ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Quinta Secção)

1 de Julho de 2010 *

No processo T-335/08,

BNP Paribas, com sede em Paris (França),

Banca Nazionale del Lavoro (BNL), com sede em Roma (Itália),

representados por R. Silvestri, G. Escaar e M. Todino, advogados,

recorrentes,

contra

Comissão Europeia, representada por V. Di Bucci e E. Righini, na qualidade de agentes,

recorrida,

* Língua do processo: italiano.

tendo por objecto um pedido de anulação da Decisão 2008/711/CE da Comissão, de 11 de Março de 2008, relativa ao auxílio estatal C 15/07 (ex NN 20/07) executado pela Itália relativo a incentivos fiscais a favor de certas instituições de crédito objecto de reorganização empresarial (JO L 237, p. 70),

O TRIBUNAL GERAL (Quinta Secção),

composto por: M. Vilaras (relator), presidente, M. Prek e V. M. Ciucă, juízes,

secretário: T. Weiler, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 21 de Janeiro de 2010,

profere o presente

Acórdão

Antecedentes do litígio

As disposições italianas em causa

1 Em 1990, no direito italiano, a transferência de um ramo de actividade era equiparado, no pano fiscal, a uma venda de elementos do activo e, com tal, dava origem ao pagamento do imposto sobre as sociedades sobre a diferença entre o valor corrente dos elementos transferidos e o seu valor fiscal.

2 Com o objectivo de racionalizar as actividades bancárias na Itália e, especialmente de permitir às entidades públicas do sector bancário assumirem a forma, considerada mais adequada, de sociedade anónima, a legge n.°°218 su disposizione in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico (Lei n.º 218, que aprova disposições em matéria de reestruturação e reforço da dotação patrimonial dos estabelecimentos de crédito de direito público), de 30 de Julho de 1990 (GURI n.º 182, de 6 de Agosto de 1990, a seguir «Lei n.º 218/90»), introduziu — com o objectivo de racionalizar o exercício da actividade bancária na Itália — um regime especial derrogatório com vista a facilitar a transferência de imobilizações

e outros activos bancários detidos pelas instituições de crédito públicas para instituições de crédito privadas já existentes ou criadas de novo (artigos 1.º e 7.º da Lei n.º 218/1990).

3 Em virtude deste regime, as mais valias resultantes da transferência de activos de um estabelecimento de crédito público para um estabelecimento de crédito privado, em troca de acções do estabelecimento de crédito privado, não eram fiscalmente relevantes até 85% do seu valor, e portanto não eram tributadas enquanto não fossem efectivamente realizadas, quer com a distribuição pelo estabelecimento transmitente aos seus sócios, sob a forma de dividendos, da reserva contabilística obrigatoriamente constituída (correspondente à diferença entre o valor inscrito no balanço das acções recebidas e o valor fiscal dos activos transferidos) ou pela cessão, pelo estabelecimento transmitente, das acções recebidas ou ainda pela cessão, pela sociedade beneficiária dos activos transferidos.

4 Pelo contrário, o estabelecimento transmitente era imediatamente tributado sobre os restantes 15% das mais-valias realizadas no momento da transferência, à taxa normal do imposto sobre as sociedades. Correlativamente a essa tributação, esse montante de 15% das mais-valias era imputado como aumento do valor fiscal das acções recebidas em troca da transferência e do valor fiscal dos activos transferidos, nas contabilidades respectivas do estabelecimento transmitente e da sociedade beneficiária.

5 Este regime de neutralidade fiscal parcial instituído pela lei 218/1990 implicava, por consequência, um duplo desalinhamento dos valores fiscais relativamente aos valores contabilísticos, ou seja, um desalinhamento destes valores fiscais quer no que se refere aos activos transferidos (contabilidade da sociedade beneficiária) quer às acções recebidas em troca (contabilidade do estabelecimento transmitente). Enquanto os valores contabilísticos dos activos transferidos e das acções recebidas em troca correspondiam ao valor corrente desses activos à data da transferência, os valores fiscais dos mesmos activos e acções eram iguais ao valor fiscal dos activos quando

os mesmos eram propriedade do estabelecimento transmitente, aumentado de 15% correspondentes às mais-valias realizadas e imediatamente sujeitas a imposto.

6 O artigo 2.º da legge n.º 489, su prorroga del termine di cui all'articolo 7, comma 6, dela legge n.º 218/90, recante disposizioni per a ristruturazione e a integrazione del património degli istituti di credito di diritto pubblico, nonche'altre norme sugli istituti medesimi (Lei n.º 489, que prorroga o prazo previsto no artigo 7.º, n.º 6 da Lei n.º 218/90, que aprova disposições de reestruturação e reforço do património dos institutos de crédito de direito público e outras normas sobre os mesmos), de 26 de Novembro de 1993 (GURI n.º 284, de 3 de Dezembro de 1993), introduziu a obrigação de os organismos de crédito cuja dotação de capital fosse detida, na totalidade ou maioritariamente, pelo Estado, adoptarem, o mais tardar até 30 de Junho de 1994, a forma de sociedades anónimas, segundo as formas previstas pela lei 218/1990.

7 Além deste regime de neutralidade fiscal parcial instituído pela lei 218/1990, que visava especificamente a reorganização do sector público bancário italiano, a República Italiana transpôs, com o decreto legislativo n.º 544 su attuazione dela diretiva del Consiglio 90/434/CEE relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimente d'attivo ed agli alti scambi concernenti societa di Stati membri diversi (decreto-lei n.º 544 que transpõe a Directiva 90/434/CE do Conselho), de 30 de Dezembro de 1992 (GURI n.º 9, de 13 de Janeiro de 1993), a Directiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes (JO L 225, p. 1). O objectivo desta directiva era pôr termo, através da criação de um regime fiscal comum, às distorções da concorrência derivadas das legislações nacionais e facilitar as operações de reorganização entre sociedades de Estados-Membros diferentes, evitando a tributação no momento da execução dessas operações, salvaguardando os interesses financeiros dos Estados-Membros em causa (primeiro a sexto considerandos da Directiva 90/434).

8 A Directiva 90/434 e as disposições italianas de transposição previam um regime de neutralidade fiscal comparável ao da lei 218/1990, pelo menos no aspecto em que instauravam uma neutralidade fiscal total, que implicava a ausência total de tributação imediata de uma parte das mais-valias envolvidas, e em que induziam não um duplo desalinhamento dos valores fiscais relativamente aos valores contabilísticos, i.e., tanto ao nível das acções recebidas como dos activos transferidos, mas um desalinhamento dos valores fiscais apenas ao nível dos activos transferidos, ou seja, apenas na contabilidade da sociedade beneficiária das transferências.

9 Com o artigo 23.º do decreto legislativo n.º 41 su misure urgenti per il risanamento dela finanza pubblica e per l'occupazione nelle aree depresse (decreto-lei n.º 41 sobre medidas urgentes de saneamento das finanças públicas e de apoio ao emprego nas regiões desfavorecidas), de 23 de Fevereiro de 1995 (GURI n.º 45, de 23 de Fevereiro de 1995, a seguir «decreto-lei 41/1995»), o legislador italiano reconheceu, pela primeira vez, às sociedades beneficiárias das transferências de activos realizadas nos termos da lei 218/1990, a faculdade de realinhar o valor fiscal dos activos transferidos e das acções recebidas pelos organismos transmitentes com os valores contabilísticos superiores destes activos e acções, eliminando assim o desalinhamento dos valores fiscais e libertando da suspensão do imposto a reserva obrigatória constituída na contabilidade do estabelecimento transmitente. Este reajustamento era condicionado pelo pagamento, pela sociedade beneficiária das transferências, de um imposto substitutivo à taxa de 14%, pelo reajustamento apenas do valor fiscal dos activos recebidos, ou de 18%, pelo reajustamento não apenas do valor fiscal desses activos, mas também das acções recebidas pelo organismo transmitente. Se a faculdade de reajustamento fosse exercida, devia incidir sobre todos os activos transferidos no quadro da reestruturação operada nos termos da lei 218/1990, sem poder alargar-se a outros activos cujo valor fiscal fosse inferior ao seu valor contabilístico.

10 Uma vez que a Directiva 90/434 só se aplica às reestruturações das sociedades de Estados-Membros diferentes, a República italiana, com o decreto legislativo n.º 358 sul riordino delle imposte sui redditi applicabili alle operazioni di cessione e conferimento di aziende, fusione, scissione e permuta di partecipazioni (decreto-lei n.º 358,

sobre reorganização dos impostos sobre o rendimento que se aplicam às operações de cessão e de transferência de empresas, de fusão, de cisão e de troca de participações), de 8 de Outubro de 1997 (GURI n.º 249, de 24 de Outubro de 1997, a seguir «decreto-lei 358/1997»), estendeu, de forma autónoma, o regime de neutralidade fiscal às reestruturações de sociedades situadas no território nacional, propondo aos operadores uma solução alternativa de tributação imediata das mais-valias.

11 O regime de neutralidade fiscal estava previsto no artigo 4.º do decreto-lei 358/1997. Com base neste regime, a transferência dos activos de um ramo de actividade entre sociedades com sede em território italiano era neutro do ponto de vista fiscal, com a condição de o valor fiscal dos activos transferidos ser atribuído às acções recebidas pela sociedade transmitente e de ser atribuído aos activos recebidos o valor fiscal que eles tinham quando eram propriedade da sociedade transmitente (transferência sob o regime da neutralidade fiscal).

12 Este regime de neutralidade fiscal do artigo 4.º do decreto-lei 358/1997, criava, portanto, como o regime da lei 218/1990, um duplo desalinhamento dos valores fiscais com os valores contabilísticos, ou seja, quer ao nível dos valores transferidos (compatibilidade da sociedade beneficiária das transferências) quer ao nível das acções recebidas em troca desses activos (contabilidade da sociedade transferente).

13 A título da solução alternativa de tributação imediata das mais-valias, o artigo 3.º do decreto-lei 358/1997 previa o pagamento, no momento da reestruturação, de um imposto substitutivo de 19% sobre as mais valias realizadas. Devido a este reconhecimento fiscal das mais-valias não existia um desalinhamento dos valores fiscais relativamente aos valores contabilísticos dos activos (transferência sob o regime da neutralidade contabilística).

14 Com a legge n.º 342 su misure in materia fiscale (lei n.º 342 sobre medias em matéria fiscal), de 21 de Novembro de 2000 (GURI n.º 276, de 25 de Novembro de 2000, a seguir «lei 342/2000», o legislador italiano introduziu três regimes com carácter temporário.

15 Um primeiro regime, decorrente do artigo 10.º da lei 342/2000, visava a reavaliação de determinados activos das empresas. Essa disposição permitia às empresas «reavaliar os bens corpóreos e não corpóreos, com excepção daqueles para cuja produção ou troca é orientada a actividade da empresa, e também as participações nas sociedades controladas ou em sociedades coligadas nos termos do artigo 2359.º do Código Civil, quando essas participações, constituam imobilizações, tal como aparecem no balanço do exercício encerrado até 31 de Dezembro de 1999».

16 Segundo o artigo 12.º da lei 342/2000, este regime de reavaliação obrigava ao pagamento de um imposto substitutivo sobre os valores superiores inscritos no balanço na sequência da reavaliação, à taxa de 19% no caso dos activos amortizáveis, e à taxa de 15%, no caso dos activos não amortizáveis.

17 Um segundo regime, decorrente do artigo 14.º da lei 342/2000, visava o realinhamento, no que se refere aos activos mencionados no artigo 10.º da lei 342/2000, dos valores fiscais com os valores contabilísticos mais elevados inscritos no balanço. O artigo 14.º dispunha assim que: «as disposições do artigo 12.º [podiam] ser aplicadas no reconhecimento, para efeitos do imposto sobre os rendimentos das pessoas singulares, do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas e do imposto regional sobre as actividades de produção, dos valores mais elevados, inscritos no balanço referido no artigo 10.º [...], dos activos mencionados nesse mesmo artigo 10.º»

18 A reavaliação nos termos do artigo 10.º da lei 342/2000, que é uma operação de natureza contabilística com efeitos fiscais, e o reajustamento nos termos do artigo 14.º da mesma lei, que é uma operação de natureza fiscal, conduziriam, se combinados, a uma reavaliação «fiscal» que consistiria na reavaliação dos valores contabilísticos inscritos no balanço por valores correntes e o alinhamento dos valores fiscais com os valores contabilísticos assim reavaliados.

19 Um terceiro regime visava o reajustamento dos valores fiscais com os valores contabilísticos inscritos no balanço das sociedades abrangidas por reestruturações realizadas em virtude da lei 218/1990 ou do artigo 4.º do decreto-lei 358/1997. Os artigos 17.º, 18.º e 19.º da lei estabeleciam:

«*Artigo 17.º*

1. As sociedades beneficiárias das transferências previstas no artigo 7.º, n.ºs 2 e 5, da lei [218/1990] [...] podem aplicar um imposto [substitutivo] à taxa de 19% à diferença entre o valor dos bens recebidos na sequência das referidas transferências e o valor fiscalmente aceite. O valor dos bens tido em conta é o resultante do balanço do exercício encerrado antes da data da entrada em vigor da presente lei.

2. A diferença sujeita ao imposto substitutivo referido no n.º 1 é considerado como custo fiscalmente reconhecido dos bens de que resulta essa diferença a partir do exercício seguinte ao indicado no n.º 1. Esta mesma diferença é considerada o custo fiscalmente reconhecido das acções recebidas pela sociedade ou entidade transmitente até ao limite do seu valor constante do balanço relativo ao exercício ou ao período de gestão em curso à data do encerramento do exercício indicado no n.º 1. Por consequência, pelo mesmo

montante são considerados sujeitos ao imposto as reservas ou fundos constituídos face aos valores mais elevados inscritos a título de transferência [...]

3. As sociedades referidas no n.º 1 podem aplicar, em vez do imposto substitutivo referido no mesmo número, um imposto substitutivo de 15%. Nesse caso, a diferença sujeita a imposto substitutivo não é reconhecida fiscalmente à entidade ou sociedade transmitente.

[...]

5. A aplicação do imposto substitutivo deve ser requerida na declaração de rendimentos relativa ao exercício fiscal em curso à data da entrada em vigor da presente lei. O imposto substitutivo deve ser pago no máximo de três prestações anuais de igual montante [...]

Artigo 18.º

1. Relativamente às sociedades que tenham efectuado operações de transmissão na acepção do artigo 7.º, n.º 5, da [lei 218/1990], a diferença entre o valor das acções recebidas e o seu valor fiscalmente reconhecido é considerada realizada, desde que seja sujeita, segundo as modalidades e os prazos previstos no artigo 17.º, a um imposto substitutivo [...] à taxa de 19%. O valor das acções é o que resultar do balanço do exercício encerrado antes da entrada em vigor da presente lei.

2. A diferença sujeita a imposto substitutivo, no sentido do n.º 1, é considerada um custo fiscalmente reconhecido das acções recebidas. As reservas ou fundos constituídos face aos valores mais elevados inscritos no momento da transferência são sujeitos a imposto pelo montante correspondente à mencionada diferença, deduzido o imposto substitutivo. Esta diferença não pode ser considerada como custo fiscalmente reconhecido das sociedades beneficiárias das transferências [...]

Artigo 19.º

As disposições do artigo 17.º aplicam-se igualmente aos beneficiários das transferências previstas no artigo 4.º, n.º 1, do [decreto-lei 358/1997].»

20 Além disso, o artigo 20.º da Lei n.º 342/2000 estabelecia regras pormenorizadas para o imposto substitutivo sobre as mais-valias e sobre o respectivo crédito fiscal a favor dos accionistas que recebessem dividendos resultantes das mais-valias reconhecidas.

21 Com o artigo 3.º, n.º 1, da legge n.º 448 su disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002, GURI n.º 301, de 20 de Dezembro de 2001) [lei n.º 448 que aprova disposições relativas ao orçamento anual e plurianual do Estado (lei de finanças de 2002), de 28 de Dezembro de 2001, a seguir «lei 448/2001»), o legislador italiano prorrogou a aplicação dos regimes de reavaliação e de reajustamento previstos nos artigos 10.º e 14.º da lei 342/2000 aos bens constantes do balanço relativo ao exercício encerrado antes de 31 de Dezembro de 2000 mediante o pagamento do imposto substitutivo à taxa, inalterada, de 19% para os activos amortizáveis e de 15% para os activos não amortizáveis.

22 Com o artigo 3.º, n.º 11, da lei 448/2001, o legislador italiano prorrogou a aplicabilidade do regime de reajustamento previsto nos artigos 17.º a 19.º da lei 342/2000 aos bens constantes do balanço relativo ao exercício em curso em 31 de Dezembro de 2001 e estabeleceu as taxas do imposto substitutivo em 12% e 9%, consoante a medida do reajustamento efectuado.

23 O sistema fiscal italiano do imposto sobre as sociedades foi reformado em 2003 pelo decreto legislativo n.º 344 su riforma dell'imposizione sul reddito delle societa, a norma dell'articolo 4 dela legge 7 aprile 2003, n.º 80 (decreto-lei n.º 244 que reforma o imposto sobre o rendimento das sociedades nos termos do artigo 4.º da lei n.º 80, de 7 de Abril de 2003), de 12 de Dezembro de 2003 (suplemento ordinário da GURI n.º 291, de 16 de Dezembro de 2003).

24 Com a lei n.º 350 su disposizioni per a formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004) [lei n.º 350 que aprova disposições relativas ao orçamento anual e plurianual do Estado (lei de finanças de 2004), de 24 de Dezembro de 2003 (GURI n.º 299, de 27 de Dezembro de 2003, a seguir «lei 350/2003»), o legislador italiano prorrogou mais uma vez a aplicabilidade dos regimes de reavaliação e de reajustamento da lei 342/2000.

25 O n.º 25 do artigo 2.º da lei 350/2003 estabelece:

«No artigo 10.º [da lei 342/2000], a frase "encerrado em 31 de Dezembro de 1999" é substituída por "encerrado em 31 de Dezembro de 2002". O imposto substitutivo devido nos termos das disposições referidas no presente número deve ser pago em três anuidades até ao vencimento do saldo dos impostos sobre os rendimentos, nas percentagens seguintes: 50% em 2004, 25% em 2005 e 25% em 2006.»

26 Esta disposição alterou portanto o artigo 10.º da lei 342/2000, por forma a permitir às empresas recorrerem ao mecanismo da reavaliação voluntária dos activos do balanço encerrado em 31 de Dezembro de 2002.

27 Esta disposição autorizou igualmente as empresas a recorrerem ao regime de reajustamento previsto no artigo 14.º da lei 342/2000. Com efeito, o artigo 14.º conferia-lhes a faculdade de recorrerem ao regime de reajustamento para os mesmos activos a que podia aplicar-se o mecanismo de reavaliação previsto no artigo 10.º da lei 342/2000. Em consequência, todas as empresas foram autorizadas a eliminar a desconformidade entre o valor fiscal e o valor contabilístico dos activos mediante o pagamento de um imposto substitutivo de 19% para reajustamento dos activos amortizáveis e de 15% para o reajustamento dos activos não amortizáveis.

28 O n.º 26 do artigo 2.º da lei 350/2003 estabelece:

«As disposições previstas nos artigos 17.º, 18.º e 20.º da [lei 342/2000] podem ser aplicadas igualmente aos bens do balanço relativo ao exercício em curso em 31 de Dezembro de 2003. Neste caso, a taxa de 19% do imposto substitutivo é reduzida para 12% e a de 15% é reduzida para 9%. O imposto substitutivo devido nos termos das disposições do presente n.º deve ser pago em três anuidades sem juros até ao vencimento do saldo dos impostos sobre os rendimentos, nas percentagens seguintes: 50% em 2004, 25% em 2005 e 25% em 2006. A aplicação do imposto substitutivo deve ser requerida na declaração de rendimentos relativa ao exercício fiscal em que é feita a liberação dos valores.»

29 Esta disposição, que prorrogou a aplicação dos artigos 17.º, 18.º e 20.º da lei 342/2000 e baixou as taxas do imposto substitutivo, respectivamente, para 12% e 9% consoante o alcance do reajustamento, não prorrogou a aplicação do artigo 19.º da lei, referente à possibilidade de reajustamento das entradas de sociedades efectuadas sob o regime de neutralidade fiscal, ao abrigo do artigo 4.º do decreto-lei 358/1997.

Procedimento administrativo e decisão impugnada

30 Após ter procedido a um exame preliminar do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003, a Comissão das Comunidades Europeias, considerando que essa disposição parecia implicar um auxílio de Estado incompatível com o mercado comum, informou a República Italiana, por ofício de 30 de Maio de 2007, da sua decisão de abrir o processo formal de inquérito previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE (a seguir «decisão de abertura do inquérito»). Esta decisão foi publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* de 7 de Julho de 2007 (JO C 154, p. 15).

31 Em resposta ao convite para esse efeito na decisão de abertura do inquérito, a Comissão recebeu observações da República Italiana e do grupo bancário Paribas, a que pertence a Banca Nazionale del Lavoro SpA (BNL).

32 A 11 de Março de 2008, a Comissão aprovou a Decisão 2008/711/CE, relativa ao auxílio estatal C 15/07 (ex NN 20/07) executado pela Itália relativo a incentivos fiscais a favor de certas instituições de crédito objecto de reorganização empresarial (JO L 237, p. 70, a seguir «decisão impugnada»).

33 Na decisão impugnada, a Comissão, após uma descrição das regras que se aplicam à tributação das mais-valias no sistema fiscal italiano (considerandos 13 a 56 da decisão impugnada), e referindo o processo administrativo e as observações da República Italiana e das partes (considerandos 57 a 79 da decisão impugnada), passou à apreciação do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 perante as disposições aplicáveis aos auxílios de Estado.

34 A Comissão, após salientar que o requisito de existência de um auxílio de Estado estava preenchido (considerando 81 da decisão impugnada), passou a analisar a condição relativa à existência de uma vantagem selectiva e sua justificação pela natureza do sistema (considerandos 82 a 107 da decisão impugnada).

35 Neste quadro, a Comissão invocou a sus posição segundo a qual os regimes de neutralidade fiscal criados pela lei 218/1990 e pelo artigo 4.º do decreto-lei 358/1997 não constituem auxílios de Estado, sendo, em sua opinião, justificado pela lógica do sistema o adiamento do imposto relativo à neutralidade fiscal (considerandos 82 a 86 da decisão impugnada).

36 No que se refere ao regime de reajustamento fiscal previsto n.º 26 do artigo 2.º da Lei n.º 350/2003, a Comissão considerou que ele implicava o aumento do valor fiscal sobre o qual incidia o imposto normal sobre as sociedades, na falta de um imposto especial substitutivo como o que está aqui em discussão. A Comissão indicou ser de opinião de que a criação de um imposto substitutivo com uma taxa reduzida poderia ser justificada, em princípio, na medida em que tal imposto constitua uma medida técnica com vista a facilitar o reconhecimento fiscal das mais-valias (considerando 87, primeira e última frases da decisão impugnada).

37 A Comissão acrescentou todavia que um reajustamento fiscal preferencial deste tipo só pode ser justificado se for aplicável objectivamente nas mesmas condições a todos os reconhecimentos fiscais de mais-valias comparáveis, como as decorrentes de outras reorganizações não contempladas na Lei n.º 218/1990, incluindo as reorganizações relativas a outras instituições de crédito (considerando 88 da decisão impugnada).

38 A Comissão considerou que os reajustamentos previstos pelas leis 342/2000 e 448/2001, que são possíveis mediante o pagamento de um imposto substitutivo aplicado nas mesmas condições a todas as empresas que tenham decidido reconhecer as mais-valias históricas verificadas mas temporariamente não reconhecidas nos termos da lei 218/1990 e do decreto-lei 358/1997, constituíam medidas fiscais gerais justificadas pela lógica do sistema fiscal e não constituíam portanto auxílios de Estado (considerando 89 da decisão impugnada).

39 Por outro lado, a Comissão considerou que o reajustamento fiscal previsto no n.º 26 do artigo 2.º e da Lei n.º 350/2003 não constituía uma medida geral, visto que era aplicável exclusivamente às mais-valias realizadas por algumas instituições de crédito na sequência apenas das reorganizações realizadas ao abrigo da Lei 218/1990 (considerandos 90 e 93 da decisão impugnada).

40 A Comissão considerou que o regime fiscal em exame conferiu uma vantagem igual à diferença entre o imposto efectivamente pago para reajustar o valor dos activos e o imposto normal que seria pago se este reajustamento fosse realizado na ausência das disposições do n.º 26 do artigo 2.º da Lei 350/2003 (considerando 91 da decisão impugnada) e observou ainda que o imposto substitutivo foi pago em três anuidades sem juros, ao passo que o imposto normal era integralmente exigível em 2004 (considerando 92 da decisão impugnada).

41 A Comissão invocou as observações das partes, segundo as quais, em primeiro lugar, nenhum dos nove beneficiários do regime estaria disposto a reajustar o valor dos seus activos se fosse sujeito ao imposto normal e, em segundo lugar, as outras sociedades que não foram objecto de reorganizações em conformidade com a Lei n.º 218/1990 teriam beneficiado do regime implícito de reajustamento fiscal previsto no n.º 25 do artigo 2.º da Lei n.º 350/2003 segundo as modalidades gerais, substancialmente equivalentes, estabelecidas pelo artigo 17.º da Lei n.º 342/2000, e, em terceiro lugar, seria necessário ter em conta os impostos pagos à data das transferências iniciais, com a conclusão de que, na realidade, não existia qualquer vantagem (considerandos 94 e 95 da decisão impugnada).

42 Todavia, a Comissão sublinhou «que o regime previsto no n.º 25 do artigo 2.º da Lei n.º 350/2003, não constitui um reajustamento fiscal dos valores não reajustados decorrentes de reorganizações fiscalmente neutras, mas sim um regime de reavaliação fiscal que permitiu a realização das mais-valias latentes provenientes do ajustamento para valores correntes do valor fiscal dos activos detidos pelas sociedades contribuidoras». E considerou ainda «que os dois regimes não [eram] comparáveis e também que o regime de reavaliação fiscal do n.º 25 do artigo 2.º da Lei n.º 350/2003, não [era] equivalente ao regime de reajustamento fiscal previsto no n.º 26 do artigo 2.º da mesma lei, tendo em conta a diferença entre as taxas do imposto alternativo previstas nos dois regimes» (considerando 96 da decisão impugnada).

43 A Comissão concluiu que as sociedades que reajustaram os valores fiscais dos seus activos ao abrigo do n.º 25 do artigo 2.º da Lei 350/2003 beneficiaram de uma vantagem específica consistente na diferença entre a taxa de imposto normal sobre os lucros reconhecidos e o imposto alternativo especial sobre os mesmos lucros (considerando 97 da decisão impugnada).

44 A Comissão, após invocar o argumento dos interessados de que a taxa do imposto substitutivo inferior à normal prevista no n.º 26 do artigo 2.º da Lei 350/2003 não era selectiva, porque era justificada pelos elementos de direito e de facto específicos da tributação das mais-valias decorrentes das reorganizações realizadas nos termos da Lei 218/1990 e de que a Itália, depois de tantos anos, não poderia legitimamente tributar estas mais-valias como mais-valias decorrentes de outras reorganizações empresariais (considerando 98 da decisão impugnada), considerou que, apesar das suas especificidades, o regime de neutralidade fiscal parcial da lei 218/1990 equivalia, em substância, ao regime de neutralidade fiscal total do decreto-lei 358/1997 e que o legislador italiano devia ter seguido o mesmo critério quando, em 2003, decidiu o reconhecimento fiscal das mais-valias suspensas (considerando 99 da decisão impugnada).

45 No considerando 100 da decisão impugnada, a Comissão considera que a aplicação de uma taxa de imposto mais baixa não pode ser considerada simplesmente uma compensação de uma tributação mais onerosa sobre mais-valias decorrentes das reestruturações do sector bancário previstas na Lei 218/1990 e distribuídas aos accionistas como dividendos, em relação à tributação das mais-valias distribuídas como dividendos decorrentes de outras reorganizações em regime de neutralidade fiscal. Segundo a Comissão, não é possível aceitar este argumento dado que a aplicação às mais-valias de impostos substitutivos diferentes não pode ser sempre justificada pelas diferentes cargas fiscais aplicáveis no caso de as mais-valias latentes serem distribuídas como dividendos. Com efeito, a Comissão observa que admitir uma justificação deste tipo equivaleria a permitir a aplicação de taxas efectivas diferentes do imposto sobre as sociedades em relação a algumas sociedades apenas porque estas participaram em determinados tipos de reorganizações preferidas pelo Estado.

46 A Comissão considerou ainda que a vantagem fiscal decorrente da aplicação do regime de reajustamento do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 não podia ser considerada uma vantagem «de minimis», que a pouca importância presumida desta vantagem

não seria por si só razão suficiente para excluir a qualificação de auxílio e que a excepção «de minimis» não podia aliás ser invocada por se tratar de uma medida de auxílio não transparente (considerandos 101 e 102 da decisão impugnada).

47 A Comissão considerou que o regime de reajustamento do artigo 2.º, n.º 26 da lei 350/2003 não constituía uma adaptação do sistema geral às características distintivas do sector bancário, mas antes uma vantagem selectiva com efeitos sobre a melhoria da competitividade dos estabelecimentos de crédito envolvidos nas reorganizações ao abrigo da lei 218/1990. Além disso, este regime não seria uma reedição do regime introduzido pela lei 342/2000 (considerandos 105 e 106 da decisão impugnada).

48 A Comissão concluiu que a vantagem concedida a algumas instituições de crédito ao abrigo da Lei 350/2003, representada pela aplicação de um imposto alternativo especial para os lucros realizados mediante algumas transferências de activos em vez da quota do imposto normal, constitui uma vantagem específica e não justificada pela natureza do sistema tributário (considerando 107 da decisão impugnada).

49 Após ter considerado que as condições relativas à distorção da concorrência e à afectação das trocas entre Estados-Membros estavam preenchidas (considerandos 108 a 110 da decisão impugnada) e que nenhuma das derrogações previstas no artigo 87.º, n.ºs 2 e 3, CE se aplicava (considerandos 111 a 116 da decisão impugnada), a Comissão concluiu que o regime em causa era incompatível com o mercado comum (considerando 117 da decisão impugnada).

50 A Comissão considerou que, tratando-se de um auxílio ilegal, havia que proceder à sua recuperação, mas considerou também que essa recuperação devia dizer respeito apenas «a impostos não pagos em relação ao montante que o[s] beneficiário[s] do regime teria[m] pago se tivesse[m] recorrido a outros regimes disponíveis na altura.» A Comissão considerou que, no presente caso, a aplicação do regime alternativo de reavaliação fiscal previsto no n.º 25 do artigo 2.º da Lei 350/2003 não representava uma opção meramente hipotética, mas uma opção razoável que poderiam ter recolhido os beneficiários em questão para o reconhecimento fiscal do valor efectivo dois seus activos (considerandos 118 da decisão impugnada). Com efeito, a Comissão considerou que, embora as operações de reavaliação e os reajustamentos não sejam operações equiparáveis, se na altura o regime de reajustamento não existisse, as instituições de crédito interessadas teriam muito provavelmente optado pelo regime geral de reavaliação do n.º 25 do artigo 2.º da Lei 350/2003 (considerando 119 da decisão impugnada).

51 A Comissão concluiu portanto que a recuperação do auxílio devia ser limitada exclusivamente à diferença entre o imposto devido para reavaliar os activos detidos nos termos do n.º 25 do artigo 2.º da Lei 350/2003 e o imposto efectivamente pago nos termos do n.º 26 do artigo 2.º da mesma (considerando 120 da decisão impugnada).

52 Assim, a Comissão decidiu o seguinte:

«*Artigo 1.º*

O regime fiscal derrogatório previsto no n.º 26 do artigo 2.º da Lei n.º 350/2003 que a Itália executou constitui um auxílio estatal e é incompatível com o mercado comum.

Artigo 2.º

A [República Italiana] deve revogar o regime de auxílios referido no artigo 1.º

Artigo 3.º

1. A [República Italiana] deve tomar todas as medidas necessárias para recuperar junto dos beneficiários o auxílio concedido mediante a aplicação do imposto alternativo previsto no n.º 26 do artigo 2.º da Lei n.º 350/2003, relativo ao reconhecimento fiscal das mais valias resultantes das reorganizações efectuadas nos termos da Lei n.º 218/1990, e que lhes foi concedido ilegalmente.

2. O montante a recuperar consiste na diferença entre o imposto que teria sido pago se os beneficiários do auxílio tivessem recorrido ao regime de reavaliação fiscal previsto no n.º 25 do artigo 2.º da Lei n.º 350/2003 e o imposto pago efectivamente nos termos do n.º 26 do artigo 2.º da mesma lei.

3. A recuperação deve ter lugar de imediato e em conformidade com os procedimentos de direito nacional, desde que estes permitam uma execução imediata e efectiva da presente decisão.

[...]

Artigo 5.º

A República Italiana é a destinatária da presente decisão.»

Tramitação e pedidos das partes

53 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 14 de Agosto de 2008, os demandantes BNP Paribas (a seguir «BNP») e o BNL propuseram a presente acção.

54 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal Geral (Quinta Secção) decidiu iniciar a fase oral do processo. Foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às questões colocadas pelo Tribunal na audiência de 21 de Janeiro de 2010.

55 Os recorrentes concluem pedindo que o Tribunal Geral se digne:

— declarar a acção recurso admissível;

— anular a decisão impugnada;

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

— julgar o recurso inadmissível;

— a título subsidiário, negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente no pagamento das despesas.

Questão de direito

Quanto à admissibilidade

Argumentos das partes

57 Sem deduzir uma excepção de inadmissibilidade por requerimento separado, em conformidade com o disposto no artigo 114.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, a Comissão contesta a admissibilidade do recurso. Com efeito, a decisão impugnada, com a qual qualificou o regime de auxílios de Estado ilegal e incompatível com o mercado comum e ordenou à República Italiana a recuperação

dos auxílios concedidos, seria um acto de alcance geral. Ora, segundo a Comissão, a circunstância de os recorrentes serem os beneficiários efectivos desse regime não lhes confere a qualidade de pessoas individualmente afectadas com legitimidade para interporem um recurso de anulação.

58 A Comissão baseia as suas objecções na jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral, que em várias vezes julgou inadmissíveis os recursos interpostos pelos beneficiários actuais ou potenciais de um regime de auxílios contra decisões que os declaravam incompatíveis com o mercado comum.

59 A Comissão não ignora os acórdãos do Tribunal Geral que, pelo contrário, consideram admissíveis alguns recursos interpostos por beneficiários de regimes de auxílios declarados incompatíveis pela razão de que os recorrentes estavam obrigados a restituir os auxílios que lhes tivessem sido pagos ao abrigo desses regimes. Mas duvida que essa jurisprudência respeite os princípios aplicáveis aos recursos de anulação interpostos por particulares.

60 A título subsidiário, caso o Tribunal Geral considerasse que a qualidade de beneficiário permite admitir o recurso, a Comissão alega, em substância, que o BNL não tem legitimidade, uma vez que não pode ser considerado beneficiário efectivo das medidas em causa, uma vez que a sociedade proprietária da empresa recebeu, nessa época, uma entrada no âmbito do regime de neutralidade fiscal previsto no artigo 7.º da lei 218/1990 (a seguir «antigo BNL»), e foi incorporada no BNP. O facto de o BNL ter recebido como entrada o ramo bancário do antigo BNL nada teria a ver com o benefício dos auxílios e o seu reembolso. A título ainda mais subsidiário, se se verificasse, devido a factos desconhecidos da Comissão, que é o BNL e não o BNP quem deve reembolsar os auxílios, o recurso seria inadmissível por ter sido interposto pelo BNP.

61 Os recorrentes contestam a argumentação da Comissão. Em sua opinião, a jurisprudência reconheceu claramente o interesse individual dos beneficiários efectivos dos auxílios concedidos ao abrigo dos regimes de auxílios objecto de uma decisão da Comissão que os declare incompatíveis com o mercado comum e imponha ao Estado-Membro a obrigação de os recuperar.

62 Quanto ao argumento subsidiário da Comissão, segundo os recorrentes o mesmo é inoperante, pois o recurso é de qualquer forma admissível quanto a pelo menos um dos recorrentes.

Apreciação do Tribunal Geral

63 Note-se que qualquer pessoa singular ou colectiva pode interpor recurso de uma decisão dirigida a outra pessoa se a referida decisão lhe disser directa e individualmente respeito.

64 É jurisprudência constante que uma pessoa singular ou colectiva que não seja a destinatária de uma decisão só pode afirmar que esta lhe diz individualmente respeito se a afectar devido a certas qualidades que lhe são próprias ou a uma situação de facto que a caracteriza em relação a qualquer outra pessoa e assim a individualiza de maneira análoga à do destinatário (acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1963, Plaumann/Comissão, 25/62, Colect., 1962-1964, p. 279, e de 2 de Abril de 1998, Greenpeace Council e o./Comissão, C-321/95 P, Colect., p. I-1651, n.os 7 e 28).

65 Assim, o Tribunal de Justiça considerou assim que uma empresa não pode, em princípio, impugnar uma decisão da Comissão que proíbe um regime de auxílios sectorial se essa decisão apenas lhe diz respeito em virtude de pertencer ao sector em questão e da sua qualidade de potencial beneficiário do referido regime. Com efeito, esta decisão apresenta-se, em relação à empresa recorrente, como uma medida de alcance geral que se aplica a situações determinadas objectivamente e que comporta efeitos jurídicos em relação a uma categoria de pessoas consideradas de modo geral e abstracto (v. acórdãos do Tribunal de Justiça de 29 de Abril de 2004, Itália/Comissão, C-298/00 P, Colect., p. I-4087, n.º 37, e jurisprudência citada, e de 17 de Setembro de 2009, Comissão/Koninklijke Friesland Campina, C-519/07 P, ainda não publicado na Colectânea, n.º 53; neste sentido, ver igualmente o acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Fevereiro 1988, Kwekerij van der Kooy e o./Comissão, 67/85, 68/85 e 70/85, Colect., p. 219, n.ºº15).

66 Porém, no acórdão de 19 de Outubro de 2000, Itália e Sardegna Lines/Comissão) C-15/98 e C-105/99, Colect., p. I-8855, n.ºs 34 e 35), o Tribunal de Justiça decidiu também que, uma vez que a decisão em causa dizia respeito à empresa recorrente não só enquanto empresa do sector do transporte marítimo da Sardenha, potencialmente beneficiária do regime de auxílios aos armadores sardos, mas também enquanto beneficiária efectiva de um auxílio individual concedido ao abrigo desse regime e cuja recuperação fora ordenada pela Comissão, a referida decisão lhe dizia individualmente respeito, pelo que era admissível o recurso que dela interpusera (v. também, neste sentido, acórdão Itália/Comissão, cit. no n.º 65 *supra*, n.ºº39).

67 Assim, há que verificar se os recorrentes têm a qualidade de beneficiários efectivos de um auxílio individual concedido ao abrigo de um regime de auxílios cuja recuperação foi ordenada pela Comissão (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal Geral de 20 de Setembro de 2007, Salvat père & fils e o./Comissão, T-136/05, Colect., p. II-4063, n.º 70 e de 4 de Março de 2009, Associazione italiana del risparmio gestito e Fineco Asse Management /Comissão, T-445/05, Colect., p. II-289, n.º 49).

68 Nos seus articulados apresentados no Tribunal Geral, os recorrentes alegaram três argumentos que não foram contestados pela Comissão.

69 Em primeiro lugar, o antigo BNL, quando era proprietário da empresa bancária que beneficiou de uma entrada sob o regime da neutralidade fiscal nos termos da lei 218/1990, recorreu, na sua declaração relativa ao exercício fiscal de 2003, apresentada em 29 de Outubro de 2004, ao regime de reajustamento previsto no artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003, relativamente aos activos dessa empresa.

70 Em segundo lugar, em 1 de Outubro de 2007, o antigo BNL transferiu o seu ramo de actividade bancária em Itália, incluindo os activos relativamente aos quais tinha usado o regime de reajustamento referido, para uma sociedade anónima constituída de novo com a denominação de Banca Nazionale del Lavoro SpA (BNL), que é aqui o segundo recorrente.

71 Em terceiro lugar, no mesmo dia, imediatamente após a transferência, o antigo BNL foi objecto de uma fusão por incorporação no BNP, primeiro recorrente, e o BNP sucedeu, por efeito desta operação, nos direitos e obrigações do antigo BNL, sucedendo portanto ao antigo BNL em todas as relações jurídicas em que este fosse parte, incluindo nas acções judiciais iniciadas antes da fusão.

72 Resulta destas considerações que a vantagem retirada do antigo BNL do regime fiscal em litígio foi transmitida quer para o BNP, no momento da fusão/incorporação referida no n.º anterior, quer para o BNL, no momento em que lhe foi transferido o ramo de actividade bancária do antigo BNL e, assim, quer o BNP, quer o BNL devem ser considerados como os beneficiários efectivos do auxílio que lhes foi concedido ao abrigo do regime em causa e, nesta base, devem ser considerados como individualmente afectados pela decisão impugnada.

73 Os recorrentes, em resposta a uma questão colocada pelo Tribunal Geral, indicaram que era o BNP que, devido à mencionada fusão por incorporação, era o beneficiário efectivo da medida impugnada, o que consta da acta da audiência.

74 Por conseguinte, a decisão impugnada diz individualmente respeito ao BNP.

75 No que se refere ao requisito atinente à existência de afectação directa deste recorrente, há que constatar que, uma vez que o artigo 3.º da decisão impugnada obriga a República Italiana a tomar todas as medidas necessárias para recuperar dos beneficiários o auxílio concedido através do regime fiscal referido no artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003, este recorrente, na qualidade de beneficiário efectivo do auxílio é directamente afectado pela decisão.

76 Atentas as considerações precedentes, o presente recurso é admissível na parte em que foi interposto pelo BNP.

77 Tatando-se do mesmo recurso, não há que apreciar a legitimidade do outro recorrente (v. acórdãos do Tribunal Geral de 3 de Setembro de 2009, Cheminova e o./Comissão, T-326/07, ainda não publicado na Colectânea, n.º 68, e jurisprudência citada; neste sentido, v. igualmente os acórdãos do Tribunal Geral de 6 de Julho de 1995, AITEC e o../Comissão, T-447/93 a T-449/93, Colect., p. II-1971, n.º 82; de 22 de Outubro de 1996, Skibsværftsforeningen e o./Comissão, T-266/94, Colect., p. II-1399, n.ºs 51 e 52; de 6 de Março de 2002, Diputación Foral de Álava e o./Comissão, T-127/99, T-129/99 e T-148/99, Colect., p. II-1275, n.º 52).

Quanto ao mérito

78 Os recorrentes invocam dois fundamentos de anulação. O primeiro, baseado na violação do artigo 87.º, n.º 1, CE, na medida em que a Comissão considerou erradamente existir um auxílio de Estado, quando se trata de um regime que não proporciona uma vantagem, no sentido dessa disposição. O segundo fundamento baseia-se na violação do dever de fundamentação que resulta de um erro de facto.

79 Importa começar pela apreciação do segundo fundamento.

Quanto ao segundo fundamento, baseado na violação do dever de fundamentação decorrente de um erro de facto.

— Argumentos das partes

80 Os recorrentes acusam a Comissão de ter ignorado, na decisão impugnada, o regime de reajustamento do artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003, que devia ter sido comparado ao regime de reajustamento do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003. Quer as autoridades italianas quer os recorrentes, no processo formal de inquérito, indicaram à Comissão que devia efectuar essa comparação entre os dois regimes a fim de determinar se o segundo, considerado na sua globalidade, proporcionava alguma vantagem relativamente ao primeiro.

81 Ora, a Comissão, baseando-se na simples constatação de que em 2000 e 2001 o legislador teria alargado o regime de reajustamento reservado inicialmente para os organismos abrangidos por reestruturações previstas pela lei 218/1990 às sociedades beneficiárias de entradas efectuadas nos termos do artigo 4.º do decreto-lei 358/1997, ao passo que a lei 350/2003 deixou de proceder a esse alargamento, ter-se-ia dispensado, na prática, de proceder a essa comparação. Segundo os recorrentes, a Comissão teria rejeitado por princípio as objecções das autoridades italianas e dos recorrentes sem indicar, na decisão impugnada, a menor resposta fundamentada, limitando-se a constatar que o reajustamento do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 apenas era aplicável às sociedades beneficiárias de entradas efectuadas ao abrigo da lei 218/1990, e não a todas as sociedades abrangidas pelas operações de entradas de activos.

82 Com efeito, segundo os recorrentes, a decisão impugnada assenta na convicção errada de que a lei 350/2003 só previu o regime de reajustamento do artigo 2.º, n.º 26, sem prever nenhum outro regime de reajustamento aplicável em geral. Esta posição ressalta inequivocamente do considerando 96 da decisão impugnada.

83 No entanto, o artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003 alterou a formulação do artigo 10.º da lei 342/2000 por forma a permitir às empresas recorrer ao mecanismo da reavaliação voluntária dos activos «constantes do balanço do exercício encerrado em 31 de Dezembro de 2002». Desta forma, o artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003 terá implicitamente autorizado as mesmas empresas a socorrerem-se também do regime de reajustamento previsto no artigo 14.º da lei 342/2000. Com efeito, esta disposição dar-lhes-ia a faculdade de se socorrerem do regime de reajustamento para os mesmos activos que os que podem ser objecto do mecanismo de reavaliação previsto no artigo 10.º da lei 342/2000. Por consequência, todas as empresas terão sido autorizadas a eliminar os desajustamentos entre o valor fiscal e o valor contabilístico dos activos através do pagamento de um imposto substitutivo de 19% no caso do reajustamento de activos amortizáveis e de 15% no caso do reajustamento de activos não amortizáveis.

84 O facto de este regime de reajustamento previsto no artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003 ser efectivamente aplicado e ser acessível a qualquer empresa interessada seria demonstrado pelos documentos juntos aos autos.

85 Os recorrentes acrescentam que, se a Comissão tivesse feito uma comparação entre o regime de reajustamento do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 e o do artigo 2.º, n.º 25, da mesma lei, teria constatado que o primeiro não proporcionava qualquer vantagem económica em comparação com o segundo. As explicações fornecidas pela Comissão na contestação para justificar a não consideração do segundo regime de reajustamento constituiria uma tentativa de fundamentação *a posteriori*, sendo, por conseguinte, inadmissível.

86 A Comissão alega considerar, como os recorrentes, que o artigo 14.º da lei 342/2000 foi prorrogado pelo artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003. O que não afecta a fundamentação correcta constante do considerando 96 da decisão impugnada, que indica que o artigo 2.º, n.º 25 da lei 350/2003 prorrogou disposições de natureza diferente das prorrogadas pelo n.º 26 do mesmo artigo. Se é certo que este considerando se poderia ter referido mais explicitamente quer à reavaliação quer ao reajustamento, ambos objecto da prorrogação operada pelo n.º 25, o raciocínio principal é claro e opõe o «reajustamento fiscal dos valores resultantes de reorganizações neutras no plano fiscal» à «[verificação] de mais-valias latentes decorrentes da adaptação do valor fiscal dos activos detidos por sociedades beneficiárias a valores correntes».

87 A diferença entre estas duas situações seria também explicada no considerando 56 da decisão impugnada. Enquanto as mais-valias das cessões e reorganizações de sociedades que se concretizam nas trocas de bens seriam realizadas, mas ficariam suspensas, as que estão «apenas registadas» não estão ligadas a um «facto de realização anterior». Dito de outra forma, os reajustamentos referidos no artigo 14.º da lei 342/2000

reportam-se a mais-valias não realizadas que são perfeitamente assimiláveis às mais-valias de reavaliação referidas no artigo 10.º da mesma lei, o que explicaria porque o quadro de aplicação objectivo e as taxas são as mesmas para os dois instrumentos.

88 Esta analogia fundamental entre estes dois instrumentos seria a razão de ser das reavaliações ao abrigo do artigo 10.º da lei 342/2000 e dos reajustamentos ao abrigo do artigo 14.º da mesma lei e diferenciá-los-ia radicalmente do reajustamento das mais-valias já realizadas no momento das entradas e das reorganizações de sociedades visado no artigo 17.º da mesma lei.

89 O erro de facto alegado pelos recorrentes não existiria portanto, nem tão-pouco o erro de fundamentação que o mesmo implicaria. A Comissão terá considerado que o reajustamento de mais-valias já verificadas no momento das entradas e da reorganização de sociedades, que o artigo 2.º, n.º 26 da lei 350/2003 terá reservado para os estabelecimentos de crédito objecto de reorganização ao abrigo da lei 218/1990, só poderia ser comparado à medida análoga, de carácter geral, decorrente do artigo 19.º da lei 342/2000, que terá permanecido em vigor até esse momento mas que não teria sido prorrogado. A Comissão poderia ter constatado que a vantagem em questão, que tinha carácter geral, se tornou específica, e concluir correctamente que se tratava de um auxílio estatal.

90 Por fim, a Comissão achou dever limitar a recuperação à diferença entre, por um lado, o imposto devido pela reavaliação prevista no artigo 10.º da lei 342/2000 e pelo reajustamento das mais-valias não realizadas previstas no artigo 14.º da mesma lei, ambos prorrogados pelo artigo 2.º, n.º 25 da lei 350/2003, e, por outro, o imposto efectivamente pago nos termos do artigo 17.º da lei 342/2000, prorrogado pelo artigo 2.º, n.º 26 da lei 350/2003. Contudo, mesmo admitindo-se o que precede, se esta opção constituísse uma incoerência relativamente ao raciocínio desenvolvido para concluir pela existência de um auxílio de Estado, essa incoerência teria sido a favor dos beneficiários do regime, entre os quais se incluem os recorrentes, que não teriam qualquer

interesse em contestá-lo. Seria igualmente claro que em caso de anulação por falta de fundamentação, a Comissão deve reexaminar a medida em questão e tomar uma nova decisão.

91 A Comissão considera que, em qualquer caso, o segundo fundamento é inoperante. Por um lado, uma vez que os recorrentes sustentam que o reajustamento ao abrigo do artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003 e o do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 são dois instrumentos diferentes, embora se baseiem em considerações diferentes das da Comissão, uma comparação mais aprofundada entre os dois instrumentos não poderia ter modificado as conclusões constantes da decisão impugnada.

92 Por outro lado, como já referido, a decisão impugnada limitou a recuperação à diferença entre o imposto que teria sido pago se os beneficiários do regime em litígio tivessem aplicado o regime de reavaliação fiscal previsto no artigo 2.º, n.º 25 da lei 350/2003 e o imposto efectivamente pago em conformidade com o artigo 2.º, n.º 26 da mesma lei. Ora, seria irrelevante que a decisão impugnadas mencionasse apenas a reavaliação, visto que os dois instrumento prorrogados pelo artigo 2.º, n.º 25 da lei 350/2003 — reavaliação e reajustamento — estão sujeitos à mesma taxa. Por conseguinte, mesmo que a Comissão tivesse concluído, na sequência de uma análise mais aprofundada do reajustamento do artigo 2.º, n.º 25 da lei 350/2003, que ele representava o nível de tributação normal a partir do qual se teria de comparar o reajustamento do artigo 2.º, n.º 26 da lei 350/2003, teria de qualquer forma concluído que a vantagem devia ser considerada igual à diferença entre as duas taxas e teria ordenado a recuperação em medida idêntica à constante da decisão impugnada.

— Apreciação do Tribunal Geral

93 De acordo com a jurisprudência assente, a fundamentação exigida pelo artigo 253.º CE deve ser adaptada à natureza do acto em causa e evidenciar, de forma cara e inequívoca, a argumentação da instituição autora do acto, por forma a permitir aos interessados conhecer as razões da medida adoptada e ao órgão competente exercer a sua fiscalização. A exigência de fundamentação deve ser apreciada em função das circunstâncias de cada caso, designadamente do conteúdo do acto, da natureza dos fundamentos invocados e do interesse que os destinatários ou outras pessoas a quem o acto diga directa e individualmente respeito possam ter em obter as explicações. Não é exigido que a fundamentação especifique todos os elementos de facto e de direito pertinentes, na medida em que a questão de saber se a fundamentação de um acto satisfaz as exigências do artigo 253.º CE deve ser apreciada à luz não somente do seu teor literal mas também do seu contexto e do conjunto das normas jurídicas que regem a matéria em causa (acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Abril de 1998, Comissão/Sytraval e Brink's France, C-367/95 P, Colect., p. I-1719, n.º 63, e a jurisprudência citada).

94 Além disso, ainda que, na fundamentação das decisões que tem de tomar para assegurar a aplicação das regras de concorrência, a Comissão não seja obrigada a discutir todas as questões de facto e de direito e as considerações que a levaram a tomar essa decisão, a verdade é que está obrigada, nos termos do artigo 253.º CE, a mencionar, no mínimo, os factos e as considerações que se revestem de uma importância essencial na economia da sua decisão, permitindo assim ao juiz comunitário e às partes interessadas conhecerem as condições em que a Comissão aplicou o Tratado (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Setembro de 1998, European Night Services e o./Comissão, T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, Colect., p. II-3141, n.º 95 e jurisprudência citada).

95 No que se refere à acusação de que a Comissão ignorou na decisão impugnada o regime de reajustamento do n.º 25 do artigo 2.º da lei 350/2003, há que constatar que, contrariamente ao que os recorrentes sustentam, a Comissão não ignorou esse regime, pois invocou, no considerando 94, segundo período, o argumento de que «as outras sociedades que não foram objecto de reorganizações em conformidade com a Lei n.º 218/1990 teriam beneficiado do regime implícito de reajustamento fiscal previsto no n.º 25 do artigo 2.º da Lei n.º 350/2003 segundo as modalidades gerais, substancialmente equivalentes, estabelecidas pelo artigo [14.º] da Lei n.º 342/2000».

96 Com efeito, ainda que, como aliás admite a Comissão, o considerando 96 da decisão impugnada pudesse ter mencionado mais explicitamente o reajustamento do artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003, não deixa de ser verdade que o raciocínio exposto neste considerando corresponde ao argumento das partes interessadas.

97 Neste considerando, a Comissão sustentou que «o regime previsto no n.º 25 do artigo 2.º da Lei n.º 350/2003, não constitu[ía] um reajustamento fiscal dos valores não reajustados decorrentes de reorganizações fiscalmente neutras, mas sim um regime de reavaliação fiscal que permitiu a realização das mais-valias latentes provenientes do ajustamento para valores correntes do valor fiscal dos activos detidos pelas sociedades contribuidoras».

98 Esta consideração, que deve ser lida em conjugação com as considerações dos considerandos 16 a 19 e 56 da decisão impugnada, exprime claramente a posição da Comissão de que o reajustamento do artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003 era irrelevante, pois não era mais do que a prorrogação de reajustamento — o do artigo 14.º da lei 342/2000 — que não tinha o objectivo de proceder ao reajustamento de valores resultantes de operações neutras no plano fiscal, como as reorganizações.

99 Segundo a Comissão, o reajustamento do artigo 2.º, n.º 25 da lei 350/2003, tal como o reajustamento do artigo 14.º da lei 342/2000 que foi por aquele prorrogado, tinha o objectivo de reajustar os activos desajustados não devido a uma reorganização empresarial anterior, mas devido da uma operação de reavaliação anterior no quadro da qual para que não se tenha de pagar o imposto sobre as sociedades por mais-valias ainda não realizadas, em geral, o sistema fiscal permit[iu] congelar a mais-valia fiscal, continuando a atribuir aos activos um valor fiscal histórico, inferior ao valor contabilístico [reavaliado] (considerando 18, terceiro período, da decisão impugnada). Por outras palavras, e par usar a expressão utilizada pela Comissão na sua contestação, o regime de reajustamento do artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003 não visava as mais-valias verificadas mas não realizadas, mas as mais-valias «apenas inscritas», ou seja, mais-valias que não estão ligadas a um «facto de realização anterior».

100 Resulta das considerações precedentes que a Comissão, não só não ignorou o argumento das partes interessadas baseado no regime de reajustamento do artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003, como lhe respondeu fundamentando devidamente a resposta, que consistiu em dizer que este regime de reajustamento era irrelevante.

101 Por conseguinte, há que julgar este fundamento improcedente.

Quanto ao primeiro fundamento, baseado na violação do artigo 87, n.º 1, CE

— Argumentos das partes

102 Os recorrentes afirmam, em primeiro lugar, que o regime de reajustamento de artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 não proporciona uma vantagem económica às sociedades beneficiárias de entradas efectuadas ao abrigo da lei 218/1990.

103 Em primeiro lugar, o regime de tributação normal dos lucros das empresas não é um critério de comparação válido para determinar se o reajustamento do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 concede uma vantagem económica.

104 Com efeito, a partir do momento em que o sistema fiscal italiano não prevê a possibilidade de reajustamento voluntário, as sociedades em causa não puderam reajustar voluntariamente os seus activos e pagar o imposto normal sobre o valor do reajustamento. Quanto à objecção de que o regime de tributação normal é um critério de comparação uma vez que essas sociedades teria sido sujeitas ao imposto normal se tivessem cedido os seus activos, é evidente que se essa cessão tivesse essa consequência fiscal as sociedades em causa não teriam nenhum interesse em o fazer. Em qualquer caso, se é certo que a sujeição ao imposto normal em caso de cessão permitiria o reajustamento ao nível dos activos, não teria qualquer efeito ao nível das acções recebidas pela sociedade transmitente.

105 Em qualquer caso, mesmo admitindo que o regime de imposto normal constitui um critério de comparação válido, é forçoso concluir que o reajustamento do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 não proporcionaria uma vantagem económica real por referência a esse regime.

106 De facto, uma vez que a vantagem fiscal decorrente das taxas reduzidas de imposto aplicáveis no quadro deste reajustamento seria totalmente anulada pelo facto de ter de pagar imediatamente (no momento do reajustamento) um imposto que, de outra forma só mais tarde (no momento de uma eventual cessão) ou nunca seria pago (não havendo cessão). Além disso, aplicando-se obrigatoriamente o reajustamento do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 a todos os activos transferidos sob o regime da neutralidade fiscal no sentido do artigo 7.º da lei 218/1990, o imposto substitutivo incidiria igualmente sobre os activos cuja cessão não tivesse sido planeada (imóveis afectos ao exercício da actividade bancária) e activos cujas mais-valias tivessem sido quase isentas do imposto normal em caso de cessão (participações que constituem imobilizações financeiras).

107 Também não é verdade que o regime do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 tenha proporcionado uma vantagem às sociedades beneficiárias, devido ao pagamento do imposto substitutivo em três prestações isentas de juros, ao passo que o imposto normal seria devido imediatamente. Com efeito, em caso de cessão de activos, o imposto sobre as mais-valias pode ser dividido em cinco períodos de tributação, sem juros, o que seria mesmo mais vantajoso do que o regime do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003.

108 Em conclusão, o regime do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 não proporcionou uma vantagem económica. É isso aliás que explicaria que todas as sociedades beneficiárias de entradas efectuadas ao abrigo da lei 218/1990 não tivessem imediatamente recorrido ao regime de reajustamento quando foi proposto em 2001, o que terá levado o legislador a prorrogar o prazo de utilização deste regime em 2003. A vantagem retirada do reajustamento terá tão-somente consistido na simplificação da gestão

administrativa e contabilística decorrente da eliminação de um sistema duplo de valores contabilísticos e fiscais.

109 Em segundo lugar, o regime de reajustamento do artigo 2.º, n.º 25 da lei 350/2003 não poderia, mais do que a tributação normal, servir de critério de comparação para a determinar a existência de uma vantagem económica, uma vez que as características deste regime diferiam das do regime de reajustamento do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003.

110 De facto, o reajustamento do artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003 não permitia reajustar o valor fiscal de activos detidos por sociedades diferentes da sociedade que a ele recorre, ao passo que o reajustamento do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 permitia que se pusesse fim a um desajustamento duplo. Além disso, o reajustamento do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 não permitia nem o reajustamento de activos diferentes dos transferidos sob o regime de neutralidade fiscal nem a selecção dos activos a reajustar, ao contrário do reajustamento doe artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003, que permitia não apenas o reajustamento de qualquer activo, qualquer que fosse a razão do seu desajustamento, mas também a selecção dos activos a reajustar.

111 Em qualquer caso, mesmo admitindo a possibilidade de comparação entre estes dois sistemas de reajustamento, o reajustamento do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 não proporciona qualquer vantagem económica se comparado com o reajustamento do artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003.

112 É verdade que as taxas do imposto substitutivo devido pelo reajustamento do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 são inferiores às taxas do imposto devido pelo reajustamento do artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003. Porém, os encargos fiscais globais destes dois regimes são essencialmente idênticos, se tomada em consideração o total do

imposto sobre o rendimento pago sobre as mais-valias resultantes da contribuição das duas partes para essa entrada, ou seja, pelo organismo transmitente e pela empresa beneficiária. Independentemente desta consideração, as diferenças de taxas de imposto substitutivo do regime de reajustamento do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 e do imposto devido pelo reajustamento do artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003 justificam-se também pela consideração de a primeira disposição impõe o reajustamento do valor fiscal de todos os activos transmitidos, ao passo que a segunda permite o reajustamento do valor fiscal de alguns activos isoladamente considerados.

113 Além disso, estas taxas de tributação diferentes justificam-se igualmente pelo facto de que tendo a lei 218/1990 previsto a suspensão do imposto devido pelos organismos transmitentes, não apenas sobre as mais-valias das acções, mas também sobre as reservas a que foram levados os benefícios das entradas, esses organismos transmitentes poderem ter já pago imposto sobre o rendimento sobre as mais-valias que beneficiam da suspensão do imposto, no caso em que tivessem cedido as acções recebidas ou distribuído a reserva a que foi levado o benefício resultante da entrada.

114 Em conclusão, a faculdade reconhecida às sociedades beneficiárias de entradas efectuadas sob o regime da neutralidade fiscal no sentido da lei 218/1990, de aplicarem um imposto substitutivo a taxa mais baixa do que a do regime de reajustamento do artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003 não proporciona uma vantagem económica a essas sociedades.

115 Finalmente, os recorrentes, na réplica, alegam que uma empresa teria recorrido em 2000 ao reajustamento do artigo 14.º da lei 342/2000 para libertar as mais-valias suspensas decorrentes de entradas efectuadas ao abrigo da lei 218/1990, invocando igualmente a circular fiscal italiana n.º 207, de 16 de Novembro de 2000 (a seguir «circular 207/2000 ») de que resultava que o reajustamento era aplicável a mais-valias latentes decorrentes de entradas efectuadas ao abrigo do artigo 4.º do decreto-lei

358/1997. Estas circunstâncias provavam que o regime do artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003era perfeitamente utilizável para o reconhecimento de mais-valias realizadas no momento de entradas efectuadas ao abrigo da lei 218/1990 ou do artigo 4.º do decreto-lei 358/1997.

116 Em segundo lugar, os recorrentes afirmam que, mesmo admitindo que o regime do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 tenha proporcionado uma vantagem económica aos seus beneficiários, não existiria auxílio de Estado, pois a vantagem não pode ser considerada selectiva.

117 Com efeito, ao passo que a análise da condição de selectividade impunha uma comparação entre as empresas beneficiárias da vantagem e outras empresas que se encontrassem numa situação jurídica comparável, face ao objectivo prosseguido pelo regime em causa, verifica-se que os beneficiários do reajustamento do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 estão numa situação muito diferente da dos beneficiários de entradas de activos diferentes dos considerados na lei 218/1990.

118 Assim, as entradas de activos efectuadas por organismos públicos de crédito foram submetidos a um regime muito diferente do que regulava, à época, as entradas de activos efectuadas por outras sociedades. Esse regime de neutralidade fiscal da lei 218/1990 não constituía um auxílio de Estado, como a Comissão aliás salientou e seria justificado pelo facto de ser aplicável a reestruturações não operadas espontaneamente, mas com base numa recomendação, e, a partir de 1993, numa obrigação. Este regime revelou-se rapidamente como penalizador, não apenas em absoluto, mas também por referência ao regime fiscal normal de entrada de activos, desde logo porque permitia a dupla tributação integral das mais-valias dos activos transmitidos, onerando simultaneamente o transmitente e a sociedade beneficiária. Com efeito, não foi introduzido nenhuma correcção do tipo da prevista no artigo 4.º do decreto-lei 358/1997, que consistia em qualificar como dividendo a distribuição pela sociedade

beneficiária à sociedade transmitente do valor do aumento do património líquido ocasionado pela entrada

119 Foi para suprimir este risco de dupla tributação integral que o artigo 23.º do decreto-lei 41/1995 previu a possibilidade de um duplo reajustamento através do pagamento de um imposto substitutivo, faculdade que foi prorrogada em 2000, em 2001 e em 2003.

120 Além disso, o carácter único deste regime de neutralidade fiscal da lei 218/1990 não foi posto em causa pela introdução, com base no artigo 4.º do decreto-lei 358/1997, de um regime de neutralidade fiscal para as entradas de activos efectuadas entre sociedades e organismos comerciais. Com efeito, o primeiro regime tinha características totalmente diferentes das do segundo.

121 Em primeiro lugar, o regime de neutralidade fiscal da lei 218/1990 foi «extraordinário» e temporário, uma vez que se destinava a permitir a privatização dos organismos públicos de crédito, e que só pode ser utilizado durante um período limitado (de 1990 a 1995), ao passo que o regime do artigo 4.º do decreto-lei 358/1997 era «ordinário» e permanente. Em segundo lugar, ao contrário do regime previsto no artigo 4..º do decreto-lei 358/1997, não permitia o reporte da totalidade do montante das mais-valias. Além disso, era susceptível de levar à dupla tributação integral das mais-valias, ao passo que o regime do artigo 4.º do decreto-lei 358/1997 não era susceptível de conduzir a essa dupla tributação, pelo menos se as sociedades beneficiárias utilizassem a correcção referida no n.º 118 *supra*. Finalmente, relativamente às sociedades transmitentes, o regime do decreto-lei 358/1997, ao contrário do da lei 218/1990, só previu a suspensão do imposto para as mais-valias das acções recebidas e não para as reservas constituídas com o benefício gerado com a entrada.

122 A opção de 2003 de prorrogar a possibilidade de reajustamento prevista nos artigos 17.º e 18,° da lei 342/2000 em benefício apenas das sociedades beneficiárias de entradas de activos realizadas ao abrigo da lei 218/1990 seria portanto justificada pela situação factual e jurídica diferente dessas sociedades relativamente às sociedades beneficiárias de entradas efectuadas ao abrigo do artigo 4.º do decreto-lei 358/1997.

123 Em segundo lugar, o regime do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 não proporcionava uma vantagem selectiva, na medida em que esta vantagem era justificada pela estrutura do sistema fiscal italiano.

124 Com efeito, a reforma do imposto sobre as sociedades levada a cabo pelo decreto-lei 344/2003 permitiu suprimir o risco de dupla tributação económica das mais-valias dos activos transmitidos ao abrigo do regime de neutralidade fiscal, no sentido do artigo 4.º do decreto-lei 358/1997, ou seja, onerando simultaneamente as sociedades transmitentes e as sociedades beneficiárias.

125 Mais concretamente, esta reforma substituiu o imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas (a seguir « IRC») pelo imposto sobre o rendimento das sociedades (a seguir «IRS»), aplicável à taxa de 33% aos sujeitos passivos do IRC, ou seja, não apenas às entidades comerciais como também às não comerciais. Enquanto antes da reforma a dupla tributação dos dividendos era evitada através da atribuição de um crédito de imposto ao accionista, correspondente ao REC pago pela sociedade que distribuía os dividendos, a partir da reforma foi evitada através da isenção de IRS dos dividendos até 95% do seu montante.

126 Um regime de isenção especial, designado «participation exemption» (isenção fiscal das participações), foi igualmente introduzido para as mais-valias realizadas pelas sociedades sujeitas ao IRS devido à cessão a título oneroso das participações classificadas como imobilizações financeiras. Estas mais-valias provenientes da capitalização de dividendos isentos de IRS até 95% do seu montante, terão sido, por sue turno, por efeito da «participation exemption», isentos deste imposto até à mesma percentagem.

127 Com a introdução do regime da «participation exemption», a reforma do imposto sobre as sociedades eliminou praticamente o risco de dupla tributação dos activos transmitidos ao abrigo do artigo 4.º do decreto-lei 358/1997. No quadro desse regime, as mais-valias provenientes da cessão a título oneroso pelas sociedades transmitentes de acções recebidas em troca das entradas que efectuaram ao abrigo do artigo 4.º do decreto-lei 358/1997 terão sido isentas de imposto até 95% do seu montante. Aliás, não sendo passível de tributação em sede de IRS a diferença entre o valor contabilístico das acções e o seu valor fiscal, estas sociedades transmitentes puderam distribuir aos seus sócios a totalidade das reservas a que levaram essa diferença. E, consequência, o regime de neutralidade fiscal previsto no artigo 4.º do decreto-lei 358/1997 perdeu na realidade a sua natureza de regime duplamente suspensivo para passar a ter a natureza de regime duplamente suspensivo.

128 Em contrapartida, a reforma do imposto sobre as sociedades não permitiu atingir este resultado, ou seja, eliminar a dupla tributação no que diz respeito às mais-valias dos activos transmitidos no quadro do regime de neutralidade fiscal previsto no artigo 7.º da lei 218/1990, devido precisamente às características *sui generis* este regime.

129 Com efeito, segundo os recorrentes, no caso previsto nesta disposição, em que os organismos transmitentes ao abrigo da lei 218/1990 cediam a totalidade dos seus activos a uma sociedade anónima, tornando-se assim organismos não comerciais para efeitos do IRS, aqueles não podiam beneficiar do regime da «participation exemption», mas

estavam sujeitos a esse imposto no referente a 40% das mais-valias provenientes da cessão a título oneroso de participações qualificadas e ao imposto substitutivo do imposto sobre o rendimento de 12,50% relativamente às mais-valias provenientes da cessão a título oneroso de participações não qualificadas. Além disso, todas as entidades transmitentes no quadro da lei 218/1990, independentemente da introdução do regime da «participation exemption», e ao contrário das sociedades transmitentes no quadro do artigo 4.º do decreto-lei 358/1997, continuariam sujeitas ao IRS quanto à reserva constituída com a diferença entre o valor contabilístico das acções recebidas e o seu valor fiscal se distribuíssem essa reserva aos sócios. Por consequência, o regime de neutralidade fiscal da lei 218/1990 permaneceu, de facto, regime duplamente suspensivo.

130 Em conclusão, a opção por prorrogar o regime de reajustamento das entradas efectuadas no quadro da lei 218/1990, e não o das sociedades comerciais beneficiárias de entradas de activos sob o regime de neutralidade fiscal do artigo 4.º do decreto-lei 358/1997, explica-se pelo facto de, com a reforma do imposto sobre as sociedades, só o primeiro destes dois regimes poder ainda dar origem à dupla tributação das mais-valias. A necessidade de um regime adequado para evitar essa dupla tributação só existia para o regime das entradas efectuadas no quadro da lei 218/1990, e o regime do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 era justificado pela estrutura do sistema fiscal italiano.

131 Em terceiro lugar, o regime de reajustamento do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 não proporcionou uma vantagem económica selectiva, uma vez que o legislador se limitou a reproduzir um regime de que as sociedades beneficiárias de entradas nos termos da lei 218/1990 tinham já podido legalmente beneficiar nos exercícios fiscais anteriores. Este regime de reajustamento, introduzido em 1995 e prorrogado em 2000 e em 2001, previu taxas idênticas às fixadas em 2003, não tendo nuca sido qualificado como auxílio de Estado incompatível com o mercado comum.

132 A Comissão considera que o regime do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 implica a atribuição de uma vantagem selectiva e que não é justificado pela natureza do sistema fiscal italiano.

133 Quanto à vantagem selectiva, a Comissão salienta que a existência de uma vantagem só pode ser demonstrada por comparação com uma tributação normal e portanto por comparação com o regime normal.

134 Neste caso, a Comissão considerou que antes da lei 350/2003, o reajustamento previsto para os estabelecimentos de crédito objecto de reorganização nos termos da lei 218/1990 não implicou uma vantagem selectiva, pois uma medida análoga terá sido prevista para todas as sociedades que tivessem procedido a reorganizações. Noutros termos, este regime tinha um carácter geral uma vez que se aplicava a todas as empresas que se encontrassem numa situação análoga.

135 A situação ter-se-á alterado com o artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003, que prorrogou a aplicação apenas do artigo 17.º da lei 342/2000 e não do seu artigo 19.º A partir desse momento, só os estabelecimentos de crédito objecto de reorganizações ao abrigo da lei 218/1990 terão podido reajustar as mais-valias inscritas no balanço na sequência de uma reorganização, ao passo que todas as demais empresas que se encontrassem numa situação análoga deixaram de o poder fazer. Sobre o argumento de que o regime de reajustamento do artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003 constitui o regime de referência, a Comissão responde que o âmbito de aplicação desta regra e, portanto, o número dos valores que podem ser reajustados é completamente diferente. O facto de que outro banco tenha optado por esse regime diferente para reajustar mais-valias diferentes nada demonstra. Em qualquer caso, o artigo 3.º, n.º 2, da decisão impugnada limitou a recuperação à diferença entre o imposto que devia ser pago se os beneficiários tivessem aplicado o regime de reavaliação ou de reajustamento fiscal previsto

no artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003 e o imposto efectivamente pago nos termos do artigo 2.º, n.º 26, da mesma lei.

136 No novo regime resultante da lei 350/2003, o nível de tributação normal deixou de ser o aplicável ao reajustamento das mais-valias inscritas no balanço na sequência da reorganização, pois tal reajustamento deixou de ser possível em geral, só podendo consistir na taxa do imposto normal aplicável ao rendimento das sociedades.

137 O reajustamento do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 terá permitido aos estabelecimentos de crédito objecto de reorganizações nos termos da lei 218/1990 de fazer surgir as mais-valias realizadas no momento das operações de entradas mas suspensas por razões fiscais. Em primeiro lugar, as mais-valias reajustadas poderiam ter sido distribuídas sob a forma de dividendos, não ficando nesse caso o estabelecimento de crédito obrigado a pagar o imposto sobre as sociedades, ao contrário do que aconteceria se decidisse distribuir a reserva constituída na sequência da reorganização prevista pela lei 218/1990. Em segundo lugar, se as reservas reajustadas pudessem dar origem a amortizações, estas seriam calculadas sobre os novos valores resultantes do reajustamento. Finalmente, em caso de cessão, as mais-valias reajustadas não poderiam ser sujeitas a imposto sobre o rendimento das sociedades. A própria situação dos recorrentes prova o que acaba de se referir.

138 Pelo contrário, qualquer outra empresa reorganizada nos termos do artigo 4.º do decreto-lei 358/1997, a partir de 2003, deixou de poder reajustar o conjunto das reservas constituídas e, em caso de cessão, as mais-valias suspensas teriam sido sujeitas tributação normal.

139 Não se poderia objectar que, na falta do regime de reajustamento previsto no artigo 17.º da lei 342/2000 e prorrogado pelo artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003, os estabelecimentos de crédito objecto de reorganização nos termos da lei 218/1990 não cederiam as suas reservas. Primeiro, os factos recentes associados à crise financeira demonstram o contrário. Segundo, e fundamentalmente, quando se pretende determinar a existência de um auxílio de Estado, a Comissão não se devia colocar o problema da escolha subjectiva do beneficiário, mas verificar o nível de tributação normal aplicada numa situação de factual e jurídica análoga, nível esse constituído pelos impostos substituídos pelo imposto analisado.

140 O mesmo raciocínio se aplica ao argumento de que a eventual vantagem seria reduzida a zero pela obrigação de pagar imediatamente um imposto que de outra forma não seria devido ou seria pago mais tarde. Este argumento seria tanto mais errado quanto o reajustamento de que apenas beneficiaram os estabelecimentos de crédito objecto de reajustamento ao abrigo da lei 218/1990 permitiam-lhes socorrerem-se das mais-valias fiscalmente reconhecidas para efeitos do cálculo das amortizações e da distribuição de dividendos como se o imposto tivesse sido integralmente pago nesse momento.

141 Além disso, nem artigo 17.º da lei 342/2000 nem a prorrogação prevista no artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 obrigavam os estabelecimentos de crédito a recorrer a esse regime de reajustamento. A aplicação dessas disposições era facultativa, apenas existindo a obrigação, se se tomasse a decisão de as aplicar, de as aplicar a todas as reservas da empresa ainda inscritas no balanço.

142 A Comissão acrescenta que segundo a jurisprudência, a existência de outras derrogações ao regime de tributação normal não põe em causa a conclusão de que o regime do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 tem carácter derrogatório e que limita a sua

aplicação a pessoas determinadas. Tem assim de ser afastado qualquer argumento que pretenda comparar o regime derrogatório reservado aos estabelecimentos de crédito que se reestruturaram ao abrigo da lei 218/1990, que é objecto do presente litígio, com outros regimes derrogatórios.

143 Quanto ao argumento segundo o qual o deferimento por três anos do pagamento do imposto substitutivo constituía uma desvantagem em comparação com a possibilidade de pagar o imposto normal em cinco anos: este argumento não foi invocado durante o processo formal de inquérito, mas foi salientado na decisão de abertura do inquérito. No entanto, o argumento pressupõe, sem prova, que o diferimento por cinco anos era sempre aplicável, mesmo às mais-valias suspensas com base nos regimes de neutralidade.

144 Em contrapartida, Comissão subscreve a conclusão dos recorrentes de que o regime de reajustamento das mais-valias inscritas, prorrogado pelo artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003, não pode ser considerado como o regime de tributação normal a tomar como referência, pelo que não o considerou como tal.

145 A Comissão avança a este respeito uma explicação diferente da invocada pelos recorrentes. De facto, para a Comissão, a diferença fundamental entre os regimes de reajustamento do n.º 25 do artigo 2.º, da lei 350/2003 e do n.º 26 do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 consistiria no facto de o primeiro se limitar a algumas categorias de bens e dizer respeito apenas às mais-valias inscritas na contabilidade, ao passo que o segundo diz respeito às mais-valias latentes verificadas no momento da realização de operações de reorganização de empresas e pode portanto abranger a totalidade dos bens e das reservas constituídas na sequência da realização dessas operações.

146 Aliás, o método de comparação das diferentes taxas de tributação proposto pelos recorrentes não pode ser aceite, pelos motivos expostos nos considerandos 99 e 100 da decisão impugnada. O facto de os organismos de crédito transmitentes terem pago, no momento em que realizaram as entradas, o imposto normal sobre 15% das mais-valias verificadas é um elemento exógeno. O importante é que sobre as mais-valias neutralizadas e ainda inscritas no balanço, os estabelecimentos de crédito objecto de reorganização ao abrigo da lei 218/1990 beneficiam de taxas mais favoráveis do que outras sociedades que se encontram na mesma situação factual e jurídica. Esta posição seria tanto mais fundamentada quanto o fundamento em que se baseia o argumento dos recorrentes não foi verificado, pois não é possível saber — nem a Comissão estaria obrigada a analisá-lo numa decisão sobre um determinado regime — qual o montante das mais-valias iniciais inscritas no balanço de cada um dos beneficiários nem, por maioria de razão — se foram pagos os impostos normais, e de que montante, sobre as mesmas mais-valias por outras sociedades reorganizadas mas não pertencentes ao sector do bancário.

147 Quanto ao argumento segundo o qual a situação dos estabelecimentos de crédito reorganizados ao abrigo da lei 218/1990 é diferente da de todas as demais empresas reorganizadas ao abrigo do artigo 4.º do decreto-lei 358/1997, convém sublinhar, desde logo, que não foi a Comissão, mas o legislador italiano que considerou que esta disposição «reproduzia em substância a lei [218/1990]» e que, por conseguinte, os dois tipos de empresas deveriam beneficiar do mesmo regime de reajustamento. Em segundo lugar, e mesmo que as situações reguladas pela lei 218/1990 e pelo decreto-lei 358/1997 tivessem diferenças substanciais, tais diferenças seriam irrelevantes para o objectivo da decisão impugnada, o tratamento fiscal do reajustamento ulterior das mais-valias latentes.

148 Finalmente, seria inexacto considerar que a lei 218/1990 tinha características especiais relativamente ao artigo 4.º do decreto-lei 358/1997 ou que elas eram determinantes no caso concreto. Em primeiro lugar, as vantagens fiscais da lei 218/1990 não são justificadas pelo seu carácter obrigatório, pois só se tornaram obrigatórias em

1993. Em segundo lugar, o facto de o regime da lei 218/1990 ter sido instituído como «extraordinário» e temporário não impedia que o regime permanente ulteriormente instituído em 1997 tivesse precisamente o mesmo carácter do ponto de vista fiscal. Seria irrelevante que a lei 218/1990 só tenha previsto a neutralidade de 85% das mais-valias e não de 100% como o regime posterior, pois o problema do reajustamento, que, por natureza, só dizia respeito a valores desajustados, era o mesmo. Além disso, a diferente situação das sociedades transmitentes não teria qualquer impacto, pois o artigo 19.º da lei 342/2000 só se aplicava às sociedades beneficiárias das entradas e porque, de qualquer forma, a decisão impugnada só era aplicável aos estabelecimentos de crédito beneficiários de entradas.

149 Em segundo lugar, quanto à questão de saber se a medida era justificada pela natureza do sistema, a Comissão entende que não é esse o caso.

150 A primeira parte deste fundamento, relativo à situação das entidades transmitentes relativamente ao mecanismo de dupla tributação, a Comissão precisa que a decisão impugnada não diz respeito em absoluto a estas entidades transmitentes, pois apenas diz respeito aos estabelecimentos de crédito que tenham sido objecto de reorganizações. As entidades transmitentes não poderiam ser já estabelecimentos de crédito, pois cessaram toda a actividade bancária precisamente em virtude da lei 218/1990. Aliás, na maioria dos casos, não se trata de empresas, pois limitam-se a deter participações.

151 Assim sendo, os recorrentes parece afirmarem igualmente que o tratamento fiscal das entidades transmitentes e das sociedades beneficiárias de entradas deveria ser analisado globalmente, levando em conta os encargos impostos às duas categorias de entidades e, em especial, uma suposta dupla tributação. Assim, os recorrentes não têm em consideração que as sociedades transmitentes que não sejam estabelecimentos públicos de crédito nunca beneficiaram de um regime de reajustamento pela entrada de bens, porque o artigo 19.º da lei 342/2000 só menciona o artigo 17.º

e não o artigo 18.º da mesma lei, sendo que o último se aplica às fundações bancárias transmitentes.

152 Mais fundamentalmente, não seria lógico considerar da mesma maneira o tratamento fiscal de duas entidades que, em grande parte dos casos, não têm qualquer ligação entre si, como no caso em que uma fundação bancária deixa de ter uma participação na sociedade beneficiária, ou que estão separados em todos os aspectos no plano fiscal, como é o caso quando a participação é minoritária.

153 A Comissão contesta igualmente a segunda parte do fundamento em causa, segundo o qual a medida era justificada pela natureza do sistema, porque as taxas reduzidas do imposto previsto no n.º 26 do artigo 2.º da lei 350/2003 — mais favoráveis do que as previstas no n.º 25 do artigo 2.º da lei 350/2003 — levavam em linha de conta a sujeição ao imposto normal de 15% das mais-valias contabilizadas no momento da entrada realizada nos termos da lei 218/1990. Com efeito, incumbe ao Estado-Membro que introduziu essa diferenciação entre as empresas em matéria de encargos demonstrar que ela é justificada pela natureza e teleologia do sistema em causa.

154 Além disso, a argumentação dos recorrentes sobre este ponto não tem fundamento. Basta ver que, nos termos do artigo 19.º da lei 342/2000, as taxas previstas para os reajustamentos realizados pelos estabelecimentos de crédito foram aplicados durante vários anos aos reajustamentos das entradas de bens realizadas sob o regime de neutralidade fiscal ao abrigo do artigo 4.º do decreto-lei 358/1997. Seria portanto evidente que o estabelecimento de taxas reduzidas não tem qualquer ligação com o pagamento anterior do imposto sobre uma parte da mais-valia verificada.

155 Além disso, não seria saber qual o montante das mais-valias iniciais ainda inscritas no balanço de cada beneficiário nem se sobre as mesmas mais-valias os impostos normais foram pagos e em que montantes por outras sociedades reorganizadas, mas exteriores ao sector do crédito.

156 A solução inversa, que consistiria em apreciar o carácter de uma medida susceptível de constituir um auxílio ilegal em função da intenção do Estado-Membro de a generalizar conduziria a privar o direito comunitário da sua eficácia em matéria de auxílios de Estado. Com efeito, o Estado-Membro em questão poderia, nesse caso, escapar às regras comunitárias apenas através da sua declaração de intenção de generalizar no futuro a medida censurada. Em terceiro lugar, no que toca aos argumentos relativos ao facto de o regime de reajustamento do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 não ter proporcionado uma vantagem económica selectiva por o legislador se ter limitado a reproduzir um regime já existente, a Comissão alega que é indiferente que a situação do presumível beneficiário de uma medida tenha sido melhorada ou agravada relativamente à situação do direito anterior ou, pelo contrário, não tenha sofrido modificações ao longo do tempo. A solução que consistiria em fazer depender a qualificação de uma medida de auxílio da intenção do Estado-Membro de a generalizar conduziria a privar o direito comunitário da sua eficácia em matéria de auxílios de Estado. Com efeito, o Estado-Membro em causa estava em condições, nesse caso, de escapar à aplicação das normas comunitárias mediante a simples declaração da sua intenção de generalizar no futuro a media censurada. O mesmo raciocínio se aplica *a fortiori* num caso como o presente, em que a medida, que era geral no passado, foi mantida para um só sector, e transformada assim em medida selectiva.

157 Admitindo que os recorrentes alegam um auxílio existente, o único caso de auxílio existente previsto no artigo 1.º do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de Março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo [88.º CE] (JO L 83, p. 1) potencialmente relevante para o caso concreto é o das medidas «que não constituíam auxílios no momento da sua execução, tendo-se subsequentemente transformado em auxílios devido à evolução do mercado comum e sem terem sido alterados pelo Estado-Membro.» Não é porém esse o caso da medida em análise, que se tornou um auxílio devido à intervenção do legislador, que a transformou de medida geralmente aplicável em medida sectorial e, portanto, selectiva.

— Apreciação do Tribunal

158 Segundo jurisprudência constante, a qualificação como auxílio de Estado exige que todos os requisitos estabelecidos no artigo 87.º, n.º 1, CE se encontrem preenchidos (acórdãos do Tribunal de Justiça de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão, C-142/87, Colect., p. I-959, n.º 25; de 14 de Setembro de 1994, Espanha/Comissão, C-278/92 a C-280/92, Colect., p. I-4103, n.º 20, e de 16 de Maio de 2002, França/Comissão, C-482/99, Colect., p. I-4397, n.ºº68).

159 O princípio da proibição dos auxílios de Estado enunciado no artigo 87.º, n.º 1 CE tem os seguintes requisitos. Em primeiro lugar, deve tratar-se de uma intervenção do Estado ou com recursos estatais. Em segundo lugar, essa intervenção deve ser susceptível de afectar as trocas entre os Estados-Membros. Em terceiro lugar, deve conceder uma vantagem ao seu beneficiário. Em quarto lugar, deve falsear ou ameaçar falsear a concorrência.

160 No que respeita à apreciação do terceiro dos citados requisitos, relativo à existência de uma vantagem, o artigo 87.º, n.º 1 CE exige que a medida em causa favoreça «certas empresas ou certas produções» (acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Setembro de 2006, Portugal/Comissão, C-88/03, Colect., p. I-7115, n.º 52), relativamente a outras que, à luz do objectivo prosseguido pelo referido regime, se encontrem numa situação factual e jurídica comparável (acórdãos do Tribunal de Justiça de 8 de Novembro de 2001, Adria-Wien Pipeline e Wieersdorfer & Peggauer Zementwerke, C-143/99, Colect., p. I-8365, n.º 41; de 29 de Abril de 2004, GIL Insurance e o., C-308/01, Colect., p. I-4777, n.º 68; e de 3 de Março de 2005, Heiser, C-172/03, Colect., p. I-1627, n.º 40 e Portugal/Comissão, já referido, n.º 54). Este requisito de especificidade, ou de selectividade, de uma medida constitui uma das características da noção de auxílio de Estado (acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Dezembro de 1998, Ecotrade, C-200/97, Colect., p. I-7907, n.º 40; acórdão do Tribunal Geral de 29 de Setembro de 2000, CEM/Comissão, T-55/99, Colect., p. II-3207, n.º 39).

161 O Tribunal de Justiça já declarou que a determinação do quadro de referência reveste-se de importância acrescida no caso das medidas fiscais, dado que a própria existência de uma vantagem só pode ser afirmada em relação a uma tributação dita «normal» (acórdão Portugal/Comissão, n.º 160 *supra*, n.º 56), ou seja, à tributação normalmente aplicável às empresas que se encontrem numa situação factual e jurídica comparável, do ponto de vista do objectivo prosseguido pelo regime em causa, à das empresas que são dele beneficiárias (acórdão Adria-Wien Pipeline e Wieersdorfer & Peggauer Zementwerke, n.º 160 *supra*, n.º 41).

162 O Tribunal de Justiça considerou igualmente que a existência dessa vantagem económica das empresas beneficiárias de uma isenção de uma tributação normal não pode ser contestada pelo facto de existirem outras isenções do mesmo imposto a favor de outras empresas. Assim, o facto de existirem outras derrogações ao regime do imposto normal diferentes do regime em apreço não colocam em causa o carácter derrogatório deste regime (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Junho de 2006, Bélgica e Forum 187/Comissão, C-182/03 e C-217/03, Colect., p. I-5479, n.ºs 112 e 120).

163 Finalmente, segundo jurisprudência constante, a noção de auxílio de Estado não visa as medidas estatais que introduzem uma diferenciação entre empresas, e que, portanto, são *a priori* selectivas, quando essa diferenciação resulta da natureza ou da estrutura do sistema em que se inscrevem (v. acórdão Portugal/Comissão, já referido no n.º 160 *supra*, n.º 52 e jurisprudência citada), O carácter selectivo de uma medida pode ser justificada «pela natureza ou economia do sistema» (v., neste sentido, acórdão de 2 de Julho de 1974, Itália/Comissão, 173/73, Colect., p. 709, n.º 33). Neste caso, a media escapa à qualificação de auxílio de Estado constante do artigo 87.º, n.º 1, CE, uma vez que não está preenchido o requisito de existência de uma vantagem.

164 Com o presente fundamento, os recorrentes alegam, em substância, que o regime do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 não proporcionava uma vantagem económica selectiva e, subsidiariamente, que esse regime era justificado pela natureza ou a economia do sistema.

165 Em primeiro lugar, há que analisar os fundamentos dos recorrentes atinentes à escolha pela Comissão do imposto normal sobre as sociedades como quadro de referência e a sua conclusão, nesse quadro, de que existia uma vantagem económica selectiva.

166 No caso em apreço, a Comissão concluiu que, embora o regime de neutralidade fiscal da lei 218/1990 equivalesse, no tocante às mais-valias verificadas mas não reconhecidas, ao regime de neutralidade fiscal do artigo 4.º do decreto 358/1997 (considerando 99, segundo período da decisão impugnada), conclusão que implicava que todo e qualquer regime de reajustamento instituído pelo legislador fosse aplicado indistintamente às mais-valias realizadas em qualquer dos regimes (considerando 88 da decisão impugnada), a República Italiana reconheceu apenas às empresas reorganizadas nos termos da lei 218/1990 o benefício do regime de reajustamento do artigo 2.º, n.º 26 da lei 350/2003 (considerando 90 da decisão impugnada).

167 Com base nestas considerações, a Comissão concluiu que a República Italiana atribuiu uma vantagem selectiva a estas empresas igual à diferença entre o imposto efectivamente pago nos termos do n.º 26 do artigo 2.º da lei 350/2003 e o imposto normal que teria sido pago se o reajustamento tivesse ocorrido na falta desse regime preferencial (considerando 91 da decisão impugnada).

168 Contestando esta argumentação, os recorrentes afirmam (v. n.º 104 *supra*) que o regime do imposto normal não poderia constituir o quadro de referência para o cálculo de uma vantagem, em substância porque na falta do regime de reajustamento as empresas não teriam de qualquer forma procedido à cessão de activos submetida ao imposto normal.

169 Saliente-se todavia que, no âmbito da análise de determinado regime à luz das disposições em matéria de auxílios de Estado, não cabe à Comissão avaliar as escolhas subjectivas que os beneficiários do regime poderiam ter tomado se ele não existisse, mas analisar o próprio regime para verificar se ele consubstancia objectivamente uma vantagem económica por comparação com a tributação derrogada e que seria normalmente aplicável se ele não existisse (v. neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Dezembro de 2005, Unicredito Italiano, C-148/04, Colect., pC-148/04, C-184/04, Colect., p. I-11137, n.º 118). A consideração de que, na falta do regime de reajustamento em litígio, as empresas em causa não teriam cedido os seus activos é uma apreciação objectiva destituída de relevância.

170 Os recorrentes alegam igualmente (v. n.º 104 *supra*) que o quadro de referência do imposto normal é inadequado porque a sujeição a este imposto normal em caso de cessão, embora suprimisse o desajustamento ao nível dos activos relativamente ao estabelecimento beneficiário das entradas ao abrigo da lei 218/1990, em contrapartida não teria qualquer efeito sobre o desalinhamento ao nível das acções recebidas pelo organismo transmitente.

171 No que toca à referência dos recorrentes à situação dos organismos transferentes ao abrigo da lei 218/1990, saliente-se que a decisão impugnada não diz respeito a esses organismos, mas apenas aos bancos beneficiários de entradas ao abrigo dessa lei. A decisão impugnada analisa e conclui pela existência de uma vantagem apenas relativamente a esses bancos.

172 Daqui decorre que as repetidas referências da recorrentes no presente recurso (v., designadamente os n.os 118 e 119 *supra*) à situação dos organismos transmitentes ao abrigo da lei 218/1990 e, em especial, ao facto de a reforma fiscal de 2003 não ter suprimido, a seu respeito, o risco de dupla tributação das mais-valias distribuídas como dividendos, são irrelevantes.

173 No que respeita ao argumento dos recorrentes de que o regime de reajustamento do artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003 também não seria, como o imposto normal, um quadro de referência válido, (v. n.º 109 *supra*), argumento aliás em contradição com o avançado no n.º 174 *infra*, basta salientar que a Comissão não utilizou como quadro de referência na decisão impugnada o regime do artigo 2.º, n.º 25.

174 Há que rejeitar o argumento dos recorrentes (v. n.os 111 a 115 *supra*) de que o regime de reajustamento do artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003 era perfeitamente utilizável para o reconhecimento das mais-valias verificadas com as entradas ao abrigo da lei 218/1990 ou do artigo 4.º do decreto-lei 358/1997, argumento que redunda em sustentar que este regime de realinhamento, em qualquer hipótese, teria sido mais apropriado do que o do imposto normal o que implica a conclusão de que não existia vantagem económica.

175 Com efeito, os argumentos de que, primeiro, em 2000, um banco teria utilizado o reajustamento do artigo 14.º da lei 342/2000 para libertar mais-valias latentes decorrentes de entradas efectivas nos termos da lei 218/1990 e, segundo, que a circular 207/2000 indica que o reajustamento era aplicável às mais-valias latentes decorrentes de entradas efectuadas ao abrigo do artigo 4.º do decreto-lei 358/1997 (v. n.º 115 *supra*), não permitem pôr em causa a escolha da Comissão do imposto normal como quadro de referência do cálculo da vantagem.

176 Quanto ao primeiro destes argumentos, de que um banco teria utilizado o reajustamento do artigo 14.º da lei 342/2000 para libertar mais-valias latentes decorrentes de entradas efectuadas ao abrigo da lei 218/1990, não está demonstrada pelo documento apresentado como prova, que, segundo os recorrentes, é um extracto das contas anuais do banco. Com efeito, esse documento, junto com a réplica e sem qualquer justificação para a junção, não é admissível, nos termos do artigo 48.º, n.º 1, do Regulamento de Processo.

177 Quanto ao segundo argumento, baseado na circular 207/2000, os recorrentes não demonstram, com a sua referência a essa circular, que a Comissão estivesse errada e que o artigo 14.º da lei 342/2000 tinha igualmente por objecto o reconhecimento das mais-valias latentes resultantes de entradas realizadas ao abrigo do artigo 4.º do decreto-lei 358/1997 ou da lei 218/1990.

178 Assim e contrariamente à afirmação inexacta dos recorrentes, de que essa circular «esclareceu textualmente que o regime [do artigo 14.º da lei 342/2000] permitia libertar todas as mais-valias inscritas no balanço não fiscalmente reconhecidas, mesmo devido à revogação do artigo 54.º, n.º 1, alínea c), do [texto único sobre o imposto sobre o rendimento (TUIR)] [...] mediante a sujeição ao imposto substitutivo, na condição de que os bens respectivos [...] estivessem ainda inscritos no balanço "encerrado na data prevista na lei", esta circular referia apenas que »em substância, esclarece-se no artigo 14.º [da lei 342/2000] que os valores mais importantes inscritos no balanço e não fiscalmente reconhecidos, mesmo devido à revogação do artigo 54.º, n.º 1, alínea c) do TUIR podem ser reconhecidos mediante a sua sujeição ao imposto substitutivo, com a condição de que os bens respectivos — desde que façam parte dos mencionados no artigo 10.º da lei [342/2000] — se encontrem ainda no balanço encerrado na sequência da entrada em vigor do colectivo orçamental.

179 Assim, não apenas a circular 207/2000 não indicava que o artigo 14.º da lei 342/2000 era aplicável a todas as mais-valias latentes, como também recordava que aquele artigo — ao contrário dos artigos 17.º a 19.º da lei 342/2000 — não se aplicava a todos os activos constantes do balanço, mas apenas aos mencionados no artigo 10.º dessa lei.

180 Além disso, a circular 207/2000, nos outros breves trechos citados pelos recorrentes e que não são acompanhados pelos textos das disposições italianas citadas, não menciona as mais-valias latentes aqui em causa, ou seja, as decorrentes de entradas ao abrigo da lei 218/1990 ou do artigo 4.º do decreto-lei 358/1997, que são, pelo contrário, objecto do ponto 1.3 da circular 207/2000 sobre os artigos 17.º à 19.º da lei 342/2000. Esta circular acrescenta, aliás, na frase que precede aquele ponto, que «vale a pena reafirmar que só podem ser reconhecidos os bens reavaliados com base nas disposições comentadas até aqui».

181 Daqui decorre que, com as suas referências à circular 207/2000, baseadas em citações incompletas e desacompanhadas de explicações suficientes, os recorrentes não conseguiram demonstrar o carácter alegadamente errado da posição da Comissão, segundo a qual os artigos 10.º e 14.º da lei 342/2000 e os artigos 17.º a 19.º da mesma lei e, por conseguinte, os dois regimes de reajustamento do artigo 2.º, n.ºs 25 e 26, da lei 350/2003, prosseguem objectivos distintos.

182 Tendo em conta esta diferença de objectivos dos dois regimes de reajustamento, não havia que comparar o reajustamento do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 com o reajustamento do artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003.

183 A única medida a que podia comparar-se o reajustamento do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 era o reajustamento decorrente do artigo 19.º da lei 342/2000 pelo qual o legislador alargou às empresas objecto de reorganizações ao abrigo do artigo 4.º do decreto-lei 358/1997 o benefício do reajustamento do artigo 17.º da lei 342/2000.

184 Contudo, não tendo o artigo 19.º da lei 342/2000 sido prorrogado pela lei 350/2003 e não constituindo, por isso, o reajustamento do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 uma medida geral aplicável, nas mesmas condições, a todos os reconhecimentos de mais-valias comparáveis (considerando 88 da decisão impugnada), mas uma medida reservada às mais-valias realizadas por alguns estabelecimentos de crédito na sequência apenas das reorganizações feitas ao abrigo da lei 218/1990 (considerando 90 da decisão impugnada), a Comissão considerou correctamente como quadro de referência o imposto normal que seria devido na falta desse regime de reajustamento.

185 Além disso, há salientar que, de acordo com a jurisprudência citada no n.º 162 *supra*, o facto de existirem outras derrogações ao regime do imposto normal diferentes do regime do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 não põe em causa a conclusão de que este regime tinha um carácter derrogatório e de que limitava a a sua aplicação a empresas determinadas.

186 Destas considerações decorre que, contrariamente ao que sustentam os recorrentes, a Comissão não errou ao tomar como quadro de referência para a determinação da existência de uma vantagem económica o quadro de referência do imposto normal.

187 Quanto aos argumentos dos recorrentes (v. n.os 105 e seguintes *supra*) de que, mesmo tomando o imposto normal como quadro de referência, não existe uma vantagem económica, há que rejeitá-los uma vez que eles são, mais uma vez, baseados em considerações extraídas de escolhas subjectivas que as empresas poderiam ter feito na falta do regime de reajustamento em litígio. Com efeito, com já mencionado no n.º 169, não cabe à Comissão, ao examinar um regime à luz das disposições sobre auxílios de Estado, ter presentes as escolhas subjectivas que os beneficiários deste regime poderiam ter feito se ele não existisse, mas antes analisar esse regime em si mesmo, para determinar se ele constitui objectivamente uma vantagem económica por comparação ao imposto que derroga e que seria o normalmente aplicável se ele não existisse.

188 No que toca ao argumento dos recorrentes (v. n.º 107 *supra*) baseado no facto de que a Comissão, no cálculo da vantagem, deveria ter tido em consideração o facto de o imposto normal sobre as mais-valias em caso de cessão podia ser dividido em cinco períodos de tributação sem juros, há que salientar que, segundo a jurisprudência, embora o artigo 88.º, n.º 2, CE imponha à Comissão que, antes de tomar a sua decisão, recolha as observações das partes interessadas, não a proíbe de concluir, na falta dessas informações, que um auxílio é incompatível com o mercado comum (acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Setembro de 2002, Espanha/Comissão, C-113/00, Colect., p. I-7601, n.º 39). Mais concretamente, a Comissão não pode ser acusada de não ter tido em conta eventuais elementos de facto ou de direito que lhe poderiam ter sido apresentados durante o processo administrativo, mas não foram, e a Comissão não tinha a obrigação de apreciar oficiosamente e por suposição quais os elementos que lhe poderiam ter sido apresentados (v. acórdãos do Tribunal Geral de 14 de Janeiro de 2004, Fleuren Compost/Comissão, T-109/01, Colect., p. II-127, n.os 48 e 49, e de 14 de Dezembro de 2005, Regione autonoma dela Sardegna/Comissão, T-200/04, não publicado na Colectânea, n.º 52, e jurisprudência citada). Ora, os recorrentes não contestam que essa objecção não foi suscitada no decurso do processo formal de inquérito, ao passo que a Comissão tinha expressamente chamado a atenção, nos n.os 29

e 37 da decisão de abertura do inquérito, para este aspecto do cálculo da vantagem. O argumento dos recorrentes deve portanto ser rejeitado.

189 De qualquer forma, há que constatar que os recorrentes não apoiaram o seu argumento com a apresentação das disposições fiscais italianas pertinentes, nem sustentaram e ainda menos provaram que a consideração dessa prova, mesmo que ele tivesse existido no caso concreto, teria conduzido ao desaparecimento da vantagem económica de mais de 586 milhões de euros, calculada pela Comissão no n.º 92 da decisão impugnada.

190 Quanto aos argumentos dos recorrentes (v. n.os 117 e seguintes) baseados em que o regime do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 não poderia ser considerado como tendo proporcionado uma vantagem selectiva, na medida em que as empresas beneficiárias desse regime e as empresas beneficiárias de entradas de activos diferentes dos previstos na lei 218/1990 se encontram em situações muito diferentes, há que rejeitá-los.

191 Com efeito, é forçoso constatar, como recorda a Comissão, que não foi a Comissão, mas o próprio legislador italiano que, no quadro da elaboração da lei 342/2000, considerou que o regime de neutralidade fiscal do decreto-lei 358/1997 reproduzia, em substância, o regime de neutralidade fiscal da lei 218/1990, tendo como consequência que era necessário prever um regime de reajustamento uniforme de reconhecimento das mais-valias latentes resultantes de reorganizações sob o regime de neutralidade fiscal ao abrigo de qualquer destes dois regimes — o que o legislador fez com os artigos 17.º a 19.º da lei 342/2000.

192 De qualquer forma, as diferenças invocadas pelos recorrentes ou não são decisivas ou são irrelevantes.

193 Assim, no que toca ao carácter obrigatório do regime da lei 218/1990 e, portanto, da obrigação de os organismos públicos de crédito de transferirem os seus activos bancários para sociedades anónimas (v. n.º 118 *supra*), basta constatar que essa obrigação só surgiu em 1993 (v. n.º 6 *infra*). Ora, já mesmo anteriormente à instituição desta obrigação, a lei 218/1990 reconhecia a neutralidade fiscal às entradas de activos operadas no seu âmbito pelos estabelecimentos públicos de crédito.

194 No que se refere ao facto de o regime da lei 218/1990, segundo os recorrentes, ter sido «extraordinário» e temporário uma vez que só se aplicou aos estabelecimentos públicos de crédito e apenas durante um período limitado (1990-1995), ao passo que o regime do artigo 4.º do decreto-lei 358/1997 terá sido «ordinário» e permanente (v. n.º 121 *supra*), há que salientar que este facto não significa minimamente que estes dois regimes se distinguissem um do outro do ponto de vista fiscal.

195 Quanto ao facto de os organismos transmitentes ao abrigo da lei 218/1990 terem de pagar, no momento da entrada, o imposto de normal sobre 15% da mais-valia, ao passo que o regime do decreto-lei 358/1997 tinha previsto uma neutralidade fiscal total (v. n.º 121 *supra*), há que recordar (v. n.º 171 *supra*) que a decisão impugnada não diz respeito aos organismos transmitentes, mas apenas às empresas beneficiárias de entradas ao abrigo da lei 218/1990 e à vantagem selectiva recebida por estas empresas devido à aplicabilidade, apenas a seu respeito, do reajustamento do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003.

196 Além disso, e como resulta, em substância, do considerando 100 da decisão impugnada e como alegado pela Comissão na contestação, a consideração do encargo fiscal global sobre as entradas desde o início — incluindo a suportada pelos organismos transmitentes — era irrelevante, uma vez que a única questão que se colocava era a do tratamento favorável concedido às mais-valias latentes ainda constantes do balanço das empresas beneficiárias de entradas ao abrigo da lei 218/1990. Além disso, essa tomada em consideração era impossível, uma vez que a Comissão não sabia nem tinha que saber no quadro do exame de um regime de auxílio qual o volume concreto de mais-valias latentes que existiam nesses balanços e qual o volume concreto que teria

já sido objecto de tributação, quer em virtude de um reajustamento quer em virtude de uma distribuição como dividendos.

197 É por isso em vão que os recorrentes invocam as diferenças entre os regimes de neutralidade fiscal da lei 218/1990 e do decreto-lei 358/1997 para concluírem que, tendo em conta essas diferenças, não se poderia considerar que o artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 proporcionou uma vantagem selectiva.

198 Resulta das considerações que precedem que a Comissão não cometeu qualquer erro ao concluir, com base numa comparação entre o regime do n.º 26 do artigo 2.º da lei 350/2003 e o regime do imposto normal, pela existência de uma vantagem económica selectiva de montante correspondente à diferença entre o imposto pago ao abrigo do n.º 26 do artigo 2.º da lei 350/2003 e o imposto que seria devido nos termos do imposto normal.

199 Há que analisar em seguida o fundamento dos recorrentes (v. n.os 23 e seguintes) baseado em que a Comissão teria erradamente considerado que o carácter selectivo do regime do n.º 26 artigo 2.º da lei 350/2003 não podia ser justificado pela lógica do sistema.

200 Neste quando, os recorrentes alegam, em substância (v. n.os 124 a 130 *supra*) que a reforma fiscal de 2003 terá permitido eliminar todos os riscos de dupla tributação das mais-valias dos activos transmitidos sob o regime de neutralidade fiscal do artigo 4.º do decreto-lei 358/1997, ou seja de tributação das sociedades transmitentes e das sociedades beneficiárias das entradas. Em contrapartida, esta reforma fiscal não suprimiu o risco de dupla tributação das mais-valias dos activos transmitidos sob o regime de neutralidade fiscal da lei 218/1990. Esta circunstância explicaria a opção do

legislador italiano de só prorrogar o regime de reajustamento dos artigos 17.º e 18.º da lei 342/2000 para as entradas efectuadas ao abrigo da lei 218/1990.

201 Há que recordar contudo que a decisão impugnada não diz respeito aos organismos transmitentes, mas unicamente aos estabelecimentos bancários beneficiários de entradas ao abrigo da lei 218/1990 e à vantagem económica proporcionada a esses estabelecimentos pelo regime em litígio. Por consequência, o facto de os organismos transmitentes nos termos da lei 218/1990 poderem ser submetidos a tributação por existir a possibilidade de dupla tributação não pode constituir uma circunstância que possa justificar a concessão aos bancos beneficiários de uma vantagem selectiva através do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003.

202 A Comissão considerou por isso correctamente, no considerando 105 da decisão impugnada, que o regime do artigo 2.º, n.º 26, da lei 350/2003 representa uma vantagem selectiva que incide sobre a melhoria da competitividade das instituições de crédito envolvidas em reorganizações ao abrigo da lei 218/1990, em comparação com outras empresas.

203 Finalmente, tem de ser rejeitado o argumento (v. n.º 131 *supra*) de que o regime em litígio se limitara a prorrogar, em benefício das empresas bancárias envolvidas em reorganizações ao abrigo da lei 218/1990, um regime de reajustamento que já existia e que a Comissão não terá então considerado como um auxílio de Estado.

204 Com efeito, segundo a jurisprudência, para efeitos de aplicação do artigo 87.º CE, é indiferente que a situação do presumido beneficiário da medida tenha melhorado ou se tenha agravado em relação ao direito anterior ou, pelo contrário, não tenha conhecido evolução no tempo. Há unicamente que determinar se, no quadro de um

dado regime jurídico, uma medida estatal é susceptível de favorecer «certas empresas ou certas produções», na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, relativamente a outras empresas que se encontrem numa situação factual e jurídica comparável à luz do objectivo prosseguido pela medida em causa (v. acórdão Adria-Wien Pipeline e Wieersdorfer & Peggauer Zementwerke, referido no n.º 160 *supra*, n.º 41 e jurisprudência citada).

205 Ora, no caso em apreço, a Comissão considerou correctamente que a manutenção, pelo n.º 26 da lei 350/2003, do regime de reajustamento dos artigos 17.º e 18.º da lei 342/2000, unicamente a favor das sociedades beneficiárias de entradas ao abrigo da lei 218/1990, proporcionara a essas empresas uma vantagem selectiva em comparação com as outras empresas beneficiárias de entradas devido a reorganizações diferentes das previstas na lei 218/1990 (v. n.º 202 *supra*).

206 Se com este argumento os recorrentes pretendem dizer que o regime do n.º 26 do artigo 2.º da lei 350/2003 era um auxílio existente na acepção do artigo 1.º do Regulamento n.º 659/1999, há que salientar, com a Comissão, que o único caso de auxílio existente potencialmente pertinente no caso em apreço poderia ser o de uma medida que «não constituísse um auxílio no momento em que foi posta em vigor, mas que se transformou num auxílio devido à evolução do mercado comum e sem que tenha sido modificada pelo Estado-Membro». Ora, no caso concreto, foi devido à intervenção do legislador italiano que o regime de reajustamento em litígio, anteriormente acessível a todas as empresas beneficiárias de entradas sob o regime de neutralidade fiscal, foi reservado unicamente para as empresas beneficiárias de entradas ao abrigo da lei 218/1990.

207 Resulta do conjunto das considerações que precedem que a Comissão não violou o artigo 87.º, n.º 1, CE, ao ter concluído pela existência de um auxílio de Estado.

208 A título subsidiário, note-se que mesmo que a Comissão tivesse adoptado como quadro de referência para a determinação de uma vantagem, não o regime do imposto normal, mas o regime do artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003, esta instituição teria sido levada a ordenar a devolução de um auxílio de Estado nas condições em que o fez no dispositivo da decisão impugnada.

209 Com efeito, nesse caso, a Comissão, tendo em conta, em primeiro lugar, a não pertinência para o cálculo da vantagem, dos impostos pagos anteriormente à lei 350/2003 (designadamente o imposto imediatamente pago com a realização da entrada pelos organismos transmitentes nos termos da lei 218/1990 sobre 15% da mais-valia verificada) (v. n.º 195 *supra*), e, em segundo lugar, as diferenças entre as taxas reduzidas estabelecidas, respectivamente, n.ºs 25 e 26 do artigo 2.º da lei 350/2003 (v. os n.ºs 27 e 29 *supra*) e, em terceiro lugar, o carácter objectivo da determinação da vantagem (v. n.ºs 169 e 187 *supra*), concluiu pela existência de uma vantagem económica selectiva que, sendo embora de montante inferior ao declarado no considerando 92 da decisão impugnada, não pode beneficiar da excepção *de minimis*, por se tratar — como já salientado no considerando 102 da decisão impugnada — de uma vantagem não transparente.

210 Além disso, tal vantagem, como a constatada pela decisão impugnada, não poderia ser justificada pelos motivos alegados pelos recorrentes com base no tratamento fiscal menos favorável que foi dado pela reforma fiscal de 2003 aos organismos transmitentes nos termos da lei 218/1990. Com efeito, como já referido, a decisão impugnada não diz respeito aos organismos transmitentes, mas apenas aos bancos destinatários de entradas ao abrigo da lei 218/1990, os quais, em virtude do regime do artigo 2.º,

n.º 26, da lei 350/2003 que só a eles se aplicava, beneficiaram de uma vantagem selectiva com efeitos sobre a melhoria da sua competitividade relativamente à de todas as outras empresas (v. o considerando 105 da decisão impugnada).

211 Daqui decorre que mesmo uma comparação do regime em litígio com o regime do artigo 2.º, n.º 25, da lei 350/2003 teria conduzido a Comissão a declarar a existência de um auxílio de Estado, nos termos do artigo 1.º da decisão impugnada, e a ordenar a sua recuperação, nos termos do artigo 3.º, n.º 2, da mesma.

212 Não tendo sido acolhido nenhum dos fundamentos dos recorrentes, deve ser negado provimento ao recurso.

Quanto às despesas

213 Nos termos do artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido.

214 Tendo os recorrentes sucumbido, devem ser condenados a suportar as suas despesas e ainda as despesas da Comissão, em conformidade com o seu pedido.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Quinta Secção)

decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) O BNP Paribas e A Banca Nazionale del Lavoro SpA (BNL) são condenados nas despesas.

Viaras Prek Ciucă

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 1 de Julho de 2010.

Assinaturas