II

(Actos cuja publicação não é uma condição da sua aplicabilidade)

COMISSÃO

DECISÃO DA COMISSÃO

de 21 de Janeiro de 1998

relativa a desagravamentos fiscais concedidos ao abrigo do nº 8 do artigo 52º da lei alemã relativa ao imposto sobre o rendimento *(Einkommensteuergesetz)*

[notificada com o número C(1998) 231]

(Apenas faz fé o texto em língua alemã)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

(98/476/CE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia e, nomeadamente, o nº 2, primeiro parágrafo, do seu artigo 93º,

Tendo em conta o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu e, nomeadamente, o nº 1, alínea a), do seu artigo 62º,

Após ter notificado os restantes Estados-membros e terceiros interessados para apresentarem as suas observações, em conformidade com o nº 2 do artigo 93º do Tratado CE,

Considerando o seguinte:

I

Por decisão de 26 de Fevereiro de 1997, a Comissão deu início ao processo previsto no nº 2 do artigo 93º do Tratado relativamente à alteração, no âmbito da lei fiscal alemã de 1996 *(Jahressteuergesetz 1996)* [1] do regime definido no artigo 6ºb da lei alemã relativa ao imposto sobre o rendimento (*Einkommensteuergesetz*, a seguir denominada «EStG»), alteração inscrita no nº 8 do artigo 52º da referida lei. Esta decisão foi comunicada à Alemanha por carta de 25 de Março de 1997 [2] e publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* em 6 de Junho de 1997 [3]. A Alemanha apresentou as suas observações relativamente a esta decisão por carta de 13 de Maio de 1997. A Comissão não recebeu quaisquer observações por parte dos restantes Estados-membros ou terceiros interessados.

O regime em causa prevê, para os exercícios de 1996, 1997 e 1998, um desagravamento fiscal especial destinado a estimular o mercado das participações em empresas situadas nos novos *Länder* alemães e em Berlim Ocidental, aumentando, consequentemente, os fundos próprios dessas empresas. O regime pode ser resumido da seguinte forma.

De acordo com o direito fiscal alemão, os lucros obtidos por pessoas singulares residentes na Alemanha (artigo 1º da EStG) e por pessoas colectivas com sede na Alemanha (artigo 1º da lei relativa ao imposto sobre as sociedades *(Körperschaftssteuergesetz)*, resultantes da alienação de certos bens económicos estão sujeitos ao imposto sobre o rendimento; no caso das pessoas colectivas, a lei relativa ao imposto sobre as sociedades remete para o disposto na EStG (artigo 8º da lei relativa ao imposto sobre as sociedades).

Por força do artigo 6ºb da EStG, as pessoas singulares ou colectivas que alienam determinados bens móveis ou imóveis, bem como participações em sociedades de capitais podem deduzir, no exercício contabilístico em que tenha ocorrido a alienação e nos quatro exercícios subse-

[1] BGBI. 1995 I 1250; em vigor desde 1 de Janeiro de 1996.
[2] SG(97) D/2381.
[3] JO C 172 de 6. 6. 1997, p. 2.

quentes (1), até 50 %, ou mesmo 100 % em certos casos, os lucros tributáveis resultantes da alienação dos custos de aquisição ou de fabrico de determinados bens económicos. A dedução de 100 % era já autorizada, nomeadamente ao abrigo do artigo 6ºb da EStG, que vigorava anteriormente à lei fiscal de 1996, em relação aos custos de aquisição de participações em sociedades de capitais por sociedades gestoras de participações, na acepção da lei relativa às sociedades gestoras de participações *(Gesetz über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften)*.

A presente apreciação com base nas regras aplicáveis em matéria de auxílios estatais não diz respeito a um eventual tratamento preferencial das sociedades gestoras de participações; a presente decisão não prejudica uma posterior tomada de posição da Comissão relativamente a essa questão.

O nº 8 do artigo 52º da EStG, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1996, prevê para os exercícios de 1996, 1997 e 1998 uma extensão do desagravamento fiscal previsto no artigo 6ºb da EStG. Em consequência dessa extensão, os lucros da alienação poderão ser deduzidos até 100 % dos custos de aquisição e de fabrico, desde que sejam utilizados para adquirir participações em sociedades de capitais, que essa aquisição seja efectuada em conexão com um aumento do capital ou com a criação de novas sociedades de capitais, e que essas sociedades de capitais:

— tenham a sua sede bem como a sua direcção nos novos *Länder* ou em Berlim Ocidental (2) e, no momento da aquisição das participações, não empreguem mais de 250 trabalhadores;

— sejam sociedades gestoras de participações cujo objecto social exclusivo seja, de acordo com os estatutos ou com o contrato de sociedade, a aquisição de participações limitadas no tempo ou a gestão e venda desse tipo de participações, em empresas que, no momento da aquisição das participações, tenham a sua sede e a sua direcção nos novos *Länder* ou em Berlim Ocidental e não empreguem mais de 250 trabalhadores.

De acordo com as estimativas das autoridades alemãs, esta medida provocará uma redução temporária das receitas fiscais de aproximadamente 150 milhões de marcos alemães (cerca de 75 milhões de ecus). Trata-se de um regime susceptível de beneficiar vários milhares de empresas situadas nos novos *Länder* e em Berlim Ocidental, que não está circunscrito a sectores específicos. Não está excluída a cumulação desta medida com outros auxílios estatais.

II

A disposição em causa foi notificada tardiamente pelas autoridades alemãs, por carta de 13 de Outubro de 1995, e apenas na sequência de solicitação expressa da Comissão, quando havia já sido adoptada pelo legislador. A lei fiscal de 1996 entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1996, antes de ter sido aprovada pela Comissão. Consequentemente, o regime em questão foi registado pela Comissão como auxílio não notificado (NN 9/96). Mediante um regulamento administrativo de 2 de Janeiro de 1996 (3), o Ministério Federal das Finanças suspendeu a aplicação deste regime até à sua aprovação pela Comissão.

Na sua decisão de dar início ao processo, a Comissão considerou que a extensão do desagravamento fiscal previsto no nº 8 do artigo 52º da EStG constituía um auxílio estatal na acepção do nº 1 do artigo 92º do Tratado CE e do nº 1 do artigo 61; do Acordo EEE. A este respeito, a Comissão entende que o regime em causa beneficia dois grupos de contribuintes, a saber, por um lado, os contribuintes abrangidos pela lei relativa ao imposto sobre o rendimento e, por outro, as empresas situadas na parte Oriental da Alemanha ou em Berlim, que não empregam mais de 250 trabalhadores.

Em primeiro lugar, a Comissão considerou que o desagravamento fiscal a favor dos sujeitos passivos que vendem determinados bens económicos e podem deduzir os lucros resultantes dessa venda no caso de adquirirem outros bens económicos constitui uma medida geral que não contém qualquer elemento de auxílio, dado que todos os sujeitos passivos podem beneficiar dessa medida, independentemente da sua dimensão, sector de actividade ou localização da sua sede, desde que os lucros sejam aplicados de determinada forma.

Pelo contrário, na decisão relativa ao início do processo, a Comissão considerou que o regime instituído a favor das sociedades de capitais com sede e direcção nos novos *Länder* ou em Berlim Ocidental, que autoriza um desagravamento fiscal, sob condição de serem adquiridas participações nestas empresas, constitui um auxílio estatal na acepção do nº 1 do artigo 92º do Tratado. A Comissão relembrou que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, para apreciar uma medida de auxílio estatal na acepção do nº 1 do artigo 92º, deve partir-se do efeito útil da referida medida. No caso em apreço, esta medida terá por efeito um aumento da rentabilidade das participações detidas em empresas cujas sede e direcção estão situadas nos novos *Länder* ou em Berlim Ocidental relativamente às participações detidas em empresas cujas sede e direcção se encontram localizadas na parte Ocidental da Alemanha ou fora do território alemão. Quanto à argumentação avançada pelas autoridades alemãs por carta de 13 de Outubro de 1995, segundo a qual a vantagem económica desta medida é extremamente limitada, ou mesmo praticamente inexistente, a Comissão contrapôs a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, de acordo com a qual a reduzida importância de um auxílio não exclui, por si só, um efeito de distorção sobre o comércio entre os Estados-membros.

Por estas razões, a Comissão tem dúvidas quanto à compatibilidade da medida em causa com o mercado comum. Assim, devido à inexistência de uma conexão entre a referida medida e a realização de investimentos, deve ser equiparada a um auxílio ao funcionamento que, segundo

(1) Constituição de reservas em conformidade com o nº 3 do artigo 6ºb da EStG.

(2) Em conformidade com o nº 2 do artigo 1º da lei relativa às regiões assistidas *(Fördergebietsgesetz)*.

(3) *Bundessteuerblatt* 1996, primeira parte, nº 1, p. 2.

a prática constante da Comissão, só pode ser autorizado em determinadas condições e apenas em regiões assistidas ao abrigo do nº 3, alínea a), do artigo 92º do Tratado CE. Ora, a medida em causa é também aplicável em Berlim. De acordo com a decisão da Comissão relativa ao mapa das regiões assistidas para o período de 1997 a 1999 (N 613/96), Berlim Oriental pode ser considerado, nesse período, uma região assistida ao abrigo do nº 3, alínea c), do artigo 92º; não obstante, com base na mesma decisão, Berlim Oriental pode também ser equiparado, nesse mesmo período, às regiões periféricas assistidas abrangidas pelo nº 3, alínea a), do artigo 92º. Em contrapartida, esta decisão especifica que Berlim Ocidental constitui uma região assistida ao abrigo do nº 3, alínea c), do artigo 92º, que não beneficia de qualquer regime transitório correspondente, não preenchendo, por conseguinte, as condições acima referidas respeitantes à compatibilidade dos auxílios ao funcionamento.

Para além disso, dado que a concessão de auxílios não está associada a medidas de investimento, existe um risco considerável de que o efeito económico do auxílio tenha repercussões igualmente fora das regiões assistidas. Por outro lado, a Comissão considerou que o regime em causa infringia a proibição de discriminação subjacente à liberdade de estabelecimento consagrada no artigo 52º do Tratado CE, em virtude de o desagravamento fiscal impor como condição que as empresas em que serão adquiridas as participações tenham a sua sede e a sua direcção nos novos *Länder* ou em Berlim Ocidental. Por último, o regime não prevê tomar em consideração as regras específicas aplicáveis a certos sectores sensíveis.

III

Por carta de 13 de Maio de 1997, as autoridades alemãs alegaram que a medida contestada não contém qualquer auxílio estatal na acepção do nº 1 do artigo 92º do Tratado CE. A posição da Alemanha relativamente ao início do processo pode ser resumida da seguinte forma.

Antes de mais, as autoridades alemãs chamam a atenção para a persistência de graves défices estruturais na economia dos novos *Länder* e, em especial, para o reduzido nível de fundos próprios de que dispõem as empresas implantadas nessa região, factores que este regime de auxílio deverá permitir melhorar. A Alemanha parte do princípio de que é pouco provável que as empresas beneficiárias invistam nos sectores ditos sensíveis, uma vez que as sociedades gestoras de participações aplicam o seu capital de risco essencialmente em empresas que exercem as suas principais actividades em mercados com perspectivas de futuro.

Por outro lado, o desagravamento fiscal constitui um mero diferimento do imposto; não está prevista qualquer remissão do imposto, uma vez que no caso de o sujeito passivo não alienar a sua participação no final de um longo período, o seu valor é divulgado e sujeito a tributação o mais tardar aquando da liquidação da sociedade.

O desagravamento fiscal é aplicável, segundo as autoridades alemãs, unicamente ao vendedor da participação e não ao seu comprador. O comprador da participação obtém assim capital suplementar, cujo custo é livremente negociável e orientado para o mercado. O Governo alemão não estabelece qualquer ligação directa entre o desagravamento fiscal decorrente para o comprador da participação e o nível de custos inerentes à participação, e considera ser impossível efectuar uma estimativa quantificada dos mesmos. O simples facto de ser concedido um desagravamento fiscal para a aquisição de participações em empresas com sede numa região determinada não permite concluir pela existência de um equivalente de auxílio. Esta conclusão só seria possível se o custo dos capitais disponibilizados na acepção do nº 8 do artigo 52º da EStG fosse reduzido a favor das empresas implantadas nos novos *Länder* e em Berlim, relativamente ao custo dos capitais deste tipo disponibilizados no mercado. As autoridades alemãs não dispõem de qualquer elemento de prova sobre este aspecto; por seu lado, na sua decisão, a Comissão considerou apenas que esta redução seria possível, não tendo contudo apresentado quaisquer elementos de prova sobre a mesma. Em contrapartida, existem elementos que permitem inferir que as vantagens do diferimento do imposto não se repercutirão em empresas com sede e direcção nos novos *Länder* ou em Berlim Ocidental, dado que, por um lado, são extremamente limitadas e, por outro, deixariam de revestir qualquer interesse em caso de uma nova transmissão.

As autoridades alemãs consideram, por conseguinte, que o desagravamento fiscal constitui uma medida de carácter geral, a favor não apenas de quem aliena a participação, mas também do comprador da mesma, tanto mais que a vantagem decorrente para o comprador resulta unicamente do desagravamento fiscal concedido a quem aliena a participação, medida que, também de acordo com a Comissão, é de carácter geral.

Em conclusão, as autoridades alemãs consideram que a Comissão não logrou identificar os beneficiários deste alegado regime de auxílio nem quantificar o montante do auxílio. A vantagem resultante para as empresas dos novos *Länder* e de Berlim Ocidental — no caso de poder ser quantificada — seria particularmente insignificante, justificando, subsidiariamente, a aplicação da regra *de minimis* [1].

IV

A extensão do desagravamento fiscal previsto no nº 8 do artigo 52º da EStG constitui um auxílio estatal na acepção do nº 1 do artigo 92º do Tratado CE e do nº 1 do artigo 61º do Acordo EEE, a favor de sociedades de capitais que empregam, no máximo, 250 trabalhadores e cujas sede e direcção se encontram situadas nos novos *Länder* ou em Berlim Ocidental. Trata-se de um desagravamento concedido sobre os lucros decorrentes da venda de certos bens económicos ou de aquisições de participações em sociedades de capitais, desde que seja adquirida uma participação numa sociedade de capitais (directamente ou indirectamente através de uma sociedade gestora de participações) e que essa aquisição esteja associada a um aumento do capital ou à criação de uma nova sociedade de capitais. Em contrapartida, constitui uma medida de carácter geral que não contém qualquer elemento de auxílio a favor dos sujeitos passivos do imposto sobre o rendimento que alienam determinados bens económicos e podem deduzir os lucros tributáveis resultantes, em caso de aquisição de outros bens económicos. Neste contexto, a Comissão tomou em consideração os seguintes elementos.

[1] JO C 68 de 6. 3. 1996, p. 9.

Antes de mais, é necessário referir que, no caso em apreço, se trata de «auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam» na acepção do nº 1 do artigo 92º do Tratado CE. A fim de apreciar se uma medida estatal constitui um auxílios é necessário, em conformidade com o acórdão do Tribunal de Justiça, de 11 de Julho de 1996, proferido no processo C-39/94 SFEI/La Poste) ([1]), determinar se, sem a medida estatal em causa, a empresa beneficiaria da mesma vantagem económica em condições normais de mercado.

Em conformidade com o nº 8 do artigo 52º da EStG, a pessoa singular ou colectiva («o comprador da participação») que obtém um lucro aquando da alienação de um bem económico pode obter um desagravamento fiscal, uma vez que, quando adquire participações em determinadas condições e a determinadas empresas, está autorizada a deduzir dos seus custos de aquisição até 100 % dos lucros realizados com a venda, o que lhe permite, por conseguinte, reduzir o montante de imposto a pagar. Esta empresa é, por conseguinte, favorecida por este regime, relativamente às disposições fiscais gerais que permitem uma dedução dos lucros tributáveis da ordem dos 50 %, no caso de reinvestir esses lucros em território alemão. A dedução fiscal de 100 % só é, contudo, autorizada se o sujeito passivo adquirir participações em determinadas sociedades de capitais e se essa aquisição estiver associada a um aumento do capital ou à criação de uma nova sociedade de capitais. Este regime contribui, assim, para incentivar os sujeitos passivos a adquirirem participações em determinadas sociedades de capitais com vista a um aumento de capital ou à criação de uma nova sociedade de capitais; a medida fiscal tem consequentemente por efeito — e, aliás por objectivo declarado — fomentar a procura de participações em determinadas sociedades de capitais, promovendo, dessa forma, o aumento do rácio de fundos próprios dessas empresas (ou a constituição de fundos próprios).

A progressão da procura de participações em empresas com sede e direcção nos novos *Länder* ou em Berlim Ocidental («vendedores de participações»), que resulta da medida estatal, tem por efeito, quanto ao resto em igualdade de circunstâncias, influenciar o comportamento dos investidores no seu conjunto, na medida em que estes podem agora adquirir participações, em condições mais vantajosas para o vendedor do que na ausência do regime instituído pelo nº 8 do artigo 52º da EStG, que não teriam adquirido sem o desagravamento fiscal ou que teriam adquirido em condições menos favoráveis para o vendedor. Com efeito, como correctamente assinalado pelas autoridades alemãs, o vendedor de participações obtém capital, cujo custo é livremente negociável e orientado para o mercado, mas esta medida provoca uma alteração do mercado em causa, em resultado da qual este tipo de capital disponibilizado nas condições estabelecidas no nº 8 do artigo 52º se torna mais atractivo do que o mesmo capital disponibilizado às empresas cuja sede e direcção não se encontram situadas nos novos *Länder* nem em Berlim.

A alteração do comportamento dos investidores e o aumento dos fundos próprios das empresas em causa daí resultante constituem também um objectivo declarado do legislador alemão; as autoridades alemãs argumentam, no entanto, nas suas observações, que este regime não tem qualquer incidência quantificável nas empresas dos novos *Länder* e de Berlim, nas quais devem ser adquiridas as participações.

Este regime fiscal beneficia directamente determinadas pessoas singulares e colectivas (beneficiários directos), por forma a que estas adquiram certos bens económicos a determinadas empresas (beneficiários indirectos). A vantagem económica reside no aumento, relativamente à situação jurídica anterior à entrada em vigor do nº 8 do artigo 52º da EStG, da procura de participações em empresas que beneficiam indirectamente do regime. Dessa forma, os investidores (beneficiários directos) estarão dispostos a adquirir participações em empresas dos novos *Länder* e de Berlim, em condições mais vantajosas para essas empresas do que o seriam na ausência da medida em causa. Esta situação dará origem a um aumento do volume de participações nas referidas empresas e/ou a uma melhoria das condições contratuais (preço da participação relativamente ao seu valor nominal, duração e remuneração da participação, etc.) estabelecidas, para estas aquisições de participações a favor das empresas referidas.

Esta medida destina-se, por conseguinte, a conceder uma vantagem económica gratuita às empresas que beneficiam indirectamente do regime instituído pelo nº 8 do artigo 52º da EStG, com sede e direcção nos novos *Länder* ou em Berlim Ocidental, de que não poderiam beneficiar sem a medida estatal.

As autoridades alemãs argumentaram nas suas observações que esta medida constituía um mero diferimento do imposto, mas em caso algum uma remissão do mesmo. A este respeito, é conveniente referir antes de mais, que, em conformidade com o artigo 222º do código fiscal alemão *(Abgabeordnung)*, só se considera que existe um diferimento do imposto em caso de adiamento do prazo de validade de um crédito fiscal existente. Ora, no caso em apreço, o regime em causa traduz-se na anulação de um crédito fiscal ao abrigo do artigo 6ºb da EStG e no eventual surgimento de um novo crédito fiscal em caso de revenda. Para além disso, no presente caso, não é importante determinar se o desagravamento fiscal previsto deve ser equiparado, do ponto de vista económico, a um mero diferimento do imposto, dado que, mesmo nesse caso, seria necessário considerar que o vendedor de participações beneficia de uma vantagem económica indirecta [(Decisão 93/349/CEE da Comissão ([2])].

Ora, no presente caso, como igualmente referido pelas autoridades alemãs, é problemático demonstrar a aplicação de um tratamento preferencial concreto a cada caso específico e quantificar o elemento de auxílio. Com efeito, como anteriormente mencionado, pode pressupor-se, de modo geral, a existência de uma vantagem económica. Não obstante, com base num exame *ex ante*, não é possível estabelecer com segurança, relativamente a cada caso de aquisição de participações, a existência de uma vantagem económica, uma vez que a medida em causa se baseia no comportamento económico de um investidor

([1]) Colectânea 1996, p. I-3547, ponto 60.

([2]) JO L 143 de 15. 6. 1993, p. 7.

privado que toma as suas decisões de investimento em condições deliberadamente alteradas pela intervenção dos poderes públicos. Não é possível provar, em abstracto, que este regime estatal provoca uma alteração do comportamento dos compradores de participações. Para além disso, um exame *ex ante* não permite quantificar com segurança a vantagem em questão, da mesma forma que um exame *ex post* também não permite, em todos os casos, proceder a essa quantificação.

Convém referir neste contexto que, para determinar se um regime de auxílio contém um elemento de auxílio estatal, a Comissão não é obrigada a examinar todos os casos de aplicação do mesmo. Em conformidade com o acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 1987, proferido no processo 248/84 (República Federal da Alemanha/Comissão [1]), a Comissão pode limitar-se, no caso de um programa de auxílio, a analisar as características do programa em causa, por forma a apreciar se preenche ou não as condições estabelecidas no nº 1 do artigo 92º Consequentemente, para concluir pela inexistência de auxílio estatal, a Comissão deverá poder excluir, em cada caso específico, a concessão de uma vantagem económica e, por conseguinte, de um auxílio estatal. Assim, é necessário concluir que, no caso em apreço, o regime tem em si mesmo por efeito conceder uma vantagem económica a um conjunto determinado de sociedades de capitais (empresas que não empregam mais de 250 trabalhadores e com sede e direcção nos novos *Länder* ou em Berlim Ocidental).

No que diz respeito ao cálculo da vantagem económica, este deverá ser efectuado relativamente a cada caso específico, quanto ao resto em igualdade de circunstâncias, comparando as condições em que uma empresa implantada nos novos *Länder* ou em Berlim que empregue, no máximo, 250 trabalhadores poderia adquirir uma participação, consoante beneficie ou não de uma vantagem fiscal.

O regime em questão concede uma vantagem económica com base em recursos estatais. Com efeito, o regime provoca, antes de mais, uma perda de receitas fiscais, em resultado da isenção não limitada no tempo dos lucros resultantes da alienação do bem económico. Este desagravamento fiscal concedido através de recursos estatais é parcialmente repercutido no beneficiário do auxílio, em virtude de uma disposição legal destinada a influenciar o comportamento dos investidores privados.

Em conformidade com o acórdão do Tribunal de Justiça, de 2 de Fevereiro de 1988, proferido nos processos apensos 67/85, 68/85 e 70/85 (Van der Kooy/ /Comissão) [2], a repercussão do desagravamento fiscal através do comprador de participações sobre determinadas empresas é, por conseguinte, imputável ao Estado, em virtude da disposição legal correspondente. Neste contexto, a medida em causa produz os mesmos efeitos que as taxas parafiscais financiadas por determinados sectores económicos, cujo produto é utilizado para financiar projectos de determinadas empresas através dos organismos que gerem esses recursos. De acordo com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, por exemplo, no acórdão de 11 de Março de 1992 proferido nos processos apensos C-78/90 a C-83/90 (Compagnie commerciale/Receveur principal des douanes de La Pallice Port) [3], estas taxas parafiscais constituem, em função da afectação do seu produto, um auxílio estatal dado que a vantagem concedida a determinadas empresas é imputável ao Estado, devido ao carácter obrigatório da taxa parafiscal, mesmo que a medida em causa não seja directamente financiada através de recursos estatais.

No presente caso, a vantagem económica não provém de um organismo público ou privado de gestão destes recursos criado para o efeito, mas sim de uma intervenção estatal sobre o comportamento dos investidores privados. Em resultado desta influência, a incidência económica da intervenção do Estado é comparável. Desta situação resulta que a repercussão da vantagem económica sobre determinadas empresas é imputável ao Estado, em virtude da disposição legal correspondente.

O regime em causa beneficia igualmente determinadas empresas, uma vez que, por um lado, está limitado a nível regional às empresas com sede e direcção situadas nos novos *Länder* ou em Berlim Ocidental e, por outro, só é aplicável a empresas de determinada dimensão, nomeadamente às que não empregam mais de 250 trabalhadores. É certo que essas empresas não podem ser designadas individualmente *ex ante*, mas é possível definir uma categoria de empresas beneficiárias de forma suficientemente precisa para poder conceder-lhes a vantagem económica. Este regime é, por conseguinte, suficientemente específico para ser dissociado das medidas gerais que favorecem a economia de um dado Estado-membro no seu conjunto e que, por conseguinte, não são abrangidas pelo nº 1 do artigo 92º do Tratado CE.

Por último, o regime de auxílio é susceptível de falsear a concorrência, dado que as empresas com sede e direcção na região em causa são beneficiadas relativamente às empresas situadas noutras regiões da Alemanha e noutros Estados-membros. A argumentação avançada pelas autoridades alemãs, segundo a qual a intensidade de auxílio desta medida seria extremamente diminuta ou praticamente nula em nada altera esta conclusão; assim, de acordo com o acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Março de 1990, proferido no processo C-142/87 (Bélgica/ /Comissão) [4], a reduzida importância de um auxílio não exclui, por si só, uma incidência sobre o comércio entre os Estados-membros. Para além disso, as autoridades alemãs não se comprometeram a aplicar a regra *de minimis*.

Tendo em conta as considerações precedentes, a Comissão concluiu que a extensão do desagravamento fiscal prevista no nº 8 do artigo 52º da EStG a favor das sociedades de capitais com sede e direcção nos novos *Länder* ou em Berlim Ocidental, concedido sobre os lucros decorrentes da venda de certos bens económicos ou aquisições de participações em sociedades de capitais, desde que seja adquirida uma participação nessas sociedades (directamente ou indirectamente através de uma sociedade gestora de participações) e que essa participação esteja associada a um aumento de capital ou à criação de

[1] Colectânea 1987, p. 4013, ponto 18.
[2] colectânea 1988, p. 219.
[3] Colectânea 1992, p. I-1847, ponto 35.
[4] Colectânea 1990, p. I-959.

uma nova sociedade de capitais, constitui um auxílio estatal na acepção do nº 1 do artigo 92º do Tratado CE e do nº 1 do artigo 61º do Acordo EEE.

V

O regime de auxílio examinado destina-se a promover a aquisição de participações, associada a um aumento de capital ou à criação de uma nova sociedade de capitais, em empresas com um máximo de 250 trabalhadores e com sede e direcção nos novos *Länder* ou em Berlim Ocidental, possibilitando um preço mais vantajoso ou condições contratuais mais favoráveis ao comprador das participações do que seria possível na ausência desta medida. Este regime favorece, por conseguinte, o aumento dos fundos próprios das empresas em causa.

O presente regime de auxílio não está ligado a um investimento inicial na acepção da comunicação da Comissão sobre os regimes de auxílio com finalidade regional ([1]). Pelo contrário, o regime reveste um carácter contínuo e destina-se a compensar desvantagens estruturais específicas, como expressamente confirmado pelas autoridades alemãs nas suas observações. O regime de auxílio em causa deve, por conseguinte, em conformidade com o acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Maio de 1997, proferido no processo C-278/95 (Siemens SA/ /Comissão) ([2]), ser considerado um auxílio ao funcionamento.

De acordo com a prática constante da Comissão, os auxílios ao funcionamento só podem ser concedidos a título excepcional e mediante determinadas condições em regiões assistidas ao abrigo do nº 3, alínea a), do artigo 92º do Tratado CE, ou seja, em regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista uma grave situação de subemprego (ver ponto 6 da comunicação da Comissão de 1988 sobre as modalidades de aplicação do nº 3, alíneas a) e c), do artigo 92º aos auxílios com finalidade regional ([3])].

No que diz respeito à aplicação do regime de auxílio nos cinco novos *Länder* (Brandeburgo, Meclemburgo-Pomerânia Ocidental, Saxónia, Saxónia-Anhalt e Turíngia), em 18 de Dezembro de 1996, a Comissão decidiu conferir a estas regiões o estatuto de regiões assistidas ao abrigo do nº 3, alínea a), do artigo 92º do Tratado CE até ao final de 1999 [N 464/93 ([4]) até 1996 e N 613/96 ([5]) para o período de 1997-1999]. No que diz respeito à aplicação do regime de auxílio às empresas com sede e direcção em Berlim Oriental, a Comissão havia conferido a esta região o estatuto de região assistida ao abrigo do nº 3, alínea a), do artigo 92º do Tratado CE (N 464/93) até ao final de 1996; no que se refere ao período de 1997 a 1999, a Comissão decidiu que, devido à sua situação geográfica específica, ao estatuto de região assistida ao abrigo do nº 3, alínea a), do artigo 92º, de que beneficiou no período de 1994 a 1996, e à sua história, Berlim Oriental podia beneficiar, até ao final de 1999, de um estatuto transitório que a equipara às regiões assistidas ao abrigo do nº 3, alínea a), do artigo 92; do Tratado CE e, por conseguinte, aos cinco novos *Länder* (Brandeburgo, Meclemburgo-Pomerânia Ocidental, Saxónia, Saxónia-Anhalt e Turíngia) (N 613/96).

Não obstante, o regime de auxílio não pode ser considerado compatível com o mercado comum nas regiões acima mencionadas, ao abrigo do nº 3, alínea a), do artigo 92º do Tratado CE, pelas seguintes razões:

— Em conformidade com a comunicação de 1988 anteriormente citada, só podem ser autorizados auxílios ao funcionamento em regiões assistidas ao abrigo do nº 3, alínea a), do artigo 92º, do Tratado a título excepcional, ou seja, quando o auxílio é susceptível de promover o desenvolvimento duradouro e equilibrado da actividade económica. O auxílio deverá, além disso, ser conforme à prática constante da Comissão, degressivo e limitado no tempo.

  Ora, o regime de auxílio em causa tem por efeito aumentar os fundos próprios das empresas beneficiárias, mas não garante que a empresa beneficiária aplicará o capital que lhe é disponibilizado para desenvolver economicamente as empresas beneficiárias nas regiões assistidas ao abrigo do nº 3, alínea a), do artigo 92º do Tratado CE, nem que esse capital não beneficiará, com efeito, empresas que exercem as suas actividades económicas fora de uma região assistida. Este regime de auxílio não permite, por conseguinte, excluir que sociedades pertencentes, do ponto de vista económico, a grandes empresas ou empresas independentes implantadas fora de regiões assistidas, beneficiem de auxílio, sem que esse auxílio contribua efectivamente para o desenvolvimento económico das empresas localizadas na região assistida e, por conseguinte, da própria região ([6]). O regime de auxílio não pode, consequentemente, beneficiar das derrogações previstas no nº 3 do artigo 92º do Tratado CE a favor dos auxílios com finalidade regional. Por último, este regime não prevê qualquer degressividade.

— Não está excluído que o regime de auxílio seja aplicado a empresas que operam em sectores sensíveis, sujeitos a disposições específicas em matéria de auxílios estatais (actualmente, o sector das fibras sintéticas, a indústria automóvel, a construção naval, os transportes, a agricultura, a pesca, os sectores abrangidos pelo Tratado CECA e os sectores siderúrgicos não CECA). Ora, a comunicação da Comissão de 1988, anteriormente referida, estabelece que os auxílios ao funcionamento não podem dar origem a um excesso de capacidades sectoriais, como sucede tradicionalmente nos sectores sensíveis mencionados.

([1]) JO C 31 de 3. 2. 1979, p. 9.
([2]) Colectânea 1997, p. I-2507, ponto 55.
([3]) JO C 212 de 12. 8. 1998, p. 2.
([4]) JO C 373 de 29. 12. 1994, p. 3.
([5]) JO C 288 de 23. 9. 1997, p. 5.
([6]) Ver decisão da Comissão de 1 de Outubro de 1997 relativa à prorrogação do prémio ao investimento de 8 %, C 28/96 (JO L 73 de 12. 3. 1998, p. 38).

— Finalmente, não pode excluir-se a aplicação do regime de auxílio a empresas em dificuldade na acepção das orientações comunitárias dos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas em dificuldade [1], muito embora, tendo em conta a sua concepção, se afigure extremamente improvável a aplicação deste regime de auxílio a empresas em dificuldade. De qualquer forma, este regime não é compatível com as condições de concessão de auxílios a empresas em dificuldade estabelecidas nas referidas orientações.

No que diz respeito à aplicação do regime de auxílio as empresas com sede e direcção em Berlim Ocidental, deve salientar-se que, devido às decisões da Comissão acima mencionadas, esta região beneficiou, apenas parcialmente até 1996, e continua a beneficiar, plenamente no período de 1997 a 1999, do estatuto de região assistida ao abrigo do nº 3, alínea c), do artigo 92º do Tratado CE. O regime de auxílio é, por conseguinte, também aplicável a empresas implantadas fora de regiões assistidas ao abrigo do nº 3, alínea a), do artigo 92º, ou seja, em regiões não assistidas e em regiões assistidas ao abrigo do nº 3, alínea c), do artigo 92º do Tratado CE. Não obstante, em conformidade com a prática constante da Comissão anteriormente relembrada, os auxílios ao funcionamento concedidos fora de regiões assistidas ao abrigo do nº 3, alínea a), do artigo 92º não podem ser declarados compatíveis com o mercado comum, não se levantando sequer a questão da concessão de auxílios a empresas que operam em sectores sensíveis ou a empresas em dificuldade.

Consequentemente, o regime de auxílio não pode ser considerado compatível com o mercado comum com base nas derrogações previstas no nº 3, alíneas a) e c), do artigo 92º Por outro lado, este regime não se destina a fomentar a realização de projectos importantes de interesse europeu comum nem a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-membro, nem a promover a cultura e a conservação do património, como estabelecido no nº 3 do artigo 92º Finalmente, o regime não é compatível com o mercado comum nos termos do nº 2 do artigo 92º, em especial porque as informações de que a Comissão dispõe não lhe permitem concluir que o regime em causa seja necessário para compensar as desvantagens económicas resultantes da divisão da Alemanha, ao abrigo do nº 2, alínea c), do artigo 92º

Para além disso, o regime de auxílio condiciona o desagravamento fiscal à obrigação de as empresas em que são adquiridas participações terem a sua sede e direcção nos novos *Länder* ou em Berlim Ocidental. Esta disposição infringe a proibição de discriminação consagrada no artigo 52º do Tratado CE (liberdade de estabelecimento).

Os artigos 52º e seguintes do Tratado prevêem a supressão das restrições à liberdade de estabelecimento. Os artigos 52º e 58º estabelecem, além disso, que uma sucursal ou uma filial têm o direito de exercer uma actividade económica. Nos termos do artigo 58º, a nacionalidade de uma sociedade é determinada em função da legislação do Estado-membro em conformidade com a qual tenha sido constituída, o que sucede igualmente em relação à localização da sua sede e da sua administração central, como confirmado pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão de 28 de Janeiro de 1986 proferido no processo 270/83 (Comissão/República Francesa [2]). A proibição de discriminação abrange, não apenas a discriminação directa, mas também as medidas de efeito equivalente. Em conformidade com o nº 3, alínea h), do artigo 54º do Tratado CE, a Comissão certifica-se de que as condições de estabelecimento não sejam falseadas pelos auxílios concedidos pelos Estados-membros. Em aplicação desta disposição e através do seu Programa Geral para a Supressão das Restrições à Liberdade de Estabelecimento [3], o Conselho estabeleceu a supressão das disposições e práticas que, unicamente em relação aos estrangeiros, excluem, restringem ou sujeitam a certas condições a faculdade de exercício dos direitos normalmente associados a uma actividade independente. Entre estas disposições ou práticas figuram também os auxílios estatais directos ou indirectos.

Ao proibir qualquer restrição à liberdade de estabelecimento, os artigos 52º e seguintes pretendem, nomeadamente, que as empresas em causa sejam objecto do mesmo tratamento que o reservado às empresas com sede no país de acolhimento. Contudo, no presente caso, as únicas beneficiárias do regime de auxílio contestado são as sociedades com sede e direcção nos novos *Länder* ou em Berlim Ocidental. Para poderem beneficiar do auxílio, as sociedades cuja sede e direcção não se encontram localizadas nos novos *Länder* nem em Berlim Ocidental teriam de tranferi-las para essas regiões. O regime de auxílio favorece, dessa forma, as empresas implantadas nos novos *Länder* e em Berlim, em detrimento das empresas cuja sede e direcção não se encontram situadas na Alemanha, infringindo, consequentemente, a proibição de não discriminação consagrada nos artigos 52º e seguintes.

Em virtude de a aplicação do regime de auxílio ter sido suspensa pelo regulamento administrativo de 2 de Janeiro de 1996 emanado do Ministério Federal das Finanças, a Alemanha alega que o regime em causa não foi ainda aplicado, não tendo, por conseguinte, sido ainda pago qualquer auxílio. Caso o regime de auxílio tenha já sido aplicado, a Alemanha terá de tomar as medidas necessárias com vista à recuperação dos auxílios cujo pagamento tenha sido efectuado,

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1º

1. O desagravamento fiscal concedido pela Alemanha ao abrigo do nº 8 do artigo 52º da EStG a favor das empresas que não empregam mais de 250 trabalhadores e cujas sede e direcção se encontram situadas nos novos *Länder* ou em Berlim Ocidental, constitui um auxílio estatal incompatível com o mercado comum, em conformidade com o nº 1 do artigo 92º do Tratado CE e com o nº 1 do artigo 61º do Acordo EEE.

[1] JO C 368 de 23. 12. 1994, p. 12.

[2] Colectânea 1986, p. 273.

[3] JO 2 de 15. 1. 1962, p. 36/62.

2. A Alemanha deve revogar o nº 8 do artigo 52º, da EStG.

Artigo 2º

1. Os auxílios eventualmente já pagos no âmbito do regime de auxílio referido no nº 1 do artigo 1º são ilegais, em virtude de terem sido concedidos antes de a Comissão ter tomado uma decisão a seu respeito.

2. A Alemanha assegurará a recuperação dos auxílios pagos ilegalmente.

Os auxílios serão restituídos nos termos do direito material e processual alemão, em especial no que diz respeito aos juros de mora, que vencem a contar da data de concessão do auxílio ilegal e serão calculados a uma taxa igual à taxa de referência, vigente nessa data na Alemanha, utilizada para o cálculo do equivalente-subvenção dos regimes de auxílio com finalidade regional.

Artigo 3º

A Alemanha informará a Comissão, no prazo de dois meses a contar da notificação da presente decisão, das medidas que tenha adoptado para lhe dar cumprimento.

Artigo 4º

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

Feito em Bruxelas, em 21 de Janeiro de 1998.

Pela Comissão

Karel VAN MIERT

Membro da Comissão