicial do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, no que diz respeito à nova possibilidade de o aplicar às aquisições indiretas de participações (ver secção 2.3.2 supra).
([41]) Ver resolução do TEAC de 3 de novembro de 2011; RG: 2842-09.
([42]) Ver resolução do TEAC de 26 de junho de 2012; RG: 3637/2010 e 1439/2011.
([43]) De acordo com o TEAC, artigos 23.º e 24.º, do Decreto Real 1815/1991.

(123) No caso da aquisição indireta de participações decorrente de uma aquisição direta de participações numa holding, é necessário fazer um exercício de consolidação para que seja possível trazer o goodwill gerado no segundo nível e em níveis ulteriores para o nível da holding. Isto é feito eliminando o investimento em capital próprio entre a empresa adquirente e a empresa adquirida. Para esse efeito, o processo de eliminação do investimento em capital próprio deve ser realizado em fases diferentes de acordo com o artigo 30.º do Decreto Real 1815/1991:

a) em primeiro lugar, deve ser eliminado o investimento em capital próprio a nível da empresa que não tenha uma participação direta no capital de outra entidade. A participação que a holding tem na empresa operacional é eliminada e o valor dessa participação é substituído no balanço da holding pelo valor de mercado dos ativos da filial operacional. Surge uma reserva de consolidação no balanço da holding que equivale à diferença entre o valor de mercado dos ativos da empresa operacional e o seu valor contabilístico;

b) em segundo lugar, a eliminação do investimento em capital próprio também deve ser realizada em fases posteriores, tendo em conta, no cálculo do valor dos capitais próprios, as reservas de consolidação que tenham surgido em fases anteriores.

(124) O goodwill financeiro é a parte da diferença entre o preço de compra da participação e o novo valor do capital próprio da holding, após a consolidação, que não pode ser atribuída aos ativos da holding. Ao aplicar este método de cálculo, os ativos e passivos de todas as filiais detidas por uma holding são tratados como se fossem ativos e passivos de uma única empresa.

(125) Por conseguinte, o novo método de cálculo que consta das consultas da DGT e das resoluções do TEAC de 2012 exige uma simulação ([44]) prévia de um exercício de consolidação, a fim de ser capaz de trazer os ativos da empresa operacional não residente (que gera o goodwill) para o nível da holding, seguindo as instruções que constam do artigo 30.º do Decreto Real 1815/1991. É depois desta simulação de um processo de consolidação que a diferença entre o preço de compra da participação e o seu valor contabilístico pode ser atribuída aos ativos e direitos da holding não residente. A diferença remanescente seria o goodwill financeiro a deduzir da matéria coletável. Por conseguinte, este método de cálculo evita a discrepância entre o preço de compra e o valor de mercado dos ativos da holding (ações), o que levou à ausência de goodwill financeiro ao nível da holding.

(126) A controvérsia sobre o cálculo do goodwill financeiro resume-se à referência que o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS faz às regras de consolidação. Com efeito, a referência não especifica quais são as regras de consolidação contabilística específicas ou as disposições que devem ser aplicadas para calcular o montante final do goodwill financeiro:

«*A diferença entre o preço de compra da participação e o seu valor contabilístico na data das aquisições deve ser contabilizada nos ativos e nos direitos da entidade não residente, em conformidade com os critérios estabelecidos no Decreto Real 1815/1991 relativo às regras de consolidação de contas*.» [Sublinhado nosso]

(127) O TEAC clarificou nas suas anteriores resoluções que a referência às regras de consolidação contabilística foi feita exclusivamente com o objetivo de contabilizar a diferença entre o preço de compra e o valor contabilístico da participação nos ativos e direitos da entidade não residente ([45]) e que o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS não exige efetivamente a consolidação de contas. Na resolução do TEAC de 3 de novembro de 2011, é indicado que «a referência que o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS faz ao Decreto Real 1815/1991 (regras de consolidação contabilística) tem como único objetivo atribuir a diferença entre o preço de compra da participação e o seu valor teórico contabilístico aos ativos e direitos da entidade participada.»

(128) Em especial, no caso da aquisição de participações de uma holding, o debate centra-se na forma de determinar qual o valor contabilístico que deve ser tido em conta para efeitos do cálculo do montante do goodwill financeiro: o valor contabilístico que resulta das contas consolidadas ou o valor contabilístico que resulta das contas individuais. Com efeito, a escolha pode levar a resultados muito diferentes: por um lado, caso se tenha em conta o valor contabilístico contido nas contas individuais, não iria surgir goodwill financeiro no caso de uma aquisição de participações numa holding; por outro lado, ao considerar o valor contabilístico contido nas contas consolidadas já surgiria goodwill financeiro ao nível da holding.

([44]) A Comissão refere-se a uma simulação de um exercício de consolidação, dado que um dos requisitos do artigo 21.º do TRLIS é a aquisição de, pelo menos, uma participação de 5 %. Esta percentagem não implica a consolidação com a empresa adquirente.

([45]) Ver resolução do TEAC 2842-09 de 3 de novembro de 2011.

(129) Pode inferir-se das resoluções do TEAC que vários contribuintes já solicitaram a dedução do goodwill financeiro resultante de participações adquiridas indiretamente e localizadas no segundo nível ou em níveis ulteriores, incitando a administração fiscal a ter em conta os valores de referência que constam das contas consolidadas do grupo, em vez dos que constam das contas individuais. No entanto, a Comissão observa que a DGT e o TEAC declararam sistematicamente, nas suas consultas e resoluções anteriores a 2012, que o valor contabilístico a ter em conta deve ser o que consta das contas individuais.

(130) Em especial, o TEAC alegou inicialmente que a consolidação fiscal e a consolidação contabilística não são equivalentes, tal como não o são os conceitos de grupo consolidado para fins fiscais e para fins contabilísticos ([46]). A título de exemplo, faz referência à forma como a Lei espanhola relativa ao imposto sobre o rendimento das sociedades não tem em conta os lucros do grupo contidos nas demonstrações financeiras consolidadas, mas sim o lucro individual agregado que consta das demonstrações financeiras individuais. Isto porque o objetivo prosseguido pelas regras contabilísticas e pelas regras fiscais acaba por ser diferente: enquanto o objetivo das demonstrações financeiras consolidadas é informar sobre a situação económica e financeira do grupo, do ponto de vista fiscal, o que importa é determinar a capacidade económica do grupo a tributar ([47]). Ter em conta as demonstrações financeiras consolidadas pode provocar distorções no cálculo da matéria coletável. Por exemplo, pode acontecer que o investimento tenha sido efetuado quando a empresa não fazia parte de um grupo; ou pode também acontecer o inverso, que o investimento ainda se reflita nas demonstrações consolidadas mesmo depois de a empresa já não fazer parte do grupo. Por conseguinte, ainda que o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS não exclua explicitamente a tomada em consideração do valor contabilístico refletido nas demonstrações consolidadas, o valor contabilístico a que se refere deve ser o que consta das contas individuais da empresa adquirida não residente, caso contrário a disposição teria explicitamente feito uma referência às regras contabilísticas, como acontece noutras disposições fiscais da legislação espanhola relativa ao imposto sobre o rendimento das sociedades.

(131) A Comissão é de opinião que o método de cálculo do goodwill financeiro que sustentou as interpretações administrativas é parte integrante do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, que define o seu âmbito de aplicação e efeitos jurídicos. Com efeito, o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS é, por si só, um método de cálculo do goodwill financeiro: especifica quais os passos que devem ser respeitados a fim de obter o montante que constitui o goodwill financeiro. É óbvio que uma alteração ou modificação deste método de cálculo, o que implica uma modificação substancial da vantagem fiscal resultante dessa disposição, poderia ter um impacto direto sobre os efeitos jurídicos da disposição.

(132) O método de cálculo inicial utilizado consistentemente pela DGT e pelo TEAC concluiu que o valor contabilístico a ter em conta deve ser o que se reflete nas contas individuais da empresa adquirida não residente. Por conseguinte, não pode surgir qualquer goodwill (nem, consequentemente, qualquer goodwill financeiro) no contexto de uma aquisição indireta de participações decorrente de uma aquisição direta de participações em holdings não residentes. A prática administrativa inicial só permitia a dedução do goodwill financeiro resultante da aquisição direta de participações em empresas operacionais.

(133) O novo método de cálculo que consta da consulta vinculativa da DGT e da resolução do TEAC de 2012 alarga os limites iniciais do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS ao permitir a dedução do goodwill financeiro também no contexto da aquisição indireta de participações decorrente de uma aquisição direta de participações numa holding, daí resultando que as empresas que, no momento da primeira e segunda decisões, não deveriam aplicar a medida às aquisições indiretas, podem agora solicitar deduções no que se refere a essas aquisições.

(134) Além disso, a Comissão observa que, ao permitir trazer o goodwill gerado no segundo nível ou em níveis ulteriores para o nível da holding, uma das premissas do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS não é cumprida: a da geração de goodwill resultante de uma aquisição de participação numa empresa não residente por uma empresa residente em território espanhol. Com efeito, o *goodwill* seria gerado no segundo nível ou em níveis ulteriores, sendo que nenhuma das empresas é residente em Espanha. [Sublinhado nosso]

(135) Em conclusão, embora a redação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS e do artigo 21.º do TRLIS não tenha sido modificada, a Comissão considera que a nova interpretação administrativa do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, que se baseia no novo método de cálculo acima referido, constitui uma alteração substancial ao regime, uma vez que alarga o âmbito de aplicação inicial da disposição, ao permitir a dedução do goodwill financeiro também no caso de aquisições indiretas de participações que resultem de uma aquisição direta de participações numa holding.

([46]) Ver resolução do TEAC de 17 de fevereiro de 2011; RG: 4871-09, 4872-09, 4873-09 e 4874-09.
([47]) Ver acórdão do Supremo Tribunal de 24 de junho de 2013; RJ/2013/5335.

6.2.2. *Razões apresentadas pelas autoridades espanholas e pelos terceiros interessados para justificar o afastamento em relação à interpretação administrativa anterior*

(136) As autoridades espanholas e os terceiros interessados reconheceram ([48]) que, até à alteração da interpretação administrativa, em 2012, a dedução que consta do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS foi, na prática, apenas aplicável às aquisições diretas de participações em empresas não residentes. As autoridades espanholas e os terceiros interessados apresentaram uma série de razões para justificar a alteração da prática administrativa relativa à aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS.

(137) No entanto, a questão em análise não se prende com estas alegadas razões. Com efeito, as razões por que o regime de auxílio foi modificado em 2012 não podem alterar o âmbito de aplicação da primeira e da segunda decisões, adotadas em 2009 e 2011, respetivamente.

(138) Além disso, as razões inicialmente invocadas pelas autoridades espanholas, ao explicarem o âmbito de aplicação da medida durante o procedimento administrativo que conduziu à decisão de início do procedimento de 2007, bem como as que constam das consultas vinculativas iniciais da DGT e das resoluções do TEAC, contrastam com as invocadas durante o presente procedimento formal de investigação para reivindicar a inexistência de caráter de auxílio da nova interpretação administrativa.

(139) Em alternativa, as razões das autoridades espanholas e dos terceiros interessados não justificam, em qualquer caso, um afastamento em relação à interpretação administrativa anterior.

a) *Finalidade do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS: fomentar a internacionalização das empresas espanholas*

(140) Conforme indicado nas observações das autoridades espanholas, tanto a DGT como o TEAC se referem, ao justificarem a alteração na sua interpretação administrativa, à finalidade do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS. O objetivo desta disposição é fomentar a internacionalização e o investimento das empresas espanholas no estrangeiro. A exclusão das aquisições indiretas não estaria em consonância com esse objetivo.

(141) O tratamento fiscal diferenciado entre aquisições de participações nacionais e estrangeiras previsto no artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS — cujo objetivo é fomentar a internacionalização e o investimento de empresas espanholas no estrangeiro — foi declarado auxílio ilegal e incompatível com o mercado interno na primeira e na segunda decisões. A Comissão considera que uma alteração na prática administrativa não pode ser justificada pela finalidade — a internacionalização das empresas espanholas — de uma disposição (artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS) que já foi declarada auxílio ilegal e incompatível com o mercado interno na primeira e na segunda decisões.

b) *Referências à aquisição indireta na primeira e na segunda decisões, perguntas parlamentares e comunicado de imprensa da decisão de início do procedimento de 2007*

(142) Um dos argumentos invocados pelas autoridades espanholas e pelos terceiros interessados para contestar que a nova interpretação administrativa do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS constitui um novo auxílio é que a redação da primeira e da segunda decisões da Comissão se refere tanto à aquisição direta como à aquisição indireta de participações. Por conseguinte, consideram que a nova interpretação administrativa está em conformidade com as duas decisões da Comissão.

(143) A Comissão não concorda que estas referências eliminem o caráter de novo auxílio da medida. As referências feitas na primeira e na segunda decisões às aquisições diretas e indiretas de participações devem-se à referência que o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS faz ao artigo 21.º do TRLIS, que afirma explicitamente que a percentagem de participação — direta ou indireta — no capital da empresa não residente deve ser, pelo menos, de 5 %. Não compete à Comissão determinar na primeira e na segunda decisões o modo como uma disposição da Lei espanhola relativa ao imposto sobre o rendimento das sociedades deve ser aplicada, mas sim examinar se a disposição constitui um auxílio estatal, tendo em conta a forma como é aplicada pelo Estado-Membro em causa no momento da notificação.

(144) Além disso, é importante notar que, durante o procedimento formal de investigação que conduziu à adoção da primeira e da segunda decisões, a investigação incidiu sobre se o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS constituía, ou não, um auxílio estatal, e essa avaliação não obrigava a que se examinasse se as aquisições diretas ou indiretas estavam abrangidas pelo referido artigo. O debate sobre se as aquisições indiretas de participações estavam abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS surgiu no contexto do processo de recuperação, quando as autoridades espanholas informaram a Comissão acerca da alteração da prática administrativa anterior. O facto de a Comissão ter apresentado, numa fase muito precoce e ainda antes do procedimento formal de investigação, numa carta de notificação de 26 de março de 2007, uma série de perguntas escritas sobre o âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, é irrelevante para a presente análise. O que importa, no presente caso, é determinar o modo como as autoridades espanholas estavam a aplicar o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS no momento da adoção da primeira e da segunda decisões.

([48]) Ver carta de 4 de junho de 2007, enviada pela Espanha em resposta a um pedido de informações de 26 de março de 2007.

(145) Em relação à matéria em causa, deve relembrar-se novamente a jurisprudência do Tribunal de Justiça estabelecida no acórdão *Kahla* ([49]), que afirma que o âmbito de aplicação de uma decisão deve ser determinado, não apenas por referência ao texto dessa decisão, mas tendo igualmente em conta o regime de auxílio como descrito pelo Estado-Membro em causa. Nesse contexto, as autoridades espanholas esclareceram, por carta de 4 de junho de 2007, que o âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS apenas abrangia as aquisições diretas de participações em empresas não residentes. A ausência de uma referência explícita a esta carta na primeira e segunda decisões não altera o facto de que, desde a sua adoção, o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS foi implementado excluindo do seu âmbito de aplicação as aquisições indiretas de participações.

(146) Além disso, decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça estabelecida no processo *Kahla* que, no contexto da adoção da nova interpretação administrativa, as autoridades espanholas já tinham conhecimento da informação contida na carta enviada à Comissão, em que se afirmava que só as aquisições diretas de participações podiam beneficiar da dedução que consta do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS. As autoridades espanholas deviam ter assegurado que a decisão seria implementada em conformidade com as informações que já tinham facultado aos serviços da Comissão ([50]).

(147) A Comissão considera que o âmbito de aplicação da primeira e da segunda decisões não só é determinado pelos texto da decisão, mas também por todas as informações apresentadas pelas autoridades espanholas que tinham como objetivo descrever a forma como o regime de auxílio analisado era implementado no momento em que as duas decisões foram adotadas.

(148) A questão de saber se os terceiros interessados tinham, ou não, conhecimento das comunicações entre as autoridades espanholas e a Comissão é completamente irrelevante no que se refere a determinar se a nova prática administrativa constitui um novo auxílio. Embora não haja nenhuma alteração do texto da disposição jurídica em causa — isto é, o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS lido em conjugação com o artigo 21.º do TRLIS —, a Comissão considera que os limites e as modalidades da disposição foram alterados. Com efeito, a nova interpretação administrativa alarga o âmbito de aplicação inicial do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, ao permitir a dedução do goodwill financeiro nos casos de aquisição indireta de participações através de uma aquisição direta de participações numa holding. Esta situação não estava em princípio contemplada na interpretação administrativa inicial, que só permitia a dedução do goodwill financeiro resultante de aquisições diretas de participações em empresas operacionais.

(149) O Tribunal de Justiça estabeleceu no acórdão Namur — Les Assurances ([51]) que só as modificações que introduzem alterações substanciais num regime de auxílio estão sujeitas, enquanto novo auxílio, a notificação adicional. A Comissão considera que a nova interpretação administrativa constitui uma alteração substancial do regime de auxílio analisado pela Comissão na primeira e na segunda decisões, dado que os limites e as modalidades de interpretação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS foram alargados a situações que não estavam abrangidas inicialmente pelo âmbito de aplicação da disposição. Além disso, é importante notar que o que está em causa não é determinar se o auxílio pode ser considerado um auxílio novo ou existente. Com efeito, a primeira e a segunda decisões já concluíram que o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS constituía um auxílio ilegal e incompatível. No entanto, o que é relevante no caso em apreço é determinar se o âmbito de aplicação da primeira e da segunda decisões também abrange as participações indiretas que resultam de uma aquisição de uma holding, a fim de determinar a existência de auxílio, a sua compatibilidade e a existência de confiança legítima.

(150) Além disso, as autoridades espanholas e os terceiros interessados argumentam que a medida não seria um novo auxílio, uma vez que várias aquisições que ocorreram antes do início do procedimento, em 2007, foram aquisições indiretas de participações que resultaram da aquisição direta de participações numa holding. As autoridades espanholas e os terceiros interessados alegam que as referências a essas aquisições que constam do comunicado de imprensa do início do procedimento de 2007 e as respostas dadas pela Comissão às perguntas parlamentares escritas demonstram que a Comissão tinha conhecimento da natureza indireta dessas aquisições.

(151) Embora as aquisições referidas nas respostas às perguntas parlamentares escritas ou no comunicado de imprensa sobre a decisão de início do procedimento de 2007 possam ter envolvido aquisições indiretas, a Comissão não poderia ter sabido — pelo menos no que se refere à imensa maioria das operações — qual era a estrutura empresarial das empresas que estavam a ser adquiridas, ou seja, se as empresas adquiridas eram empresas operacionais ou holdings. Tal como já foi referido no ponto 128, a questão em causa foi a de determinar se o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS constituía um auxílio estatal ilegal devido ao tratamento fiscal diferenciado entre as aquisições de participações nacionais e estrangeiras e, por conseguinte, não houve necessidade de analisar a

([49]) Ver acórdão de 16 de dezembro de 2010 no processo C-537/08P, *Kahla Thüringen Porzellan GmbH/Comissão*, p. 44; ver igualmente acórdão no processo C-138/09, *Todaro Nunziatina* [2010] n.º 31.
([50]) Ver acórdão de 16 de dezembro de 2010 no processo C-537/08P, *Kahla Thüringen Porzellan GmbH/Comissão*, p. 44.
([51]) Ver acórdão de 9 de agosto de 1994 no processo C-44/93, *Namur — Les assurances du credit/Comissão*.

estrutura empresarial da empresa não residente adquirida. Com efeito, a distinção entre aquisições diretas e indiretas não foi considerada relevante para efeitos da avaliação exigida na primeira e na segunda decisões. Em última análise, tal distinção não teria alterado a avaliação definitiva do auxílio estatal da medida, em que a Comissão declarou a medida seletiva devido às suas características intrínsecas, ou seja, a não permissão da amortização do goodwill financeiro nas transações entre empresas residentes em Espanha.

(152) Em especial, no que se refere à fusão Iberdrola/Scottish Power notificada à Comissão ([52]), deve referir-se que a Comissão tinha indicado claramente no ponto 42 da decisão relativa à operação de concentração que, para efeitos da referida decisão, não era necessário nem adequado determinar se o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS constituía um auxílio estatal. Em qualquer caso, as respostas dadas pela Comissão às perguntas parlamentares escritas antecederam o início da investigação formal do regime de auxílio ([53]). Por conseguinte, no momento em que foram dadas as respostas a Comissão não podia ter, e não tinha, uma opinião sobre a matéria ([54]).

(153) Em suma, o que é relevante para efeitos da apreciação do auxílio estatal é a forma como a medida foi aplicada pelo Estado-Membro em causa. A este respeito, a Espanha explicou que o âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS se limitava às aquisições diretas. Tal é igualmente confirmado pela existência de uma prática administrativa coerente e relevante que continuou a existir até 2012. A este respeito, a Comissão observa que, tal como referido pelo Tribunal de Justiça, a Comissão analisa o regime de auxílio tal como ele é aplicado. No caso em apreço, não pode ser contestado que a prática administrativa corrente não permitia a dedução do goodwill financeiro correspondente às aquisições indiretas.

c) *A referência ao artigo 21.º do TRLIS*

(154) Outro argumento apresentado pelas autoridades espanholas ([55]) é que o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS se refere ao artigo 21.º, n.º 1, alínea c), segundo parágrafo, onde é declarado explicitamente que os dividendos resultantes de participações diretas ou indiretas serão igualmente abrangidos pela disposição. Por conseguinte, o facto de a empresa operacional estar situada num nível secundário ou ulterior não deve ser um obstáculo à aplicação da dedução que consta do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS. No entanto, tal como explicado pelas autoridades espanholas durante o procedimento administrativo que conduziu à adoção da decisão de início do procedimento de 2007, um dos motivos para excluir as aquisições indiretas do âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS é que o artigo 21.º do TRLIS requer igualmente que a empresa não residente exerça uma atividade económica no estrangeiro e que esteja sujeita a um imposto semelhante ao imposto sobre o rendimento das sociedades. Esta disposição encontra a sua fundamentação nas regras de combate aos abusos fiscais, a fim de evitar que empresas sediadas em paraísos fiscais ou em territórios com tributação nula fossem elegíveis para efeitos da dedução. Tendo em conta que as holdings não exercem uma atividade económica propriamente dita, foram excluídas do âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS.

(155) A DGT e o TEAC, nas suas consultas vinculativas e resoluções iniciais, explicaram que o goodwill (e, por conseguinte, o goodwill financeiro) não podia gerar-se ao nível de uma holding, porque as holdings não exercem uma atividade económica de acordo com os requisitos estabelecidos no artigo 21.º do TRLIS. Por conseguinte, não pode surgir goodwill financeiro ao nível da holding. No entanto, em 2012 a DGT e o TEAC reviram a sua interpretação anterior, alegando que o requisito de exercício de uma atividade económica pode ser satisfeito quando a empresa operacional se encontra no primeiro ou no segundo níveis ou em níveis ulteriores.

(156) Embora o artigo 21.º do TRLIS faça referência explícita às aquisições diretas e indiretas, também é verdade que na sua alínea c) exige que os lucros decorram de atividades empresariais realizadas no estrangeiro. Como a Audiencia Nacional ([56]) reconheceu no seu acórdão de 6 de fevereiro de 2014, tal não é o caso se a empresa não residente que se pretende adquirir for uma holding, cuja atividade principal é a mera posse de ações de outras empresas operacionais.

([52]) COMP M.4517, ponto 42.
([53]) Por carta de 4 de junho de 2007, as autoridades espanholas comunicaram à Comissão que o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS só era aplicado a aquisições diretas.
([54]) Além disso, é importante notar que as respostas às perguntas parlamentares escritas não fizeram qualquer diferenciação explícita entre aquisições diretas e indiretas.
([55]) Ver nota 48.
([56]) Ver nota 23.

(157) É importante notar que o artigo 21.º do TRLIS foi, antes de mais nada, concebido para estabelecer as condições de isenção do imposto sobre o rendimento das sociedades dos dividendos e rendimentos de origem estrangeira que derivam da aquisição de participações em empresas não residentes, a fim de evitar a dupla tributação internacional. O artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS só refere essa disposição a fim de analisar se o rendimento da empresa não residente adquirida se coaduna com esses critérios, para que a empresa adquirente possa deduzir o goodwill financeiro decorrente dessa operação. Por conseguinte, a extrapolação dos critérios estabelecidos no artigo 21.º do TRLIS deve ser feita com a ressalva de que esta última disposição tem como objetivo identificar as condições necessárias para a isenção dos dividendos e rendimentos de origem estrangeira.

(158) Tal como declarado pelas autoridades espanholas por carta de 4 de junho de 2007, a administração fiscal deve monitorizar a aplicação da depreciação do goodwill financeiro. Essa monitorização só pode ser feita por intermédio da empresa residente em Espanha, onde a administração fiscal espanhola pode facilmente monitorizar a dedução, dado que as participações são parte dos ativos da empresa residente em Espanha. Seria mais difícil para a administração fiscal espanhola monitorizar o goodwill que surgisse de empresas não residentes situadas em níveis ulteriores, onde as participações são contabilizadas nos ativos das empresas não residentes, que não são obrigadas a prestar informações à administração fiscal espanhola.

(159) Com efeito, esta necessidade de monitorizar a aplicação da dedução que resulta de um investimento reflete-se na obrigação prevista no artigo 15.º do Regulamento de implementação da Lei espanhola relativa ao imposto sobre o rendimento das sociedades (Decreto Real 1777/2004), que só exige o fornecimento de informações sobre a aquisição da empresa diretamente adquirida a fim de se poder aplicar o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS. Se esta dedução se destinasse a ser igualmente aplicável às aquisições indiretas, teria sido lógico incluir também as aquisições indiretas. A Comissão entende que, ao limitar a obrigação de prestação de informações às aquisições diretas, o legislador excluiu propositadamente as aquisições indiretas de participações do âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS. Tal é confirmado igualmente pela DGT, que reconhece ter reconsiderado a sua doutrina anterior, não obstante a obrigação de fornecer informação constante do artigo 15.º do Regulamento RD 1777/2004.

(160) Além disso, o que é relevante para efeitos da presente apreciação do auxílio estatal é a forma como a medida foi aplicada pelo Estado-Membro em causa. A este respeito, a Espanha explicou à Comissão que a administração fiscal espanhola só autorizou a dedução do goodwill financeiro decorrente de aquisições diretas de participações devido, em parte, ao raciocínio segundo o qual o artigo 21.º do TRLIS exige claramente o exercício de uma atividade económica para se poder beneficiar da aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS. Esta condição só é respeitada pelas empresas operacionais, dado que as holdings não exercem qualquer atividade económica genuína. Por conseguinte, tendo em conta as explicações fornecidas pelas autoridades espanholas sobre a implementação da disposição, a Comissão considerou, no momento da adoção da primeira e da segunda decisões, que o âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS se limitava a aquisições diretas de participações em empresas operacionais, facto que foi também confirmado pela existência de uma prática administrativa coerente e relevante, que continuou a existir até 2012.

(161) A Comissão considera que, apesar das referências feitas no artigo 21.º, alínea c), segundo parágrafo, do TRLIS a aquisições diretas e indiretas, a prática administrativa corrente da DGT, que também foi corroborada pelo TEAC, indica que as aquisições indiretas de participações foram excluídas do âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS. Isto deveu-se ao facto de as holdings não exercerem uma atividade económica em conformidade com o artigo 21.º, alínea c), do TRLIS, que exige que os lucros derivem de atividades empresariais realizadas no estrangeiro. Ao reconsiderarem esta posição, alegando que o artigo 21.º do TRLIS faz uma referência à aquisição indireta no segundo parágrafo da alínea c), as autoridades espanholas estão a alargar o âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, ao abranger situações que, no momento da primeira e da segunda decisões, não estavam abrangidas.

d) *Princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da neutralidade fiscal*

(162) As autoridades espanholas e alguns dos terceiros interessados afirmam que as aquisições indiretas de participações de empresas não residentes que resultam de uma aquisição de participações numa holding são comparáveis às aquisições diretas de participações de empresas operacionais. Por esse motivo, e a fim de garantir os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação, as conclusões alcançadas na primeira e na segunda decisões devem ser aplicáveis tanto às aquisições diretas como às aquisições indiretas de participações.

(163) Os terceiros interessados alegam também que, de acordo com o princípio da neutralidade fiscal, deve ser garantida a igualdade de tratamento tanto a um investimento realizado na forma de aquisição direta de participações em empresas operacionais como a outro realizado na forma de aquisição indireta de participações através de uma holding. Em especial, os interessados alegam que, tendo em conta as dificuldades das concentrações internacionais de empresas, não deveria ser necessário efetuar uma operação de fusão (a única situação em que pode resultar goodwill financeiro da aquisição indireta de participações) ou operações de fusão de vários níveis.

(164) Para começar, é de recordar que os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da neutralidade fiscal são irrelevantes no que se refere ao âmbito da primeira e da segunda decisões, assim como é irrelevante se estas também abrangem as aquisições indiretas de participações.

(165) Em qualquer caso, a Comissão observa que resulta da abordagem inicial contida nas consultas vinculativas da DGT e nas resoluções do TEAC anteriores a 2012 que as aquisições diretas e indiretas de participações que resultam de uma aquisição anterior de uma holding não eram comparáveis para efeitos do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS.

(166) A lógica que sustentou o tratamento diferenciado na interpretação administrativa inicial foi a de que uma das premissas do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS não foi respeitada no caso da aquisição de participações de uma holding e a subsequente aquisição indireta de participações em filiais operacionais. Com efeito, a noção fiscal de goodwill financeiro está ligada à noção contabilística de goodwill. Existe goodwill quando o preço pago por uma empresa excede o valor contabilístico do seu património líquido. Esta diferença pode dever-se a duas razões diferentes: 1) ao valor intrínseco dos ativos e direitos da entidade ou, 2) a um preço excessivo pago devido a maiores expectativas de obter receitas mais elevadas no futuro. A última categoria corresponde ao goodwill financeiro. O goodwill e, consequentemente, o goodwill financeiro, só podem surgir em empresas operacionais que exercem uma atividade económica. As holdings, cujo principal objetivo é deter participações de filiais operacionais, não exercem uma atividade económica genuína e, por conseguinte, não podem gerar goodwill. Isto também é demonstrado pelo método de cálculo utilizado nas interpretações administrativas iniciais, que é uma parte integrante do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS. De acordo com este método de cálculo, o valor de mercado dos ativos da holding (ações de filiais operacionais não residentes) equivale ao preço de compra da participação e, por conseguinte, não pode surgir goodwill financeiro. O facto de haver uma discrepância entre o preço de compra e o valor de mercado dos ativos (ações) da holding deve-se a uma característica intrínseca das holdings, nomeadamente a de que os seus ativos são ações de outras filiais operacionais.

(167) As autoridades espanholas explicaram ([57]), no contexto do procedimento administrativo que conduziu à decisão de início do procedimento de 2007, que o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS exige apenas a aquisição de uma participação de 5 % no capital da empresa não residente, uma percentagem de participação que não implica a consolidação com a empresa não residente nem com filiais subsequentes. Somente após a consolidação da holding e das suas filiais operacionais com a empresa-mãe adquirente é que pode surgir goodwill nas demonstrações financeiras consolidadas.

(168) No que diz respeito ao debate sobre se se deve considerar os valores que constam das contas consolidadas ou os que constam das contas individuais, o TEAC defendeu constantemente que os valores de referência a ter em conta para o cálculo do goodwill financeiro são os estabelecidos nas contas individuais. O TEAC afirmou reiteradamente que o objetivo das regras fiscais e contabilísticas é diferente e que a análise das informações que constam das demonstrações financeiras consolidadas para efeitos fiscais poderia conduzir a distorções na interpretação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS.

(169) Além disso, as autoridades espanholas também explicaram que o artigo 12.º, n.º 5, é um método para depreciar um investimento cuja gestão exige monitorização por parte da administração fiscal. A monitorização da depreciação só pode ser feito por intermédio da empresa residente em Espanha porque as participações, situadas no primeiro nível, são parte dos ativos dessa empresa. Seria mais difícil para a administração fiscal monitorizar o goodwill financeiro que surgisse em empresas não residentes situadas no segundo nível ou em níveis ulteriores. Com efeito, neste caso as participações são contabilizadas nos ativos das empresas não residentes, que não são obrigadas a prestar informações à administração fiscal espanhola.

(170) Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o princípio geral da igualdade de tratamento exige que situações comparáveis não sejam tratadas de maneira diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de maneira igual, a não ser que tal tratamento seja objetivamente justificado ([58]).

(171) A Comissão observa que a exclusão das aquisições indiretas do âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, tal como estabelecida nas consultas vinculativas iniciais, não parece ser o resultado de razões arbitrárias, mas sim justificada pela natureza e lógica intrínsecas da disposição, bem como pela possibilidade de gerir o imposto.

([57]) Ver nota 48.

([58]) Processos apensos 66/79, 127/79 e 128/79, *Salumi e outros*, Col. 1980, p. 1237, n.º 14; Processo C-14/01 *Niemann* Col. 2003, p. I-2279, n.º 49.

(172) A Comissão gostaria de salientar que é irrelevante, para efeitos da presente avaliação do auxílio estatal, determinar se a interpretação administrativa inicial anterior leva à discriminação entre aquisições diretas e indiretas ou se viola o princípio da neutralidade fiscal. Como anteriormente explicado, não incumbe à Comissão determinar numa decisão o modo como uma disposição nacional deve ser implementada. A Comissão é obrigada a avaliar se a disposição em causa constitui um auxílio estatal, tendo em conta a forma como é implementada pelas autoridades nacionais aquando da sua notificação. No caso em apreço, há claramente um afastamento em relação à interpretação administrativa anterior, que alarga o âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, ao incluir situações que não eram inicialmente contempladas pela interpretação administrativa inicial.

e) *Retroatividade da medida*

(173) As autoridades espanholas e os terceiros interessados contestam o caráter retroativo da interpretação administrativa. As autoridades espanholas remeteram para as suas explicações anteriores ([59]), segundo as quais, no que se refere às aquisições efetuadas até 21 de dezembro de 2007 e cujo goodwill financeiro está sujeito a revisão, o montante do goodwill financeiro resultante de aquisições indiretas (e diretas) será deduzido da matéria coletável. No que diz respeito às aquisições efetuadas depois de 21 de dezembro de 2007, não será aceite a dedução do goodwill financeiro resultante de aquisições diretas ou indiretas.

(174) As autoridades espanholas explicaram que, nos termos do artigo 120.º da Lei Geral Tributária n.º 58/2003, de 17 de dezembro («LGT»), as empresas que consideram que a declaração fiscal tem afetado negativamente os seus legítimos interesses podiam solicitar a retificação da autoliquidação, de acordo com o procedimento aplicável. O procedimento está descrito nos artigos 126.º a 129.º do Decreto Real 1065/2007 de 27 de julho ([60]). Basicamente, uma empresa pode solicitar a retificação da sua autoliquidação depois de a ter apresentado e antes de a administração fiscal ter adotado a liquidação definitiva ou, na sua ausência, antes do prazo de prescrição que a administração fiscal tem para determinar o montante do imposto a cobrar. De acordo com os artigos 66.º e 67.º da LGT, o prazo para solicitar a retificação da declaração fiscal é de quatro anos a contar do termo do prazo para apresentar a declaração fiscal.

(175) As autoridades espanholas reconheceram que as empresas que efetuaram aquisições indiretas de participações em empresas estrangeiras até 21 de dezembro de 2007 e que não incluíram a dedução do goodwill financeiro resultante de aquisições indiretas podem agora corrigir as suas declarações a fim de deduzir o goodwill financeiro delas decorrente. As empresas que incluíram nas suas declarações fiscais anteriores a dedução do goodwill financeiro resultante de aquisições indiretas e que já tinham sido sujeitas à avaliação da administração fiscal não poderão solicitar a retificação das declarações já apresentadas; no entanto, uma vez que a dedução se estende por 20 anos, tal não impede estas empresas de deduzir o goodwill financeiro em declarações futuras.

(176) Para começar, se a nova interpretação administrativa tem efeito retroativo, ou não, não tem nenhuma consequência para determinar o âmbito de aplicação da primeira e da segunda decisões e, nomeadamente, se estas também abrangem as aquisições indiretas de participações.

(177) Em qualquer caso, a nova interpretação administrativa tem efeitos jurídicos retroativos. Com efeito, a nova interpretação administrativa de 21 de março de 2012 pode ser aplicada às aquisições efetuadas antes dessa data.

6.3. **Compatibilidade do auxílio**

(178) Tendo ficado estabelecido, a título preliminar, que o regime em questão constitui um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, é necessário analisar se o regime alterado pode ser considerado compatível com o mercado interno nos termos do artigo 107.º, n.ºs 2 e 3, do TFUE. As autoridades espanholas não apresentaram qualquer argumento a este respeito.

(179) A Comissão considera que a nova interpretação administrativa do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS não pode ser considerada compatível com o mercado interno. A este respeito, a Comissão considera que é aplicável o mesmo raciocínio seguido na primeira e na segunda decisões. Por conseguinte, a Comissão remete para os pontos 140 e seguintes da primeira decisão e para os pontos 166 e seguintes da segunda decisão.

([59]) Carta de 4 de dezembro de 2012.

([60]) «Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos».

(180) Em especial, no que diz respeito à aplicação do artigo 107.º, n.º 3, alínea c), do Tratado, as deduções fiscais concedidas ao abrigo do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS não estão relacionadas com investimento, criação de emprego ou projetos específicos. As deduções fiscais isentam as empresas de encargos normalmente suportados por essas empresas e, por conseguinte, devem ser consideradas como um auxílio ao funcionamento. Como regra geral, o auxílio ao funcionamento não é abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 107.º, n.º 3, alínea c), do Tratado, uma vez que falseia a concorrência nos setores em que é concedido. O auxílio não pode ser considerado compatível com o mercado interno, uma vez que não facilita o desenvolvimento de quaisquer atividades ou áreas económicas, nem é limitado no tempo, degressivo ou proporcionado relativamente ao que é necessário para resolver essa situação económica específica nas áreas em causa. Em conclusão, a Comissão não considera a medida compatível com o mercado interno.

B. CONFIANÇA LEGÍTIMA, SEGURANÇA JURÍDICA, PRINCÍPIO DE *ESTOPPEL* E RECUPERAÇÃO DO AUXÍLIO

6.4. **Os princípios de *estoppel* e da segurança jurídica**

(181) A Comissão considera que não há nenhuma razão para se afastar das considerações expressas na decisão de início do procedimento. Com efeito, a Comissão não violou o princípio de *estoppel* nem o princípio da segurança jurídica.

(182) A consulta vinculativa de 21 de março de 2012, que introduziu a nova interpretação administrativa, é o resultado de uma opção tomada pelas autoridades espanholas. Este ato administrativo, que deu origem a uma situação de novo auxílio concedido ilegalmente sem ter sido previamente notificado à Comissão, é um ato das autoridades espanholas e não um ato da Comissão. Por conseguinte, o princípio de *estoppel* é irrelevante.

(183) No que diz respeito à alegada violação do princípio da segurança jurídica, a Comissão recorda que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o âmbito de uma decisão de auxílio estatal deve ser determinado não apenas por referência ao texto dessa decisão, mas também tendo em conta o regime de auxílio, tal como descrito e concretamente aplicado pelo Estado-Membro em causa ([61]).

(184) A este respeito, a haver uma violação do princípio de segurança jurídica, a Comissão considera que teria sido a Espanha a levá-la a cabo. Além disso, a Comissão considera que a criação de insegurança jurídica, a existir, resultaria do caráter impreciso e pouco claro da formulação de certas disposições do regime.

6.5. **Recuperação do auxílio**

(185) A medida contestada foi implementada sem ter sido previamente notificada à Comissão em conformidade com o artigo 108.º, n.º 3, do Tratado. Por conseguinte, a medida constitui um auxílio ilegal.

(186) Sempre que um auxílio estatal ilegalmente concedido é considerado incompatível com o mercado interno, a consequência dessa situação é que o auxílio deve ser recuperado junto dos beneficiários, nos termos do artigo 14.º do Regulamento (CE) n.º 659/1999. Através da recuperação do auxílio, a posição concorrencial existente antes da sua concessão é restaurada na medida do possível. O montante a recuperar deve ser o suficiente para eliminar a vantagem económica conferida aos beneficiários.

(187) Nenhum argumento apresentado pelas autoridades espanholas ou pelos terceiros interessados justificava um afastamento geral deste princípio básico. A Espanha deve, por conseguinte, ser obrigada a recuperar o auxílio incompatível.

(188) Para um dado exercício e um determinado beneficiário, o valor do auxílio corresponde à redução fiscal concedida pela aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS às aquisições indiretas de participações em empresas operacionais não residentes que resultam de aquisições anteriores de participações em holdings.

6.6. **Confiança legítima**

(189) As autoridades espanholas e os terceiros interessados argumentam que a confiança legítima reconhecida na primeira e na segunda decisões também deve ser aplicável às aquisições indiretas de participações que resultam de uma aquisição direta de participações numa holding. A este respeito, alegaram que a confiança legítima deve ser reconhecida devido às referências feitas a aquisições indiretas nos textos da primeira e da segunda decisões, nas respostas às perguntas parlamentares escritas e nas aquisições mencionadas no comunicado de imprensa da decisão de início do procedimento de 2007.

([61]) Ver processo C-537/08 P, *Kahla Thüringen Porzellan GmbH*, n.º 40 e seguintes.

(190) A Comissão não concorda com os argumentos apresentados pelas autoridades espanholas e terceiros interessados e considera que a confiança legítima reconhecida na primeira e na segunda decisões não pode ser alargada a situações (aquisições indiretas de participações que resultam da aquisição de participações numa holding) que não estavam abrangidas pelo âmbito de aplicação da medida no momento da adoção dessas decisões. Com efeito, a confiança legítima só pode basear-se em elementos factuais conhecidos no momento da adoção de uma decisão e não em acontecimentos futuros, tais como a introdução de uma nova interpretação administrativa.

(191) De acordo com a jurisprudência assente ([62]), o direito de invocar o princípio da proteção da confiança legítima aplica-se a qualquer indivíduo numa situação em que uma instituição da União Europeia, ao dar uma garantia precisa a essa pessoa, a levou a assumir expectativas fundadas. Tais garantias, independentemente da forma em que sejam prestadas, constituem informação precisa, incondicional e consistente.

(192) A ausência de restrições explícitas no regime de auxílio em questão não pode ser considerada uma declaração precisa, incondicional e consistente dirigida pela Comissão às empresas em causa no que diz respeito à aplicação da medida também às aquisições indiretas de participações que resultam da aquisição direta de participações numa holding. Por conseguinte, a ausência de restrições explícitas não pode levar as empresas em causa a ter uma confiança legítima de que a medida poderia também ser legalmente aplicada às aquisições indiretas. ([63])

(193) Mesmo que as referências feitas às aquisições indiretas na primeira e na segunda decisões pudessem ter criado uma confiança nas empresas em causa, é necessário analisar se a confiança criada nessa base é legítima ([64]). A Comissão é de opinião que as empresas que efetuaram aquisições indiretas não podem invocar uma confiança legítima de que as aquisições indiretas de participações estavam abrangidas pelo artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, dado que essas empresas tinham conhecimento da prática administrativa da administração fiscal e do TEAC, a qual esteve em vigor até 2012. Essas empresas estavam conscientes de que o regime fiscal comunicado à Comissão — o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS — era implementado, nesse momento, excluindo do seu âmbito as aquisições indiretas de participação que resultam de uma aquisição direta de participações numa holding.

(194) As autoridades espanholas alegam que a existência de uma interpretação administrativa restritiva não diminui a confiança legítima que os operadores que efetuaram aquisições indiretas de participações através de uma aquisição direta de participações numa holding podem ter tido sobre a validade do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS. Isto porque (1) o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS é uma disposição clara; (2) faz expressamente referência ao artigo 21.º do TRLIS, que menciona aquisições diretas e indiretas; (3) contém uma referência expressa às regras contabilísticas consolidadas; (4) visa promover o investimento internacional das empresas espanholas.

(195) A Comissão não concorda com a declaração acima. O artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS demonstrou ser uma disposição pouco clara devido à referência indeterminada às regras de consolidação contabilística e à extrapolação imprecisa dos critérios constantes do artigo 21.º do TRLIS. Com efeito, o artigo 21.º foi inicialmente concebido para estabelecer as condições de isenção de dividendos e rendimentos de origem estrangeira. A referência do artigo 21.º às aquisições indiretas contrasta com a exigência de que a empresa diretamente adquirida tem de exercer uma atividade económica. Além disso, as confiança legítima não pode basear-se na lógica de um regime de auxílio, o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS, que já tinha sido declarado auxílio ilegal e incompatível na primeira e na segunda decisões devido ao tratamento fiscal diferenciado entre aquisições estrangeiras e aquisições nacionais realizadas por empresas residentes em Espanha. A Comissão considera que o caráter pouco preciso e confuso da disposição levou a uma controvérsia quanto à sua interpretação. De facto, esta controvérsia está patente na maior parte das consultas da DGT e das resoluções do TEAC. Por conseguinte, as autoridades espanholas não podem alegar que, não obstante a interpretação administrativa restritiva, o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS poderia ter criado confiança legítima nas empresas que efetuaram aquisições indiretas de participações.

(196) No que diz respeito, mais especificamente, à aquisição da Scottish Power pela Iberdrola, a Comissão observa que a decisão relativa à operação de concentração (COMP M.4517) indicou claramente que não era necessário nem adequado determinar se o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS constituía um auxílio estatal (ver o ponto 42 da decisão), para efeitos da decisão relativa à operação de concentração.

([62]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 22.06.2006; processos C-182/03 e C-217/03, Forum 187 ASBL, Col. 2006, p. I-5479, n.º 147.
([63]) Ver nota 50.
([64]) Acórdão do Tribunal de Justiça de 22.06.2006; processos C-182/03 e C-217/03, Forum 187 ASBL, Col. 2006, p. I-5479, n.º 159.

(197) No que se refere às alegações de Espanha e dos terceiros interessados, segundo as quais as respostas às perguntas parlamentares escritas criaram confiança legítima nos beneficiários do auxílio, a Comissão observa que as perguntas parlamentares escritas não se centravam na diferenciação entre aquisição direta e indireta, mas questionavam, ao invés, se o regime previsto no artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS poderia constituir um auxílio estatal. Por conseguinte, não pode inferir-se das respostas dadas pela Comissão às perguntas parlamentares escritas que tanto as aquisições diretas como as indiretas estariam abrangidas.

(198) No que diz respeito à alegação de que a primeira e a segunda decisões criariam uma nova confiança legítima, uma vez que ambas fazem referência às aquisições indiretas, a Comissão recorda que essas referências foram feitas exclusivamente porque as disposições legais nacionais mencionam tanto a aquisição direta como a indireta. Mais precisamente, o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS faz uma referência ao artigo 21.º do TRLIS, que exige que, pelo menos, 5 % das participações da empresa não residente devem ser detidas direta ou indiretamente pela empresa espanhola durante um período ininterrupto de um ano. O facto de as autoridades espanholas só estarem a aplicar o artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS às aquisições diretas não é contestado nem pelas autoridades espanholas, nem pelos terceiros interessados. Tal como já referido anteriormente, a Comissão pode, por conseguinte, basear-se nas explicações fornecidas pelo Estado-Membro em causa e, por conseguinte, pode legitimamente presumir que o regime foi aplicado como indicado pelo Estado-Membro.

(199) Além disso, a Comissão considera que, pese embora a comunicação entre as autoridades espanholas e a Comissão — em que foi explicado que, na prática, só podia ser deduzido o goodwill financeiro resultante da aquisição direta de participações em empresas operacionais — não se reflita nos textos das decisões, isso não cria confiança legítima nos beneficiários do auxílio de que as aquisições indiretas também estavam abrangidas pelo artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS. Os beneficiários do auxílio já tinham conhecimento da prática coerente e sistemática que excluía as aquisições indiretas de participações através da aquisição de participações numa holding do âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do TRLIS e que tinha estado em vigor até 2012.

(200) Em conclusão, a confiança legítima reconhecida na primeira e na segunda decisões não pode ser alargada a situações que não estavam abrangidas pelo âmbito de aplicação da medida em questão no momento em que foram adotadas essas decisões.

7. **CONCLUSÕES**

(201) Tendo em conta o que precede, a Comissão considera que a nova interpretação administrativa, que ampliou o âmbito de aplicação de um regime já declarado ilegal e incompatível e que não foi objeto de notificação à Comissão, constitui um auxílio ilegal e incompatível na aceção do artigo 1.º do Regulamento (CE) n.º 659/1999.

(202) A Comissão não considera a medida compatível com o mercado interno nos termos do artigo 107.º, n.ºs 2 e 3, do Tratado.

(203) O auxílio deve ser recuperado junto dos beneficiários nos termos do artigo 14.º do Regulamento (CE) n.º 659/1999,

ADOTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1.º

A nova interpretação administrativa adotada pelo Reino de Espanha, que alarga o âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, do Real Decreto Legislativo 4/2004 de 5 de março de 2004, que aprova as alterações efetuadas à Lei espanhola relativa ao imposto sobre o rendimento das sociedades, a fim de abranger as aquisições indiretas de participações em empresas não residentes através de uma aquisição direta de participações em holdings não residentes, e que tem sido ilegalmente executada pelo Reino de Espanha em violação do artigo 108.º, n.º 3, do Tratado, é incompatível com o mercado interno.

Artigo 2.º

O auxílio individual concedido ao abrigo do regime referido no artigo 1.º não constitui um auxílio se, à data da respetiva concessão, estiverem reunidas as condições previstas no regulamento adotado nos termos do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 994/98 do Conselho ([65]), aplicável à data da concessão do auxílio.

([65]) Regulamento (CE) n.º 994/98 do Conselho, de 7 de maio de 1998, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de auxílios estatais horizontais (JO L 142 de 14.5.1998, p. 1).

Artigo 3.º

O auxílio individual concedido ao abrigo do regime referido no artigo 1.º que, à data da sua concessão, preencha as condições estabelecidas num regulamento adotado nos termos do artigo 1.º do Regulamento (CE) n.º 994/98 ou em qualquer outro regime de auxílio aprovado, é compatível com o mercado interno, até à intensidade máxima de auxílio aplicável a esse tipo de auxílio.

Artigo 4.º

1. O Reino de Espanha deve pôr termo ao regime de auxílio referido no artigo 1.º, no que diz respeito ao auxílio concedido aos beneficiários que efetuem aquisições indiretas de participações de empresas não residentes através da aquisição direta de participações de holdings, na medida em que tal regime é incompatível com o mercado comum.

2. O Reino de Espanha deve proceder à recuperação junto dos beneficiários do auxílio incompatível concedido ao abrigo do regime referido no artigo 1.º.

3. Os montantes a recuperar devem ser acrescidos de juros a contar da data em que foram colocados à disposição dos beneficiários até à data da sua recuperação.

4. Os juros devem ser calculados numa base composta, em conformidade com o disposto no capítulo V do Regulamento (CE) n.º 794/2004 da Comissão ([66]).

5. O Reino de Espanha deve cancelar todos os pagamentos pendentes de auxílio concedido ao abrigo do regime referido no artigo 1.º, com efeitos a contar da data de adoção da presente decisão.

Artigo 5.º

1. A recuperação do auxílio concedido no âmbito do regime referido no artigo 1.º deve ser cumprida de forma imediata e efetiva.

2. O Reino de Espanha deve assegurar que a presente decisão é implementada no prazo de quatro meses a contar da data da sua notificação.

Artigo 6.º

1. No prazo de dois meses a contar da notificação da presente decisão, o Reino de Espanha deve apresentar as seguintes informações:

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

b) o montante total (capital e juros de recuperação) a recuperar junto de cada beneficiário;

c) uma descrição pormenorizada das medidas já tomadas e planeadas com vista ao cumprimento da presente decisão;

d) documentos comprovativos de que os beneficiários foram intimados a reembolsar o auxílio.

2. O Reino de Espanha deve manter a Comissão informada da evolução das medidas nacionais adotadas para implementar a presente decisão até que a recuperação do auxílio concedido no âmbito do regime referido no artigo 1.º tenha sido concluída. A pedido da Comissão, deve apresentar de imediato informações sobre as medidas já tomadas ou planeadas para dar cumprimento à presente decisão. Deve também fornecer informações pormenorizadas sobre os montantes do auxílio e os juros já recuperados junto dos beneficiários.

Artigo 7.º

O destinatário da presente decisão é o Reino de Espanha.

Feito em Bruxelas, 15 de outubro de 2014.

Pela Comissão
Joaquín ALMUNIA
Vice-Presidente

([66]) Regulamento (CE) n.º 794/2004 da Comissão, de 21 de abril de 2004, relativo à aplicação do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho que estabelece as regras de execução do artigo 93.º do Tratado CE (JO L 140 de 30.4.2004, p. 1).