



BEATRIZ RIBEIRO FERNANDES

**APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA SELETIVIDADE AOS AUXÍLIOS DE
ESTADO FISCAIS: AS RECENTES DECISÕES DA COMISSÃO EUROPEIA
SOBRE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA**

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito na especialidade de
Direito Público

Orientador:

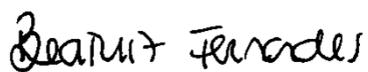
Doutor Lúcio Tomé Feteira, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova
de Lisboa

março de 2022

Declaração de Compromisso Anti-Plágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, 14 de março de 2022



Beatriz Ribeiro Fernandes

Aplicação do critério da seletividade aos auxílios de Estado fiscais: as recentes decisões da Comissão Europeia sobre preços de transferência

Declaração de Caracteres

Declaro que o corpo desta dissertação, incluindo espaços e notas de rodapé, ocupa um total de 199.485 caracteres.

Agradecimentos

Um agradecimento especial ao Professor Doutor Lúcio Tomé Feteira pela sua disponibilidade e orientação na realização deste trabalho.

*Aos meus Pais, a quem tudo devo.
À Família em que tive a sorte de nascer, particularmente aos mais benjamins – Jéssica, António, Guilherme, Carlota, Caetana e Gabriel – cuja presença na minha vida é sempre inspiração e força para que seja melhor por eles.
Ao Avô António que não acompanhado as minhas conquistas académicas fisicamente, acompanha e apoia-me de um lugar privilegiado.
À Avó Maria que sempre lutou e lutará comigo.
Aos meus Amigos que são fonte de apoio e coragem diários e a quem espero compensar toda a paciência e ajuda.*

Convenção de Leitura

Modo de Citar

Monografias: na primeira citação menciona-se o APELIDO e nome do autor, título completo da obra, local de publicação, editora e ano, páginas e parágrafos. Nas citações seguintes menciona-se apenas o APELIDO do autor, as primeiras palavras do título e as páginas ou parágrafos.

Documentos *online*: Nome do autor ou da organização que elaborou o documento, Título do documento, Disponível em (*link*).

Jurisprudência: Nome do tribunal que proferiu a decisão, Título do acórdão, número do processo, data e número CELEX (caso se trate de jurisprudência dos tribunais europeus).

Traduções

A generalidade dos textos em língua estrangeira encontra-se traduzidos para língua portuguesa, excetuando casos em que, por opção pessoal, se entendeu que o original refletia com mais exatidão o pensamento do autor.

Esta dissertação segue o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990, em vigor em Portugal desde 13 de maio de 2009.

Lista de Abreviaturas

- AdE: auxílios de Estado
- art.: artigo
- APPT: acordos prévios sobre preços de transferência
- CE: Comissão Europeia
- cf.: conforme
- EM: Estado(s)-Membro(s)
- n.º: número
- OCDE: Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
- p(p).: parágrafo(s)
- pág(s).: página(s)
- PI: propriedade intelectual
- TFUE: Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
- TG: Tribunal Geral
- TJ: Tribunal de Justiça
- UE: União Europeia

Resumo

Os anos mais recentes têm-se traduzido numa maior atividade por parte da Comissão Europeia na investigação de práticas por parte das administrações fiscais dos Estados-Membros suscetíveis de consubstanciar a atribuição de auxílios de Estado ilícitos nos termos do n.º 1 do artigo 107.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e que tenham como agentes beneficiários dessas medidas empresas pertencentes a grandes grupos multinacionais. A maior incidência de atuação sobre eventuais auxílios de Estado consubstanciados numa medida de caráter fiscal vem trazer desafios acrescidos à aplicação dos critérios que permitem concluir a existência desse auxílio, dada a complexidade técnica que uma medida fiscal comporta. Em particular, agudiza as dificuldades na definição do caráter seletivo da medida em causa. As práticas fiscais administrativas têm uma maior suscetibilidade em consubstanciar auxílios de Estado ilícitos na medida em que envolvem um determinado nível de discricionariedade na atuação das autoridades fiscais de cada Estado-Membro. Em particular, a Comissão tem dado relevância às medidas que têm como destinatários empresas integradas em grupos multinacionais que recorrem às autoridades administrativas com o objetivo de estabelecer as formas de cálculos das transações que realizam com outras empresas do mesmo grupo económico: os chamados, preços de transferência. Desta atividade investigatória, é possível destacar quatro casos que resultaram na adoção de decisões negativas por parte da Comissão e que também já foram objeto de decisão judicial por parte do Tribunal Geral: os casos *Fiat*, *Starbucks*, *Apple* e *Amazon*. A verificação da existência da seletividade feita pela Comissão nas decisões em causa não está isenta de críticas, sendo alegado que a mesma põe em causa o princípio da soberania fiscal dos Estados-Membros, assim como o da sua segurança jurídica. A análise por parte do Tribunal Geral apenas beneficiou a Comissão no caso *Fiat*; em todos os demais, não confirmou a decisão recorrida, por entender não existir vantagem, não tendo, por isso, sequer analisado a aplicação do critério da seletividade pela Comissão.

Palavras-chave: auxílios de Estado; auxílios de Estado fiscais; artigo 107.º TFUE; Comissão Europeia; critério da seletividade; práticas administrativas; preços de transferência; acordos prévios sobre preços de transferência; Fiat; Starbucks; Apple; Amazon.

Abstract

In recent years, the European Commission has been focusing a major part of its activity in the investigation of tax rulings issued by the Member-States' tax authorities susceptible of constituting unlawful State aid in accordance with the provisions of article 107/1 of the Treaty on the Functioning of the European Union and resulting in benefits to companies belonging to big multinational economic groups. This bigger focus on tax measures brings further the challenges to the application of the criteria to prove the existence of an aid, given the technical complexity inherent to tax measures. Specifically, it emphasizes the difficulties with the definition of the selective character of the measure under scrutiny. Tax rulings are more susceptible of being considerate State aid, as there is a certain level of discretionary involved in the making of those rules by the tax authorities of each Member-State. The European Commission has been paying more attention particularly to the rulings aimed at companies that are part of multinational groups and that turn to these authorities in order to establish the way of calculating transactions made with other companies part of their group: the so called "transfer prices". From these investigations, it is possible to point out four different cases that have already resulted in the adoption of negative decisions by the Commission and in judicial decisions by the General Court: *Fiat*, *Starbucks*, *Apple* and *Amazon*. The examination made by the Commission on the existence of a selectivity in those decisions is not exempt from criticism, being alleged that the Commission attacks the fiscal sovereignty of the Member-States, as well as their legal certainty. The General Court decisions only beneficiated the Commission in the *Fiat* case, given that in all the remaining it did not confirm the Commission's decision, concluding that there was no advantage, so there wasn't an examination of the application of the selectivity criterion by the Commission.

Keywords: State aid; fiscal State aid; article 107 TFEU; European Commission; criterion of selectivity; tax rulings; transfer prices; tax rulings on transfer prices; *Fiat*; *Starbucks*; *Apple*; *Amazon*.

Introdução

A matéria dos auxílios de Estado (AdE) é tema já há várias décadas tratado tanto a nível legislativo, como jurisprudencial. De facto, desde 1958 que os Estados-Membros (EM) da União Europeia (UE) têm, em regra, a obrigação de informar previamente a Comissão Europeia (CE ou Comissão) das suas medidas que sejam suscetíveis de constituir um AdE, tendo em contrapartida a Comissão de analisar e concluir sobre se as medidas notificadas revestem ou não a forma de AdE e, em caso de resposta positiva, averiguar sobre a sua compatibilidade com o mercado interno¹.

Ora, é do artigo 107.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) que é possível retirar as características que, sendo observadas, dão lugar à conclusão de que se está perante um auxílio de Estado incompatível com as normas do TFUE.

Entre esses critérios, encontra-se o da seletividade que, em grosso modo, consiste na suscetibilidade de uma determinada vantagem ser concedida apenas a uma determinada empresa (ou conjunto de empresas) pelo Estado. Entre os tipos de seletividade considerados, é pacífica a distinção entre seletividade geográfica e seletividade material, havendo ainda doutrina que refira a seletividade setorial.

Uma vez que estes auxílios poderão revestir-se de diversas formas (com base no princípio da relevância dos efeitos da medida e não a sua forma), são também de incluir medidas de natureza fiscal que possam, de algum modo, preencher os critérios do artigo 107.º do TFUE e, nessa medida, serem considerados auxílios ilícitos de Estado.

Facto é que a prática da Comissão demonstra que, numa fase inicial de investigações sobre AdE, existia uma tendência para deixar fora dessa análise medidas fiscais, em parte porque tal implicaria uma ingerência por parte da CE numa área da soberania dos EM². Foi a partir da década de 90 que a Comissão começou a aplicar o regime sobre AdE a

¹ “*DG Competition working paper on state aid and tax rulings*”, 2016, p. (1), disponível em https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/working_paper_tax_rulings.pdf

² Da análise dos artigos 110.º a 113.º do TFUE, é possível concluir que o Conselho da UE tem competência para adotar decisões no âmbito da fiscalização indireta, não tendo disposições específicas sobre a tributação direta. Para maior detalhe sobre as competências da UE no âmbito da fiscalidade: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/92/politica-fiscal-geral> (consultado em 06.03.2022).

medidas fiscais, enquadrando tal atividade no objetivo de combater a concorrência fiscal desleal³⁴.

Note-se que a aplicação pela CE do regime dos AdE a medidas fiscais não acolhe apenas simpatizantes: enquanto alguns consideram as normas sobre AdE importantes para assegurar uma maior igualdade entre empresas e um combate à concorrência fiscal desleal entre EM, outros consideram que constitui uma ingerência na soberania dos Estados e que conduz a incerteza jurídica⁵.

Já em 1998, a CE publicou a “Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas”⁶. Esta Comunicação foi entretanto revogada e substituída pela “Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”, publicado a 19 de julho de 2016⁷.

Desde 2001, a Comissão tem levado a cabo um conjunto de investigações a medidas fiscais de certos EM suscetíveis de beneficiar algumas empresas, tendo já decidido pela existência de medidas que resultam na atribuição de vantagens seletivas a multinacionais⁸.

A tributação das empresas multinacionais e os moldes em que tal deverá ocorrer é um tema bastante atual e dinâmico. De acordo com a CE, no ano de 2018 cerca de 30,7% dos AdE atribuídos foram-no através de medidas fiscais⁹. Em dezembro de 2021, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) apresentou uma nova regra de tributação mínima de 15% a empresas multinacionais a aplicar no âmbito

³ MICHEAU, Claire, “*Tax Selectivity in European Law of State Aid: Legal Assessment and Alternative Approaches*”, in *European Law Review*, Issue 3, June 2015, pág. 323

⁴ Veja-se que os Tratados não atribuem à CE poderes para legislar sobre assuntos fiscais, mas tem, contudo, competência para investigar práticas fiscais levadas a cabo pelas autoridades fiscais administrativas que sejam suscetíveis de violar o disposto no artigo 107.º do TFUE- cf. GORMSEN, Liza Lovdahl, “*EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga*”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 7, N.º 6, 2016, pág. 369

⁵ FIDE (Fédération Internationale pour le Droit Européen / International Federation for European Law), XXVIII FIDE Congress; [org.] APDE (Associação Portuguesa de Direito Europeu), Vol. 2, ISBN 978-972-40-7479-5, Edit.: VILAÇA, José Luís da Cruz, MONIZ, Carlos Botelho, VASCONCELOS, Rita Leandro, SAAVEDRA, Alberto, pág. 101

⁶ Publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias, C 384, de 10.12.1998, págs. 3 a 9

⁷ Publicado no Jornal Oficial da União Europeia, C 262, de 19.07.2016, págs. 1 a 50

⁸ “*DG Competition working...*”, p. (3)

⁹ De acordo com o “*State Aid Scoreboard 2020*”, da Comissão Europeia, de 14 de junho de 2021, pág. 5, disponível em https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/scoreboard_pt

de cada jurisdição¹⁰. A CE imediatamente acompanhou esta decisão, antecipando a apresentação de uma nova Diretiva que determine essa tributação mínima para multinacionais¹¹.

Desde 2013, a DG COMPETITION tem vindo a investigar diversas práticas e decisões no âmbito fiscal tomadas pelas autoridades administrativas do ponto de vista da sua compatibilidade com as regras europeias sobre AdE¹². Para o efeito, criou uma *task force* dedicada ao tema, em junho de 2013, com o objetivo de acompanhar e investigar informações que haviam vindo a público através dos meios de comunicação social e dos próprios Parlamentos nacionais, que alegavam estar a ser concedido um tratamento fiscal mais favorável a certas multinacionais, tendo acabado por, em dezembro de 2014, alargar as suas investigações a todos os EM¹³. Note-se que a CE não tem qualquer dúvida acerca da sua legitimidade para analisar a conformidade destas decisões fiscais administrativas com as regras europeias na área do Direito da Concorrência: “*State aid control in tax rulings follows from the Commission’s competence in the field of State aid as set out in the EU Treaties to investigate cases under State aid rules with the objective to prevent distortions of competition through the granting of special tax advantages that are not available to all similarly situated taxpayers in a given Member State*”¹⁴.

Para concluir sobre a conformidade ou não destas medidas com as normas do Tratado, a CE tem em conta o princípio da plena concorrência (*arm’s length principle*), princípio este que, não tendo força vinculativa, é retirado do importante artigo 9.º do *Model Tax Convention on Income and on Capital* da OCDE.

Assim, para a CE, uma decisão fiscal administrativa sobre preços de transferência que não esteja de acordo com o princípio da plena concorrência, é aquela da qual resulta uma decisão que não vai ao encontro do que adviria de uma situação normal de mercado¹⁵.

¹⁰ Comunicado OCDE, “*OECD releases Pillar Two model rules for domestic implementation of 15% global minimum tax*”, de 20.12.2021

¹¹ Discurso Comissário Gentiloni, “*Opening remarks by Commissioner Gentiloni at the press conference on the implementation of the OECD agreement on a global minimum level of taxation and on an initiative to prevent the misuse of shell entities*”, de 22.12.2021

¹² “*DG Competition working ...*”, p. (5)

¹³ Cf. Informação disponível em https://ec.europa.eu/competition/state_aid/tax_rulings/index_en.html (consultado a 28.02.2021)

¹⁴ “*DG Competition working ...*”, p. (24)

¹⁵ “*DG Competition working ...*”, p. (14)

Neste sentido, foram pedidas a todos os EM informações acerca das suas práticas relacionadas com decisões fiscais administrativas, assim como uma lista de todas essas decisões que tivessem sido adotadas entre 2010 e parte de 2013¹⁶. Pretendia-se, nomeadamente, obter informações a propósito de decisões fiscais administrativas referentes a acordos prévios sobre preços de transferência, para determinar a base tributável a ser paga por empresas que integravam grupos empresariais¹⁷.

Desses pedidos de elementos, a Comissão determinou a abertura de investigações aprofundadas para determinar a eventual existência da atribuição de AdE ilegais pelos seguintes EM: Irlanda (*Apple*¹⁸), Luxemburgo (*Fiat*¹⁹, *Amazon*²⁰ e *McDonald's*²¹), Países Baixos (*Starbucks*²²) e Bélgica (*Excess Profit*²³).

Destas seis investigações, apenas no caso da *McDonald's* é que a Comissão concluiu que a medida em causa não consubstanciava um AdE²⁴. Por sua vez, nos restantes cinco processos, concluiu pela existência de um AdE, concedido pelos EM a multinacionais, em condições desconformes às regras europeias e, por isso, determinou a recuperação do valor da vantagem concedida: a 21 de outubro de 2015, nos processos *Fiat*²⁵ e

¹⁶ “*DG Competition working ...*”, p. (6)

¹⁷ “*DG Competition working ...*”, p. (7)

¹⁸ Cf. Decisão da Comissão, de 11.06.2014, processo SA.38373, disponível em https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253200/253200_1582634_87_2.pdf

¹⁹ Cf. Decisão da Comissão de 11.06.2014, processo SA.38375, disponível em https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253203/253203_1590108_107_2.pdf

²⁰ Cf. Decisão da Comissão de 07.10.2014, processo SA.38944, disponível em https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/254685/254685_1614265_70_2.pdf

²¹ Cf. Decisão da Comissão de 03.12.2015, processo SA.38945, disponível em https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/201930/261647_1756438_271_2.pdf

²² Cf. Decisão da Comissão de 11.06.2014, processo SA.38374, disponível em https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253201/253201_1596706_60_2.pdf

²³ Cf. Decisão da Comissão de 03.02.2015, processo SA.37667, disponível em https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/256735/256735_1640686_26_3.pdf

²⁴ Cf. Decisão da Comissão de 19.09.2018, processo SA.38945, disponível em https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/201930/261647_2033697_270_2.pdf

²⁵ Decisão disponível em https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253203/253203_1757564_318_2.pdf

*Starbucks*²⁶; a 11 de janeiro de 2016, no processo *Excess Profit*²⁷; a 30 de agosto de 2016, no processo *Apple*²⁸; e a 4 de outubro de 2017, no processo *Amazon*²⁹.

Destas decisões, foram interpostos recursos para o Tribunal Geral (TG), tendo já este Tribunal se pronunciado em todos os processos, confirmando o sentido decisório da Comissão apenas no caso *Fiat* e, em todos os restantes casos, decidindo em sentido contrário à Decisão da Comissão.

Uma dificuldade comum a todos estes processos está na determinação do critério da seletividade. Sendo este já um dos critérios que maior dificuldade técnica traz no momento da determinação da existência de um AdE, essa dificuldade agrava-se quando está em causa a análise de auxílios fiscais já que, por si só, as matérias e regimes fiscais apresentam-se de grande complexidade³⁰.

Acresce ainda o facto de, da análise que a CE desencadeia nos processos *supra* mencionados, resultar sobretudo uma grande incerteza acerca da aplicação do critério da seletividade a estas situações. Entre algumas das críticas apontadas à análise da CE poderão destacar-se as seguintes: a análise do critério da seletividade ser feita concomitantemente com o critério da vantagem conseguida com o auxílio (através da presunção da “vantagem seletiva” [*selective advantage*]), o que parece ser contrário ao entendimento jurisprudencial de que cada critério deve ser analisado de forma autónoma e distinta³¹; a referência ao princípio da plena concorrência na sua análise resulta, na opinião de alguns, num aumento da incerteza jurídica³²; a definição do sistema de referência (no âmbito da segunda fase da análise em três etapas) ser de âmbito demasiado alargado³³.

²⁶ Decisão disponível em https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253201/253201_1762441_575_2.pdf

²⁷ Decisão disponível em https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/256735/256735_1748545_185_2.pdf

²⁸ Decisão disponível em https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253200/253200_1851004_674_2.pdf

²⁹ Decisão disponível em https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/254685/254685_1966181_892_4.pdf

³⁰ MICHEAU, Claire, “*Tax selectivity in State aid review: a debatable case practice*”, in EC Tax Review, 2008-6, pág. 280

³¹ GORMSEN, Lisa Lovdahl, “*EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga*”, in Journal of European Competition Law & Practice, 2016, Vol. 7, n.º 6, pág. 370

³² GORMSEN, Lisa Lovdahl, “*EU State Aid Law...*”, pág. 370

³³ Vide, BURIAK, Svitlana, LAZAROV, Ivan, “*Between State Aid and the Fundamental Freedoms: the Arm’s Length Principle and EU Law*”, in Common Market Law Review, 2019, 56, págs. 913 a 925

De notar ainda que a análise que a CE efetua fica também desfavorecida pelo facto de o TG não ter confirmado o entendimento daquela nos casos *Starbucks*, *Apple*, *Amazon* e *Excess Profit* ainda que em todos estes casos o Tribunal não tenha chegado à análise do critério da seletividade, já que considerou logo à partida não ter sido demonstrada a existência de uma vantagem em favor das empresas em causa.

No final de contas, o ponto é que esta situação fere gravemente a certeza jurídica de empresas multinacionais que se pretendam fixar em países parte da União Europeia e que com as autoridades fiscais administrativas pretendam realizar acordos prévios sobre preços de transferência quanto ao regime fiscal aplicável. Salientamos, a este respeito, que a consequência de um determinado auxílio ser considerado ilegal se traduz na necessidade de o EM que o atribui ter de o recuperar junto da empresa beneficiária.

Propomo-nos, assim, ao longo deste trabalho, a analisar a aplicação do critério da seletividade nos casos *supra* referidos, analisando as principais dificuldades e incoerências, com vista a obter conclusões acerca da maior ou menor incerteza jurídica existente à volta desta ponderação. Constituindo o critério da seletividade um dos pontos mais fundamentais da análise de um AdE, urge a existência de critérios objetivos e universais, que confirmam uma maior certeza e segurança jurídicas *a priori* para quem lida com a matéria.

Assim, após uma passagem pela noção e pelas características do auxílio de Estado no âmbito do Direito da União Europeia, o segundo capítulo dedicar-se-á ao tema da seletividade, às suas características, à dificuldade da sua aplicação aos auxílios sobre a forma fiscal. Será ainda dedicado um apontamento final aos conceitos de preços de transferência, decisões fiscais administrativas e ao princípio da plena concorrência, conceitos cujo conhecimento se mostra essencial à boa compreensão do objeto em análise no presente trabalho.

O terceiro capítulo será dedicado às motivações por detrás das recentes decisões tomadas pela Comissão no âmbito dos processos em que foram investigadas a alegada atribuição de auxílios de Estado a empresas multinacionais — *Apple*, *Starbucks*, *Fiat* e *Amazon* (excluir-se-á o caso *Excess Profit*, uma vez que a medida em causa é de âmbito ligeiramente distinto dos restantes) —, o que permitirá retirar algumas conclusões a

propósito da análise do critério da seletividade levado a cabo pela Comissão em cada um desses processos.

No quarto capítulo focar-se-á a análise das decisões do Tribunal Geral da União Europeia (TG) entretanto proferidas por este Tribunal no âmbito dos recursos interpostos das decisões da Comissão.

Por último, apresentaremos as nossas conclusões à análise efetuada nos capítulos precedentes.

1. Auxílios de Estado e auxílios fiscais

1.1. Introdução histórica e contextualização

Os AdE constituem um tema bastante caro à UE, tratando-se do único ordenamento jurídico a nível global que regula o tema, prevendo um regime próprio aplicado uniformemente perante todos os seus EM. Esta trata-se, assim, de uma particularidade do direito da União Europeia, cuja base do regime legal se encontra previsto nos artigos 107.º a 109.º do TFUE.

Das razões que concorrem para fundamentar tal particularidade (e que são de natureza diversa), gostaríamos de aqui destacar as que se traduzem em razões de carácter político. Nomeadamente, a necessidade de garantir a boa saúde do projeto de integração europeu, em particular assegurando que a rivalidade económica não impede a criação de um mercado interno, elemento central deste projeto europeu³⁴. Aponta Kelyn Bacon que, a nível internacional, o mais próximo que se pode encontrar dos artigos 107.º e 108.º do TFUE são as regras da Organização Mundial do Comércio que preveem uma política de não subsidiação, mas que, refere, são ainda assim de âmbito e aplicação mais limitados³⁵.

O objetivo central é, então, o de *“impedir que os Estados, através da subsidiação de certas empresas ou indústrias, distorçam artificialmente as condições de concorrência no mercado interno”*³⁶. No mesmo sentido, Wolfgang Schön refere que o direito europeu desempenha um papel central na disciplinação da tendência por parte do legislador de cada EM em regular o comportamento da economia recorrendo a incentivos fiscais³⁷.

É assim facilmente perceptível que, além da vertente económica inerente, há também questões políticas por detrás da relevância dada ao tema: como refere Moura e Silva, *“a disciplina dos auxílios públicos”* visa essencialmente *“criar uma perceção de igualdade de condições de concorrência entre Estados”*³⁸.

Além disso, as normas referentes a auxílios públicos dirigem-se a um dos principais instrumentos de política económica à disposição dos EM: o da utilização de subsídios que

³⁴ BACON, Kelyn, *“European Union Law of State Aid”*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2017, pág. 4

³⁵ *Idem*, pág. 4

³⁶ SILVA, Miguel Moura e, *“Direito da Concorrência”*, Lisboa : AAFDL, 2018, pág. 221

³⁷ SCHÖN, Wolfgang, *“State Aid in the area of taxation”*, in HANCHER, Leigh *et al.*, *“EU State Aids”*, 5ª ed., Sweet & Maxwell Ltd., UK, 2016, pág. 395

³⁸ SILVA, Miguel Moura e, *“Direito...”*, pág. 223

financiem os serviços públicos e incentivem atividades económicas, relevantes para a sociedade e que, em condições de mercado, não seriam garantidas ou sê-lo-iam de forma insuficiente em comparação às necessidades da sociedade³⁹. Aliás, tal como nota Moura e Silva, é “[p]ela extensão do conceito de auxílio a medidas ditas de despesa fiscal” que bem se nota “o cariz eminentemente político da aplicação destas regras”⁴⁰.

O carácter político do tema dos AdE pode também ser demonstrado pelo facto de o seu regime estar previsto e regulado no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), na Secção 2 do Capítulo 1 do Título VII, mais concretamente, nos artigos 107.º a 109.º do diploma.

O regime de controlo da atribuição de AdE na UE foi previsto, desde logo, no Tratado de Roma, com o objetivo de evitar que o apoio que certos EM concedem a empresas nacionais conduzisse a medidas retaliatórias por parte de outros EM; medidas essas que, em última análise, pudessem resultar numa “*subsidy race*”, o que, inevitavelmente, iria ferir o projeto de mercado interno⁴¹.

Mais recentemente, com a estabilização da integração económica dentro da União Europeia, o foco passou para as questões relacionadas com a eficiência das políticas de intervenção do Estado na economia⁴².

As regras sobre AdE têm ainda uma particularidade, comparativamente às restantes normas de Direito da Concorrência, que reside no facto de terem como destinatários exclusivos os Estados e não as empresas. Assim, estas normas podem ser consideradas mais desafiantes de princípios como a soberania nacional e o interesse nacional de cada EM⁴³.

Tal como já referido *supra*, o tema dos AdE reflete um certo grau de discussão e fundamentação política e uma das provas disso é a relevância que tem vindo a ser dada aos AdE sob a forma fiscal. Refere Kelyn Bacon: “(...) *the recent State aid investigations of transfer pricing tax rulings for multinationals illustrate the impact of political priorities on competition enforcement, and raise questions about whether State aid control represents the most appropriate instrument to tackle profit shifting by multinationals across*

³⁹ *Idem*, pág. 221

⁴⁰ *Idem*, pág. 221

⁴¹ BACON, Kelyn, “*European Union...*”, pág. 5

⁴² *Idem*, pág. 5

⁴³ *Idem*, pág. 5

Member States.”; a autora acrescenta ainda que “(...) *State aid is being used partly as a tool to incentivize tax harmonization across the EU...*”⁴⁴.

Veja-se, contudo, que existem também relevantes fundamentos económicos que explicam a relevância do tema. Nomeadamente, a liberdade dada aos agentes económicos para poderem deslocar as suas atividades entre jurisdições com uma maior ou menor carga fiscal, consoante o que mais valorizar⁴⁵.

É facto que os EM dispõem de instrumentos próprios relacionados com a implementação da sua política fiscal e poder tributário, que lhes permitem promover políticas económicas e sociais, através da atribuição de incentivos ou benefícios fiscais a certas empresas⁴⁶.

Tudo isto concorre para a relevância de manter algum tipo de fiscalização comunitário sobre eventuais AdE, como forma de proteção da sã concorrência no mercado. Em particular, no que diz respeito às medidas de carácter fiscal, tal mostra-se bastante relevante, já que, nesse âmbito, a livre concorrência no mercado não é garantida com a não intervenção pública no mercado, mas sim o inverso, já que a existência de uma medida que distorce a concorrência no mercado é criada por uma redução de um ganho para o Estado⁴⁷.

1.2. Noção de Auxílios de Estado

O n.º 1 do art. 107.º do TFUE determina o princípio da incompatibilidade dos AdE com o mercado interno ao determinar que “*são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções*”.

Os n.ºs 2 e 3 da mesma norma fixam situações de derrogação ao princípio da incompatibilidade: o n.º 2, com situações em que a derrogação é automática; o n.º 3, com situações em que a derrogação só se verifica mediante deliberação da CE.

⁴⁴ *Idem*, pág. 5

⁴⁵ SCHÖN, Wolfgang, “*State Aid...*”, pág. 398

⁴⁶ ESTEVES, Mariana Medeiros, “*Os auxílios de Estado sob a forma fiscal e o combate da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia*”, in *Revista Concorrência & Regulação*, Ano VII . n.º 27/28 - Jul/2016 a Dez/2016, pág. 241

⁴⁷ SCHÖN, Wolfgang, “*State Aid...*”, pág. 402

O n.º 1 *supra* citado, não só estabelece o princípio da incompatibilidade dos AdE com o mercado interno, como também contém os elementos que definem o conceito de AdE.

Dessa definição, resultam os seguintes elementos que o compreendem: “*a existência de uma empresa, a imputabilidade da medida ao Estado, o seu financiamento através de recursos estatais, a concessão de uma vantagem, a seletividade da medida e os seus efeitos sobre a concorrência e as trocas comerciais entre Estados-Membros*”⁴⁸. Todos estes elementos são de verificação cumulativa⁴⁹.

Além destes elementos, da definição apresentada nesta norma é também possível retirar o princípio da irrelevância da forma — para efeitos da aplicação das regras sobre AdE ao nível da UE, é indiferente a forma que esse auxílio apresenta: pode consistir na atribuição de um subsídio, na isenção de pagamento de impostos, na atribuição de uma vantagem material, etc. Como refere Leigh Hancher, “[a]rticle 107 refers to aid in any form whatsoever which distorts competition. (...) the Courts have focused on the purpose of this provision. The Courts have repeatedly ruled that it is the effect, not the form, of the aid, which is crucial.”⁵⁰

Esta ideia é particularmente relevante no tema que aqui nos ocupa, uma vez que só pela consideração do princípio da irrelevância de forma se pode explicar que uma medida de cariz fiscal (matéria que está ainda, na sua larga medida, sob a soberania e exclusiva competência de cada EM), possa constituir um AdE para efeitos do Direito da Concorrência.

Analisemos então, resumidamente, cada um dos elementos da noção de auxílio de Estado:

a) Atribuição a empresas ou atividades económicas

Tal como adianta a CE na sua “Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia” (Comunicação), de 2016, pode entender-se como empresas as “*entidades que desenvolvem uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo*

⁴⁸ “Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia” (2016/C 262/01), JO C 262, de 19 de julho de 2016, p. 5

⁴⁹ MARCELINO, Carla, “Auxílios do Estado - introdução ao conceito à luz do artigo 107.º do TFUE e do atual contexto europeu”, in e-Pública, Vol. 3, n.º 2, novembro 2016, pág. 139

⁵⁰ HANCHER, Leigh, “The General Framework”, in HANCHER, Leigh *et al*, “EU State Aids”, 5ª ed., Sweet & Maxwell Ltd., UK, 2016, pág. 51

como são financiadas”, estando, assim, a classificação como empresa dependente “*inteiramente, da natureza das suas atividades*”⁵¹.

Conclui assim a CE que desta definição resultam três consequências: *i*) o estatuto da entidade ao abrigo do direito nacional não é decisivo; *ii*) a aplicação das regras em matéria de AdE não depende do facto de a entidade ser criada com fins lucrativos; *iii*) a classificação de uma entidade como empresa está sempre relacionada com uma atividade específica e se a mesma entidade desenvolver tanto atividades económicas como não económicas, apenas deverá ser considerada empresa no que diz respeito às atividades económicas⁵².

Um outro aspeto relevante no que diz respeito ao conceito de empresa para este efeito é o facto de que “*(...) empresa, neste contexto, poderá incluir mais do que uma pessoa jurídica (singular ou coletiva), desde que compreenda uma unidade económica, para efeitos da atribuição do auxílio. Ou seja, o fator determinante para a definição de empresa, neste contexto, será a comunhão de interesses com vista a um objetivo comum (...)*”⁵³. Assim, conclui a CE, a entidade que será considerada a empresa relevante para efeitos de aplicação das regras de concorrência da UE será a unidade económica⁵⁴.

Por outras palavras, há uma flexibilidade no conceito de empresa, podendo incluir tanto empresas privadas, como públicas, “*even where the later do not enjoy a separate legal personality*”⁵⁵.

No que diz respeito ao conceito de atividade económica, a jurisprudência dos tribunais da UE já definiu claramente ser aquela que se traduz na oferta de bens e serviços num determinado mercado⁵⁶.

Por fim, releva também destacar que uma entidade poderá ser considerada empresa, independentemente do seu capital social ser de origem pública ou privada, “*(...) porquanto*

⁵¹ “Comunicação...”, p. 7

⁵² *Idem*, pp. 8, 9 e 10

⁵³ MARCELINO, Carla, “*Auxílios do Estado...*”, pág. 140

⁵⁴ “Comunicação...”, p. 11

⁵⁵ HANCHER, Leigh, “*The General...*”, pág. 53

⁵⁶ “Comunicação...”, p. 12

*poderemos estar perante situações em que o Estado se comporta como um participante no mercado*⁵⁷.

b) Origem Estatal

Para que se chegue à conclusão de que o auxílio tem origem estatal, o legislador adota um critério preferencialmente económico, isto é, privilegia a classificação como pública dos recursos económicos (em detrimento de um critério meramente orgânico/institucional), o que alarga a possibilidade de o auxílio ser, na verdade, atribuído por uma entidade privada, desde que seja de natureza pública⁵⁸.

De certa forma, pode-se concluir que esta interpretação dá cumprimento ao “*corolário do princípio da não interferência do Estado direta ou indiretamente na concorrência entre as empresas*”, relevando “*a natureza pública dos meios empregues no auxílio (...) e não a natureza jurídica da entidade que a concede*”⁵⁹.

Na sua Comunicação, a CE faz uma distinção entre a concessão da vantagem realizar-se através de recursos estatais e a imputabilidade dessa medida ao Estado, classificando estas duas condições como “*distintas e cumulativas para a existência de auxílio estatal*”⁶⁰.

Ao nível da imputabilidade, a Comissão destaca os seguintes pontos⁶¹:

- i) Quando a vantagem é concedida por uma autoridade pública, a medida poderá ser imputada ao Estado, mesmo nos casos em que a autoridade em causa seja juridicamente autónoma das restantes autoridades públicas e/ou nos casos em que a autoridade pública designe um outro organismo (público ou privado) para administrar a medida em causa;
- ii) Nos casos em que a vantagem for concedida por empresas públicas, será necessário determinar a possibilidade de as autoridades públicas estarem ou não implicadas na adoção da medida;
- iii) Significa o ponto anterior que o facto de uma medida ser adotada por uma empresa pública não é suficiente para a considerar imputável ao Estado, tendo

⁵⁷ MARCELINO, Carla, “*Auxílios do Estado...*”, pág. 140

⁵⁸ *Idem*, pág. 139 e HANCHER, Leigh, “*The General...*”, pág. 63

⁵⁹ MARCELINO, Carla, “*Auxílios do Estado...*”, pág. 140

⁶⁰ “*Comunicação...*”, p. 38

⁶¹ *Idem*, pp. 39 a 45

de se ter em conta um conjunto de indícios que possam resultar das circunstâncias e do contexto em que a medida em causa foi adotada para que se considere imputável ao Estado;

- iv) Por fim, uma medida não será imputável a um determinado EM, se estiver em causa uma medida de aplicação obrigatória por força do direito da UE. exceto quando a legislação da UE permita certas medidas nacionais e o EM em causa detenha poder discricionário para decidir adotar ou não a medida e/ou definir as suas características.

Já no que diz respeito à natureza de recurso estatal, a CE esclarece que estes incluem todos os recursos provenientes do setor público — incluindo os recursos provenientes de entidades intraestatais, de organismos privados, independentemente do carácter autónomo ou não da instituição e, incluindo também, os recursos das empresas públicas⁶². Até mesmo a circunstância de se tratar de transferências dentro de um grupo público não exclui a suscetibilidade da medida ser considerada um AdE⁶³.

Além disso, e por fim, “[o] *facto de uma medida que concede uma vantagem não ser diretamente financiada pelo Estado, mas sim por um organismo público ou privado que o Estado instituiu ou designou com a finalidade de gerir o auxílio, não significa necessariamente que a medida não seja financiada através de recursos estatais*”⁶⁴.

c) *Atribuição de uma vantagem*

Uma das características fundamentais dos AdE é o facto de atribuírem uma determinada vantagem à empresa a quem o apoio é concedido. Essa vantagem, tal como visto *supra*, pode assumir diversas formas — vantagem económica, financeira, fiscal, material, etc.- — e assumir carácter positivo ou negativo —isto é, tanto poderá traduzir-se num auxílio efetivamente prestado à empresa ou na sua desobrigação de prestar uma determinada prestação de forma indevida.

⁶² *Idem*, pp. 48 e 49

⁶³ *Idem*, p. 49

⁶⁴ *Idem*, p. 50

A CE define “vantagem” como “*qualquer benefício económico que uma empresa não poderia ter obtido em condições normais de mercado, isto é, na ausência da intervenção do Estado*”⁶⁵.

Assim, sempre que se verifique que uma melhoria na situação financeira de determinada empresa é consequência de uma intervenção estatal e em condições que não se verificariam normalmente no mercado em questão, existe uma vantagem. Decorre daqui que o relevante é o efeito que a medida tem sobre a empresa, não a causa ou o objetivo da mesma⁶⁶.

Irrelevante também para a CE é o facto de a vantagem ter ou não um carácter obrigatório para a empresa, no sentido de esta ter ou não oportunidade de evitar ou recusar essa vantagem⁶⁷.

Uma questão que se levanta no que à vantagem diz respeito, é a forma como a mesma é calculada: “*uma das formas mais eficazes de medir a natureza da vantagem concedida (...) será através de um método comparativo entre as condições de investimento obtidas através do auxílio concedido pelo Estado, e aquelas que a empresa obteria em condições normais de mercado, junto de investidores privados.*”⁶⁸.

Este método denominado “*teste do investidor privado*” permite chegar à conclusão de que a medida em causa não produz efeitos suscetíveis de falsear a concorrência, numa situação em que se verifique “*que a empresa obteria igual apoio financeiro junto do mercado, independentemente do número de relações jurídicas necessárias para esse efeito*”⁶⁹.

- d) Por último, releva deixar a nota de que, estando em causa a remuneração de serviços de interesse económico geral, existem critérios que a jurisprudência dos tribunais da UE fixou e que permitem excluir a existência de uma vantagem. Histórico, para este efeito, é o Acórdão *Altmark*⁷⁰, no qual o Tribunal de Justiça da

⁶⁵ *Idem*, p. 66

⁶⁶ *Idem*, p. 67

⁶⁷ *Idem*, p. 67

⁶⁸ MARCELINO, Carla, “*Auxílios do Estado...*”, pág. 142

⁶⁹ *Idem*, pág. 142

⁷⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia *Altmark Trans GmbH Regierungspräsidium Magdeburg e Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, de 24.07.2003, processo C-280/00

União Europeia (TJ) definiu esses critérios de verificação cumulativa. *Critério da seletividade*

De uma forma geral, pode-se entender que se está perante um AdE proibido pelo TFUE quando se tratar de “*medidas particulares e concretas, direcionadas a certos destinatários*”⁷¹.

Mais concretamente, nas palavras da CE, as medidas que favorecem operadores económicos e que estarão abrangidas pela noção de AdE, serão “*apenas aquelas que concedem uma vantagem de forma seletiva a certas empresas, a certas categorias de empresas ou a certos setores económicos*”⁷².

Significa isto, *a contrario*, que medidas que tenham um alcance geral no sentido de não favorecerem apenas certas empresas ou produções, não serão abrangidas pelo art. 107.º, n.º 1 do TFUE.

Contudo, relembra a CE que a jurisprudência dos tribunais da UE já esclareceu que há um cuidado a ter com medidas aparentemente aplicáveis à generalidade das empresas, mas que na sua aplicação são afinal seletivas, por favorecerem certas empresas/produções. Portanto, não é o facto de o número de empresas elegíveis para beneficiar da medida ser elevado, nem a diversidade e/ou dimensão dos setores em que se incluem que serão por si só suficientes para que se conclua constituírem uma medida de alcance geral⁷³.

Iremos desenvolver com maior detalhe as características e implicações da seletividade no subcapítulo 2.1. Noção e tipos de seletividade”) que se segue.

e) Suscetibilidade de produzir efeitos sobre a concorrência entre os EM

Comumente às restantes regras de Direito da Concorrência, para que o AdE em causa seja considerado ilícito, é necessário demonstrar que esse auxílio é suscetível de falsear as trocas comerciais e a concorrência entre os EM.

Por forma a mitigar a aplicação de AdE suscetíveis de afetar desta forma a concorrência, surge a “*exigência de autorização prévia a conceder pela Comissão Europeia*”, pretendendo-se evitar, assim, “*que sejam colocadas em prática medidas ilegais, por contrárias*

⁷¹ MARCELINO, Carla, “*Auxílios do Estado...*”, pág. 141

⁷² “*Comunicação...*”, p. 117

⁷³ “*Comunicação...*”, p. 118

*ao Tratado, evitando em consequência todos os danos daí resultantes, designadamente, a necessidade de restituição dos valores concedidos ilegítimamente à empresa*⁷⁴.

Na sua Comunicação, a CE aponta o carácter distinto de dois elementos presentes no artigo 107.º, nº 1 do TFUE: medidas que “*falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções*” e na medida em que “*afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros*”. Trata-se assim de dois elementos que, apesar de distintos, são frequentemente analisados em conjunto ambos se mostrando elementos necessários à conclusão de que determinada medida constitui um AdE e que, por regra, são considerados indissociáveis.⁷⁵

Considera-se estar perante uma distorção da concorrência quando determinada medida “*é suscetível de melhorar a posição concorrencial do beneficiário em relação a outras empresas com as quais concorre*”⁷⁶.

Contudo, existem circunstâncias que, verificando-se cumulativamente, afastam uma situação de possível distorção da concorrência⁷⁷.

De notar que um AdE poderá falsear a concorrência, ainda que não contribua para que a empresa beneficiária se expanda, obtendo quotas de mercado, considerando-se suficiente que o auxílio robusteça a posição competitiva da empresa em causa, comparativamente à que teria se o auxílio não tivesse sido concedido.

Por sua vez, para a demonstração dos efeitos sobre a concorrência, “*não é necessário demonstrar uma incidência real do auxílio em causa sobre as trocas comerciais entre os Estados-Membros, mas apenas que o auxílio é suscetível de afetar as trocas comerciais*”⁷⁸.

Neste âmbito, a suscetibilidade de afetação do comércio entre EM não depende necessariamente de o beneficiário não participar diretamente no comércio transfronteiriço. Assim, um AdE concedido a uma empresa que apenas preste serviços locais ou regionais,

⁷⁴ MARCELINO, Carla, “*Auxílios do Estado...*”, pág. 143

⁷⁵ “*Comunicação...*”, pp. 185 e 186

⁷⁶ *Idem*, p. 187

⁷⁷ *Idem*, p. 188

⁷⁸ *Idem*, p. 190

não os prestando fora do seu EM de origem, é ainda assim suscetível de influenciar as trocas comerciais entre os EM, sempre que outras empresas possam prestar tais serviços⁷⁹.

Contudo, este “efeito sobre as trocas comerciais entre os Estados-Membros não pode ser efeito hipotético ou presumido”, sendo necessário estabelecer “a razão pela qual a medida falseia ou ameaça falsear a concorrência e é suscetível de ter um efeito sobre as trocas comerciais entre Estados-Membros, com base nos efeitos previsíveis da referida medida”⁸⁰.

1.3. A atribuição de auxílios de Estado ilegais

O procedimento formal de investigação levado a cabo pela CE com o objetivo de concluir pela existência ou não existência de uma medida que consubstancie um AdE ilegal, pode ter um de três possíveis desfechos: uma decisão positiva, uma decisão condicional ou uma decisão negativa.

Uma *decisão positiva* é aquela em que a Comissão conclui pela não existência de um auxílio ou pela existência de um auxílio compatível com o mercado interno⁸¹; *decisão condicional* é aquela em que a Comissão entende que o auxílio é compatível, mas a sua implementação fica sujeita ao cumprimento de um conjunto de condições e de obrigações que garantam o cumprimento dessa decisão⁸²; já uma *decisão negativa* determina que o auxílio não é compatível com o mercado interno e, como tal, não poderá ser executado.

A razão pela qual uma decisão negativa sobre uma medida que constitua um AdE pode ter um grande impacto sobre os destinatários do auxílio, está na consequência que decorre dessa decisão: perante uma decisão negativa, a Comissão insta e responsabiliza o EM que concedeu o AdE para que o recupere junto da(s) empresa(s) que deste beneficiou (beneficiaram) (a “decisão de recuperação”), prevendo como única exceção a esta regra a circunstância de essa recuperação ir contra os princípios gerais de direito da União Europeia⁸³.

⁷⁹ *Idem*, pp. 191 e 192

⁸⁰ *Idem*, p. 195

⁸¹ Cf. n.º 2 do artigo 9.º do Regulamento (UE) 2015/1589 do Conselho de 13 de julho de 2015 (versão consolidada atual de 24.09.2015)

⁸² Cf. n.º 3 do artigo 9.º do Regulamento (UE) 2015/1589

⁸³ Cf. n.º 1 do artigo 16.º do Regulamento (UE) 2015/1589

Esta recuperação constitui um elemento absolutamente essencial para que seja possível manter as condições equitativas no mercado interno⁸⁴.

Note-se, contudo, que esta não é uma consequência que resulte diretamente das normas do TFUE⁸⁵, tendo sim sido estabelecida pelo TJ⁸⁶⁸⁷.

2. O critério da seletividade e os constrangimentos na sua aplicação em matéria de auxílios fiscais

2.1. Noção e tipos de seletividade

O critério da seletividade nos AdE fiscais resulta do segmento “*favorecendo certas empresas ou certas produções*” presente na definição de auxílio de Estado do artigo 107.º do TFUE. Significa, portanto, que medidas seletivas são “*aquelas que concedem uma vantagem de forma seletiva a certas empresas, a certas categorias de empresas ou a certos setores económicos*”⁸⁸.

Assim, fala-se em medidas seletivas em alternativa àquelas de carácter geral, ou seja, que não se aplicam a determinadas empresas/produções, mas que têm um âmbito de aplicação generalizado. Estando-se perante uma medida de carácter geral, não se entende tratar-se de um AdE proibido pelo Tratado, uma vez que não preenche o critério da seletividade da medida: “[...] *it is of essential importance to differentiate ‘selective’ tax incentives from general rules which are either not ‘aids’ at all or which apply not only to ‘certain’ undertakings or goods but to the whole economy. These ‘general measures’ cannot be challenged in the context of art. 107(1) TFEU*”⁸⁹.

⁸⁴ “Comunicação da Comissão para uma aplicação efectiva das decisões da Comissão que exigem que os Estados-Membros procedam à recuperação de auxílios estatais ilegais e incompatíveis”, (2007/C 272/05), JO C 272, de 15 de novembro de 2007, p. 13

⁸⁵ Ainda que o n.º 1 do artigo 108.º do TFUE refira que a Comissão “*decidirá que o Estado em causa deve suprimir*” o auxílio ilegal concedido (sublinhado nosso).

⁸⁶ GORMSEN, Liza Lovdahl, MIFSUD-BONNICI, Clement, “*Legitimate Expectation of Consistent Interpretation of EU State Aid Law: Recovery in State Aid Cases Involving Advanced Pricing Agreements on Tax*”, in Journal of European Competition Law & Practice, 2017, Vol. 8, n.º 7, pág. 424

⁸⁷ Veja-se o determinado no Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 12.07.1973, Comissão c. Alemanha, processo 70/72, p. 13: “*Tal pedido é admissível na medida em que, ao verificar a incompatibilidade de um auxílio com o mercado comum, a Comissão é competente para decidir se o Estado interessado deve suprimi-la ou modificá-la*”.

⁸⁸ “Comunicação...”, p. 117

⁸⁹ SCHÖN, Wolfgang, “*State Aid...*”, pág. 399

Há, contudo, cuidados a ter na análise do âmbito (mais ou menos geral) da medida, considerando que a jurisprudência dos tribunais da UE alertou já para o facto de medidas que possam aparentemente parecer de âmbito geral constituírem, em verdade, medidas que favorecem certas empresas ou produções, logo, tendo carácter seletivo⁹⁰.

Nomeadamente, há dois temas a ter em conta.

Um primeiro, prende-se com o facto de que o número das empresas ou a diversidade e dimensão dos setores abrangidos pela medida não valem, só por si, para concluir que uma medida estatal constitui uma medida geral de política económica. A título de exemplo, veja-se o TJ no caso *Adria-Wien Pipeline*⁹¹.

O segundo ponto traduz-se no facto de que medidas que são aparentemente gerais, poderão, na realidade, ser seletivas. Neste sentido, veja-se o referido pelo TJ no processo *DMTransport*: “(...) quando o organismo que concede vantagens financeiras dispõe de um poder discricionário que lhe permite determinar os beneficiários ou as condições da medida concedida, esta não pode ser considerada como revestindo um carácter geral (...)”⁹².

Contudo, um ponto está assente: perante qualquer medida aplicável apenas a uma determinada empresa, há lugar à presunção da sua seletividade.

A seletividade pode ser de dois tipos distintos, a saber, (i) seletividade material e (ii) seletividade regional.

(i) *Seletividade material*

Seletividade material é aquela que, tal como o nome indica, tem em conta o conteúdo da medida; ou seja, dizer que determinada medida é materialmente seletiva “*implica que esta seja aplicável apenas a algumas pessoas (grupos de empresas) ou certos setores da economia num determinado Estado-Membro*”⁹³.

⁹⁰ “Comunicação...”, p. 118

⁹¹ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 08.11.2001, *Adria-Wien Pipeline e Finanzlandesdirektion für Kärnten*, processo C-143/99, p. 48

⁹² Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 29.06.1999, *Déménagements-Manutention Transport SA (DMT)*, processo C-256/97, pp. 27 e 28

⁹³ “Comunicação...”, p. 120

Portanto, a medida materialmente seletiva é aquela que discrimina com base no setor económico ou que se destina a empresa(s) pré-determinada(s).

Esta seletividade material conhece dois critérios distintos: a seletividade *de jure* e a seletividade *de facto*.

A seletividade *de jure* é aquela que “*resulta diretamente dos critérios jurídicos para a concessão de uma medida que está formalmente reservada apenas a certas empresas*”⁹⁴. Este tipo de seletividade material pode, em boa verdade, ser determinada por medidas jurídicas que, à primeira vista parecem ter um âmbito de aplicação geral, mas, olhando para os critérios que estabelecem, conclui-se “*a estrutura da medida é tal que os seus efeitos favorece, significativamente um grupo específico de empresas*”⁹⁵.

Por sua vez, a seletividade *de facto* é aquela que “*pode resultar de condições ou barreiras impostas pelos Estados-Membros que impeçam que determinadas empresas beneficiem da medida*”⁹⁶. Portanto, trata-se de casos em que há uma atuação *de facto* por parte do Estado (em sentido amplo), que determina que uma medida adquira carácter seletivo, mesmo que as vantagens seletivas sejam atribuídas apenas por um curto período temporal.

Dentro da seletividade material, há ainda um tipo de seletividade (da qual nos ocuparemos nesta dissertação), que é a resultante de práticas administrativas fiscais, na medida em que a administração atua no âmbito do seu poder discricionário. Estas medidas são aquelas que, mesmo que o seu âmbito de aplicação seja geral, através da atuação da administração tornam-se seletivas. Portanto, é a atuação discricionária de administração que limita o âmbito geral da medida.

No que a este tipo de atuação por parte da administração diz respeito, importa realçar que nem todas as situações de desagravamento da situação fiscal de uma empresa concedidas através de uma autorização administrativa prévia significam que se esteja perante uma medida seletiva. Tal não acontecerá nos casos em que essa autorização “*se basear em critérios objetivos, não discriminatórios e conhecidos antecipadamente, circunscrevendo assim o exercício do poder discricionário das administrações públicas*”, devendo ainda “*assentar num sistema processual facilmente acessível e capaz de garantir aos*

⁹⁴ *Idem*, p. 121

⁹⁵ *Idem*, p. 121

⁹⁶ *Idem*, p. 122

*interessados que o seu pedido de autorização será tratado dentro de um prazo razoável e com objetividade e imparcialidade, devendo, além disso, as eventuais recusas de autorização poder ser impugnadas no quadro de um recurso judicial ou parajudicial*⁹⁷.

Pode-se assim concluir, em nossa opinião, que estas decisões administrativas pautadas pela discricionariedade da administração não serão consideradas medidas seletivas, desde que a discricionariedade da administração não seja absoluta, mas sim de alguma forma controlada por garantias legais e judiciais.

(ii) *Seletividade regional*

A seletividade regional tem por pressuposto uma medida que não se aplica à totalidade do território de um determinado EM, mas apenas a uma parte, a uma dada região desse Estado.

Contudo, o facto de uma medida ser aplicável a uma região específica pode não ser suficiente para demonstrar a seletividade da medida (em resultado da sua aplicação territorialmente limitada), existindo já jurisprudência que fixa determinados requisitos que permitem afastar a seletividade de uma medida dessa natureza.

Nesta matéria, é de extrema relevância a jurisprudência que resultou do caso *Portugal c. Comissão*, no qual o TJ determinou os cenários a ter em conta na análise da seletividade regional⁹⁸

2.2. Análise prática do critério da seletividade: a “análise em três fases” (o *derogation test*)

O critério da seletividade, sendo uma das características mais próprias dos AdE, é também uma das características que maior dificuldade cria na hora da verificação prática. Kelyn Bacon explica esta dificuldade com base no facto de que nem todas as medidas que criam uma vantagem para um ou mais grupos de empresas destinatárias da medida é necessariamente seletiva nos termos do n.º 1 do artigo 107.º do TFUE⁹⁹.

⁹⁷ *Idem*, p. 125

⁹⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 06.09.2006, *Portugal c. Comissão*, C-88/03, ECLI:EU:C:2005:618, pp. 63 a 67. *Vide* também “Comunicação...”, p. 144

⁹⁹ Bacon, Kelyn, “*European Union...*”, pág. 70

Isto porque, como já foi possível apreender dos parágrafos anteriores, mostrar-se-á mais simples concluir pelo caráter seletivo de medidas tomadas *ad hoc* para benefício de certa(s) empresa(s) identificada(s), comparativamente às situações em que o Estado adota medidas de caráter mais geral, aplicáveis a empresas que preencham determinados critérios e que, conseqüentemente, reduzam os encargos que essas empresas iriam normalmente suportar¹⁰⁰.

Assim, a jurisprudência dos tribunais da UE tem distinguido duas situações em que pode ser afastado o caráter seletivo da medida: a primeira, quando a empresa/produção favorecida não esteja numa situação factual e jurídica comparável com a empresa/produção não favorecida; a segunda, quando o tratamento diferenciado se possa justificar pela natureza ou pelo regime geral do sistema de referência¹⁰¹.

Desta distinção, surgiu então um método de análise em três fases para que fosse apreciada a seletividade das medidas em análise (em inglês, *derrogation test*). As três fases que constituem este teste são as seguintes: em primeiro lugar, há que identificar o sistema de referência; em segundo, cabe concluir se a medida em causa constitui uma derrogação a esse sistema de referência; em terceiro e por último, caso se verifique o preenchimento da segunda fase, cabe analisar se essa derrogação é justificável, ou pela sua natureza ou pelo próprio regime geral do sistema de referência.

A existência ou não de uma derrogação ao sistema de referência é o elemento-chave desta análise, pelo que, verificando-se a derrogação, entende-se que a medida é seletiva *prima facie*¹⁰² (exceto, no caso em que se verifique a justificação pela natureza ou regime do sistema de referência). Sobre esta *prima facie* seletividade, refere Wolfgang Schön, a propósito dos AdE fiscais, que esta situação reverte o ónus de prova para o legislador de cada EM, na medida em que o coloca numa situação de demonstrar que a medida em causa é conforme ao sistema fiscal desse EM¹⁰³.

¹⁰⁰ “Comunicação...”, pp. 126 e 127

¹⁰¹ Bacon, Kelyn, “*European Union...*”, pág. 70

¹⁰² “Comunicação...”, p. 128

¹⁰³ SCHÖN, Wolfgang, “*State Aid...*”, pág. 423

Contudo, casos haverá, em que não se mostrará necessário recorrer a este método de análise, uma vez que a própria medida é claramente seletiva ou em que a questão da justificação para a derrogação apenas surgirá se tal for avançado pelo próprio EM¹⁰⁴.

Tal como também reforça a CE, há que ter em conta que o artigo 107.º do TFUE “*não estabelece qualquer distinção entre as medidas de intervenção do Estado em função das suas causas ou objetivos, mas define-as em relação aos respetivos efeitos* [“effects-based approach”], *independentemente das técnicas utilizadas*”¹⁰⁵. Traduz-se isto no facto de que, em alguns casos, não será suficiente analisar a existência de uma derrogação ao sistema de referência, mas também se a delimitação desse sistema se mostra coerente ou se, pelo contrário, foi desenhada arbitrariamente ou de forma tendenciosa, com o objetivo de favorecer certas empresas¹⁰⁶.

Trataremos então agora de analisar os três passos em detalhe:

(i) *A identificação do sistema de referência:*

A Comissão define sistema de referência como um “*conjunto coerente de regras que são, em geral aplicáveis – com base em critérios objetivos – a todas as empresas abrangidas pelo seu âmbito de aplicação, definido pelo seu objetivo*”¹⁰⁷.

Por outras palavras, trata-se da base de comparação para que se possa apreciar se determinada medida beneficia empresas ou produções que estão em situações legais e factuais comparáveis.

Então, como delimitar o sistema de referência? Deverá ser definido com base no(s) objetivo(s) que a medida pretende assegurar. Contudo, isto não significa que o sistema possa ser a medida em si, mas terá antes de se tratar de uma referência mais abrangente, que seja aplicável à generalidade das empresas e em relação à qual a medida em causa possa ser comparável.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Bacon, Kelyn, “*European Union...*”, pág. 70

¹⁰⁵ “Comunicação...”, p. 129

¹⁰⁶ *Idem*, p. 129

¹⁰⁷ *Idem*, p. 133

¹⁰⁸ Bacon, Kelyn, “*European Union...*”, pág. 71

No que diz respeito aos auxílios fiscais, o sistema de referência poderá ser o “normal” sistema fiscal ou o “normal” imposto a aplicar naquela situação¹⁰⁹. Isto poderá traduzir-se, no caso de impostos, na análise da matéria coletável, dos sujeitos passivos, do facto gerador do imposto ou das taxas de imposto aplicáveis¹¹⁰.

(ii) *A derrogação ao sistema de referência:*

Concluir que a medida em análise constitui uma derrogação ao sistema de referência significa concluir que essa medida “*é suscetível de favorecer certas empresas ou certas produções em comparação com outras empresas que se encontram numa situação factual e jurídica semelhante, tendo em conta o objetivo intrínseco do sistema de referência*”¹¹¹. Por outras palavras, trata-se de analisar se a medida é aplicada exclusivamente a certas empresas ou produções¹¹².

É esta então a etapa *core* na verificação da existência de uma medida seletiva. Verificando-se a derrogação, presume-se a seletividade da medida.

Tal como refere a Comissão, os EM não poderão recorrer a objetivos de política externa com o objetivo de justificar a distinção no tratamento de empresas em situação factual e jurídica semelhante¹¹³. Outra nota para o facto de que, estando em causa tributações para fins especiais, o tratamento diferenciado em benefício de empresas ou produções que prossigam o objetivo que se pretende atingir, considerar-se-á que não constitui derrogação¹¹⁴.

(iii) *Derrogação justificada pela natureza ou regime geral do sistema de referência*

Aferindo-se a seletividade da medida por constituir uma derrogação ao sistema de referência, haverá ainda lugar a que essa seletividade seja afastada, caso o EM consiga justificar o tratamento diferenciado de empresas com base na natureza ou no regime geral do sistema de referência.

¹⁰⁹ Bacon, Kelyn, “*European Union...*”, pág. 71

¹¹⁰ “Comunicação...”, p. 134

¹¹¹ *Idem*, p. 135

¹¹² Bacon, Kelyn, “*European Union...*”, pág. 72

¹¹³ “Comunicação...”, p. 135

¹¹⁴ *Idem*, p. 136

Uma situação que poderá consubstanciar uma justificação é uma medida que resulte de princípios básicos intrínsecos ao sistema de referência ou que provenha de mecanismos necessários para o funcionamento e a eficácia do sistema¹¹⁵.

Este princípio foi estabelecido no caso *Italy c. Commission*¹¹⁶, ao determinar: “[a]ssim, é necessário concluir que o desagravamento parcial dos encargos sociais a título de prestações familiares que recaem sobre os empresários do sector dos têxteis se apresenta como uma medida destinada a isentar parcialmente as empresas de um determinado sector industrial dos encargos financeiros que resultam da normal aplicação do sistema geral de previdência social sem que essa isenção encontre justificação na natureza ou estrutura desse sistema”.

Desde logo, parece clara a conclusão de que o ónus para a demonstração desta justificação que permite afastar o carácter seletivo da medida está do lado dos EM. Ou seja, provado que seja pela Comissão a existência de uma medida seletiva que trata de forma diferenciada empresas em situações factuais ou jurídicas semelhantes, caso o EM entenda que se verifica uma causa de justificação para esse tratamento diferenciado, caberá a este demonstrar a sua existência.

Não basta ao EM invocar essa justificação, sendo também necessário fazer prova da mesma, com base em factos específicos e detalhados¹¹⁷. Assim, é também da responsabilidade dos EM a introdução e aplicação de procedimentos de controlo e monitorização, assegurando que as derrogações sejam aplicadas de forma coerentes com a lógica e regime geral do sistema fiscal; da mesma forma, têm também de garantir que respeitam o princípio da proporcionalidade, no sentido de se afastar a adoção de medidas menos abrangente do que aquela que estiver a ser analisar em virtude daquelas não permitirem atingir os objetivos prosseguidos¹¹⁸.

2.3. As dificuldades na apreciação da seletividade em auxílios fiscais

Como já é possível concluir de toda a apreciação *supra* realizada, o critério da seletividade constitui um dos momentos essenciais na aferição de existência (ou não existência) de um

¹¹⁵ *Idem*, p. 138

¹¹⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 02.07.1974, *Itália c. Comissão*, processo 173/73, Número CELEX: 61973CJ0173, parágrafo 33

¹¹⁷ Bacon, Kelyn, “*European Union...*”, pág. 79

¹¹⁸ “Comunicação...”, p. 140

AdE ilegal, comportando consigo elevadas exigências técnicas de análise que, muitas vezes, dificultam a apreciação das medidas em causa.

Tal é também verdadeiro quando estão em causa AdE sob a forma fiscal. Aliás, não se pode ignorar que a complexidade técnica associada a sistemas fiscais poderá complicar bastante a apreciação da medida.

Desde logo, como refere Claire Micheau, o artigo 107.º do TFUE apresenta uma definição de auxílio de Estado que se mostra demasiado abrangente, sendo por isso dificilmente adaptável a auxílios de natureza fiscal¹¹⁹.

Refere a autora, num outro texto, o seguinte: “*given the diversity of tax measures, the complexity of certain tax regimes and the absence of harmonised tax standards, it remains challenging to provide a sole text of tax selectivity which would cover all tax measures*”¹²⁰.

Uma dificuldade que está também diretamente ligada com a aferição da seletividade em medidas de natureza fiscal, reside no facto de muitas dessas medidas assumirem a forma de uma norma jurídica, o que aparenta conferir-lhe um carácter geral e de aplicação a todos os contribuintes¹²¹. Assim, e para que não se corra o risco de essas medidas aparentemente gerais escaparem ao crivo das normas sobre AdE, há que analisar-se além do elemento literal e confirmar se a norma é ou não efetivamente seletiva; isto é, exige-se uma análise casuística dessa medida¹²².

Certo é que a análise da seletividade em medidas fiscais, tal como realizado pela Comissão e pelo TJ é suscetível de levantar diversos problemas que, associados à complexidade do sistema fiscal, criam espaço para um elevado grau de incerteza¹²³.

Claire Micheau elenca um conjunto de questões que encontra nas análises da seletividade feitas pela Comissão e pelo TJ em casos de AdE sob a forma fiscal¹²⁴.

¹¹⁹ MICHEAU, Claire, “*Tax selectivity in State...*”, pág. 276

¹²⁰ *Idem*, pág. 325

¹²¹ *Idem*, pág. 277

¹²² *Idem*, pág. 277

¹²³ *Idem*, pág. 280

¹²⁴ *Idem*, págs. 280 a 283

Desde logo, identifica a dificuldade em distinguir o critério da seletividade do critério da vantagem económica, notando que, apesar de este segundo critério não estar expressamente previsto no artigo 107.º do TFUE, é considerado um requisito fundamental¹²⁵.

Importa assinalar que apesar de constituírem critérios distintos, a análise de ambos assenta em critérios em tudo semelhantes e que se traduzem na necessidade de identificar um sistema de referência e perceber se a medida *sub judice* se afasta desse mesmo sistema¹²⁶.

Ainda assim, Micheau aponta duas diferenças essenciais: *i)* por um lado, estes dois critérios assentam em lógicas distintas, já que com a *vantagem* pretende identificar-se uma benefício decorrente da aplicação da medida, enquanto que com a *seletividade* está em causa a desigualdade, a aplicação discriminatória do regime fiscal; *ii)* por outro lado, estão em causa dois mecanismos diferentes, uma vez que enquanto a *seletividade* pode ser justificada, tal não é possível com o critério da *vantagem* económica¹²⁷.

No mesmo sentido, Wolfgang Schön refere que ambos os critérios requerem um exercício de comparação que, no âmbito fiscal, conduz à consideração de dois testes distintos: relativamente à vantagem, é necessário perceber se a empresa em causa é desobrigada da prestação de valores que normalmente teria de pagar; quanto à seletividade, é necessário identificar o sistema de referência e determinar se a medida em causa constitui uma derrogação a esse sistema¹²⁸.

Contudo, refere o mesmo autor, importa esclarecer a confusão que existe na análise destes critérios, já que, tendo em conta a margem de soberania que cada EM detém relativamente à legislação fiscal, o facto de um determinado evento não ser taxado não é suficiente para se entender como um auxílio ilegal ou para constituir, por si só, uma vantagem. O autor acrescenta ainda: “[t]he ‘*advantage test*’ show us whether there is ‘*aid – meaning a deviation from the general tax regime. The ‘selectivity test’ show us whether there is ‘aid’ favouring specific recipients – as opposed to general aid measures which are allowed to national tax legislators*”¹²⁹.

¹²⁵ *Idem*, pág. 280

¹²⁶ *Idem*, pág. 281

¹²⁷ *Idem*, pág. 281

¹²⁸ SCHÖN, Wolfgang, “*State Aid...*”, pág. 407

¹²⁹ *Idem*, pág. 408

Assim, há que concluir que apesar de *vantagem* e *seletividade* serem dois critérios altamente correlacionados, devem ser mantidos e analisados separadamente ¹³⁰. Isto porque poderão ocorrer situações em que a vantagem concedida através da decisão fiscal esteja também à disposição das demais empresas em situação comparável, na medida em que todas as empresas abrangidas pelo âmbito da norma que motivou o pedido de realização da medida em causa poderão também solicitar esse tipo de esclarecimento às autoridades administrativas; ou porque as empresas contribuintes destinatárias da decisão fiscal não estão numa situação legal e fática comparável àquelas que decidiram não solicitar o mesmo esclarecimento às autoridades administrativas ¹³¹.

Também a necessidade de comparar o regime fiscal aplicável a empresas na mesma situação nem sempre é linear, já que surge a questão de saber quais os métodos adequados a aplicar para que se conclua que certas empresas se encontram nessa mesma situação fiscal para efeitos do regime de AdE¹³².

Veja-se, a título de exemplo, o caso *Adria-Wien Pipeline*¹³³ em que, para o efeito de estabelecer esta comparação, o TJ baseou-se numa comparação entre empresas produtoras e empresas que prestam serviços, isto é, comparou empresas do setor secundário com empresas do setor terciário. Ora, poderá entender-se ser pouco defensável que dois agentes económicos, de setores distintos, ambos com um grande número de agentes económicos, possam ser considerados suficientemente próximos para que sejam submetidos a uma comparação ao nível do seu regime fiscal¹³⁴.

Noutra perspetiva, também a aplicação do método de análise em três fases (o *derrogation test*) levanta algumas dificuldades que advêm do facto de este método exigir a definição do regime tributário geral aplicável àquela situação (caso não existisse a medida em crise), o que não constitui uma tarefa linear nestes casos¹³⁵.

Neste âmbito, a abordagem adotada pelo TJ para determinar a seletividade de uma medida fiscal consiste em verificar se essa medida efetivamente favorece um certo número de

¹³⁰ GUNN, Anna e LUTS, Joris, “*Tax Rulings, APAPs and State Aid: Legal Issues*”, in *EC Tax Review*, 2015-2, pág. 121

¹³¹ GUNN, Anna e LUTS, Joris, “*Tax Rulings...*”, pág. 122

¹³² MICHEAU, Claire, “*Tax selectivity in State...*”, pág. 281

¹³³ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 08.11.2001, *Adria-Wien Pipeline e Finanzlandesdirektion für Kärnten*, C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598, pp. 50 e 52

¹³⁴ MICHEAU, Claire, “*Tax selectivity in State...*”, pág. 281

¹³⁵ *Idem*, pág. 282

empresas contribuintes, independentemente do número concreto de empresas em causa, dos setores envolvidos ou das atividades por essas empresas levadas a cabo¹³⁶.

Mais recentemente, a abordagem do TJ parece ser essencialmente uma abordagem direcionada para os efeitos da medida, no sentido em que o relevante é o impacto que a medida tem sobre as empresas, independentemente da forma da medida ou das empresas em causa; ou seja, se da aplicação da medida resulta um tratamento fiscal mais favorável a determinadas empresas presume-se que essa medida é seletiva, exceto se for possível demonstrar que a medida é justificada pela natureza ou regime geral do sistema de referência¹³⁷.

A última dificuldade apontada por Micheau, relaciona-se com o encontrar um critério que se mostre capaz de equilibrar uma aplicação tão exigente e rigorosa do método de análise em três fases, tal como descrito nos parágrafos anteriores¹³⁸.

É assim, indica Micheau, que surge a possibilidade de justificar a medida à luz do sistema jurídico em causa, com o objetivo de equilibrar uma aplicação tão exigente do método em três fases. Por esta razão deverá essa justificação ser sempre analisada em concreto, isto é, casuisticamente (ao contrário do método em três fases que é aplicado em abstrato)¹³⁹.

Não obstante, estando a grande dificuldade do sistema de três fases na exigente aplicação dos seus critérios, uma crítica que pode ser apontada relaciona-se com a definição do sistema de referência com o qual se possa comparar a medida em crise, isto por muitas vezes este sistema de referência ser definido de forma demasiado abrangente¹⁴⁰.

E este é um ponto central, já que a definição desse ponto de referência é fulcral na análise do critério da seletividade e, caso seja definido de forma demasiado abrangente, aumenta muito a probabilidade de a medida ser efetivamente considerada seletiva. Veja-se que, em muitos casos, esse sistema de referência é definido como sendo todo o regime que compõe as normas fiscais que têm as empresas como destinatárias.

¹³⁶ *Idem*, pág. 282

¹³⁷ *Idem*, pág. 282

¹³⁸ *Idem*, págs. 282 e 283

¹³⁹ *Idem*, pág. 282

¹⁴⁰ *Idem*, pág. 283

Uma outra possibilidade adiantada por Micheau é a de o critério da distorção da concorrência no mercado (critério essencial do art. 107.º do TFUE) ser analisado de forma mais restrita, o que permitiria limitar a análise do mercado relevante em causa, passando-se a ter em conta apenas as empresas que efetivamente sejam prejudicadas pela aplicação da medida que eventualmente constitua um AdE¹⁴¹.

Assim, há que retirar uma conclusão inquietante: a aplicação do método em três fases a medidas que possam constituir AdE sob a forma fiscal conduz a uma situação de incerteza jurídica, podendo resultar em decisões arbitrárias¹⁴².

2.4. Preços de transferência, o princípio da plena concorrência (*Arm's Length Principle*) e os acordos prévios sobre preços de transferência

Nos casos em análise no presente trabalho, o objeto investigado pela Comissão consiste em decisões fiscais, previamente concedidas pelas autoridades fiscais administrativas dos EM a empresas multinacionais, que decidam sobre o regime tributário a ser aplicado em cada caso relacionado com preços de transferências entre várias empresas pertencentes à mesma multinacional.

Como tal, parece-nos fundamental esclarecer três conceitos que ajudam a melhor compreender o que está em causa: preços de transferência, o princípio da plena concorrência e acordos prévios sobre preços de transferência.

Os preços de transferência (em inglês, *transfer prices*), podem ser definidos como “*the prices at which an enterprise transfers physical goods and intangible property or provides services to associated enterprises*”¹⁴³.

Está, portanto, em causa a determinação dos preços a aplicar quando se realizam transferências entre empresas que pertencem a um mesmo grupo de empresas. Do ponto de vista do Direito da Concorrência, este tema mostra-se relevante já que é necessário assegurar que estas empresas não tiram partido das suas relações especiais para praticar

¹⁴¹ *Idem*, pág. 283

¹⁴² SOLTÉSZ, Ulrich, “*EU State aid law and taxation – Where do we stand today?*”, in *European Competition Law Review*, Volume 41, Issue 1, 2020, pág. 19

¹⁴³ OCDE, “*OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*”, 2022, pág. 13

preços mais favoráveis do que aqueles que são praticados em condições normais de mercado por empresas independentes.

Os preços de transferência poderão ser problemáticos na medida em que “(...) *não [são] negociado[s] no mercado livre o que potencialmente origina que esse[s] preço[s] seja[m] afastado[s] do que seria praticado entre pessoas independentes, em circunstâncias análogas, em transações semelhantes*”¹⁴⁴, o que poderá permitir às empresas envolvidas “(...) *obter[em] uma ‘manipulação’ dos preços atribuídos às trocas de bens e serviços dentro da unidade empresarial, e, conseqüentemente, diminuir a carga fiscal de que são alvo*”¹⁴⁵.

Relaciona-se com a preocupação em garantir que estes preços de transferências são definidos com base em condições de mercado, o respeito pelo princípio de plena concorrência (em inglês, *arm's length principle*).

Este princípio encontra-se previsto e determinado no artigo 9.º do *Model Tax Convention on Income and on Capital* da OCDE¹⁴⁶.

A aplicação do princípio da plena concorrência aos preços de transferência pressupõe que estes sejam fixados de acordo com as condições de mercado e em correspondência com aqueles que são os preços praticados por empresas independentes em situação comparável, evitando-se assim que a carga fiscal a aplicar àquela transação seja reduzida artificialmente através da troca de lucros e prejuízos entre as empresas do mesmo grupo económico¹⁴⁷.

É possível entender que este princípio é a única forma de garantir que não há um favorecimento seletivo de empresas integradas em grupos empresariais por comparação com as empresas individuais¹⁴⁸.

¹⁴⁴ ABRUNHOSA, Francisca Póvoas de, “*Preços de Transferência – a problemática e os principais focos de conflito*”, Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal, Universidade Católica Portuguesa, 2013, págs. 1 e 2

¹⁴⁵ ESTEVES, Mariana Medeiros, “*Os auxílios de Estado...*”, pág. 249

¹⁴⁶ OCDE, “*Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*”, OECD Publishing, Paris, 2017, págs. 34 e 35

¹⁴⁷ VOS, Bram, “*State Aid, Taxation & Transfer Pricing: Illegal Fiscal State Aid Granted to Starbucks?*”, in EC Tax Review, 2018-2, pág. 115

¹⁴⁸ FIDE (Fédération Internationale pour le Droit Européen / International Federation for European Law), XXVIII FIDE Congress; [org.] APDE (Associação Portuguesa de Direito Europeu), Vol. 2, Edit.: VILAÇA, José Luís da Cruz, MONIZ, Carlos Botelho, VASCONCELOS, Rita Leandro, SAAVEDRA, Alberto, ISBN 978-972-40-7479-5, pág. 107

A este nível, existe uma figura que assume particular relevância e que se traduz na possibilidade de as administrações fiscais poderem adotar e interpretar, no âmbito dos seus poderes discricionários, decisões fiscais prévias (as *Advanced Tax Rulings*), que poderão tomar várias formas, uma delas sendo os acordos prévios sobre preços de transferência (APPT), realizados entre empresas e administrações fiscais¹⁴⁹.

Deste modo, os APPT consistem em acordos estabelecidos entre as empresas contribuintes e as autoridades fiscais administrativas, onde são estabelecidos os critérios a recorrer para o cálculo dos preços de transferência, para um determinado período¹⁵⁰.

Segundo a OCDE, “[a]n arrangement that determines, in advance of controlled transactions, an appropriate set of criteria (e.g. method, comparables and appropriate adjustments thereto, critical assumptions as to future events) for the determination of the transfer pricing for those transactions over a fixed period of time”¹⁵¹.

A principal função destes acordos prévios é a de proporcionar certeza jurídica quanto à aplicação das normas relacionadas com preços de transferência à situação concreta em análise¹⁵².

Refere a Comissão, na sua Comunicação, que é o grau de incerteza que se verifica naquelas situações que justifica a realização de uma decisão prévia em que se analise se o preço de transferência é determinado em respeito pelo princípio da plena concorrência¹⁵³.

Aliás, olhando para Portugal, refere a Autoridade Tributária e Aduaneira o seguinte: “[a] celebração de um APPT apresenta vantagens quer para as Administrações Tributárias, quer para os contribuintes. Para as primeiras resulta, nomeadamente, uma maior certeza na determinação da receita, um fator potenciador de investimento estrangeiro e uma redução das disputas entre Administração Tributária e sujeitos passivos. Para estes últimos, além da redução das disputas, resulta igualmente, uma maior certeza e

¹⁴⁹ ESTEVES, Mariana Medeiros, “Os auxílios de Estado...”, pág. 250

¹⁵⁰ VOS, Bram, “State Aid...”, pág. 115

¹⁵¹ OCDE, “OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017”, 2017, pág. 23

¹⁵² GUNN, Anna e LUTS, Joris, “Tax Rulings...”, pág. 122

¹⁵³ “Comunicação...”, p. 169

segurança jurídicas, uma redução dos custos de cumprimento e, no caso dos APPT bilaterais ou multilaterais, uma eliminação do risco de dupla tributação”¹⁵⁴.

Significa isto que os APPT também podem ser multilaterais, na medida em que várias autoridades fiscais administrativas (de vários Estados distintos) são parte desse acordo.

Nestas situações, estando em causa medidas desta natureza aplicáveis a grupos económicos, a ponderação sobre a (in)existência de uma vantagem tem de ser feita em relação à empresa concretamente em causa e não quanto ao grupo económico como um todo¹⁵⁵.

Importa reter que a existência de um sistema de decisões fiscais e, em particular, de APPT, não traz por si só qualquer problema ao nível da concorrência; isto é, tais sistemas são totalmente neutros do ponto de vista do regime de AdE¹⁵⁶. Aliás, refere a Comissão na sua Comunicação: “[o]s Estados-Membros podem proporcionar aos seus contribuintes segurança jurídica e previsibilidade quanto à aplicação das regras fiscais gerais, e a melhor forma de o fazerem é assegurar que a prática das decisões fiscais administrativas é transparente e as decisões fiscais são publicadas”¹⁵⁷.

Sucedo, contudo, que tendo em conta o grau de discricionariedade que às entidades administrativas assiste, poderão ocorrer situações em que a entidade administrativa use esse seu poder para garantir vantagens seletivas às empresas às quais se dirige o acordo prévio e nesse caso, tais acordos tornam-se desconformes às regras europeias em matéria de AdE¹⁵⁸.

Naquela Comunicação de 2016, a Comunicação foca esta ideia: “[s]e uma decisão fiscal subscrever um resultado que não reflète de forma fiável o que resultaria de uma aplicação normal do regime fiscal comum, essa decisão pode conferir uma vantagem seletiva ao destinatário, na medida em que esse tratamento seletivo dá azo a uma redução

¹⁵⁴ Cf. *website* da Autoridade Tributária e Aduaneira, disponível em https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/Grandes_Contribuintes/Preços_de_Transferencia/Pages/preços-de-transferencia.aspx

¹⁵⁵ SCHÖN, Wolfgang, “*State Aid...*”, pág. 406

¹⁵⁶ Lyal, Richard, “*Transfer Pricing Rules and State Aid*”, in *Fordham International Law Journal*, Volume 38, Issue 4, 2015, pág. 1040

¹⁵⁷ “Comunicação...”, p. 169

¹⁵⁸ ESTEVES, Mariana Medeiros, “*Os auxílios de Estado...*”, pág. 251. No mesmo sentido, SCHÖN, Wolfgang, “*State Aid...*”, pág. 433

da dívida fiscal do destinatário no Estado-Membro comparativamente a empresas numa situação factual e jurídica semelhante”¹⁵⁹.

Por outras palavras, uma decisão fiscal poderá ser problemática do ponto de vista do regime dos AdE quando, por um lado, aplica uma determinada norma fiscal que constitua, esta própria, um AdE e, por outro lado, quando se traduz num acordo que aplica uma norma fiscal de tal forma que passa a atribuir um auxílio, verificando-se os critérios para essa classificação¹⁶⁰.

Ora, é assim possível concluir que a Comissão entende como essencial que na elaboração destas decisões fiscais administrativas e acordos prévios sobre preços de transferência, seja sempre tido em conta o princípio da plena concorrência.

Contudo, a aplicação deste princípio nem sempre é pacífica. A verdade é que, tal como visto *supra*, este princípio decorre diretamente do estabelecido pela OCDE no *Model Tax Convention on Income and on Capital*, que, todavia, não tem carácter vinculativo.

Ainda assim, na sua Comunicação de 2016 sobre AdE, a Comissão parece deixar poucas hipóteses aos EM afirmando, de forma clara, no p. 172 do documento que nas análises que leve a cabo a propósito de medidas fiscais concedidas a empresas pertencentes a um mesmo grupo económico, irá “*necessariamente*” ter em conta o princípio da plena concorrência “*independentemente de um Estado-Membro ter incorporado este princípio no seu sistema jurídico nacional e sob que forma*”. Por fim, acrescenta que, para tal, irá recorrer às orientações dadas pela OCDE sobre o tema.

Portanto, significa isto que a Comissão parece ser indiferente ao facto de um EM ter ou não transposto para o seu ordenamento jurídico as diretrizes fornecidas pela OCDE sobre a aplicação do princípio da plena concorrência; a Comissão reconhece tais diretrizes, tal instituto jurídico e é nele que se irá basear para determinar se vantagens seletivas foram ou não concedidas através de acordos prévios sobre preços de transferência.

Em jeito de conclusão intercalar, parece-nos que poucas alternativas restam aos EM que não atuem em conformidade com o artigo 9.º da *Model Tax Convention on Income and*

¹⁵⁹ “Comunicação...”, pág. 170

¹⁶⁰ GUNN, Anna e LUTS, Joris, “*Tax Rulings...*”, pág. 120

on Capital, sob pena de a Comissão considerar que as suas práticas constituem um AdE ilegal. Ou seja, a Comissão procura tornar vinculativo o que não o é¹⁶¹.

3. A prática da Comissão: as recentes decisões sobre auxílios sob a forma fiscal em casos acordos prévios sobre preços de transferência

3.1. Notas introdutórias e análise dos casos em questão

Como referido na Introdução, desde 2013 a Comissão tem vindo a dedicar parte do seu trabalho de investigação na análise de decisões fiscais que possam consubstanciar AdE.

Os trabalhos de investigação da Comissão resultaram na adoção de quatro decisões condenatórias cujas práticas em causa surgem no âmbito da adoção de decisões administrativas fiscais sobre preços de transferência: em 21 de outubro de 2015, nos processos *Fiat*¹⁶² e *Starbucks*¹⁶³; em 30 de agosto de 2016, no processo *Apple*¹⁶⁴; e em 4 de outubro de 2017, no processo *Amazon*¹⁶⁵.

Iremos então analisar os casos referidos *supra*, mas não sem previamente notar que não se procederá a uma análise exaustiva de cada um dos casos, apenas se focando os factos e questões jurídicas que mais relevam à análise do objeto do presente trabalho.

i) Caso *Fiat*

Após a decisão de abertura de um procedimento formal de investigação em 11 de junho de 2014, a CE emitiu a sua Decisão final de atribuição de um AdE ilegal e de recuperação por parte do Luxemburgo em 21 de outubro de 2015¹⁶⁶ (Decisão).

¹⁶¹ GORMSEN, Lisa Lovdahl, “*EU State Aid Law...*”, págs. 380 e 381

¹⁶² Decisão disponível em https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253203/253203_1757564_318_2.pdf

¹⁶³ Decisão disponível em https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253201/253201_1762441_575_2.pdf

¹⁶⁴ Decisão disponível em https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253200/253200_1851004_674_2.pdf

¹⁶⁵ Decisão disponível em https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/254685/254685_1966181_892_4.pdf

¹⁶⁶ Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão de 21 de outubro de 2015 relativa ao auxílio estatal SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) concedido pelo Luxemburgo à Fiat, JO L 351 de 22/12/2016

A Decisão recai sobre um APPT, adotado em 3 de setembro de 2012, atribuído pela administração fiscal luxemburguesa à Fiat e que autoriza a aplicação de um método de afetação dos lucros à FFT, que havia sido proposto pelo consultor fiscal da sociedade e que permitia à empresa determinar o seu rendimento tributável¹⁶⁷.

A FFT é uma empresa do grupo Fiat, grupo do setor automóvel, no qual exerce atividades industriais e de serviços financeiros. Este grupo, à data do APPT analisado, era constituído pela S.p.A., com sede social em Turim, Itália, e pelas demais sociedades controladas pela Fiat S.p.A.. Em outubro de 2014, a Fiat S.p.A fundiu-se com a Fiat Investments N.V., sendo aquela sucedida pela Fiat Chrysler Automobiles N.V..¹⁶⁸

A FFT está sediada no Luxemburgo, a partir de onde opera, prestando serviços de tesouraria e financiamentos às empresas do grupo Fiat sediadas na Europa (exceto a Itália) e gere várias infraestruturas de gestão central de tesouraria para as empresas do grupo no Reino Unido, Dinamarca, Bélgica, Países Baixos, Suíça, Áustria, Alemanha e Espanha¹⁶⁹.

Na decisão fiscal em causa, a administração fiscal luxemburguesa aceitou a análise sobre os preços de transferência da FFT realizada pelo consultor fiscal do grupo e que consta de um relatório sobre os preços de transferência que serviu de base à decisão fiscal em análise¹⁷⁰.

De notar que o ordenamento jurídico luxemburguês (em concreto, no n.º 3 do artigo 164.º do Código luxemburguês dos Impostos sobre o Rendimento), prevê o princípio da plena concorrência¹⁷¹.

No que diz respeito à análise do critério da seletividade da medida, há que destacar duas considerações iniciais: por um lado, a CE analisa conjuntamente a existência de uma vantagem e seletividade da mesma (*vide* o título do capítulo 7.2 da Decisão- “*Existência de uma vantagem seletiva*”); por outro lado, a CE recorre ao método da análise em três etapas para a determinação da seletividade da medida¹⁷².

¹⁶⁷ *Idem*, p. 52

¹⁶⁸ Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, pp. 34 e 35

¹⁶⁹ *Idem*, p. 36

¹⁷⁰ *Idem*, p. 54

¹⁷¹ *Idem*, p. 75

¹⁷² *Idem*, pp. 192 e ss

Neste sentido, a CE inicia a sua análise pela determinação do sistema de referência, que fixou como correspondendo ao sistema geral do imposto sobre as sociedades do Luxemburgo. Conclui desta forma por entender que o regime de tributação societário do Luxemburgo é aplicável tanto a empresas nacionais como às estrangeiras com residência no país, assim como às sucursais luxemburguesas destas. Enquanto as empresas nacionais ou com residência no Luxemburgo são tributadas relativamente aos lucros realizados a nível mundial, as não residentes estão sujeitas a imposto apenas nalgumas das receitas de fonte luxemburguesa¹⁷³.

Acrescenta que o sistema de tributação societário do Luxemburgo é aplicável a todas as empresas, não fazendo qualquer distinção quanto à sua forma ou estrutura¹⁷⁴. Além disso, também não existe distinção na forma de tributação do lucro entre sociedades integradas e não integradas, concluindo que ambos os tipos de sociedades se encontram numa situação factual e jurídica similar¹⁷⁵.

Neste campo, a Fiat defendeu que o sistema de referência a considerar deveria ser aquele que inclui empresas associadas sujeitas às regras aplicáveis aos preços de transferência¹⁷⁶. A CE afasta esta posição, nomeadamente com base no facto de as transações efetuadas pela FFT poderem ser efetuadas num contexto que não o de sociedades integradas¹⁷⁷.

Foi ainda argumentado pela Fiat e pelo Luxemburgo a possibilidade de ser considerado como sistema de referência a norma específica do sistema fiscal luxemburguês sobre preços de transferência e o princípio da plena concorrência, a Circular L.I.R. n.º 164/2 (Circular) que a concretiza e/ou a prática administrativa em matéria de decisões fiscais sobre preços de transferência¹⁷⁸.

Mais uma vez, a CE afastou esta possibilidade com base, essencialmente, no facto de que considerar que o sistema de referência apenas deve incluir sociedades integradas, constitui uma distinção artificial entre sociedades, já que tal não resulta do sistema fiscal nacional (nem da norma específica em causa, nem da Circular que a concretiza)¹⁷⁹.

¹⁷³ *Idem*, p. 194

¹⁷⁴ *Idem*, p. 198

¹⁷⁵ *Idem*, p. 199

¹⁷⁶ *Idem*, p. 201

¹⁷⁷ *Idem*, p. 206

¹⁷⁸ *Idem*, p. 210

¹⁷⁹ *Idem*, pp. 212 a 214

Quanto à existência de uma derrogação, a CE entendeu que esta se verificava, já que a decisão em crise permitiu reduzir o imposto devido pela FFT em comparação com o sistema fiscal geral de tributação de sociedades no Luxemburgo, nomeadamente em relação às empresas não integradas.

Para chegar a tal conclusão, a CE analisou as opções do ponto de vista técnico tomadas no APPT, nomeadamente: *i)* não considerar adequadas as opções metodológicas, escolhas de parâmetros e ajustamentos por parte do consultor fiscal da Fiat para o cálculo da matéria coletável da FFT¹⁸⁰; *ii)* o método utilizado na decisão para determinar a remuneração de plena concorrência não ser metodologicamente coerente do ponto de vista contabilístico¹⁸¹; *iii)* o consultor fiscal aplicar de forma incoerente, para a determinação no nível hipotético de fundos próprios regulamentares, o Quadro de Basileia II¹⁸² por analogia¹⁸³; *iv)* o consultor fiscal realizar um conjunto de deduções aos capitais próprios remanescentes da FFT, mas que se afastavam de um resultado baseado no mercado¹⁸⁴; *v)* o nível estimado de rendibilidade exigida aplicada à base de capitais neste caso não se traduzir numa aproximação fiável de um resultado baseado no mercado¹⁸⁵.

Todas estas circunstâncias conduziram, segundo a análise da CE, a que anualmente fosse calculada uma matéria coletável à FFT inferior aquela que resultaria das normais condições de funcionamento de mercado e de um resultado em plena concorrência, logo, constituindo uma derrogação ao sistema de referência.

Interessante é também notar que a Fiat avançou com a ideia de que a CE deveria ter em conta o “efeito no grupo” que a medida surtiu, “*ou seja, que o grupo Fiat não beneficiou de qualquer vantagem dado que qualquer aumento da matéria coletável no Luxemburgo seria totalmente compensado por um aumento da dedução fiscal nos outros Estados-*

¹⁸⁰ *Idem*, p. 248

¹⁸¹ *Idem*, p. 250

¹⁸² O Acordo de Basileia II é de 1999 e surge da conclusão pela insuficiência do Basileia I, de 1988. Estes acordos surgem num contexto de instabilidade sentido nos mercados bancários e cambiais internacionais, da década de 1970. Nesse sentido, foi criado um comité de supervisão bancária, em 1974, no seio do Bank for International Settlements, cujo objetivo era o de procurar a harmonização dos padrões de supervisão bancária. Em 2007, foi ainda acordado o Basileia III- cf. VASCONCELOS, J.M.O., PERES M., C.J. e CRISTÓVÃO, D.C., “*Acordos de Basileia e o impacto na regulamentação da actividade bancária: Uma revisão*”, págs. 3 e 4, disponível em https://www.occ.pt/dtrab/trabalhos/xviicica/finais_site/218.pdf

¹⁸³ Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, p. 267

¹⁸⁴ *Idem*, p. 277

¹⁸⁵ *Idem*, p. 292

*Membros*¹⁸⁶. Contudo, a CE entendeu que a presente análise deve apenas ter em conta as partes envolvidas na decisão fiscal em causa (ou seja, a FFT e o Luxemburgo) e não a eventual possibilidade de o impacto ser neutro ao nível das outras empresas do grupo Fiat em virtude do tratamento conferido noutros EM¹⁸⁷.

Subsidiariamente, a CE analisou ainda a existência de uma derrogação na eventualidade de o sistema de referência ser, como apontado pela Fiat e pelo Luxemburgo, a norma específica do sistema fiscal luxemburguês sobre preços de transferência e/ou a Circular que a concretiza, tendo novamente concluído que existe derrogação, considerando as críticas já apontadas às opções metodológicas de parâmetro e ajustamentos realizados pelo consultor fiscal da FFT que resultaram numa redução da matéria coletável da FFT no Luxemburgo¹⁸⁸.

Ainda no que diz respeito à possibilidade de o sistema de referência consubstanciar-se na prática decisória da administração fiscal luxemburguesa baseada na Circular, a CE pronunciou-se no sentido de não dar provimento ao argumento, uma vez que, por um lado, entende que a Circular não tem critérios objetivos que permitam a aplicação coerente do princípio da plena concorrência a casos de preços de transferência¹⁸⁹; e, por outro, considera que a prática decisória luxemburguesa é demasiado incoerente para que possa ser considerado um sistema de referência¹⁹⁰.

Por sua vez, no que diz respeito ao terceiro passo da análise em três fases- a existência de uma justificação –, nem o Luxemburgo, nem a Fiat avançaram com um qualquer motivo justificativo para o tratamento seletivo da FFT, nem a CE conseguiu identificar qualquer possível justificação¹⁹¹, pelo que concluiu assim pela seletividade da decisão fiscal emitida pela administração fiscal luxemburguesa à FFT.

Assim, a CE considerou demonstrada a existência de um AdE ilegal concedido à Fiat, prevendo a necessidade de exigir a recuperação do valor da vantagem concedida à empresa por parte do Luxemburgo.

¹⁸⁶ *Idem*, p. 312

¹⁸⁷ *Idem*, p. 314

¹⁸⁸ *Idem*, pp. 315 a 317

¹⁸⁹ *Idem*, p. 321

¹⁹⁰ *Idem*, p. 326

¹⁹¹ *Idem*, pp. 337 e 338

ii) Caso *Starbucks*

Após um período de investigação iniciado em 30 de julho de 2013, a CE emitiu a sua decisão final sobre o AdE concedido pelos Países Baixos à Starbucks, em 21 de outubro de 2015¹⁹². Esta Decisão recaiu sobre um APPT celebrado em 2008 entre a administração fiscal neerlandesa e a Starbucks Manufacturing EMEA BV (SMBV), vinculativo por um período de 10 anos (de 01.10.2007 a 31.12.2017).¹⁹³

A SMBV, constituída nos Países Baixos, é uma filial do grupo Starbucks e é controlada pela Starbucks Corporation, com sede em Seattle, nos Estados Unidos da América (EUA)¹⁹⁴. Das entidades controladas pelo grupo Starbucks, a SMBV é a única fora dos EUA que procede à torrefação do café¹⁹⁵, sendo ainda intermediária de distribuição de vários produtos — que não o café¹⁹⁶ — a lojas Starbucks na Europa, Médio Oriente e em África¹⁹⁷.

A CE concluiu que o APPT celebrado entre os Países Baixos e a Starbucks permitiu reduzir artificialmente a despesa fiscal da empresa, desde 2008, de duas formas distintas: i) por um lado, através do pagamento de *royalties* à Alki LP (uma empresa também do grupo Starbucks, baseada no Reino Unido); ii) por outro lado, através do pagamento por um particular grão de café à Starbucks Coffee Trading SARL (baseada na Suíça)¹⁹⁸.

No que diz respeito ao critério da seletividade, também aqui a CE dedicou a sua análise à “vantagem seletiva”, ou seja, não distinguiu o critério da seletividade do da vantagem. Baseou-se no teste da análise em três fases.

Assim, no que diz respeito ao sistema de referência em causa, a CE entendeu tratar-se do “*regime geral neerlandês do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, que tem por objetivo a tributação dos lucros de todas as empresas sujeitas a imposto nos Países*”

¹⁹² Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, relativa ao auxílio estatal SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) concedido pelos Países Baixos à Starbucks, JO L 83 de 29/03/2017, pp. 38-115

¹⁹³ *Idem*, p. 40

¹⁹⁴ *Idem*, p. 37

¹⁹⁵ *Idem*, p. 39

¹⁹⁶ *Idem*, p. 49

¹⁹⁷ ARENA, Amedeo, “*State Aids and Tax rulings: An assessment of the Commission’s recent decisional practice*”, in *Market and Competition Law Review*, Vol. I, N.º 1, abril de 2017, págs. 55 e 56

¹⁹⁸ Comunicado de imprensa da Comissão Europeia, de 21.10.2015, disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_5880

Baixos”, após concluir que ao abrigo deste regime não há distinção na tributação entre empresas integradas e não integradas e, por isso, devem ser consideradas como estando numa situação factual e jurídica semelhante¹⁹⁹.

Os Países Baixos e a Starbucks ainda alegaram que o sistema de referência a considerar deveria corresponder às normas legais fiscais neerlandesas específicas aplicáveis a empresas integradas em grupos societários, já que são estas que precisam de considerar o princípio da plena concorrência no momento da afetação dos seus lucros. Contudo, a CE afastou este entendimento por considerar que, desta forma, estar-se-ia a criar uma distinção artificial entre empresas (inseridas num grupo ou independentes), distinção essa que não resulta da aplicação do regime geral neerlandês do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas e que não é reconhecido quando tributa os lucros das empresas no âmbito da sua jurisdição fiscal²⁰⁰.

Acresce ainda que, na visão da CE, entender-se que essas normas neerlandesas estabelecem regras especiais para empresas inseridas em grupos poderia ser suficiente para se concluir pela existência de seletividade, ao excluir um determinado conjunto de empresas de um universo em que estão numa situação factual e jurídica comparável, como a CE entende estarem as empresas integradas e as independentes²⁰¹.

Assim, determinando o sistema de referência como o regime fiscal geral neerlandês aplicável ao rendimento sobre as empresas, rapidamente conclui que o APPT da SMBV constitui uma derrogação a esse sistema, já que cria uma desigualdade entre empresas numa mesma situação fáctica e jurídica²⁰².

Para aprofundar esta sua conclusão, a CE procede a uma análise exhaustiva com vista a demonstrar que o acordo prévio em crise constitui um desvio ao princípio da plena concorrência (cf. pp. 255 a 412 da Decisão).

No p. 262 da Decisão, a Comissão esclarece que o objetivo na aplicação do princípio da plena concorrência “*consiste em assegurar que as transações entre empresas inseridas*

¹⁹⁹ Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, pp. 232 e 236

²⁰⁰ *Idem*, pp. 245 e 248

²⁰¹ *Idem*, p. 250

²⁰² *Idem*, p. 252

num grupo são tratadas para efeitos fiscais por referência ao montante dos lucros que teriam sido obtidos se as mesmas transações tivessem sido executadas por empresas independentes”. Assim, a apreciação que entende que lhe cabe realizar consiste em analisar se a metodologia prevista no APPT para a determinação dos lucros tributáveis da SMBV nos Países Baixos se afasta daquela que resultaria de uma aproximação fiável de resultados baseados no mercado²⁰³.

Uma vez que a legislação fiscal neerlandesa integra já o princípio da plena concorrência, os Países Baixos alegaram que a CE está a substituir-se à administração fiscal nacional na interpretação do seu direito nacional. Em resposta, a Comissão entendeu que tal não corresponderia à verdade, já que o que pretende examinar não é se o APPT em causa respeita a plena concorrência como prevista na legislação neerlandesa, mas sim se a administração fiscal nacional conferiu uma vantagem seletiva à SMBV, nos termos do artigo 107.º, n.º 1 TFUE²⁰⁴.

Ao longo de toda a sua análise e acompanhando o que já faz nas restantes decisões, a CE tem sempre por base as Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência de 2010, já que entende terem por objetivo “*desenvolver, para benefício das administrações fiscais e empresas multinacionais, os métodos mais adequados para calcular os preços de plena concorrência das operações transfronteiras entre empresas associadas para efeitos fiscais*”, daí que entenda ser o mais correto que, para a prossecução deste objetivo, não se deva ignorar as metodologias previstas nestas Orientações e consideradas adequadas para a fixação de preços de transferência²⁰⁵.

As condições previstas no APPT em crise teve por base um relatório de preços de transferência preparado à data pelo consultor fiscal da Starbucks, relatório esse que determina a remuneração pela função de torrefação da SMBV e que foi aceite pela administração fiscal neerlandesa como constituindo uma remuneração em condições de plena concorrência, aceitando também que o lucro gerado pela SMBV superior a esse nível de remuneração seja pago sob a forma de *royalties* à Alki LP²⁰⁶.

²⁰³ *Idem*, p. 263

²⁰⁴ *Idem*, p. 265

²⁰⁵ *Idem*, p. 266

²⁰⁶ Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, pp. 268 e 270

Entendeu a CE que, com a celebração do APPT, a administração fiscal aceitou que a metodologia apresentada pelo consultor fiscal da Starbucks para efeitos de cálculo dos valores tributáveis devidos à SMBV pelas funções de torrefação possa determinar de forma direta o nível de *royalties* pagos pela SMBV à Alki LP pelo acordo de licença da propriedade intelectual (PI) de torrefação celebrado entre elas. Aceitou ainda que o nível real dos lucros gerados pela SMBV no país pudesse ser reduzido para efeitos fiscais pelo pagamento de *royalties*, o que resultou num lucro tributável abaixo daquele registado, acrescentando que “*se os lucros contabilísticos da SMBV forem mais elevados do que o nível de remuneração acordado no APPT SMBV, o pagamento de royalties à Alki LP será aumentado pela diferença entre o nível da remuneração e os lucros contabilísticos da SMBV*”²⁰⁷.

Tendo em conta esta situação, concluiu que o APPT em crise foi solicitado, em boa verdade, em relação ao acordo de licença de PI de torrefação entre a Alki LP e a SMBV e que a metodologia para a determinação dos *royalties* em causa enquanto uma variável de ajustamento é a transação para a qual se fixam os preços através do acordo prévio²⁰⁸.

Esta situação choca com o facto de o relatório não ter identificado nem analisado este acordo de licença de PI de torrefação e, portanto, não ter sido determinada uma metodologia que assegure que o pagamento de *royalties* era conforme ao princípio da plena concorrência²⁰⁹.

Já no que diz respeito aos valores de *royalties* pagos pela SMBV à Alki LP, a Comissão conclui que o valor em causa não está em plena concorrência. Esta conclusão resulta da análise comparativa com transações não controladas comparáveis, nomeadamente tendo em conta os acordos de licença de PI em acordos de distribuição, de fabrico e de torrefação realizados pela Starbucks com terceiros, de onde a Comissão conclui que o valor dos *royalties* que a SMBV deveria pagar à Alki LP deveria ser igual a zero, já que aquela não retira qualquer benefício da utilização deste acordo de PI de torrefação²¹⁰.

²⁰⁷ *Idem*, p. 276

²⁰⁸ *Idem*, p. 277

²⁰⁹ *Idem*, p. 278

²¹⁰ *Idem*, p. 290

Além disso, a CE avalia ainda os preços cobrados à SMBV pelos grãos de café verde (pp. 342 a 361), já que, de acordo com o que indica o relatório sobre preços de transferência em que se baseou o APPT em crise, não se dedicou a analisar se esse preço foi fixado em plena concorrência²¹¹.

Por fim, numa outra perspectiva, conclui também a CE que no tal relatório, a SMBV foi considerada, de forma errada, a função menos complexa, consideração que releva para efeitos de aplicação de métodos unilaterais de fixação dos preços (como o MMLT, utilizado neste APPT).

Essa avaliação é necessária, uma vez que para a aplicação de métodos unilaterais de fixação de preços de transferência, há apenas que analisar a remuneração da “parte testada” da transação. Neste caso, no relatório, determinou-se a SMBV como a “parte testada”, tendo a Starbucks justificado essa decisão com base no facto de a empresa não deter propriedade intelectual de valor e por não incorrer em riscos comerciais significativos no âmbito das suas atividades²¹².

Contudo, a CE não concorda com essa posição, já que: *i*) a SMBV exerce outras funções além da torrefação (como estudos de mercado, deter a titularidade de propriedade industrial e/ou assinar contratos com fabricantes por encomenda)²¹³ e; *ii*) a SMBV parece ter algum poder sobre os preços cobrados pelos bens vendidos²¹⁴. Entende a CE que estas não são atividades exercidas por um fabricante de rotina²¹⁵.

Ao mesmo tempo e em sentido contrário, na avaliação da CE a Alki LP tem uma capacidade de exploração bastante limitada, já que nem a Alki LP, nem algum dos seus parceiros possui quaisquer empregados²¹⁶. Portanto, o relatório falhou ao não ter analisado as funções da Alki LP e não ter assim justificado o facto de a SMBV ter sido considerada a função menos complexa e, conseqüentemente, a “parte testada”.

²¹¹ *Idem*, p. 344

²¹² *Idem*, p. 365

²¹³ *Idem*, p. 370

²¹⁴ *Idem*, p. 370

²¹⁵ *Idem*, p. 372

²¹⁶ *Idem*, p. 375

Ainda considera a CE que, mesmo concedendo na aplicação do método MMLT, o relatório não o soube aplicar da forma correta, já que: *i)* as principais funções da SMBV foram mal identificadas²¹⁷; *ii)* foi utilizado o indicador errado para determinação do nível de lucro²¹⁸; *iii)* se a análise tivesse tido por base a função de revenda da SMBV e a remuneração a margem de vendas, ter-se-ia chegado a um nível de remuneração mais elevado²¹⁹; *iv)* o ajustamento do capital de exploração foi inadequado²²⁰.

A CE procurou ainda e subsidiariamente analisar a eventualidade de o sistema de referência ser o Decreto neerlandês sobre preços de transferência de 2011 que prevê o princípio da plena concorrência. Contudo, concluiu que mesmo nesse caso, haveria derrogação e vantagem seletiva, por todas as razões anteriormente analisadas que demonstram que o relatório teve por base pressupostos que não estão em plena concorrência, resultando assim numa redução da carga fiscal devida pela Starbucks aos Países Baixos²²¹.

Por fim, no que diz respeito ao último ponto de análise- a existência de uma possível justificação-, a CE não conseguiu avançar com qualquer possível justificação, nem os Países Baixos ou a Starbucks cumpriram com esse seu ônus e não apresentaram possíveis justificações²²².

Verificada a existência um AdE ilegal, a Comissão previu a necessidade de recuperar da Starbucks o valor da vantagem concedida.

iii) Caso *Apple*

Após a decisão de dar início ao procedimento formal de investigação, em 11 de junho de 2014, a CE emitiu a sua decisão final em 30 de agosto de 2016. Esta decisão tem por objeto dois acordos prévios emitidos pela administração fiscal irlandesa em 29 de janeiro

²¹⁷ *Idem*, pp. 379 a 386

²¹⁸ *Idem*, pp. 387 a 391

²¹⁹ *Idem*, pp. 392 a 400

²²⁰ *Idem*, pp. 401 a 408

²²¹ *Idem*, pp. 411 e 412

²²² Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, pp. 413 e 414

de 1991 e em 23 de maio de 2007, em relação às sociedades Apple Sales International (ASI) e Apple Operations Europe (AOE)²²³.

Estas duas empresas integram o grupo Apple, constituída pela Apple Inc. e todas as sociedades por esta controlada, com sede nos EUA e tendo como principais áreas de atividade a Investigação e Desenvolvimento (I&D), *Marketing*, Operações, Vendas e Geral e Administração²²⁴.

O grupo Apple tem várias sociedades constituídas na Irlanda, umas com residência fiscal nesse país, outras sem. De entre essas, a ASI e a AOE não têm a sua residência fiscal constituída na Irlanda²²⁵. A ASI é uma filial da AOE, que detém a primeira a 100%; por sua vez a AOE é uma filial a 100% da Apple Operations International, irlandesa, que é detida a 100% pela Apple Inc., constituída nos EUA²²⁶.

A ASI e a AOE detêm os direitos de PI da Apple para a venda e produção de produtos Apple fora da América do Norte e da América do Sul, em troca de pagamentos anuais feitos à Apple Inc. para o financiamento das suas atividades de Investigação e Desenvolvimento.²²⁷

Em regra, as sociedades constituídas na Irlanda, mesmo sendo geridas e controladas no estrangeiro, estão sujeitas a tributação no país. Contudo, a lei fiscal irlandesa prevê duas exceções a esta regra: *i*) quando uma sociedade tenha residência fiscal noutra país ao abrigo de uma convenção para evitar dupla tributação; *ii*) quando uma sociedade seja cotada numa bolsa de valores reconhecida ou controlada por pessoa residente num EM ou num outro país signatário de uma convenção fiscal e essa sociedade ou sua filial exerça uma atividade comercial na Irlanda.²²⁸

Sucedem que, no período durante o qual os acordos prévios em crise estiveram em vigor, foi considerado que a ASI e a AOE, apesar de constituídas na Irlanda, se inseriam na segunda exceção referida, uma vez que eram controladas pela Apple Inc., sociedade

²²³ Decisão (EU) 2017/1283 da Comissão, de 30 de agosto de 2016, relativa ao auxílio estatal SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) concedido pela Irlanda à Apple, JO L 187 de 19/07/2017, p. 39

²²⁴ *Idem*, pp. 40 e 44

²²⁵ *Idem*, p. 45

²²⁶ *Idem*, p. 47 e Figura 1

²²⁷ ARENA, Amedeo, “*State Aids and Tax rulings...*”, pág. 55

²²⁸ Cf. pp. 48 e 49 da Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão

residente num país signatário – os EUA. Contudo, e em simultâneo, a ASI e a AOE não tinham presença tributável em qualquer outra jurisdição fiscal²²⁹.

Através dos acordos em crise, ficaram determinados os lucros tributáveis da ASI e da AOE (os primeiros em 1991, substituídos em 2007 por novos acordos com termos semelhantes aos anteriores) que, na prática resultaram na transferência dos lucros decorrentes das vendas realizadas na Irlanda, para um *Head Office*, que não tinha espaço físico, trabalhadores nem presença em qualquer jurisdição fiscal, tendo tal resultado numa taxa anual tributável compreendida entre os 0.05% e os 0.005%²³⁰.

No que diz respeito à análise do critério da seletividade, mais uma vez a CE recorreu à análise em três fases.

Nesse sentido, quanto à análise do sistema de referência, a CE entendeu ser constituído pelo regime geral irlandês de tributação do lucro de sociedades, uma vez que este regime tributa todos os lucros de qualquer sociedade, independentemente da sua origem. Assim, entende a CE estarem numa situação factual e jurídica semelhante todas as sociedades com rendimento, residentes ou não residentes na Irlanda, estando também incluídas todas as empresas, independentemente de serem ou não integradas em sociedades, já que o regime irlandês também não estabelece qualquer distinção quanto a esta questão.²³¹ Neste tópico, veja-se também que a CE afastou o facto de os lucros tributáveis serem determinados de forma distinta entre empresas integradas e não integradas²³².

A CE parte então para uma longa e exaustiva análise, em simultâneo, da verificação da existência de uma derrogação ao sistema de referência e de uma vantagem seletiva, nos pp. 244 a 403.

Após concluir que as disposições irlandesas que constituem o sistema de referência exigem que a determinação da matéria coletável seja feita mediante a aplicação de um método de afetação de lucros²³³, a CE determina que, ao abrigo do n.º 1 do artigo 107.º do TFUE, esses métodos de afetação de lucros sejam baseados no princípio da plena

²²⁹ Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, pp. 50 a 52

²³⁰ ARENA, Amedeo, “*State Aids and Tax rulings...*”, pág. 55

²³¹ Cf. pp. 228 e 229 da Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão

²³² Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, p. 230

²³³ *Idem*, p. 248

concorrência, caso contrário, estar-se-ia a conferir uma vantagem seletiva, ao permitir uma redução da matéria coletável à empresa em causa²³⁴.

Para fundamentar o recurso ao princípio da plena concorrência, a Comissão esclarece que não recorre à aplicação direta do n.º 2 do artigo 7.º e/ou do artigo 9.º, ambos do Modelo de Convenção Fiscal, nem das orientações da OCDE sobre a afetação de lucros ou os preços de transferência da OCDE, mas sim à aplicação do disposto no n.º 1 do artigo 107.º do TFUE e ao princípio da plena concorrência, tal como interpretado pela jurisprudência do TJ²³⁵, sendo indiferente que o EM tenha ou não integrado o princípio no seu sistema jurídico nacional²³⁶.

Deste ponto, parte a Comissão para a demonstração de que os acordos prévios em causa constituem uma derrogação ao regime normal de tributação do lucro das sociedades na Irlanda, que permitem que a ASI e AOE determinem o seu lucro anual tributável de uma forma que se afasta daquele que seria o resultado em mercado, em respeito pela plena concorrência²³⁷.

Em primeiro lugar, a Comissão alega que ao contrário do defendido pela Irlanda, a afetação de lucros no seio de uma sociedade implica a afetação de ativos, funções e riscos entre as várias partes da sociedade em causa²³⁸.

E isto porque, argumenta, uma vez que as sucursais ASI e AOE não detêm personalidade jurídica própria, distinta daquela das sociedades a que pertencem, também não é possível concluir que os ativos e passivos sejam separados entre si, concluindo assim que é a sociedade como um todo que detém as licenças de PI em causa no presente processo²³⁹.

Assim, entende que a administração fiscal irlandesa deveria ter verificado se a afetação das licenças de PI da Apple fora da Irlanda, em vez da afetação à ASI e à AOE, poderia ter sido acordada em condições de plena concorrência²⁴⁰.

²³⁴ *Idem*, p. 253

²³⁵ *Idem*, p. 255

²³⁶ *Idem*, p. 257

²³⁷ *Idem*, p. 260

²³⁸ Cf. secção a), do subcapítulo 8.2.2.2 da Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão

²³⁹ Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, p. 271

²⁴⁰ *Idem*, p. 273

A Apple e a Irlanda procuraram alegar que a aplicação do princípio da territorialidade implicaria que apenas os lucros gerados das atividades da ASI e da AOE no território irlandês poderiam ser tributados, ideia afastada pela CE, que defende que este princípio é relativo ao direito à tributação e, portanto, “*não invalida a necessidade de uma administração fiscal determinar a afetação dos ativos utilizados, das funções exercidas e dos riscos assumidos por uma sociedade não residente por intermédio da sua sucursal e das restantes partes da sociedade, designadamente da PI detida pela sociedade como um todo, para efeitos de determinação do montante de tal rendimento de origem que resulte numa aproximação fiável de um resultado baseado no mercado em conformidade com o princípio da plena concorrência*”²⁴¹.

Já em segundo lugar²⁴², para demonstrar a existência de uma derrogação, alega a CE que cabia à Irlanda ter apreciado se as licenças de PI deveriam ou não ter sido afetadas fora da Irlanda, pois entende que caso o tivesse feito, iria concluir que o facto de as sedes sociais da Apple não terem qualquer tipo de atividades relacionadas com essa PI, necessariamente implicaria que as licenças deveriam ter sido afetadas à ASI e à AOE para efeitos fiscais²⁴³.

A somar a este facto, a CE conclui ainda da análise das atas de reunião do Conselho de Administração da ASI e da AOE durante o período em que as decisões fiscais estiveram em vigor, que esses conselhos de administração não desempenharam “*papéis ativos e fundamentais no que se refere à gestão e ao controlo efetivos das licenças da PI da Apple*”²⁴⁴.

Também da análise das atas das reuniões dos conselhos de administração da ASI e da AOE, conclui a Comissão que várias funções foram eventualmente externalizadas a funcionários da Apple sediados na Irlanda²⁴⁵.

Além disso, entende que as sedes sociais não tiveram capacidade, durante o período de vigência das decisões fiscais, para o exercício de funções consideradas fundamentais em

²⁴¹ Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, p. 274

²⁴² Cf. secção b), do subcapítulo 8.2.2.2 da Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão

²⁴³ Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, p. 280

²⁴⁴ *Idem*, p. 282. Vide também pp. 283 a 285

²⁴⁵ *Idem*, p. 286

relação à gestão das licenças de PI, já que se trata de funções que requerem uma gestão ativa, não sendo compagináveis com decisões ocasionais do conselho de administração²⁴⁶.

Assim, e segundo a CE, a Irlanda deveria ter concluído que “*as sedes sociais da ASI e da AOE não controlavam nem geriam, nem estavam em condições de controlar ou gerir, as licenças de PI da Apple de forma a obter o tipo de rendimento registado por essas sociedades*” e que, como tal, se a ASI e AOE fossem empresas independentes a atuar no mercado, “*não teriam aceitado um método de afetação de lucros com base nesse pressuposto, que resulta na afetação de todos os lucros da ASI e da AOE para além de uma margem de lucro limitada sobre uma base de custos reduzida às sedes sociais e não a essas sucursais*”²⁴⁷.

Desta forma, foi possível à Comissão concluir que a afetação das licenças de PI fora da Irlanda não corresponde a um contexto de plena concorrência e, conseqüentemente, essas licenças para a aquisição, fabrico, venda e distribuição de produtos da Apple fora das Américas deveriam antes ter sido afetadas às sucursais irlandesas “[e]m virtude da inexistência de funções exercidas pelas sedes sociais e/ou das funções exercidas pelas sucursais irlandesas”²⁴⁸.

Conclui então que, não tendo a ASI e a AOE atividade económica nem presença física fora das sucursais irlandesas, as atividades exercidas por estas empresas devem entender-se como integralmente realizadas por essas sucursais, não devendo o rendimento por estas registado ser afetado às respetivas sedes sociais²⁴⁹.

Um terceiro ponto de análise por parte da Comissão é aquele que se relaciona com a observação da influência da afetação dos contributos da Apple Inc. em I&D e na gestão das licenças de PI em causa, sobre a afetação dos lucros no seio da ASI e da AOE²⁵⁰.

Entende a Comissão que a eventual existência de contributos não remunerados por parte da Apple Inc. em benefício da ASI e da AOE, mesmo que suscetíveis de influenciar a

²⁴⁶ *Idem*, p. 288

²⁴⁷ *Idem*, p. 293

²⁴⁸ *Idem*, p. 305

²⁴⁹ *Idem*, p. 307

²⁵⁰ Cf. secção c), do subcapítulo 8.2.2.2 da Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão

rendibilidade global destas, não podem condicionar a afetação dos lucros, já que “*os custos pagos pela ASI e pela AOE por esses contributos seriam suportados por essas sociedades como um todo (e não apenas pelas sedes sociais ou pelas sucursais irlandesas) e, portanto, reduziriam o seu lucro global*”²⁵¹.

Subsidiariamente a esta conclusão, a CE argumenta ainda no sentido de que mesmo que a administração fiscal irlandesa estivesse correta ao agir com base no pressuposto de que as licenças de PI da Apple detidas pela ASI e pela AOE devessem ser afetadas fora da Irlanda, os métodos de afetação dos lucros autorizados pelos acordos prévios não deixam de resultar num lucro anual tributável que se afasta daquela que resultaria da aplicação do princípio da plena concorrência²⁵².

Para tal, a Comissão alega três fatores: *i)* a Irlanda selecionou de forma injustificada as sucursais irlandesas como a base para a incidência para efeitos de aplicação do método unilateral de afetação de lucros²⁵³; *ii)* a seleção das despesas de exploração como indicador de lucro mostra-se inadequado²⁵⁴; *iii)* por fim, considera demasiado baixos os níveis de rendibilidade aceites²⁵⁵.

Assim, a Comissão conclui que a forma como os métodos de afetação dos lucros foram aplicados com base nos acordos prévios em crise conduziram a uma redução da obrigação fiscal da ASI e da AOE em comparação com sociedades não integradas (ou seja, em comparação com empresas em plena concorrência)²⁵⁶.

Desta forma, entende demonstrada a atribuição de uma vantagem seletiva à ASI e à AOE, através da redução da sua obrigação fiscal, indicando ainda dois fatores adicionais ao já explanado anteriormente: por um lado, o facto de a Apple nunca ter apresentado à administração fiscal irlandesa um relatório sobre a afetação de lucros que fundamentasse os métodos de afetação que propôs à administração²⁵⁷; por outro lado, o facto de ambas as decisões fiscais terem sido concedidas sem qualquer tempo determinado de aplicação,

²⁵¹ Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, pp. 313 e 314

²⁵² *Idem*, p. 261 e subcapítulo 8.2.2.3

²⁵³ *Idem*, pp. 328 a 333

²⁵⁴ *Idem*, pp. 334 a 345

²⁵⁵ *Idem*, pp. 346 a 359

²⁵⁶ *Idem*, p. 360

²⁵⁷ *Idem*, p. 363

sendo que, no caso da decisão de 1991, não estava sequer prevista uma cláusula de revisão, criticando ainda a falta de determinação e clareza das cláusulas das decisões²⁵⁸.

A Comissão ainda analisa subsidiariamente a eventualidade de ser considerado como sistema de referência, não o sistema geral de tributação do lucro das sociedades na Irlanda, mas sim, como alegado pela Apple e pela Irlanda, a norma irlandesa específica prevista na *Section 25* do *TCA 97*²⁵⁹.

Alega a Irlanda que a consideração desta norma como o sistema de referência implicaria a não aplicação do princípio da plena concorrência, cabendo à administração fiscal irlandesa decidir com base nos factos e circunstâncias concretas em cada caso concreto. Contudo, a CE afasta este argumento, indicando que esses factos e circunstâncias a que a administração irlandesa recorre são os previstos no Modelo de Convenção Fiscal da OCDE, pelo que não entende que outra norma objetiva haveria a aplicar, que não o princípio da plena concorrência; e, por outro lado, refere que a prática decisória da administração fiscal irlandesa tem em consideração o princípio da plena concorrência²⁶⁰.

Em contrapartida, entende a Comissão que, mesmo que se entendesse não ser de se considerar o princípio da plena concorrência *in casu*, haveria sempre lugar à conclusão pela existência de uma vantagem seletiva à ASI e à AOE, com base no recurso a um poder discricionário por parte da administração fiscal irlandesa, já que inexitem quaisquer critérios objetivos no seu sistema fiscal a considerar neste caso em alternativa à plena concorrência²⁶¹.

Por outras palavras, a Comissão presume a seletividade decorrente das medidas em causa, uma vez que não se baseiam em critérios objetivos relacionados com o sistema fiscal irlandês, já que não correspondem à correta interpretação das normas nacionais pertinentes e se afastam da prática administrativa corrente²⁶².

²⁵⁸ *Idem*, pp. 364 e 366

²⁵⁹ cf. Subsecção 8.2.3. da Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão

²⁶⁰ Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, pp. 371 e 372

²⁶¹ *Idem*, p. 379

²⁶² *Idem*, p. 380

Assim, e por fim, a Comissão analisa a eventual existência de uma justificação (veja-se o subcapítulo 8.2.4. da Decisão).

A Apple alegou como justificação que “*o exercício de poder discricionário é intrínseco ao regime irlandês de tributação das sociedades e que as decisões contribuíram para a eficácia do sistema e foram proporcionadas*”²⁶³.

A Comissão considera que a argumentação apresentada não constitui justificação bastante com base em três razões de ordem²⁶⁴: *i)* o uso do poder discricionário por parte da administração fiscal não pode por si só justificar o tratamento desigual entre sociedades em situação factual e jurídica semelhante; *ii)* meramente alegar que o poder discricionário é intrínseco ao regime de tributação, sem melhor o concretizar, não é suficiente para se considerar a derrogação justificada; *iii)* a mesma referência geral à eficácia do sistema geral, não pode ser suficiente para justificar a seletividade em questão.

Em resultado da conclusão pela existência de um AdE ilegal, a Comissão ordenou que a Irlanda procedesse à recuperação de 13 bilhões de euros em impostos não pagos de 2003 a 2014: cerca de 50 milhões de euros correspondem à errada alocação de lucros por parte da AOE; o restante, decorre da errada alocação de lucros por parte da ASI²⁶⁵.

iv) Caso Amazon

Após em 7 de outubro de 2014 ter dado início ao procedimento formal de investigação, a CE tomou uma decisão negativa e de recuperação do auxílio prestado contra o Luxemburgo, por conceder um AdE ilegal à Amazon, em 4 de outubro de 2017²⁶⁶.

Antes de maior avanço, há que esclarecer que a factualidade deste caso se revela de particular complexidade, pelo que se procurará cingir ao absolutamente essencial para a compreensão da análise em causa no presente trabalho.

²⁶³ *Idem*, p. 405

²⁶⁴ *Idem*, pp. 407, 409 e 410

²⁶⁵ Comunicado de imprensa da Comissão Europeia, de 30.08.2016, disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_2923

²⁶⁶ Decisão (UE) 2018/853 da Comissão de 04.10.2017 relativa ao auxílio estatal SA.38944 (2014/C) (ex 2014/NN) concedido pelo Luxemburgo à Amazon, JO L 153 de 15/06/2018

A Amazon tem sede em Seattle, nos EUA e o seu grupo inclui a Amazon.com, Inc. e todas as sociedades que esta controla, tendo como atividade a gestão de atividades de venda a retalho e de prestação de serviços²⁶⁷.

A medida em causa no presente processo é uma decisão fiscal emitida pela autoridade fiscal administrativa luxemburguesa à Amazon.com, Inc. (DFA) e que se materializa numa carta de 6 de novembro de 2003 e aplicada até junho de 2014²⁶⁸.

Até 2006, os *websites* europeus da Amazon eram explorados pela Amazon.com International Sales, Inc. (AIS), uma filial norte-americana detida a 100% pela Amazon.com, Inc.; por outro lado, a Amazon International Marketplace, Inc. (AIM), também norte-americana, geria, em seu próprio nome, as atividades de prestação de serviços nesses *websites* europeus²⁶⁹. Em 2006, houve uma reestruturação das atividades europeias da Amazon, que vigorou durante o período de referência em causa no presente processo²⁷⁰.

A LuxSCS é uma sociedade em comandita simples luxemburguesa, cujos associados foram sempre residentes nos EUA²⁷¹.

Em 2005, a LuxSCS assinou com a Amazon Technologies, Inc. (ATI) um acordo de licença e de cessão para os direitos de propriedade intelectual preexistentes e um acordo prévio de custos com a A9.com, Inc. e a ATI, ambas estabelecidas nos EUA. Celebrou ainda um acordo de licença e cessão de direitos de PI com a Amazon.co.uk, Ltd., a Amazon.fr SARL e a Amazon.de GmbH, através do qual a LuxSCS recebeu as marcas registadas e os direitos de PI destes *websites* europeus²⁷².

Com o primeiro acordo de licença e cessão referido, a LuxSCS adquiriu o direito de exploração de determinados direitos de PI da Amazon, assim como um conjunto de ativos

²⁶⁷ *Idem*, pp. 90 e 91

²⁶⁸ *Idem*, pp. 121 e 122

²⁶⁹ *Idem*, p. 101

²⁷⁰ *Idem*, p. 102

²⁷¹ *Idem*, p. 103

²⁷² *Idem*, p. 105

incorpóreos, da posse e desenvolvidos pela A9.com, ATI e pela LuxSCS, podendo também sublicenciar os mesmos²⁷³.

Por sua vez, a LuxOpCo era uma empresa 100% detida pela LuxSCS que, durante o período considerado, foi sede social do grupo Amazon na Europa, sendo a principal operadora das vendas a retalho em linha, assim como da prestação de serviços através dos websites europeus da Amazon na Europa²⁷⁴.

Sucedeu que a LuxOpCo e a Lux SCS celebraram entre si um acordo de licença, a vigorar a partir de 30 de abril de 2006, que atribuiu à LuxOpCo, “*de forma irrevogável, o direito exclusivo de desenvolver, melhorar e utilizar os ativos incorpóreos para explorar os sítios Web europeus e para qualquer outra finalidade pretendida no território geográfico do «país europeu», como contrapartida do pagamento de royalties (a «taxa de licença»).* (...) *O acordo de licença previa igualmente que a LuxOpCo prestasse serviços internos a favor da LuxSCS na ausência de qualquer remuneração distinta. A LuxOpCo aceitava, além disso, assumir o conjunto dos riscos associados a todas as atividades que lhe incumbiam no âmbito do acordo de licença. Se a LuxOpCo adquirisse direitos de PI para utilizar com a mesma finalidade que os ativos incorpóreos obtidos de terceiros, era obrigada a concedê-los à LuxSCS, sem o pagamento de royalties*”²⁷⁵.

Ora, através da DFA em crise no presente processo, o Luxemburgo declarou estar de acordo com o princípio da plena concorrência o método sugerido pela Amazon para a fixação dos preços de transferência para determinar os *royalties* anuais devidos pela LuxOpCo à LuxSCS em virtude do acordo de licença realizado entre ambas, que, por sua vez, determinaria o rendimento anual tributável da LuxOpCo no Luxemburgo²⁷⁶.

Para este efeito, o regime fiscal luxemburguês determina que as empresas contribuintes residentes no Luxemburgo têm a totalidade dos seus lucros sujeitos a impostos; enquanto aquelas não residentes têm apenas os seus rendimentos locais²⁷⁷.

²⁷³ *Idem*, p. 106

²⁷⁴ *Idem*, p. 108

²⁷⁵ *Idem*, p. 116

²⁷⁶ *Idem*, p. 154

²⁷⁷ *Idem*, p. 240

O regime luxemburguês tem uma norma que consagra o princípio da plena concorrência, codificada em várias circulares, que concretizam a aplicação do princípio às transações de financiamento intragrupo²⁷⁸.

O caso Amazon tem uma relevante particularidade em comparação com o analisado dos anteriores processos: a CE procedeu à análise distinta dos critérios da vantagem e da seletividade.

Assim, a seletividade surge tratada no capítulo 9.3 da Decisão (pp. 580 e seguintes).

A primeira conclusão a que a CE chega é a de que a medida em causa constitui uma medida individual, uma vez que tem um único beneficiário (a Amazon.com, Inc.) e que incide exclusivamente sobre a situação fiscal da LuxOpCo e da LuxSCS²⁷⁹.

Contudo, e apesar de poder presumir a seletividade da medida por esta ter natureza individual, a CE recorre à análise em três fases para concluir a ilação.

Numa primeira fase, a CE analisa a existência de um tratamento favorável relativamente aos demais sujeitos passivos do imposto sobre as pessoas coletivas, ou seja, o sistema de referência.

Neste sentido, a CE define como estando numa mesma situação factual e jurídica “*todos os sujeitos passivos do imposto sobre as pessoas coletivas*”, quer empresas independentes, quer integradas em multinacionais²⁸⁰.

O Luxemburgo e a Amazon procuraram afastar esta definição, argumentando que a situação da LuxOpCo, *in casu*, deveria ser apenas comparável com a de outras empresas integradas em grupos multinacionais²⁸¹.

Contudo, a CE não acompanhou essa alegação uma vez que: *i*) o facto de uma sociedade integrada poder recorrer à fixação de preços de transferência é apenas uma eventualidade, não sendo um instituto a que recorra sistematicamente²⁸²; *ii*) os lucros decorrentes de

²⁷⁸ *Idem*, pp. 241 e 242

²⁷⁹ *Idem*, p. 583

²⁸⁰ *Idem*, p. 589

²⁸¹ *Idem*, p. 590

²⁸² *Idem*, p. 592

transações entre empresas independentes e às transações intragrupo são tributados do mesmo modo e de acordo com a mesma taxa²⁸³; *iii*) o facto gerador da tributação é o mesmo para ambos os tipos de empresas: o lucro²⁸⁴; *iv*) nos termos da legislação luxemburguesa, o lucro tributável é calculado direta ou indiretamente pelo mercado, independentemente do tipo de empresa²⁸⁵.

A CE refere ainda que poderia ser encorajador aos EM para a adoção de medidas favoráveis a sociedades multinacionais que o simples facto de existir uma norma no seu sistema jurídico diretamente aplicável a esse tipo de sociedades justificasse que o sistema de referência fosse limitado a multinacionais²⁸⁶.

Por fim, a CE afastou ainda a alegação da Amazon de que a medida em apreço deveria ser comparada com a prática decisória da administração luxemburguesa, referindo que tal argumento permitiria a qualquer EM *“desviar-se sistematicamente da sua legislação fiscal de forma a reservar um tratamento fiscal sistematicamente favorável a uma categoria específica de contribuintes, nomeadamente os que solicitaram e obtiveram o tipo de DFA em questão”*²⁸⁷.

Num segundo plano, a CE refere que mesmo que apenas se considerasse na mesma situação fática e jurídica empresas integradas, as conclusões a retirar se manteriam²⁸⁸.

Por fim, quanto à existência de uma eventual justificação para o tratamento favorável à LuxOpCo, nem o Luxemburgo nem a Amazon adiantaram qualquer justificação e a Comissão não encontrou qualquer explicação possível que justificasse o tratamento favorável à LuxOpCo²⁸⁹.

²⁸³ *Idem*, p. 593

²⁸⁴ *Idem*, p. 594

²⁸⁵ *Idem*, p. 595

²⁸⁶ *Idem*, p. 596

²⁸⁷ *Idem*, p. 598

²⁸⁸ *Idem*, subcapítulo 9.3.2.2.

²⁸⁹ *Idem*, pp. 603 e 604

Assim, comprovando a existência de um AdE ilegal, a Comissão calcula um total de cerca de 250 milhões de euros que devem ser recuperados pelo Luxemburgo à Amazon²⁹⁰.

3.2 Apreciação crítica

Destas decisões é possível retirar alguns pontos-chave, relevantes para efeitos de melhor compreensão da avaliação feita pela Comissão em matéria de decisões fiscais sobre preços de transferência e a sua eventual (in)compatibilidade com o regime dos AdE.

Desde já, e como primeira nota, há que apontar a opção sistemática de tratar a existência de uma vantagem simultaneamente com o seu eventual carácter seletivo²⁹¹. Esta é uma questão colocada por vários autores. Contudo, a nossa opinião é a de que tal metodologia complica fortemente a compreensão sobre os aspetos específicos de cada um dos critérios individualmente considerados, o que, em último recurso, pode mesmo pôr em causa os direitos de defesa dos destinatários das decisões da Comissão, mas também o carácter educativo que estas decisões pudessem ter para outras empresas e EM, que procurem compreender antecipadamente como atuar em matéria de fixação de acordos prévios sobre preços de transferência.

Existem, contudo, algumas ideias que poderão ser relevantes e ser consideradas para o futuro.

Uma primeira relaciona-se com a eventual existência de uma justificação para o tratamento desigual da(s) empresa(s) beneficiária(s) da medida: em nossa opinião, se se sabe, à partida, que uma medida de natureza individual poderá presumir-se seletiva, caberá ao EM, à cautela, ser capaz de apresentar uma eventual justificação. Veja-se que, dos casos aqui analisados, apenas no caso *Apple* é que o EM avançou com uma eventual justificação.

Sendo a apresentação de uma justificação um ónus dos EM e/ou das empresas visadas, será sempre do seu interesse, ainda que subsidiariamente, avançarem com uma possível

²⁹⁰ Comunicado de imprensa da Comissão Europeia, de 04.10.2017, disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_3701

²⁹¹ ARENA, Amedeo, “*State Aids and Tax rulings...*”, pág. 63

explicação, ainda mais relevante quando a medida em causa se trata de uma decisão fiscal administrativa que, por natureza, é uma medida de carácter individual.

Por outro lado, ainda que no âmbito do critério da vantagem (se bem que, como já apontado, é analisado de forma indistinta do critério da seletividade), as decisões da Comissão indicaram já um conjunto de pormenores que os EM poderão procurar acautelar no futuro²⁹²:

Em primeiro lugar, o facto de a decisão fiscal ter ou não por base um relatório sobre preços de transferência que seja apresentado pela empresa contribuinte (preocupação levantada pela Comissão nas decisões de abertura formal de investigação nos casos *Apple* e *Amazon*); por outro lado, quanto maior o período previsto para a aplicação da medida, menores as probabilidades de a mesma ser considerada como de acordo com a plena concorrência, já que poderá não acautelar as normais alterações no contexto económico (veja-seo p. 365 da Decisão da *Apple*).

Por fim, estas decisões da Comissão demonstram claramente a relevância de que os acordos prévios compactuem com os métodos previstos na *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration* da OCDE²⁹³. Veja-se, nomeadamente, o determinado no p. 255 da decisão no caso *Apple*: “*Contudo, embora o quadro da OCDE não seja vinculativo, a Comissão considera que o quadro proporciona orientações úteis às administrações fiscais e empresas multinacionais sobre como assegurar que as disposições em matéria de fixação dos preços de transferência e afetação dos lucros produzem resultados em conformidade com as condições de mercado. Por conseguinte, na medida em que um método de afetação de lucros se afaste das orientações fornecidos por este quadro, faculta uma indicação adicional de que esse método não resulta numa aproximação fidedigna de um resultado baseado no mercado em conformidade com o princípio da plena concorrência*”.

Nomeadamente, esta foi uma opção criticada pelo próprio Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, na sua reacção ao caso *Apple*²⁹⁴, acrescentando que “[t]he Commission’s

²⁹² Cf. ARENA, Amedeo, “*State Aids and Tax rulings...*”, págs. 61 e 62

²⁹³ *Idem*, pág. 62

²⁹⁴ Departamento do Tesouro dos Estados Unidos da América, “*The European Commission’s recente state aid investigations of transfer pricing rulings – U.S. Department of the Treasury White Paper*”, de

*new approach therefore reduces a State aid inquiry to whether the Commission believes that a transfer pricing ruling satisfies its view of the arm's length principle. This shift in approach appears to expand the role of the Commission's Directorate-General for Competition ("DG COMP") beyond enforcement of competition and State aid law under the TFEU into that of a supra-national tax authority that reviews Member State transfer price determinations"*²⁹⁵.

Esta questão conduz-nos para o segundo ponto, relacionado com a aplicação e consideração do princípio da livre concorrência.

Não poderá ser posta em causa a legitimidade da sua aplicação no âmbito do direito europeu, já que esta foi já confirmada pelo TJ, nomeadamente no Acórdão *Forum 187*: “[p]ara examinar se a determinação dos lucros tributáveis, como prevista no regime dos centros de coordenação, confere uma vantagem a estes últimos, importa, como sugere a Comissão no n.º 95 da decisão impugnada, comparar o referido regime com o do direito comum baseado na diferença entre receitas e despesas de uma empresa que exerça as suas actividades em condições de livre concorrência”²⁹⁶.

Contudo, a aplicação deste princípio nestes casos gerou alguma controvérsia, nomeadamente o facto de a Comissão parecer desde logo presumir que o desvio daqueles que seriam os resultados da consideração da plena concorrência, indicam a existência de seletividade: “[t]his is potentially dangerous development in EU State aid law. The arm's length principle is not well equipped to assess whether the measure is selective or otherwise but rather is fit to assess whether an economic advantage was granted to an undertaking as to an intra-group arrangement, which would not have been obtainable on the open market. The assumption that a breach of the arm's length principle equates to selective aid skips an important assessment dictated by the three-step approach developed by the CJEU”²⁹⁷.

24.08.2016, disponível em <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/White-Paper-State-Aid.pdf>, págs. 6 e 8

²⁹⁵ *Idem* pág. 9

²⁹⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 22.06.2006, *Reino da Bélgica e Forum 187 ASBL c. Comissão das Comunidades Europeias*, processos apensos C-182/03 e C-217/03, p.

²⁹⁷ GORMSEN, Lisa Lovdahl, “EU State Aid Law...”, pág. 375

Além disso, na opinião de alguns autores, o facto de um acordo prévio conceder uma vantagem a determina(s) empresa(s), não significa necessariamente que essa medida seja seletiva: por um lado, essa vantagem poderá estar disponível a outras empresas numa situação factual e jurídica semelhante; por outro lado, porque as empresas requerentes desse acordo prévio poderão não estar na mesma situação factual e jurídica que as empresas que, livremente, decidiram não negociar um acordo prévio com a administração fiscal²⁹⁸.

Uma outra questão que poderá ser colocada em relação à aplicação do princípio da plena concorrência e que é levantada pelos EM nos casos *supra* analisados é o de se esta comparação dos termos da medida em crise com o princípio da plena concorrência, não implicará a Comissão estar a substituir-se às administrações nacionais na interpretação da sua própria legislação. Isto porque não são todos os Estados que preveem esse princípio nos seus ordenamentos jurídicos fiscais nacionais e, apesar de o mesmo estar previsto nas orientações da OCDE, estas não têm natureza vinculativa.

Contudo, a CE afasta esta problemática, referindo que o princípio da plena concorrência que aplica não é aquele que resulta do Modelo da Convenção Fiscal da OCDE, mas sim aquele que decorre do princípio geral de igualdade de tratamento em matéria de tributação e que é abrangido pelo n.º 1 do artigo 107.º do TFUE²⁹⁹. Poderá ainda assim questionar-se se não será esta uma forma demasiado “obscura” de a CE ultrapassar a questão, já que da letra do artigo 107.º do TFUE não será previsível para EM e empresas retirar a centralidade do princípio como este é apresentado pela CE nos presentes casos.

Uma terceira e última ordem de razão, prende-se com a determinação do sistema de referência relevante no caso em apreço. Como se pôde constatar das decisões *supra* analisadas, em todos esses casos a CE entendeu que o sistema de referência a considerar seria aquele que se refere ao regime nacional geral de tributação das pessoas coletivas.

Uma crítica que se poderá empregar a esta situação resulta do facto de ser um sistema de referência de alargada abrangência. Perante a fixação do sistema de referência como

²⁹⁸ GUNN, Anna e LUTS, Joris, “*Tax Rulings...*”, pág. 122

²⁹⁹ Veja-se, a título de exemplo, o parágrafo 264 da Decisão da *Starbucks* (Decisão (UE) 2017/502 da Comissão

sendo todo o regime fiscal de tributação a pessoas coletivas, poderá ser difícil que qualquer acordo prévio não seja entendido como uma derrogação.

Contudo, esta crítica peca pela dificuldade em encontrar uma solução alterativa, já que, em nossa opinião, a fundamentação apresentada pela CE não se mostra insuficiente.

Efetivamente, considerar como sistema de referência, tal como avançado em alguns dos casos, a prática decisória administrativa fiscal em termos de preços de transferência, poderá ter por consequência a “manipulação” pelos EM do determinado na própria legislação nacional, em benefício de determinadas formas de empresas (nomeadamente, multinacionais) ou de determinados setores da economia. Acresce o facto de se poder correr o risco de essa prática decisória, em determinados casos, não ser coerente o suficiente para que seja possível levar a cabo uma análise exímia como a situação exige.

A solução que melhor parece apresentar-se seria, acompanhando alguns dos EM e empresas visadas, a de aceitar como sistema de referência a legislação aplicável a empresas integradas em grupos societários. A CE afastou anteriormente esta hipótese, com base nos argumentos já analisados na análise dos casos no subcapítulo anterior, mas o facto é que estas são as normas aplicáveis em matéria de preços de transferência, instituto a que empresas não integradas não necessitam de recorrer, pelo que também nunca seriam objeto de um acordo prévio nessa matéria emitido por uma entidade administrativa fiscal.

Não se pode, contudo, ignorar que esta não se mostra uma solução ótima, já que traz como eventual problema o facto de os EM poderem fazer-se recorrer desta situação para legislarem e/ou emitirem decisões administrativas em claro favorecimento de sociedades integradas, em comparação com aquelas não integradas.

Neste sentido, veja-se a opinião de Bram Vos (a propósito da Decisão no caso *Starbucks*): *“a distinction must be made between the arm’s length nature on the one hand, and the application of the arm’s length principle to transactions on the other hand. Transactions between standalone companies are in principle at arm’s length, while intra-group transactions do not necessarily have to be so. The application of the arm’s length principle is therefore precisely meant for group companies. Also the expression of ‘general system’ appears misleading; the determination of taxable income of group*

companies requires, after all, a different approach than for standalone companies applies”³⁰⁰.

Há então que concluir que a prática decisória por parte da Comissão em matéria de acordos prévios sobre preços de transferências carece, em nossa opinião, de uma maior clareza de exposição na sua fundamentação e necessitam de algumas alterações em termos de opções metodológicas, nomeadamente, da clara separação analítica de cada um dos critérios em causa.

No próximo capítulo iremos, então, analisar as decisões do Tribunal Geral da União Europeia (TG) proferidas no âmbito do recurso das Decisão analisadas neste capítulo e compreender a sua interpretação das opções tomadas pela Comissão.

4. A Jurisprudência do Tribunal Geral: *Fiat, Starbucks, Apple e Amazon*

4.1. A análise do Tribunal Geral

Como nota preliminar e à semelhança do feito no capítulo anterior, também aqui se irá fazer uma análise das decisões judiciais apenas quanto aos aspetos que se consideram mais relevantes para o objeto de estudo em causa.

i) *Fiat*

Da decisão da Comissão de 21 de outubro de 2015, recorreram o Luxemburgo e a FFT, ambos apoiados pela Irlanda³⁰¹, tendo o TG proferido Acórdão em 24 de setembro de 2019.

Em termos gerais, as recorrentes invocaram os seguintes argumentos: *i*) a violação dos artigos 4.º e 5.º do TUE, na medida em que a CE procurou uma harmonização fiscal “*disfarçada*”; *ii*) a violação do artigo 107.º do TFUE, do dever de fundamentação e dos princípios da segurança jurídica e proteção da confiança legítima, por a CE ter concluído pela existência de uma vantagem com fundamento na violação do princípio da plena concorrência; *iii*) violação do artigo 107.º do TFUE pela conclusão da existência de uma medida seletiva; *iv*) violação do artigo 107.º do TFUE e do dever de fundamentação

³⁰⁰ VOS, Bram, “*State Aid...*”, pág. 119

³⁰¹ Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia (Sétima Secção alargada) de 24.09.2019, *Grão-Ducado do Luxemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe c. Comissão Europeia*, processos T-755/15 e T-759/15, pp. 47, 55, 62 e 70

quando a CE concluiu pela existência de uma restrição da concorrência e afetação do comércio entre os EM; v) violação do princípio da segurança jurídica e dos direitos de defesa, pela decisão de recuperação do auxílio atribuído³⁰².

O TG começou então por analisar a alegação de que a Comissão, através da sua análise, havia procurado operar uma harmonização fiscal “*disfarçada*”.

Neste âmbito, o TG começou por esclarecer que, apesar de os temas de fiscalidade direta serem da competência exclusiva dos EM, essa competência deve sempre ser exercida em respeito pelos ditames do Direito da União Europeia, pelo que a Comissão tem competência, em qualquer caso, para garantir o cumprimento do artigo 107.º do TFUE³⁰³. Conclui assim que a Comissão não procurou qualquer tipo de harmonização fiscal, mas atuou antes ao abrigo das suas competências³⁰⁴.

Quanto à alegação de que a decisão da Comissão criava uma situação de insegurança jurídica, tanto para os EM como para terceiros, o TG afastou liminarmente essa alegação, na medida estava em causa o tema “*apenas da aplicação à decisão antecipativa em causa dos artigos 107.º e 108.º TFUE, segundo os quais uma medida pública que constitui um auxílio incompatível com o mercado interno é proibida e deve ser recuperada*”³⁰⁵.

Assim, o TG passou para a análise dos argumentos que invocavam a inexistência de uma vantagem, sendo que neste segmento o Tribunal esclareceu alguns pontos relevantes.

No que diz respeito ao facto de a Comissão ter analisado simultaneamente os critérios da vantagem e da seletividade, o TG entendeu que tal não suscitava qualquer problema, na medida em que ambos os critérios são, em qualquer caso, analisados; contudo, entendeu que na análise perpetuada no Acórdão, deveria decidir sobre os argumentos distintivamente³⁰⁶.

Note-se a questão suscitada pelo TG no parágrafo 123: em relação a alguns argumentos que as recorrentes apresentaram como sendo referentes ao critério da seletividade, o

³⁰² *Idem*, p. 98

³⁰³ *Idem*, pp. 104 e 107

³⁰⁴ *Idem*, p. 113

³⁰⁵ *Idem*, p. 116

³⁰⁶ *Idem*, p. 122

Tribunal entendeu que diziam respeito à análise da (in)existência de uma vantagem, pelo que os analisaria nessa instância.

Assim, no que diz respeito à análise principal realizada pela Comissão para demonstrar a existência de uma vantagem, o TG começou por analisar os argumentos que se prendiam com o princípio da plena concorrência e neste campo o TG foi bastante claro ao confirmar a legitimidade da Comissão em recorrer ao princípio para a sua análise.

Primeiramente, notou que “[n]o caso das medidas fiscais, a própria existência de uma vantagem só pode ser estabelecida em relação a uma imposição dita «normal»” e, portanto “há que comparar a situação do beneficiário resultante da aplicação da medida em causa com a situação dele na falta de medida em causa (...) e com a aplicação das regras normais de tributação”³⁰⁷.

Conclui, por isso, que o princípio da plena concorrência “constitui então um instrumento que permite efetuar essa verificação no âmbito do exercício das suas competências ao abrigo do artigo 107.º, n.º 1, TFUE”³⁰⁸.

É também importante a nota deixada pelo TG no p. 147 do Acórdão, e que se verá noutros Acórdãos, que se prende com a consideração do princípio da plena concorrência, mesmo não estando a Comissão vinculada às Orientações da OCDE, já que há que valorizar o facto de essas Orientações terem sido elaboradas com base em trabalhos desenvolvidos por “peritos de renome”, refletindo “o consenso alcançado à escala internacional em relação aos preços de transferência e revestem, deste modo, uma importância prática indubitável na interpretação das questões relativas aos preços de transferência”.

O TG limita, contudo, a possibilidade de utilização deste princípio na medida em que a Comissão não exceda as suas competências, sem que esteja a substituir as regras do direito fiscal do EM³⁰⁹.

Também quanto à alegação de que a aplicação do princípio da plena concorrência constituía uma novidade na prática decisória da Comissão, o TG não deu provimento ao argumento, já que entendeu que essa prática decisória antiga não poderá “afetar a

³⁰⁷ *Idem*, pp. 138 e 139

³⁰⁸ *Idem*, p. 143

³⁰⁹ *Idem*, pp. 156 a 159

*validade de uma decisão impugnada, que só pode ser apreciada à luz das regras objetivas do TFUE*³¹⁰.

Ainda no que diz respeito às alegações de que o recurso ao princípio da plena concorrência cria uma situação de insegurança jurídica, também o TG não aceitou esta argumentação, uma vez que, colocando o direito fiscal luxemburguês as empresas integradas e autónomas no mesmo regime, seria sempre de esperar que a Comissão pudesse exercer as suas competências no âmbito da fiscalização do artigo 107.º do TFUE, acrescentando que não resulta da decisão da Comissão que esta tenha passado a considerar que todas as decisões antecipadas consubstanciem necessariamente um AdE³¹¹.

Assim, o TG passou para a análise das alegações relativas aos erros na metodologia de cálculo do nível de remuneração da FFT, já que o Luxemburgo contesta os erros identificados pela Comissão na sua decisão nessa metodologia de cálculo.

O TG deu razão à análise da Comissão, não dando provimento aos argumentos suscitados pelo Luxemburgo, decidindo ao quarto erro que *“há que referir que o método aprovado pelo Grão-Ducado do Luxemburgo minimizou a remuneração da FFT, com base na qual é determinado o imposto por ela devido (...). Com efeito, a simples constatação de que o montante dos capitais a remunerar foi subestimado basta, no caso vertente, para demonstrar a existência de uma vantagem”*, sem que considerasse necessário proceder à análise dos terceiro e quinto argumentos³¹².

Já no que diz respeito ao raciocínio subsidiário formulado pela Comissão que procura demonstrar a derrogação face ao n.º 3 do artigo 164.º do Código dos Impostos luxemburguês e a Circular, também aqui o TG confirmou a argumentação da Comissão, entendendo que efetivamente a medida em causa diminuiu a carga fiscal da FFT³¹³.

O TG avaliou ainda os argumentos no que diz respeito à eventual existência de uma vantagem, não apenas para a FFT, mas ao nível do grupo Fiat/Chrysler, já que a FFT e o

³¹⁰ *Idem*, p. 170

³¹¹ *Idem*, pp. 183 e 184

³¹² *Idem*, pp. 247, 249, 263, 264, 279 e 280

³¹³ *Idem*, pp. 297 e 299

Luxemburgo invocaram que a CE não demonstrou essa vantagem, violando o seu dever de fundamentação, nos termos do artigo 296.º e 107.º do TFUE³¹⁴.

Também aqui o TFUE entendeu não dar provimento ao alegado pelas partes, confirmando a conclusão da CE e recorrendo essencialmente ao argumento de que a FFT e o grupo Fiat/Chrysler constituem uma unidade económica, constituindo, por isso, “*uma empresa, na aceção do direito dos auxílios de Estado*”; e que, em qualquer caso, “*a FFT é integralmente controlada pela Fiat SpA, que controla, por sua vez, o grupo Fiat/Chrysler. Por conseguinte, qualquer vantagem, que beneficia a FFT, beneficia o referido grupo no seu conjunto*”; que não foram capazes de demonstrar que “*as reduções de imposto de que esta última [a FFT] beneficiaria no Luxemburgo seriam «neutralizadas» por aumentos de imposto noutros Estados-Membros*”, e, por fim, que “*mesmo que assim não fosse, essa «neutralização» não permitiria considerar que a FFT ou o grupo Fiat/Chrysler não beneficiaram de uma vantagem no Luxemburgo*”, já que “*no âmbito de uma medida fiscal, a existência de uma vantagem é determinada em relação às regras normais de tributação, pelo que as regras fiscais de outro Estado-Membro não são pertinentes*”³¹⁵.

Assim, tendo o TG confirmado a conclusão da CE quanto à existência de uma vantagem a favor da FFT, passou para a análise da seletividade da vantagem em causa.

Neste âmbito, as alegações da FFT e do Luxemburgo podem ser resumidas nos seguintes pontos: *i)* o quadro de referência considerado foi errado, devendo ter sido considerado o regime de tributação das sociedades integradas; *ii)* a medida em causa constitui uma medida individual de aplicação de um regime fiscal geral e não de uma medida *ad hoc*, pelo que a Comissão não deveria ter presumido a seletividade³¹⁶. Já a Irlanda, por um lado, alega que a referência a considerar deve ser o sistema fiscal do país em causa e não “*um sistema fiscal abstrato ou hipotético*” e, por outro, “*entende que o sistema de referência que deve ser tido em conta é o do regime específico de tributação das sociedades integradas*”³¹⁷.

Preliminarmente, o TG procurou esclarecer alguns pontos relativos ao critério da seletividade, começando por confirmar a possibilidade da presunção da seletividade em

³¹⁴ *Idem*, p. 300

³¹⁵ *Idem*, pp. 314, 316 a 318

³¹⁶ *Idem*, pp. 328 e 329

³¹⁷ *Idem*, p. 330

situações em que se conclua pela existência de uma vantagem quando uma medida possa consubstanciar um auxílio individual, mesmo sem se considerar a existência ou inexistência de operadores em situação factual e jurídica comparável no(s) mesmo(s) mercado(s)³¹⁸.

Declarou também que, para a análise da existência de uma seletividade, a CE deve recorrer ao método de análise em três etapas³¹⁹, referido que não serão AdE as medidas que possam justificar a diferenciação no tratamento, resultando da natureza ou da estrutura do sistema em que se inserem essas medidas³²⁰.

Assim, quanto à consideração da seletividade por via da presunção operada pela CE, o TG declarou entender que a medida em causa não poderia “*ser considerada uma medida concedida com base num regime de auxílios*”³²¹, tendo como sustentação três constatações: *i)* nenhuma disposição em causa ou que tenha sido invocada pelas partes é suscetível de configurar um regime tal como definido na alínea d) do n.º 1 do Regulamento n.º 2015/1589; *ii)* a decisão antecipativa em causa diz respeito única e exclusivamente à FFT, acrescentando que os elementos essenciais da medida derivam dessa medida e não do regime fiscal luxemburguês; *iii)* o facto de a administração fiscal luxemburguesa dispor de uma “*margem de apreciação*” para determinar em cada caso o montante tributável de cada sociedade que o requeira, é suficiente para entender que a medida não constitui uma medida de execução de um regime de auxílio³²².

Assim, o TG conclui que a medida em causa constitui efetivamente uma medida individual, nos termos da alínea e) do artigo 1.º do Regulamento n.º 2015/1589³²³.

O TG valorou o facto de a CE ter ainda analisado a existência de seletividade de acordo com a análise em três etapas.

No que diz respeito à definição do sistema de referência e à derrogação ao mesmo, o TG começou por considerar que “*independentemente do quadro de referência considerado pela Comissão, quer se trate do sistema geral do imposto sobre as sociedades ou do*

³¹⁸ *Idem*, p. 333

³¹⁹ *Idem*, p. 334

³²⁰ *Idem*, p. 335

³²¹ *Idem*, p. 349

³²² *Idem*, pp. 349 a 353

³²³ *Idem*, p. 355

artigo 164.º do Código dos Impostos e da Circular, a Comissão pôde corretamente considerar que a decisão antecipativa derogava as regras que compõem cada um dos quadros de referência”, rejeitando os argumentos dos recorrentes relativos ao sistema de referência relevante identificado pela CE, assim como os que contestavam a existência de uma derrogação³²⁴.

Já quanto à verificação de uma eventual justificação para a derrogação, o TG valorou o facto de nem a FFT, nem o Luxemburgo terem *“fornecido o mínimo motivo que permitisse justificar o tratamento seletivo da FFT resultante da decisão antecipativa em causa”*, além de a CE também não ter conseguido identificar uma possível justificação³²⁵.

Em virtude do argumento suscitado pela FFT de que a medida permitia afastar uma situação de dupla tributação, entendeu o TG que a empresa não conseguiu demonstrar de forma bastante essa explicação, mas que, em qualquer caso, uma possível dupla tributação nada tem que ver com o presente caso, nem influencia a análise quanto à existência de uma seletividade da vantagem³²⁶.

Assim, conclui o TG que não houve qualquer erro na análise da CE e que, por isso, ficou demonstrada a seletividade da vantagem atribuída.

O TG analisou ainda a existência de uma restrição de concorrência, entendendo que a demonstração pela CE de que a medida foi suscetível de diminuir a carga fiscal da FFT e tinha por efeito a diminuição dos preços ao nível dos empréstimos dentro do grupo Fiat/Chrysler, de acordo com vasta jurisprudência dos tribunais da UE, é suficiente para demonstrar a afetação da concorrência no mercado e o falseamento das trocas comerciais³²⁷.

Por fim, o TG analisou ainda os argumentos que contestavam a decisão da CE de recuperação do auxílio. Neste âmbito, o TG entendeu não existir violação do princípio da segurança jurídica, pois *“qualquer medida pública, tal como uma decisão antecipativa, que preencha os requisitos previstos no artigo 107.º TFUE é, em princípio, proibida e deve ser objeto de uma ordem de recuperação”*, além de que nada permitia que o

³²⁴ *Idem*, pp. 361 e 362

³²⁵ *Idem*, p. 363

³²⁶ *Idem*, p. 365

³²⁷ *Idem*, p. 384

Luxemburgo e/ou a FFT concluíssem que não iria ser aplicado o artigo 107.º do TFUE à medida em causa e que a mera aplicação da norma não poderá ser considerada violadora da segurança jurídica³²⁸.

Por outro lado, entendeu também que a decisão de recuperação não coloca em causa direitos de defesa por não indicar o montante do auxílio a recuperar, já que o Luxemburgo não alega que a decisão da CE não dá indicações que permitam a determinação, pelo EM, do valor do auxílio a recuperar nem que o método adotado pela CE para esse cálculo é impreciso³²⁹.

ii) *Starbucks*

Da Decisão proferida pela CE em 21 de outubro de 2015, recorreram os Países Baixos, apoiados pela Irlanda, assim como a Starbucks³³⁰, tendo sido proferido Acórdão pelo TG em 24 de setembro de 2019.

Em termos gerais, os argumentos invocados pelos recorrentes podem ser resumidos nos seguintes³³¹: *i)* contestam o caráter seletivo da medida, nomeadamente por ter sido considerado um sistema de referência errado; *ii)* contestam que exista uma, já que a CE teve em conta o princípio da plena concorrência próprio da UE, violando a autonomia fiscal dos EM; *iii)* contestam a conclusão da CE de que o método de transferência escolhido para a fixação dos preços de transferência constituiu uma vantagem, assim como que a CE errou ao considerar que as modalidades de aplicação desse método conferiram vantagem à SMBV; e *iv)* alegam a violação do princípio da diligência.

Em primeiro lugar, há que destacar o referido pelo TG no p. 129 do Acórdão: o Tribunal reconhece que a opção da CE em analisar os critérios da existência de uma vantagem e da seletividade em conjunto não é errado, uma vez que ambos são analisados; contudo, na sua apreciação, o TG optou por os analisar de forma distinta..

³²⁸ *Idem*, pp. 408, 409 e 410

³²⁹ *Idem*, pp. 424 e 425

³³⁰ Cf. Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia (Sétima Secção alargada), de 24.09.2019, *Reino dos Países Baixos, Starbucks Corp. e Starbucks Manufacturing Emea BV c. Comissão Europeia*, processos T-760/15 e T-636/16, pp. 67, 73 e 87

³³¹ Cf. Acórdão TG *Starbucks*, pp. 120 e ss

O primeiro tema de análise por parte do Tribunal foi aquele que diz respeito à existência do princípio da plena concorrência e ao respeito pela autonomia fiscal dos EM.

Após concluir pela competência da aplicação da regulamentação sobre AdE em matéria do exercício das competências nacionais de cada EM em termos de fiscalidade direta³³², o TG declarou que a CE “*pode comparar a carga fiscal de tal empresa integrada resultante da aplicação da referida medida discal com a carga fiscal resultante da aplicação das regras normais de tributação do direito nacional de uma empresa, colocada numa situação factual comparável, que exerce as suas atividades em condições de mercado*”³³³.

Desta forma, o TG confirma a possibilidade de a CE recorrer ao princípio da plena concorrência para determinar a existência de uma vantagem para as empresas beneficiárias de uma medida fiscal, acrescentando que este princípio constitui um “*instrumento*” para a aplicação do artigo 107.º do TFUE³³⁴.

Os pp. 158 a 160 do Acórdão são também bastante claros ao declarar que o recurso a este princípio pela CE não excede as suas competências em matéria de análise da existência de AdE.

Desta feita, o Tribunal passou para a análise do raciocínio principal levado a cabo pela CE na sua decisão, no que diz respeito à existência de uma vantagem.

Em primeiro lugar, analisou-se a escolha do método de transferência do MMLT, assim como o não ter sido analisada a transação intragrupo objeto do APPT solicitado.

Primeiramente, o TG refere que “*a mera inobservância das prescrições metodológicas não resulta necessariamente numa diminuição da carga fiscal*”, sendo necessário que a CE demonstre de forma suficiente que essas falhas de metodologia não se aproximam dos resultados de plena concorrência e que, portanto, diminuiram o lucro tributável das empresas visadas pela medida³³⁵.

Acrescentou que os diferentes métodos de transferência têm o mesmo objetivo de chegar a um nível de lucro que reflita os preços de transferência de plena concorrência, pelo que

³³² *Idem*, p. 142

³³³ *Idem*, p. 149

³³⁴ *Idem*, p. 151

³³⁵ *Idem*, p. 201

não era possível à CE concluir que a escolha de um método em detrimento de outro poderia significar não se alcançar essa aproximação³³⁶.

Desta forma, foi possível ao TG decidir que não era suficiente para demonstrar que os *royalties* pela PI em causa no presente processo não eram conformes à plena concorrência, com base no facto de o Relatório apresentado pelo consultor fiscal da empresa e o APPT não identificarem esses *royalties* como a transação objeto da fixação do preço de transferência, nem o ter sido analisado se os mesmos eram conformes com o princípio da plena concorrência³³⁷.

Ao mesmo tempo, afastou também o argumento da CE de que para o cálculo do preço de concorrência dos *royalties* deveria ter sido utilizado o método CUP em detrimento do método MMLT³³⁸.

Em segundo lugar, o Tribunal passou para a análise quanto ao valor dos *royalties* pagos pela SMBV à Alki e se o mesmo deveria ou não ser igual a zero.

Na decisão, a Comissão procurou demonstrar que não existia justificação para o pagamento de *royalties* à Alki, uma vez que considerava que esta não beneficiava do valor da PI referente à torrefação: primeiro, por entender que a SMBV não explorava essa PI diretamente no mercado; segundo, por entender que a torrefação de café não tinha um nível de lucros que permitisse o pagamento desses *royalties*.

Quanto ao primeiro destes pontos, o TG entendeu que a CE não o provou de forma suficiente, já que os factos considerados na decisão da CE não acompanham esse raciocínio.³³⁹.

No que diz respeito ao segundo ponto da CE, também aqui o TG não o confirmou: por um lado, a CE não demonstrou que as regras nacionais dos Países Baixos impliquem que o pagamento de *royalties* esteja dependente de a atividade em causa ser rentável; por outro lado, por entender que o saber se as atividades de torrefação da SMBV eram ou não

³³⁶ *Idem*, p. 202

³³⁷ *Idem*, p. 203

³³⁸ *Idem*, pp. 208, 211 e 214

³³⁹ *Idem*, p. 258

rentáveis não está relacionada com a justificação económica da eventual obrigação do pagamento dos *royalties*³⁴⁰.

Ainda no seu trabalho argumentativo de demonstrar que o valor dos *royalties* deveria ser igual a zero, a CE comparou o presente caso com outros contratos de torrefação de café que a Starbucks celebrou com terceiros e ainda com acordos de licença semelhantes. Contudo o TG, afastou a comparação com todos esses elementos, com base em diversos pressupostos³⁴¹, acabando por concluir que a CE não logrou demonstrar que o valor de *royalties* deveria ter sido igual a zero³⁴².

Pela mesma ordem de razão, o TG afastou a comparabilidade dos contratos feitos por concorrentes da Starbucks com empresas terceiras para a torrefação do café³⁴³.

Quanto ao argumento avançado pela CE de que o valor dos *royalties* deveria ter sido inferior àquele aprovado pelo APPT, entendeu o TG que a CE não apresentou qualquer argumento que suportasse esta sua alegação³⁴⁴, nem que tivesse ficado demonstrado de forma juridicamente suficiente que o nível dos *royalties* não se relacionava com o valor da PI pela qual tinham sido pagos.

Em terceiro lugar, o Tribunal analisou então o argumento relativo à determinação anual dos custos do grão de café verde, que a CE entendeu na sua decisão estar sobreavaliado e que no APPT não tinha sido analisado se estaria em plena concorrência.

Por um lado, o TG entendeu que o preço dos grãos de café verde não deveria estar abrangido pelo APPT³⁴⁵.

Por outro lado, os argumentos aduzidos pela CE também não convenceram o TG na parte em que procurou demonstrar que o nível da margem de lucro aplicada aos custos dos grãos de café verde não era conforme com o princípio de plena concorrência, entendendo o Tribunal que “[o] *simples facto de, segundo a Comissão, os correspondentes Starbucks não terem apresentado nenhuma justificação válida para o aumento da margem de lucro a partir de 2011 não demonstra que o preço dos grãos de café verde pago pela SBV à*

³⁴⁰ *Idem*, p. 269

³⁴¹ *Idem*, pp. 288, 291, 302, 307, 318 e 328

³⁴² *Idem*, pp. 344 e 345

³⁴³ *Idem*, p. 358

³⁴⁴ *Idem*, p. 362

³⁴⁵ *Idem*, pp. 378, 379 e 380

*SCTC para os anos fiscais a contar de 2011 tenha sido fixado a um nível superior aos preços que outros operadores comparáveis no mercado deveria ter pagado*³⁴⁶.

O Tribunal analisou ainda o raciocínio subsidiário desenvolvido pela CE na decisão com vista a demonstrar que havia sido concedida uma vantagem à SMBV.

Aqui, o TG começou por considerar que a CE não cumpriu de forma suficiente com o seu ónus de fundamentação no que diz respeito à sua alegação de que a identificação da SMBV, *in casu*, como a parte a testar para efeitos de aplicação do MMLT, conduziu à atribuição de uma vantagem à SMBV³⁴⁷; e que, em todo o caso, “*o raciocínio da Comissão referente à escolha da entidade a testar é errado*”, já que as Orientações da OCDE, na sua versão de 1995, “*não impõem necessariamente a escolha da entidade menos complexa, mas aconselham apenas a escolher a entidade relativamente à qual está disponível o maior número de dados fiáveis*” e que, *in casu*, “*a Comissão não demonstra que estivessem disponíveis dados mais fiáveis para aplicar o MMLT à Alki*”³⁴⁸.

Ainda quanto ao facto de a CE ter concluído que existiram erros no que respeita à análise das funções exercidas pela SMBV e à escolha do indicador do nível de lucro e se estes erros foram ou não suscetíveis de conferir uma vantagem à SMBV, o TG considerou que a Comissão não demonstrou de forma suficiente que um indicador do nível de lucro baseado nos custos de exploração (e não na revenda de produtos não relacionados com café) não poderia traduzir-se num resultado em plena concorrência³⁴⁹.

Já no que diz respeito à análise de comparabilidade realizada pela CE, na qual esta “*procurou determinar o intervalo de plena concorrência para a SMBV, comparando-a a empresas cuja função principal é a venda grossista de produtos derivados do café e retendo como indicador do nível de lucro as vendas*”³⁵⁰, o TG considerou que esta análise carecia de fiabilidade, uma vez que, por um lado, é a própria CE que refere que a sua análise de comparabilidade é insuficiente para o cálculo de um intervalo de plena

³⁴⁶ *Idem*, p. 401

³⁴⁷ *Idem*, pp. 428 e 429

³⁴⁸ *Idem*, pp. 433, 434 e 435, respetivamente

³⁴⁹ *Idem*, p. 460

³⁵⁰ *Idem*, p. 478

concorrência; por outro lado, porque foi impossível à Starbucks procurar reproduzir a pesquisa do grupo de pares considerado pela CE³⁵¹.

Além disso, o TG considerou ainda que, em qualquer caso, há vários erros na análise da CE³⁵².

O TG dedicou ainda parte da sua análise à alegação da CE de que os ajustamentos feitos pelo consultor fiscal da Starbucks no Relatório que apresentou à administração fiscal neerlandesa com o objetivo de garantir uma maior comparabilidade entre a SMBV e as empresas comparáveis, confluíram para a atribuição de uma vantagem à SMBV. Também aqui, conclui que a CE não demonstrara de forma suficiente o que havia alegado³⁵³³⁵⁴.

Numa última linha de análise, olhando para a análise subsidiária realizada pela CE em que considerou como sistema de referência apenas a norma da lei nacional neerlandesa e o seu Decreto sobre preços de transferência, o TG remeteu para a análise anteriormente realizada para concluir que, também aqui, não ficou demonstrado que o APPT tivesse conferido qualquer vantagem à SMBV³⁵⁵.

iii) Apple

Da decisão proferida pela CE em 30 de agosto de 2016 recorreram a Irlanda, com o apoio do Luxemburgo, assim como a ASI e a AOE, apoiadas pela Irlanda³⁵⁶, tendo sido proferido Acórdão pelo TG em 15 de julho de 2020.

As principais contestações por parte das recorrentes podem ser resumidas nos seguintes pontos: *i)* criticam a opção da CE em analisar os critérios da vantagem e da seletividade em conjunto; *ii)* entendem que a CE errou na definição do sistema de referência, na aplicação do princípio da plena concorrência e dos princípios da OCDE; *iii)* contestam a análise da CE quanto às atividades do grupo Apple; *iv)* contestam também a análise ao critério da seletividade quanto às *rulings* fiscais em apreço; *v)* põe em causa as apreciações subsidiária e alternativa da CE; *vi)* impõe-se contra a decisão de recuperação

³⁵¹ *Idem*, pp. 481 a 483

³⁵² *Idem*, p. 489

³⁵³ *Idem*, pp. 532, 541 e 547

³⁵⁴ *Idem*, pp.

³⁵⁵ *Idem*, p. 559

³⁵⁶ Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia (Sétima Secção alargada) de 15.07.2020, *Irlanda e o. c. Comissão Europeia*, processos T-778/16 e T-892/16, pp. 48, 52, 64 e 71

dos auxílios, pela impossibilidade no cálculo do montante a recuperar no que diz respeito às apreciações subsidiária e alternativa; *vii*) alegam a preterição de “*formalidades essenciais*” durante o procedimento administrativo; *viii*) contestam a recuperação do valor do auxílio, por entenderem violar os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima; *ix*) entendem que a CE ingeriu nas competências dos EM, em violação, nomeadamente, do princípio da autonomia fiscal; *x*) e, por fim, alegam a insuficiente fundamentação da decisão da CE³⁵⁷.

Preliminarmente, o TG começou por analisar o tema da ingerência pela CE na competência dos EM, tendo aqui entendido que, apesar de os temas de fiscalidade serem da competência dos EM, estas competências devem ser exercidas em respeito pelas regras do Direito da União Europeia e não excluem a competência da CE em matéria de fiscalização dos AdE³⁵⁸.

Desta forma, o Tribunal passa para a análise dos erros apontados pelos recorrentes à análise feita pela CE no âmbito do seu raciocínio principal.

Primeiramente, quanto às críticas apontadas ao facto de a análise ter sido feita pela CE à vantagem seletiva, ou seja, de dois critérios em simultâneo, o TG entendeu que de tal opção não surgia qualquer problema ao declarar que “*no que respeita mais especificamente a medidas fiscais, (...) o exame da vantagem e da seletividade coincidem, na medida em que estes dois critérios implicam que se demonstre que a medida fiscal controvertida conduz a uma redução do montante do imposto que seria normalmente devido pelo beneficiário da medida em aplicação do regime fiscal ordinário e, portanto, aplicável aos outros contribuintes que se encontrem na mesma situação*”, acrescentando que ambos os critérios foram analisados, pelo que não constitui um erro de direito que a análise tenha sido conjunta³⁵⁹.

Passou então o TG para a análise às críticas feitas ao sistema de referência definido pela CE na sua decisão, que se traduziu no “*sistema de direito comum de tributação dos lucros das sociedades, previsto no sistema do imposto sobre as sociedades na Irlanda*”³⁶⁰.

³⁵⁷ *Idem*, pp. 90 a 98

³⁵⁸ *Idem*, pp. 105 e 109

³⁵⁹ *Idem*, pp. 136 e 138

³⁶⁰ *Idem*, p. 140

E neste ponto, o TG confirmou a definição estabelecida pela CE³⁶¹, afastando as alegações das recorrentes que entendiam que só o artigo 25.º do TCA 97 deveria ser considerado o sistema de referência, por entender que “[o] *facto de os lucros tributáveis destas últimas [sociedades não residentes que exercem atividades comerciais na Irlanda por intermédio de uma sucursal] serem definidos de forma específica pelo artigo 25.º, n.º 2, alínea a), do TCA 97 não o pode erigir em quadro de referência, antes pertencendo à técnica regulamentar utilizada para a aplicação do imposto sobre as sociedades a essa categoria de sociedades*”³⁶².

De seguida, o TG analisou a consideração sobre se a aplicação do artigo 25.º do TCA 97 implica que a autoridade fiscal irlandesa, para a determinação dos lucros da ASI e da AOE, deveria ter imputado as licenças de PI às sucursais irlandesas destas empresas.

E neste campo, o Tribunal entendeu que a CE errou a aplicação da disposição de direito irlandês, considerando o Acórdão *Dataproducts*³⁶³ e tendo em conta que a CE não procurou demonstrar que as sucursais tinham efetivamente controlado as licenças de PI.

O tema de análise seguinte prendeu-se com a legitimidade de utilização por parte da CE do princípio da plena concorrência.

Quanto a este ponto, o TG decidiu não dar provimento aos argumentos invocados pelos recorrentes, confirmando a legitimidade da CE em recorrer ao princípio da plena concorrência:

O TG começou por recordar que o artigo 25.º do TCA 97 pretende determinar os lucros tributáveis das sociedades não residentes que exerçam atividades comerciais na Irlanda através de sucursais irlandesas tendo em conta as atividades reais dessas sucursais e sobre o valor das atividades pelas mesmas realizadas, o que significa que “*pretende tributar o lucro resultante das atividades comerciais dessa sucursal como se fosse determinado em condições de mercado*”³⁶⁴.

³⁶¹ *Idem*, p. 162

³⁶² *Idem*, p. 161

³⁶³ Decisão jurisdicional irlandesa: Acórdão da High Court (Tribunal Superior, Irlanda), *S. Murphy (Inspector of Taxes) v. Dataproducts (Dub.) Ltd.*, 02.01.1988

³⁶⁴ Acórdão TG *Apple*, pp. 209 e 211

No que diz respeito ao argumento de que à data dos *rulings* (1991 e 2007), o direito irlandês ainda não tinha incorporado o princípio da plena concorrência de forma direta, nem através da abordagem autorizada pela OCDE, o TG foi claro ao invocar que o artigo 25.º do TCA 97 determinava que o valor das atividades realmente exercidas pelas sucursais irlandesas fosse determinado em função do valor de mercado das mesmas; que há jurisprudência irlandesa que demonstra que já em nos anos 80 do século passado “*as Autoridades Fiscais irlandesas consideravam que, quando o valor declarado de uma transação entre empresas coligadas não correspondesse ao que teria resultado do comércio, esse valor devia ser ajustado de forma a corresponder a um valor de mercado*”; e, por fim, lembrou que no âmbito de convenções de dupla tributação entre a Irlanda e os EUA e com o Reino Unido e a Irlanda do Norte já se incluiu o princípio da plena concorrência para a resolução de conflitos de dupla tributação³⁶⁵.

Importa destacar, pela sua relevância para o tema, o p. 214 deste Acórdão, que acaba por concluir que: “[o] princípio da plena concorrência, conforme descrito pela Comissão na decisão recorrida, constitui então um instrumento que permite efetuar essa verificação no âmbito do exercício das suas competências ao abrigo do artigo 107.º, n.º 1 TFUE”.

Contudo, e apesar de ter concluído pela legitimidade da Comissão em CE e aplicar o princípio da plena concorrência, o TG entendeu que esta não fez a aplicação correta do princípio, uma vez que não fundamentou as suas alegações com o pressuposto de aplicação do artigo 25.º do TCA 97 das atividades reais e efetivamente realizadas pelas sucursais irlandesas³⁶⁶.

O TG analisou ainda as alegações relacionadas com a utilização pela CE da abordagem autorizada da OCDE, “*quando considerou que a imputação dos lucros no seio de uma sociedade pressupunha a repartição dos ativos, as funções e dos riscos entre as diferentes partes dessa sociedade*”³⁶⁷.

O Tribunal decidiu que não era censurável a opção da CE, uma vez que “*a aplicação do artigo 25.º do TCA 97, tal como descrita pela Irlanda, e a análise funcional e factual no*

³⁶⁵ *Idem*, pp. 218 a 220

³⁶⁶ *Idem*, pp. 227 e 228

³⁶⁷ *Idem*, p. 236

âmbito da primeira etapa da análise proposta pela abordagem autorizada da OCDE se sobrepõem”³⁶⁸.

Não obstante, e à semelhança do ponto anterior, o TG entendeu que a CE não aplicou a abordagem autorizada da OCDE de forma correta³⁶⁹.

Assim, o TG passou para as alegações relacionadas com os erros de apreciação por parte da CE quanto às atividades exercidas no grupo Apple.

Neste campo, o Tribunal critica a “*imputação por «exclusão»*” feita pela CE, já que definiu como funções das sucursais irlandesas da ASI e da AOE o controlo de qualidade, de gestão das infraestruturas da R&D e de gestão dos riscos de empresa, com base no facto de a ASI e a AOE não terem pessoal fora das sucursais, já que entende não estar em conformidade nem com o direito irlandês, nem com a abordagem autorizada da OCDE³⁷⁰.

Analisados os vários argumentos levantados pelas recorrentes, assim como as considerações feitas pela CE na sua decisão, o TG concluiu que o raciocínio apresentado pela CE não foi suficiente para demonstrar que as licenças de PI do grupo Apple deveriam ter sido imputadas às sucursais irlandesas da ASI e da AOE para efeitos da determinação dos lucros anuais tributáveis da ASI e da AOE na Irlanda. Para tal conclusão, concorreram não só as atividades e funções exercidas pelas sucursais, bem como as decisões estratégicas tomadas e implementadas fora das mesmas³⁷¹.

Tendo em conta a argumentação exposta, o TG concluiu que a CE não conseguiu demonstrar de forma suficiente que as *rulings* fiscais em causa resultaram numa vantagem atribuída à AOE e à ASI; e, por essa razão, não estando demonstrada a existência de uma vantagem, não partiu para a análise dos argumentos quanto à seletividade das medidas³⁷².

Desta feita, o TG dedicou a sua análise ao raciocínio subsidiário desenvolvido pela CE na sua decisão³⁷³.

³⁶⁸ *Idem*, p. 239

³⁶⁹ *Idem*, p. 243

³⁷⁰ *Idem*, p. 259

³⁷¹ *Idem*, p. 310

³⁷² *Idem*, pp. 312 e 313

³⁷³ *Idem*, p. 315

De notar que os argumentos invocados pelas recorrentes nesta secção são em tudo semelhantes aos já referidos no âmbito do raciocínio subsidiário da CE no processo Starbucks, analisado na secção anterior.

Em primeiro lugar, o TG refere que meros erros metodológicos não são suficientes para concluir que os resultados não se aproximam daqueles que seriam os resultados de mercado, nem que o lucro é inferior ao que se obteria com a correta aplicação de um método de preços de transferência³⁷⁴.

Assim, quanto à questão de saber se a CE poderia ter considerado o método MTML, mesmo sem que a abordagem autorizada da OCDE tenha sido incorporada no direito fiscal irlandês, o TG entendeu que a aplicação do art. 25.º do TCA 97 pela administração irlandesa coincide com a análise proposta pela OCDE, somando ainda o facto de durante a fase administrativa a Irlanda e a Apple Inc. terem apresentado relatórios *ad hoc* que aplicavam precisamente o método MTML, para julgar improcedentes as críticas levantadas³⁷⁵.

Já no que diz respeito à contestação levantada perante o facto de a CE ter entendido que havia um erro na escolha das sucursais irlandesas como partes testadas, o TG começou por entender que a CE não deveria ter apenas alegado o erro na escolha da parte testada, mas deveria também ter demonstrado que essa escolha errada havia conduzido a uma redução do lucro tributável das sociedades³⁷⁶.

Acrescenta também que as orientações da OCDE para preços de transferência não impõem necessariamente que a parte testada corresponda à entidade menos complexa, mas apenas recomenda que seja aquela em relação à qual existam mais dados fiáveis³⁷⁷.

Entendeu ainda o TG que a CE não demonstrou de forma suficiente que as sucursais tinham sido as entidades a exercer funções e tomado decisões determinantes para o grupo Apple³⁷⁸.

³⁷⁴ *Idem*, p. 319

³⁷⁵ *Idem*, pp. 323 a 325

³⁷⁶ *Idem*, p. 333

³⁷⁷ *Idem*, pp. 335 e 336

³⁷⁸ *Idem*, p. 341

Por fim, o TG entendeu que, apesar de terem sido apresentadas às autoridades fiscais da Irlanda provas insuficientes quanto às funções efetivamente exercidas pelas sucursais e que tal pode ser considerado uma falha metodológica, caberia à CE provar que as funções efetivamente levadas a cabo pelas sucursais eram “*particularmente complexas, únicas ou dificilmente individualizadas, de modo que não tivessem sido identificados ou fiáveis dados comparáveis e que, portanto, a imputação daí resultante fosse necessariamente errada*” ou, em qualquer caso, que a imputação dos lucros em causa conduziu a uma redução da carga fiscal da ASI e da AOE, o que o Tribunal entende que a CE não logrou demonstrar³⁷⁹.

Já quanto ao facto de a CE não ter concordado com a escolha dos custos de exploração das sucursais para indicador do nível dos lucros na aplicação do método de transferência, entendeu o TG que não foi feita prova suficiente da inadequação da escolha desse tipo de custos, não tendo sido provado que essa escolha havia conduzido a uma diminuição da carga fiscal da ASI e da AOE³⁸⁰.

Por fim, o TG analisou ainda a contestação da CE quanto aos níveis de remuneração das sucursais considerados pelas *rulings* fiscais em causa, mas também aqui concluiu que as alegações da CE não eram sustentadas, não tendo conseguido demonstrar que os erros metodológicos que identificou conduziam a uma redução dos lucros tributáveis da ASI e da AOE na Irlanda.

Desta feita, o TG analisou ainda brevemente o raciocínio alternativo desenvolvido pela CE na sua decisão, não tendo dado provimento ao mesmo.³⁸¹

iv) Amazon

Da Decisão da Comissão de 4 de outubro de 2017, recorreram o Luxemburgo, apoiado pela Irlanda, assim como a Amazon EU S.à.r.l. e a Amazon.com, tendo sido proferido Acórdão pelo TG em 12 de maio de 2021³⁸².

³⁷⁹ *Idem*, pp. 347 a 349

³⁸⁰ *Idem*, pp. 413 e 414

³⁸¹ *Idem*, pp. 483, 484, 487, 493, 495 e 501

³⁸² Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia (Sétima Secção alargada) de 12.05.2021, *Grão-Ducado do Luxemburgo, Amazon EU Sàrl e Amazon.com, Inc. c. Comissão Europeia*, pp. 72, 77 e 86

Os argumentos alegados pelas recorrentes podem ser resumidos nos seguintes pontos: *i)* contestam as conclusões da CE quanto à existência de uma vantagem a favor da LuxOpCo, assim como o caráter seletivo da medida; *ii)* a violação da competência exclusiva dos EM relativamente a fiscalidade direta; *iii)* violação dos direitos de defesa; *iv)* contestam a pertinência da utilização pela CE das Orientações da OCDE, na versão de 2017; e *v)* questionam a decisão de recuperação do auxílio³⁸³.

À semelhança dos Acórdãos anteriores, o TG esclareceu, preliminarmente, que ainda que os temas de fiscalidade direta estejam nas competências de cada EM, as medidas tomadas no âmbito dessa matéria não estão excluídas do âmbito de aplicação das normas de fiscalização sobre AdE, devendo os EM exercer a sua competência em conformidade com o direito da UE³⁸⁴.

O TG avançou então para a análise dos fundamentos do recurso no que diz respeito à contestação quanto à conclusão da CE pela existência de uma vantagem no âmbito do seu raciocínio principal e que, em substância, se resumem à contestação da decisão de exclusão da utilização do método de transferência CUP, assim como à errada aplicação pela Comissão do método MMLO³⁸⁵.

No que diz respeito à exclusão do método CUP, o TG entendeu não ser de analisar os argumentos suscitados, uma vez que na análise realizada pela CE, esta apenas se baseou no método MMLO para a demonstração da existência de uma vantagem e as apreciações por si feitas quanto à exclusão do método CUP “*não são suscetíveis de demonstrar a verificação da primeira condição do artigo 107.º, n.º 1, TFUE*”³⁸⁶.

Assim, no que concerne à aplicação do método MMLO pela CE, o TG começou por analisar a pertinência no recurso às Orientações da OCDE e da sua aplicação no tempo, uma vez que a CE teve em conta as versões de 2010 e 2017 das Orientações da OCDE, quando a medida em causa é de 2003 e foi prorrogada pela última vez em 2010.

Neste âmbito, o TG entendeu que a CE deveria ter recorrido às Orientações da OCDE na sua versão de 1995, não sendo a versão de 2010 relevante uma vez que a versão de 2010

³⁸³ *Idem*, pp. 103 a 109

³⁸⁴ *Idem*, pp. 112 e 113

³⁸⁵ *Idem*, p. 143

³⁸⁶ *Idem*, p. 144

é já posterior ao período temporal em causa, além de que integram em si já alterações substanciais relativamente à versão anterior³⁸⁷.

Seguiu-se então a análise dos erros imputados à aplicação pela CE do método MMLO e que se resumem essencialmente a três pontos: a análise funcional e a escolha da parte a testar; a escolha do indicador do nível de lucro e; a fiabilidade do resultado obtido pela CE.

No que diz então respeito ao primeiro ponto, entendeu o TG que a CE errou na sua análise e identificação das funções exercidas pela e nos ativos da LuxSCS, por ter utilizado um critério para distinguir funções ativas e passivas que considera não ser pertinente e; porque deveria ter considerado funções da LuxSCS na sua análise funcional e para a escolha como parte a testar que ignorou³⁸⁸. Conclui assim que a CE não demonstra de forma suficiente, tendo em conta as funções e os ativos da LuxSCS, que deveria ser esta a parte a testar³⁸⁹.

Por outro lado, relativamente à análise dos riscos assumidos pela LuxSCS, o TG decidiu confirmar os fundamentos alegados pelo Luxemburgo e pela Amazon no seu recurso, em concreto “*que a LuxSCS suportava os riscos ligados à propriedade e ao desenvolvimento dos ativos incorpóreos utilizados para explorar as atividades europeias, incluindo os riscos financeiros ligados à exploração desses ativos incorpóreos, enquanto a LuxOpCo apenas suportava essencialmente os riscos associados às suas próprias atividades de retalhista e, em especial, os riscos ligados às vendas e aos serviços de praça de mercado*”³⁹⁰.

O TG partiu então para o segundo ponto de análise que se prende com a remuneração calculada pela CE para a LuxSCS e que a CE entendeu que deveria corresponder à soma dos custos de entrada e dos custos no âmbito do acordo de partilha de custos (APC) com os custos gerais de exploração, acrescidos de 5%³⁹¹.

No primeiro caso, segundo o TG, o que estava em causa era “*saber se a primeira componente da remuneração da LuxSCS, conforme calculada pela Comissão na decisão*

³⁸⁷ *Idem*, p. 154

³⁸⁸ *Idem*, p. 211

³⁸⁹ *Idem*, p. 230

³⁹⁰ *Idem*, p. 242

³⁹¹ *Idem*, p. 254

*impugnada, a saber, em primeiro lugar, o pagamento de entrada sem margem e, em segundo lugar, os pagamentos ao abrigo do APC ainda sem margem, reflete efetivamente o valor dos ativos incorpóreos licenciados à LuxOpCo*³⁹². Quanto a este ponto, o TG entendeu que a CE cometeu erros na sua análise, o que basta para afastar a conclusão da CE quanto à existência de uma vantagem³⁹³.

Já quanto à segunda componente, o TG entendeu que a análise da CE levantava diversos problemas, desde logo porque a própria admite que “*não existiam elementos comparáveis para avaliar a remuneração da LuxSCS pelas suas funções correspondentes à manutenção da propriedade dos seus ativos incorpóreos*”³⁹⁴, concluindo assim pela não confirmação da análise feita pela CE.

Tendo em conta tudo o precedente, o TG declarou que “[o]s elementos que integram a constatação principal de existência de uma vantagem não permitem, portanto, demonstrar que a carga fiscal da LuxOpCo foi artificialmente reduzida devido a uma sobreavaliação dos royalties”³⁹⁵.

O TG passou então para a análise do raciocínio subsidiário desenvolvido pela CE. No âmbito deste raciocínio, a CE chegou a três conclusões que procurou demonstrar: *i*) que existia de um erro na escolha do método de preço de transferência aprovado pela medida em causa; *ii*) que o indicador do nível de lucro aprovado pela medida era errado; *iii*) e que, em qualquer caso, a previsão de um limite máximo no método do preço na medida em causa mostrou-se desadequada e injustificada do ponto de vista económico³⁹⁶.

No que diz respeito à primeira conclusão, o TG entendeu que a argumentação da CE não era convincente: não acompanhou a análise feita pela CE no que diz respeito às funções exercidas pela LuxOpCo, em concreto na qualificação dessas funções como sendo “*únicas*” e “*de valor*”³⁹⁷; entendeu que a CE não justificou de forma suficiente a escolha metodológica de exclusão do método de repartição dos lucros na variante da análise residual e preferência pela variante da análise das contribuições³⁹⁸; por fim, entendeu que

³⁹² *Idem*, p. 261

³⁹³ *Idem*, p. 283

³⁹⁴ *Idem*, p. 290

³⁹⁵ *Idem*, p. 296

³⁹⁶ *Idem*, pp. 299, 300, 302 e 303

³⁹⁷ *Idem*, pp. 341 a 493

³⁹⁸ *Idem*, p. 506

a CE não conseguiu demonstrar que a escolha pelo método de repartição de lucros conduziu a uma vantagem a favor da LuxOpCo³⁹⁹.

Quanto à segunda conclusão, novamente, o TG entendeu que a CE não conseguiu demonstrar a existência de uma vantagem, já que “*a Comissão não procurou determinar qual era a remuneração de plena concorrência, nem a fortiori se a remuneração da LuxOpCo, aprovada pela DFA em causa, era inferior à remuneração que a LuxOpCo receberia em condições de plena concorrência*”⁴⁰⁰.

Em relação à terceira conclusão, apesar de o TG ter considerado acertado o raciocínio da CE, entendendo que “*o mecanismo do limite mínimo e máximo não encontra nenhuma justificação ou racionalidade económica*”, novamente declara que “*esta simples constatação não basta para determinar a existência de uma vantagem*”⁴⁰¹.

Analisados todos os raciocínios desenvolvidos pela CE para a demonstração da existência de uma vantagem e entendendo que “*em nenhuma das considerações expostas na decisão impugnada, a Comissão conseguiu demonstrar de forma juridicamente bastante a existência de uma vantagem na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE*”, o TG decidiu pela anulação da decisão de 4 de outubro de 2017, não considerando relevante examinar os demais fundamentos invocados pelas partes.

4.2. Apreciação crítica e perspetivas futuras

Analisadas as decisões do TG, a primeira conclusão a retirar mostra-se bastante clara: à exceção do Acórdão *Fiat*, nenhuma das decisões chegou ao momento da análise do critério da seletividade.

Nas decisões *Starbucks*, *Apple* e *Amazon*, o TG entendeu que a CE não conseguiu demonstrar de forma bastante a existência de uma vantagem, pelo que não considerou necessário analisar os demais critérios e argumentos.

Naturalmente, não se pretende questionar a legitimidade dessa opção por parte do TG, uma vez que todos os critérios que concorrem para a existência de um AdE ilegal são

³⁹⁹ *Idem*, p. 520

⁴⁰⁰ *Idem*, pp. 547 e 548

⁴⁰¹ *Idem*, pp. 575 a 577

cumulativos e, portanto, não se verificando um deles, os demais não carecem de ser analisados.

Contudo, não poderá deixar de assinalar-se uma “oportunidade perdida”: a de submeter à sindicância dos tribunais a seletividade em medidas desta natureza e complexidade; acresce que, mesmo que em sede de recurso o TJ venha a anular a Decisão de 1ª instância e a determinar a sua devolução ao TG para uma nova decisão, já se terão passado alguns anos e com isso a oportunidade de esclarecer em tempo útil a questão⁴⁰².

Há também a destacar o facto de nestes casos, à semelhança de jurisprudência anterior, o TG decidir pela irrelevância de a CE proceder à análise do critério da “vantagem seletiva” em simultâneo. Nos casos *Fiat*, *Starbucks* e *Apple*, o TG declarou de forma direta não existir problema com essa metodologia, porque a CE analisa, ainda assim, os dois critérios. Contudo, note-se que, em qualquer um dos casos, o TG optou pela análise isolada de cada um dos critérios.

Também quanto ao facto de os Acórdãos *Fiat* e *Starbucks* terem sido proferidos no mesmo dia, mas em sentidos opostos, alguns autores consideram que, ainda assim, se poderá retirar uma vitória para a CE da decisão da *Starbucks*, na medida em que “*the Commission won on important principles but lost on technical details*”⁴⁰³.

Resulta claro destas decisões que o TG esperava um maior grau de argumentação por parte da CE na fundamentação das suas conclusões. Nomeadamente, é repetidamente declarado pelo Tribunal que a CE não conseguiu demonstrar concretamente que as suas alegações resultaram numa redução da carga fiscal em benefício das empresas em causa. Por outras palavras, entendeu que a argumentação apresentada pela CE não era suficiente para concluir pela existência de uma vantagem.

Assim, como várias vezes refere o Tribunal, a fundamentação da CE não se pode bastar na mera referência ou identificação de erros de metodologia, sendo necessário descer ao mais concreto.

⁴⁰² DERENNE, Jacques, CHILARU, Catalina, “Sélectivité: Le Tribunal de l’Union européenne annule une décision concernant les Pays-Bas (pour défaut de preuve de l’avantage) et confirme une autre, adressée au Luxembourg, dans deux situations factuelles similaires concernant des décisions fiscales anticipées”, 24 septembre 2019, Concurrences N° 4-2019, Art. N° 92299, pág. 154

⁴⁰³ SOLTÉSZ, Ulrich, “*EU State aid...*”, pág. 23

Por outro lado, há um importante ponto a destacar e que corresponde a uma grande vitória para a CE: todas as decisões reconheceram a competência da CE em utilizar o princípio da plena concorrência como um *instrumento* na aplicação do artigo 107.º do TFUE e da demonstração da existência de uma vantagem seletiva nos casos em apreço, afastando todas as alegações expostas pelas empresas e pelos EM, nomeadamente, os referentes à violação da segurança jurídica, à soberania fiscal dos Estados, às diferenças com o estabelecido nas Orientações da OCDE ou mesmo sobre a possibilidade de aplicação dessas Orientações da OCDE.

Contudo, é de notar que esta vitória para a CE não é isenta de críticas. Em análise ao Acórdão *Fiat*, alguns autores criticam a apreciação feita pelo TG à aplicação do princípio da plena concorrência, na medida em que entendem que reescreve a análise feita pela CE na sua decisão⁴⁰⁴. Apontam ainda que “[t]he arm’s length principle is neither a tool nor a general principle of EU law because it is neither clear, precise nor complete. Moreover, it has never been recognised by the EUCJ, contrary to what the Commission claims in its decision”⁴⁰⁵.

Estes autores consideram ainda que o princípio não constitui uma “*legal rule*”, o que significa que só poderá ser aplicado no âmbito do artigo 107.º do TFUE quando não está previsto no ordenamento jurídico nacional em causa e que, por isso, não poderá constituir uma componente do artigo 107.º do TFUE⁴⁰⁶.

Aliás, a crítica destes mesmos autores ao entendimento do TG vai mais longe, declarando inclusivamente que “[t]he arm’s length principle is therefore a mystification used by the European Commission and validated by the General Court to distort and truncate the national tax law under examination and to deem it not compliant with Article 107 TFEU”⁴⁰⁷.

No que diz respeito à análise do critério da seletividade feita unicamente no âmbito do Acórdão do processo *Fiat*, o TG confirmou tanto a aplicação da presunção de seletividade

⁴⁰⁴ BEETON, Daniel, PARTSCH, Philippe-Emmanuel, “*The EU General Court delivers two judgments providing guidance on the application of the arm’s length principle in the context of State aid investigations (Fiat/Starbucks)*”, in e-Competitions News Issue October 2019 - II, art. n.º 92105, pág. 2

⁴⁰⁵ *Idem*, pág. 2

⁴⁰⁶ *Idem*, pág. 2

⁴⁰⁷ *Idem*, pág. 2

de uma vantagem atribuída em virtude de uma medida individual, como a aplicação da análise em três etapas, tal como feita pela CE na decisão em causa.

Contudo a confirmação pelo Tribunal destes institutos, não surpreende. Não deixa, em qualquer caso, de poder ser considerada uma vitória para a CE que o TG tenha confirmado o carácter seletivo da medida em apreço.

De notar que o que parece verdadeiramente difícil em termos de prova pela CE prende-se com a demonstração da existência de uma vantagem. Mesmo no Acórdão *Fiat*, recorde-se, o único em que o Tribunal chegou à análise do critério da seletividade, o TG dedica a maior parte da sua análise com os argumentos que questionavam a existência de uma vantagem, validando de forma relativamente simplificada os métodos de análise da seletividade incitados pela CE.

Desse mesmo Acórdão não deixa de se destacar que o TG focou também o facto de não ter sido apresentada nenhuma possível justificação para a seletividade da medida, o que valorou de forma desfavorável às recorrentes. Ora, invoca-se nesta sede o que já havia sido suscitado no subcapítulo 3.2., na medida em que parece pouco prudente que os EM e as próprias empresas visadas não procurem apresentar uma potencial justificação para o tratamento seletivo dos destinatários da medida em crise.

Poderá colocar-se a questão de se este aumento na exigência na demonstração da existência de uma vantagem influencia, de alguma forma, o grau de demonstração da existência da seletividade. Não teremos uma resposta certa: se, por um lado, a resposta poderá ser positiva, uma vez que sem a demonstração da vantagem, não há sequer análise da seletividade; por outro lado, há a hipótese de a seletividade ser presumida, o que significa que, nesses casos, demonstrada a vantagem e estando em causa uma medida individual, não há que demonstrar a seletividade do AdE.

Por outro lado, e tomando como exemplo o Acórdão *Apple*, a mera leitura do mesmo demonstra que a análise por parte do TG se mostra muito mais aprofundada quando procura afastar as linhas de argumentação e posições defendidas pela CE em comparação com os momentos em que decide pela procedência das alegações e linhas argumentativas das Recorrentes.

Contudo, veja-se que no Acórdão *Fiat*, mesmo no cenário em que a CE analisou a seletividade através do método em três fases, o TJ aceitou toda a fundamentação apresentada pela CE, sem levantar objeções ou críticas.

Por fim, dar nota de que, sem surpresas, nestes Acórdãos o TG validou alguns temas já jurisprudencialmente estabelecidos: o tema de a intervenção da CE não ser suscetível de consubstanciar uma ingerência na soberania fiscal dos EM, a defesa pela legitimidade da decisão de recuperação do auxílio e de a mesma não prejudicar as expectativas legítimas dos seus destinatários, nem os seus direitos de defesa, assim como a atuação da CE em respeito pelo artigo 107.º do TFUE não se resumir a uma tentativa de harmonização fiscal.

Em qualquer caso, como alguns autores entendem, parece poder concluir-se que a CE não conta “baixar os braços” no que diz respeito à luta pelo que considera ser uma questão de justiça fiscal⁴⁰⁸. Veja-se, aliás, a declaração de Margrethe Vestager proferida em reação ao Acórdão *Apple*: “[t]he Commission will continue to look at aggressive tax planning measures under EU State aid rules to assess whether they result in illegal State aid. At the same time, State aid enforcement needs to go hand in hand with a change in corporate philosophies and the right legislation to address loopholes and ensure transparency. We have made a lot of progress already at national, European and global levels, and we need to continue to work together to succeed”⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ CARDEN, Nathaniel, et. al., “The EU General Court delivers two judgments providing guidance on the application of the arm's length principle in the context of State aid investigations (*Fiat/Starbucks*)”, in e-Competitions News Issue October 2019 - II, Art. n.º 91998

⁴⁰⁹ “Statement by Executive Vice-President Margrethe Vestager following today's Court judgment on the Apple tax State aid case in Ireland”, 15.07.2020, disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/statement_20_1356

5. Conclusões

O tema dos AdE tem extrema relevância dentro do contexto europeu, nomeadamente por ser um tema exclusivo do Direito da UE. Parte da sua relevância explica-se pelo facto de o impacto deste instituto se verificar em questões legais, económicas e até políticas.

Tal é particularmente evidente nos casos de AdE sob a forma fiscal. Note-se que, além de os AdE serem atribuídos pelo Estado, nessas situações está em causa a intervenção numa área que, dentro da distribuição de competências da UE, pertence em exclusivo a cada EM.

Nos últimos anos tem-se assistido a um aumento da investigação, por parte da CE, de potenciais AdE que tomem a forma fiscal. Aliás, esta “perseguição” constitui verdadeiramente uma bandeira de que a CE, conforme já fez sentir aos EM, não irá largar tão depressa.

A análise da existência de um AdE revela-se uma tarefa de grande complexidade, tendo em conta a exigência na demonstração de cada um dos critérios. De entre esses, destaca-se o critério da seletividade, que conhece diversas categorias- seletividade material (*de jure e de facto*) e regional.

Dentro das medidas passíveis de consubstanciar AdE, há um tipo que se revela particularmente interessante e que resulta das práticas fiscais administrativas, estando a análise da seletividade da medida diretamente relacionada com o grau de discricionariedade da administração para a prática da mesma.

Para a análise da seletividade da medida, está já estabilizado o recurso à chamada análise em três fases: numa primeira fase, procede-se à identificação do sistema de referência; de seguida, verifica-se se a medida em escrutínio derroga o sistema de referência e; por fim, confirma-se se existirá alguma justificação para essa derrogação, tendo em conta o sistema de referência (mais concretamente, a sua natureza ou o seu regime geral).

Esta dificuldade na verificação da seletividade da medida intensifica-se quando se trata de potenciais AdE sob a forma fiscal, em grande medida devido à complexidade técnica que implica a sua análise.

De entre algumas dessas dificuldades, poderão registar-se: a adaptação do conceito de AdE às medidas fiscais; o facto de muitas dessas medidas decorrerem de normas jurídicas;

a identificação de empresas que estão na mesma situação jurídica e factual; e a determinação do regime fiscal que consubstancia o sistema de referência.

O trabalho de investigação realizado pela CE relativamente a práticas fiscais administrativas, tem concedido uma especial atenção a medidas destinadas a empresas, integradas em grupos económicos multinacionais, que procuram as administrações fiscais para obter de decisões que determinem a forma de cálculo dos valores a tributar quanto a transferências realizadas com outras empresas do mesmo grupo (os preços de transferência).

Daí surgem acordos prévios sobre preços de transferência (ou decisões administrativas antecipadas) que fixam por um determinado período de tempo o método de cálculo dos preços de transferência. Importa destacar que, *per si*, estes acordos prévios não suscitam qualquer problema ao nível do direito da concorrência.

Porém, nesse âmbito, sobressai um instituto cuja aplicação pela CE tem sido bastante contestada por parte dos EM e das empresas: o princípio da plena concorrência.

Previsto no art. 9.º do *Model Tax Convention on Income and on Capital* da OCDE, a aplicação deste princípio visa garantir que as transações realizadas entre empresas integradas num mesmo grupo económico têm por base as condições normais de mercado (aquelas a que transacionariam se fossem empresas independentes), por forma a evitar a redução artificial da carga fiscal imputável à transação, através da troca de lucros e prejuízos entre as empresas do mesmo grupo.

De entre os casos mais recentes em investigação por parte da CE, destacam-se quatro: *Fiat*, *Starbucks*, *Apple* e *Amazon*. As decisões proferidas pela CE no âmbito destes casos foram objeto de impugnação judicial por parte dos EM e das empresas em questão, consoante todos já com decisões proferidas pelo TG.

É possível destacar alguns pontos abordados tanto pela CE, como pelo TG com relevância para a análise do critério da seletividade nestes casos.

Desde logo, à exceção do caso *Amazon*, em todas as demais decisões a CE optou pela análise simultânea do critério da vantagem e da seletividade (“vantagem seletiva”), opção metodológica que não foi recusada pelo TG, ainda que na sua análise tenha optado pela avaliação individual de cada um desses critérios.

Além disso, no que diz respeito ao uso por parte da CE do princípio da plena concorrência, note-se que o TG, em todas as decisões, confirmou a legitimidade da CE em utilizar esse instrumento para decidir sobre a existência de uma vantagem seletiva. O TG foi até mais longe e não deu provimento aos argumentos de que a atuação da CE consubstanciava uma ingerência na soberania fiscal dos EM, mesmo quando estes não previssem o princípio no seu ordenamento jurídico.

Contudo, note-se que apenas no caso *Fiat* é que a análise do TG versou sobre o critério da seletividade. Nos restantes, o TG entendeu que a CE não havia conseguido demonstrar de forma suficiente a existência de uma vantagem e, por serem cumulativos os critérios para a aferição de um AdE, cessou a sua análise por aí.

Assim, não se poderá deixar de concluir, apesar de obviamente se acompanhar a posição do TG, nomeadamente por razões de economia processual, que existe aqui uma “oportunidade desperdiçada” de esclarecer algumas questões quanto à avaliação da existência de seletividade nesta categoria de medidas.

Desta forma, e ainda que estas decisões tenham já clarificado pontos bastante relevantes, ficam ainda por clarificar algumas questões, designadamente, as críticas ao âmbito demasiado abrangente dos sistemas de referência considerados pela CE para a aplicação da análise em três fases da seletividade.

Releva também destacar que apenas no caso *Apple* é que EM e empresas visadas procuraram apresentar uma justificação para a medida, no âmbito da terceira fase da análise em três fases. Ora, recorde-se que este ónus recai precisamente sobre essas partes e caso não se tente demonstrá-lo, perde-se uma oportunidade de afastar a ilicitude da sua conduta.

Contudo, as críticas não ficam apenas para o lado dos Recorrentes, já que uma conclusão que é também se retira dos Acórdãos do TG analisados é a de que se esperava um maior grau de fundamentação por parte da CE, nomeadamente, uma fundamentação mais concreta e que não se baseasse apenas na alegação de erros metodológicos nas medidas em causa.

Em qualquer caso e como tem sido apresentado ao longo deste trabalho, a CE já demonstrou que não irá deixar de investigar práticas administrativas no setor fiscal que sejam

Aplicação do critério da seletividade aos auxílios de Estado fiscais: as recentes decisões da Comissão Europeia sobre preços de transferência

suscetíveis de consubstanciar AdE ilegais, nem abandonará os seus objetivos de construção de uma política fiscal cada vez mais justa dentro da UE, pelo que importa ficarmos atentos ao resultado de futuras investigações.

Bibliografia

Monografias e Artigos

ABRUNHOSA, Francisca Póvoas de, “*Preços de Transferência – a problemática e os principais focos de conflito*”, Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2013

ARENA, Amedeo, “*State Aids and Tax rulings: An assessment of the Commission’s recent decisional practice*”, in *Market and Competition Law Review*, Vol. I, N.º 1, abril de 2017, 49-79

BACON, Kelyn, “*European Union Law of State Aid*”, 3.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2017. ISBN 978-0-19-878736-5

BEETON, Daniel, PARTSCH, Philippe-Emmanuel, “*The EU General Court delivers two judgments providing guidance on the application of the arm’s length principle in the context of State aid investigations (Fiat/Starbucks)*”, in *e-Competitions News Issue October 2019 - II*, art. n.º 92105

BURIAK, Svitlana, LAZAROV, Ivan, “*Between State Aid and the Fundamental Freedoms: the Arm’s Length Principle and EU Law*”, in *Common Market Law Review*, 56, 2019, págs. 905-948

CARDEN, Nathaniel, *et. al.*, “*The EU General Court delivers two judgments providing guidance on the application of the arm’s length principle in the context of State aid investigations (Fiat/Starbucks)*”, in *e-Competitions News Issue October 2019 - II*, Art. n.º 91998

DERENNE, Jacques, CHILARU, Catalina, “*Le Tribunal de l’Union européenne annule une décision concernant les Pays-Bas (pour défaut de preuve de l’avantage) et confirme une autre, adressée au Luxembourg, dans deux situations factuelles similaires concernant des décisions fiscales anticipées*” *Concurrences* N.º 4 2019, Art. n.º 92299, 24 de setembro de 2019, págs. 153-155

ESTEVEZ, Mariana Medeiros, “*Os auxílios de Estado sob a forma fiscal e o combate da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia*”, in *Revista Concorrência & Regulação*, Ano VII, n.º 27/28 – Jul/2016 a Dez/2016, págs. 239-264

FIDE (Fédération Intertionale pour le Droit Européen / International Federation for European Law), XXVIII FIDE Congress; [org.] APDE (Associação Portuguesa de Direito Europeu), Vol. 2, Edit.: VILAÇA, José Luís da Cruz, MONIZ, Carlos Botelho, VASCONCELOS, Rita Leandro, SAAVEDRA, Alberto. ISBN 978-972-40-7479-5

GORMEN, Lisa Lovdahl, “*EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga*”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 7, n.º 6, 2016, págs. 369-382

GORMEN, Liza Lovdahl, MIFSUD-BONNICI, Clement, “*Legitimate Expectation of Consistent Interpretation of EU State Aid Law: Recovery in State Aid Cases Involving Advanced Pricing Agreements on Tax*”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, Vol. 8, n.º 7, págs. 423-436

GUNN, Anna e LUTS, Joris, “*Tax Rulings, APAPs and State Aid: Legal Issues*”, in *EC Tax Review*, 2015-2, págs. 119-125

HANCHER, Leigh, “*The General Framework*”, in HANCHER, Leigh *et al*, “*EU State Aids*”, 5.ª ed., Sweet & Maxwell Ltd., UK, 2016, págs. 49-112. ISBN: 9780414055704

LYAL, Richard, “*Transfer Pricing Rules and State Aid*”, in *Fordham International Law Journal*, Volume 38, Issue 4, Article 4, 2015, págs. 1017-1043

MARCELINO, Carla, “*Auxílios do Estado – introdução ao conceito à luz do artigo 107.º do TFUE e do atual contexto europeu*”, e-Pública, Vol. 3, n.º 2, novembro 2016, págs. 135-159

MICHEAU, Claire, “*Tax Selectivity in European Law of State Aid: Legal Assessment and Alternative Approaches*”, in *European Law Review*, Issue 3, June 2015, págs. 323-348

MICHEAU, Claire, “*Tax selectivity in State aid review: a debatable case practice*”, in *EC Tax Review*, 2008-6, págs. 276-284

SCHÖN, Wolfgang, “*State Aid in the area of taxation*”, in HANCHER, Leigh *et al*, “*EU State Aids*”, 5.ª ed., Sweet & Maxwell Ltd., UK, 2016, págs. 393-440. ISBN: 9780414055704

SILVA, Miguel Moura e, “*Direito da Concorrência*”, AAFDL, Lisboa, 2018. ISBN: 9789726291855

SOLTÉSZ, Ulrich, “*EU State aid law and taxation – Where do we stand today?*”, in *European Competition Law Review*, Volume 41, Issue 1, 2020, págs. 18-25

VASCONCELOS, J.M.O., PERES M., C.J. e CRISTÓVÃO, D.C., “*Acordos de Basileia e o impacto na regulamentação da actividade bancária: Uma revisão*”, disponível em https://www.occ.pt/dtrab/trabalhos/xviicica/finais_site/218.pdf (consultado em 19.06.2021)

VOS, Bram, “*State Aid, Taxation & Transfer Pricing: Illegal Fiscal State Aid Granted to Starbucks?*” in *EC Tax Review*, 2018-2, págs. 113-120

Outras Fontes

“Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia” (2016/C 262/01), JO C 262, de 19 de julho de 2016, Número Celex: 52016XC0719(05)

“Comunicação da Comissão - Para uma aplicação efectiva das decisões da Comissão que exigem que os Estados-Membros procedam à recuperação de auxílios estatais ilegais e incompatíveis”, (2007/C 272/05), JO C 272, de 15 de novembro de 2007, Número Celex: 52007XC1115(01)

Comunicado OCDE, “*OECD releases Pillar Two model rules for domestic implementation of 15% global minimum tax*”, de 20.12.2021, disponível em <https://www.oecd.org/tax/oecd-releases-pillar-two-model-rules-for-domestic-implementation-of-15-percent-global-minimum-tax.htm> (consultado em 13.02.2022)

Comunicado de imprensa da Comissão Europeia, de 21.10.2015, disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_5880 (consultado em 01.05.2021)

Departamento do Tesouro dos Estados Unidos da América, “*The European Commission’s recente state aid investigations of transfer pricing rulings – U.S. Departement of the Treasury White Paper*”, de 24.08.2016, disponível em <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/White-Paper-State-Aid.pdf> (consultado em 20.06.2021)

Discurso Comissário Gentiloni, “*Opening remarks by Commissioner Gentiloni at the press conference on the implementation of the OECD agreement on a global minimum level of taxation and on an initiative to prevent the misuse of shell entities*”, de 22.12.2021, disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/speech_21_7085 (consultado em 13.03.2022)

OCDE, “*Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*”, OECD Publishing, Paris, 2017, disponível em https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en (consultado em 13.02.2022)

OCDE, “*OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*”, OECD Publishing, Paris, 2022, disponível em <https://doi.org/10.1787/0e655865-en> (consultado em 13.02.2022)

“*DG Competition working paper on state aid and tax rulings*”, 2016, disponível em https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/working_paper_tax_rulings.pdf (consultado em 13.02.2022)

“*Statement by Executive Vice-President Margrethe Vestager following today's Court judgment on the Apple tax State aid case in Ireland*”, 15.07.2020, disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/statement_20_1356 (consultado em 11.02.2022)

“*State Aid Scoreboard 2020*”, da Comissão Europeia, de 14 de junho de 2021, disponível em https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/scoreboard_pt (consultado em 06.03.2022)

Regulamento (UE) 2015/1589 do Conselho de 13 de julho de 2015 (versão consolidada atual de 24.09.2015)

Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, relativa ao auxílio estatal SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) concedido pelos Países Baixos à Starbucks, JO L 83 de 29.03.2017, pp. 38-115. Número Celex: 32017D0502

Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, relativa ao auxílio estatal SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) concedido pelo Luxemburgo à Fiat, JO L 351 de 22.12.2016, pp. 1-67. Número Celex 32016D2326

Decisão (EU) 2017/1283 da Comissão, de 30 de agosto de 2016, relativa ao auxílio estatal SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) concedido pela Irlanda à Apple, JO L 187 de 19.07.2017, pp. 1-110. Número CELEX 32017D1283

Decisão (EU) 2018/859 da Comissão, de 4 de outubro de 2017, relativa ao auxílio estatal SA.38944 (2014/C) (ex 2014/NN) concedido pelo Luxemburgo à Amazon, JO L 153 de 15.06.2018, pp. 1-142. Número CELEX 32018D0859

Jurisprudência

(por ordem de referência)

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 24.07.2003, *Altmark Trans GmbH Regierungspräsidium Magdeburg e Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, processo C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 06.09.2006, *Portugal c. Comissão*, processo C-88/03, ECLI:EU:C:2005:618

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 12.07.1973, *Comissão c. Alemanha*, processo 70/72, ECLI:EU:C:1973:87

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 02.07.1974, *Itália c. Comissão*, processo 173/73, Número CELEX: 61973CJ0173

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 08.11.2001, *Adria-Wien Pipeline e Finanzlandesdirektion für Kärnten*, processo C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 29.06.1999, *Déménagements-Manutention Transport SA (DMT)*, processo C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 22.06.2006, *Reino da Bélgica e Forum 187 ASBL c. Comissão das Comunidades Europeias*, processos apensos C-182/03 e C-217/03, ECLI:EU:C:2006:416

Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia (Sétima Secção alargada) de 24.09.2019, *Grão-Ducado do Luxemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe c. Comissão Europeia*, processos T-755/15 e T-759/15, ECLI:EU:T:2019:670

Aplicação do critério da seletividade aos auxílios de Estado fiscais: as recentes decisões da Comissão Europeia sobre preços de transferência

Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia (Sétima Secção alargada) de 24.09.2019, *Reino dos Países Baixos, Starbucks Corp. e Starbucks Manufacturing Emea BV c. Comissão Europeia*, processos T-760/15 e T-636/16, ECLI:EU:T:2019:669

Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia (Sétima Secção alargada) de 15.07.2020, *Irlanda e o. c. Comissão Europeia*, processos T-778/16 e T-892/16, ECLI:EU:T:2020:338

Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia (Sétima Secção alargada) de 12.05.2021, *Grão-Ducado do Luxemburgo, Amazon EU Sàrl e Amazon.com, Inc. c. Comissão Europeia*, processos T-816/17 e T-318/18, ECLI:EU:T:2021:252

Índice

Declaração de Compromisso Anti-Plágio.....	II
Declaração de Caracteres.....	III
Agradecimentos.....	IV
Convenção de Leitura.....	V
Lista de Abreviaturas.....	VI
Resumo.....	VII
Abstract.....	VIII
Introdução.....	1
1. Auxílios de Estado e auxílios fiscais.....	8
1.1. Introdução histórica e contextualização.....	8
1.2. Noção de Auxílios de Estado.....	10
1.3. A atribuição de auxílios de Estado ilegais.....	18
2. O critério da seletividade e os constrangimentos na sua aplicação em matéria de auxílios fiscais.....	19
2.1. Noção e tipos de seletividade.....	19
2.2. Análise prática do critério da seletividade: a “análise em três fases” (o <i>derrogation test</i>).....	22
2.3. As dificuldades na apreciação da seletividade em auxílios fiscais.....	26
2.4. Preços de transferência, o princípio da plena concorrência (<i>Arm’s Length Principle</i>) e os acordos prévios sobre preços de transferência.....	31
3. A prática da Comissão: as recentes decisões sobre auxílios sob a forma fiscal em casos acordos prévios sobre preços de transferência.....	36
3.1. Notas introdutórias e análise dos casos em questão.....	36
i) Caso <i>Fiat</i>	36
ii) Caso <i>Starbucks</i>	41
iii) Caso <i>Apple</i>	46
iv) Caso <i>Amazon</i>	54
3.2 Apreciação crítica.....	59
4. A Jurisprudência do Tribunal Geral: <i>Fiat</i> , <i>Starbucks</i> , <i>Apple</i> e <i>Amazon</i>	64
4.1. A análise do Tribunal Geral.....	64
i) <i>Fiat</i>	64
ii) <i>Starbucks</i>	71
iii) <i>Apple</i>	76
iv) <i>Amazon</i>	82
4.2. Apreciação crítica e perspectivas futuras.....	86

5. Conclusões	91
Bibliografia	95
Monografias e Artigos	95
Outras Fontes	97
Jurisprudência	99
Índice	101