

Edição provisória

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção)

28 de junho de 2018 (*)

«Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios estatais – Legislação fiscal alemã relativa à possibilidade de certos reportes de prejuízos para os exercícios fiscais futuros (“cláusula de reestruturação”) – Decisão que declara o regime de auxílio incompatível com o mercado interno – Recurso de anulação – Admissibilidade – Artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE – Pessoa individualmente afetada – Artigo 107.º, n.º 1, TFUE – Conceito de “auxílio estatal” – Requisito relativo à seletividade – Determinação do quadro de referência – Qualificação jurídica dos factos»

No processo C-203/16 P,

que tem por objeto um recurso de uma decisão do Tribunal Geral nos termos do artigo 56.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, que deu entrada em 12 de abril de 2016,

Dirk Andres, na qualidade de administrador da insolência da Heitkamp Bau Holding GmbH, residente em Dusseldorf (Alemanha), representado por W. Niemann, S. Geringhoff e P. Dodos, Rechtsanwälte,

recorrente,

sendo as outras partes no processo:

Comissão Europeia, representada por R. Lyal, T. Maxian Rusche e K. Blanck-Putz, na qualidade de agentes,

recorrida em primeira instância,

República Federal da Alemanha, representada por T. Henze e R. Kanitz, na qualidade de agentes,

interveniente em primeira instância,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção),

composto por: M. Ilešič, presidente de secção, A. Rosas, C. Toader, A. Prechal e E. Jarašič (relator), juizes,

advogado-geral: N. Wahl,

secretário: I. Illéssy, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 19 de outubro de 2017,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 20 de dezembro de 2017,

profere o presente

Acórdão

1 Com o presente recurso, Dirk Andres, agindo na qualidade de administrador da insolvência da Heitkamp BauHolding GmbH (a seguir «HBH»), pede, a título principal, a anulação do Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 4 de fevereiro de 2016, Heitkamp BauHolding/Comissão (T?287/11, a seguir «acórdão recorrido», EU:T:2016:60), na medida em que, neste acórdão, o Tribunal Geral negou provimento ao recurso da HBH destinado à anulação da Decisão 2011/527/UE da Comissão, de 26 de janeiro de 2011, relativa ao auxílio estatal C?7/10 (ex CP 250/09 e NN 5/10) concedido pela Alemanha [ao abrigo do] Regime de reporte de prejuízos para efeitos fiscais no caso de reestruturação de empresas em dificuldades («Sanierungsklausel») (JO 2011, L 235, p. 26, a seguir «decisão controvertida»), bem como à anulação desta decisão.

2 Com o seu recurso subordinado, a Comissão Europeia pede a anulação do acórdão recorrido na medida em que o acórdão do Tribunal Geral julgou improcedente a exceção de inadmissibilidade que tinha suscitado contra esse recurso e, por conseguinte, pede a inadmissibilidade do recurso em primeira instância.

Antecedentes do litígio e decisão controvertida

3 Os antecedentes do litígio e a decisão controvertida, tal como decorrem dos n.os 1 a 35 do acórdão recorrido, podem ser resumidos do seguinte modo.

Direito alemão

4 Na Alemanha, por força do § 10d, n.º 2, da Einkommensteuergesetz (Lei do imposto sobre o rendimento, a seguir «EStG»), os prejuízos registados num exercício fiscal podem ser reportados para exercícios fiscais posteriores, o que significa que aos rendimentos tributáveis dos anos seguintes são subtraídos esses mesmos prejuízos (a seguir «regra do reporte de prejuízos»). Nos termos do § 8, n.º 1, da Körperschaftsteuergesetz (Lei do imposto sobre as sociedades, a seguir «KStG»), a regra do reporte dos prejuízos aplica-se igualmente às empresas sujeitas ao imposto sobre as sociedades.

5 Esta possibilidade de reporte dos prejuízos levou à aquisição, apenas para efeitos de economias de impostos, de empresas cuja atividade comercial tinha completamente cessado, mas que dispunham ainda de prejuízos que podiam ser reportados. Para impedir essas operações, consideradas abusivas, o legislador alemão inseriu na KStG, durante o ano de 1997, o § 8, n.º 4, que limita a possibilidade de reporte de prejuízos às empresas jurídica e economicamente idênticas às que realizaram esses prejuízos.

6 O § 8, n.º 4, da KStG foi revogado pela Unternehmensteuerreformgesetz (Lei de reforma da tributação das sociedades) com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2008. Essa lei inseriu na KStG um novo § 8c, n.º 1 (a seguir, igualmente, «regra da não dedução dos prejuízos»), que limita, ou até exclui, a possibilidade de reportar os prejuízos no caso de a «uma aquisição de 25% ou mais das participações de uma sociedade (a seguir «aquisição de participação prejudicial»). Segundo esta disposição, por um lado, em caso de transferência de 25% a 50% do capital subscrito, dos direitos dos acionistas, dos direitos de participação ou de voto detidos numa sociedade nos cinco anos após a transferência, os prejuízos não utilizados beneficiam de uma dedução proporcional à alteração feita, expressa em percentagem. Por outro lado, em caso de transferência de mais de 50% do capital subscrito, dos direitos dos acionistas, dos direitos de participação ou de voto detidos numa sociedade, os prejuízos não utilizados deixam de ser dedutíveis.

7 Não está prevista nenhuma exceção à regra da não dedução dos prejuízos. As autoridades

fiscais podiam, no entanto, numa situação de aquisição de participação prejudicial destinada a reestruturar uma empresa em dificuldade, conceder uma isenção de imposto por equidade, aplicando um decreto do Bundesministerium der Finanzen (Ministério Federal das Finanças, Alemanha), de 27 de março de 2003.

8 No mês de junho de 2009, através da Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung (Lei relativa ao seguro de doença em matéria de flexibilização fiscal em benefício dos cidadãos), foi aditado um n.º 1 a) ao § 8c da KStG (a seguir, igualmente, «cláusula de reestruturação» ou «medida controvertida»). Por força dessa nova disposição, uma entidade pode proceder a um reporte de prejuízos, mesmo em caso de aquisição de participação prejudicial na aceção do § 8c), n.º 1, da KStG, quando os seguintes requisitos estejam reunidos: a aquisição de participações visa a reestruturação da sociedade; no momento da aquisição, a sociedade está insolvente, sobreendividada ou em risco de o estar; as suas estruturas essenciais são conservadas, o que é feito, em substância, mediante a manutenção dos postos de trabalho, por uma contribuição substancial para o capital de exploração ou pelo perdão de dívidas ainda recuperáveis; não ocorreu nenhuma alteração de setor económico nos cinco anos subsequentes à aquisição da participação e, no momento da aquisição da participação, a sociedade não tinha cessado as suas atividades.

9 A medida controvertida entrou em vigor em 10 de julho de 2009 e aplica-se retroativamente desde 1 de janeiro de 2008, data de entrada em vigor da regra da não dedução dos prejuízos.

Decisão controvertida

10 No artigo 1.º da decisão controvertida, a Comissão declarou que «o auxílio estatal concedido nos termos do § 8c, n.º 1, alínea a), da [KStG] [...] é incompatível com o mercado interno».

11 Para efeitos da qualificação da cláusula de reestruturação como um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, esta instituição considerou, nomeadamente, que esta cláusula instituiu uma exceção à regra, estabelecida no § 8c, n.º 1, da KStG, que previa a não dedução dos prejuízos não utilizados das sociedades cujos acionistas tivesse mudado, e que essa cláusula era, por conseguinte, suscetível de conferir uma vantagem seletiva às empresas que reuniam as condições para dela beneficiarem, que não se justificava pela natureza ou pela estrutura geral do sistema fiscal, dado que a medida controvertida tinha por objetivo lutar contra os problemas devidos à crise económica e financeira, o que constituía um objetivo externo ao sistema. Nos artigos 2.º e 3.º dessa decisão, declarou, contudo, que certos auxílios concedidos ao abrigo desse regime, desde que preenchessem determinados requisitos, eram compatíveis com o mercado interno.

12 No artigo 4.º da decisão controvertida, a Comissão instou a República Federal da Alemanha a recuperar junto dos beneficiários os auxílios incompatíveis concedidos nos termos do regime previsto no artigo 1.º dessa decisão. Em aplicação do artigo 6.º desta última, esse Estado-Membro devia designadamente comunicar à Comissão a lista desses beneficiários.

Factos na origem do litígio

13 A HBH é uma sociedade que, desde 2008, estava em risco de insolvência. Em 20 de fevereiro de 2009, a sua sociedade-mãe amortizou as participações da HBH, tendo em vista fundir-se com ela para efeitos da sua reestruturação. No momento dessa operação, a HBH preenchia os requisitos de aplicação da cláusula de reestruturação. Isso resulta da informação vinculativa do Finanzamt Herne (Administração Fiscal de Herne, Alemanha) de 11 de novembro de 2009 (a seguir «informação vinculativa»). Por outro lado, em 29 de abril de 2010, a HBH recebeu da Administração Fiscal de Herne um aviso de pagamento por conta relativo ao imposto

sobre as sociedades do exercício de 2009, que tinha em conta os prejuízos reportados ao abrigo da cláusula de reestruturação.

14 Em 24 de fevereiro de 2010, a Comissão informou a República Federal da Alemanha de que tinha decidido dar início ao procedimento formal de investigação, previsto no artigo 108.º, n.º 2, TFUE, relativamente ao auxílio em causa. Por carta de 30 de abril de 2010, o Ministério Federal das Finanças ordenou à Administração Fiscal alemã que deixasse de aplicar essa medida.

15 Em 27 de dezembro de 2010, o aviso de pagamento por conta de 29 de abril de 2010 foi substituído por um novo aviso de pagamento por conta relativo ao imposto sobre as sociedades para o exercício de 2009, em que não se aplicava a cláusula de reestruturação. Em janeiro de 2011, a HBH recebeu, nomeadamente, avisos de pagamento por conta do imposto sobre as sociedades para os exercícios fiscais posteriores e não tendo em conta a referida cláusula. Em 1 de abril de 2011, recebeu um aviso de liquidação relativo ao imposto sobre as sociedades para o exercício fiscal de 2009. Uma vez que o § 8c, n.º 1, alínea a), da KStG não se aplicava não pôde reportar os prejuízos que existiam em 31 de dezembro de 2008.

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

17 Em 22 de julho de 2011, a República Federal da Alemanha comunicou à Comissão a lista das empresas que tinham beneficiado da medida controvertida. Esse Estado-Membro comunicou igualmente à Comissão uma lista das empresas relativamente às quais tinham sido anuladas as informações vinculativas sobre a aplicação da cláusula de reestruturação, na qual figurava a HBH.

Tramitação do processo no Tribunal Geral e acórdão recorrido

18 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal Geral em 6 de junho de 2011, a HBH interpôs um recurso de anulação da decisão controvertida.

19 Por requerimento separado, apresentado na Secretaria do Tribunal Geral em 16 de setembro de 2011, a Comissão suscitou uma exceção de inadmissibilidade nos termos do artigo 114.º do Regulamento de Processo do Tribunal Geral de 2 de maio de 1991.

20 Em 29 de agosto de 2011, a República Federal da Alemanha pediu para intervir no presente processo em apoio dos pedidos da HBH. Esse pedido foi deferido por despacho do presidente da Segunda Secção do Tribunal Geral, de 5 de outubro de 2011.

21 Por despacho do Tribunal Geral de 21 de maio de 2014, reservou-se para final o conhecimento da exceção de inadmissibilidade, nos termos do artigo 114.º, n.º 4, do Regulamento de Processo.

22 Em apoio do seu recurso, a HBH invocou dois fundamentos, o primeiro, relativo à ausência de caráter, *a priori*, seletivo da medida controvertida, e o segundo relativo à justificação dessa medida pela natureza e pela estrutura do sistema fiscal.

23 No acórdão recorrido, o Tribunal Geral, por um lado, julgou improcedente a exceção de inadmissibilidade, declarando que a HBH era direta e individualmente afetada pela decisão controvertida uma vez que, em substância, beneficiava, já antes da adoção da decisão de dar início ao procedimento formal de investigação, de um direito adquirido a uma economia de imposto, certificado pelas autoridades fiscais alemãs, e que, além disso, dispunha de um interesse em agir. O Tribunal Geral, por outro lado, negou provimento ao recurso da HBH.

Pedidos das partes e tramitação do processo no Tribunal de Justiça

24 Com o seu recurso, a HBH solicita que o Tribunal de Justiça se digne:

- anular os n.os 2 e 3 da parte decisória do acórdão recorrido e a decisão controvertida;
- a título subsidiário, anular os n.os 2 e 3 da parte decisória do acórdão recorrido e remeter o processo ao Tribunal Geral, e
- condenar a Comissão nas despesas;

25 A Comissão solicita que o Tribunal de Justiça que se digne negar provimento ao recurso e condenar a HBH nas despesas.

26 No seu recurso subordinado, a Comissão solicita que o Tribunal de Justiça se digne:

- anular o n.º 1 da parte decisória do acórdão recorrido;
- julgar não admissível o recurso interposto em primeira instância;
- negar provimento ao presente recurso;
- anular o n.º 3 da parte decisória do acórdão recorrido, que condena a Comissão num terço das suas despesas, e
- condenar a HBH nas despesas efetuadas no processo no Tribunal Geral e no Tribunal de Justiça.

27 A HBH pede que seja negado provimento ao recurso subordinado e que a Comissão seja condenada nas despesas.

28 Na audiência, a República Federal da Alemanha apresentou observações orais, das quais resulta que apoia os pedidos da HBH relativos ao não provimento do recurso subordinado, à anulação do acórdão recorrido na medida em que este negou provimento ao recurso em primeira instância e à anulação da decisão controvertida.

Quanto ao recurso subordinado

29 O recurso subordinado tem por objeto a admissibilidade do recurso em primeira instância, questão prévia às relativas ao mérito suscitadas pelo recurso principal, pelo que deve ser examinada em primeiro lugar.

Argumentos das partes

30 A Comissão alega que, nos n.os 50 a 79 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito na sua interpretação do conceito de destinatária no sentido do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE.

31 Em primeiro lugar, referindo-se aos Acórdãos de 19 de outubro de 2000, Itália e Sardenha Lines/Comissão (C?15/98 e C?105/99, EU:C:2000:570), e de 9 de junho de 2011, Comitato «Venezia vuole vivere» e o./Comissão (C?71/09 P, C?73/09 P e C?76/09 P, EU:C:2011:368), a Comissão alega que o critério pertinente para demonstrar se uma decisão da Comissão, que declara um regime de auxílios incompatível com o mercado interno, diz individualmente respeito a um recorrente reside no facto de saber se esse recorrente é um beneficiário efetivo ou um beneficiário potencial de um auxílio concedido nos termos desse regime. Uma decisão só diz individualmente respeito aos beneficiários efetivos.

32 Ora, nos n.os 62, 70 e 74 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral baseou a sua decisão não nessa jurisprudência, mas em acórdãos que não são pertinentes para o presente processo. Com efeito, no caso em apreço não se verifica nenhuma das circunstâncias que permitiram concluir, nos processos que deram lugar aos Acórdãos de 17 de janeiro de 1985, Piraiki?Patraiki e o./Comissão (11/82, EU:C:1985:18); de 22 de junho de 2006, Bélgica e Forum 187/Comissão (C?182/03 e C?217/03, EU:C:2006:416); de 17 de setembro de 2009, Comissão/Koninklijke FrieslandCampina (C?519/07 P, EU:C:2009:556); de 27 de fevereiro de 2014, Stichting Woonpunt e o./Comissão (C?132/12 P, EU:C:2014:100); e de 27 de fevereiro de 2014, Stichting Woonlinie e o./Comissão (C?133/12 P, EU:C:2014:105), nas quais o Tribunal Geral se apoiou nesses números, que a decisão dizia individualmente respeito aos recorrentes.

33 Assim, ao contrário do que o Tribunal Geral expôs nos n.os 63 e 74 do acórdão recorrido, a apreciação da admissibilidade do recurso em primeira instância não depende da «situação factual e jurídica» da HBH ou da existência de um «direito adquirido», mas exclusivamente da questão de saber se esta última beneficiou ou não de um auxílio nos termos do regime de auxílios em causa. Os n.os 75 e 76 do acórdão recorrido estão igualmente viciados por erro, na medida em que, do Acórdão de 9 de junho de 2011, Comitato «Venezia vuole vivere» e o./Comissão (C?71/09, C?73/09 P e C?76/09 P, EU:C:2011:368), no qual o Tribunal Geral se apoiou no n.º 76, podia apenas deduzir-se que pouco importa, para efeitos da apreciação da afetação individual, que a decisão da Comissão seja ou não acompanhada de uma injunção de recuperação do auxílio efetivamente concedido.

34 Em segundo lugar, a Comissão observa que o elemento determinante considerado pelo Tribunal Geral, na sua análise da «situação factual e jurídica» da HBH, para concluir que a decisão controvertida lhe diz individualmente respeito, consiste na existência de um «direito adquirido», referido no n.º 74 do acórdão recorrido. Ora, se esse «direito adquirido» devesse ser entendido como um direito adquirido na aceção do direito da União, o Tribunal Geral teria cometido um erro de direito. Com efeito, tal direito só podia ser reconhecido em aplicação do princípio da proteção da confiança legítima e, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o benefício dessa proteção está, em princípio, excluído no que diz respeito aos auxílios concedidos em violação da obrigação de notificação prevista no artigo 108.º, n.º 3, TFUE.

35 Em terceiro lugar, com base nessa mesma observação, a Comissão alega que, no caso de, por «direito adquirido», o Tribunal Geral ter pretendido referir um direito adquirido na aceção do direito nacional, cometeu também um erro de direito, uma vez que o benefício de um direito adquirido é, igualmente nas circunstâncias do caso em apreço, também contrário à jurisprudência que exclui, no caso dos auxílios concedidos em violação do artigo 108.º, n.º 3, o benefício desse direito.

36 O n.º 1 da parte decisória do acórdão recorrido deve, por conseguinte, ser anulado e, uma vez que a HBH não é um beneficiário efetivo do regime de auxílio em causa, o recurso em primeira instância deve ser julgado inadmissível.

37 A HBH e a República Federal da Alemanha alegam que o recurso subordinado não tem fundamento.

Apreciação do Tribunal de Justiça

38 Nos termos do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE, qualquer pessoa singular ou coletiva pode interpor, nas condições previstas nos primeiro e segundo parágrafos desse artigo, recursos contra os atos de que seja destinatária ou que lhe digam direta e individualmente respeito, bem como contra os atos regulamentares que lhe digam diretamente respeito e não necessitem de medidas de execução.

39 No caso em apreço, por um lado, é pacífico que, como o Tribunal Geral salientou no n.º 57 do acórdão recorrido, a decisão controvertida tem como única destinatária a República Federal da Alemanha. Por outro, como resulta dos n.os 58 a 79 desse acórdão, foi por considerar que essa decisão dizia direta e individualmente respeito à HBH, e, por conseguinte, em virtude da segunda situação prevista nessa disposição, que o Tribunal Geral declarou que a HBH tinha legitimidade para agir.

40 Na primeira parte do seu fundamento único, a Comissão alega, em substância, que nos n.os 62, 63, 70 e 74 a 77 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao apreciar esse requisito de admissibilidade do recurso da HBH à luz da situação fáctica e jurídica desta última, quando o único critério pertinente teria sido o de saber se aquela era um beneficiário efetivo ou potencial do regime de auxílios em causa.

41 Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, qualquer pessoa que não o destinatário de uma decisão só pode ser individualmente afetada se essa decisão lhe disser respeito em razão de determinadas qualidades que lhe são particulares ou de uma situação de facto que a caracterize em relação a qualquer outra pessoa e, por esse facto, a individualize de modo análogo ao do destinatário (Acórdãos de 15 de julho de 1963, Plaumann/Comissão, 25/62, EU:C:1963:17, p. 223, e de 27 de fevereiro de 2014, Stichting Woonpunt e o./Comissão, C?132/12 P, EU:C:2014:100, n.º 57).

42 A possibilidade de determinar, com maior ou menor precisão, o número ou mesmo a identidade dos sujeitos de direito a quem se aplica uma medida não implica de modo nenhum que se deva considerar que essa medida lhes diz individualmente respeito, desde que essa aplicação seja efetuada devido a uma situação objetiva de direito ou de facto definida pelo ato em causa (Acórdãos de 16 de março de 1978, Unicme e o./Conselho, 123/77, EU:C:1978:73, n.º 16, e de 19 de dezembro de 2013, Telefónica/Comissão, C?274/12 P, EU:C:2013:852, n.º 47 e jurisprudência referida).

43 Assim, o Tribunal de Justiça considerou que uma empresa não pode, em princípio, impugnar uma decisão da Comissão que proíbe um regime de auxílios setorial se essa decisão apenas lhe diz respeito em virtude de pertencer ao setor em questão e da sua qualidade de potencial beneficiário do referido regime. Com efeito, esta decisão apresenta-se, em relação a essa empresa, como uma medida de alcance geral que se aplica a situações determinadas objetivamente e que comporta efeitos jurídicos em relação a uma categoria de pessoas consideradas de modo geral e abstrato (Acórdãos de 19 de outubro de 2000, Itália e Sardenha Lines/Comissão, C?15/98 e C?105/99, EU:C:2000:570, n.º 33 e jurisprudência referida, e de 19 de dezembro de 2013, Telefónica/Comissão, C?274/12 P, EU:C:2013:852, n.º 49).

44 Em contrapartida, quando a decisão afeta um grupo de pessoas que estavam identificadas ou eram identificáveis no momento em que o ato foi adotado, em função de critérios próprios aos

membros do grupo, esse ato pode dizer individualmente respeito a essas pessoas na medida em que fazem parte de um círculo restrito de operadores económicos (Acórdãos de 13 de março de 2008, Comissão/Infront WM, C?125/06 P, EU:C:2008:159, n.º 71 e jurisprudência referida, e de 27 de fevereiro de 2014, Stichting Woonpunt e o./Comissão, C?132/12 P, EU:C:2014:100, n.º 59).

45 Assim, os beneficiários efetivos de auxílios individuais concedidos ao abrigo de um regime de auxílios cuja recuperação tenha sido ordenada pela Comissão são, por este motivo, individualmente afetados na aceção do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE (v., neste sentido, Acórdão de 19 de outubro de 2000, Itália e Sardegna Lines/Comissão, C?15/98 e C?105/99, EU:C:2000:570, n.os 34 e 35; v., igualmente, Acórdão de 9 de junho de 2011, Comitato «Venezia vuole vivere» e o./Comissão, C?71/09 P, C?73/09 P e C?76/09 P, EU:C:2011:368, n.º 53).

46 Na verdade, como a Comissão alega, decorre dessa jurisprudência que o Tribunal de Justiça, por um lado, reconhece que uma decisão da Comissão que declara um regime de auxílios incompatível com o mercado interno e que ordena a sua recuperação diz individualmente respeito aos beneficiários efetivos de auxílios individuais concedidos e, por outro, exclui que se possa considerar que uma decisão diz individualmente respeito a um recorrente pelo mero facto de este ser um beneficiário potencial desse regime. Todavia, não se pode deduzir, como pretende a Comissão, que, quando esteja em causa uma decisão desta última que declara um regime de auxílios incompatível com o mercado interno, o único critério pertinente para apreciar se uma decisão diz individualmente respeito a um recorrente, na aceção do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE, reside no facto de saber se esse recorrente é um beneficiário efetivo ou um beneficiário potencial de um auxílio concedido nos termos desse regime.

47 Com efeito, como salientou, em substância, o advogado-geral nos n.os 57, 59, 67 e 68 das suas conclusões, a jurisprudência recordada nos n.os 43 e 45 do presente acórdão, desenvolvida no contexto específico dos auxílios de Estado, é apenas uma expressão particular do critério jurídico pertinente para efeitos da apreciação da afetação individual, para efeitos do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE, que resultou do Acórdão de 15 de julho de 1963, Plaumann/Comissão (25/62, EU:C:1963:17). Segundo este acórdão, um recorrente é individualmente afetado por uma decisão destinada a outra pessoa quando essa decisão o atinge em razão de determinadas qualidades que lhe são particulares ou por uma situação de facto que o caracteriza relativamente a qualquer outra pessoa (v., igualmente, no domínio dos auxílios de Estado, Acórdãos de 19 de outubro de 2000, Itália e Sardenha Lines/Comissão, C?15/98 e C?105/99, EU:C:2000:570, n.º 32, e de 9 de junho de 2011, Comitato «Venezia vuole vivere» e o./Comissão, C?71/09 P, C?73/09 P e C?76/09 P, EU:C:2011:368, n.º 52, bem como, noutros domínios, Acórdãos de 17 de janeiro de 1985, Piraiki Patraiki e o./Comissão, 11/82, EU:C:1985:18, n.os 11, 19 e 31, e de 13 de março de 2018, European Union Copper Task Force/Comissão, C?384/16 P, EU:C:2018:176, n.º 93).

48 Por conseguinte, o facto de um recorrente poder fazer ou não parte da categoria dos beneficiários efetivos ou dos beneficiários potenciais de um auxílio individual concedido ao abrigo de um regime de auxílios declarado incompatível com o mercado interno por uma decisão da Comissão não pode ser decisivo para determinar se essa decisão diz individualmente respeito a esse recorrente quando se demonstre, em qualquer dos casos, que o referido recorrente é, além disso, afetado pela decisão devido a certas qualidades que lhe são particulares ou por uma situação de facto que o caracteriza relativamente a qualquer outra pessoa.

49 Resulta do exposto que o Tribunal Geral não cometeu nenhum erro de direito quando, após ter recordado, nos n.os 60 a 62 do acórdão recorrido, a jurisprudência exposta nos n.os 41 a 44 do presente acórdão, se dedicou, no n.º 63 do acórdão recorrido, a «verificar se, em face da sua situação de facto e de direito, se deve considerar que a decisão [controvertida] diz individualmente respeito à [HBH]».

50 Daqui resulta, por outro lado, que foi também sem cometer qualquer erro de direito que, nos n.os 62, 70 e 74 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral, em apoio da sua análise, se baseou nos acórdãos identificados no n.º 32 do presente acórdão, uma vez que representam casos de aplicação do critério da afetação individual resultante do Acórdão de 15 de julho de 1963, Plaumann/Comissão (25/62, EU:C:1963:17), num contexto em que, como no caso em apreço, não era pertinente o recurso à expressão específica dessa jurisprudência, sob a forma de uma distinção entre os beneficiários efetivos e potenciais beneficiários de um auxílio individual concedido ao abrigo de um regime de auxílios declarado incompatível com o mercado interno.

51 Do mesmo modo, o Tribunal Geral também não cometeu nenhum erro de direito ao afastar, nos n.os 75 e 76 do acórdão recorrido, a argumentação da Comissão segundo a qual só uma vantagem efetivamente concedida através de recursos do Estado podia demonstrar que a HBH era individualmente afetada com base no Acórdão de 9 de junho de 2011, Comitato «Venezia vuole vivere» e o./Comissão (C-71/09 P, C-73/09 P e C-76/09 P, EU:C:2011:368). Com efeito, como já se constatou no n.º 47 do presente acórdão, para demonstrar que uma decisão da Comissão que declara um regime de auxílios incompatível com o mercado interno diz individualmente respeito a um recorrente, nos termos do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE, o critério pertinente é o de saber se o recorrente é afetado por essa decisão devido a certas qualidades que lhe são particulares ou por uma situação de facto que o caracteriza relativamente a qualquer outra pessoa, o que o Tribunal Geral aliás, justamente, recordou no n.º 76 do acórdão recorrido.

52 Por conseguinte, a primeira parte do fundamento único do recurso subordinado deve ser julgada improcedente, por falta de mérito.

53 Quanto à segunda e terceira partes desse fundamento único, há que recordar que, através delas, a Comissão alega que o Tribunal Geral, no n.º 74 do acórdão recorrido, cometeu um erro de direito ao declarar que a HBH era individualmente afetada, uma vez que essa sociedade teria um «direito adquirido» a beneficiar de um auxílio em aplicação da medida controvertida.

54 A este respeito, importa salientar que, nesse n.º 74, o Tribunal Geral expôs, designadamente, que «na presente lide [...] se verificou que, em razão das especificidades da lei fiscal alemã, a recorrente beneficiava de um direito adquirido a uma economia de imposto, certificado pelas autoridades fiscais alemãs [...], circunstância [...] que a diferencia dos outros operadores que só são afetados como potenciais beneficiários da medida controvertida», remetendo a este respeito para o n.º 68 do mesmo acórdão.

55 Nesse n.º 68, o Tribunal Geral concluiu que as circunstâncias que tinha identificado nos n.os 66 e 67 desse acórdão como características da situação factual e jurídica da HBH na aceção do Acórdão de 15 de julho de 1963, Plaumann/Comissão (25/62, EU:C:1963:17), tinham sido certificadas pela Administração Fiscal alemã, em especial através da informação vinculativa. Essas circunstâncias consistiam, por um lado, no facto de que, antes do início do procedimento formal de investigação por parte da Comissão, a HBH dispunha de um direito de reportar os seus prejuízos nos termos da regulamentação alemã, uma vez que estavam preenchidos os requisitos previstos pela cláusula de reestruturação e, por outro, o facto de que, durante o ano de 2009, a HBH tinha auferido rendimentos tributáveis aos quais poderia deduzir os prejuízos reportados nos termos da cláusula de reestruturação.

56 Daí deduziu, no n.º 69 do acórdão recorrido, que, «de acordo com a regulamentação alemã, era certo que, no momento do encerramento do exercício fiscal de 2009, a [HBH] teria realizado uma economia de imposto, que, aliás, podia quantificar com precisão», uma vez que «as autoridades alemãs[, ao] não disporem de margem de apreciação quanto à aplicação da medida controvertida, a realização dessa economia de imposto, através do pagamento de um imposto reduzido, era apenas uma questão de tempo, por força das regras de aplicação do regime fiscal». Nesse mesmo n.º 69, constatou que, por conseguinte, a HBH «dispunha[...] de um direito adquirido, certificado pelas autoridades alemãs antes da adoção da decisão de abertura e, mais tarde, da decisão [controvertida], à aplicação dessa economia de imposto, que, na falta dessas decisões, se teria concretizado com a emissão de um aviso de liquidação que autorizasse o reporte dos prejuízos e a sua consequente inscrição no seu balanço» e que «era facilmente identificável pelas autoridades fiscais alemãs e pela Comissão».

57 No n.º 70 do acórdão recorrido, concluiu que a HBH «não pode unicamente ser considerada uma empresa a que a decisão [controvertida] diz respeito pela sua pertença ao setor em causa e pela sua qualidade de beneficiário potencial, antes pelo contrário, deve ser considerada parte de um círculo fechado de operadores económicos, que já estavam identificados ou pelo menos eram facilmente identificáveis no momento da adoção da decisão [controvertida], na aceção do Acórdão [de 15 de julho de 1963, Plaumann/Comissão (25/62, EU:C:1963:17)]».

58 Resulta, assim, de uma leitura das passagens pertinentes do acórdão recorrido que a utilização, pelo Tribunal Geral, no n.º 74, dos termos «direito adquirido» se destinava unicamente a remeter de forma sucinta para a situação factual e jurídica especial da HBH, que permite considerar que a decisão controvertida lhe diz individualmente respeito na aceção do Acórdão de 15 de julho de 1963, Plaumann/Comissão (25/62, EU:C:1963:17).

59 Uma vez que a segunda e a terceira partes do fundamento único do recurso subordinado assentam numa leitura errada do acórdão recorrido, devem ser afastadas por não fundadas e, por conseguinte, deve ser negado provimento ao recurso subordinado na totalidade.

Quanto ao recurso principal

60 Em apoio do seu recurso, a HBH invoca dois fundamentos, o primeiro, baseado no incumprimento do dever de fundamentação que incumbe ao Tribunal Geral, e o segundo, baseado na violação do artigo 107.º TFUE. Há que começar por examinar este segundo fundamento.

Argumentos das partes

61 No seu segundo fundamento, a HBH alega, em primeiro lugar, que o Tribunal Geral violou o artigo 107.º TFUE na medida em que, ao confirmar a posição da Comissão segundo a qual a

regra da não dedução dos prejuízos constitui o quadro de referência pertinente no caso em apreço, determinou esse quadro de referência de forma errónea. Nos n.os 103 e 106 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral, num primeiro momento, identificou corretamente o regime fiscal geral, a saber, a regra do reporte dos prejuízos. Todavia, é a regra da não dedução dos prejuízos prevista no § 8c), n.º 1, da KStG, e, por conseguinte, a exceção a esse regime geral, que considerou constituir o regime fiscal comum ou normal pertinente para efeitos da análise dos requisitos da seletividade. Não tomou em consideração, erradamente, a regra do reporte dos prejuízos. Ao qualificar como «quadro de referência» uma exceção ao regime fiscal geral, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ou, pelo menos, desvirtuou os elementos de prova que lhe foram submetidos ou o direito nacional.

62 Consubstancia também um erro de direito o facto de determinar o regime fiscal geral ou normal operando uma síntese da regra de princípio e de exceção, tanto mais que as regras cuja síntese foi efetuada pelo Tribunal Geral no n.º 104 do acórdão recorrido não se situam no mesmo plano normativo, constituindo a regra do reporte dos prejuízos a expressão do princípio constitucional da tributação segundo a capacidade contributiva.

63 Além disso, resulta dos n.os 104 e 107 do acórdão recorrido que o Tribunal Geral, no momento da identificação do quadro de referência, também «equiparou» a primeira e segunda etapas da análise do requisito relativo à seletividade e aplicou assim a jurisprudência de forma errada.

64 Em segundo lugar, o Tribunal violou o artigo 107.º TFUE na sua análise da natureza, a *priori*, seletiva da medida controvertida. Por um lado, cometeu um erro de direito ao considerar que a situação factual e jurídica das empresas que carecem de reestruturação e a situação das empresas sãs era comparável. Em especial, o objetivo, prosseguido por qualquer disposição fiscal, de gerar receitas fiscais não é suficiente para dar origem à natureza comparável das situações dos operadores afetados.

65 Por outro lado, a cláusula de reestruturação é efetivamente uma medida geral. O n.º 141 do acórdão recorrido contraria a jurisprudência segundo a qual o único elemento pertinente em relação à apreciação da natureza geral de uma medida é saber se ela se aplica independentemente da natureza ou do objeto da atividade da empresa ou se a sua aplicação exige que a empresa modifique a sua atividade.

66 Em terceiro lugar, a HBH entendeu que o Tribunal Geral violou o artigo 107.º TFUE ao rejeitar a justificação da cláusula de reestruturação. Nos n.os 158 a 160 e 164 a 166 do acórdão recorrido, declarou, erradamente, que o objetivo dessa cláusula é favorecer a reestruturação das empresas em dificuldade e concluiu que esse objetivo é externo ao sistema fiscal. Nos n.os 166 a 170 desse acórdão, rejeitou, igualmente de forma errada, a justificação relativa ao princípio da tributação segundo a capacidade contributiva.

67 Por outro lado, a HBH alega que o segundo fundamento do seu recurso é de facto admissível, uma vez que apenas suscita questões de direito. Em especial, não diz respeito à apreciação de factos, mas à aplicação de critérios errados para determinar o quadro de referência e à qualificação jurídica que foi dada aos factos pelo Tribunal Geral, o que se inscreve no âmbito da fiscalização do Tribunal de Justiça em sede de recurso.

68 A Comissão alega, a título principal, que esse segundo fundamento é inadmissível. Entende que a sua primeira e segunda partes versam sobre a verificação do direito nacional e, como tal, questões de facto. Em todo o caso, dado que, com a primeira parte desse fundamento, a HBH critica o Tribunal Geral por ter determinado o quadro de referência tendo em conta uma regulamentação aplicável unicamente a um determinado grupo de empresas, essa parte do

fundamento assenta numa leitura errada dos n.os 103 a 109 do acórdão recorrido. No entender da Comissão, resulta que o Tribunal Geral se limitou a identificar o direito aplicável a todas as empresas, na medida em que são a identidade e a continuidade económicas que constituem o elemento determinante para a questão do reporte dos prejuízos, que são questões de facto.

69 Para a Comissão, a segunda parte do primeiro fundamento é igualmente inadmissível. Por um lado, a questão da comparabilidade da situação dos operadores económicos e a da identificação do objetivo relevante a esse respeito são questões de facto. Por outro lado, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao declarar admissível a argumentação que lhe foi apresentada pela HBH relativa à qualificação da medida controvertida como medida geral, uma vez que não pode ser considerada uma ampliação da primeira parte do primeiro fundamento então invocado perante si.

70 A título subsidiário, a Comissão afirma que o segundo fundamento é infundado. Em primeiro lugar, a tese defendida pela HBH quanto à definição do quadro de referência não é sustentada nem pela lei alemã em causa nem pelos articulados apresentados ao Tribunal Geral. Além disso, o próprio legislador alemão definiu a regra da não dedução dos prejuízos no sentido de constituir a nova regra de base. Por conseguinte, o Tribunal Geral não cometeu qualquer erro ao demonstrar que, na sequência da introdução do § 8c, n.º 1, da KStG, a supressão do reporte dos prejuízos no caso de aquisição de participação prejudicial constitui a nova regra de princípio do direito fiscal alemão.

71 Em segundo lugar, a argumentação da HBH relativa à alegada falta de comparabilidade da situação dos operadores económicos em causa decorre de uma má compreensão do acórdão recorrido. Por um lado, do ponto de vista da alteração da identidade económica, não existe diferença entre as empresas que carecem de uma reestruturação e as que não carecem.

72 Por outro lado, a cláusula de reestruturação não é uma medida geral, mas uma medida seletiva. A este respeito, o Acórdão de 7 de novembro de 2014, *Autogrill España/Comissão* (T-219/10, EU:T:2014:939), não pode utilmente sustentar a posição da HBH.

73 Em terceiro lugar, a Comissão acrescenta que o Tribunal Geral demonstrou corretamente, no exercício da sua apreciação soberana dos factos, que a cláusula de reestruturação tem por objetivo auxiliar as empresas em dificuldade. Em todo o caso, o argumento segundo o qual essa cláusula tem por objetivo impedir uma tributação excessiva é inoperante, uma vez que o Tribunal Geral, nos n.os 167 a 173 do acórdão recorrido, declarou que está excluída a justificação dessa medida, mesmo admitindo esse objetivo. Além disso, o Tribunal Geral afastou igualmente, com razão, os argumentos do direito constitucional alemão e os lucros fictícios.

74 A República Federal da Alemanha alega que o Tribunal Geral, tal como a Comissão, cometeu um erro de direito na determinação do quadro de referência. Ao remeter para os Acórdãos de 15 de novembro de 2011, *Comissão e Espanha/Government of Gibraltar e Reino Unido* (C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732), e de 21 de dezembro de 2016, *Comissão/World Duty Free Group e o.* (C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981), esse Estado-Membro salienta que, para qualificar uma medida de «seletiva», a Comissão deve, desde logo, identificar o regime fiscal normal aplicável no Estado-Membro em causa e, em seguida, demonstrar que a medida examinada estabelece diferenciações entre empresas que, tendo em conta o objetivo prosseguido por esse regime, estão numa situação factual e jurídica comparável. Para este efeito, a República Federal da Alemanha considera que não pode ser escolhida uma abordagem baseada unicamente na técnica regulamentar.

75 Ora, no caso em apreço, a abordagem da Comissão baseou-se unicamente na técnica regulamentar e o Tribunal Geral, ao não a colocar em causa apesar de esta ser contrária à

jurisprudência do Tribunal de Justiça, cometeu um erro de direito. Assim, no acórdão recorrido, constatou corretamente o conteúdo e o alcance das disposições fiscais pertinentes, mas atribuiu-lhes uma qualificação jurídica errada.

Apreciação do Tribunal de Justiça

76 Na primeira parte do seu segundo fundamento, a HBH, apoiada pela República Federal da Alemanha, alega, em substância, que o Tribunal Geral, nos n.os 103 a 107 do acórdão recorrido, determinou de forma errada o quadro de referência no qual o carácter seletivo da medida controvertida devia ser examinado.

77 Uma vez que a Comissão contestou a admissibilidade dessa primeira parte por esta não dizer respeito a questões de facto, há que recordar que, na verdade, a apreciação dos factos e dos elementos de prova não constitui, assim, exceto em caso de desvirtuação desses factos e desses elementos de prova, uma questão de direito sujeito, como tal, à fiscalização do Tribunal de Justiça no âmbito de um recurso de uma decisão do Tribunal Geral. Todavia, quando o Tribunal Geral tiver apurado ou apreciado os factos, o Tribunal de Justiça é competente, por força do artigo 256.º TFUE, para fiscalizar a qualificação jurídica desses factos e as consequências jurídicas daí extraídas (Acórdãos de 3 de abril de 2014, França/Comissão, C-559/12 P, EU:C:2014:217, n.º 78 e jurisprudência referida, e de 20 de dezembro de 2017, Comunidad Autónoma del País Vasco e o./Comissão, C-66/16 P a C-69/16 P, EU:C:2017:999, n.º 97).

78 Assim, no que diz respeito ao exame, no âmbito de um recurso, das apreciações do Tribunal Geral à luz do direito nacional, que, no domínio dos auxílios de Estado, constituem apreciações de facto, o Tribunal de Justiça só é competente para verificar se houve uma desvirtuação deste direito (v., neste sentido, Acórdãos de 3 de abril de 2014, França/Comissão, C-559/12 P, EU:C:2014:217, n.º 79 e jurisprudência referida, e de 20 de dezembro de 2017, Comunidad Autónoma del País Vasco e o./Comissão, C-66/16 P a C-69/16 P, EU:C:2017:999, n.º 98). Em contrapartida, a apreciação, no âmbito de um recurso, da qualificação jurídica ao abrigo de uma disposição do direito da União que foi dada a esse direito nacional pelo Tribunal Geral constitui uma questão de direito, que é da competência do Tribunal de Justiça (v., neste sentido, Acórdãos de 3 de abril de 2014, França/Comissão, C-559/12 P, EU:C:2014:217, n.º 83, e de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck, C-524/14 P, EU:C:2016:971, n.os 61 a 63).

79 No caso em apreço, há que reconhecer que, com a referida primeira parte, a HBH não contesta o conteúdo ou o alcance do direito nacional como entendidos pelo Tribunal Geral, mas a qualificação de «quadro de referência» que este, tal como a Comissão na decisão controvertida, atribuiu à regra da não dedução dos prejuízos.

80 Ora, o conceito de «quadro de referência» refere-se à primeira etapa da análise do requisito relativo à seletividade da vantagem que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, é constitutiva do conceito de «auxílio de Estado» na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE (Acórdãos de 15 de novembro de 2011, Comissão e Espanha/Government of Gibraltar e Reino Unido, C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732, n.º 74 e jurisprudência referida, e de 21 de dezembro de 2016, Comissão/World Duty Free Group e o., C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981, n.º 54).

81 Uma vez que a argumentação da HBH visa pôr em causa a qualificação jurídica dos factos operada pelo Tribunal Geral, a primeira parte do segundo fundamento do recurso é admissível.

82 Quanto ao mérito, há que recordar que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a qualificação de uma medida nacional como «auxílio de Estado», para efeitos do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, exige que todos os seguintes requisitos estejam preenchidos. Em primeiro

lugar, deve tratar-se de uma intervenção do Estado ou através de recursos estatais. Em segundo lugar, essa intervenção deve ser suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros. Em terceiro lugar, deve conceder uma vantagem seletiva ao seu beneficiário. Em quarto lugar, deve falsear ou ameaçar falsear a concorrência (Acórdãos de 10 de junho de 2016, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo* C-140/09, EU:C:2010:335, n.º 31 e jurisprudência referida, e de 21 de dezembro de 2016, *Comissão/World Duty Free Group e o.*, C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981, n.º 53).

83 No que respeita ao requisito da seletividade da vantagem, resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que a apreciação deste requisito impõe determinar se, no quadro de um dado regime jurídico, a medida nacional em causa é suscetível de favorecer «certas empresas ou certas produções» em relação a outras, que se encontrem, à luz do objetivo prosseguido por esse regime, em situação factual e jurídica comparável e que estão sujeitas a um tratamento diferenciado que pode, em substância, ser qualificado de discriminatório (v., nomeadamente, Acórdão de 21 de dezembro de 2016, *Comissão/World Duty Free Group e o.*, C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981, n.º 54 e jurisprudência referida).

84 Por outro lado, quando a medida em causa é considerada um regime de auxílio e não um auxílio individual, cabe à Comissão demonstrar que esta medida, ainda que preveja uma vantagem de alcance geral, confere o seu benefício exclusivo a certas empresas ou a certos setores de atividade (Acórdão de 21 de dezembro de 2016, *Comissão/World Duty Free Group e o.*, C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981, n.º 55 e jurisprudência referida).

85 No tocante, em especial, às medidas nacionais que conferem um benefício fiscal, há que recordar que uma medida desta natureza que, embora não inclua uma transferência de recursos do Estado, coloca os beneficiários numa situação mais favorável do que a dos outros contribuintes é suscetível de proporcionar uma vantagem seletiva aos beneficiários e constitui, por conseguinte, um auxílio estatal no sentido do artigo 107.º, n.º 1, TFUE. Em contrapartida, não constitui auxílio no sentido desta disposição, um benefício fiscal que resulta de uma medida geral indistintamente aplicável a todos os operadores económicos (v., neste sentido, Acórdão de 15 de novembro de 2011, *Comissão e Espanha/Governo de Gibraltar e Reino Unido*, C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732, n.os 72 e 73 e jurisprudência referida; v., igualmente, Acórdão de 21 de dezembro de 2016, *Comissão/World Duty Free Group e o.*, C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981, n.º 56).

86 Neste contexto, para qualificar uma medida fiscal nacional de «seletiva», a Comissão deve identificar, num primeiro momento, o regime fiscal comum ou «normal» aplicável no Estado-Membro em causa e demonstrar, num segundo momento, que a medida fiscal em causa derroga o referido regime comum, na medida em que introduz diferenciações entre operadores económicos que se encontram, à luz do objetivo prosseguido por esse regime comum, numa situação factual e jurídica comparável (Acórdão de 21 de dezembro de 2016, *Comissão/World Duty Free Group e o.*, C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981, n.º 57, e jurisprudência referida).

87 Contudo, o conceito de «auxílio estatal» não abrange as medidas que estabelecem uma diferenciação entre empresas que se encontram, à luz do objetivo prosseguido pelo regime jurídico em causa, numa situação factual e jurídica comparável e, por conseguinte, *a priori*, seletivas, quando o Estado-Membro em causa conseguir demonstrar que esta diferenciação é justificada, uma vez que resulta da natureza ou da estrutura do sistema em que as referidas medidas se inserem (v., neste sentido, Acórdãos de 6 de setembro de 2006, Portugal/Comissão, C?88/03, EU:C:2006:511, n.º 52; v., igualmente, Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/World Duty Free Group e o., C?20/15 P e C?21/15 P, EU:C:2016:981, n.º 58 e jurisprudência referida).

88 A apreciação do requisito relativo à seletividade implica, portanto, em princípio, determinar, em primeiro lugar, o quadro de referência no qual se insere a medida em causa, revestindo esta determinação uma 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» (v., neste sentido, Acórdãos de 6 de setembro de 2006, Portugal/Comissão, C?88/03, EU:C:2006:511, n.º 56 e de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck, C?524/14 P, EU:C:2016:971, n.º 55).

89 Assim, a determinação do conjunto das empresas que se encontram numa situação factual e jurídica comparável depende da definição prévia do regime jurídico à luz de cujo objetivo deve ser examinada, se for o caso, a comparabilidade da situação factual e jurídica respetiva das empresas beneficiadas pela medida em causa e das que não o são (Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck, C?524/14 P, EU:C:2016:971, n.º 60).

90 Todavia, a qualificação de um sistema fiscal de «seletivo» não está sujeita ao facto de este ser concebido de modo a que as empresas que beneficiem eventualmente de uma vantagem de natureza seletiva sejam, regra geral, sujeitas à mesma carga fiscal que as restantes empresas, mas beneficiem de regras derogatórias, de modo que a vantagem seletiva pode ser identificada como sendo a diferença entre a carga fiscal normal e a suportada por estas primeiras empresas (Acórdão de 15 de novembro de 2011, Comissão e Espanha/Government of Gibraltar e Reino Unido, C?106/09 P e C?107/09, EU:C:2011:732, n.º 91).

91 Com efeito, esta interpretação do critério de seletividade pressupõe que um regime fiscal, para poder ser qualificado de «seletivo», seja concebido segundo uma determinada técnica regulamentar, o que teria como consequência permitir que normas fiscais nacionais deixem de estar sujeitas, desde logo, ao controlo em matéria de auxílios de Estado pelo simples facto de resultarem de outra técnica regulamentar, apesar de provocarem, de direito e/ou de facto, os mesmos efeitos. Em contrapartida, é jurisprudência constante que o artigo 107.º, n.º 1, TFUE não faz distinções consoante as causas ou os objetivos das intervenções estatais, antes definindo essas intervenções em função dos respetivos efeitos e, por conseguinte, independentemente das técnicas utilizadas (Acórdão de 15 de novembro de 2011, Comissão e Espanha/Government of Gibraltar e Reino Unido, C?106/09 P e C?107/09 P, EU:C:2011:732, n.º 87 e jurisprudência referida).

92 Embora, em conformidade com essa jurisprudência, o recurso a uma determinada técnica regulamentar não possa permitir que regras fiscais nacionais escapem ao controlo previsto pelo Tratado FUE em matéria de auxílios de Estado, também não basta o recurso à técnica regulamentar utilizada para definir o quadro de referência pertinente para efeitos de análise do requisito relativo à seletividade, salvo para privilegiar de forma decisiva a forma das intervenções estaduais nos seus efeitos. Assim, como salientou igualmente, em substância, o advogado-geral, no n.º 108 das conclusões, a técnica regulamentar utilizada não pode ser um elemento decisivo para efeitos da determinação do quadro de referência.

93 Como tal, decorre ainda dessa mesma jurisprudência que, embora, para efeitos de demonstrar a seletividade de uma medida fiscal, a técnica regulamentar utilizada não seja decisiva, de modo que nem sempre é necessário que esta tenha um carácter derogatório em relação a um regime fiscal comum, a circunstância de esta apresentar esse carácter é absolutamente pertinente para esse efeito quando daí decorre que duas categorias de operadores são distinguidas e são, *a priori*, objeto de um tratamento diferenciado, a saber, os abrangidos pela medida derogatória e os que continuam a ser abrangidos pelo regime fiscal comum, mesmo quando essas duas categorias se encontram numa situação comparável à luz do objetivo prosseguido pelo referido regime (v., neste sentido, Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/World Duty Free Group e o., C?20/15 P e C?21/15 P, EU:C:2016:981, n.º 77).

94 Além disso, cabe recordar que o facto de apenas os contribuintes que preenchem os requisitos de aplicação de uma medida poderem beneficiar dela não pode, por si só, conferir um carácter seletivo a essa medida (Acórdãos de 29 de março de 2012, 3M Italia, C?417/10, EU:C:2012:184, n.º 42, e de 21 de dezembro de 2016, Comissão/World Duty Free Group e o., C?20/15 P e C?21/15 P, EU:C:2016:981, n.º 59).

95 É à luz destas considerações que há que analisar se, como defendem a HBH e a República Federal da Alemanha, o Tribunal Geral, no caso em apreço, violou o artigo 107.º, n.º 1, TFUE, conforme interpretado pelo Tribunal de Justiça, ao declarar que a Comissão não cometeu nenhum erro quando considerou que o quadro de referência pertinente para apreciar o carácter seletivo da medida controvertida era constituído apenas pela regra de não dedução dos prejuízos.

96 A este respeito, importa salientar que, no n.º 103 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral recordou que «na decisão [controvertida], a Comissão definiu [...] a regra da não dedução dos prejuízos como a regra geral à luz da qual se devia analisar se as empresas em situação factual e jurídica comparável eram diferenciadas, ao passo que a [HBH] remete para a regra mais geral do reporte de prejuízos, aplicável a toda a tributação».

97 Recordou igualmente, no n.º 104 desse acórdão, que «a regra do reporte de prejuízos constitui uma faculdade de que beneficiam todas as sociedades na aplicação do imposto sobre as sociedades e, por outro, que a regra da não dedução dos prejuízos limita essa faculdade na aquisição de uma participação igual ou superior a 25% do capital e a suprime na aquisição de uma participação superior a 50% do capital», afirmando em seguida que «[e]sta última regra se aplica, portanto, sistematicamente, a todos os casos de alteração do tecido acionista igual ou superior a 25% do capital, sem distinguir consoante a natureza ou as características das empresas em causa».

98 No n.º 105 do referido acórdão, o Tribunal Geral acrescentou que «[além disso], a cláusula de reestruturação está redigida sob a forma de exceção à regra da não dedução dos prejuízos e só se aplica às situações, bem definidas, que estejam sujeitas a esta última regra».

99 No n.º 106 do mesmo acórdão, deduziu que «não se pode deixar de observar que a regra da

não dedução dos prejuízos, à semelhança da regra do reporte de prejuízos, faz parte do quadro legal em que se insere a medida controvertida», que «[p]or outras palavras, o quadro legal relevante para o caso é composto pela regra geral do reporte de prejuízos, conforme limitado pela regra da não dedução dos prejuízos, e [que] é precisamente nesse quadro que se deve verificar se a medida controvertida introduz diferenciações entre operadores que se encontram numa situação de facto e de direito comparável».

100 No n.º 107 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral concluiu que «a Comissão não cometeu qualquer erro quando, declarando embora a existência de uma regra mais geral, a saber a do reporte de prejuízos, considerou que o quadro legislativo de referência instituído para apreciar o carácter seletivo da medida controvertida era constituído pela regra da não dedução dos prejuízos».

101 Como a HBH e a República Federal da Alemanha defendem, este raciocínio levou o Tribunal Geral a atribuir de forma errada apenas à regra da não dedução dos prejuízos a qualificação de quadro de referência para efeitos da jurisprudência relativa ao artigo 107.º, n.º 1, TFUE, excluindo desse quadro de referência a regra geral do reporte dos prejuízos.

102 Com efeito, resulta desse raciocínio que, embora o Tribunal Geral tenha constatado a existência de uma regra fiscal geral aplicável a todas as empresas sujeitas ao imposto sobre as sociedades, a saber, a regra do reporte de prejuízos, contudo, considerou que a Comissão não cometeu um erro ao considerar que o quadro de referência pertinente para efeitos de análise do carácter seletivo da medida controvertida era constituído apenas pela regra da não dedução dos prejuízos, apesar de que era pacífico que esta última era ela própria uma exceção à regra do reporte de prejuízos e de que a análise de conjunto do conteúdo destas disposições devia ter permitido constatar que a cláusula de reestruturação tinha por efeito criar uma situação abrangida pela regra geral do reporte de prejuízos.

103 Ora, como salientou igualmente, em substância, o advogado-geral no n.º 109 das conclusões, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, recordada nos n.os 90 a 93 do presente acórdão, que a seletividade de uma medida fiscal não pode ser justamente apreciada com base num quadro de referência constituído por algumas disposições artificialmente retiradas de um quadro legislativo mais alargado. Portanto, ao excluir do quadro de referência pertinente no caso em apreço a regra geral do reporte dos prejuízos, o Tribunal Geral definiu-o de forma manifestamente demasiado limitada.

104 Na medida em que, para chegar a essa conclusão, o Tribunal Geral se baseou no facto de a medida controvertida estar redigida sob a forma de uma exceção à regra da não dedução dos prejuízos, há que recordar que, como foi salientado no n.º 92 do presente acórdão, a técnica regulamentar utilizada não pode ser um elemento decisivo para efeitos da determinação do quadro de referência.

105 Além disso, nenhum argumento útil em apoio do acórdão recorrido pode ser retirado, no caso em apreço, do Acórdão de 18 de julho de 2013, P (C-6/12, EU:C:2013:525), uma vez que neste acórdão, o Tribunal de Justiça não se pronunciou sobre o que devia constituir o quadro de referência no processo que lhe foi submetido.

106 Resulta de todo o exposto que a primeira parte do segundo fundamento da HBH é procedente, sem ser necessário, a este respeito, examinar a segunda parte da argumentação apresentada em seu apoio. Importa igualmente salientar que é com base na sua apreciação, errónea em direito, segundo a qual a Comissão não cometeu nenhum erro quando demonstrou que o quadro de referência pertinente no caso em apreço para apreciar o carácter seletivo da medida controvertida era constituído apenas pela regra de não dedução dos prejuízos, que o Tribunal Geral analisou a sequência da argumentação que lhe foi apresentada pela HBH,

tendente a demonstrar, por um lado, a falta de caráter seletivo da medida controvertida e, por outro, a justificação da medida controvertida pela natureza e a estrutura do sistema fiscal.

107 Ora, como decorre da jurisprudência recordada nos n.os 83 e 86 a 89 do presente acórdão, um erro na determinação do quadro de referência com base no qual deve ser apreciado o caráter seletivo de uma medida vicia necessariamente o conjunto da análise do requisito relativo à seletividade. Nestas circunstâncias, há que dar provimento ao recurso e anular os n.os 2 e 3 do dispositivo do acórdão recorrido sem que seja necessário examinar a segunda e a terceira partes do segundo fundamento do presente recurso, nem o primeiro fundamento do mesmo.

Quanto ao recurso no Tribunal Geral

108 Em conformidade com o artigo 61.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, quando o Tribunal de Justiça anula a decisão do Tribunal Geral, pode decidir definitivamente o litígio, se este estiver em condições de ser julgado.

109 É o que acontece no caso em apreço. Neste contexto, basta referir que resulta dos motivos enunciados nos n.os 82 a 107 do presente acórdão que a primeira parte do primeiro fundamento do recurso da HBH no Tribunal Geral é procedente, na medida em que visa demonstrar que a Comissão cometeu um erro na determinação do quadro de referência pertinente para efeitos da apreciação do caráter seletivo da medida controvertida quando o definiu como sendo apenas constituído pela regra da não dedução dos prejuízos. Uma vez que o caráter seletivo da medida controvertida foi apreciado pela Comissão com base num quadro de referência determinado de forma errada, há que anular a decisão controvertida.

Quanto às despesas

110 Por força do disposto no artigo 184.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, se o recurso da decisão do Tribunal Geral for julgado improcedente ou for julgado procedente e o Tribunal de Justiça decidir definitivamente o litígio, decidirá igualmente sobre as despesas.

111 Em conformidade com o artigo 138.º, n.º 1, do mesmo regulamento, aplicável aos processos de recursos de decisões do Tribunal Geral por força do seu artigo 184.º, n.º 1, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido.

112 Tendo a Comissão sido vencida no recurso subordinado e no recurso principal, anulada a decisão controvertida e a HBH pedido a condenação da Comissão nas despesas, há que a condenar a suportar, além das suas próprias despesas, as despesas efetuadas pela HBH relativas quer ao processo em primeira instância quer no processo de recurso.

113 Por força do artigo 184.º, n.º 4, do Regulamento de Processo, um interveniente em primeira instância, quando não tenha ele próprio interposto o recurso da decisão do Tribunal Geral, só pode ser condenado nas despesas do processo de recurso se tiver participado na fase escrita ou oral do processo no Tribunal de Justiça. Quando participe no processo, o Tribunal de Justiça pode decidir que essa parte suporte as suas próprias despesas.

114 A República Federal da Alemanha, interveniente em primeira instância, que participou na fase oral do processo no Tribunal de Justiça, não pediu a condenação da Comissão nas despesas. Nestas circunstâncias, há que decidir que suportará as suas próprias despesas relativas ao processo de recurso.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Segunda Secção) decide:

- 1) **É negado provimento ao recurso subordinado.**
- 2) **São anulados os n.os 2 e 3 do dispositivo do Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 4 de fevereiro de 2016, Heitkamp BauHolding/Comissão (T-287/11, EU:T:2016:60).**
- 3) **É anulada a Decisão 2011/527/UE da Comissão, de 26 de janeiro de 2011, relativa ao auxílio estatal C-7/10 (ex CP 250/09 e NN 5/10) concedido pela Alemanha [ao abrigo do] Regime de reporte de prejuízos para efeitos fiscais no caso de reestruturação de empresas em dificuldades («Sanierungsklausel»).**
- 4) **A Comissão Europeia é condenada a suportar, além das suas próprias despesas, as despesas efetuadas por Dirk Andres, agindo na qualidade de administrador da insolvência da Heitkamp BauHolding GmbH, relativas ao processo em primeira instância e ao processo de recurso.**
- 5) **A República Federal da Alemanha suportará as suas próprias despesas relativas ao processo de recurso.**

Assinaturas

* Língua do processo: alemão