

INSTITUTO POLITÉCNICO DE LISBOA
INSTITUTO SUPERIOR DE CONTABILIDADE
E ADMINISTRAÇÃO DE LISBOA



ISCAL

O REGIME DOS AUXÍLIOS DE
ESTADO NA PROTEÇÃO DAS
BASES TRIBUTÁVEIS

Luís Pedro Coelho Ramos

Lisboa, novembro de 2021

INSTITUTO POLITÉCNICO DE LISBOA
INSTITUTO SUPERIOR DE CONTABILIDADE E
ADMINISTRAÇÃO DE LISBOA

O REGIME DOS AUXÍLIOS DE
ESTADO NA PROTEÇÃO DAS
BASES TRIBUTÁVEIS

Luís Pedro Coelho Ramos (20190084)

MESTRADO EM FISCALIDADE

Dissertação submetida ao Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Fiscalidade, realizada sob a orientação científica da Professora Doutora Clotilde Celorico Palma.

Júri constituído por:

Prof. Especialista Jesuíno A. Martins – Presidente

Prof. Doutor Paulo Nogueira Costa – Arguente

Prof.^a Doutora Clotilde Celorico Palma - Vogal

L i s b o a , n o v e m b r o d e 2 0 2 1

Declaro ser o autor desta dissertação, que constitui um trabalho original e inédito, que nunca foi submetido (no seu todo ou qualquer das suas partes) a outra instituição de ensino superior para obtenção de um grau académico ou outra habilitação. Atesto ainda que todas as citações estão devidamente identificadas. Mais acrescento que tenho consciência de que o plágio – a utilização de elementos alheios sem referência ao seu autor – constitui falta de ética, que poderá resultar na anulação da presente dissertação.

DEDICATÓRIA

À memória da Avó Adelaide, da Avó Isa e do Avô Tó,
que nos deixaram nesta nova fase da vida académica
ficando todo o Amor que nos deram ao longo da vida.

À memória do Professor Doutor António Carlos,
cuja brilhante aula que tive o privilégio de assistir
contribuiu para a escolha do tema da minha dissertação.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, quero agradecer à minha orientadora, Professora Doutora Clotilde Celorico Palma, pelo seu saber, apoio, colaboração, confiança e compreensão, bem como ao corpo docente deste Mestrado pela resiliência de, em tempos de pandemia, assegurar a partilha do conhecimento.

Em segundo lugar, à minha família e amigos, pelo apoio e compreensão pelos momentos de ausência. Um especial agradecimento à Cláudia, responsável por ter embarcado com ela, também, nesta viagem académica.

Em terceiro lugar, aos meus colegas da Unidade dos Grandes Contribuintes, em especial aos que comigo diretamente trabalham, pela compreensão. Não posso deixar também de agradecer ao Dr. António Sá Santos, chefe de divisão de Documentação do Centro de Estudos Fiscais, por toda a colaboração e incentivo.

RESUMO

A utilização das regras de auxílios de Estado pela Comissão Europeia no combate a práticas fiscais prejudiciais tem vindo a ganhar especial destaque e interesse público, em particular desde o escândalo do Luxemburgo *Leaks*. Muitos dos casos avaliados têm por base decisões fiscais prévias que, embora constituam um importante instrumento para as empresas obterem certeza jurídica nos enquadramentos fiscais relativamente a matérias altamente complexas e com grande subjetividade, têm muitas vezes evidentes impactos nefastos nas bases tributáveis dos Estados das contrapartes intervenientes nas operações.

Esta dicotomia, justifica a dissertação subordinada ao tema «O regime dos auxílios de Estado na proteção das bases tributáveis».

Atento o regime dos auxílios de Estado previsto no artigo 107.º do TFUE, e tendo por referência os casos Fiat, Starbucks, *Excess Profit Scheme*, Apple e Amazon, espoletados pela Comissão Europeia nos anos de 2014 e 2015, procuramos responder à questão «se o regime dos auxílios de Estado é adequado para combater as práticas fiscais prejudiciais e proteger as bases tributáveis».

Palavras-chave: auxílios de Estado, decisões fiscais antecipadas, concorrência fiscal, erosão das bases tributáveis, preços de transferência, princípio de plena concorrência.

ABSTRACT

The application of EU State aid rules by the Commission, aiming to fight harmful tax practices, has gained special prominence and public attention since the Luxembourg Leaks' scandal.

Many of the involved cases emerge from granted tax rulings, which, although represent an important instrument for companies to obtain legal certainty in highly complex and subjective tax matters, often have adverse impacts on the taxable bases of the countries where their counterparties are located.

This dichotomy justifies the dissertation under the theme «The State aid regime in the protection of taxable bases».

In light of the State aid regime provided by the Article 107 TFEU, and considering the cases Fiat, Starbucks, Excess Profit Scheme, Apple and Amazon, triggered by the European Commission in 2014 and 2015, we seek to answer the question «Is the State aid regime adequate to fight harmful tax practices and to protect the taxable bases?».

Keywords: State aid, tax rulings, tax competition, tax base erosion, transfer pricing, arm's length principle.

INDICE

DEDICATÓRIA	V
AGRADECIMENTOS	VI
RESUMO	VII
ABSTRACT	VIII
INDICE	IX
INDICE DE FIGURAS	XI
LISTA DE ABREVIATURAS	XII
I. INTRODUÇÃO	1
II. REGIME DOS AUXÍLIOS DE ESTADO	3
2.1 ENQUADRAMENTO GERAL	3
2.1.1 PRIMEIRA APROXIMAÇÃO À NOÇÃO DE AUXÍLIO DE ESTADO	3
2.1.2 CONTROLO DOS AUXÍLIOS	6
2.2 ELEMENTOS DA NOÇÃO DE AUXÍLIO DE ESTADO, EM ESPECIAL NA PERSPETIVA TRIBUTÁRIA	10
2.2.1 BENEFICIÁRIO DE UMA MEDIDA É UMA EMPRESA	11
2.2.2 IMPUTABILIDADE DA MEDIDA AO ESTADO COM FINANCIAMENTO ATRAVÉS DE RECURSOS ESTATAIS	12
2.2.2.1 IMPUTABILIDADE DA MEDIDA AO ESTADO	12
2.2.2.2 FINANCIAMENTO ATRAVÉS DE RECURSOS ESTATAIS	13
2.2.3 EXISTÊNCIA DE UMA VANTAGEM	14
2.2.4 SELETIVIDADE DA MEDIDA	17
2.2.4.1 SELETIVIDADE MATERIAL	18
2.2.4.2 SELETIVIDADE REGIONAL	30
2.2.5 DISTORÇÃO DA CONCORRÊNCIA E EFEITOS SOBRE AS TROCAS COMERCIAIS	31
2.3 O PRINCÍPIO DE PLENA CONCORRÊNCIA	32
2.3.1 O PRINCÍPIO DE PLENA CONCORRÊNCIA – PERSPETIVA OCDE	34
2.3.2 O PRINCÍPIO DE PLENA CONCORRÊNCIA – APLICAÇÃO PELA COMISSÃO EUROPEIA	37
2.4 OS AUXÍLIOS DE ESTADO E AS PRÁTICAS FISCAIS PREJUDICIAIS	42
III. CASOS DE ESTUDO	49
3.1 CASO FIAT	49
3.1.1 DESCRIÇÃO DOS FACTOS	50
3.1.2 DESCRIÇÃO DA MEDIDA	51
3.1.3 DECISÃO DA COMISSÃO	52
3.1.4 DA APRECIAÇÃO PELO TRIBUNAL	57
3.1.5 NOTAS FINAIS SOBRE O CASO FIAT	63
3.2 CASO STARBUCKS	64
3.2.1 DESCRIÇÃO DOS FACTOS	65
3.2.2 DESCRIÇÃO DA MEDIDA	66
3.2.3 DECISÃO DA COMISSÃO	67
3.2.4 DA APRECIAÇÃO PELO TRIBUNAL	72
3.2.5 NOTAS FINAIS SOBRE O CASO STARBUCKS	77
3.3 CASO <i>EXCESS PROFIT SCHEME</i>	79
3.3.1 DESCRIÇÃO DOS FACTOS	79
3.3.2 DESCRIÇÃO DA MEDIDA	80
3.3.3 DECISÃO DA COMISSÃO	82
3.3.4 DA APRECIAÇÃO PELO TRIBUNAL	87
3.3.5 NOTAS FINAIS SOBRE O CASO <i>EXCESS PROFIT SCHEME</i>	92
3.4 CASO APPLE	94
3.4.1 DESCRIÇÃO DOS FACTOS	95
3.4.2 DESCRIÇÃO DA MEDIDA	97

3.4.3	DECISÃO DA COMISSÃO	98
3.4.4	DA APRECIÇÃO PELO TRIBUNAL	103
3.4.5	NOTAS FINAIS SOBRE O CASO APPLE	110
3.5	CASO AMAZON	112
3.5.1	DESCRIÇÃO DOS FACTOS	112
3.5.2	DESCRIÇÃO DA MEDIDA	115
3.5.3	DECISÃO DA COMISSÃO	116
3.5.4	DA APRECIÇÃO PELO TRIBUNAL	120
3.5.5	NOTAS FINAIS SOBRE O CASO AMAZON	124
3.6	AVALIAÇÃO À QUESTÃO DE INVESTIGAÇÃO E À EXISTÊNCIA DE ALTERNATIVAS	125
3.6.1	AS MEDIDAS FISCAIS CONTROVERTIDAS PROVOCAM EROÇÃO DAS BASES TRIBUTÁVEIS?	125
3.6.2	A ABORDAGEM DESENVOLVIDA PELA COMISSÃO REVELOU-SE ADEQUADA?	127
3.6.3	RESPOSTA À QUESTÃO DE INVESTIGAÇÃO	131
IV. CONCLUSÕES		132
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		135

INDICE DE FIGURAS

Figura 1 – Caso Fiat - Operações financeiras realizadas pela FFT	50
Figura 2 – Caso Starbucks – Estrutura e operações vinculadas	65
Figura 3 – Caso Apple - Estrutura do grupo na Irlanda	95
Figura 4 – Caso Amazon - Estrutura das entidades europeias	113

LISTA DE ABREVIATURAS

ALP	<i>Arm's Length Principle</i>
AMEU	Amazon Media EU Société à responsabilité limitée
AOE	Apple Operations Europe
APPT	Acordo Prévio sobre Preços de Transferência
APR	Ativos ponderados pelo risco
ASE	Amazon Services Europe Société à responsabilité limitée
ASI	Apple Sales International
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
CAPM	<i>Capital Asset Pricing Model</i>
DFA	Decisão Fiscal Antecipada
EM	Estado-Membro
EMOIA	Europa, Médio Oriente, Índia e África
EUA	Estados Unidos da América
FF	Fiat Finance
FFB	Fiat Finance Brasil
FFC	Fiat Finance Canada
FFNA	Fiat Finance North America
FFT	Fiat Finance and Trade, Ltd
I&D	Investigação e Desenvolvimento
LIR	Código luxemburguês dos Impostos sobre o Rendimento
LuxSCS	Amazon Europe Holding Technologies SCS
LuxOpCo	Amazon EU Société
MCM	Método do custo majorado
MFL	Método do fracionamento do lucro
MMLO	Método da margem líquida da operação

MOCDE	Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património da OCDE
MPCM	Método do preço comparável de mercado
MPRM	Método do preço de revenda minorado
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
p.	página
par.	parágrafo
pars.	parágrafos
PI	Propriedade Intelectual
pp.	páginas
PPC	Princípio de Plena Concorrência
SCTC	Starbucks Coffee Trading SARL
SMBV	Starbucks Manufacturing EMEA BV
TCA	Tax Consolidated Act
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TGUE	Tribunal Geral da União Europeia
TJCE	Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia

I. INTRODUÇÃO

Desde 1958 que a eventual concessão de auxílios de Estado obriga os Estados-Membros da União Europeia a informar a Comissão Europeia, a quem compete a avaliação à luz do estatuído no atual artigo 107.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Sem prejuízo da soberania fiscal dos Estados-Membros na definição dos seus sistemas de tributação direta, qualquer medida fiscal deve estar alinhada com as regras dos auxílios de Estado¹. O controlo dos auxílios de Estado, com especial destaque para os que resultam de decisões fiscais², são uma competência da Comissão Europeia que ganhou relevância com o *LuxLeaks* em 2014. Esta temática cruza-se entre o interesse da Comissão Europeia de proteger o mercado interno e a sã concorrência e a vontade dos países atraírem investimento estrangeiro proporcionando condições fiscais mais vantajosas, mas provocando vastas vezes uma erosão nas bases tributáveis de outros países.

As investigações da Comissão Europeia, no uso das suas competências, são encorajadas pelo Parlamento Europeu tendo em vista, nomeadamente ao abrigo das regras de concorrência da UE, combater as práticas fiscais prejudiciais e sancionar os Estados-Membros e as empresas comprovadamente envolvidos nestas práticas.³

O estudo que nos propomos desenvolver, tendo por referência os casos Fiat, Starbucks, *Excess Profit Scheme*, Apple e Amazon, espoletados pela Comissão Europeia nos anos de 2014 e 2015, procurará responder à questão «se o regime dos auxílios de Estado é adequado para combater as práticas fiscais prejudiciais e proteger as bases tributáveis».

Previamente à apresentação dos casos de estudo, iremos numa primeira fase proceder ao enquadramento do regime dos auxílios de Estado e do papel da Comissão Europeia no controlo dos mesmos, para de seguida procedermos a uma análise mais aprofundada dos vários elementos que compõem o conceito de auxílios de Estado. Numa segunda fase, considerando que os casos estudados têm subjacente operações intragrupo, procederemos a uma breve apresentação do Princípio de Plena Concorrência vertido nas Orientações da OCDE em matéria de Preços de Transferência e o Princípio de Plena Concorrência

¹ DG Competition (2016). *DG Competition Working Paper on State Aid and Tax Rulings*. Disponível em https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/working_paper_tax_rulings.pdf.

² Designadamente Decisões Fiscais Antecipadas e Acordos Prévios de Preços de Transferência.

³ Vide a Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de novembro de 2015, sobre decisões fiscais antecipadas e outras medidas de natureza ou efeitos similares (2015/2066(INI)), disponível em https://europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0408_PT.html.

inerente à aplicação do n.º 1 do artigo 107.º do TFUE. Subsequentemente iremos considerar a relação entre auxílios de Estado e concorrência fiscal prejudicial.

Na análise dos casos de estudo, consideraremos quer as decisões da Comissão, quer as decisões dos Tribunais, e procuraremos com base nos mesmos responder à nossa questão de investigação, o que constituirá a última parte do nosso trabalho.

II. REGIME DOS AUXÍLIOS DE ESTADO

2.1 ENQUADRAMENTO GERAL

2.1.1 PRIMEIRA APROXIMAÇÃO À NOÇÃO DE AUXÍLIO DE ESTADO

O regime dos auxílios de Estado, conforme nos sintetiza Gormsen (2019, p.9), visa, por um lado, proteger as entidades das distorções, ao nível da concorrência e do comércio interno, provocadas por medidas dos Estados-Membros que favoreçam certas entidades ou produtos, em detrimento de outras, e, por outro lado, proteger o mercado interno de eventuais discriminações injustificadas de entidades estrangeiras ou não residentes, ou de outras formas de protecionismo das entidades ou capital nacional.

A restrição à concessão de auxílios de Estado está consagrada no artigo 107.º do TFUE. De acordo com o n.º 1 do referido artigo,

[s]alvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem 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.

O n.º 1 do artigo 107.º do TFUE, embora estabeleça o princípio de incompatibilidade dos auxílios de Estado, não apresenta uma definição de auxílio de Estado. No entanto, conforme nos apresenta Santos (2009, p. 400), a posição dominante da doutrina, «*ne faire pas une distinction entre éléments de la notion d'aide et conditions du principe de l'incompatibilité. Elle se limite, [...] à chercher le cumul d'indices qui doivent être présents pour que l'on se trouve devant une aide d'État. Ces indices existant, l'aide est par définition incompatible*».

Neste sentido, e tendo em conta a prática da Comissão Europeia e da jurisprudência dos Tribunais da União, a noção de auxílio de Estado, atento o disposto no n.º 1 do artigo 107.º do TFUE, compreende cinco elementos⁴:

⁴ Vide Comunicação da Comissão Europeia, publicada no Jornal Oficial da União Europeia C 262, de 19 de julho de 2016, que desenvolve o conceito de auxílio estatal na forma como a Comissão entende o número 1 do artigo 107.º do TFUE e tendo em conta a jurisprudência dos Tribunais da União (Tribunal de Justiça e Tribunal Geral).

- i. O beneficiário de uma medida é uma empresa.
- ii. Imputabilidade da medida ao Estado com financiamento através de recursos estatais.
- iii. Existência de uma vantagem, isto é, qualquer benefício económico que uma empresa não poderia ter obtido em condições normais de mercado, ou seja, na ausência de intervenção do Estado.
- iv. Seletividade da medida, ou seja, a medida concede uma vantagem de forma seletiva a certas empresas, certas categorias de empresas ou a certos setores económicos. A seletividade pode ser distinguida entre seletividade material e seletividade regional.
- v. Distorção da concorrência e efeitos sobre as trocas comerciais entre Estados-Membros. Uma medida falseia ou ameaça falsear a concorrência quando é suscetível de melhorar a posição concorrencial do beneficiário em relação a outras empresas com as quais concorre. As medidas podem afetar as trocas comerciais entre Estados-Membros, ainda que o beneficiário da vantagem não participe diretamente no comércio transfronteiriço. No entanto, o alegado efeito não pode ser meramente hipotético ou presumido.

A interpretação da noção de auxílio de Estado tem evoluído nas últimas décadas, sendo as principais tendências sumarizadas por Maillo (2016, p. 230), da seguinte forma:

- *towards stricter control: overall, the notion of aid has been broadened to encompass more state measures and the European Commission has been more proactive in supervising and enforcing State aid law. Effects - and not form - prevail;*

- *from an internal market rationale to a more competition-like approach, therefore with a more microeconomic focus: at the outset the focus was on avoiding discrimination against foreign producers and distortions of trade between Member States, but progressively some elements closer to a competition-like approach have appeared - such as, among others, the market economy investor principle or the de minimis rule - and the focus has shifted to detecting unequal treatment between companies operating in the same Member State (more intra-state than inter-state situations). Nevertheless, the State aid law discipline maintains a hybrid nature, between market and competition, and*

- *the more private enforcement and (limited) decentralization: the aforementioned greater focus on microeconomics and unequal treatment has counted in favour of companies with complaints and therefore has led to more litigation in national courts*

and an enhanced role for private parties in State aid law enforcement. [sublinhados
nossos]

Sem prejuízo do preenchimento dos critérios resultantes do n.º 1 do artigo 107.º do TFUE, uma medida pode, ainda assim, ser considerada compatível caso se enquadre no âmbito do previsto nos n.ºs 2 ou 3 do mesmo artigo. O n.º 2 prevê um conjunto de auxílios de Estado que são compatíveis com o mercado interno, os designados auxílios incondicionados, compreendendo auxílios de natureza social, auxílios destinados a remediar os danos por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários, e auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha afetadas pela divisão da Alemanha. Por sua vez, o n.º 3 elenca vários auxílios que podem ser considerados pela Comissão como compatíveis com o mercado interno, abrangendo os auxílios destinados a: promover o desenvolvimento económico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego, bem como o desenvolvimento das regiões ultra periféricas, tendo em conta a sua situação estrutural, económica e social (subjacente ao Princípio da coesão económica e social comunitária); fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum (abrange dois ou mais Estados-Membros), ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro; a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões económicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum (auxílios de natureza regional); promover a cultura e a conservação do património, quando não alterem as condições trocas comerciais e da concorrência da União num sentido contrário ao interesse comum; bem como os auxílios de outras categorias que sejam determinadas por decisão do Conselho, deliberando sob proposta da Comissão.

Adicionalmente, o Conselho pode, nos termos do artigo 109.º do TFUE, fixar categorias de auxílios isentas da obrigação de notificação. Neste âmbito temos, por um lado, o Regulamento Geral de Isenção por Categoria (RGIC)⁵, cuja âmbito de aplicação, grosso modo, abrange a generalidade das categorias de exceção previstas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 107.º do TFUE e, por outro lado, o regime dos auxílios *de minimis*^{6 7}. De um modo

⁵ Vide Regulamento (UE) n.º 651/2014 da Comissão, de 16 de junho de 2014, que declara certas categorias de auxílio compatíveis com o mercado interno, em aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado. O prazo de validade, inicialmente até 31.12.2020, foi prorrogado até 31.12.2023 (Regulamento (UE) 2020/972, de 7 de julho).

⁶ Vide Regulamento (UE) n.º 1407/2013 da Comissão, de 18 de dezembro de 2013, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios *de minimis*. O prazo (continuação da notas de rodapé)

geral, podem ser enquadradas neste último regime as medidas cujo montante total concedido por um Estado-Membro a uma empresa única⁸ não exceda 200 000 Euro durante um período de três exercícios financeiros⁹.

2.1.2 CONTROLO DOS AUXÍLIOS

A suscetibilidade de compatibilidade de uma medida é aferida, em primeira linha, pela Comissão Europeia, que exerce um controlo administrativo, sujeita ao, eventual, ulterior controlo judicial pelo Tribunal Geral da União Europeia (adiante TGUE) e eventual recurso para o Tribunal de Justiça da União Europeia (adiante TJUE).

O controlo exercido pela Comissão Europeia resulta do estatuído nos n.ºs 1¹⁰ e 2¹¹ do artigo 108.º do TFUE. A Comissão possui, na apreciação dos auxílios de Estado, um amplo poder discricionário, de natureza simultaneamente técnica e administrativa. Tal poder, que implica a aplicação de regras derogatórias de um princípio geral deve ser exercido tendo por referência uma interpretação restritiva (Santos, 2003, p. 238-239).

O controlo dos auxílios¹² de Estado assenta num sistema *ex ante*, em que as medidas que sejam consideradas auxílio devem ser notificadas à Comissão antes da sua implementação

de validade, inicialmente até 31.12.2020, foi prorrogado até 31.12.2023 (Regulamento (UE) 2020/972, de 7 de julho).

⁷ Embora a regra *de minimis* seja bastante utilizada em matéria fiscal, funcionando como uma válvula de segurança na aprovação de medidas fiscais, apenas veio a estar prevista por via legislativa, através de regulamento, em 2001 (Santos, 2009, p. 455). Note-se que até à previsão normativa da regra *de minimis*, não era jurisprudencialmente assente que importância relativamente fraca de um auxílio não fosse suscetível de falsear a concorrência e afetar as trocas comerciais (vide, por exemplo, Acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias de 30 de abril de 1998 – caso T-214/95).

⁸ Um grupo de empresas associadas é considerado uma empresa única para efeitos de aplicação da regra *de minimis*.

⁹ Considerando o exercício financeiro em causa e os dois exercícios financeiros anteriores.

¹⁰ 1. A Comissão procederá, em cooperação com os Estados-Membros, ao exame permanente dos regimes de auxílio existentes nesses Estados. A Comissão proporá também aos Estados-Membros as medidas adequadas, que sejam exigidas pelo desenvolvimento progressivo ou pelo funcionamento do mercado interno.

¹¹ 2. Se a Comissão, depois de ter notificado os interessados para apresentarem as suas observações, verificar que um auxílio concedido por um Estado ou proveniente de recursos estatais não é compatível com o mercado interno nos termos do artigo 107.º, ou que esse auxílio está a ser aplicado de forma abusiva, decidirá que o Estado em causa deve suprimir ou modificar esse auxílio no prazo que ela fixar.

Se o Estado em causa não der cumprimento a esta decisão no prazo fixado, a Comissão ou qualquer outro Estado interessado poderá recorrer diretamente ao Tribunal de Justiça da União Europeia. (...)

¹² Nos termos do Regulamento (UE) n.º 2015/1589 do Conselho, considera-se auxílio, qualquer medida que satisfaça os critérios fixados no n.º 1 do artigo 107.º do TFUE. Os auxílios podem ser classificados como:

1. novos ou existentes (estes últimos tendo por referência a entrada em vigor do TFUE no respetivo EM);
 2. auxílio individual, isto é um auxílio que não seja concedido com base num regime de auxílios ou que seja concedido com base num regime de auxílios, mas que deva ser notificado, ou regime de auxílios. Enquadra-se neste último, qualquer ato com base no qual, sem que sejam necessárias outras medidas de execução, podem ser concedidos auxílios individuais a empresas nele definidas de forma geral e abstrata e qualquer
- (continuação da notas de rodapé)

pelo respetivo Estado-Membro¹³. O controlo *ex ante* «*is the basis while the ex post control is its derivative: the latter is related to respect for the notification obligation, respect for the Commission's decisions and control of existing aid*» (Gormsen, 2019, p.9).

No âmbito do referido controlo *ex ante* ou *a priori*, os Estados-Membros devem notificar a Comissão de todos os projetos de concessão de novos auxílios, procedendo esta a uma análise preliminar, no prazo de 2 meses, podendo, caso não existam dúvidas, decidir que a medida controvertida não constitui um auxílio, ou que, constituindo um auxílio, este é compatível com o mercado interno. Caso existam dúvidas, a Comissão decidirá pelo início de um procedimento formal de investigação. Esta decisão, inclui uma apreciação preliminar pela Comissão quanto à natureza de auxílio da medida proposta e indicará os elementos que suscitem dúvidas quanto à compatibilidade com o mercado interno e convidará o Estado-Membro em causa, e outras partes interessadas, a apresentarem as suas observações.

Do procedimento formal de investigação, a Comissão poderá decidir, tendencialmente no prazo de 18 meses, da seguinte forma:

- a medida não constitui um auxílio, eventualmente após alterações promovidas pelo Estado-Membro;
- decisão positiva, isto é, deixaram de existir dúvidas quanto à compatibilidade da medida notificada com o mercado interno, sendo expressamente referida a derrogação do TFUE que foi aplicada;
- decisão condicional, isto é, uma decisão positiva acompanhada de um conjunto de condições que permitam que a medida seja considerada compatível com o mercado interno e de obrigações que permitam a Comissão controlar o cumprimento da decisão;
- decisão negativa, ou seja, o auxílio é considerado incompatível com o mercado interno, e não pode ser executado.

diploma com base no qual pode ser concedido a uma ou mais empresas um auxílio não ligado a um projeto específico, por um período de tempo indefinido e/ou um montante indefinido.

O regime de auxílios distingue-se dos auxílios individuais. Conforme refere Santos (2003, p. 262) a distinção releva para dois efeitos, quanto à forma de avaliação e quanto aos efeitos do exame da compatibilidade, sendo que a Comissão não pode pôr em causa os auxílios individuais existentes.

¹³ Conforme n.º 3 do artigo 108.º do TFUE e artigo 2.º do Regulamento (UE) n.º 2015/1589 do Conselho.

Neste contexto importa não confundir os auxílios ilegais com os auxílios incompatíveis. Conforme nos sintetiza Santos (2009, p. 396),

[u]n régime d'aides mis à exécution sans notification préalable est illicite ex tunc. Le fait que la Commission vienne à reconnaître a posteriori que ce régime est compatible avec le marché commun ne change pas la nature illicite de ce régime. Un régime d'aides notifié mais non autorisé est considéré comme incompatible avec le marché commun. L'illégalité et l'incompatibilité d'une aide obligent à sa récupération par l'État qui l'a octroyée.

No que respeita ao controlo dos auxílios ilegais, ou seja, um novo auxílio que foi executado em violação do n.º 3 do artigo 108.º do TFUE por falta de notificação prévia à Comissão, esta pode, por sua própria iniciativa, examinar informações de qualquer fonte sobre um auxílio alegadamente ilegal. Neste âmbito, procederá a uma avaliação preliminar e decidirá nos termos previstos para os auxílios novos, podendo, após a possibilidade de apresentação de observações pelo Estado-Membro, a Comissão, e até que tome uma decisão quanto à compatibilidade com o mercado interno, promover uma injunção de suspensão, isto é, uma decisão de suspensão do auxílio; ou uma injunção de recuperação, ou seja, preenchidos que estejam determinados critérios, uma decisão de recuperação provisória pelo Estado-Membro do auxílio ilegal. Da avaliação preliminar poderá resultar o início de um procedimento formal de investigação nos termos suprarreferidos relativamente aos auxílios novos. Caso a decisão seja negativa, a Comissão decidirá, ainda, que o Estado-Membro em causa deve tomar todas as medidas necessárias para recuperar o auxílio do beneficiário (decisão de recuperação¹⁴), a menos que tal seja contrário a um princípio geral de direito da União. Para Gormsen e Mifsud-Bonnici (2017, p. 425) esta exceção deve ser interpretada no sentido de incluir os princípios da certeza jurídica e da proteção da legítima expectativa. Quanto ao «*[t]he principle of legal certainty is a fundamental element of the rule of law. It essentially seeks to ensure that laws are foreseeable, 'clear, precise and predictable as regards their effects'*». Já no que respeita ao princípio da legítima expectativa, a avaliação deve ser efetuada à luz da jurisprudência, compreendendo «*firstly, that the aid is notified to the Commission in terms of Article 108(3) TFEU and also that the aid is not granted before the procedure is exhausted; and*

¹⁴ Conforme refere Gormsen (2019, p.63) «*[t]he purpose of ordering recovery is to restore the competitive position as it was before the aid was granted ('status quo ante')*». A restituição de auxílios de Estado outorgados indevidamente foi admitida pela primeira vez pelo TJCE, em 1973, no Processo 70/72 (Santos, 2003, p. 298).

secondly, that only specific circumstances of an exceptional character can be relied on by the beneficiary. The latter requirement requires a case by case assessment». A invocação deste princípio tem também, na opinião de Rapp e Janus (2018, p.137) várias limitações:

[f]irst, the Court has stated that the principle of legitimate expectations cannot be invoked unless the person invoking it "has been given precise assurances by the administration. Second, the Member States cannot invoke that principle in cases where they have failed to notify the aid measure to the Commission. Third, in the absence of a notification, the Commission's silence cannot be interpreted as an implicit authorisation of the measure that may give rise to legitimate expectations.

Nos casos que abordaremos no capítulo III do presente trabalho, em que a Comissão emitiu uma decisão negativa, há autores que defendem que a decisão de recuperação é altamente questionável pois, na sua opinião, nessas decisões a Comissão inovou a sua posição na interpretação do regime dos auxílios de Estado. Neste sentido, refere Gormsen (2019, p. 62), que

[w]hile Commission can change its thinking in the area of State aid, it has to be done in a manner that is foreseeable. Otherwise it runs counter to the general EU law principles of proportionality, legal certainty and legitimate expectations of multinational companies, which make use of tax rulings issued by national tax authorities to manage their tax liability efficiently.

Na sequência de uma decisão de recuperação, o montante a recuperar, inclui, para além do montante do auxílio, juros calculados numa base composta. Com a decisão da Comissão, o Estado-Membro deve proceder imediata e efetivamente à execução da mesma, nos termos da sua lei interna, sendo que o eventual recurso para Tribunal não tem, salvo situações excecionais, efeitos suspensivos.

Os poderes da Comissão para recuperar o auxílio estão sujeitos a um prazo de prescrição de 10 anos, sendo que o prazo, que começa a contar desde a data em que o auxílio ilegal tenha sido concedido ao beneficiário, se interrompe¹⁵ com quaisquer atos, relativos ao auxílio ilegal, praticados pela Comissão ou por um Estado-Membro a pedido desta, e suspende-se enquanto a decisão for objeto de um processo no Tribunal.

¹⁵ Após cada interrupção é iniciada uma nova contagem de prazo.

2.2 ELEMENTOS DA NOÇÃO DE AUXÍLIO DE ESTADO, EM ESPECIAL NA PERSPETIVA TRIBUTÁRIA

Nos termos do artigo 4.º do Tratado da União Europeia (TUE), as competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados, pertencem aos Estados-Membros. As competências da União delimitam-se pelo princípio da atribuição, regendo-se o seu exercício pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade (cfr. artigo 5.º do TUE)¹⁶.

A competência da União em matéria de fiscalidade, em especial na fiscalidade direta, é muito limitada, sendo que esta competência pertence aos Estados-Membros.¹⁷ No entanto, embora a competência no âmbito da fiscalidade direta continue a ser de cada Estado-Membro, tal não significa que estes, nesse exercício, não respeitem o direito da União, ou seja as suas intervenções não estão excluídas da regulamentação relativa à fiscalização dos auxílios de Estado, podendo a Comissão qualificar uma medida fiscal de auxílio de Estado, desde que estejam reunidas as condições para tal.

O conceito de auxílio de Estado resultante do artigo 107.º do TFUE, *«does not carve out tax measures: the prohibition of State aid applies to aid in the form of direct subsidies, but also covers more indirect forms of aid, such as relief from fiscal aid and para-fiscal levies»* (Traversa & Sabbadini, 2016, p. 86). Os auxílios tributários, conforme nos ensina Santos (2003, p.380),

[s]endo uma subespécie do conceito de auxílios públicos, devem satisfazer os mesmos requisitos ou critérios e subordinar-se genericamente às mesmas condições que as

¹⁶ Em virtude do princípio da atribuição, a União atua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhes tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objetivos fixados por estes últimos. As competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros (cfr. n.º 2 do artigo 5.º do TUE).

Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo, contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União. (cfr. n.º 3 do artigo 5.º do TUE).

Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma de ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados. (cfr. n.º 4 do artigo 5.º do TUE).

¹⁷ *[T]he EU has little legislative competence in the field of taxation and is mostly concerned with indirect taxes (such as VAT and excise duties), which can affect the intra-EU trade of goods and services. Article 113 TFEU provides that the Council, acting unanimously (...) can adopt provisions (...) for the harmonization of national law concerning turnover taxes (...) and other forms of indirect taxation, to the extent that such harmonization is necessary to ensure the establishment and the functioning of the internal market and to avoid distortion of competition. Pursuant to Article 115 TFEU, the Council may issue directives for the approximation of laws, regulations or administrative provisions of the Member States on direct taxation insofar as the latter directly affect the establishment or functioning of the internal market. However, this provision also requires unanimity, which is particular difficult to achieve.* (Gormsen, 2019, p.98)

restantes formas de auxílio de Estado para serem qualificados como incompatíveis com o mercado comum ou para serem objeto de derrogação.

Nos próximos pontos, e tendo em vista a compreensão dos vários elementos da noção de auxílio de Estado¹⁸, iremos ter por referência a Comunicação da Comissão Europeia n.º 2016/C 262/01¹⁹ que, tendo em vista prestar esclarecimentos sobre os conceitos fundamentais respeitantes à noção de auxílio de Estado, pretende esclarecer a forma como a Comissão entende o n.º 1 do artigo 107.º do TFUE, tal como interpretado pelos Tribunais da União (TGUE e TJUE).

2.2.1 BENEFICIÁRIO DE UMA MEDIDA É UMA EMPRESA

As regras em matéria de auxílios de Estado só são aplicáveis quando o beneficiário de uma medida for uma «empresa», sendo esta definida como entidade que desenvolve uma atividade económica²⁰, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo como são financiadas (Comissão, 2016, par. 7 e seguintes). Assim, deste princípio, refere a Comissão, resultam três corolários:

- o estatuto da entidade ao abrigo do direito nacional não é decisivo;
- a aplicação das regras em matéria de auxílios estatais não depende do facto de a entidade ser criada com fins lucrativos;
- a classificação de uma entidade como empresa²¹ está sempre relacionada com uma atividade específica²².

Por outro lado, o n.º 1 do artigo 107.º do TFUE não é aplicável quando o Estado atua no exercício da autoridade pública ou quando as entidades públicas atuam na qualidade de

¹⁸ Na nossa abordagem, merecerá especial destaque a seletividade. De facto, conforme nos diz Nicolaidis (2015, p. 315), «*if a single issue had to be identified that distinguished fiscal or tax aid from other forms of the state aid, it would be the aspect of selectivity.*» Também para Raap e Ianus (2018, p. 102), na aplicação das regras de auxílios de Estado na perspetiva tributária, o critério da seletividade é o critério mais importante e debatido.

¹⁹ Embora a Comunicação apenas seja vinculativa para a Comissão, e não para os Estados-Membros, a mesma é uma relevante fonte de informação (Monsenegro, 2018, p. 14).

²⁰ Para a Comissão (2016, par. 13) «[u]ma vez que a distinção entre atividades económicas e não económicas depende, até certo ponto, das escolhas políticas e da evolução económica num dado Estado-Membro, não é possível elaborar uma lista exaustiva de atividades que, a priori, nunca seriam económicas».

²¹ Pode considerar-se que várias entidades jurídicas distintas formam uma única unidade económica para efeitos de aplicação das regras em matéria de auxílios de Estado (Comissão, 2016, par. 11).

²² Uma atividade económica consiste em oferecer bens e serviços num determinado mercado, sendo que uma entidade que desenvolve simultaneamente uma atividade económica e não económica deve ser considerada uma empresa apenas no que se refere às primeiras atividades (Comissão, 2016, pars. 10 e 12).

autoridades públicas, podendo considerar-se que uma entidade atua no exercício da autoridade pública quando a atividade em causa faz parte das funções essenciais do Estado ou a elas está ligada pela sua natureza (Comissão, 2016, par. 17).

2.2.2 IMPUTABILIDADE DA MEDIDA AO ESTADO COM FINANCIAMENTO ATRAVÉS DE RECURSOS ESTATAIS

A existência de um auxílio estatal tem subjacente a concessão de uma vantagem, direta ou indiretamente, através de recursos estatais e a imputabilidade de tal medida ao Estado. Embora a sua apreciação seja frequentemente efetuada conjuntamente, estamos perante duas condições cumulativas distintas (Comissão, 2016, par. 38).

2.2.2.1 IMPUTABILIDADE DA MEDIDA AO ESTADO

Uma medida é imputável ao Estado quando a vantagem é concedida por uma autoridade pública de modo direto ou através de um organismo público ou privado designado pela autoridade pública para a administrar²³. Pode ainda ser imputado ao Estado quando a vantagem for concedida por empresas públicas²⁴ e as autoridades públicas tenham estado implicadas na adoção da medida²⁵ (Comissão, 2016, pars. 39 e 40). Note-se que uma

²³ Não se deve fazer a distinção entre os casos em que o auxílio é concedido diretamente pelo Estado ou por organismos públicos ou privados que o Estado institui ou designa para gerir o auxílio (cfr. par. 11 do Acórdão de 21 de março de 1990 do Tribunal de Justiça, proferido no âmbito do processo C-303/88).

²⁴ A Comissão na definição de empresa pública toma como referência a Diretiva 2006/111/CE da Comissão, de 16 de novembro de 2016, que prevê na alínea b) do artigo 2.º que se entende por empresa pública «qualquer empresa em que os poderes públicos possam exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante em consequência da propriedade, da participação financeira ou das regras que a disciplinam».

²⁵ A Comissão (2016, pars. 41 e 42), na aferição da imputabilidade de uma medida, adotada por uma empresa pública, ao Estado considera, tendo por referência o Acórdão de 16 de maio de 2002, proferido no âmbito do processo C-482/99, bem como as conclusões do advogado geral nesse processo, que devem ser considerados os indícios resultantes das circunstâncias do caso concreto e do contexto no qual a medida foi adotada. De entre os vários indícios considera os seguintes:

- o facto de o organismo em questão não poder ter tomado a decisão contestada sem ter em conta as exigências das autoridades públicas;
- a presença de elementos de natureza orgânica que ligam a empresa pública ao Estado;
- o facto de que a empresa, por intermédio da qual foram concedidos os auxílios, teve de ter em conta as orientações emanadas por organismos governamentais;
- a integração da empresa pública nas estruturas da administração pública;
- a natureza das atividades da empresa pública e o exercício destas no mercado em condições normais de concorrência com os operadores privados;
- o estatuto jurídico da empresa (se regida pelo direito público ou pelo direito comum das sociedades), embora a mera circunstância de uma empresa pública ter sido constituída sob a forma de sociedade de capitais no regime de direito comum não possa ser considerada razão suficiente para excluir a imputabilidade, tendo em conta a autonomia que esta forma jurídica lhe confere;
- a intensidade que as autoridades públicas exercem sobre a gestão da empresa;

(continuação da notas de rodapé)

medida não será imputável a um Estado-Membro se este tiver a obrigação de a aplicar por força do direito da União, sem qualquer poder discricionário (Comissão, 2016, par. 44).

No que concerne às medidas fiscais, a imputabilidade da vantagem ao Estado está intrínseca à sua definição, sendo que, num Estado de direito, as medidas fiscais são «*en règle, (...) légalement autorisés par le Parlement et mis en pratique par l'exécutif*» (Santos, 2009, p. 477).

2.2.2.2 FINANCIAMENTO ATRAVÉS DE RECURSOS ESTATAIS

Os recursos estatais abarcam todos os recursos do setor público, podendo assumir várias formas tais como (Comissão, 2016, pars. 48 e 53):

- subvenções diretas;
- empréstimos;
- garantias;
- investimentos diretos no capital de empresas;
- prestações em espécie;
- compromisso firme e concreto no que se refere à disponibilização posterior dos recursos estatais;
- renúncia a receitas do Estado, que de outro modo teriam sido pagas ao Estado;
- fornecimento de bens ou serviços a preços inferiores aos de mercado ou investimento numa maneira inconsistente com o critério do operador numa economia de mercado;
- concessão de acesso ao domínio público ou a recursos naturais, ou a concessão de direitos especiais ou exclusivos sem uma remuneração adequada em consonância com as taxas de mercado.

A origem dos recursos não é relevante desde que, antes de serem direta ou indiretamente transferidos para os beneficiários, sejam colocados sob controlo público e estejam, por conseguinte, à disposição das autoridades nacionais, ainda que os recursos não se tornem

• qualquer outro indício que demonstre a implicação das autoridades públicas na adoção da medida em causa ou a improbabilidade da sua não implicação, tendo em conta o alcance da medida, o seu conteúdo ou as condições nelas contidas.

propriedade da autoridade pública. O fator relevante não é a origem dos recursos, mas o grau de intervenção da autoridade pública na definição da medida e do seu modo de financiamento (Comissão, 2016, pars. 57 e 58).

Os recursos provenientes da União são considerados recursos estatais se as autoridades nacionais dispuserem de poder discricionário no que se refere à utilização destes recursos, em especial a seleção dos beneficiários (Comissão, 2016, par. 60).

As vantagens atribuídas através de medidas fiscais têm por natureza origem em recursos públicos. De facto, «[q]uelle que soit la technique utilisée, on est devant un sacrifice de ressources de la part des autorités publiques soit sous la forme d'exonération d'impôts, soit sous la forme de non-recouvrement des impôts ou des contributions dues en vertu de la loi (ou d'un recouvrement effectué au-delà du délai légalement prévu, sans que l'État soit dûment compensé de ce fait» (Santos, 2009, p. 478).

2.2.3 EXISTÊNCIA DE UMA VANTAGEM

No âmbito do regime de auxílios de Estado, uma vantagem é qualquer benefício económico que uma empresa não poderia ter obtido em condições normais de mercado, isto é, sem a intervenção do Estado. O efeito da medida deve ser aferido comparando a situação financeira da empresa na sequência da medida com a situação em que estaria se a medida não tivesse sido tomada. Note-se que a vantagem económica pode resultar quer de vantagens económicas positivas, quer de isenção de encargos económicos, ou seja, qualquer mitigação dos encargos que normalmente oneram o orçamento de uma empresa²⁶ (Comissão, 2016, pars. 66 a 68).

Na vertente dos auxílios de Estado tributários, as vantagens podem revestir diferentes formas ou modalidades que consubstanciam uma redução da carga fiscal. Esta pode abranger

várias formas ou técnicas, tais como reduções à matéria coletável (abatimentos ou deduções derogatórias, amortizações extraordinárias ou aceleradas, inscrição de reservas no balanço, etc), reduções do montante de imposto (através de isenções, créditos de imposto, deduções à colecta, etc), impostos diferidos, adiamentos ou

²⁶ Por exemplo, benefícios fiscais ou reduções das contribuições para a segurança social (Comissão, 2016, par. 68); fornecimento de assistência logística e comercial sem contrapartida normal por uma empresa pública às suas filiais de direito privado que exercem uma atividade aberta à livre concorrência (cfr. par. 57 do Acórdão de 11 de julho de 1996 do Tribunal de Justiça proferido no âmbito do processo n.º C-39/94).

anulações ou mesmo reescalamentos excepcionais da dívida fiscal. (Ficheira, 1998, citado por Santos, 2003²⁷).

As operações económicas realizadas por organismos públicos não conferem uma vantagem à sua contraparte e, por conseguinte, não constituem auxílios, desde que sejam efetuadas em conformidade com as condições normais de mercado (Comissão, 2016, par. 74). A Comissão faz referência ao «critério do operador numa economia de mercado»²⁸ como método relevante para apreciar se uma série de operações económicas realizadas por organismos públicos tem lugar em condições normais de mercado e, portanto, se implicam a concessão de uma vantagem (que não se teria verificado em condições normais de mercado) para as sua contrapartes, ou seja, o elemento determinante consiste em saber se os organismos públicos agem como um operador numa economia de mercado atuaria numa situação semelhante (Comissão, 2016, par. 75)²⁹.

O critério do operador numa economia de mercado, «*should remain restricted to the narrow field of tax measures initiated by the State in its rare double role as shareholder and legislator*» (Schön, 2016, p.6). De facto, diz-nos Monsenego (2018, p.61),

[n]ormally, the market operator test applies only when a Member State takes part in the economic activities with State resources, and in an area where it is in competition with private operators. (...) taxes are clearly outside of the scope of the market economy operator test, given that a State normally has an exclusive right to levy taxes on its territory; [...] EDF case [...] the CJEU considered that the acts of the Member State could be assessed in the light of the market economy operator test, even when these acts took the form of fiscal measures. [...] and considerer in particular that 'an economic advantage must - even where it has been granted through fiscal means - be assessed inter alia in the light of the private invest test, if (...) it appears that,

²⁷ Ficheira, F. (1998), Gli Aiuti Fiscali nell'Ordinamento Comunitario, *Rivista de diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1.

²⁸ Os Tribunais da União têm nas suas decisões utilizado variantes deste critério, tendo desenvolvido nomeadamente os seguintes critérios (Comissão, 2016, par. 74):

- Princípio do investidor numa economia de mercado, para identificar a presença de auxílios estatais em casos de investimento público (nomeadamente injeções de capital);
- Critério do credor privado, a fim de examinar se as renegociações de dívidas por credores públicos implicam auxílios estatais; e
- Critério do vendedor privado, a fim de apreciar se a venda realizada por um organismo público implica um auxílio estatal.

²⁹ O critério do operador numa economia de mercado, «*implies that the conditions of the transactions between public and private undertakings should correspond to the conditions existing between private operators acting under 'normal market conditions'. 'Normal market conditions' are defined as 'the conditions applying to the economy of a Member State where it does not intervene in favour of certain undertakings'*» (Monsenego, 2017, p.59).

notwithstanding the fact that the means used were instruments of State power, the Member State concerned conferred that advantage in its capacity as shareholder.

[...] it can be concluded from EDF that the market economy operator test is not applicable to the area of taxes, unless a tax advantage is granted by a State not in its public capacity, but rather in a capacity that could be exercised by a private operator, such as being a shareholder.

A apreciação da conformidade de uma intervenção do Estado com as condições de mercado tem de ser feita numa base *ex ante*, tendo em conta as informações disponíveis no momento em que a intervenção foi decidida (Comissão, 2016, par. 78). A forma de proceder à apreciação da conformidade com as condições de mercado dependerá se tal pode ser efetuado diretamente através de dados de mercado específico da operação, ou se, devido à ausência de tais dados, a conformidade da operação com as condições de mercado tem de ser apreciada com base noutros métodos disponíveis.

A Comissão (2016, pars. 84 a 96) prevê que a conformidade de uma operação com as condições de mercado pode ser diretamente determinada através de informações de mercado específicas da operação quando:

- a operação é efetuada *pari pasu* por entidades públicas e operadores privados, considerando-se que quando uma operação é efetuada nos mesmos termos e condições (e, por conseguinte, com o mesmo nível de risco e de remuneração) por organismos públicos e operadores privados que se encontrem em situação comparável, a mesma está em conformidade com as condições de mercado;
- se refere à venda e compra de ativos, bens e serviços (ou outras operações comparáveis) efetuadas através de procedimentos de concurso competitivos, transparentes, não discriminatórios e incondicionais.

Nos restantes casos, a avaliação da conformidade com as condições de mercado, deve ser efetuada recorrendo a³⁰:

- avaliação comparativa, isto é, avaliando a operação controvertida em função das condições em que operações comparáveis efetuadas por operadores privados comparáveis tiveram lugar em situações comparáveis;

³⁰ Comissão (2016, pars. 97 a 105).

- outros métodos de avaliação, baseados em dados fiáveis, verificáveis e objetivos disponíveis, que sejam suficientemente pormenorizados e reflitam a situação económica no momento em que a operação foi decidida, tendo em conta o nível de risco e as expectativas futuras.

2.2.4 SELETIVIDADE DA MEDIDA

Uma medida para ser abrangida pela aplicação no n.º 1 do artigo 107.º do TFUE tem de ser uma medida seletiva³¹, ou seja, a medida concede uma vantagem de forma seletiva a certas empresas, certas categorias de empresas ou a certos setores económicos.³² Assim, «...nem todas [as] medidas que favorecem os operadores económicos são abrangidas pela noção de auxílio, mas apenas aquelas que concedem uma vantagem de forma seletiva a certas empresas, a certas categorias de empresas ou a certos setores económicos» (Comissão, 2016, par. 117)³³. Acrescenta a Comissão que as medidas de alcance geral que não

³¹ Para Rapp e Ianus (2018, p.102) e Gormsen (2016, p. 11) na aplicação das regras de auxílios de Estado na perspetiva tributária, o critério da seletividade é o critério mais importante e debatido sendo que, conforme nos diz Gormsen, «[s]electivity is a contested concept, and the Court of Justice frequently overrules the General Court». A subjetividade e a discussão em torno da verificação do critério da seletividade «(...) should not be underestimated because it may be drawing the line between the fiscal powers of the Member States and the limits of interference and influence of the European Union on those powers on the grounds of competition law» (Maillo, 2016, p. 228).

³² Para Maillo (2016, pp. 230-231), o conceito de seletividade tem evoluído em linha com as tendências de evolução do conceito de auxílio de Estado. Assim, para este autor, a evolução no conceito de seletividade caracteriza-se por:

- *an expansive concept allowing for more intervention by the European Commission; among others, the focus on effects, the possibility of de facto (not only de jure) selectivity, the qualification as selective measures of general measures applied by authorities with discretionary powers and the need for evaluating whether the system of reference is arbitrary or biased, have caused many measures to be deemed selective;*
- *the concept of selectivity has also shifted from a concept inspired by an internal market rationale to a more competition-friendly approach. The most crucial condition at the moment is whether the measure favours certain undertakings or certain goods in comparison with other undertakings which are in a legal and factual situation that is comparable in light of the objective pursued by the measure in question. An unequal treatment approach seems to prevail. It remains to be seen whether this approach fully excludes other approaches based more on internal market concerns; and*
- *again, the latter approach has increased the role played by private parties in recent years in cases dealing with selectivity and indicates that further discussion and addressing of complaints will be necessary until - if ever - the notion is neatly clarified. [sublinhado nosso]*

³³ Embora considere que para a maioria dos autores o artigo 107.º do TFUE não proíbe desvios negativos face ao “comparável”, Schön (2016, p.14) «[has] some years ago tried to show that Art. 107 par. 1 TFEU can be applied by way of analogy to specifically burdensome tax rules». Em 2006, Schön (2006, p.503), considerou que «[i]f one interprets Article 87(1) EC [atual artigo 107.º do TFUE] in the light of this community law-related objectives [a não distorção do mercado interno], there are many reasons in favour of an analogue application to special charges.». Também Santos (2009) aborda o tema das *negative aid*, exemplificando na sua apreciação com a aplicação de diferentes taxas a empresas e setores de atividade económica, nomeadamente com a aplicação de taxas mais elevadas em determinados setores. No entanto, deixa a interrogação sobre se do ponto de vista do controlo dos auxílios de Estado, «*sont-ce les secteurs ou* (continuação da notas de rodapé)

favoreçam unicamente certas empresas ou a produção de determinados bens não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do normativo supra referenciado. No entanto, «a jurisprudência esclareceu que mesmo as intervenções que, à primeira vista, são aplicáveis à generalidade das empresas podem ser seletivas em certa medida e, portanto, ser consideradas medidas destinadas a favorecer certas empresas ou produções».

A seletividade pode ser distinguida entre seletividade material e seletividade regional.

2.2.4.1 SELETIVIDADE MATERIAL

A seletividade material de uma medida implica que esta seja aplicável apenas a algumas empresas (grupos de empresas) ou certos setores da economia num determinado Estado-Membro³⁴. A seletividade material pode ser estabelecida *de jure* ou de facto (Comissão, 2016, par. 120).

A **seletividade *de jure*** resulta diretamente dos critérios jurídicos para a concessão de uma medida que está formalmente reservada apenas a certas empresas (por exemplo: empresas de uma determinada dimensão, ativas em determinados setores ou com uma determinada forma jurídica; sociedades constituídas ou recentemente cotadas num mercado regulamentado durante um determinado período; empresas que pertençam a um grupo com determinadas características; empresas responsáveis por determinadas funções num grupo; empresas em dificuldade; ou empresas de exportação ou empresas que exerçam atividades relacionadas com a exportação (Comissão, 2016, par. 121).

A seletividade *de jure* assenta na forma como a lei é construída. Conforme nos diz Monsenego (2018, pp. 103-104),

if the tax system includes a main rule and an exception to it (in which case there is a deviation from the reference system), or if certain rules are drafted so that they have a limited scope of application that excludes certain undertakings (in which case the reference system is not designed in a non-discriminatory manner), the law implies a difference in treatment. As a result of this difference in treatment, certain undertakings may be favoured over others. The tax measure would then be considered de jure

les entreprises qui supportent les taux moins élevés qui ont un avantage ou sont-ce les autres qui subissent une sorte de sanction?» (Santos, 2009, p. 469).

³⁴ Na opinião de Schön (2016, p. 14), o facto de uma medida fiscal provavelmente beneficiar mais uns setores de atividade que outros não é condição suficiente para que seja qualificada como uma medida seletiva. No entanto, para que haja seletividade, também não será necessário que seja a própria norma fiscal, de modo explícito, a prever a distinção de aplicação.

selective, because the selectivity stems from the design of the law. There are several difficulties, ... [namely] identifying whether or not there is a deviation from the reference system. While in certain cases a difference in treatment is obvious, it may prove difficult to identify, for instance when several rules coexist and no levy appears clearly as the main rule. (...) It has also been argued that different rules may have different scopes and objectives, something would make it difficult to identify the rule and the exception.

A **seletividade de facto**³⁵ pode ser estabelecida nos casos em que, apesar de os critérios formais para a aplicação da medida serem formulados em termos gerais e objetivos, a estrutura da medida é tal que os seus efeitos favorecem significativamente um grupo específico de empresas. A seletividade de facto pode resultar de condições ou barreiras impostas por Estados-Membros que impeçam que determinadas empresas beneficiem da medida (Comissão, 2016, pars. 121 e 122).³⁶

A seletividade de facto resulta de embora a medida fiscal seja construída de modo abrangente e não prevendo a lei um elemento discriminatório explícito, a sua aplicação prática conduz a um favorecimento de certas entidades. *«This is especially the case when the difference in treatment is not 'a random consequence of the regime at issue, but the inevitable consequence' of the way the measure is designed, i.e., if the intent of the lawmaker was to favour certain undertakings»* (Monsenego, 2018, p.104). Acrescenta Monsenego que a avaliação da seletividade de facto não é tarefa fácil e linear, pois *«as it does not rely on the mechanic assessment of a deviation from the reference system that stems from design of the law or from the application of the law, but rather on the subjective assessment of the design of the boundaries of a tax system, including the intent of the lawmaker when deciding these boundaries»*.

³⁵ *«[t]his (...) type of material selectivity, (...) [is] described as de facto selectivity, because the selectivity stems from the effects of the law»* (Monsenego, 2018, p. 104).

³⁶ Conforme nos refere Nicolaidis (2015, p.320), o Tribunal Geral, no caso Santander (processo T-399/11 com recurso para o TJUE, a aguardar decisão deste), diz-nos que *«a measure can be selective even when it is not limited to a particular industry or sector of activity. It cited several examples:*

- *The measure affects several sectors (C-169/84, COFAZ; C-126/01, GEMO).*
- *The measure applies to manufacturing undertakings (C-143/99, Adria-Wien Pipeline).*
- *The measure covers all companies located in geographic area (C-156/98, Germany vs Commission).*
- *The measure is limited to a particular period of time (this is because, given the short time left to companies to meet the qualifying requirements for listing on a stock exchange, the measure was in fact open only to companies that were prepared) (T-211/05, Italy vs Commission). Then the Court added a significant clarification. When the category or aid recipients is particularly broad or diverse, the decisive element in determining the selectivity of a measure is not so much who is included but who is excluded from it (T-55/99, CETM v Commission)»*.

A seletividade pode resultar de práticas administrativas discricionárias³⁷. De facto, ainda que as medidas sejam de carácter geral suscetíveis de ser aplicadas a todas as empresas, quando a sua aplicação em concreto pode condicionada pelo poder discricionário³⁸ da administração pública, tornam-se seletivas³⁹.

A seletividade com base na aplicação da medida, surge quando esta é aplicada de modo distinto às diversas entidades, com favorecimento de parte, sendo que

[t]his type of selectivity arises on a case-by-case basis, such as when a Member State decides how to tax an undertaking in an advance tax ruling: examples are provided by the Starbucks and Fiat cases.(...) selectivity that stems from the application of the law concerns mainly a generally formulated arm's length provision, as this method lies on an abstract principle that needs to be interpreted on a case-by-case basis, something that opens for different interpretations (Monsenego, 2018, p. 104).

Nos casos em que as medidas controvertidas reduzam os encargos que as empresas teriam de suportar, a Comissão (2016, par. 128) refere que a **análise da seletividade deve compreender três fases**. Conforme referem Rapp e Ianus (2018, p.104),

³⁷ Para Schön (2016, p. 5), «there are two situations where state aid examinations may set in with regard to handling of a tax case by the domestic authorities: [...] the “misapplication of the law by the tax authorities [and when] the law granting certain discretionary powers to the tax authorities».

³⁸ Refere a Comissão (2016, par. 124) que «[a]s administrações públicas têm poderes discricionários na aplicação de uma medida, em especial, se os critérios para a concessão do auxílio forem formulados em termos muito gerais ou vagos que implique necessariamente uma margem de discricção na apreciação». Acrescenta a Comissão que quando «a administração fiscal dispuser de um amplo poder discricionário para determinar os beneficiários ou as condições em que um benefício fiscal é concedido com base em critérios não relacionados com o sistema fiscal, tais como a manutenção dos postos de trabalho, deve considerar-se que o exercício desse poder discricionário favorece “certas empresas ou certas produções”». Por outro lado, refere a Comissão (2016, par. 125), que «o facto de um desagravamento fiscal exigir uma autorização legislativa não significa automaticamente que se trata de uma medida seletiva».

³⁹ Na Comunicação são abordadas questões específicas relativas às medidas fiscais: sociedades cooperativas, organismos de investimento coletivo, amnistias fiscais, decisões fiscais e acordos de transação, regras de amortização/depreciação, regime fiscal de base fixa para atividades específicas, regras antiabuso e impostos especiais de consumo.

No que diz respeito às decisões fiscais administrativas, que permitem estabelecer a aplicação do regime fiscal comum a um caso concreto, tendo em conta os seus factos e circunstâncias específicos, a sua concessão deve respeitar as regras em matéria de auxílios estatais (Comissão, 2016, pars. 146 e 170). Acrescenta que «[s]e uma decisão fiscal subscrever um resultado que não reflete de forma fiável o que resultaria de uma aplicação normal do regime fiscal comum, essa decisão pode conferir uma vantagem seletiva ao destinatário».

Em suma, sintetiza a Comissão (2016, par. 174), as decisões fiscais conferem uma vantagem seletiva aos respetivos destinatários, em especial se:

- a decisão aplicar de forma errada o direito fiscal nacional e daí resultar um montante de imposto inferior;
- a decisão não estiver à disposição de empresas que se encontram numa situação factual e jurídica semelhante; ou
- a administração aplica um tratamento fiscal mais «favorável» que o acordado a outros contribuintes que se encontram em situação factual e jurídica semelhante.

[t]his so-called three-step-test is the basis for any selectivity assessment for fiscal aid schemes, and while it does not necessarily apply only to fiscal aid, it was created and predominantly applied to deal with tax measures which seem to be of general application but may nevertheless be selective because they are designed to favour certain undertakings or the production of certain goods. In the case of individual aid measure, on the other hand, the three-step test is in principle not necessary as stated by the Court of Justice in MOL: “the selectivity requirement differs depending on whether the measure in question is envisaged as general scheme of aid or as individual aid. In the latter case, the identification of the economic advantage is, in principle, sufficient to support the presumption that it is selective”.⁴⁰[sublinhado nosso]

1.º) Identificação do sistema de referência:

O primeiro passo compreende a identificação do sistema de referência, em função do qual a seletividade da medida será avaliada. O sistema de referência é «constituído por 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» (Comissão, 2016, par. 133). «No caso dos impostos, o sistema de referência baseia-se em elementos como a matéria coletável, os sujeitos passivos, o facto gerador do imposto e as taxas do imposto» (Comissão, 2016, par. 134).

A determinação do sistema de referência, considerando que os impostos são um encargo e não um benefício, revela-se de particular importância, uma vez que a existência de uma vantagem apenas pode ser determinada comparando a situação controvertida com a tributação normal ou que seria devida pela entidade beneficiária do auxílio de estado (Nicolaidis, 2015). Para Monsenego (2018, p. 24), embora a identificação do sistema de referência não seja decisivo, é, no entanto, «*an important step of the selectivity test, at least*

⁴⁰ Gormsen (2016, p.12) discorda desta presunção no caso dos impostos diretos, argumentando que «*[f]irstly, as recognised by the Court, economic advantage and selectivity are two separate conditions, which require a separate analysis. Secondly, Member States have explicit sovereignty in relation to direct taxation. Thirdly, in matters of tax law in particular, the decisive criterion is whether a provision is selective because the other conditions laid down in Article 107/(1) TFUE are almost always satisfied. Thus, by presuming in tax cases that an advantage leads to selectivity effectively reduces the first two steps of the analysis to assess whether arm's length principle has been applied correctly*». Gormsen (2019, p. 54) critica ainda a Comissão Europeia, pois embora «*the presumption of selectivity relies on finding an economic advantage, (...) the Commission is of the opinion that 'a derogation from the reference system will generally coincide with the identification of the advantage granted to the beneficiary under that measure. Thus, the Commission appears to establish an economic advantage by finding a derogation from the reference framework*».

to correctly identify the objective of the measure in the light of which the comparability analysis is performed.»

Na avaliação de medidas fiscais, «*[a]ccording to the Court of Justice “the determination of the reference framework has a particular importance [...], since the very existence of an advantage may be established only when compared with ‘normal’ taxation”*» (Rapp & Ianus, 2018, p. 105). No entanto, nalguns casos em que o próprio regime legal apresenta enviesamentos, acrescentam os mesmos autores, a análise não se bastará com a avaliação sobre se a medida derroga o sistema de referência. Nesses casos, «*[i]t is also necessary to evaluate whether the boundaries of the system of reference have been designed in a consistent manner or, conversely, in an arbitrary or biased way, so as to favour certain undertakings which are in a comparable situation with regard to the underlying logic of the system in question*».

O caso Gibraltar (Processos C-106/09 e C-107/09) é apontado como exemplo de tal. Neste processo «*[...] the reference system itself was problematic and that the fact that offshore companies were not taxed was not a random consequence of the regime, but the inevitable consequence of the fact that the bases of assessment were specifically designed so that offshore companies had no tax base*» (Rapp & Ianus, 2018, p. 105). O regime controvertido, prevê uma tributação considerando nomeadamente o número de trabalhadores e as instalações ocupadas para fins comerciais em Gibraltar. Tal situação conduz a um tratamento favorável das sociedades «offshore». Assim, para o TJUE «um sistema fiscal que [...] em vez de prever normas gerais para todas as empresas, com exceções a favor de certas empresas, chega a um resultado idêntico ajustando e combinando as normas fiscais de modo que a própria aplicação destas implica uma carga fiscal diferenciada para as diferentes empresas» (Acórdão do TJUE, par. 93), preenche o critério da seletividade.

Na identificação do sistema de referência, na opinião de Monsenego (2018, pp. 52-54)⁴¹, devem ser consideradas todas as fontes de direito de aplicação obrigatória, na medida em que é a não aplicação das mesmas que consubstancia um desvio ao normal tratamento. De entre as normas legais com carácter vinculativo a considerar incluem-se não só as normas fiscais domésticas, nomeadamente as referentes ao sistema de imposto sobre o rendimento das sociedades, mas também as convenções para evitar a dupla tributação em vigor e que

⁴¹ Monsenego na identificação do sistema de referência considera a *ratione materiae e ratione temporale*.

sejam aplicáveis ao caso. A jurisprudência dos Tribunais nacionais, em especial a dos tribunais superiores, na medida em que seja de aplicação obrigatória também deve ser considerada na identificação do sistema de referência. Já a doutrina administrativa pode ser levada em linha de conta, dependendo da força legal no Estado-Membro emissor da medida fiscal sob análise. Relativamente às fontes de direito sem aplicação obrigatória, Monsenego defende que, embora não possa ser considerado parte integrante do sistema de referência, pode ser útil na interpretação do sistema de referência e na avaliação da eventual derrogação do mesmo⁴².

Ainda na identificação do sistema de referência a considerar, segundo nos relata Rapp e Ianus (2018, p.106), «[w]here the main purpose of a tax system is to raise revenue, the reference system would usually be the corporate income tax system or the VAT system». Mesmo nos casos em que a tributação não tenha por objeto principal a arrecadação de receita, nomeadamente quando a mesma seja utilizada para corrigir falhas de mercado ou influenciar comportamentos, referem-nos os mesmos autores que o artigo 107.º do TFUE «does not make a distinction between State measures according to their aim or the reasons for their introduction, but defines them only in terms of their effects». No entanto, no caso de contribuições ou impostos especiais, dirigidos a determinados grupos de atividades ou entidades, a jurisprudência tem vindo a considerar que os Estados-Membros são livres de decidir as externalidades que pretendem visar com os mesmos. Nestes, o sistema de referência serão a própria contribuição ou imposto especial, aferindo-se a seletividade avaliando se as entidades abrangidas pelos mesmos e as entidades não abrangidas estão, ou não, em situação factual e jurídica comparável atento o objetivo do tributo (Rapp & Ianus, 2018, pp. 110-111).

No mesmo sentido, também Schön (2016, p. 11) refere que o sistema de referência deve ter em consideração o tipo de tributo em avaliação. Assim, relativamente àqueles que «(...)merely aim at raising revenue and which tap the ability to pay of taxpayers (...) purely fiscal – (..) the benchmark is set by the ability to pay principle and the legislator's choice of suitable indicator for this ability - like income, net wealth or consumption. Any tax rule that does not address ability to pay in this sense is deemed to deviate from the

⁴² Para Monsenego a identificação do sistema de referência e a sua eventual derrogação, deve ter por referência as normas, e respetivas interpretações, reportadas à data em que a medida fiscal sob avaliação foi aplicada.

benchmark.» Já quanto aos «(...) taxes with a primarily regulatory goal[,] (...) the achievement of this regulatory goal sets the benchmark for domestic legislation».

Adicionalmente, na identificação do sistema de referência há, ainda, que decidir se deve ser adotada uma perspetiva abrangente ou restrita (Gormsen, 2016, p.15). *«Sometimes the general tax regime is used as the reference framework, other times is not. For example, in both Autogrill and Banco Santander it was ‘the rules on the treatment of financial goodwill in the Spanish tax system’ as opposed to ‘the general Spanish corporate tax system’ (Gormsen, 2019, p. 55).*

Na defesa de uma delimitação mais limitada do sistema de referência temos Schön (2016, p. 14) que considera que o artigo 107.º do TFUE não pretende cobrir todas e quaisquer distinções⁴³ previstas na legislação doméstica de cada Estado-Membro. Defende este autor que *«[c]ontrary to the CJEU, selectivity should only be confirmed if the beneficiaries can be singled out for representing a certain branch of the economy or even a single business entity».*

Opinião distinta, e que acompanhamos, tem Monsenego (2018, pp. 47-51), que defende que o sistema de referência deve atender a uma delimitação abrangente. Defende Monsenego que

«'[...] a broad definition of the reference system is consistent with the general objectives of the State aid rules. Too narrow an approach would tend to consider certain exceptions to a main rule as general measures on their own, thereby emptying the notion of State aid. (...) a broad approach as to the determination of the reference system does not necessarily imply that an exception to the normal rule will constitute State aid, as the justification analysis may - as it did in Paint Graphos - result in the rules being compatible with State aid.

A delimitação de um sistema de referência mais abrangente é especialmente defendida por Monsenego quando a medida fiscal avaliada respeita à tributação de sociedades, atentas as características do sistema fiscal dos impostos sobre o rendimento de sociedades.⁴⁴

⁴³ Por exemplo dimensão da entidade em função do volume de negócios ou lucro, ou número de trabalhadores.

⁴⁴ Para Monsenego.

- *[t]he coherence of a corporate income tax system relies on different types of rules, which cannot be separated from each other, for the system to function properly. [...] the basic principles of the corporate income tax system and an allocation method have different purposes that are not mutually exclusive, but are rather to be combined for the taxation of the profits of a multinational enterprise.*

(continuação da notas de rodapé)

No entanto, a delimitação de um sistema de referência numa perspetiva abrangente não significa, na opinião de Gormsen (2019, p. 57) a inclusão do PPC – versão Comissão⁴⁵ – no sistema de referência⁴⁶, conforme a Comissão pretendeu fazer nos Casos Fiat, Starbucks, Apple e Amazon⁴⁷.

No caso particular de avaliação da análise da compatibilidade de uma norma antiabuso⁴⁸ com as regras de auxílios de Estado, a identificação do sistema de referência suscita, na opinião de Traversa e Sabbadini (2016, p. 95) dificuldades de aplicação. Na opinião destes autores, a avaliação da compatibilidade deverá passar por

to define first the reference framework as broadly as possible. Isolating an anti-avoidance measures from the broader tax system whose integrity it aims to protect does not indeed favour a clear understanding of the effects of the system as a whole. Then, comparability should be established in the light the main objective of the tax measure of scheme at stake, after having identified the different objectives pursued by the same measure. Finally, it should be admitted that identification of the genuine activities that are not targeted by anti-avoidance measures might require from tax authorities to use criteria based on the economic rationale of the transactions at stake, even if those criteria could lead outside the specific context of the application of anti-avoidance measures to the qualification of selective aid.

-
- *[...] any corporate income tax system need certain basic rules that define the income earned by corporations that the system aims at taxing. [...]The purpose of the rules is mainly to define which entities are subject to tax, which items of income are taxable or exempt from tax, whether or not expenses are deductible, and at what point in time revenues and expenses are taken into account. In contrast, an allocation method has a more specific purpose, which comes on the top of the corporate income tax system [and] has two functions, a policy function and an anti-avoidance function [...]*
 - *[...] a comprehensive corporate income tax system need rules that fulfil the two functions, i.e. basic principles for the determination of the corporate income, and allocation methods that share the income of multinational enterprises among their members and protect the domestic tax base: it is by combining allocation methods to the basic corporate income tax principles that a general corporate income tax system becomes consistent with its objective.*

⁴⁵ Abordaremos este tema no ponto II.3.

⁴⁶ «The Commission should apply the general national tax system as the reference framework, but does not want to do that as it considers the general national tax law to be an inappropriate reference framework because it does not – according to the Commission – secure proper outcome in line with the Commission ALP»

⁴⁷ Casos considerados no nosso estudo (vide capítulo III).

⁴⁸ Um dos temas discutidos passa pela avaliação da possibilidade de dedução de prejuízos fiscais. Por exemplo, em regra a dedução de prejuízos fiscais é possível. No entanto, caso exista alteração substancial no quadro acionista da sociedade geradora dos prejuízos fiscais os mesmos deixam de poder ser deduzidos, a menos que estejam preenchidos determinados requisitos.

2.º) Aferição da existência de derrogação:

Em segundo lugar, «é necessário determinar se uma dada medida constitui uma derrogação a esse sistema, na medida em que estabelece uma diferenciação entre operadores económicos que, à luz dos objetivos intrínsecos ao sistema, se encontram numa situação factual e jurídica comparável» (Comissão, 2016, par. 128).

Nos casos em que uma medida se aplica indistintamente a todos os operadores económicos será em princípio uma medida geral e não seletiva. No entanto, «*neither the large number of eligible undertakings nor the diversity and size of the sectors to which those undertakings belong provide any grounds for concluding that a State measure constitutes a general measure of economic policy, if not all economic sectors can benefit from it*» (Rapp & Ianus, 2018, p. 112). Nesta avaliação há que aferir se a medida controvertida coloca os beneficiários da mesma numa situação mais favorável face a outros operadores que se encontram numa situação factual e jurídica comparável. Para o efeito, de acordo com Rapp e Ianus (2018, p.113), suscitam-se duas questões: em primeiro lugar, se a comparabilidade deve ser efetuada atendendo ao sistema de referência, ou à medida controvertida; e, em segundo lugar, de que forma deve ser determinada a comparabilidade factual e jurídica. Quanto à primeira questão, defendem estes autores, nas situações de auxílios de Estado tributários, a comparação entre entidades que se encontrem numa situação comparável deve ser feita «[...] *“in the light of the objective attributed to the tax system of the Member State concerned”*». ⁴⁹ No entanto, alertam os autores, o Tribunal não tem seguido uma posição coerente, existindo situações em que a avaliação da comparabilidade é feita atendendo ao objetivo da medida controvertida. Os autores criticam esta opção, argumentando que, por um lado, tornaria redundante a avaliação, uma vez que todos os beneficiários da mesma seriam tratados de modo não discriminatório, e por outro, o próprio Tribunal ⁵⁰ já havia referido que:

the objective pursued by State measures is not sufficient to exclude those measures outright from classification as ‘aid’ for the purposes of Article [107 TFEU]. Article [107(1) TFEU] does not distinguish between causes or the objectives of State aid, but defines them in relation to their effects. Decisive for the determination of selectivity

⁴⁹ Também Szudoczky (2016, p. 166) refere que «[...]according to the CJEU's case law the comparison for the purpose of establishing selectivity has to be made in the light of the objective of the system».

⁵⁰ *British Aggregates Association vs Comissão* (Processo C-487/06, ECLI:EU:C:20208:757) e *Comissão e Espanha vs Governo de Gibraltar e Reino Unido* (Processos apensos C-106/09 P e C-107/09, ECLI:EU:C:2011:732).

pursuant to Article 107(1) TFUE are therefore the effects of the measure and not the regulatory technique, the reasons for its adoption or its objectives.

Quanto à forma de determinar a comparabilidade legal e factual, sintetiza-nos Rapp e Ianus (2018, p. 114) que, de acordo com a jurisprudência, nas medidas de âmbito geral a aferição das entidades favorecidas tem atendido à agregação das características num sentido amplo, tais como entidades cuja atividade é produção, desenvolvem certas atividades ou desenvolvem atividades de exportação ou certos tipos de investimento. Por outro lado, se as medidas se destinam a uma aplicação mais restrita, a aplicação da medida a todo o setor de atividade pode levar a que a mesma não seja considerada seletiva. Nesse caso, *«[i]t needs to be ascertained whether in light of the objective of the reference system, the factually comparable which is, incidentally, entirely in line with the Court's case law on the effects-based approach as regards selectivity»*.⁵¹ No caso das decisões fiscais prévias, estas podem conferir uma vantagem seletiva *«[...] if a tax administration applies a generally applicable rule in a way that results in favourable tax treatment to one company as comparable with other taxpayers in a similar factual and legal situation base on the exercise of discretion»*, sendo, no entanto, necessário distinguir entre *«[...] the discretion necessary for the State to fulfil its revenue raising function as opposed to discretion going beyond this role and used to grant a selective advantage to certain multinationals, possibly in return for investment or employment»* (Rapp & Ianus, 2018, p. 117).

Ao nível da comparabilidade merece especial discussão, e com relevância nos casos que nos propomos estudar, a comparabilidade entre entidades independentes e entidades que integram grupos, domésticos ou multinacionais.

Para Gormsen (2019, p. 57-59), *«[...] integrated companies are in a different factual and legal situation to that of non-integrated companies. The former are subject to special rules, such as rules concerning the transfers of losses between members of the group, and rules concerning transfer pricing»*. Acrescentando que

[l]ike non integrated-companies, integrated companies calculate their taxable profits by reference to their commercial profits. However, non-integrated companies are not

⁵¹ No mesmo sentido Monsenego (2018 pp. 75-82). Este autor refere ainda que na determinação do objetivo do Imposto sobre os lucros de sociedades, *«[t]he CJEU seems to assume that the main objective of the corporate income tax systems of the Member States is to tax the net income earned by corporations, i.e., the difference between revenues and deductible expenses. [...] The difference between the revenues and the deductible expenses results in a net income before tax, which could also be described as an ability-to-pay income tax, to the extent the income is positive. (...) Accordingly, it is in the light of the objective to tax corporations on their net income that the comparability test should be performed»*.

required to comply with transfer pricing rules and are therefore not factually and legally in a comparable situation to integrated companies. Therefore, when it comes to the application of cross-border transfer pricing rules, multinationals should be segregated as a separate category and the assessment as to whether there is selectivity must be done within the context of that category.

Conforme nos relata Monsenego (2018, p.101), também W. Schön e R. Luja consideram que «[(...) members of multinational enterprises and independent enterprises are not in a comparable situation». No entanto, Monsenego, embora admita o argumento de que existem diferenças entre as referidas categorias, considera que estas «(...) not preclude the comparability in the context of the objective of the corporate income tax [and] it is precisely because the objective of taxation of independent and associated enterprises is the same that despite the different tools that are necessary to achieve this objective, these categories of undertakings are in a comparable situation for State aid law purposes».⁵²

⁵² Monsenego (2018, pp. 85-101) considera que as entidades independentes, entidades que integram grupos domésticos e entidades que integram grupos multinacionais são entidades que se encontram numa posição de comparabilidade factual e comparabilidade legal.

Na defesa da **comparabilidade factual**, Monsenego apresenta nomeadamente os seguintes argumentos:

- *[w]hat is settled case law that there is no need for undertakings to be competitors or to be doing business within the same sector, to be in a comparable factual situation. [...]it is understandable that the CJEU does not require undertakings to be competitors to be in a comparable factual situation, as the opposite would enable the Member States to grant aid to certain sectors.*
- *[...] the capacity of undertakings to earn income and the need of the tax systems to tax such income are not fundamentally affected by the more or less cross-border character of their organisations. In addition, the CJEU has found that State measures should not treat differently undertakings that have a domestic and a cross-border activity, which means that the cross-border organisation of multinational enterprises does not prevent them from being in a factual comparable situation to domestic groups or independent enterprises.*
- *factual control may also exist between legally independent enterprises, for example when one undertaking needs the services of another undertaking to perform its activities, or when one undertaking has few clients and becomes economically dependent on such clients. [...] Therefore, the factual control that exists between different categories of undertakings does not a priori preclude the comparability between multinational enterprises, domestic groups, and independent enterprises.*
- *While independent enterprises pursue mostly - if not exclusively - their own interest (and ultimately the interest of their owners), associated enterprises may be pursuing an interest that is common to the whole group. [...] Yet, despite the factual differences existing between associated and independent enterprises, we have to remember that in the field of State aid law, the factual comparison itself is not sufficient. It should be performed in the light of the objective of the tax system. POY Case - supposes that undertakings that are more or less profitable are in a comparable situation; Kernkraftwerke case - undertakings relying on different methods for electricity production were not in a comparable situation with respect to the objective of the duty, which was clearly linked to the method of production of energy.*

Na defesa da **comparabilidade legal**, Monsenego apresenta nomeadamente os seguintes argumentos:

- *Instead, the three categories of undertakings can very well be subject to the same corporate income tax system, which in certain cases needs to be supplemented by specific rules that ensure the eventual achievement of the objective of the system.*
- *The Paint Graphos case supports the view that members of multinational enterprises, members of domestic groups, and independent enterprises are in a comparable situation in the light of the objective of the corporate income tax. [...] the Paint Graphos case implies, when interpreted a contrario, that all these categories of undertakings should be deemed to be in a comparable legal situation. This is a*
(continuação da notas de rodapé)

Acrescenta Monsenego, que embora corresponda à posição da Comissão Europeia, esta «(...) *does not provide a convincing motivation for finding independent and associated enterprises to be in a comparable situation. The Commission seems to consider that the comparability between these categories of undertakings can be assumed based on the scope of the reference system: since the system applies to all undertakings that earn income, they would be in a comparable factual and legal situation*». Por outro lado, não considerar a comparabilidade entre estas entidades, teria na opinião de Monsenego consequências que seriam desconformes à lógica dos auxílios de Estado:

if multinational enterprises, domestic groups and independent enterprises were generally deemed not to be in a comparable situation, the Member States would have the right, under the State aid rules, to tax these three categories of undertakings differently, despite the potential breaches in the competitive conditions that this may imply for various undertakings. Corporations could choose their regime of income taxation by organising themselves in different manners, thus breaching competitive conditions between different categories of undertakings.

Na nossa perspetiva será de acompanhar a posição dos autores que defendem que as entidades independentes e as entidades que integram grupos, domésticos ou multinacionais, tendem, nomeadamente face aos objetivos do sistema de impostos sobre os lucros das sociedades, a estar numa posição legal e factualmente comparável. Eventuais derrogações ao sistema de referência devem ser avaliadas no âmbito da terceira fase da análise.

3.º) Justificação da derrogação:

Em terceiro lugar, tendo da fase anterior resultado que a medida constitui de uma derrogação, que conduz a uma potencial seletividade, importa determinar se «a derrogação é justificada pela natureza ou pelo regime geral do sistema (de referência)» (Comissão, 2016, par. 128). Caso seja justificada pela natureza ou pelo regime geral do sistema de referência, a medida não será considerada seletiva.⁵³ Refere a Comunicação (2016,

consequence of the general objective of the corporate income tax system to tax the income earned by the commercial activities of commercial companies, and the possible foreign residence of certain group members.

- *In the light of the foregoing, my conclusion is that independent enterprises, members of a domestic group, and members of multinational enterprises are in a legally comparable situation, when this assessment is made in the light of the objective to tax these undertakings on their net income.*

⁵³ Note-se que a justificação não poderá, conforme refere Schön (2016, p. 14), derivar de «[...]non-tax policies taken by the national legislator», nem, conforme refere Nicolaides (2015, p. 317), ser justificado em função «[...] the size, importance or complexity, of the beneficiary project or undertaking unless the (continuação da notas de rodapé)

par. 139) que será o caso quando a medida «resulta diretamente dos princípios básicos ou orientadores intrínsecos do sistema de referência ou quando resulta de mecanismos inerentes para o funcionamento e a eficácia do sistema»⁵⁴. Acrescenta a Comissão (2016, par. 139) que

[a] base para uma possível justificação poderia ser, por exemplo, a necessidade de combater a fraude e a evasão fiscal, a necessidade de tomar em consideração exigências específicas em matéria de contabilidade, a capacidade de gestão administrativa, o princípio da neutralidade fiscal, a natureza progressiva do imposto sobre o rendimento e a sua lógica redistributiva, a necessidade de evitar a dupla tributação ou o objetivo de otimização da cobrança de dívidas fiscais.⁵⁵

Os Estados-Membros devem ainda assegurar que as medidas são proporcionais⁵⁶ e não excedem o necessário para atingir o objetivo legítimo prosseguido⁵⁷ e que são utilizados mecanismos de controlo adequados⁵⁸ a assegurar que as derrogações são coerentes com a lógica e o regime geral (Comissão, 2016, par. 140).

2.2.4.2 SELETIVIDADE REGIONAL

As medidas que não se aplicam à totalidade do território de Estado, ou seja, as medidas de aplicação regional, podem, ou não, ser seletivas.

reference system uses criteria that adjust tax rates or tax treatment according to size, importance or complexity».

⁵⁴ O que significa, segundo Monsenego (2018, p. 182) que «*the reliance on the inner logic of a tax system takes into account of the objective of a measure, or the 'main objective' in case a measure pursues several objectives. Objectives that are extrinsic to a tax system, cannot, in principle, justify a measure that is prima facie selective, (...)»*

⁵⁵ Para Gomsen (2016, p. 17), «*[t]he narrow application of this exception to the selectivity assessment would seem to exclude justifying a situation multinationals benefit from specific rules on taxation.*

⁵⁶ «*This proportionality test is the same applied by the Court to assess possible justifications for the restrictions of the fundamental freedoms»* (Rapp e Ianus, 2018, p.119). Para Andrade (2019, p.8) a proporcionalidade da medida, na sequência do caso *Paint Graphos*, passou a constituir o quarto passo na aferição da existência de seletividade.

⁵⁷ «*Contrary to prima facie selectivity assessment, where the burden of proof lies on the Commission, it is Member States that have the burden of providing evidence that that prime facie selective measure is able to be justified, and is in line with the principle of proportionality»* (Monsenego 2018, p. 182).

⁵⁸ Compete ao Estado-Membro em causa instituir e aplicar procedimentos de fiscalização e de supervisão adequados à finalidade de garantir a coerência das medidas fiscais específicas criadas a favor das sociedades cooperativas com a lógica e a economia geral do sistema fiscal e evitar que as entidades económicas escolham esta forma jurídica específica com o único objetivo de obterem benefícios de natureza fiscal previstos em favor deste tipo de sociedades (Cfr. n.º 74 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de setembro de 2011, *Paint Graphos e outros*, processos apensos C-78/08 a C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550)

A Comissão, seguindo de perto a jurisprudência resultante do Caso Açores⁵⁹, refere que na apreciação da seletividade há que distinguir três cenários.

No primeiro cenário, em que o governo central de um Estado-Membro decide unilateralmente aplicar um nível inferior de tributação numa área geográfica definida, existe seletividade regional da medida.

No segundo cenário, em que existe uma desconcentração simétrica dos poderes fiscais, as medidas decididas pelas autoridades infraestatais não são seletivas, uma vez que é impossível determinar uma taxa de imposto normal capaz de constituir o quadro de referência.

No terceiro cenário, em que existe uma desconcentração assimétrica de poderes fiscais, isto é, apenas algumas autoridades regionais ou locais podem adotar medidas fiscais aplicáveis no seu território, a apreciação do carácter seletivo depende do facto da autoridade ser, ou não, suficientemente autónoma em relação à administração central do Estado-Membro. Para o efeito importa preencher cumulativamente três critérios: autonomia institucional⁶⁰, autonomia processual⁶¹ e autonomia económica e financeira⁶². Apenas quando preenchidos os três critérios, uma medida fiscal aplicável apenas a nível regional ou local constituirá o quadro geográfico de referência.

2.2.5 DISTORÇÃO DA CONCORRÊNCIA E EFEITOS SOBRE AS TROCAS COMERCIAIS

A distorção da concorrência e os efeitos sobre as trocas comerciais, embora sejam dois elementos distintos e necessários da noção de auxílio, são muitas vezes tratados em conjunto na apreciação dos auxílios de Estado (Comunicação, 2016, par. 185).

Uma medida concedida pelo Estado falseia ou ameaça falsear a concorrência, isto é, distorce a concorrência, quando é suscetível de melhorar a posição concorrencial do

⁵⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de setembro de 2006, *Portugal/Comissão*, processo C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511.

⁶⁰ A existência de autonomia institucional pode ser estabelecida nos casos em que a decisão sobre a medida fiscal foi tomada por uma autoridade regional ou local no âmbito do seu próprio estatuto constitucional, político e administrativo que é distinto do estatuto do governo central (Comunicação, 2016, par. 145).

⁶¹ A existência de autonomia processual pode ser constatada nos casos em que uma decisão relativa a uma medida fiscal foi adotada sem o governo central poder intervir diretamente na definição do seu conteúdo (Comunicação, 2016, par. 147).

⁶² «A existência da autonomia económica e financeira pode ser estabelecida nos casos em que uma entidade infraestatal assume a responsabilidade pelas consequências políticas e financeiras de uma medida de redução de impostos». Assim, «as consequências financeiras da medida fiscal na região não devem ser compensadas por auxílios ou subvenções de outras regiões ou do governo central» (Comunicação, 2016, pars. 152 e 153).

beneficiário em relação a outras empresas com as quais concorre, sendo, para o efeito, suficiente que o auxílio permita manter uma posição competitiva mais forte do que teria se o auxílio não tivesse sido concedido (Comissão, 2016, pars. 187 e 189).

Já no que respeita aos efeitos sobre as trocas comerciais «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 essas trocas comerciais» (Comissão, 2016, par. 190). No entanto, o efeito «não pode ser meramente hipotético ou presumido» (Comissão, 2016, pars. 195).

A Comissão, nas suas decisões, conforme nos sintetiza Gormsen (2019, pp.15)⁶³,

[a]lthough (...) must 'examine whether the aid at issue is liable to affect trade between Member States and to distort competition, giving information on relevant to their likely effects in the contest decision', it is not obliged to carry out an economic analysis of the actual situation of the relevant market or the patterns of the trade in question between Member States or to show the real effect of the aid at issue.

Acrescenta o mesmo autor⁶⁴, que a Comissão «*is not even obliged to carry out an in-depth analysis when it is possible that some aid beneficiaries 'could operate on markets which were only of national interest'*».

2.3 O PRINCÍPIO DE PLENA CONCORRÊNCIA

As operações realizadas entre entidades pertencentes ao mesmo grupo económico não estão sujeitas aos condicionalismos que estão presentes nas operações realizadas entre entidades independentes. A ausência de tais condicionalismos permite às entidades que integram o grupo ter a possibilidade de promover, através da manipulação do preço de transferência, uma alocação dos lucros gerados na atividade global em função dos seus interesses, permitindo-lhes uma maximização dos lucros nomeadamente através da redução dos impostos sobre o lucro que são suportados. Essa alocação dos lucros a diferentes entidades e diferentes jurisdições tem como natural impacto a erosão das bases tributáveis

⁶³ Tendo por referência os parágrafos 57 e 58 do Acórdão de 30 de abril de 2009 do Tribunal de Justiça – Processo n.º C-494/06 (ECLI:EU:C:2009:272).

⁶⁴ Suportado no parágrafo 159 do Acórdão de 4 de setembro de 2009 do Tribunal de Justiça – Processo n.º C-494/06 (ECLI:EU:T:2009:304).

de certos Estados em favor de outros, para os quais são deslocados os lucros e sem que corresponda necessariamente uma similar transferência ao nível de impostos suportados.⁶⁵

Na determinação do preço de transferência nas operações vinculadas⁶⁶ os países membros da OCDE, bem como outros países não membros, têm vindo a acolher o Princípio de Plena Concorrência⁶⁷ que se encontra vertido no artigo 9.^º⁶⁸ do Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património da OCDE (MOCDE).

Na aplicação do PPC, a OCDE tem vindo a desenvolver diversos trabalhos⁶⁹ dos quais resultam as «*OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*»⁷⁰. A versão original foi publicada pela primeira vez em 1995. Sem prejuízo, de adições e alterações parciais, merecem destaque as versões consolidadas publicadas em 2010 e, mais recentemente em 2017⁷¹. Comparando a versão de 2017 com a versão de 1995, «*[w]hile the essence of transfer pricing remained over time, there have been substantial changes in the approach to it by putting more emphasis on value creation for one*⁷² and being less strict on the choice of method to be used to determine the most

⁶⁵ A manipulação do preço de transferência, ou seja, o preço praticado entre entidades relacionadas, visa muitas das vezes alocar lucro a Estados com tributação mais favorável.

⁶⁶ Operações vinculadas são operações entre entidades relacionadas.

⁶⁷ *Arm's Length Principle (ALP)*, na terminologia inglesa.

⁶⁸ Dispõe o artigo 9.º que:

1. Quando:

a) Uma empresa de um Estado Contratante participe, direta ou indiretamente, na direção, no controlo ou no capital de uma empresa do outro Estado Contratante; ou

b) As mesmas pessoas participem, direta ou indiretamente, na direção, no controlo ou no capital de uma empresa de um Estado Contratante e de uma empresa do outro Estado Contratante,

E, em ambos os casos, as duas empresas, nas relações comerciais ou financeiras, estejam ligadas por **condições** aceites ou impostas que **difiram das que seriam estabelecidas entre empresas independentes**, os lucros que, se não existissem essas condições, teriam sido obtidos por uma das empresas, mas não o foram por causa dessas condições, podem ser incluídos nos lucros dessa empresa e tributados em conformidade. [negrito nosso]

2. Quando um Estado Contratante inclua nos lucros de uma empresa desse Estado – e tribute nessa conformidade – os lucros pelos quais uma empresa do outro Estado Contratante foi tributada nesse outro Estado, e os lucros incluídos deste modo constituam lucros que teriam sido obtidos pela empresa do primeiro Estado mencionado, se as condições estabelecidas entre as duas empresas tivessem sido as condições que teriam sido estabelecidas entre empresas independentes, esse outro Estado procederá ao ajustamento adequado do montante do imposto aí cobrado sobre os lucros referidos. Na determinação deste ajustamento serão tomadas em consideração as outras disposições da presente Convenção e as autoridades competentes dos Estados Contratantes consultar-se-ão, se necessário.

⁶⁹ No seio da União Europeia têm vindo a ser desenvolvidos trabalhos no âmbito do Fórum Conjunto sobre Preços de Transferência.

⁷⁰ Adiante referida com «Orientações da OCDE».

⁷¹ Subsequentemente foram já divulgadas orientações relativas à aplicação do método do fracionamento do lucro, à abordagem aos intangíveis de difícil avaliação, ambas em 2018, e às operações financeiras, em 2020.

⁷² Estas alterações resultam em grande medida das ações 8-10 do BEPS.

accurate outcome» (Luja, 2018, p. 80). Esta evolução é particularmente relevante atenta a *ratione temporale* subjacente à identificação do sistema de referência.⁷³

A Comissão Europeia tem vindo a intensificar a aplicação das regras de auxílio de Estado aos preços de transferência. No entanto, conforme refere, Dourado (2017, p. 156), «a Comissão Europeia cria um princípio autónomo da plena concorrência e menciona um critério decisivo para avaliar a referida compatibilidade das informações vinculativas com o Direito Europeu: esse critério assenta “[n]uma aproximação fiável aos resultados baseados no mercado”».

Assim, propomo-nos agora proceder a um breve enquadramento na aplicação do Princípio de Plena Concorrência, atentas as orientações da OCDE, para de seguida proceder ao enquadramento da sua aplicação pela Comissão no âmbito das regras de auxílio de Estado.

2.3.1 O PRINCÍPIO DE PLENA CONCORRÊNCIA – PERSPETIVA OCDE

De acordo com as Orientações da OCDE o Princípio de Plena Concorrência assenta, conforme nos referem Miladinovic e Petruzzi (2019, p. 246-247), em três fundamentos. Assim, temos:

[[f]irst, the separate entity approach demands that each entity belonging to the same group should be treated as separate legal entities that pursue their own interests. Second, the relevance of contractual arrangements (in the case of legal entities) requires that the starting point of the ALP analysis should be the transactions as put in place under the contracts between the related parties. Third, the assessment of the arm's length nature of a transaction should be performed by comparability analysis, i.e. a comparison should be made between conditions imposed on related parties and those on unrelated parties.

O ponto de partida na determinação dos preços de transferência, de acordo com o Princípio de Plena Concorrência, consiste na delimitação precisa das operações vinculadas atentos os termos e condições efetivamente praticados considerando as relações estabelecidas entre as entidades relacionadas e as características economicamente relevantes para a sua realização. Subsequentemente, procede-se à comparação entre os termos e condições das operações

⁷³ A versão das Orientações da OCDE consideradas pela Comissão, para além das críticas apontadas por vários autores à sua atuação na aplicação do regime de auxílios de Estado, como veremos adiante, é ainda um tema discutido nos casos que estudaremos adiante (vide capítulo III).

vinculadas, com os termos e condições que normalmente seriam contratados, aceites e praticados entre entidades independentes em operações comparáveis.

Na identificação de operações comparáveis, deve ser considerado nomeadamente o grau de comparabilidade entre uma operação vinculada e uma operação não vinculada, avaliado tendo em conta, além do método e do indicador selecionados, designadamente os seguintes fatores de comparabilidade: as características específicas dos bens, direitos ou serviços que são suscetíveis de influenciar o preço das operações; as funções desempenhadas pelas entidades intervenientes nas operações, tendo em consideração os ativos utilizados e os riscos assumidos; os termos e condições contratuais que definem, de forma explícita ou implícita, o modo como se repartem as responsabilidades, os riscos e os lucros entre as partes envolvidas na operação; as circunstâncias económicas prevalecentes nos mercados em que as respetivas partes operam; a estratégia das empresas, considerando os aspetos suscetíveis de influenciar o seu funcionamento e conduta normal; e outras características relevantes quanto à operação em causa ou às entidades envolvidas.

A pesquisa de operações comparáveis poderá ter por referência dados internos ou dados externos à entidade que desenvolveu as operações vinculadas que se pretendem testar (Ramos, 2006, p. 291). Embora os comparáveis internos, isto é, os preços ou margens praticados pela entidade relacionada numa operação comparável realizada com uma entidade independente, sejam preferíveis aos comparáveis externos, nem sempre é possível a sua utilização. Assim, conforme nos refere Ramos (2006, p. 291-294), é usual a utilização, quer pelos contribuintes, quer pelas administrações fiscais, de comparáveis externos, identificados muitas das vezes em bases de dados contendo informação genérica sobre as empresas e/ou informação específica sobre determinados produtos ou operações.

Na determinação dos preços de transferência poderão ser adotados métodos tradicionais (método do preço comparável, método do preço de revenda minorado ou o método do custo majorado), métodos não tradicionais (método da margem líquida da operação e método do fracionamento do lucro) ou outros métodos sempre que os anteriormente referidos não possam ser utilizados no caso em concreto⁷⁴, nomeadamente quando as operações vinculadas tenham por objeto partes de capital de sociedades não cotadas, direitos de crédito ou intangíveis.

⁷⁴ Cfr. OCDE (2017, p. 99, par. 2.9).

Na escolha do método mais apropriado para determinação do preço de transferência numa determinada operação vinculada devem ser considerados nomeadamente as características de cada método; a adequabilidade do método considerando a natureza de transação testada em resultado da análise funcional; a informação disponível para aplicação do método e o grau de comparabilidade entre transação testada e transações comparáveis (OCDE, 2017, p. 97, par. 2.2).

De um modo geral os vários métodos caracterizam-se da seguinte forma:

- o método do preço comparável de mercado (MPCM)⁷⁵ tem por base a comparação entre o preço de um bem ou serviço praticado no âmbito de uma operação vinculada com o preço praticado numa operação entre entidades independentes em circunstâncias comparáveis, requerendo um elevado grau de comparabilidade entre a transação testada e as transações comparáveis e, quando suscetível de ser aplicado, é o meio mais direto e fiável de aplicar o PPC;
- o método do preço de revenda minorado (MPRM)⁷⁶ tem, na sua aplicação, como base o preço de revenda praticado pela entidade testada numa operação realizada com uma entidade independente, tendo por objeto um produto adquirido a uma entidade relacionada, ao qual é subtraída a margem de lucro bruto praticada por uma terceira entidade numa operação comparável;
- o método do custo majorado (MCM)⁷⁷ tem, na sua aplicação, como base o montante dos custos suportados pela entidade testada no fornecimento de um produto ou serviço a uma entidade relacionada, ao qual é adicionada a margem de lucro bruto praticada numa operação não vinculada comparável;
- o método da margem líquida da operação (MMLLO)⁷⁸ baseia-se no cálculo da margem de lucro líquido obtida pela entidade testada numa operação ou numa série de operações vinculadas tomando como referência a margem de lucro líquido obtida numa operação não vinculada comparável;

⁷⁵ Vide OCDE (2017, pp. 101-105).

⁷⁶ Vide OCDE (2017, pp. 105-111).

⁷⁷ Vide OCDE (2017, pp. 111-116).

⁷⁸ Vide OCDE (2017, pp. 117-132).

- o método do fracionamento do lucro (MFL)⁷⁹ é utilizado para repartir o lucro global relevante derivado de operações complexas ou de séries de operações vinculadas realizadas de forma integrada entre as entidades intervenientes, recorrendo a bases economicamente válidas que reflitam uma divisão em termos que ocorreriam caso as operações ocorressem entre entidades independentes.

Quando as condições praticadas numa operação vinculada difiram das que seriam praticadas entre entidades independentes há que um promover um ajustamento ao lucro tributável de modo que este passe a refletir as condições de plena concorrência. Este ajustamento positivo ao lucro tributável, que pode ser da iniciativa do sujeito passivo ou da respetiva administração fiscal, é usualmente designado de ajustamento primário.

O ajustamento primário num determinado sujeito passivo poderá levar a situações de dupla tributação que poderá ser eliminada através de um ajustamento correlativo (ajustamento simétrico em relação ao ajustamento primário) na entidade relacionada contraparte na operação vinculada sob análise.

2.3.2 O PRINCÍPIO DE PLENA CONCORRÊNCIA – APLICAÇÃO PELA COMISSÃO EUROPEIA

No ponto anterior abordámos, ainda que de modo genérico, a aplicação do PPC na perspetiva das orientações da OCDE. Vejamos agora a perspetiva da Comissão Europeia, tomando inicialmente por referência a sua Comunicação n.º 2016/C 262/01.⁸⁰

A propósito das decisões fiscais administrativas, a Comissão (2016, par. 171), tendo por referência o Acórdão do TJUE no caso *Forum 187*⁸¹, começa por referir que Tribunal de Justiça

defendeu que uma redução da base tributável de uma empresa resultante de uma medida fiscal que permite ao contribuinte utilizar preços de transferência nas operações intragrupo que não se assemelham aos preços que seriam praticados em condições de livre concorrência entre empresas independentes em circunstâncias

⁷⁹ Vide OCDE (2018, pp. 11-27).

⁸⁰ Conforme anteriormente referido esta Comunicação tem em vista prestar esclarecimentos sobre os conceitos fundamentais respeitantes à noção de auxílio de Estado e pretende esclarecer a forma como a Comissão entende o número 1 do artigo 107.º do TFUE, tal como interpretado pelos Tribunais da União (Tribunal de Justiça e Tribunal Geral). Embora a Comunicação apenas seja vinculativa para a Comissão, e não para os Estados-Membros, a mesma é uma relevante fonte de informação (Monsenegró, 2018, p. 14).

⁸¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de junho de 2006, *Bélgica e Forum 187/Comissão*, processos apensos C-182/03 e C-217/03, ECLI:EU:C:2006:416.

comparáveis de plena concorrência confere uma vantagem seletiva a esse contribuinte, devido ao facto de a sua responsabilidade fiscal ao abrigo do regime fiscal comum ser reduzida comparativamente a empresas independentes que se baseiam nos seus lucros efetivamente registados para determinar a respetiva base coletável.

Assim, defende a Comissão, sempre que a decisão fiscal emitida preveja «uma metodologia de fixação dos preços de transferência para determinar os lucros tributáveis de uma entidade de um grupo de empresas que não resulte numa aproximação fiável dos resultados⁸² baseados no mercado em sintonia com o princípio da plena concorrência confere uma vantagem seletiva ao seu beneficiário».

Note-se que, para a Comissão, o facto do PPC incorporar, ou não, o sistema jurídico nacional não é relevante para efeitos de consideração do mesmo na apreciação que faz das medidas fiscais a empresas do grupo no âmbito da aplicação das regras dos auxílios de Estado. Acrescenta a Comissão (2016, par. 172) que, o PPC é «utilizado para determinar se os lucros tributáveis de uma empresa de um grupo para efeitos do imposto sobre o rendimento das sociedades foram determinados com base numa metodologia que produz uma aproximação fiável dos resultados baseados no mercado». Assim, «[u]ma decisão fiscal que subscreva essa metodologia assegura que essa empresa não é tratada favoravelmente ao abrigo das regras gerais de tributação dos lucros das sociedades no Estado-Membro em causa comparativamente a empresas autónomas que são tributadas sobre os seus lucros contabilísticos, o que reflete os preços determinados no mercado negociados em condições de plena concorrência». O PPC aplicado no âmbito das regras de auxílios de Estado «é, [...], uma aplicação do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado, que proíbe as desigualdades de tratamento em matéria de tributação de empresas na mesma situação factual e jurídica. Este princípio vincula os Estados-Membros, e as regras fiscais nacionais não estão excluídas do seu âmbito de aplicação».

A Comissão, embora se afaste da aplicação do PPC *tout court*⁸³, refere, no entanto, que «[a]o examinar se uma decisão relativa à fixação dos preços de transferência é conforme com o princípio da plena concorrência inerente ao artigo 107.º, n.º 1, do Tratado, (...) pode

⁸² Para a Comissão, a procura de uma «aproximação fiável dos resultados baseados no mercado» significa que qualquer desvio em relação à melhor estimativa de resultados baseados no mercado tem de ser limitado e proporcional à incerteza inerente ao método de fixação dos preços de transferência escolhido ou às ferramentas estatísticas utilizadas para esse exercício de aproximação.

⁸³ Para Gormsen e Mifsud-Bonnici (2017, p. 431, «*there is a disparity between arm's length principle applied in the OECD Guidelines and that applied by the Commission in its recent opening decisions*»).

ter em conta as orientações fornecidas pela (...) OCDE». Assim, embora reconheça que as Orientações em matéria de preços de transferência não tratam de questões de auxílios de Estado, estas refletem o consenso internacional na matéria e fornecem orientações relevantes na determinação dos preços de transferência em linha com as condições de mercado, pelo que, conclui a Comissão, «se um acordo de fixação dos preços de transferência estiver em conformidade com as orientações (...) OCDE em matéria de preços de transferência, incluindo as orientações sobre a escolha do método mais apropriado, e conduzir a uma aproximação fiável de resultados baseados no mercado, uma decisão fiscal que subscreva esse acordo não é suscetível de constituir um auxílio estatal.»

A posição e atuação da Comissão tem merecido diversas críticas pela doutrina. Desde logo, por ancorar a sua posição no Acórdão do Caso *Forum 187*. Defende Gormsen (2016, p. 23) que «*the CJEU's endorsement of the arm's length principle in Forum 187 is vague. The CJEU does not even refer to the term 'arm's length principle' but rather focusses on the application of the 'cost-plus method', and it does not clarify whether its endorsement should be read to apply only to the Belgian legal system or to all Member States*». Na perspetiva de Gormsen (2019, pp. 43-45), o que resulta deste Acórdão é insuficiente para sustentar a posição da Comissão que um PPC Europeu resulta do artigo 107.º do TFUE, acrescentando que «*[...] even if one is pursued that this passage is an endorsement of the ALP, albeit in a cryptic fashion, the ALP relied on by the Commission in Forum 187 can only be that of the OECD Model Tax Convention and not a principle derived from Article 107. This is supported by the facts of the Forum 187 case*». Também para Monsenego (2018, pp. 30-34), do Acórdão não resulta a obrigação clara de aplicação do Princípio de Plena Concorrência, sendo que a referência ao «*principle of net taxation*», ou seja, a diferença entre «*profits and outgoings of an undertaking*», não cria uma obrigação de adesão ao PPC que não é «*the only allocation method under which associated enterprises are taxed on an income that is attributable to them and that is connected to the principle of net taxation, although arm's length principle is likely to be the allocation method that best achieves the objective to tax on a net basis*». Adicionalmente, acrescenta Monsenego, a expressão «*notion of the free competition (...) do not have a clear meaning as to which profit margin should be earned by associated enterprises, and it cannot be held with all certainty that the profit that the CJEU had in mind in the Forum 187 case, if any, matches an analysis under the arm's length principle*».

Para além das críticas à ancoração da sua posição no Acórdão do Caso Forum 187, Rapp e Ianus (2018, pp. 132-138), sintetizam um conjunto de críticas à aplicação do Princípio de Plena Concorrência nas decisões da Comissão:

- A Comissão nas suas decisões inventou um “*EU arm’s length principle*”⁸⁴.
- A Comissão aplica as Orientações da OCDE⁸⁵ em matéria de preços de transferência e considera-as mandatárias na aplicação das regras de Auxílio de Estado, mesmo que elas não sejam de aplicação obrigatória, e a sua aplicação, ou não, deve ser deixada ao critério dos países membros da OCDE.⁸⁶
- A Comissão ao interpretar as legislações nacionais, atua como uma autoridade fiscal supranacional.⁸⁷

⁸⁴ Neste sentido veja-se por exemplo Haslehner (2016, p. 145), quando refere que «[f]rom a state aid perspective, a specific question arising for the discussion of economic double taxation relief is whether there is only "one correct way" of adjusting transfer prices for multinational enterprises. [...] It is debatable, however, whether state aid law requires the application of the arm's length standard to multinationals. First, the standard is itself increasingly controversial in the international tax law debate[...]. Second, even if it were a sound principle to allocate tax burdens in a bilateral setting, the standard approaches to determine state aid under Article 107(1) TFEU does not rely on a comparison of Member State's tax system with an international standard». Para Thomson e Hardwick (2017, p. 46), «the Commission's approach creates real practical problems: [i]t is unclear what arm's length principle the Commission is applying; [e]ven if its arm's length principle were clearly articulated, the Commission does not have the same depth of experience of transfer pricing as the OECD, whose Guidelines are internationally recognized, and widely adopted; for all that it may misapply the OECD Guidelines, the Commission has provided no alternative to them; [and] [i]n any event, taxpayers cannot comply with two different arm's length standards at once».

⁸⁵ Para Miladinovic e Petruzzi (2019, p. 252) «[...] it has not yet been clarified as to which version of the OECD Guidelines should be applied, nor as to whether decisions made in the past on the basis of older versions of the OECD Guidelines comply with today's application and understanding of the ALP under State aid rules».

⁸⁶ Desfavorável à aplicação das Orientações da OCDE no âmbito das regras de auxílios de Estado, veja-se por exemplo, Haslehner (2016, p.155), que defende que «despite the fact that the objectives of the OECD on the one hand and the EU rules on state aid on the other hand are quite different: the former aims to achieve a generally acceptable measure to allocate profits between sovereign countries torn between interests of competition and coordination; the latter aims to protect (or rather: create) an internal market in which Member States do not subsidize certain enterprises and thus distort free market outcomes». Também no mesmo sentido, Wattel (2016b, p. 186), refere que «EU law does not require member States to have any (arm's length or other) transfer pricing legislation, let alone any specific method of transfer pricing adjustment. Therefore, such arm's length principle can hardly be part of State aid assessment. The only reference to an OECD soft law arm's length principle in documents connected to the EU are in the Code of Conduct for Business taxation, which is a legally non-binding gentlemen's agreement not defining nor prioritizing any arm's length pricing methods, and in Article 4 of the multilateral Arbitration Convention between the member States, which is not an EU law instrument and which does not describe, prescribe or prioritize any transfer pricing method either». Por outro lado, Luja (2018, p. 97), critica, não a aplicação do PPC mas, o facto de «seems to operate with the 2010/2017 OECD framework in mind, even when Member States decided not to apply it, at least not in full, or at times where other (older) Guidelines or bilateral Treaty provisions applied».

⁸⁷ Por exemplo, refere Gormsen (2019, p. 44) que, «[e]levating the ALP to be a general principle of equal treatment inherent in Article 107 TFEU allows the Commission to apply its novel approach independently of whether a Member State has incorporated the ALP in its national legal system». Assim, a Comissão, «has a great interest in making the ALP an inherent part of Article 107 TFEU, so it binds all Member States, both (continuação da notas de rodapé)

- A Comissão nas suas decisões aplica uma nova abordagem⁸⁸ com efeitos retroativos, em especial nos casos em que a mesma é aplicada relativamente a decisões fiscais prévias em vigor há várias décadas.

Relativamente às críticas supra sintetizadas, Rapp e Ianus (2018, pp. 132-138), têm uma perspetiva diferente, não acompanhando as mesmas, defendendo que:

- O Princípio de Plena Concorrência é simples e universal, definindo que as operações entre entidades relacionadas devem ser avaliadas face às operações entre entidades independentes. Acrescentam que a aplicação deste princípio é inerente a todos os sistemas fiscais que se baseia no princípio da entidade separada segundo o qual uma entidade que integra um grupo económico multinacional é considerada uma entidade distinta do grupo a que pertence.
- O Princípio de Plena Concorrência previsto nas Orientações da OCDE é utilizado numa perspetiva diferente, isto é, enquanto estas têm em perspetiva a transferência de lucros entre duas jurisdições no contexto de evitar a dupla tributação, as regras de auxílios de Estado têm em consideração o tratamento fiscal de um contribuinte específico no quadro legal de um Estado-Membro. No entanto, pese os diferentes objetivos/contextos, nos casos em que uma decisão fiscal prévia esteja alinhada com as orientações da OCDE em matéria de preços de transferência é pouco provável que sejam suscitadas questões em matéria de auxílios de Estado.
- Apesar da tributação direta, na ausência de harmonização ao nível europeu, ser uma matéria de soberania dos Estados-Membros, o exercício dessa competência por estes deve ser consistente com o direito europeu, nomeadamente as regras de auxílios de Estado.
- As decisões da Comissão não são uma nova abordagem baseada no Princípio de Plena de Concorrência, sendo que a mesma já havia sido aplicada e posteriormente confirmada pela Tribunal no Caso Fórum 187.

those which do not operate with a n ALP and those which have implemented the OECD ALP in national law».

⁸⁸ Para Gormsen e Midsud-Bonnici (2017, p. 431), a novidade resulta não só do facto de antes do Caso Fórum 187, nem a Comissão, nem o Tribunal de Justiça incorporarem nas suas decisões o PPC para avaliação da existência de uma vantagem económica, mas também da variação entre o *draft* da Comunicação da Comissão relativa à noção de auxílio de Estado, divulgada em 2014, e a versão final da mesma publicada em 2016.

No capítulo III – Casos de Estudo, procuraremos identificar as fragilidades e méritos apontados à atuação da Comissão.

2.4 OS AUXÍLIOS DE ESTADO E AS PRÁTICAS FISCAIS PREJUDICIAIS

Num mundo cada vez mais global, a concorrência entre países na atração de investimento assume uma cada vez maior intensidade, sendo a decisão dos investidores composta por vários fatores, nomeadamente, como nos sistematiza Santos (2009, p.56),

[l]a stabilité politique, la localisation du marché, la taille de l'économie, les politiques d'aménagement du territoire, les effets d'agglomération (spillovers technologiques, la présence de firmes concurrentes sur le site d'implantation), les différentiels de coûts, l'existence de bonnes infrastructures et d'une main-d'œuvre qualifiée, le climat social, la productivité, l'innovation, la fourniture de biens publics, l'efficacité administrative et judiciaire, l'impact de la corruption, l'attribution de subventions[...].

Para além destes fatores, a fiscalidade⁸⁹ constitui indubitavelmente um instrumento ao dispor dos vários Governos tendo em vista a melhoria do ambiente económico do seu país e podendo contribuir para melhoria da posição competitiva das empresas aí localizadas. No entanto, este poder que os vários países, nomeadamente os que integram a União Europeia⁹⁰, dispõem de determinar impostos, designadamente no que respeita à tributação dos lucros das empresas, conduz à existência de sistemas fiscais díspares suscetíveis de ser aproveitados pelas empresas através de práticas de planeamento fiscal e otimização fiscal (Santos, 2009, p. 45). Estas práticas de planeamento fiscal e otimização fiscal são ainda potenciadas pela assimetria de informação entre as empresas e as administrações fiscais, pois, embora mitigado com o aumento da troca de informação entre estas últimas, «*many big businesses had become truly global operators, while tax administrations were still operating within a national framework, without a complete view of what was going on at the global level*» (Vanistendael, 2017, p. 249).

⁸⁹ Os países na definição da sua política de tributação confrontam-se com dois objetivos conflitantes. «*On the one hand, they seek to raise revenue from taxing cross-border income and to clamp down on perceived avoidance activity. On the other hand, they seek to attract real economy activity – and mobile profit – by competing along a number of dimension with one another, including cutting tax rates, allowing their tax bases to be eroded and facilitating the erosion of other countries' bases.*» (Devereux, Auerbach, Keen, Oosterhuis, Schön & Vella, 2021, pp. 103-104).

⁹⁰ Ao nível da União Europeia a harmonização da tributação direta, nomeadamente das empresas, é bastante limitada, o que conduz a «*many disparities and many opportunities for policy competition. That is exactly why member States do not want to harmonize*» (Wattel, 2016a, p. 60).

A concorrência fiscal, que embora no longo prazo possa levar a um nível de tributação demasiado baixo face ao que resultaria de uma harmonização ou coordenação fiscal, poderá ter o efeito positivo de disciplinar as finanças públicas⁹¹ (Santos, 2009, pp. 99-100). Também Dagan (2017, p. 41) reconhece na concorrência fiscal aspetos potencialmente positivos, uma vez que esta

promotes some important efficiency goals such as: matching public goods with individual preferences, reducing 'governmental wastes' and overcoming political constraints that governments to provide benefits to certain groups in society and not to others. Moreover, competition may allow poor countries to attract more capital by reducing their tax rates and hence may provide benefits to labour in poor countries. This may be better than compelling developing state to impose taxes, if the tax revenues allocated to the poor are lower than the harm they suffer due to the lower foreign investments.

No entanto, acrescenta Dagan, «*the current competitive regime hardly complies with this description*», uma vez que o mesmo,

suffers from many gaps and frictions that cause market failures. Double taxation, tax avoidance, tax arbitrage and tax evasion undermine the efficiency of the global market by creating barriers to free trade, generating opportunities for free-riding and for the imposition of negative externalities by both taxpayers and states on other states and their residents.

A própria soberania fiscal dos Estados pode, ainda segundo Dagan (2017, p. 37), ser ameaçada pela concorrência fiscal, uma vez que esta, assumindo vastas vezes um papel primordial na definição da política fiscal de um país, «*(...) provides taxpayers with an alternative - to shift either their capital or their residency, even their citizenship, to another country*».⁹²

Na perspetiva de Moutarlier (2016, p. 76) a concorrência pode ser dividida em duas categorias. Assim, «*[t]he first is competition between tax systems as a whole (covering the overall level of business taxation) and competition based on special arrangements for*

⁹¹ No pressuposto de controlo da despesa por dificuldades em aumentar a carga tributária.

⁹² Esta ameaça à soberania, é ainda limitativa nos efeitos de redistribuição associados à tributação, uma vez que «*[i]nstead of equally engaging in a deliberative process with their fellow citizens, taxpayers can simply exercise their power to leave (or the threat thereof) when (redistributive) prices become too high. Thus, the level of redistribution that states can afford under global tax competition - and not what is reached through collective co-authorship of their citizenry - is what determines their redistribution policies*» (Dagan, 2017, p. 39).

particular activities or administrative practices - such as rulings - which lead to a lower level of effective taxation than the general level of taxation in the Member State concerned». Esta divisão é crucial uma vez que «*the value of promoting competitive general tax systems is arguable, there is a problem with tax measures departing from the normal tax system, favouring certain mobile investment*».

As decisões fiscais antecipadas (ou *rulings*)⁹³, como as que estão em causa nos casos que estudaremos adiante, são medidas fiscais que podem contribuir para a evasão fiscal e constituir práticas fiscais prejudiciais⁹⁴. Nos últimos anos tem-se assistido um consenso internacional tendo em vista o combate às estruturas fiscais que potenciam o planeamento fiscal abusivo. Neste âmbito merece especial destaque o plano BEPS, promovido pela OCDE, que, assente em três princípios⁹⁵, compreende 15 ações de atuação⁹⁶ apresentadas em 2013. No quadro europeu nos últimos anos temos assistido à aprovação de um conjunto de diretivas que, nalguns casos dando carácter vinculativo às medidas BEPS, visam a final evitar a erosão das bases tributárias. Neste contexto, importa destacar a diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho que estabeleceu regras contras as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, nomeadamente prevendo uma norma geral antiabuso e normas específicas respeitantes à limitação de dedutibilidade de juros, à tributação à saída, à imputação de lucros de sociedades estrangeiras controladas e às assimetrias híbridas. Quanto às assimetrias híbridas importa ainda destacar as

⁹³ Sem prejuízo da sua utilização poder conferir vantagens fiscais seletivas ao destinatário da decisão fiscal antecipada, não se pode olvidar o papel relevante das mesmas tendo em vista conferir certeza jurídica aos contribuintes na aplicação da legislação fiscal pois, conforme nos refere Luja (2018, p.58), «*[w]hile each legislator may dream of designing a tax system that is so self-explicable that it simply cannot give rise to any misinterpretation, we are far from reaching that. Often the application of the law to a particular situation is not as clear as it could be.*

⁹⁴ A prejudicialidade das práticas surge, nas palavras de Pires (2019, p.236), «quando afecta as receitas fiscais do outro Estado, através da utilização dos diversos elementos do imposto e, para além dessa ainda podem ser adoptados aspectos administrativos, como a existência de segredo bancário ou a inexistência de informação para influenciar a escolha do contribuinte».

⁹⁵ Prevenção da dupla não tributação resultante de *gaps* entre as regras fiscais dos diferentes países, alinhamento da tributação com a substância e a aumento da transparência entre contribuintes e administrações fiscais e entre administrações fiscais.

⁹⁶ Ação 1 – Abordar os desafios fiscais da economia digital; ação 2 – Neutralizar os efeitos dos instrumentos híbridos; ação 3 – Reforçar nas normas CFC; ação 4 – Limitar a erosão da base tributária através da dedução de juros e outras compensações financeiras; ação 5 – Combater de modo mais eficaz as práticas fiscais prejudiciais, tendo em conta a transparência e a substância; ação 6 – Prevenir a utilização abusiva das convenções; ação 7 – Prevenir que o estatuto de estabelecimento estável seja artificialmente evitado; ações 8, 9 e 10 – Garantir que os preços de transferência estejam alinhados com a criação de valor (Intangíveis, riscos e capital); ação 11 – Estabelecer metodologias para coletar e analisar dados sobre os fenómenos BEPS e ações para evita-los; ação 12 – Exigir a divulgação pelos contribuintes dos seus esquemas de planeamento fiscal agressivo; ação 13 – Reexaminar a documentação de preços de transferência; ação 14 – Tornar mais efetivos os mecanismos de resolução de disputas; e ação 15 – Desenvolver um instrumento multilateral.

alterações promovidas pela Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho. Adicionalmente, são ainda relevantes as várias alterações que têm sido efetuadas à Diretiva 2011/16/UE, relativa à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade, que promoveram a troca de informação financeira (Diretiva 2014/107/UE), de decisões fiscais prévias transfronteiriças e de acordos prévios sobre preços de transferência (Diretiva (UE) 2015/2376), de declarações por país apresentadas pelos grupos multinacionais (Diretiva (UE) 2016/881) e de mecanismos de planeamento fiscal transfronteiriços potencialmente agressivos comunicados (Diretiva (UE) 2018/822).

Relativamente ao regime dos auxílios de Estado, este, para além de visar assegurar uma sã concorrência no mercado interno, era «[a]té aos anos 90, o único instrumento ao dispor da Comunidade para combater a concorrência fiscal prejudicial [e] consistia no recurso ao controlo, por via administrativa e judicial, dos auxílios de Estado de natureza fiscal» (Palma, 2015, p. 129).

Note-se que, embora no entender de Palma (2015, p. 129), «a forma como o regime dos auxílios públicos se encontra disciplinado no Tratado não [seja] muito eficaz em matéria da concorrência fiscal, tornando-se necessário o recurso a outro tipo de instrumentos», a sua utilização tem vindo a ser recorrente no espaço da UE tendo em vista o afastamento da concorrência fiscal prejudicial (Pires, 2017, p.281).⁹⁷ Conforme nos sintetiza Luja (2018, p. 54),

[w]hile the legal definition of state aid as included in Article 107(1) TFUE did not substantially change since the 1958, its scope of application gradually became more clear (most tax lawyers would say 'wider') in regard to taxation. In its 1998 Notice on the application of State aid rules to measures relating to direct business taxation (the 1998) the Commission already emphasized that state aid rules could play a role in dealing with some of the tax measures that were deemed to lead the to harmful tax competition in accordance with the findings of the EU's Code of Conduct Group (for Business Taxation), but mainly in regard to assessing the compatibility of such measures.

⁹⁷ Exemplos destes casos são encontrados nos processos iniciados pela Comissão Europeia, desde junho de 2013. Em 2015 foi concluído que o Luxemburgo e a Holanda tinham concedido à Fiat e à Starbucks, respetivamente, auxílios de Estado indevidos por via de regras fiscais mais vantajosas. Em 2016 foi a vez da Bélgica ser indicada como tendo fornecido a cerca de 35 multinacionais, auxílio estatal através de regime fiscal para lucros excedentários, bem como a Irlanda em relação à Apple (Pires, 2017, p.281).

No mesmo sentido, Ribeiro (2018, p. 127), refere que foi essencialmente a partir de 1998 que a Comissão começou a aplicar as disposições dos auxílios de Estado aos apoios fiscais com destaque para a Comunicação da Comissão publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias com o número 98/C 384/03. Esta comunicação insere-se no compromisso da Comissão, refletido no ponto J do Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas (adotado no âmbito da Resolução do Conselho e dos Representantes dos Governos dos Estados-Membros, reunidos no Conselho de 1 de dezembro de 1997), de emitir diretrizes para a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas. A comunicação aborda ainda a relação entre a compatibilidade dos auxílios fiscais com o mercado interno e qualificação enquanto medida prejudicial a título do Código de Conduta.⁹⁸

Em 2004, a Comissão publicou um Relatório sobre a implementação da comunicação. De um modo geral, a Comissão conclui que «a comunicação se revelou um instrumento adequado no âmbito da análise dos auxílios sob a forma fiscal e que, de imediato, não é necessária a sua revisão» e no que «diz respeito à compatibilidade dos auxílios estatais sob a forma fiscal, [...] a forma [...] sob a qual um auxílio é concedido não pode influenciar o exame de compatibilidade» pelo que não se justifica «desenvolver critérios de compatibilidade específicos para os auxílios estatais concedidos sob a forma fiscal»⁹⁹. Adicionalmente, conclui a Comissão, no parágrafo 79 do Relatório, que, «[e]m matéria de luta contra a fiscalidade prejudicial, a ação paralela da Comissão em matéria de controlo dos auxílios estatais permitiu, em certa medida, facilitar o acordo sobre o código de conduta».

Para Ribeiro (2018, p.139) a «Comissão Europeia está a tentar combater as disparidades entre legislações através dos auxílios de Estado», o que atendendo ao facto das disparidades não serem imputáveis a um Estado individualmente considerado, a solução passará por uma harmonização e não pela aplicação dos auxílios de Estado. Refere ainda

⁹⁸ Para Santos (2003, p. 487), «em relação às medidas que sejam abrangidas pelos dois institutos, o regime dos auxílios afirma-se como o “hard law stick” do Código de Conduta. Na perspetiva de Wattel (2016, p. 69), «the Code of Conduct was originally introduced to keep the Commission from using its State aid investigation powers also to scrutinize member State’s harmful tax competitive measures. If the member States would clean their houses themselves through peer pressure within the Group, then that would save the Commission considerable investigation efforts, and if the Commission were to be the general secretariat of the Code of Conduct Group, which functions on the basis of confidential self-reporting, the Commission would anyway be well informed automatically».

⁹⁹ Parágrafo 78 do Relatório sobre a implementação da Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas C(2004)434 de 9 de fevereiro de 2004.

Ribeiro (2018, pp. 141-142) que o facto de muitas das questões investigadas pela Comissão terem subjacentes questões de preços de transferência, por natureza complexas e de elevada subjetividade, logo geradoras de incerteza jurídica para as empresas que podem ser mitigadas por acordos e informações prévias, contribui para a sua conclusão de que «existem outros meios muito mais eficientes para conseguir uma harmonização do que o mecanismo dos auxílios de Estado».

No entanto, na perspectiva de Dourado (2017, pp. 154-155) a intensificação da aplicação das regras de auxílio de Estado aos preços de transferência e aos acordos fiscais secretos é um reflexo do projeto BEPS, e «as regras de auxílio de Estado parecem ser utilizadas como um meio acrescido para colmatar lacunas e disparidades e para assegurar que todas as empresas, independentemente do seu tamanho e área geográfica de atuação, paguem uma parcela justa de imposto».

No mesmo sentido, Fantozzi¹⁰⁰ (citado por Pereira, 2018), defende que «a finalidade da Comunicação relativa à aplicação das normas sobre auxílios de Estado à Fiscalidade direta das empresas era vincular as normas do Tratado (e as disposições que as desenvolvem) relativas aos auxílios de Estado à luta contra a concorrência fiscal prejudicial, sublinhando que, ao analisar-se aquela Comunicação, se pode concluir pela grande amplitude com que a Comissão interpretou a sua função de lutar contra a concorrência fiscal prejudicial através das normas relativas aos auxílios estatais».

A utilização do regime dos auxílios de Estado confere à Comissão Europeia um elevado poder de intervenção e influência nos regimes de tributação dos Estados-Membros. Esta faculdade de intervenção da Comissão Europeia assume especial relevância num contexto em que se assiste à necessidade de harmonização fiscal no âmbito da União Económica e Monetária, da necessidade de unanimidade na aprovação das medidas de âmbito fiscal tendo em vista, nomeadamente, a referida harmonização, e a sensibilidade dos casos de planeamento fiscal vindos a público, designadamente com o *Lux Leaks* (Maillo, 2016). No entanto, esta atuação da Comissão Europeia é criticada por pretender atingir a harmonização fiscal¹⁰¹ contornando o previsto no Tratado Europeu, por um lado, e por

¹⁰⁰ Fantozzi, A. (s/d), The Applicability of State Aid Rules to Tax Competition Measures: a Process of “de facto” harmonization in the Tax Field?. In Schön, W. (Ed.), *Tax Competition in Europe*, (pp. 121-127). Amesterdão: EATLP-IBFD.

¹⁰¹ A harmonização fiscal, ou integração fiscal, pode ser alcançada de forma positiva ou de forma negativa. A integração negativa, «refers to the removal of tariff and non-tariff barriers to trade as well as other obstacles to free and undistorted competition. Negative integration is engraved in the DNA of the free movements (continuação da notas de rodapé)

exercer competências que são dos Estados Membros e/ou de outras instituições europeias, designadamente do Conselho Europeu (Gormsen, 2019; Jaeger, 2016; Pereira, 2018; e Schön, 2016). Acrescenta Wattel (2016, p.70) que as práticas fiscais abusivas que distorcem a concorrência no mercado interno deveriam ser abordadas recorrendo aos mecanismos previstos nos artigos 116.º e 117.º do TFUE. No entanto, acrescenta Wattel,

[u]sing its exclusive State aid powers, allows the Commission to operate independently from everyone, especially the member States: in State aid matters, it is the master of the game. This may explain why the Commission issues State aid decisions in cases such as Starbucks case which would not seem to be so much State aid cases, but rather tax competition - and therefore market distortion - cases.

Pese as críticas à intromissão da Comissão Europeia, «o regime dos auxílios de Estado na UE tem vindo a converter-se num instrumento jurídico para controlar a política fiscal dos Estados-membros, [...] e, dessa forma, servir também de mecanismo para evitar a concorrência fiscal entre Estados» (Pereira, 2018, pp. 252-253). Numa perspetiva favorável quanto ao recurso ao regime dos auxílios de Estado, Luja (2018, p.96), refere que

[s]hortcomings in the international tax system and less than adequate national anti-avoidance legislation need to be remedied to address aggressive tax avoidance structures. Still, we have to deal with the fact that political consensus amongst countries takes time, in the EU as well as at the OECD. State aid rules are not meant to be a shortcut to tax harmonization, although reminding EU Member States of their existence and consequences seems to have been helpful in getting some more recent changes accomplished both on the national as well as the EU level.

No capítulo III, e tendo por referência cinco casos selecionados para estudo, iremos procurar formar opinião sobre se o regime dos auxílios de Estado poderá ser utilizado como mecanismo para evitar as práticas fiscais prejudiciais e assim proteger as bases tributáveis

provisions and State aid rules». Por sua vez, a integração positiva, «refers to the reconstruction of the system of economic regulation at the EU level. Contrary to negative integration, which is concerned with the removal of obstacles to trade, positive integration is about replacing national rules and standards with pan-European ones. In the EU context, positive integration is something to be pursued the legislative route, in particular under Articles 113-115 TFEU». Assim, «[w]hereas negative integration is about the interpretation of existing primary Union law, positive integration is about adopting new rules and standards» (Gormsen, 2019, p. 112-116).

III. CASOS DE ESTUDO

O controlo dos auxílios de Estado, com especial destaque para os que resultam de decisões fiscais¹⁰², são uma competência da Comissão Europeia que, conforme vimos anteriormente, ganhou relevância com o *LuxLeaks* em 2014. As investigações da Comissão Europeia, no uso das suas competências, são encorajadas pelo Parlamento Europeu tendo em vista, nomeadamente, ao abrigo das regras de concorrência da UE, combater as práticas fiscais prejudiciais e sancionar os Estados-Membros e as empresas comprovadamente envolvidos nestas práticas.¹⁰³

O estudo que nos propomos agora desenvolver tem por referência os casos Amazon, Apple, *Excess Profit Scheme*, Fiat e Starbucks espoletados pela Comissão Europeia nos anos de 2014 e 2015. Relativamente a cada caso iremos proceder a uma breve descrição dos factos, da medida fiscal controvertida, da decisão da Comissão, com especial ênfase à aferição da existência de uma vantagem seletiva, e da apreciação efetuada pelo Tribunal, concluindo cada caso com umas notas finais.

No final procuraremos responder à questão geral sobre «se o regime dos auxílios de Estado é adequado para combater as práticas fiscais prejudiciais e proteger as bases tributáveis».

3.1 CASO FIAT

O caso FIAT tem por base uma decisão fiscal antecipada em matéria de preços de transferência aprovada, por carta de 3 de setembro de 2012, pela administração fiscal do Luxemburgo a favor da Fiat Finance and Trade, Ltd (adiante FFT). A Comissão iniciou, em 19 de junho de 2013, um procedimento, com um pedido de informações pormenorizadas sobre as práticas fiscais nacionais luxemburguesas em matéria de decisões fiscais antecipadas. Relativamente à decisão fiscal controvertida, que abrange os períodos de 2012 a 2016 e versa sobre o método de alocação dos lucros da FFT, a Comissão deu início, em 11 de junho de 2014, ao procedimento formal de investigação.

¹⁰² Designadamente Decisões Fiscais Antecipadas e Acordos Prévios sobre Preços de Transferência.

¹⁰³ Vide a Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de novembro de 2015, sobre decisões fiscais antecipadas e outras medidas de natureza ou efeitos similares (2015/2066(INI)), disponível em https://europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0408_PT.html.

3.1.1 DESCRIÇÃO DOS FACTOS

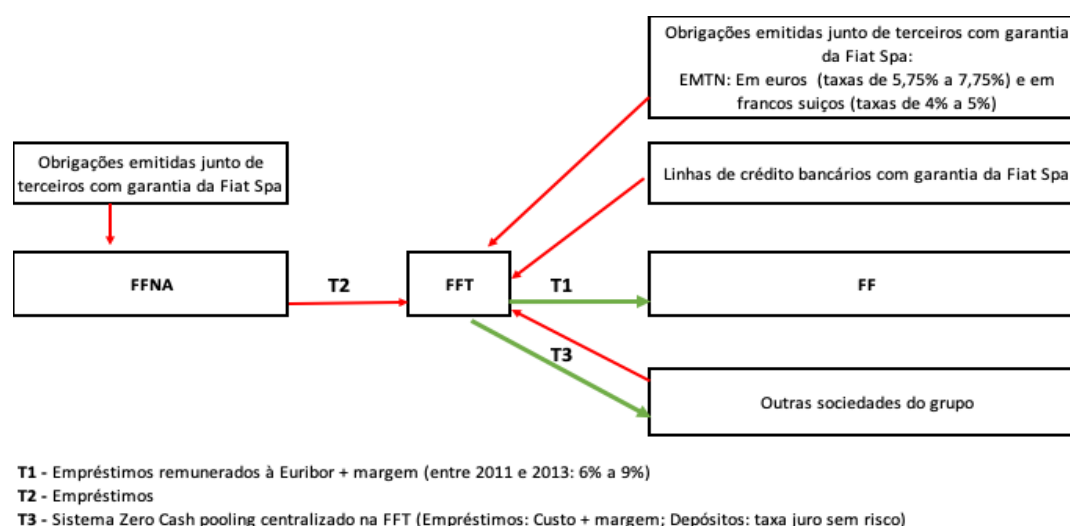
A FFT, à data da emissão da decisão fiscal, integrava o Grupo Fiat e era detida em 40% pela Fiat Spa (Itália) e em 60% pela Fiat Finance, Spa.

No grupo Fiat, as funções de tesouraria centralizadas eram realizadas pelas seguintes sociedades de tesouraria:

- Fiat Finance (adiante FF) – Itália, encarregada da coordenação das operações de financiamento para as sociedades do grupo Fiat estabelecidas em Itália;
- Fiat Finance and Trade, exerce funções de tesouraria para as sociedades do grupo Fiat estabelecidas na Europa, excetuando Itália;
- Fiat Finance North America (adiante FFNA), exerce funções de tesouraria para as sociedades do grupo estabelecidas nos Estados Unidos da América (adiante EUA);
- Fiat Finance Canada (adiante FFC), exerce funções de tesouraria para as sociedades do grupo Fiat estabelecidas no Canadá;
- Fiat Finanças Brasil (adiante FFB), exerce funções de tesouraria para as sociedades do grupo estabelecidas no Brasil.

As operações financeiras realizadas pela FFT são sistematizadas da seguinte forma:

Figura 1 – Caso Fiat - Operações financeiras realizadas pela FFT



3.1.2 DESCRIÇÃO DA MEDIDA

A medida fiscal em análise respeita a um acordo prévio sobre preços de transferência que permite à FFT a adoção de um método de alocação dos lucros. Para o efeito, é adotado o Método da Margem Líquida da Operação (adiante MMLO), prevendo uma remuneração da FFT em relação aos capitais que são necessários para exercer as suas funções e suportar os riscos em que incorre atendendo aos ativos utilizados.

A metodologia preconizada para determinação da remuneração compreende¹⁰⁴:

- i. A estimativa dos fundos próprios expostos ao risco da FFT, considerando os requisitos mínimos de fundos próprios determinados aplicando o Quadro de Basileia II, em que são ponderados os ativos em função dos riscos considerados suportados pela FFT.
- ii. A identificação dos fundos próprios da FFT utilizados para exercer as funções e apoiar os investimentos financeiros. Para o efeito, aos fundos próprios totais são deduzidos os fundos próprios mínimos, bem como os fundos próprios utilizados para apoiar investimentos financeiros na FFNA e na FFC (valor de aquisição das participações na FFNA e na FFC) que são remuneradas através de dividendos.
- iii. A estimativa da remuneração esperada dos fundos próprios expostos ao risco da FFT, utilizando o *Capital Asset Pricing Model* – CAPM¹⁰⁵ e identificação do rendimento para recompensar os fundos próprios utilizados a fim de exercer as suas funções.¹⁰⁶
- iv. O cálculo da rentabilidade global a ser deixada à FFT para remunerar os riscos suportados e as funções exercidas, combinando os resultados das etapas i a iii.

A decisão fiscal emitida tem por base o artigo 164.º do Código luxemburguês dos Impostos sobre o Rendimento (LIR), que estabelece o princípio de plena concorrência no direito fiscal do Luxemburgo, e a Circular LIR n.º 164/2, que contempla, nomeadamente, a

¹⁰⁴ Cfr. par. 57 da Decisão.

¹⁰⁵ Na estimativa do custo do capital próprio, este modelo, que relaciona o risco e a rentabilidade exigida pelos acionistas é bastante utilizado por analistas fiscais (Carvalho das Neves, 2002, p.112). A sua recorrente aplicação estará certamente relacionada com o facto de, como nos diz Damodaran (2002, pp. 75-76), estarmos perante um modelo simples, «*with only one factor driving risk and requiring estimation*».

¹⁰⁶ Os fundos próprios mínimos expostos aos riscos são remunerados aplicando o CAPM, ou seja: (taxa juro sem risco + Beta x Prémio de risco sobre fundos próprios) / (1-taxa de imposto); são remunerados os fundos próprios que cobrem as funções exercidas utilizando a taxa de juro de mercado aplicada aos depósitos de curto prazo; e não são remunerados os fundos próprios afetos a investimento financeiros, uma vez que se consideram remunerados através dos dividendos.

aplicação do PPC nos serviços intragrupo, os fatores a considerar na análise de comparabilidade e a forma de determinação da remuneração de plena concorrência às sociedades de financiamento, que se deverá basear na remuneração exigida por instituições financeiras independentes em operações de crédito comparáveis.

3.1.3 DECISÃO DA COMISSÃO

O início do procedimento formal de investigação resultou de a Comissão ter considerado, a título preliminar, que a decisão fiscal conferia uma vantagem à FFT, uma vez que o preço de transferência praticado por aplicação da metodologia aprovada pela decisão não parecia respeitar o Princípio de Plena Concorrência. A Comissão sustentou tal por: a determinação da matéria coletável não ter relação com a atividade desenvolvida pela FFT, o MPCM ser preferível ao MMLO, a utilização do CAPM não ser apropriada e a remuneração dos capitais próprios excedentários ser a uma taxa muito baixa.

Na sequência do procedimento formal de investigação a Comissão decide que, através da decisão fiscal controvertida, foi concedido um auxílio incompatível e ilegal que deve ser recuperado junto da FFT. Esta decisão da Comissão resulta de ter considerado que estavam preenchidos todos os elementos subjacentes ao conceito de auxílio de Estado.

No que respeita à existência de uma vantagem seletiva, a Comissão seguiu a análise em três fases: identificação do sistema de referência; aferição da existência de derrogação e justificação da eventual derrogação.

Relativamente ao sistema de referência¹⁰⁷, a Comissão considerou como tal o sistema geral do imposto sobre as sociedades no Luxemburgo, cujo objetivo é a tributação sobre todas as sociedades sujeitas a imposto neste Estado-Membro. Este imposto incide sobre o lucro, ou seja, o diferencial entre rendimentos e gastos, sendo que o lucro tributável tem por base o resultado apurado na contabilidade corrigido dos ajustamentos fiscais previstos na lei, nomeadamente os efetuados ao resultado fiscal das transações que não são efetuadas em condições de plena concorrência.

Para a Comissão, as sociedades que integram grupos, como é o caso da FFT, estão numa situação factual e jurídica similar às sociedades não integradas¹⁰⁸ relativamente ao objetivo

¹⁰⁷ Cfr. pars. 193 a 215 da Decisão.

¹⁰⁸ O Luxemburgo e a FFT, nas suas observações haviam defendido que a FFT e as sociedades não integradas não estão em situação comparável fazendo referência a duas decisões anteriores da Comissão, relativas aos casos *Groepsrentebox* e regime fiscal dos juros para os grupos na Hungria. A Comissão na sua decisão (continuação da notas de rodapé)

intrínseco do sistema, uma vez que este não é impactado pela diferença existente no cálculo do lucro tributável entre sociedades não integradas e sociedades integradas (em virtude de relativamente a estas últimas estarem previstas “estimativas” na determinação dos seus lucros nas operações vinculadas). Assim, conclui a Comissão, rejeitando o argumento da FFT¹⁰⁹ segundo o qual o sistema de referência apenas deverá incluir as sociedades do grupo que efetuem transações de financiamento intragrupo, que será de comparar a FFT com «qualquer outro tipo de sociedade, integrada ou não, que efetue atividades económicas, dado que, por força da legislação luxemburguesa relativa à tributação de sociedades, os lucros das instituições financeiras independentes estão sujeitos às mesmas regras de tributação das sociedades que os lucros gerados por transações intragrupo calculados com base no princípio de plena concorrência»¹¹⁰.

No âmbito da aferição da **existência de derrogação ao sistema**¹¹¹, ou seja, se existe uma desigualdade de tratamento entre sociedades que se encontram numa situação factual e jurídica idêntica, a Comissão defende que, uma vez que se está perante uma medida de auxílio individual, constituindo esta uma derrogação ao sistema de referência, tal coincidirá com a constatação de uma vantagem conferida ao beneficiário por intermédio desta medida.

A Comissão sustenta a existência de uma vantagem seletiva argumentando que a decisão fiscal determina os lucros a alocar à FFT, através da fixação dos preços de transferência que esta pratica, e que, conforme resulta do Acórdão Forum 187, a medida fiscal que permite a prática de preços de transferência desconformes ao PPC confere uma vantagem seletiva, pois a entidade beneficiária pagará menos impostos que sociedades independentes. Assim, a Comissão avaliou se o método previsto na decisão fiscal, para

defende, e bem na nossa opinião, que as referidas decisões não podem servir de referência ao caso, uma vez que nas decisões invocadas os regimes tinham por objetivo moldar/reduzir a arbitragem e as diferenças entre dois tipos de transações (financiamento através de capital “vs” financiamento através de empréstimos intragrupo) que apenas ocorrem intragrupo.

¹⁰⁹ Para a Comissão, também no quadro de um sistema de referência mais limitado composto por sociedades pertencentes a grupos que aplicam preços de transferência e que estão abrangidos pelo artigo 164.º da LIR e pela Circular, se concluiria que a decisão fiscal estabelece uma metodologia de preços de transferência que não pode ser considerada como dando lugar a uma aproximação fiável de um resultado baseado no mercado, resultando numa redução da matéria coletável da FFT no Luxemburgo. Adicionalmente, e contrariando a posição defendida pela FFT quanto à consideração da prática coerente de decisões fiscais baseada na Circular como sistema de referência, a Comissão conclui que a avaliação prática da administração fiscal luxemburguesa em matéria de decisões fiscais não permite identificar um conjunto coerente de regras que sejam, em geral, aplicáveis, com base em critérios objetivos, a todas as empresas abrangidas pelo seu âmbito de aplicação, tal como definido pelo seu objetivo.

¹¹⁰ Cfr. par. 214 da Decisão.

¹¹¹ Cfr. pars. 216 a 317 da Decisão.

efeitos de determinação dos lucros tributáveis da FFT no Luxemburgo, se afasta de um método que resulta numa aproximação fiável de um resultado baseado no mercado e, por conseguinte, do Princípio de Plena Concorrência¹¹². Acrescenta a Comissão que a sua avaliação não pretende aferir da conformidade da decisão fiscal com a legislação interna do Luxemburgo, mas sim aferir se a AF do Luxemburgo conferiu uma vantagem seletiva à FFT ao adotar uma decisão fiscal que aprova uma repartição dos lucros que se afasta do montante dos lucros que seriam tributados à luz do sistema geral.

A Comissão justifica o afastamento do Princípio de Plena Concorrência na decisão fiscal controvertida, atendendo às opções subjacentes à metodologia de determinação do preço de transferência, ou seja, a decisão de aplicar o MMLO para estimar o lucro tributável da FFT no Luxemburgo, a opção pelos capitais como indicador do lucro para efeitos do MMLO, a opção pelo Quadro de Basileia II para efeitos do cálculo desses capitais e a decisão de aplicar o CAPM baseado nos preços das ações para determinar uma rendibilidade exigida para esses capitais próprios.

No que respeita à escolha do MMLO para estimar o lucro tributável da FFT, a Comissão defende que esta escolha não pode ser efetuada de forma aleatória, uma vez que tal aleatoriedade favoreceria as entidades integradas em grupos, pois poderiam escolher os métodos e parâmetros de fixação dos preços das transações intragrupo para efeitos de cálculo da sua matéria coletável, o que não sucede com as entidades não integrantes de um grupo.

A Comissão aceita a não aplicação do MPCM e a escolha do indicador da rendibilidade dos capitais próprios como indicador de desempenho aceitável para o setor financeiro, podendo as funções desempenhadas pela FFT ser comparadas às das instituições financeiras. No entanto, a utilização dos fundos próprios regulamentares hipotéticos da FFT como indicador do nível de lucros aquando da aplicação do MMLO, e a aplicação de uma rendibilidade dos fundos próprios estimada com base no CAPM, para obter uma componente dos lucros tributáveis da FFT no Luxemburgo, não se revelam, na opinião da Comissão, em conformidade com o Princípio de Plena Concorrência, implicando uma

¹¹² Para a Comissão, o princípio de plena concorrência faz parte da apreciação efetuada pela Comissão das medidas fiscais concedidas a empresas de um grupo, nos termos do artigo 107.º do TFUE, independentemente da questão de saber se um Estado-Membro incorporou este princípio no seu sistema jurídico nacional. No entanto, o princípio de plena concorrência que a Comissão aplica no âmbito da sua apreciação dos auxílios estatais não é aquele que decorre do artigo 9.º do modelo de convenção fiscal da OCDE.

diminuição do imposto sobre os lucros exigível à FFT em relação às sociedades não integradas fiscalmente que realizam transações em condições de mercado.

Na perspetiva da Comissão, considerando que o nível de capitais próprios é observável e que o CAPM fornece uma estimativa da rendibilidade dos capitais próprios, deveriam ter sido utilizados os capitais próprios contabilísticos da FFT, em vez de um nível hipotético de fundos próprios regulamentares, para determinar a matéria coletável da FFT no Luxemburgo em conformidade com o PPC. Adicionalmente, a escolha dos capitais próprios regulamentares hipotéticos da FFT é desadequada para obter uma aproximação fiável de um resultado baseado no mercado, por:

- a FFT não ser uma entidade financeira regulamentada à qual se aplique o Quadro de Basileia II, logo não existe validação no âmbito da supervisão prudencial;
- considerando que a rendibilidade dos fundos próprios regulamentares mínimos não é um indicador de desempenho habitualmente utilizado no setor financeiro, as médias dessas rendibilidades não são geralmente analisadas nem estão disponíveis;
- as sociedades tomadas como comparáveis para estimar a rendibilidade dos capitais próprios através do CAPM são claramente desadequadas para estimar os fundos próprios regulamentares médios do setor ou a rendibilidade exigida desses fundos próprios.

Ainda que se considerasse o nível hipotético de fundos próprios regulamentares, previsto no Quadro de Basileia II, este, na perspetiva da Comissão foi aplicado de modo incorreto. De um modo geral, a aplicação deste Quadro, deveria ter subjacente a estimativa dos ativos ponderados pelo risco (APR) da FFT e a subsequente aplicação de um rácio adequado de fundos próprios regulamentares a essa estimativa.¹¹³ No entanto, refere a Comissão, os APR hipotéticos da FFT não foram corretamente calculados, dado que aos ativos intragrupo foi atribuída uma ponderação de risco nula, subestimando o valor dos fundos próprios, o requisito do rácio de fundos próprios utilizado foi 6% quando o Quadro Basileia II previa 8% e a base sobre a qual foi aplicada a margem não corresponde a uma estimativa correta dos rendimentos anuais brutos da FFT, tendo toda a atividade intragrupo sido ignorada.

¹¹³ Metodologia semelhante é suscetível de utilização na determinação do *free capital* a alocar a uma sucursal bancária, em que é considerado o capital necessário para suportar as funções desenvolvidas, os ativos utilizados e os riscos assumidos.

Adicionalmente, para além de subestimar os fundos próprios regulamentares hipotéticos, a metodologia preconizada na decisão fiscal, considera deduções (fundos próprios que cobrem os investimentos financeiros na FFNA e na FPC) aos capitais próprios remanescentes da FFT, o que afasta a obtenção de um resultado baseado no mercado. A Comissão sustenta tal inadequabilidade no facto de:

- a dedutibilidade das participações noutras instituições de crédito ao abrigo do Quadro Basileia II não é aplicável no caso da FFT;
- as fontes de financiamento, independentemente de serem capitais próprios ou de dívidas que constem no passivo, não são atribuídas a um ativo identificável, a menos que disposições jurídicas específicas associem o passivo a um ativo, ou a um conjunto de ativos específicos, pelo que os capitais próprios da FFT estão inteiramente disponíveis para sustentar a solvabilidade da FFT e devem ser remunerados na totalidade de acordo com os riscos dos ativos da FFT;
- a aplicação do MMLO implica que qualquer estimativa de capitais próprios deve assegurar a adequada capitalização de acordo com as normas do sector, o que, atendendo ao nível de capitalização da FFT, não permitiria qualquer redução dos capitais próprios ou dos fundos próprios regulamentares hipotéticos para efeitos fiscais.

Por fim, e sem prejuízo das críticas apontadas pela Comissão à base de capitais, também o nível estimado de rendibilidade exigido não se traduz, na opinião da Comissão, numa aproximação fiável de um resultado baseado no mercado e que, como tal, não está em conformidade com o PPC, considerando que:

- o fator beta não é o de entidades comparáveis, que apresentam valores superiores;
- os comparáveis considerados incluem entidades não comparáveis e existem comparáveis que não foram considerados, logo as sociedades comparáveis selecionadas para o cálculo do fator beta não são adequados;
- a análise dos preços de transferência, em vez de utilizar a mediana para o cálculo do fator beta, utiliza o percentil 25 sem a menor justificação.

Relativamente à **justificação da derrogação** a Comissão considera que não foi possível identificar nenhum motivo suscetível de justificar o tratamento preferencial de que beneficia a FFT por força da decisão fiscal e que possa ser considerado como diretamente

resultante dos princípios fundadores ou diretores do sistema de referência ou que resulte dos mecanismos inerentes ao sistema necessários para o seu funcionamento e para a sua eficácia.

Assim, a decisão fiscal confere uma vantagem seletiva, ao diminuir o imposto exigível no Luxemburgo, não sendo relevante que a vantagem conferida neste Estado-Membro possa ser compensada por uma desvantagem de outra sociedade que integre o mesmo grupo.¹¹⁴

O montante a recuperar pelo Luxemburgo junto da FFT corresponderá, nos termos previstos no parágrafo 366 da decisão, ao diferencial entre o imposto pago e o imposto que seria pago se tivesse sido adequadamente aplicado o Princípio de Plena Concorrência.

Desta decisão da Comissão foi, em 30 de dezembro de 2015, interposto recurso, quer pelo Grão-Ducado do Luxemburgo (processo T-755/15), quer pela Fiat Chrysler Finance Europe (processo T-759/15), pedindo a anulação da decisão, ou pelo menos a anulação da parte que ordena a recuperação do auxílio.

3.1.4 DA APRECIÇÃO PELO TRIBUNAL

Na sequência dos recursos, que foram apensos, veio a ser proferido, em 29 de setembro de 2019, o Acórdão do Tribunal Geral.

Os fundamentos apresentados pelo Grão-Ducado do Luxemburgo e pela FFT são agrupados e apresentados pelo Tribunal (par. 95 do Acórdão) em 5 blocos, conforme segue:

- i. violação dos artigos 4.º e 5.º TUE, na medida em que a análise da Comissão conduziu a uma harmonização fiscal disfarçada;
- ii. violação do artigo 107.º TFUE, do dever de fundamentação previsto no artigo 296.º TFUE e dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, na medida em que a Comissão considerou que a decisão antecipada em causa concedia uma vantagem, designadamente, pelo facto de esta decisão não ser conforme com o Princípio da Plena Concorrência;
- iii. violação do artigo 107.º TFUE, na medida em que a Comissão declarou a seletividade desta vantagem;

¹¹⁴ Cfr. par. 314 da Decisão.

- iv. violação do artigo 107.º TFUE e do dever de fundamentação previsto no artigo 296.º TFUE, na medida em que a Comissão constatou que a medida em causa restringia a concorrência e falseava as trocas comerciais entre Estados;
- v. violação do princípio da segurança jurídica e dos direitos de defesa, na medida em que a Comissão ordenou a recuperação do auxílio em causa.

O TGUE procedeu à análise dos vários conjuntos de argumentos aduzidos pelas recorrentes, tendo concluído da forma que veremos de seguida.

i. Quanto harmonização fiscal disfarçada levada a cabo pela Comissão

A este respeito, refere o Acórdão que «as intervenções dos Estados-Membros nos domínios que não foram objeto de harmonização na União Europeia, tais como a fiscalidade directa, não estão excluídas do âmbito de aplicação da regulamentação relativa à fiscalização dos auxílios de Estado»¹¹⁵. Assim, «sendo a Comissão competente para velar pelo respeito do artigo 107.º TFUE, não pode ser acusada de ter excedido as suas competências ao examinar a decisão [antecipada] em causa, a fim de verificar se constituía um auxílio de Estado e, na afirmativa, se era compatível com o mercado interno(...)»¹¹⁶.

Adicionalmente, e quanto ao argumento apresentado pelo Luxemburgo de que a Comissão procedeu a uma harmonização fiscal disfarçada ao ignorar as regras luxemburguesas, e ao invocar regras que não fazem parte do seu sistema fiscal, a fim de concluir que o cálculo do imposto não era conforme com o PPC, o TGUE refere-nos que

[e]mbora a tributação dita «normal» seja definida pelas normas fiscais e a própria existência de uma vantagem deva ser estabelecida em relação à mesma, não é menos verdade que, (...), uma medida fiscal que afeta a matéria coletável tida em conta pelas Autoridades Fiscais possa ser abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE. Assim, ao examinar a conformidade da decisão [antecipada] em causa com as regras em matéria de auxílio de Estado, a Comissão não procedeu a nenhuma «harmonização fiscal», mas exerceu a competência que lhe era conferida pelo artigo 107.º, n.º 1, TFUE, verificando, nomeadamente, num caso concreto, se a referida decisão [antecipada] conferia ao seu beneficiário uma vantagem em relação à tributação dita «normal», tal como definida pelo direito fiscal nacional. (cfr. par. 113)

¹¹⁵ Cfr. par. 104 do Acórdão.

¹¹⁶ Cfr. par. 107 do Acórdão.

Assim, concluiu o Tribunal que o argumento de que a Comissão procedeu a uma harmonização fiscal disfarçada deve ser julgado improcedente.

ii. Quanto à inexistência de uma vantagem

Neste âmbito as recorrentes invocando, por um lado, um erro na aplicação do PPC no domínio da fiscalização dos auxílios de Estado, e por outro, a inexistência dos pretensos erros invocados pela Comissão no que respeita à metodologia de cálculo na determinação da remuneração da FFT, põem em causa o raciocínio da Comissão de que a decisão antecipada derroga o sistema geral do imposto sobre as sociedades do Luxemburgo. Adicionalmente, defendem uma errada delimitação do sistema de referência e a inexistência de vantagem ao nível do grupo.

Relativamente ao **erro na aplicação do PPC no domínio da fiscalização dos auxílios de Estado**, as recorrentes acusam a Comissão de ter identificado um PPC próprio do direito da União, em violação da autonomia fiscal dos Estados-Membros, e de ter examinado a decisão antecipada controvertida à luz desse princípio, sem ter em conta o direito luxemburguês. Adicionalmente, alegam que, ao aplicar o princípio de plena concorrência, nos termos em que o fez, a Comissão violou os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, e não cumpriu o seu dever de fundamentação.

Para o TGUE, no caso das medidas fiscais, a existência de uma vantagem só pode ser estabelecida em relação a uma imposição dita «normal», pelo que, para determinar se existe uma vantagem fiscal, há que comparar a situação do beneficiário resultante da aplicação da medida controvertida com a situação dele na falta da medida em causa e com a aplicação das regras normais de tributação (cfr. pars. 138 e 139 do Acórdão). Acrescenta que quando o direito fiscal não faz nenhuma distinção entre as empresas integradas e as empresas autónomas para efeitos de sujeição a imposto sobre as sociedades, esse direito pretende tributar o lucro resultante da atividade económica de uma empresa integrada como se resultasse de transações efetuadas a preços de mercado, pelo que, no âmbito da fiscalização no domínio dos auxílios de Estado de uma medida fiscal a uma empresa integrada, a Comissão pode comparar a carga fiscal dessa empresa integrada, que resulta da aplicação da medida fiscal, com a carga fiscal que resulta 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.

Para o Tribunal, a Comissão pode avaliar uma medida fiscal que determina uma metodologia de determinação de preços de transferência utilizando o PPC, devendo justificar a escolha metodológica por si utilizada na determinação do preço de transferência e apenas podendo concluir pela existência de uma vantagem quando a discrepância entre os dois resultados não resulte apenas das imprecisões inerentes ao método na determinação do preço de transferência (cfr. pars. 143 a 146). Acrescenta o Tribunal que, embora a aferição da tributação dita «normal» seja definida pelas normas fiscais nacionais e a própria existência de vantagem deva ser estabelecida em relação a elas, a previsão do Princípio de Plena Concorrência no ordenamento jurídico nacional não obsta a que a Comissão fiscalize se a metodologia de determinação de preços de transferência aceite pela administração fiscal, com correspondente efeito ao nível da determinação da matéria coletável, está em linha com o que resulta do referido princípio.

Relativamente, à **inexistência dos pretensos erros invocados pela Comissão no que respeita à metodologia de cálculo na determinação da remuneração** da FFT invocada pelas recorrentes, o TGUE começa por recordar que «no âmbito da fiscalização dos auxílios de Estado, compete, em princípio, à Comissão fazer prova, na decisão impugnada, da existência desse auxílio», competindo ao Estado-Membro «que introduziu um diferenciação entre empresas demonstrar que a mesma é justificada pela natureza e a economia do sistema em causa» (cfr. pars. 202 e 203). Já no que respeita à utilização pela Comissão do princípio de plena concorrência na sua apreciação ao abrigo do regime de auxílios de Estado, que segundo o TGUE deve ser efetuada considerando a natureza aproximativa do mesmo, a fiscalização do Tribunal Geral, tende «a verificar se os erros identificados na decisão impugnada, com base nos quais a Comissão concluiu pela existência de uma vantagem, vão além das imprecisões inerentes à aplicação de um método destinado a obter uma aproximação fiável de resultados baseados no mercado (cfr. par. 207).

No que respeita ao primeiro erro alegado, relativo à não tomada em consideração da totalidade dos capitais próprios da FFT, ou seja, a segmentação dos capitais de uma sociedade relacionada em função das suas diferentes atividades, o TGUE, recorrendo nomeadamente às Orientações da OCDE, refere que não sendo explicitamente autorizada nem proibida há que avaliar a mesma tendo em conta as especificidades do caso controvertido. Desta avaliação conclui o TGUE que a Comissão considerou corretamente que a totalidade dos capitais próprios da FFT deveria ter sido tida em conta para efeitos de

cálculo da remuneração das suas atividades de financiamento intragrupo e de tesouraria, uma vez que a segmentação prevista na decisão fiscal antecipada não reflete as diferentes funções da FFT e a totalidade dos capitais próprios é necessária para assegurar as funções de financiamento, e se for caso disso, absorver as perdas ligadas à atividade de financiamento.

Relativamente ao segundo erro, de tomada em consideração dos fundos próprios regulamentares, o TGUE acompanha a decisão da Comissão de que não podiam ser utilizados para efeitos de cálculo da remuneração da FFT, ancorando a sua decisão no facto dos fundos próprios regulamentares resultantes do Quadro de Basileia II constituírem uma estimativa de um nível mínimo de capitalização de um banco ou de outra instituição financeira, não constituindo um direito nos lucros da entidade em causa, nem a remuneração dos riscos suportados por esta entidade, nem sendo um indicador apropriado dos lucros obtidos por estas entidades. Adicionalmente, os indicadores de lucro das entidades tomadas como comparáveis no âmbito da decisão fiscal não se baseiam nos fundos próprios regulamentares hipotéticos dessas entidades, o que constitui uma incoerência na comparação com a entidade testada.

Por fim, no que respeita ao erro relativo à exclusão de uma parte dos capitais próprios correspondente às participações detidas pela FFT, o TGUE, acompanhando a Comissão, refere que tal não se revela correto, considerando, nomeadamente, que a totalidade dos capitais próprios está exposto ao risco e como tal devem ser considerados no cálculo da remuneração, ainda que as participações não deem origem a nenhum rendimento tributável, e que não foi demonstrado que as entidades tomadas como comparáveis tenham procedido a tal ajustamento.

Assim, quanto à metodologia adotada, conclui o TGUE que a totalidade dos capitais próprios da FFT deveria ter sido considerada para efeitos de cálculo da remuneração da FFT e uma taxa única deveria ter sido aplicada, pelo que o método de remuneração previsto na decisão fiscal não permite chegar a um resultado de plena concorrência e conduz a uma diminuição da carga fiscal da FFT.

Relativamente à **inexistência de uma vantagem ao nível do grupo**¹¹⁷ alegada pelas recorrentes, atendendo nomeadamente ao facto de que eventuais reduções de imposto no Luxemburgo seriam neutralizadas por aumentos de imposto noutros Estados-membros, o

¹¹⁷ Cfr. pars. 300 a 327 do Acórdão.

TGUE refere que a eventual neutralização não permitiria considerar que a FFT ou o grupo Fiat não beneficiaram de uma vantagem no Luxemburgo, sendo que uma vez «demonstrado que uma empresa integrada beneficia de uma medida fiscal concedida por um Estado-Membro de uma redução da carga fiscal que deveria normalmente suportar nos termos das regras normais de tributação, a situação fiscal de outra empresa do grupo noutra Estado-Membro não tem incidência na existência de vantagem» (par. 318).

iii. Quanto à não seletividade da vantagem concedida à FFT

As recorrentes, relativamente à não seletividade da vantagem concedida à FFT, alegam nomeadamente que a Comissão não demonstrou que a decisão antecipada controvertida tinha sido concedida em condições mais vantajosas do que as conferidas a outras sociedades que integram grupos e que a decisão não é uma medida individual *ad hoc*, mas uma medida individual prestada no âmbito de um regime geral que prescreve a imposição de encargos adicionais – a legislação sobre os preços de transferência.

O TGUE, após discorrer quanto aos diferentes níveis de exigência de seletividade, consoante se esteja perante um regime geral de auxílio ou um auxílio individual, e à presunção de seletividade aplicada às medidas que constituíam um auxílio individual que conceda uma vantagem à empresa beneficiária, conclui que a decisão controvertida não pode ser considerada uma medida concedida com base num regime de auxílios, uma vez que diz respeito exclusivamente à situação individual da FFT, tendo sido concedida no âmbito de uma margem de apreciação que a administração fiscal luxemburguesa dispõe para avaliar à luz das circunstâncias de cada caso, através de uma análise específica. Adicionalmente, refere o TGUE, ainda que a presunção de seletividade não fosse aplicável, a Comissão, na sua decisão, considerou igualmente que a vantagem conferida à FFT pela decisão antecipada controvertida era seletiva à luz do exame em três etapas. Assim, e não sendo de acolher o argumento das recorrentes quanto à justificação da derrogação, nomeadamente o que respeita à questão da dupla tributação, conclui o TGUE pela existência de seletividade da vantagem concedida conforme preconizado pela Comissão.

iv. Quanto à restrição de concorrência

As recorrentes alegam a falta de demonstração por parte da Comissão de que da decisão antecipada controvertida resulta restrição de concorrência. O TGUE considera que os argumentos aduzidos pela Comissão de que a FFT e o grupo beneficiando de uma vantagem de redução de imposto, de que os seus concorrentes não dispunham, tal era

suscetível de reforçar a sua posição financeira no mercado e, como tal, a decisão antecipada restringia a concorrência, isto é, era suscetível de afetar a concorrência e falsear as trocas comerciais.

v. Quanto à recuperação do auxílio

Quanto à recuperação do auxílio, as recorrentes alegam que o mesmo é incompatível com o princípio da segurança jurídica e é contrária aos direitos de defesa. Para o TGUE, a mera aplicação do artigo 107.º do TFUE à decisão antecipada controvertida não pode constituir uma violação do princípio da segurança jurídica, sendo que, embora os Estados-Membros disponham de uma margem de apreciação na determinação dos preços de transferência, no caso em discussão detetou um erro na determinação dos preços transferência levando a que estes não correspondam a uma aproximação fiável de resultados de mercados e, em consequência, à existência de um auxílio, pelo que não se poderá argumentar que a Comissão não atuou de modo previsível ou com a necessária flexibilidade.

Em síntese, o TGUE negou provimento aos recursos apresentados, tendo desta decisão sido interposto recurso em dezembro de 2019, não havendo ainda decisão do TJUE.

3.1.5 NOTAS FINAIS SOBRE O CASO FIAT

A decisão fiscal subjacente ao caso Fiat respeita à aprovação de metodologia de determinação dos preços de transferência praticados em operações financeiras vinculadas realizadas com entidades não residentes e como tal define os lucros alocados à FFT e consequentemente os lucros tributados no Luxemburgo.

A Comissão, que o TGUE reconheceu ter exercido as suas competências no âmbito do controlo da existência de auxílio de Estado nos termos do artigo 107.º do TFUE, considerou que a decisão fiscal controvertida confere uma vantagem seletiva à FFT através da redução da carga fiscal suportada no Luxemburgo quando comparado com outras entidades sujeitas a tributação no país que se encontram em situação jurídica e factual comparável, sejam elas entidades autónomas ou integradas em grupos, atento o objetivo do sistema de tributação das sociedades em vigor, que constitui o sistema de referência.

A aferição da derrogação ao sistema de referência é efetuada tendo em consideração o PPC, que não aquele que decorre necessariamente quer da legislação interna luxemburguesa, quer das Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência. No entanto, na aplicação do PPC pela Comissão, e aceite pelo TGUE, são levadas em linha de

conta as referidas Orientações da OCDE¹¹⁸, sendo que na nossa perspetiva, parece-nos difícil conceber que esta avaliação não signifique avaliar a forma como a administração fiscal luxemburguesa aplicou o PPC ao caso concreto. Tal apenas é compreensível atenta a necessidade da Comissão de salvaguardar a soberania fiscal do Luxemburgo.

O TGUE aceitou os argumentos da Comissão quanto à existência de uma vantagem seletiva, nomeadamente quanto aos erros subjacentes aos métodos adotados na determinação dos preços de transferência previstos na decisão fiscal e quanto ao facto de não relevar o facto da existência de uma vantagem para a FFT ser compensada por uma desvantagem noutra entidade do grupo. Esta última posição parece-nos levar a uma eventual dupla tributação, pois embora não resulte evidente, quer da decisão, quer do Acórdão, que os lucros não imputados à entidade luxemburguesa estariam a ser tributados noutra entidade localizada noutro território, caso tal ocorra, existe o pagamento do montante correspondente ao diferencial entre o imposto pago nas condições previstas na decisão fiscal e o imposto pago em condições de plena concorrência, sem que exista uma redução no montante de imposto pago pela entidade relacionada contraparte nas operações vinculadas. Esta eventual dupla tributação não ocorreria caso estivéssemos perante um ajustamento primário realizado à luz do PPC no Luxemburgo, uma vez que teríamos, provavelmente um ajustamento correlativo no Estado da contraparte.

3.2 CASO STARBUCKS

O Caso Starbucks tem por base um acordo prévio sobre preços de transferência (adiante APPT) celebrado, em 28 de abril de 2008, entre a administração fiscal dos Países Baixos e a Starbucks Manufacturing EMEA BV (adiante SMBV).

A Comissão iniciou um procedimento, em 30 de julho de 2013, com um pedido de informações pormenorizadas sobre as práticas fiscais nos Países Baixos, bem como sobre duas decisões fiscais relacionadas com entidades do grupo Starbucks. Relativamente ao APPT controvertido, que abrange os períodos de 2007 a 2017 e aprova o método de alocação de afetação dos lucros da SMBV, a Comissão deu início, em 11 de junho de 2014, ao procedimento formal de investigação.

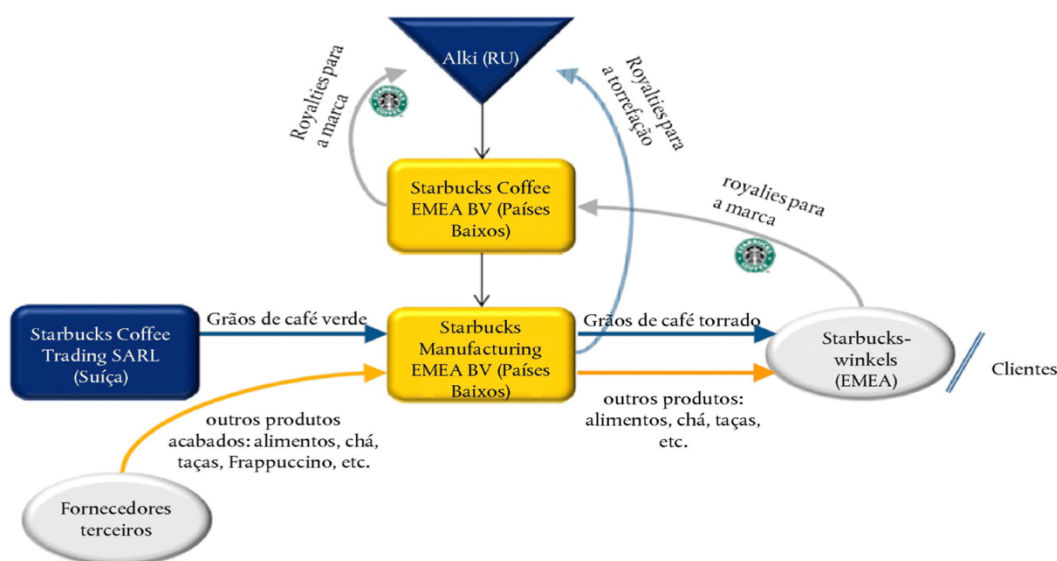
¹¹⁸ Note-se que além da consideração expressa das Orientações da OCDE, estão implícitas perspetivas semelhantes. Por exemplo, quer o TGUE no presente caso, quer as Orientações da OCDE (vide par. 2.11) prevêem que apenas devem ser feitos ajustamentos quando os efeitos da desconformidade das condições praticadas face ao PPC sejam relevantes.

3.2.1 DESCRIÇÃO DOS FACTOS

A SMBV é uma filial neerlandesa do grupo Starbucks. Este grupo, encabeçado pela Starbucks Corporation, com sede em Seattle nos Estados Unidos da América, dedica-se à torrefação, comercialização e retalho de café especial, operando em mais de 60 países (cfr. pars. 37 e 38 da Decisão).

A estrutura do grupo Starbucks, no que ao caso releva, é sintetizado na figura seguinte:¹¹⁹

Figura 2 – Caso Starbucks – Estrutura e operações vinculadas



De acordo com a descrição do relatório sobre os preços de transferência apresentado pela Starbucks e referenciado na decisão, a SMBV adquire grãos de café verde à Starbucks Coffee Trading S.A.R.L. (adiante SCTC¹²⁰), entidade localizada na Suíça que concentra as compras de grãos de café para todo o grupo e licenciados independentes, procedendo à sua torrefação e vendendo-o aos seus clientes, entidades relacionadas e entidades não relacionadas. Adicionalmente, a SMBV funciona como uma entidade de distribuição intermediária de outros produtos para além de café.

A Starbucks Coffee EMEA BV (localizada nos Países Baixos), *holding* do grupo Starbucks para a região da Europa, Médio Oriente e África, apoia as operações comerciais do grupo na região, prestando assistência na identificação de promotores para desenvolver e explorar lojas de venda a retalho Starbucks. Esta empresa licencia aos promotores, coligados e

¹¹⁹ Figura extraída da decisão (UE) 2017/502 da Comissão (par. 54).

¹²⁰ A STC obteve margens de lucro sobre os custos de grão de café verde que ascenderam a cerca de 3% entre 2005 e 2010 e a cerca de 18% entre 2011 e 2014.

independentes, determinadas marcas Starbucks, tecnologia e saber fazer detidos pelo seu acionista, Alki LP (localizada no Reino Unido), em troca do pagamento de royalties (cfr. par. 48 da Decisão).

A Alki LP¹²¹, entidade sem empregados, é apresentada pelo grupo como detendo os direitos de licença para utilizar e sublicenciar o direito de propriedade intelectual composto por três categorias: direitos de marca; direitos do sistema Starbucks e direitos relacionados com o café, incluindo-se neste último as curvas de marca e a fórmula de misturas de café. É relativamente à utilização destes últimos direitos que a SMBV lhe paga royalties. Por outro lado, a Alki LP efetua pagamentos de royalties à Starbucks EUA pela propriedade intelectual que esta última lhe licencia ao abrigo de um Acordo de Partilha de Custos.

3.2.2 DESCRIÇÃO DA MEDIDA

O APPT controvertido prevê que a SMBV seja remunerada pelas funções desempenhadas considerando uma margem de lucro de 9% a 12% que incide sobre os custos considerados relevantes¹²². Adicionalmente, é aceite que o nível de pagamento de royalties da SMBV à Alki LP seja determinado no final de cada ano, resultando da diferença entre o lucro de exploração realizado antes das despesas com as royalties e a referida margem de lucro. (cfr. pars. 43 e 44 da decisão). Dito de outro modo, o lucro da SMBV que exceda a margem de lucro acordada é imputada à Alki LP sob a forma de royalties.

O APPT foi concluído com base no n.º 1 do artigo 8.º-B da lei do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas neerlandesa de 1969, que estabelece o Princípio de Plena Concorrência no direito fiscal nacional dos Países Baixos.¹²³

¹²¹ Na decisão é referido que, em dezembro de 2006, esta entidade foi adicionada à estrutura do grupo permitindo evitar que os rendimentos de *royalties* recebidos pela Alki LP fossem diretamente integrados no rendimento dos sócios da Alki LP ao abrigo do direito fiscal (cfr. par. 107 da Decisão). A Alki LP é uma *limited partnership*. «*A limited partnership is transparent for tax purposes under UK law which means that profits record by the holding company were only taxed at level of the US resident partners and not at the level of the holding company itself*» (Rapp e Ianus, 2018, p. 151).

¹²² De um modo geral podemos dizer que incide apenas sobre os custos operativos. Assim, são incluídos na base de marcação os custos com pessoal, as depreciações e as despesas gerais das instalações. Por outro lado, são excluídos nomeadamente os custos com matérias-primas (grãos de café verde), custos de logística e distribuição prestadas por terceiros, remunerações das atividades fornecidas por terceiros no âmbito dos chamados contratos de fabrico por consignação e pagamento de royalties à Alki LP.

¹²³ O modo como a administração fiscal neerlandesa interpreta o PPC previsto neste normativo consta do Decreto IFZ2001/295 do Secretário de Estado das Finanças neerlandês, de 30 de março de 2001, intitulado «Preços de Transferência, Aplicação do Princípio de Plena Concorrência e das Orientações da OCDE Aplicáveis em Matéria de Preços de Transferência Destinadas às Empresas Multinacionais e às Administrações Fiscais (Orientações da OCDE)».

3.2.3 DECISÃO DA COMISSÃO

O início do procedimento formal de investigação resultou de a Comissão ter considerado, a título preliminar, que o APPT controvertido, que aceita uma remuneração nos termos em que foram acordados, constitui um auxílio de Estado, uma vez que o preço de transferência praticado não parecia respeitar o PPC. A Comissão sustentou tal no facto da SMBV ter sido classificada como um fabricante de baixo risco, terem sido considerados ajustamentos que, por um lado, reduzem a base de marcação de incidência da margem de lucro e, por outro, promovem ajustamentos de comparabilidade inapropriados; e do nível de royalties calculados não ter correspondência com a propriedade intelectual alegadamente cedida.

Na sequência do procedimento formal de investigação a Comissão decide que, através do APPT controvertido, foi concedido um auxílio incompatível e ilegal, que deve ser recuperado junto da SMBV. Esta decisão da Comissão assenta no preenchimento de todos os elementos que integram o conceito de auxílio de Estado.

No que respeita à existência de uma vantagem seletiva, a Comissão seguiu a análise em três fases: identificação do sistema de referência; aferição da existência de derrogação e justificação da eventual derrogação.

Relativamente ao sistema de referência¹²⁴, a Comissão considerou que o sistema de referência é o 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 Baixos. Neste âmbito, os lucros tributáveis correspondem, em regra, aos lucros contabilísticos, eventualmente ajustados com base em disposições fiscais específicas, nomeadamente as correções ao resultado do imposto sobre transações não realizadas em condições de plena concorrência.

Para a Comissão as sociedades que integram grupos, como é o caso da SMBV, estão numa situação factual e jurídica semelhante às sociedades autónomas¹²⁵, tendo em conta o objetivo intrínseco do sistema de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, que visa a tributação dos lucros de todas as empresas sujeitas ao imposto, sejam elas integradas ou não. Assim, nesta comparação não relevam as diferentes formas de determinação do

¹²⁴ Vide pars. 231 a 251 da Decisão.

¹²⁵ Os Países Baixos e a Starbucks, nas suas observações, haviam defendido que a SMBV e as sociedades autónomas não estão em situação comparável fazendo referência à decisão da Comissão no caso *Groepsrentebox*. A Comissão na sua decisão defende, e bem na nossa opinião, que a referida decisão não serve de referência ao caso.

lucro tributável, ou seja, o facto das empresas que integram grupos terem de utilizar referências tendo em vista a determinação dos preços de transferência praticados em linha com o PPC. Assim, a Comissão rejeita o argumento dos Países Baixos¹²⁶ segundo o qual o sistema de referência apenas deverá incluir as sociedades do grupo a que se aplique princípio de plena concorrência resultante do n.º 1 do artigo 8.º-B.

No âmbito da **aferição da existência de derrogação ao sistema**¹²⁷, ou seja, se existe uma desigualdade de tratamento entre sociedades que se encontram numa situação factual e jurídica idêntica, a Comissão defende que, uma vez que se está perante uma medida de auxílio individual, e constituindo esta uma derrogação ao sistema de referência, a conclusão pela existência de seletividade coincidirá com a constatação de uma vantagem conferida ao beneficiário por intermédio desta medida. Para a Comissão, a vantagem seletiva resulta do APPT controvertido ter por base um método de avaliação que se afasta, sem justificação, do que resultaria da aplicação normal do regime fiscal comum permitindo uma redução da dívida fiscal da SMBV nos Países Baixos face à das empresas numa situação jurídica e factual semelhante.

A Comissão, sustentando-se no Acórdão Forum 187, avalia se a metodologia subjacente ao APPT, celebrado pela administração fiscal neerlandesa, para a determinação dos lucros tributáveis da SMBV se afasta da metodologia que resulte numa aproximação de resultados baseados no mercado e, desse modo, do PPC. No entanto, defende a Comissão, embora este princípio faça parte da avaliação que desenvolve nos termos do regime de auxílios de Estado, o mesmo não é o previsto no artigo 9.º do MOCDE, mas sim um princípio geral de igualdade de tratamento em matéria de tributação abrangido pela aplicação do artigo 107.º do TFUE.

A Comissão aponta quatro críticas ao relatório de preços de transferência que serviu de suporte à celebração do APPT, designadamente:

- i. Não analisa a transação intragrupo, pagamento de royalties à Alki PL pelo licenciamento da PI de torrefação, para a qual o APPT foi efetivamente solicitado e concedido.

¹²⁶ Para a Comissão, também no quadro de um sistema de referência mais limitado, composto por sociedades pertencentes a grupos que aplicam preços de transferência, se concluiria que o APPT estabelece uma metodologia de preços de transferência que não pode ser considerada como dando lugar a uma aproximação fiável de um resultado baseado no mercado, resultando, assim, numa redução da dívida fiscal da SMBV nos Países Baixos (cfr. pars. 409 a 412 da decisão).

¹²⁷ Cfr. pars. 252 a 408 da decisão.

ii. Não analisa se o preço de transferência na operação de aquisição de grãos de café verde à SCTC está em conformidade com o PPC.

iii. Não analisa a complexidade das funções de todas as empresas do grupo que participam nas operações vinculadas.

iv. Identifica incorretamente as principais funções da SMBV a remunerar e procura indevidamente estimar essa remuneração com base nas despesas de exploração.

Vejam os argumentos utilizados pela Comissão relativamente a cada uma das críticas supra sintetizadas.

Relativamente ao facto de o relatório não analisar a transação intragrupo (i), pagamento de royalties à Alki PL pelo licenciamento da PI de torrefação, para a qual o APPT foi efetivamente solicitado e concedido, tal assenta na Comissão considerar que é esta, e não a operação de torrefação, a operação subjacente ao APPT. Com base neste pressuposto a Comissão conclui que não tendo a operação de licenciamento da PI sido analisada, a remuneração prevista no APPT é indevidamente estimada com base no MMLO, sendo que ao determinar o nível de royalties com base na diferença entre o lucro obtido e a remuneração estabelecida no APPT, tal conduz a uma situação em que o pagamento de royalties é calculado como lucro em excesso e não reflete o valor de plena concorrência da propriedade intelectual cedida. Consequentemente, considera que se deveria aplicar o MPCM recorrendo a operações comparáveis realizadas por entidades independentes, nomeadamente comparáveis internos.

Da aplicação do MPCM, e recorrendo a comparáveis internos, a Comissão conclui que não haveria lugar ao pagamento de royalties, suportando tal conclusão em:

- Comparação com acordos de torrefação celebrados pela Starbucks com terceiros e com acordos semelhantes identificados no mercado. A Comissão procedeu à análise dos acordos de torrefação celebrados entre entidades do grupo Starbucks e terceiros, tendo concluído que, estando preenchidos os vários fatores de comparabilidade, podiam ser adotados enquanto comparáveis internos. Para além destes comparáveis internos, a Comissão recolheu junto dos concorrentes da Starbucks acordos de torrefação celebrados entre estes e terceiros, tendo da sua análise concluído que estes não preveem o pagamento de royalties.
- A SMBV não tem em conta o valor da PI de torrefação na sua relação com a Alki LP. A PI de saber-fazer e as curvas de torrefação constituem meras especificações

técnicas, segundo as quais a torrefação deve ocorrer, devido a uma preferência ou a uma escolha da empresa adquirente, não trazendo vantagens à SMBV uma vez que esta não vende a clientes finais. Adicionalmente, a atividade de torrefação é geradora de perdas na esfera da SMBV, pelo que o pagamento de royalties à Alki LP é financiado através de outras atividades da SMBV, servindo tão só para transferir lucros provenientes das outras atividades da SMBV para a Alki LP.

- O pagamento de royalties não reflete uma remuneração pela assunção de riscos empresariais. A Comissão entende que, ao contrário do invocado pelos Países Baixos e pela Starbucks, não há qualquer transferência de risco efetivo da SMBV para a Alki LP. Tal é ancorado no facto da SMBV reter os riscos de inventário e alguns riscos relacionados com o fornecimento de grãos e com a utilização da capacidade de produção, que na sua perspetiva é o principal risco da atividade de produção; na substância da transação e na falta de capacidade da Alki LP suportar e controlar os riscos.
- O nível de pagamento de royalties não é justificado pelos montantes que a Alki LP paga pela tecnologia à Starbucks EUA ao abrigo do APC, uma vez que, por um lado, estes são financiados em maior parte pela receita das *royalties* que recebe pelo uso da marca pela Starbucks Coffee BV do que pela das *royalties* recebidas da SMBV e, por outro, os termos do APC não parecem estar em linha com os que resultariam da aplicação das condições de plena concorrência.

A Comissão considera que se relativamente à operação de royalties fosse aplicado o MPCM, então a transação que teria de ser testada seria a aquisição de grãos de café verde à SCTC (ii). Neste âmbito, conclui a Comissão que a margem de lucro média de cerca de 18% obtida pela SCTC nesta transação, no período de 2011 a 2014, não corresponde a uma aproximação fiável de resultados baseados no mercado em conformidade com o PPC, uma vez que: a SCTC não licencia qualquer tecnologia à SMBV pela qual deva ser remunerada através de uma margem de lucro mais elevada; o Grupo fixa de modo inadequado a remuneração relativa aos custos associados ao Programa CAFE e o aumento da margem de lucro a partir de 2011 não é justificado por qualquer aumento de atividade da SCTC refletida nos seus custos de exploração.

Assim, a desconformidade do PPC, quer relativamente à metodologia de determinação das royalties pagas à Alki, quer relativamente às condições praticadas na aquisição de grãos de café à SCTC, confere uma vantagem seletiva à SMBV.

Adicionalmente, a Comissão após proceder à análise das entidades do grupo que participam em transações com a SMBV (iii) conclui que não há justificação para considerar esta última como sendo a entidade menos complexa. Assim, considerando que a metodologia subjacente ao APPT assenta em pressupostos errados, a mesma não permitiu uma aproximação fiável de resultados baseados no mercado, em conformidade com o princípio de plena concorrência.

Por fim, refere a Comissão que para além de desadequada, a metodologia suporta-se no MMLO que foi erroneamente aplicado no âmbito do APPT (iv). A sustentar esta posição, a Comissão defende que a função principal foi insuficientemente identificada no âmbito do APPT¹²⁸, e sendo a função de revenda a principal, a remuneração da SMBV deveria, por um lado, ser atribuída em função das vendas e, por outro, a atribuição dos lucros desta atividade à Alki LP através do pagamento de royalties com base nos lucros residuais não está em conformidade com o PPC.¹²⁹

Relativamente à **justificação da derrogação** a Comissão considera que não foi possível identificar nenhum motivo suscetível de justificar o tratamento preferencial de que beneficia a Starbucks por força do APPT e que possa ser considerado como diretamente resultante dos princípios fundadores ou diretores do sistema de referência ou que resulte dos mecanismos inerentes ao sistema necessários para o seu funcionamento e para a sua eficácia.

Assim, a Comissão conclui pela existência de uma vantagem seletiva, e estando preenchidos os requisitos previstos no artigo 107.º do TFUE, considerou o auxílio de Estado incompatível e ilegal, tendo determinado a sua recuperação junto da SMBV e subsidiariamente junto da Starbucks Corporation, devendo o valor a recuperar ter em consideração a diferença entre os lucros da SMBV resultantes da aplicação do APPT e o lucros que se apurariam na ausência do pagamento de royalties à Alki LP e considerando

¹²⁸ Para a Comissão, a função de revenda da SMBV não só representa a principal fonte de rendimento da SMBV, como também constitui, desde 2010, a sua única fonte de lucro.

¹²⁹ Adicionalmente, na aplicação do MMLO subjacente ao APPT, a Comissão considera inadequados os ajustamentos de capital de exploração levados a cabo.

um ajustamento no preço de transferência na aquisição de grãos de café verde à SCTC que permitisse a esta última uma margem de lucro bruta sobre o custo de cerca de 9%.

Desta decisão da Comissão foi interposto recurso, quer pelo Reino dos Países Baixos, em 23 de dezembro de 2015 (processo T-760/15), quer pela Starbucks Corporation Manufacturing EMEA, em 5 de setembro de 2016 (processo T-636/17), pedindo a anulação da mesma.

3.2.4 DA APRECIÇÃO PELO TRIBUNAL

Na sequência dos recursos, que foram apensos, veio a ser proferido, em 24 de setembro de 2019, o Acórdão do Tribunal Geral.

Os fundamentos apresentados pelo Reino dos Países Baixos e pela Starbucks, sistematizados e apresentados pelo Tribunal¹³⁰, assentam no facto da Comissão ter:

- considerado um sistema erróneo para efeitos do exame da seletividade do APPT;
- apreciado erradamente a existência de uma vantagem tendo em conta um princípio de plena concorrência que é próprio do direito da União e violou, assim, a autonomia fiscal dos Estados-Membros;
- considerado erradamente que a escolha do MMLO para determinação dos preços de transferência era constitutiva de uma vantagem;
- considerado erradamente que as modalidades de aplicação do MMLO, conforme validadas no APPT, conferiam uma vantagem à SMBV; e
- violado o princípio da diligência.

O TGUE começa por referir que apenas a condição de existência de vantagem seletiva é contestada pelos recorrentes, sendo que considera que «a abordagem da Comissão que consiste em analisar concomitantemente os critérios da vantagem e da seletividade não é em si, errada, dado que são examinados tanto a vantagem como o respetivo carácter seletivo». No entanto, adianta o TGUE, é «oportuno apreciar, em primeiro lugar, se a Comissão podia legitimamente concluir pela existência de uma vantagem, antes de

¹³⁰ Cfr. pars. 120 a 125 do Acórdão.

proceder, sendo caso disso, à análise da questão de saber se essa vantagem devia ser considerada seletiva»¹³¹.

Para o efeito, o TGUE começa por se debruçar quanto à existência de um princípio de plena concorrência no domínio da fiscalização dos auxílios de Estado e quanto ao respeito do princípio da autonomia fiscal dos Estados-Membros.

Neste âmbito, refere o Acórdão, no seu parágrafo 149, quando as normas nacionais de sujeição a imposto sobre o rendimento são idênticas quer para sociedades integrantes em grupos, quer para sociedades autónomas, a Comissão, no âmbito da avaliação de uma medida fiscal concedida a uma entidade que integre um grupo, «pode comparar a carga fiscal de tal empresa integrada resultante da aplicação da referida medida fiscal 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». Assim, embora apenas se possa concluir pela existência de vantagem se a discrepância identificada for para além das meras imprecisões inerentes à aplicação do princípio de plena concorrência, este constitui «um instrumento que permite efetuar essa verificação no âmbito do exercício suas [da Comissão] competências» (cfr. pars. 151 e 152). Da aplicação ao caso concreto, o TGUE (par. 153) conclui que

a Comissão estava em condições de verificar se o lucro tributável da SMBV ao abrigo do APPT era inferior à carga fiscal da SMBV na falta do APPT e em aplicação das regras normais de tributação do direito neerlandês. Dado que a SMBV é uma empresa integrada e que a LIS visa tributar o lucro que provém da atividade económica de tal empresa integrada como se ele resultasse de transações efetuadas a preços de mercado, há que comparar, no âmbito da análise do APPT, o lucro tributável da SMBV resultante da aplicação do APPT com a situação, resultante da aplicação das regras normais de tributação do direito neerlandês, de uma empresa, numa situação factual comparável, que exerce as suas atividades em condições de livre concorrência. Nesta matéria, se o APPT aceitar um determinado nível de preços de uma transação intragrupo, há que fiscalizar se esse nível de preços corresponde ao que teria sido praticado em condições de mercado.

Acrescenta o TGUE, que esta faculdade da Comissão lhe permite, na sua avaliação, utilizar o método de determinação de preços de transferência que considera adequado, cabendo-lhe, no entanto, justificar a sua escolha metodológica.¹³²

¹³¹ Cfr. pars. 128 e 129 do Acórdão.

Assim, quanto à existência de um princípio de plena concorrência no domínio da fiscalização dos auxílios de Estado e quanto ao respeito do princípio da autonomia fiscal dos Estados-Membros, o TGUE julgou improcedente os fundamentos «segundo os quais a Comissão cometeu um erro ao identificar um princípio de plena concorrência como critério de apreciação da existência de auxílio de Estado» (par. 172). Consequentemente o TGUE passou a apreciar a contestação do **raciocínio principal relativo à existência de uma vantagem fiscal a favor da SMBV**, considerando os seguintes tópicos:

- i. Quanto à escolha do MMLO no caso vertente e ao facto de não ter sido examinada a transação intragrupo para a qual o APPT foi efetivamente pedido.
- ii. Quanto à questão de saber se o valor das *royalties* pagas pela SMBV à Alki LP deveria ser igual a zero.
- iii. Quanto à determinação anual dos custos dos grãos de café verde.

Veamos a apreciação feita pelo Tribunal relativamente a cada um destes tópicos.

- i. Quanto à escolha do MMLO no caso vertente e ao facto de não ter sido examinada a transação intragrupo para a qual o APPT foi efetivamente pedido:

O TGUE considera que a simples verificação de um erro metodológico não basta, por si só, para demonstrar que o APPT confere uma vantagem à SMBV. Assim, o simples facto, alegado pela Comissão, das *royalties* pagas à Alki LP não terem sido identificadas, pelas entidades envolvidas no APPT, como sendo a transação para a qual era efetivamente fixado um preço de transferência, e consequentemente não ter sido analisada se era conforme ao PPC, não é argumento suficiente para demonstrar uma eventual desconformidade com este princípio e concomitantemente para demonstrar que o APPT tinha conferido uma vantagem à SMBV. Adicionalmente, considerando que o MMLO foi utilizado no APPT para determinar a remuneração da SMBV pelas atividades de produção e distribuição, que o APPT aceitou implicitamente que os *royalties* fossem determinados como sendo, em substância, a diferença entre os lucros de exploração realizados no âmbito da atividade de produção e distribuição e a margem operacional acordada, e a Comissão

¹³² Neste contexto das justificações das escolhas metodológicas, parece-nos relevante a referência efetuada pelo TGUE à importância das Orientações da OCDE. Refere o Tribunal que «[e]mbora a Comissão tenha referido, com razão, que não pode estar formalmente vinculada pelas Orientações da OCDE, não é menos verdade que estas orientações se baseiam em trabalhos realizados por grupos de peritos, refletem o consenso alcançado à escala internacional relativamente aos preços de transferência e revestem, deste modo, uma importância prática indubitável na interpretação das questões relativas aos preços de transferência» (par.155).

não invoca nenhum elemento que permita concluir, sem que seja efetuada uma comparação com o resultado que teria sido obtido com a aplicação do MPCM, que a escolha do MMLO conduz, necessariamente, a um resultado demasiado baixo, o TGUE julga procedente a alegação das partes recorrentes de que a Comissão considerou erradamente que a mera escolha do MMLO no caso controvertido conferia uma vantagem à SMBV.

ii. Quanto à questão de saber se o valor das *royalties* pagas pela SMBV à Alki LP deveria ser igual a zero:

O TGUE conclui que a Comissão não demonstrou que o valor dos *royalties* deveria ser igual a zero. Para alcançar tal conclusão, o TGUE começa por aduzir que a Comissão sustenta a sua posição na premissa, errada, de que a propriedade intelectual pela qual são pagos *royalties* pela SMBV não tem valor para esta entidade.¹³³ Para o TGUE, «o pagamento dos *royalties* pela SMBV pela utilização da propriedade intelectual não é desprovido de racionalidade económica [sendo] a propriedade intelectual [...] efetivamente necessária para o exercício da atividade económica da SMBV» (par. 262).

Quanto às perdas registadas a partir de 2010 na atividade de torrefação, o TGUE, considerando que «a Comissão não pode acusar o Estado-Membro em causa de não ter tido em consideração elementos que eram desconhecidos ou que não eram razoavelmente previsíveis no momento da adoção do acordo em questão» (par. 246), refere que a Comissão «não demonstrou que tinha o direito de basear-se no facto de, desde 2010, a SMBV ter sofrido perdas[...]» (par. 271).

Quanto à avaliação dos comparáveis internos considerados pela Comissão na sua decisão, o TGUE procede à exclusão da generalidade dos comparáveis utilizados considerando que uns respeitam a contratos celebrados posteriormente ao APPT, e outros, atentos os fatores de comparabilidade, não são considerados comparáveis, seja por respeitarem a contratos celebrados com empresas com diferentes funções, seja pelos produtos a que respeitam os contratos não serem café torrado. Adicionalmente, conclui o TGUE que um dos contratos tomado como comparável interno prevê o pagamento de *royalties* pela utilização da propriedade intelectual em matéria de torrefação. Assim, para o TGUE, a Comissão não

¹³³ Com efeito, refere o TGUE, «em primeiro lugar, é pacífico entre as partes que a propriedade intelectual em matéria de torrefação era, em princípio, suscetível de representar um valor económico. Em segundo lugar, é também ponto assente entre as partes que a SMBV é um torrefator que era obrigado a utilizar a propriedade intelectual em matéria de torrefação para torrar o seu café. Em terceiro lugar, a Comissão sustenta que as lojas Starbucks, coligadas ou independentes são obrigadas a comprar café torrado à SMBV e que, por conseguinte, a SMBV também é o vendedor do café torrado» (par. 259).

logrou demonstrar que a aplicação do MPCM, baseado em comparáveis internos, teria levado à conclusão de que o valor dos royalties deveria ter sido igual a zero.

No que respeita à avaliação dos comparáveis externos considerados pela Comissão, atenta a falta de comparabilidade ou a previsão de eventual pagamento de *royalties* no domínio da torrefação, o TGUE concluiu que a «Comissão não demonstrou, da forma exigida pela jurisprudência [...] que o valor dos *royalties* deveria ter sido igual a zero» (par. 359).

iii. Quanto à determinação anual dos custos dos grãos de café verde:

Relativamente a esta questão, o TGUE começa por referir que embora Comissão não estivesse impedida de «definir a medida controvertida de forma mais ampla, de modo que os avisos de liquidação anuais referentes à SMBV fossem abrangidos pela mesma» (par. 389), limitou o alcance da medida controvertida apenas ao APPT. Este, não determinou o lucro tributável da SMBV com base nos custos dos grãos de café verde e também não tratou da questão da determinação anual dos custos dos grãos de café verde. Assim, não poderia a Comissão solicitar a «recuperação da diferença entre o montante efetivamente pago a título de imposto sobre as sociedades e o montante que teria sido devido se o lucro contabilístico da SMBV resultante dos custos dos grãos de café verde [...] tivesse sido determinado a um nível mais elevado» (par. 391). Adicionalmente, refere o TGUE, por um lado, a Comissão não justificou a utilização de informação (margem de lucro da SCTC mais elevada a partir de 2011) reportada a períodos subsequentes ao da celebração do APPT, e, por outro lado, tomou como comparáveis operações realizadas entre entidades relacionadas (margem de lucro obtida pela SCTC nos anos anteriores a 2011), o que constitui uma desconformidade face ao corolário do PPC.

No que respeita aos argumentos adicionais aduzidos pela Comissão na sua decisão, também estes foram derrotados pelo TGUE.

Relativamente ao argumento da Comissão de que a SMBV não é a entidade menos complexa e que tal pressuposto conduziu a uma errada aplicação da metodologia de determinação dos preços de transferência, o TGUE refere, por um lado, que a simples constatação da inobservância das prescrições metodológicas em matéria de determinação dos preços de transferência não basta para demonstrar a existência de auxílio de Estado e a Comissão na sua decisão não apresentou nenhum elemento que permita demonstrar a existência de erro na identificação da entidade a testar, e por outro lado, resulta das Orientações da OCDE que a entidade a testar deve ser aquela relativamente à qual existem

disponíveis maior número de dados fiáveis, não tendo a Comissão demonstrado que estivessem disponíveis dados mais fiáveis para aplicar o MMLO à Alki LP.

Relativamente ao argumento de que a função principal da SMBV era a revenda e consequentemente o indicador de lucro relevante seriam as vendas, o TGUE conclui pela falta de prova e demonstração pela Comissão da interligação das operações que permitam uma avaliação conjunta da globalidade das transações vinculadas realizadas pela SMBV e dos efeitos de que, ainda que erradamente se admitisse que a função principal da SMBV seja a revenda de produtos não relacionados com café, o indicador de lucro baseado nos custos não conduz à obtenção de um resultado de plena concorrência; e pela falta de fiabilidade e existência de erros na análise de comparabilidade efetuada pela Comissão tendo em vista a aplicação de um indicador de lucro sobre as vendas. Adicionalmente, relativamente aos ajustamentos de capital de exploração e da exclusão de custos da base considerados inapropriados pela Comissão, o TGUE vem uma vez mais concluir que esta última não demonstrou que tais ajustamentos tenham tido por efeito baixar o nível de lucros da SMBV e que, por conseguinte, lhe sido conferido uma vantagem.

Face a tudo o exposto, o TGUE conclui pela anulação integral da decisão impugnada.

3.2.5 NOTAS FINAIS SOBRE O CASO STARBUCKS

O caso Starbucks tem subjacente um APPT¹³⁴ em que se prevê que a SMBV, sociedade neerlandesa, seja remunerada, pelas funções desempenhadas, considerando uma margem de lucro de 9% a 12% sobre os custos considerados relevantes, no caso, custos operativos. Os lucros remanescentes são atribuídos a uma sociedade registada no Reino Unido que detém os direitos da propriedade intelectual designadamente, no que ao caso releva, os relacionados com o café, incluindo-se as curvas de marca e a fórmula de misturas de café. Esta sociedade no Reino Unido é considerada uma entidade transparente pelo que os seus lucros não serão aí tributados.

Este APPT vem assim estabelecer os lucros alocados e sujeitos a tributação nos Países Baixos, ficando uma vez mais evidenciada a utilização do regime dos preços de transferência como instrumento utilizado pelos grupos multinacionais na alocação dos

¹³⁴ Para o TGUE, a Comissão identificou o APPT como medida fiscal que confere uma vantagem seletiva ao beneficiário, podendo as conclusões do tribunal ter sido distintas caso a Comissão tivesse considerado a medida controvertida de forma mais ampla de modo a abranger os avisos de liquidação anual de imposto referentes à SMBV.

lucros gerados no grupo a diferentes jurisdições e diferentes regimes de tributação, conseguindo evitar, ou pelo menos diferir, a tributação de parte dos seus lucros.

A Comissão, cuja análise concomitante dos critérios da vantagem e da seletividade o TGUE considerou válida, concluiu que o APPT confere uma vantagem seletiva à SMBV através da redução da carga fiscal suportada nos Países Baixos quando comparado com outras entidades sujeitas a tributação no país que se encontram em situação jurídica e factual comparável, sejam elas entidades autónomas ou integradas em grupos, atento o objetivo do sistema de tributação das sociedades em vigor, que constitui o sistema de referência. Nota-se, também neste caso, a particular relevância do objetivo do sistema de tributação na determinação do sistema de referência.

Na aferição da derrogação ao sistema de referência a Comissão levou em consideração o princípio de plena concorrência, que não aquele que decorre do previsto no artigo 9.º do MOCDE, mas sim atento um princípio de igualdade de tratamento em matéria de tributação abrangido pela aplicação do artigo 107.º do TFUE. A utilização do PPC como instrumento a utilizar pela Comissão no âmbito do controlo dos auxílios de Estado, mereceu a aceitação do TGUE, acrescentado que as Orientações da OCDE são relevantes na interpretação das questões relativas a preços de transferência.

Como vimos, a Comissão sustentou a sua posição quer num conjunto de fragilidades, por omissão de análise no relatório de preços de transferência que suporta o APPT, quer em vários erros metodológicos, sejam ao nível da identificação das funções desempenhadas pela SMBV, seja na determinação da remuneração. No entanto, se quanto à utilização do PPC o TGUE acompanhou a Comissão, relativamente à sua aplicação tal não sucedeu. De um modo geral o TGUE acusa a Comissão de insuficiência de fundamentação, seja por falta de demonstração dos efeitos resultantes dos alegados erros metodológicos, na medida em que estes apenas serão relevantes se demonstrados os efeitos ao nível da conformidade ou não com o PPC, seja por falta de demonstração de que as *royalties* pagas deveriam ter valor zero, seja até por as suas conclusões assentarem em pressupostos errados ou na utilização de comparáveis, internos e externos, inapropriados (por inexistirem aquando da celebração do acordo¹³⁵ ou por não estarem preenchidos os requisitos de comparabilidade

¹³⁵ Neste aspeto parece-nos que embora os comparáveis não pudessem ser utilizados aquando da celebração do APPT, poderiam ser utilizados na exploração da hipótese de que, caso a operação ocorresse entre entidades independentes, as condições praticadas poderiam ser sujeitas a revisão atenta a evolução do contexto relevante para o estabelecimento das condições.

inerentes à comparação entre as operações testadas e as operações utilizadas como comparável).

Esta decisão do TGUE, de que a Comissão recorreu para o TJUE, vem evidenciar a complexidade subjacente à matéria dos preços de transferência, em que pese a aparente, e clara existência de transferência de lucros entre entidades de diferentes jurisdições, a demonstração e a construção de uma fundamentação capaz de convencer os tribunais revela-se um trabalho de elevada dificuldade, sendo evidente a necessidade de dotar as instituições que lidam com esta matéria de adequados recursos humanos, seja em número seja em competências técnicas.

Pese o insucesso da Comissão, parece-nos relevante destacar o trabalho desenvolvido por esta tendo em vista a obtenção de informação junto de diversas entidades e jurisdições, seja no âmbito da análise funcional, seja no âmbito da pesquisa de comparáveis. A informação dispersa por várias jurisdições revela-se fundamental na apreciação das condições praticadas em operações vinculadas realizadas no seio de um grupo multinacional.

3.3 CASO *EXCESS PROFIT SCHEME*

O caso *Excess Profit Scheme* versa sobre um conjunto de decisões fiscais antecipadas emitidas pela administração fiscal belga a favor de várias entidades que integram grupos multinacionais.

Em 19 de dezembro de 2013, a Comissão Europeia solicitou à Bélgica que lhe fornecesse informações sobre o «sistema de decisões fiscais antecipadas relativas aos lucros excedentários» («isenção em matéria de lucros excedentários»), que se baseia na alínea b) do n.º 2 do artigo 185.º do LIR. A Comissão solicitou igualmente uma lista das decisões antecipadas relativas à aplicação do regime de isenção em matéria de lucros excedentários.

Em 3 de fevereiro de 2015, a Comissão informou a Bélgica da sua decisão de dar início ao procedimento formal de investigação.

3.3.1 DESCRIÇÃO DOS FACTOS

A Comissão identificou que, desde 2004, foram emitidas 66 decisões fiscais antecipadas que beneficiaram 55 empresas pertencentes a grupos multinacionais. No âmbito do procedimento de investigação, a Comissão procedeu ao exame de uma amostra de 22 decisões antecipadas. Da análise efetuada a Comissão verificou que embora os factos, os

montantes envolvidos e as transações sejam diferentes de um caso para outro, todos eles dizem respeito a multinacionais que aumentaram as suas atividades na Bélgica e que solicitaram e obtiveram autorização para que parte dos seus lucros efetivamente registados na Bélgica, mas alegadamente atribuíveis a sinergias, economias de escala ou outros fatores relacionados com sua pertença a um grupo, sejam deduzidos da base tributável do imposto sobre as sociedades. A partir da amostra a Comissão observou que não foi aplicado o regime a empresas de pequena dimensão.

3.3.2 DESCRIÇÃO DA MEDIDA

As decisões fiscais antecipadas controvertidas têm por referência o n.º 2 do artigo 185.º do LIR¹³⁶, aditado em junho de 2004 com o objetivo de adotar o Princípio de Plena de Concorrência para efeitos de determinação dos preços de transferência praticados nas operações internacionais entre as entidades associadas de um grupo multinacional.

Para efeitos de aplicação do n.º 2 do artigo 185.º do LIR, em 4 de julho de 2006, foi publicada uma circular com orientações tanto para os ajustamentos positivos, como para os ajustamentos negativos.¹³⁷ A circular faz referência à intervenção obrigatória do Serviço das Decisões Fiscais Antecipadas relativamente aos ajustamentos negativos e à autonomia de que este dispõe para definir as condições caso a caso, o que deverá contribuir para uma eficácia e uma certeza acrescidas para os contribuintes e melhorar o clima de investimento na Bélgica¹³⁸.

¹³⁶ Dispõe o referido n.º 2 que:

[...] para duas sociedades que fazem parte de um grupo multinacional de sociedades associadas e no que se refere às suas relações transfronteiriças recíprocas:

a) quando as duas sociedades, nas suas relações comerciais ou financeiras, estiverem ligadas por condições acordadas ou impostas diferentes das que seriam acordadas entre sociedades independentes, os lucros que, sem essas condições, teriam sido realizados por uma das sociedades mas não o puderam ser por causa dessas condições, podem ser incluídos nos lucros dessa sociedade;

b) quando nos lucros de uma sociedade forem incluídos lucros que são igualmente incluídos nos lucros de uma outra sociedade, e que os lucros assim incluídos teriam sido realizados por essa outra sociedade se as condições acordadas entre ambas as sociedades fossem as mesmas que sociedades independentes acordariam entre si, os lucros da primeira sociedade são ajustados de forma correspondente.

O primeiro parágrafo aplica-se por decisão antecipada sem prejuízo da aplicação da Convenção relativa à eliminação da dupla tributação.

¹³⁷ Circular n.º 41.RH.421/569.019 (AOIF 25/2006) de 4 de julho de 2007.

¹³⁸ Da análise das decisões fiscais antecipadas, por amostra, efetuada pela Comissão, verificou-se que as mesmas tinham subjacente à concessão do benefício (na prática a isenção de tributação de 50% a 90% do lucro da entidade belga) a (re)localização de atividades do grupo multinacional na Bélgica.

Tendo em vista um melhor enquadramento deste regime, importa ter presente as respostas do Ministro das Finanças belga no seu Parlamento:¹³⁹

- o lucro efetivamente registado por uma entidade belga de um grupo que excedesse um lucro de plena concorrência não devia ser tributado na Bélgica e não cabia às autoridades fiscais belgas determinar que outras entidades estrangeiras de um grupo devem incluir esses lucros excedentários na sua base tributável (2005);
- até à data [2007] apenas tinham sido recebidos pedidos de ajustamento negativo. Além disso, (...) não incumbia à Bélgica especificar o país ao qual deveriam ser imputados os lucros excedentários, sendo, portanto, impossível determinar o país com o qual se deveria proceder a um intercâmbio de informações sobre um ajustamento negativo belga;
- nas decisões antecipadas relativas à isenção em matéria de lucros excedentários, o Serviço das Decisões Fiscais Antecipadas limitava-se a aplicar o PPC.

Adicionalmente, de acordo com as autoridades belgas, o montante de lucros excedentários isento ao abrigo do regime de isenção é determinado através de uma abordagem em duas etapas:

- Em primeiro lugar,
os preços de plena concorrência aplicados às transações concluídas entre a entidade belga de um grupo e as sociedades às quais se encontra associada são fixados com base num relatório em matéria de preços de transferência apresentado pelo contribuinte. Sendo a entidade belga de um grupo considerada o «empresário principal» no âmbito dessa relação, é a ela que é imputado o lucro residual resultante dessas transações.
- Em segundo lugar,
o lucro residual não deve ser considerado como o lucro de plena concorrência da entidade belga de um grupo, uma vez que pode exceder o lucro que uma empresa autónoma comparável teria realizado em circunstâncias comparáveis àquelas em que a entidade opera sem fazer parte de um grupo multinacional. Por conseguinte, esses «lucros excedentários» são estabelecidos com base num segundo relatório apresentado

¹³⁹ Vide pars. 39 a 42 da Decisão.

pelo contribuinte no âmbito do pedido de decisão antecipada que apresentou ao abrigo do regime em causa e estão isentos de imposto.

3.3.3 DECISÃO DA COMISSÃO

Na apreciação da medida, no âmbito do procedimento de investigação formal, numa primeira fase a Comissão avalia a existência de um regime, para depois proceder à aferição sobre o enquadramento enquanto auxílio estatal na aceção do artigo 107.º do TFUE, e concluir sobre a compatibilidade e legalidade do mesmo e respetivos efeitos.

A Comissão considera que a **medida em causa constitui um regime de auxílios**, na aceção do artigo 1.º, alínea d), do Regulamento (UE) 2015/1589 do Conselho, de 13 de julho, uma vez que estão preenchidos os pressupostos para tal, ou seja, trata-se de uma disposição com base na qual podem ser concedidos auxílios, o regime não necessita de outras medidas de execução e o regime define os potenciais beneficiários dos auxílios de forma geral e abstrata.

No que respeita ao primeiro critério - trata-se de uma disposição com base na qual podem ser concedidos auxílios - a Comissão conclui¹⁴⁰ que a isenção em matéria de lucros excedentários é concedida com base na alínea b) do n.º 2 do artigo 185.º do LIR, que autoriza os ajustamentos negativos dos preços de transferência incluídos na base tributável dos contribuintes quando estejam reunidas certas condições. No entanto, tendo por base não só as normas legais e regulamentares, mas também as respostas dadas pelo Ministro das Finanças às perguntas parlamentares, a isenção em matéria de lucros excedentários vai além do previsto na referida disposição e é alargada aos lucros que não tenham sido também incluídos no lucro de uma empresa associada que faz parte do mesmo grupo noutra território fiscal. A ausência de qualquer obrigação de provar que os mesmos lucros são incluídos na base tributável das duas empresas associadas (uma no estrangeiro e outra na Bélgica) é um elemento importante para distinguir as decisões antecipadas que concedem a isenção em matéria de lucros excedentários das outras decisões antecipadas que autorizam um ajustamento negativo dos preços de transferência, nos termos da norma suprarreferida. Estamos assim perante uma prática administrativa constante que promove a aplicação *contra legem* sistemática de uma disposição fiscal.

¹⁴⁰ Cfr. pars. 97 a 99 da Decisão.

Relativamente ao segundo critério – o regime não necessita de outras medidas de execução – a Comissão considera¹⁴¹ que a isenção em matéria de lucros excedentários é concedida sem que sejam necessárias outras medidas de execução, na aceção da alínea d) do artigo 1.º do Regulamento 2015/1589, pois a obrigação de obter uma decisão antecipada individual para poder beneficiar da isenção em matéria de lucros excedentários não constitui uma medida de execução, mas uma modalidade técnica de aplicação do regime que serve para confirmar o cumprimento das condições definidas pelo regime e verificar o método escolhido pelo contribuinte para determinar o montante dos lucros alegadamente excedentários a isentar.

No que respeita ao terceiro critério - o regime define os potenciais beneficiários dos auxílios de forma geral e abstrata - a Comissão considera¹⁴² que a aplicação da alínea b) do n.º 2 do artigo 185.º do CIR, que constitui a base legal das decisões antecipadas exigidas para poder beneficiar da isenção, é limitada às entidades que fazem parte de «um grupo multinacional de sociedades associadas».

Assim, concluindo pela existência de um regime de auxílios, é neste pressuposto que a Comissão procede à sua avaliação nos termos do regime dos auxílios Estado previsto no artigo 107.º do TFUE. Na sua avaliação, a Comissão conclui que estão preenchidos os vários requisitos para o efeito.

A Comissão tendo em vista aferir da existência de uma vantagem seletiva utiliza a análise em três etapas para determinar se a medida fiscal controvertida é seletiva.

Relativamente ao sistema de referência, a Comissão considerou que o mesmo é o sistema de direito comum de tributação dos lucros das sociedades previsto pelo regime do imposto sobre o rendimento das sociedades na Bélgica, cujo objetivo é a tributação dos lucros de todas as sociedades sujeitas a imposto naquele país¹⁴³. Para a Comissão (par. 120 da decisão),

[u]ma vez que o objetivo do regime em causa é ajustar o lucro tributável da sociedade para efeitos da cobrança do imposto sobre as sociedades na Bélgica em conformidade com o sistema do imposto sobre as sociedades em vigor neste país, esse sistema

¹⁴¹ Cfr. pars. 100 a 108 da Decisão.

¹⁴² Cfr. par. 109 da Decisão.

¹⁴³ Considerando a aplicação do princípio da universalidade às sociedades residentes e a aplicação do princípio da territorialidade às sociedades não residentes, conclui a Comissão que de um modo geral, todas as empresas que geram rendimentos na Bélgica são consideradas como estando numa situação jurídica e factual semelhante do ponto de vista da tributação das empresas.

constitui o sistema de referência relativamente ao qual o regime deve ser analisado para determinar se foi conferida uma vantagem seletiva aos beneficiários.

A Comissão¹⁴⁴, ao contrário da Bélgica¹⁴⁵, considera que a isenção em matéria de lucros excedentários não faz parte integrante do sistema de referência, uma vez que:

- Não é prescrita por nenhuma disposição do LIR, referindo que a alínea b) do n.º 2 do artigo 185.º do LIR com base na qual a isenção é efetivamente concedida, apenas abrange os ajustamentos correlativos em resultado de um ajustamento primário noutra jurisdição, não autorizando nem prescrevendo uma isenção unilateral abstrata de uma parte fixa ou de uma percentagem fixa do lucro efetivamente registado por uma entidade belga que faz parte de um grupo multinacional.
- Embora os ajustamentos ao lucro efetivamente registados e acessíveis a todos os contribuintes sejam de natureza geral e, portanto, não seletivos na aceção do n.º 1 do artigo 107.º do TFUE, a isenção em matéria de lucros excedentários faz uma distinção entre esses contribuintes, dado que só as entidades belgas que fazem parte de um grupo multinacional de dimensão suficiente e com operações recentemente estabelecidas na Bélgica podem beneficiar do regime em causa.
- O regime em causa diz exclusivamente respeito ao lucro tributável das sociedades belgas de um grupo, pelo que qualquer redução das receitas fiscais se baseia individualmente nos resultados dessas sociedades. Embora seja verdade que a legislação fiscal belga prevê disposições especiais aplicáveis aos grupos, estas visam geralmente colocar em pé de igualdade as empresas não integradas e as entidades económicas estruturadas sob a forma de grupos, mas não conceder um tratamento mais favorável a estes últimos.
- Se a Comissão aceitasse o argumento da Bélgica sobre este ponto, tal significaria que um Estado-Membro poderia subtrair-se à aplicação das regras da União em matéria de auxílios estatais, introduzindo simplesmente uma isenção no seu código fiscal.

¹⁴⁴ Cfr. pars. 125 a 128 da Decisão.

¹⁴⁵ Alega que todos os ajustamentos ao lucro efetivamente contabilizado, incluindo a isenção em matéria de lucros excedentários, fazem parte integrante de sistema de referência.

No âmbito da aferição da existência de derrogação ao sistema, a Comissão considera que a isenção controvertida confere uma vantagem seletiva aos beneficiários do regime, sustentando tal em duas premissas:

- i. o regime em causa confere uma vantagem seletiva aos seus beneficiários em derrogação ao sistema comum do imposto sobre sociedades na Bélgica;
- ii. o regime em causa confere uma vantagem seletiva ao desviar-se do PPC.

Relativamente ao facto de o regime conferir uma vantagem seletiva aos seus beneficiários em derrogação ao sistema comum do imposto sobre as sociedades na Bélgica a Comissão considera que,

[d]ado que o regime em causa só permite às entidades belgas que fazem parte de um grupo multinacional suficientemente grande que crie novas atividades na Bélgica reduzir a sua matéria coletável, deduzindo do seu lucro efetivamente registado o lucro dito «excedentário», esse regime deve ser considerado como conferindo uma vantagem seletiva a essas entidades para efeitos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE. Com efeito, ao reduzir o montante do imposto normalmente devido ao abrigo do sistema comum de tributação dos lucros das empresas, a isenção em matéria de lucros excedentários alivia o orçamento dessas entidades belgas de um encargo que, de outro modo, deveriam suportar, conferindo-lhes assim uma vantagem seletiva.

Acresce a tal que a Comissão¹⁴⁶

não considera, como afirma a Bélgica, que a vantagem seletiva esteja associada à ausência de tributação no estrangeiro dos lucros isentos na Bélgica, dado ser a Bélgica que reduz unilateralmente a base tributável da entidade de grupo belga que beneficia do regime em causa, independentemente da tributação efetiva ou alegada dos mesmos lucros por outro Estado-Membro.

Adicionalmente, a Comissão considera que a isenção em matéria de lucros excedentários constitui uma derrogação ao sistema de referência também pelo facto de tanto a isenção como o método utilizado para determinar o lucro excedentário para efeitos da aplicação do regime controvertido violar o PPC que faz parte desse sistema de referência. No entanto,

[o] princípio de plena concorrência que a Comissão aplica para efeitos de apreciação dos auxílios estatais não é o que decorre do artigo 9.º do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE e dos Princípios da OCDE aplicáveis em matéria de preços de transferência,

¹⁴⁶ Cfr. par. 143 da Decisão.

que constituem instrumentos não vinculativos, mas um princípio geral de igualdade de tratamento em matéria de tributação que se enquadra no âmbito de aplicação do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE e que vincula os Estados-Membros e abrange as regras fiscais nacionais.¹⁴⁷

No caso em apreço, a Comissão considera que o método para determinar o lucro de plena concorrência ajustado durante a segunda etapa prevista pelo regime controvertido, desvia-se do PPC, o que implica a concessão de uma vantagem seletiva às entidades que beneficiam desse regime. Ora, a Comissão considera que após a aplicação da primeira etapa, em que na determinação dos preços de transferência praticados entre a entidade belga, considerada o *entrepreneur*, e as entidades relacionadas situadas nas outras jurisdições, foi aplicado o método da margem líquida da operação, testando a rentabilidade obtida por estas entidades por serem consideradas as entidades que desenvolvem funções menos complexas, é desconforme ao PPC voltar a aplicar, numa segunda etapa, o método da margem líquida da operação, agora à entidade belga considerando que desempenha, também ela funções pouco complexas. Adicionalmente, argumenta a Comissão, ao contrário do que refere a Bélgica, «o princípio de plena concorrência não apoia um ajustamento geral negativo do lucro resultante de sinergias ou de economias de escala», sendo que o lucro qualificado como lucro excedentário, «mesmo que decorrente (em parte) de sinergias e economias de escala, não deve ser reafectado, mas tributado no país onde é gerado».

Assim conclui a Comissão¹⁴⁸ que «o método de determinação dos lucros tributáveis das entidades belgas do grupo ao abrigo deste regime se desvia de um método conducente a uma estimativa fiável de um resultado baseado no mercado e, portanto, do princípio de plena concorrência».

Esta derrogação ao PPC provoca uma redução do imposto a pagar pelos beneficiários, constituindo uma vantagem seletiva face às entidades autónomas, aos grupos nacionais belgas e aos grupos multinacionais que não tendo alterado o seu modelo empresarial, não podem pedir uma decisão antecipada tendo em vista beneficiar do regime.

Relativamente à **justificação da derrogação**, a Comissão «considera que a isenção em matéria de lucros excedentários não pode ser considerada como diretamente decorrente dos

¹⁴⁷ Cfr. par. 150 da Decisão.

¹⁴⁸ Cfr. par. 169 da Decisão.

princípios fundadores ou diretores intrínsecos do sistema de referência ou como resultante de mecanismos inerentes necessários para o funcionamento e a eficácia do sistema»¹⁴⁹.

A sustentar a sua posição a Comissão refere nomeadamente que:

- o regime controvertido não se justifica pela necessidade de evitar uma potencial dupla tributação, uma vez que é aplicado em situações em que os lucros isentos não foram registados nem incluídos na base tributável de uma entidade associada estrangeira do grupo noutra território fiscal;
- a aplicação do princípio de plena concorrência não justifica o ajustamento negativo unilateral da base tributável, a menos que se trate de um ajustamento correlativo aplicado na sequência de um ajustamento primário efetuado por outra jurisdição fiscal, ou seja, de forma simétrica.

Assim, a Comissão concluiu pela existência de uma vantagem seletiva, e estando preenchidos os requisitos previstos no artigo 107.º do TFUE, o regime controvertido foi considerado um auxílio «[...] que é incompatível com o mercado interno e foi ilegalmente concedido pela Bélgica em violação do artigo 108.º, n.º 3, do TFUE», devendo a Bélgica recuperar o auxílio incompatível e ilegal junto dos beneficiários do mesmo, e pôr termo ao auxílio, recusando todos os pedidos de decisão antecipada apresentados.

Desta decisão da Comissão foi interposto recurso, quer pelo Reino da Bélgica, em 22 de março de 2016 (processo T-131/16), quer pela Magnetol International, beneficiária de uma das decisões fiscais antecipadas emitidas pela administração fiscal belga, em 25 de maio de 2016 (processo T-263/16), pedindo a anulação da mesma.

3.3.4 DA APRECIÇÃO PELO TRIBUNAL

Na sequência dos recursos, que foram apensos, veio a ser proferido, em 14 de fevereiro de 2019, o Acórdão do Tribunal Geral.

O TGUE sintetizou os fundamentos apresentados pelo Reino da Bélgica e a pela Magnetol International da seguinte forma:

- ingerência da Comissão, excedendo as suas competências em matéria de auxílios de Estado, nas competências exclusivas do Reino da Bélgica em matéria de fiscalidade

¹⁴⁹ Cfr. par. 181 da Decisão.

direta, violando o previsto no n.º 6 do artigo 2.º do TFUE e nos n.ºs 1 e 2 do artigo 5.º do TUE;

- inexistente um regime de auxílios, na aceção da alínea d) do artigo 1.º do Regulamento n.º 2015/1589, nomeadamente em virtude da identificação incorreta dos atos nos quais se baseia o regime e da consideração errada de que o regime de auxílios não requer medidas de execução adicionais;
- as decisões antecipadas relativas a lucros excedentários foram erradamente consideradas como auxílios de Estado, tendo em conta, nomeadamente a falta de vantagem e a falta de seletividade;
- há violação, nomeadamente dos princípios da legalidade e da proteção da confiança legítima, na medida em que a recuperação dos alegados auxílios foi erradamente ordenada, incluindo junto dos grupos a que pertencem os beneficiários dos referidos auxílios.

Quanto à alegada **ingerência da Comissão nas competências exclusivas** do Reino da Bélgica em matéria de fiscalidade direta, o TJUE considera que embora a competência no âmbito da fiscalidade direta seja de cada Estado-Membro, não significa que estes nesse exercício não respeitem o direito da União, ou seja as suas intervenções não estão excluídas da regulamentação relativa à fiscalização dos auxílios de Estado, sendo que a Comissão é competente para garantir o respeito do artigo 107.º do TFUE, podendo qualificar uma medida fiscal de auxílio de Estado, desde que estejam reunidas as condições para essa qualificação. Assim, a Comissão não excedeu as suas competências quando analisou se as medidas em causa constituíam auxílios de Estado.¹⁵⁰ Refere ainda o Tribunal que esta conclusão não se altera com o alegado pelo Reino da Bélgica de que os lucros tributários excedentários não deviam ser tributados na Bélgica. Adicionalmente, relativamente ao alegado pelo Reino da Bélgica de que pode adotar medidas adequadas para evitar a dupla tributação, refere o Tribunal que tal não se aplica às medidas controvertidas, uma vez que a sua aplicação não estava sujeita à condição de se provar que os lucros excedentários tinham sido incluídos nos lucros de outra sociedade, nem que aí tinham sido efetivamente sujeitos a tributação.¹⁵¹ No mesmo sentido se pronunciou o TJUE

¹⁵⁰ Cfr. par. 57 do Acórdão.

¹⁵¹ Em nossa opinião, esta não inclusão e conseqüente não dupla tributação noutro país, resulta da aplicação dos métodos de preços de transferência na 1ª etapa da abordagem prevista nas decisões fiscais analisadas pela Comissão.

em Acórdão, de 16 de setembro de 2021, proferido no âmbito do recurso da decisão do TGUE¹⁵².

No que respeita à **existência de um regime de auxílios, na aceção da alínea d) do artigo 1.º do Regulamento n.º 2015/1589**, o TGUE, na falta de identificação de um ato jurídico que institua o regime de auxílios, desenvolve a sua análise circunstancial atendendo:

- i. aos elementos essenciais do regime de auxílios em causa;
- ii. ao poder discricionário das autoridades fiscais belgas;
- iii. à definição dos beneficiários; e
- iv. à existência de uma abordagem sistemática.

No que respeita aos elementos essenciais do regime de auxílios em causa, o TGUE na avaliação por si efetuada, valorou o facto de a Comissão ter indicado que os elementos essenciais dos alegados auxílios tinham sido apurados a partir do exame de uma amostra de decisões antecipadas, ou seja não decorriam dos atos em que a Comissão defendia que o regime se baseava, mas nas próprias decisões antecipadas, ou antes, de uma amostra das mesmas. Acrescenta o Tribunal que «nem o método de cálculo dos lucros excedentários (...) nem o requisito de investimentos, da criação de emprego, da centralização ou do aumento de atividades na Bélgica resultam (...) dos atos que a Comissão considerou serem a base do regime em causa»¹⁵³. De facto, todos estes elementos constitutivos do regime não decorrem dos atos em que se fundamenta o regime em causa, mas das próprias decisões antecipadas, cuja emissão tem subjacente uma análise caso a caso e portanto, conclui o Tribunal, o regime não pode ser aplicado na falta de outras medidas de execução.

Relativamente ao alegado poder discricionário das autoridades fiscais belgas, o TGUE começa por referir que o «facto de ser necessário apresentar um pedido de autorização prévia junto das autoridades fiscais competentes para beneficiar de um auxílio não implica que essas autoridades disponham de um poder discricionário, quando se limitam a verificar se o requerente cumpre os critérios exigidos para beneficiar do auxílio em questão»¹⁵⁴.

Assim, importa avaliar se o Serviço das Decisões Fiscais Antecipadas (SDF) dispunha de um poder discricionário que lhe permitia influenciar o montante, os elementos essenciais e as condições em que a isenção em matéria de lucros excedentários era concedida.

¹⁵² Cfr. pars. 161 a 167 do Acórdão do TJUE.

¹⁵³ Cfr. par. 94 do Acórdão.

¹⁵⁴ Cfr. par. 100 do Acórdão.

Neste quadro, o TGUE considera que o ajustamento correlativo deve ser feito caso a caso com base nos elementos disponíveis, procedendo os S DFA a uma apreciação qualitativa e quantitativa de cada pedido, que vai para além da mera execução técnica do quadro regulamentar aplicável, pelo que gozam de um poder discricionário real, designadamente quando decidem negar a concessão de um ajustamento negativo. Acrescenta o TGUE que, podendo a Administração Fiscal belga tomar decisões quanto a ajustamentos negativos, em resultado de um ajustamento primário noutra jurisdição ou na ausência deste ajustamento,¹⁵⁵ não pode sustentar-se razoavelmente que o papel da Administração Fiscal se limita a uma execução técnica do regime em causa.

Adicionalmente, de acordo com o Tribunal, os parâmetros relativos ao cálculo dos lucros excedentários e as indicações necessárias para a tomada em consideração, no momento da adoção das decisões antecipadas, das sinergias, dos investimentos, da centralização das atividades e da criação de emprego na Bélgica não estão previstos nos atos que constituem, segundo a Comissão, o fundamento do regime contestado, tendo antes sido determinados pelo S DFA. Este serviço, goza ainda de um poder discricionário que exerce efetivamente quando defere, ou indefere os pedidos relativos aos lucros excedentários.

Assim, conclui o Tribunal que as autoridades fiscais belgas dispunham, no caso em apreço, de um poder discricionário quanto ao conjunto dos elementos essenciais do alegado regime de auxílios.

No que respeita à definição dos beneficiários, o TGUE considerando que os beneficiários não podem ser identificados apenas com base na disposição constante da alínea b) do n.º 2 do artigo 185.º do CIR, correspondendo a uma categoria bem mais específica do que a correspondente às sociedades integradas num grupo multinacional no âmbito das suas relações transfronteiriças recíprocas, refere que «não se pode concluir que os beneficiários do alegado regime de auxílios são definidos de forma geral e abstrata pelos atos que constituem a base do regime de auxílios identificado pela Comissão. Essa definição deve portanto, necessariamente, ser efetuada através de outras medidas de execução.»¹⁵⁶

Por fim, o TGUE, refere que a Comissão não conseguiu demonstrar que a abordagem sistemática que identificou satisfaz as exigências previstas na alínea d) do artigo 1.º do Regulamento n.º 2015/1589, ancorando tal conclusão nomeadamente no facto de:

¹⁵⁵ Para a Comissão o primeiro não tem subjacente a concessão de um auxílio.

¹⁵⁶ Cfr. par. 119 do Acórdão.

- a Comissão na sua decisão indicou a alínea b) do n.º 2 do artigo 185.º do CIR como base do alegado regime de auxílios, e não a abordagem sistemática;
- a alegada abordagem sistemática defendida no recurso pela Comissão resulta de uma amostra de decisões que examinou, não tendo demonstrado de forma juridicamente de forma bastante a existência dessa abordagem sistemática, pois não está fundamentado o critério de seleção dos exemplos utilizados e a representatividade da amostra no conjunto global das decisões antecipadas;
- as autoridades fiscais gozando do seu poder discricionário na apreciação de cada caso invalidam o carácter sistemático da alegada abordagem seguida pelas autoridades fiscais belgas.

Assim, conclui o TGUE que a Comissão considerou erradamente que o sistema belga relativo aos lucros excedentários em causa, tal como apresentado na decisão impugnada, constituía um regime de auxílios, pelo que não procedeu ao exame dos restantes fundamentos invocados pelas partes concluindo pela anulação da decisão no seu todo, na medida em que se baseia na consideração errada de que esse regime existe.

A Comissão, inconformada com a decisão do TGUE, recorreu para o TJUE. Este veio a decidir em 16 de setembro de 2021, tendo concluído pela anulação do Acórdão impugnado. Na sua decisão, o TJUE conclui que o TGUE errou ao declarar que a Comissão tinha erradamente considerado que o regime de isenção dos lucros excedentários constituía um regime de auxílios na aceção da alínea d) do artigo 1.º do Regulamento n.º 2015/1589.

Na perspetiva do TJUE, o erro do TGUE resulta desde logo deste, na interpretação do termo «ato», não ter considerado que embora «regra geral, este termo seja suscetível de designar os atos que constituem a base jurídica do regime de auxílios, não se pode excluir (...) que possa também, (...) remeter para uma prática constante das autoridades» que revelem a existência de uma abordagem sistemática, como sucede no caso sob análise em que se verifica uma prática administrativa constante de aplicação sistemática *contra legem* de uma disposição fiscal. Na sequência deste erro, o TGUE avaliou erradamente o preenchimento da segunda e terceira condição a considerar na definição de um regime de auxílios. Para o TJUE ambas as condições estão preenchidas. Por fim, no que respeita à quarta condição, e em linha com o preconizado nas conclusões da Advogada Geral de que as decisões analisadas pela Comissão por amostragem foram selecionadas de modo

ponderado e são suscetíveis de ser representativas de uma abordagem sistemática das autoridades fiscais belgas, concluiu o TJUE que o Tribunal Geral também decidiu erradamente.

Na sequência desta decisão do TJUE, o processo regressa ao TGUE para que este aprecie os restantes fundamentos apresentados pelos recorrentes, nomeadamente quanto à existência de uma vantagem e de seletividade.

3.3.5 NOTAS FINAIS SOBRE O CASO *EXCESS PROFIT SCHEME*

O caso *Excess Profit Scheme* versa sobre um conjunto de decisões fiscais antecipadas emitidas pelas autoridades fiscais belgas, a favor de várias entidades que integram grupos multinacionais, relativamente ao tratamento fiscal, leia-se exclusão de tributação, dos lucros obtidos pelas entidades belgas considerados excedentários (isenção de 50% a 90% do lucro da entidade belga). Assim, estes lucros do grupo multinacional, que são alocados à entidade belga, não são tributados na Bélgica, nem em qualquer outra jurisdição em que estejam localizadas outras entidades pertencentes ao grupo.

Estas decisões, que beneficiam essencialmente grandes grupos multinacionais, têm por referência o n.º 2 do artigo 185.º do LIR. De um modo geral podemos dizer que esta norma reflete o previsto no artigo 9.º da MOCDE, prevendo o mecanismo do ajustamento primário e do ajustamento correlativo, nas alíneas a) e b), respetivamente

Da leitura da alínea b) do n.º 2 do artigo 185.º do LIR parece-nos que resulta a estatuição do mecanismo do ajustamento correlativo, isto é, um ajustamento negativo, em resultado de um ajustamento primário, positivo, efetuado por uma administração fiscal de outra jurisdição por violação do princípio de plena concorrência numa operação vinculada entre uma entidade dessa jurisdição e uma entidade belga. No entanto, no âmbito das decisões fiscais antecipadas emitidas pelo SFDA¹⁵⁷ das autoridades fiscais belgas, o ajustamento negativo previsto nesta alínea b) vai para além do mecanismo do ajustamento correlativo internacionalmente consagrado. É este maior alcance de aplicação e a exclusão de tributação de parte dos lucros registados pela entidade belga destinatária da decisão que

¹⁵⁷ Criado com base na Lei que aditou o n.º 2 do artigo 185.º do CIR, em 21 de junho de 2004, pelo Decreto Real de 23 de agosto de 2004 no seio do Ministério das Finanças.

levou Comissão ao início do procedimento formal de investigação previsto no n.º 2 do artigo 108.º do TFUE¹⁵⁸.

Na opinião da Comissão estamos perante um regime de auxílios, distinguindo-se este caso dos restantes estudados, em que estávamos perante medidas individuais. No entanto, para o TGUE, a Comissão concluiu erradamente que se estaria perante um regime de auxílios de Estado, pelo que só poderemos eventualmente estar perante auxílios individuais. Ora conforme refere Santos (2003), enquanto relativamente a um regime de auxílios a Comissão pode analisar as suas características gerais e abstratas, sem que tenha de analisar cada caso de aplicação concreta do regime, nos auxílios individuais cada caso deve ser apreciado de modo individual e com autónomos procedimentos de investigação por parte da Comissão.¹⁵⁹

Na sequência do recurso da Comissão para o TJUE, este veio a decidir¹⁶⁰ que se estava perante um regime de auxílio de Estado tendo ordenado que o processo volte a baixar ao TGUE para que este possa decidir quanto aos restantes fundamentos apresentados pelas recorrentes.

De facto, o TGUE ao ter concluído pela inexistência de um regime não apreciou, no seu primeiro Acórdão, a decisão da Comissão quanto à existência de uma vantagem seletiva. Nesta decisão a Comissão, que seguiu a análise em 3 etapas, no âmbito da avaliação da derrogação ao sistema de referência, voltou a socorrer-se do PPC.

A abordagem seguida pelas autoridades belgas era composta por duas etapas. Numa primeira etapa, os preços de transferência entre a entidade belga, *entrepreneur*, e a contraparte relacionada residente noutra jurisdição era determinado testando a entidade considerada menos complexa, ou seja, a entidade não residente, ficando a entidade belga com o remanescente da remuneração. No entanto, numa segunda etapa, procede-se a um novo teste à entidade belga, considerando-o não merecedora do excesso de remuneração relativamente à que obteria caso se tratasse de uma entidade não pertencente a um grupo. É

¹⁵⁸ Também neste caso, o TGUE veio reconhecer que, sem prejuízo das competências de cada Estado-Membro no âmbito da fiscalidade direta, a Comissão é competente para garantir o respeito do artigo 107.º do TFUE.

¹⁵⁹ A Comissão, sem prejuízo do recurso da decisão do TGUE para o TJUE, em 16 de setembro de 2019, comunicou a decisão de abertura separada de procedimentos de investigação aprofundada a 39 decisões fiscais antecipadas emitidas pelas autoridades fiscais belgas (Disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_5578). Entretanto, na sequência da decisão do recurso pelo TJUE, estes procedimentos perdem a sua utilidade.

¹⁶⁰ Vide Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de setembro de 2021.

este excesso que se encontra isento de tributação. Embora o Reino da Bélgica defenda que tais excessos não devem ser atribuídos à entidade residente na Bélgica, por dizer antes respeito a sinergias, economias de escala ou outros fatores relacionados com a sua pertença a um grupo, parece-nos que essas sinergias devem estar refletidas nas entidades que compõe o grupo, ainda que não só na entidade belga. Tal repartição e imputação poderá ocorrer aquando da primeira etapa preconizada pelas autoridades belgas, nomeadamente através de um aumento na remuneração da entidade não residente contraparte¹⁶¹, via por exemplo no diferente posicionamento desta entidade no intervalo de plena concorrência identificado.¹⁶²

Para concluir relativamente a este caso, regista-se o facto de mais uma vez as decisões fiscais antecipadas versarem sobre a temática dos preços de transferência cujo utilização permite a diferente alocação de lucros, e neste caso com o acordo das autoridades fiscais à exclusão de tributação de parte desses lucros dos grupos multinacionais abrangidos pelas decisões.

3.4 CASO APPLE

O Caso Apple tem por base duas decisões fiscais emitidas pela administração fiscal irlandesa, a favor da Apple Sales International (adiante ASI) e da Apple Operations Europe (adiante AOE), em 29 de janeiro de 1991 e 23 de maio de 2007, sendo que a última sucedeu à primeira. A Comissão iniciou, em 12 de junho de 2013, um procedimento, com um pedido de informações pormenorizadas sobre as práticas nacionais irlandesas em matéria de decisões fiscais, em especial as concedidas a entidades do Grupo Apple, bem como a favor de outras entidades não residentes com estabelecimento estável na Irlanda que aí desenvolvam atividade semelhante. Relativamente às decisões fiscais controvertidas, que abrangem os períodos de 1991 a 2007 e de 2007 a 2014, e versam sobre os métodos de alocação dos lucros da ASI e da AOE às respetivas sucursais irlandesas, a Comissão deu início, em 11 de junho de 2014, ao procedimento formal de investigação.

¹⁶¹ É relevante para as autoridades fiscais da contraparte saber que a entidade residente no seu país integra grupo com decisão fiscal nos termos das discutidas no presente caso.

¹⁶² Quanto à posicionamento no intervalo de plena concorrência vide parágrafos 3.60 a 3.62 das Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência (OCDE, 2017, p. 165).

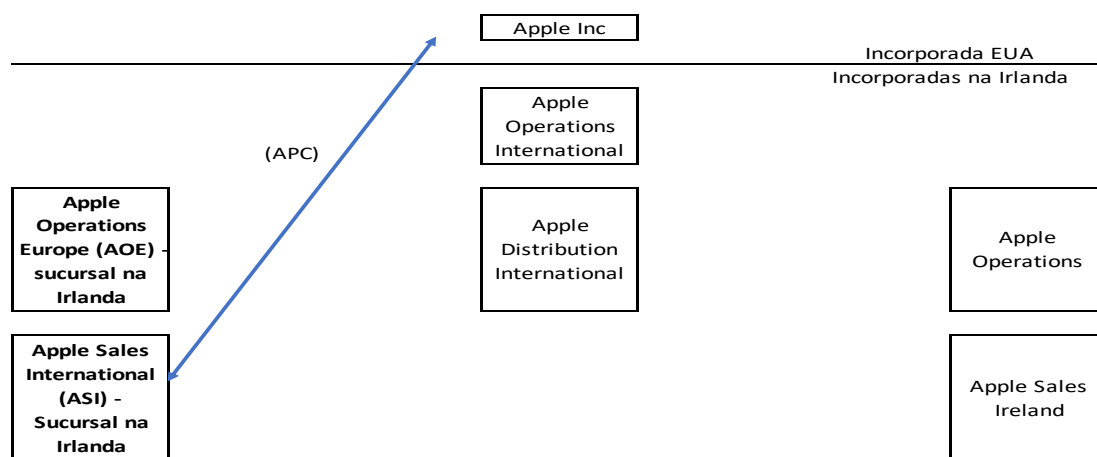
3.4.1 DESCRIÇÃO DOS FACTOS

O grupo Apple, encabeçado pela Apple Inc., com sede nos Estados Unidos da América, concebe, fabrica e comercializa equipamentos para comunicações móveis e multimédia, computadores pessoais e leitores de música portáteis e digitais, vendendo ainda uma variedade de *software*, serviço, periféricos e soluções de rede e conteúdos e aplicações digitais de terceiros (cfr. par. 41 da Decisão).

Na Irlanda estavam constituídas várias sociedades do grupo Apple, sendo que umas são consideradas residentes para efeitos fiscais na Irlanda (Apple Distribution International, Apple Operations e a Apple Sales Ireland) e outras não são consideradas residentes para efeitos fiscais (Apple Operations International, ASI e AOE).

De um modo geral, a estrutura do grupo Apple na Irlanda pode ser percecionada na figura seguinte:

Figura 3 – Caso Apple - Estrutura do grupo na Irlanda



A AOE e a ASI, embora constituídas na Irlanda não eram aí consideradas residentes para efeitos fiscais uma vez que a regra geral, de que as sociedades constituídas nos termos do direito irlandês e/ou geridas e controladas de forma centralizada na Irlanda são aí consideradas residentes, continha duas exceções: que a entidade fosse considerada residente fiscal noutro país ao abrigo da aplicação de uma convenção para evitar a dupla tributação (a denominada exceção relativa à convenção); ou que a entidade estivesse cotada numa bolsa de valores reconhecida ou controlada em última instância por uma pessoa residente num EM ou num país signatário de uma convenção fiscal (a denominada exceção relativa às sociedades pertinentes). A AOE e ASI encontravam-se abrangidas pela

exceção relativa às sociedades pertinentes, pelo que não eram residentes fiscais na Irlanda durante o período em que as decisões fiscais controvertidas estiveram em vigor.

A sucursal irlandesa da ASI é responsável pela execução de atividades de aquisição, venda e distribuição associadas à venda de produtos da Apple a partes relacionadas e clientes terceiros nas regiões EMOIA e APAC¹⁶³ (cfr. par. 54 da Decisão).

A sucursal irlandesa da AOE é responsável pelo fabrico e montagem de uma gama especializada de produtos informáticos nas suas instalações na Irlanda, designadamente computadores de secretária iMac, computadores portáteis MacBook e outros acessórios informáticos, sendo todos fabricados para a região EMOIA; e fornece todos os seus produtos acabados a partes relacionadas¹⁶⁴ (cfr. par. 56 da Decisão).

Entre a Apple Inc e a AOE foi celebrado, em dezembro de 1980, um Acordo de Partilha de Custos (adiante APC¹⁶⁵)¹⁶⁶, do qual, desde 1999, viria a fazer parte a ASI. O APC previa a combinação pelos participantes de esforços de Investigação e Desenvolvimento (I&D)¹⁶⁷ e a repartição dos custos e direitos relacionados com o «programa de desenvolvimento», que englobava: o desenvolvimento de novos bens incorpóreos; a criação de melhorias, atualizações e adaptações, traduções ou outras alterações a bens incorpóreos existentes; o desenvolvimento e a melhoria dos processos de fabrico de qualquer produto; e o desenvolvimento e aquisição e a proteção de ativos incorpóreos de marketing. Os custos suportados são repartidos pelos participantes em função da percentagem das vendas de

¹⁶³ As principais funções no seio da sucursal irlandesa da ASI incluem o seguinte: aquisição de produtos acabados da Apple a fabricantes terceiros e relacionados; atividades de distribuição associadas à venda de produtos a partes relacionadas nas regiões EMOIA (Europa, Médio Oriente, Índia e África) e APAC (região Ásia-Pacífico); atividades de apoio à venda e distribuição associadas à venda de produtos a clientes terceiros na região EMOIA; atividades das equipas de vendas e distribuição, vendas em linha; operações de logística; e gestão da AppleCare, a assistência pós-venda ao cliente, que inclui a responsabilidade pela garantia, a gestão dos programas de reparação e da rede de serviços de reparação, incluindo apoio telefónico.

¹⁶⁴ As principais atividades da sucursal irlandesa da AOE implicam a execução contínua dos processos necessários ao fabrico de produtos, à conceção de processos e a novas configurações de produtos. As principais funções no seio da sucursal irlandesa da AOE incluem o seguinte: planeamento e programação da produção; engenharia de processos; produção e operações; garantia e controlo da qualidade; e operações de renovação.

¹⁶⁵ De um modo geral um Acordo Partilha de Custos, ou *Cost Contribution Arrangement (CCA)*, na literatura internacional, pode ser apresentado como «*a contractual arrangement among business enterprises to share the contributions and risks involved in the joint development, production or the obtaining of intangibles, tangible assets or services with the understanding that such intangibles, tangible assets or services are expected to create benefits for the individual businesses of each of the participants*» (OCDE, 2017, p. 345, par. 8.3).

¹⁶⁶ Cfr. pars. 116 a 121 da Decisão.

¹⁶⁷ De acordo com a alegação da Apple, referida na decisão, as atividades de I&D são executadas quase integralmente pelos funcionários da Apple Inc. nos EUA.

produtos que ocorre nos respetivos territórios, tendo os participantes o direito de utilização dos bens incorpóreos da Apple para fabricar e vender os produtos da Apple.

3.4.2 DESCRIÇÃO DA MEDIDA

As decisões fiscais controvertidas autorizam uma afetação de lucros para as sucursais irlandesas¹⁶⁸ da ASI e a AOE com base em métodos unilaterais de afetação de lucros, que, na sua aplicação, se assemelham ao MMLO (cfr. par. 93 da Decisão).

No que respeita à ASI, quer a decisão de 1991, quer a decisão de 2007, preveem que o lucro líquido a afetar à sucursal irlandesa da ASI seria calculado como sendo uma margem (12,5% na decisão de 1991 e entre 10% e 15% na decisão de 2007) sobre todos os custos de exploração da sucursal, excluindo o material destinado a revenda.

No que respeita à AOE,

- a decisão de 1991, prevê um método de determinação do lucro líquido imputável à sucursal irlandesa que corresponderá a uma margem sobre os custos de exploração (exclui os materiais para revenda e a repartição dos custos dos ativos incorpóreos cobrados de filiais Apple) combinada de 65% sobre os custos de exploração limitados anualmente a [60 a 70] milhões de dólares americanos e 20% sobre a parte dos custos de exploração que excedem o limite anual;
- a decisão de 2007, prevê que a matéria coletável da sucursal irlandesa corresponderá a [10% a 15%] dos custos de exploração, excluindo dos custos com encargos das filiais Apple e custos de material, adicionado do rendimento de Propriedade Intelectual de [1% a 5%] do volume de negócios da sucursal respeitante a tecnologia acumulada do processo de fabrico da sucursal irlandesa; deduzido das deduções respeitantes a instalações e edifícios calculadas e autorizadas em condições normais.

¹⁶⁸ Nos termos da legislação irlandesa (artigo 25.º do *Taxes Consolidation Act* de 1997), «os lucros tributáveis de uma sociedade não residente no Estado, mas que efetua trocas comerciais no Estado através de uma sucursal (...)» correspondem a «qualquer rendimento comercial direta ou indiretamente obtido por intermédio ou a partir da sucursal ou agência, e qualquer rendimento patrimonial ou direitos utilizados por, ou detidos por ou para, a sucursal ou agência, [...]». Ainda relativamente à legislação fiscal irlandesa, importa referir que apenas a partir de 2010 passou a reconhecer formalmente a aplicação do princípio de plena concorrência estabelecido no artigo 9.º do MCODE.

3.4.3 DECISÃO DA COMISSÃO

O início do procedimento formal de investigação resultou de a Comissão ter considerado, a título preliminar, que as decisões fiscais controvertidas constituem a concessão de um auxílio de Estado, na aceção do artigo 107.º do TFUE, pois os métodos de afetação dos lucros autorizados pelas mesmas para determinar o lucro tributável da ASI e da AOE na Irlanda parecem não refletir uma remuneração das sucursais irlandesas da ASI e da AOE que um operador independente prudente teria aceitado em condições normais de mercado, atendendo nomeadamente à ausência de operações comparáveis na tomada de decisão, à inadequabilidade do método utilizado e do respetivo indicador e a um conjunto de incoerências na aplicação do método escolhido. Adicionalmente, a Comissão considerou que, face à análise da prática decisória da administração fiscal irlandesa em matéria de afetação de lucros, se demonstra que não são aplicados critérios coerentes para determinar a afetação de lucros às sucursais irlandesas de sociedades não residentes¹⁶⁹, pelo que as decisões fiscais controvertidas foram emitidas com base no poder discricionário da administração fiscal irlandesa, na ausência de critérios objetivos relacionados com o sistema fiscal, de onde resulta que as decisões conferem uma vantagem seletiva à ASI e à AOE.

Na sequência do procedimento formal de investigação, a Comissão decidiu que, através das decisões fiscais controvertidas, foi concedido um auxílio incompatível e ilegal, que deve ser recuperado pela Irlanda junto da ASI e da AOE. Esta decisão da Comissão resulta do facto de ter considerado que estavam preenchidos todos os elementos que integram o conceito de auxílio de Estado.

No que respeita à existência de uma vantagem seletiva, a Comissão considera que as decisões fiscais controvertidas «constituem medidas de auxílios individuais concedidas apenas à ASI e à AOE, [pelo que] a determinação de que essas medidas de auxílio conferem uma vantagem à ASI e AOE já é suficiente para concluir que essa vantagem é de natureza seletiva» (cfr. par. 224 da decisão). No entanto, por questões de exaustividade, a Comissão prosseguiu com a análise de seletividade em três fases: identificação do sistema de referência; aferição da existência de derrogação e justificação da eventual derrogação.

¹⁶⁹ Incoerências identificadas nomeadamente ao nível da seleção de métodos, que não apresentam coerência mesmo em casos em que as atividades descritas são semelhantes, e ao nível da base de custos considerados no indicador de lucro.

Relativamente ao **sistema de referência**¹⁷⁰, com recurso ao qual as decisões fiscais controvertidas devem ser examinadas, a Comissão considera o regime normal de tributação das sociedades na Irlanda, ou seja, o imposto sobre o lucro das sociedades irlandesas que, partindo do lucro contabilístico é subsequentemente ajustado para efeitos fiscais através de acréscimos e deduções de aplicação geral, tem como objetivo intrínseco a tributação do lucro de todas as sociedades sujeitas a imposto na Irlanda.¹⁷¹ Para a Comissão o sistema de referência inclui as sociedades integradas e não integradas, uma vez que a diferença na determinação dos seus lucros constitui simplesmente o meio para atingir o objetivo final de determinar a matéria coletável de ambos os tipos de sociedades de modo a assegurar que as sociedades integradas são tributadas em condições de igualdade com as sociedades não integradas ao abrigo do regime normal de tributação do lucro das sociedades, bem como as sociedades residentes e não residentes, ou seja, dado o objetivo das regras do imposto sobre o rendimento, todas as sociedades sujeitas a tributação na Irlanda, quer sejam residentes quer sejam não residentes, encontram-se numa situação factual e jurídica comparável no que diz respeito ao regime normal de tributação das sociedades na Irlanda.

No âmbito da **aferição da existência de derrogação ao sistema**¹⁷², a Comissão após estabelecer que a redação e finalidade do artigo 25.º do TCA revela que a disposição apenas pode ser aplicada em relação a um método de afetação de lucros, refere que este último, quando autorizado no âmbito de uma decisão fiscal, apenas não confere uma vantagem seletiva se garantir que o lucro tributável dessa sucursal é determinado de modo a aproximar-se de forma fiável de um resultado com base no mercado em conformidade com o princípio de plena concorrência.

A Comissão considera que as decisões fiscais controvertidas constituem uma derrogação ao regime normal de tributação do lucro das sociedades na Irlanda, uma vez que os métodos autorizados pelas referidas decisões permitem a determinação de um lucro

¹⁷⁰ Cfr. pars. 227 a 243 da Decisão.

¹⁷¹ Para a Comissão, ainda que o sistema de referência se limitasse ao regime das sociedades não residentes com estabelecimento estável na Irlanda (artigo 25.º do TCA), o mesmo, pese a ausência expressa na legislação irlandesa, face à prática de decisão fiscal da administração fiscal irlandesa, tem inerente o princípio de plena concorrência, e concluir-se-ia de todo modo que as decisões fiscais controvertidas ao abrigo do sistema de referência mais limitado conferem uma vantagem seletiva à ASI e à AOE (cfr. pars. 369 a 378 da decisão). Adicionalmente, para a Comissão, ainda que se considerasse que a artigo 25.º do TCA não é regido pelo PPC, continuar-se-ia a concluir que as decisões fiscais controvertidas conferem uma vantagem seletiva à ASI e à AOE, uma vez que, após a análise de um conjunto de outras decisões fiscais relativas à afetação de lucros a sucursais irlandesas de sociedades não residentes, se conclui que são o resultado do poder discricionário exercido pela administração irlandesa na ausência de critérios objetivos relacionados com o sistema fiscal (cfr. pars. 379 a 403).

¹⁷² Cfr. pars. 244 a 368 da Decisão.

tributável na Irlanda de uma forma que se afasta de uma aproximação fiável de um resultado baseado no mercado em conformidade com o princípio de plena concorrência. Por um lado, a adoção dos métodos tem subjacente o pressuposto infundado de que as licenças de propriedade intelectual da Apple detidas pela ASI e a ASE devem ser afetadas fora da Irlanda e, por outro lado, sem prejuízo do incorreto pressuposto, os métodos adotados baseiam-se em escolhas metodológicas inadequadas com o conseqüente efeito nefasto na determinação de um resultado conforme ao PPC.

Relativamente ao primeiro argumento, a Comissão considera que aquando da emissão das decisões fiscais, a administração fiscal não avaliou se as licenças de propriedade intelectual deveriam efetivamente ser afetadas fora da Irlanda e, se o tivesse feito, tomando em consideração os ativos utilizados, as funções exercidas e os riscos assumidos pelas sociedades por intermédio das sucursais e as respetivas sedes, teria concluído que as licenças seriam afetadas às sucursais irlandesas para efeitos fiscais, única consequência possível da não afetação dessas às sedes sociais. Estas últimas, na perspetiva da Comissão, não têm qualquer presença física, nem tinham funcionários fora da Irlanda, sendo que no âmbito das reuniões do Conselho de Administração, face à leitura das atas, não se conclui pelo exercício de funções de gestão da propriedade intelectual¹⁷³. Adicionalmente, refere a Comissão, tomando em consideração a inexistência de atividades ao nível das sedes sociais, para efeitos fiscais, só é possível afetar corretamente às sedes sociais riscos limitados suscetíveis de ser controlados através de reuniões ocasionais do conselho de administração.

Por outro lado, as sucursais na Irlanda, na avaliação efetuada pela Comissão, desempenham funções relevantes para a propriedade intelectual. Nesta perspetiva, a sucursal irlandesa da ASI, que tem cerca de 50 pessoas afetadas à I&D, é responsável por atividades de aquisição, venda e distribuição associadas à venda de produtos Apple, e assegura várias funções cruciais para o desenvolvimento e a manutenção da marca Apple no mercado local, bem como para garantir a fidelidade do cliente à marca nesse mercado. A sucursal irlandesa da AOE é responsável pelo fabrico e montagem de uma gama especializada de produtos informáticos para a região EMOIA, desenvolvendo competências especializadas em matéria de fabrico e processos específicos da Apple e assegurando funções de garantia e controlo de qualidade, que são necessárias para

¹⁷³ Para a Comissão, caso fossem desempenhadas funções significativas, tal levaria à existência de estabelecimento estável nos EUA, o que não sucede.

preservar o valor da marca. Acresce ainda que, para a Comissão, relativamente ao argumento aduzido pela Irlanda e pela Apple de que as atividades de I&D e gestão da PI da Apple estão centralizadas e são administradas a partir da sede do grupo, a ASI e a AOE remuneram a Apple Inc. pelo desenvolvimento da PI da Apple através do APC, cujo custo onera a rentabilidade global da ASI e da AOE, e eventuais contributos adicionais não remunerados em matéria de I&D e de gestão das licenças de PI da Apple detidas pela ASI e pela AOE não podem influenciar a afetação de lucros no seio da ASI e da AOE.

Assim, na perspetiva da Comissão, entre entidades independentes não teria sido aceite um método de afetação dos lucros com base no pressuposto considerado, o que resultaria, ao contrário do estabelecido na decisão, da afetação de todos os lucros da ASI e da AOE deduzidos de uma margem de lucro limitada sobre uma base de custos reduzida às sedes sociais, às sucursais. Em síntese, para a Comissão, ao autorizar métodos de afetação dos lucros baseados nesse pressuposto infundado, a administração fiscal irlandesa conferiu uma vantagem à ASI e à AOE sob a forma de uma redução do lucro tributável anual.¹⁷⁴

Relativamente ao segundo argumento, apresentado pela Comissão a título subsidiário, é referido que os métodos adotados subavaliam o lucro tributável anual das sucursais irlandesas da ASI e da AOE, uma vez que têm subjacente escolhas metodológicas inadequadas, nomeadamente ao nível da escolha da parte testada, da seleção inadequada do indicador do nível de lucro e do estudo de comparabilidade.

No que respeita à escolha da parte testada, a Comissão considera que face às atividades das sedes sociais limitadas às reuniões do conselho de administração, à capacidade limitada das sedes sociais para controlar qualquer risco em comparação com o âmbito das atividades das respetivas sucursais, em que as funções desempenhadas têm subjacente a utilização das licenças de PI, para a qual contribuem no desenvolvimento do prestígio e reconhecimento da marca na região EMOIA, a escolha das sucursais como parte testada e menos complexa nas transações resulta num lucro tributável das sucursais irlandesas que se

¹⁷⁴ Para a Comissão, conclusão semelhante se obteria seguindo a abordagem autorizada da OCDE para a afetação de lucros a um estabelecimento estável o que constitui uma indicação adicional de que os métodos de afetação de lucros autorizados pelas decisões fiscais controvertidas produzem um resultado que se afasta de uma aproximação fiável de um resultado baseado no mercado em conformidade com o PPC. A abordagem autorizada da OCDE considera um estabelecimento estável como sendo uma empresa distinta e legalmente separada do Grupo, ou seja, o valor do lucro a ser-lhe atribuído corresponderá aquele que obteria em condições de plena concorrência caso fosse uma empresa juridicamente distinta e separada que desempenhasse funções semelhantes em condições semelhantes.

afasta de uma aproximação fiável de um resultado baseado no mercado em conformidade com o PPC.

No que concerne à seleção inadequada do indicador do nível de lucro, a Comissão considera que, uma vez que a ASI assume o risco relativo ao volume de negócios, fornece garantias para todos os bens vendidos na região EMOIA e recorre sistematicamente a contratantes por conta de outrem para assegurar a sua função de distribuição, a seleção dos custos de exploração como indicador do nível de lucro não reflete de forma adequada os riscos assumidos e as atividades significativas exercidas pela sucursal irlandesa, sendo as vendas o indicador mais adequado. Relativamente à sucursal irlandesa da AOE, a Comissão refere que, uma vez que esta detém inventários e aparenta controlar e assumir o risco de, pelo menos, parte dos custos relacionados com esses inventários, um indicador do nível de lucro que inclua os custos totais é mais adequado do que aquele que compreende apenas os custos de exploração.

Relativamente ao estudo de comparabilidade, a Comissão identifica um conjunto de deficiências de comparabilidade entre as entidades testadas e as entidades tomadas como comparáveis, nomeadamente ao nível da falta de comparabilidade dos produtos transacionados, de diferentes níveis de intensidade e a existência de três sociedades tomadas como comparáveis que se encontravam em situação de liquidação, cuja correção implicaria um aumento da rentabilidade a apresentar pelas entidades testadas.

Relativamente à **justificação da derrogação**¹⁷⁵, embora o ónus da prova recaia sobre o Estado-Membro, nem a Irlanda, nem a Apple, apresentaram uma justificação conclusiva para a concessão da vantagem seletiva através das decisões fiscais controvertidas, tendo a Comissão concluído que o tratamento seletivo conferido à ASI e à AOE não é justificado pela natureza ou pela economia geral do sistema fiscal.

Assim, a Comissão concluiu pela existência de uma vantagem seletiva e, estando preenchidos os restantes requisitos previstos no artigo 107.º do TFUE, considerou o auxílio de Estado incompatível e ilegal, tendo determinado a sua recuperação, relativamente ao auxílio concedido a partir de 12 de junho de 2003, junto da ASI e da AOE, devendo o valor a recuperar ter em consideração a diferença entre o valor do imposto pago e o valor que teria sido pago se aplicada a regra geral tendo por referência a afetação às sucursais de

¹⁷⁵ Cfr. pars. 404 a 411 da Decisão.

todos os lucros decorrentes das atividades de venda da ASI e da AOE e a consideração de deduções específicas devidamente comprovadas.

Desta decisão da Comissão foi interposto recurso, quer pela Irlanda, em 9 de novembro de 2016 (processo T-778/16), quer pela ASI e pela AOE, em 19 de dezembro de 2016 (processo T-892/16), pedindo a anulação da mesma.

3.4.4 DA APRECIACÃO PELO TRIBUNAL

Na sequência dos recursos, que foram apensos, veio a ser proferido, em 15 de julho de 2020, o Acórdão do Tribunal Geral.

Nos seus recursos a Irlanda e a Apple, além de contestar a ingerência da Comissão nas competências dos Estados-Membros, invocando nomeadamente o princípio da autonomia fiscal, contestam quer o raciocínio da Comissão a título principal, quer o raciocínio a título subsidiário e alternativo. Adicionalmente, contestam ainda a decisão de recuperação ordenada pela decisão, seja por impossibilidade de cálculo, seja pela violação dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima.

No que respeita à alegada **ingerência da Comissão nas competências dos Estados Membros**, o TGUE considera que a Comissão, no âmbito do controlo dos auxílios de Estado, era competente para examinar se as decisões fiscais controvertidas tinham constituído um auxílio, podendo a Comissão examinar se, ao adotar as decisões fiscais, «as Autoridades Fiscais irlandesas tinham concedido à ASI e à AOE um tratamento fiscal vantajoso, permitindo-lhes reduzir o seu lucro tributável em relação ao lucro tributável de outras sociedades contribuintes que se encontrassem em situação comparável»¹⁷⁶.

No que concerne à contestação do raciocínio expandido pela Comissão a título principal, as recorrentes¹⁷⁷:

- i. criticam o método seguido pela Comissão, na medida em que não analisou separadamente os critérios da vantagem e da seletividade;
- ii. contestam a análise efetuada pela Comissão, designadamente quanto aos erros relativos às apreciações sobre o quadro de referência e sobre a tributação normal nos termos do direito fiscal irlandês, por aplicação errada do artigo 25.º do TCA, da

¹⁷⁶ Cfr. par. 109 do Acórdão.

¹⁷⁷ Cfr. sistematizado pelo TGUE nos parágrafos 128 a 130.

sua aplicação do princípio de plena concorrência e da sua análise à luz da abordagem autorizada da OCDE relativa à imputação de lucros a estabelecimentos estáveis;

- iii. contestam as apreciações factuais da Comissão relativas às atividades desenvolvidas no seio do grupo Apple; e
- iv. contestam o alegado carácter seletivo das decisões fiscais uma vez que não se pode presumir essa seletividade, nem houve qualquer tratamento excecional ou seletivo, e que a ter havido, era justificado pela natureza e pela sistemática do regime fiscal irlandês.

No que respeita à **análise conjunta da seletividade e da vantagem**¹⁷⁸, o TGUE refere que embora sejam dois critérios distintos, é possível que «sejam examinados conjuntamente, quando resulta do exame efetuado pela Comissão, por um lado, que a medida em causa confere uma vantagem económica ao seu beneficiário e, por outro, que essa vantagem não beneficia empresas colocadas numa situação fiscal jurídica e factual comparável». A este propósito, acrescenta o TGUE que relativamente às 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».

Relativamente aos **erros relativos às apreciações sobre o quadro de referência e sobre a tributação normal**, o TGUE procede numa primeira fase à análise quanto ao quadro de referência considerado e numa segunda fase à apreciação relativa à tributação normal dos lucros nos termos do direito fiscal irlandês considerando a aplicação do artigo 25.º do TCA, a existência de princípio de plena concorrência decorrente do artigo 107.º do TFUE e à abordagem autorizada da OCDE.¹⁷⁹

No que respeita à **identificação do quadro de referência**, o TGUE acompanha a decisão da Comissão de considerar como quadro de referência o sistema de direito comum de tributação de lucros das sociedades, cujo objetivo intrínseco era tributar os lucros de todas as sociedades sujeitas a imposto na Irlanda, sejam elas residentes ou não, integradas ou autónomas. A comparabilidade entre entidades residentes e não residentes com

¹⁷⁸ Cfr. pars. 133 a 139 do Acórdão.

¹⁷⁹ Cfr. pars. 140 a 250 do Acórdão.

estabelecimento estável na Irlanda, assenta no facto de umas e outras serem tributadas pelos lucros resultantes da atividade exercida, sendo que o facto dos lucros dos estabelecimentos estáveis serem definidos de forma específica pelo artigo 25.º do TCA não implica, atento o objetivo prosseguido pelo regime fiscal irlandês, a não comparabilidade entre as duas categorias de sociedades.

No que concerne à **aplicação do artigo 25.º do TCA**, nomeadamente ao preconizado pela Comissão de que do mesmo resultaria que as Autoridades Fiscais irlandesas deveriam ter imputado as licenças de PI do grupo Apple às sucursais irlandesas da ASI e da AOE, as recorrentes argumentam que a norma em causa não permite uma abordagem por exclusão, ou seja, «uma abordagem que consista em examinar todos os lucros de uma sociedade não residente e, na medida em que esses lucros não possam ser imputados a outras partes dessa sociedade, imputá-los, supletivamente, às sucursais irlandesas»¹⁸⁰. A posição das recorrentes é sustentada no Acórdão *Dataproducts* do Tribunal Superior irlandês, segundo o qual, para efeitos de determinação dos lucros imputáveis a uma sucursal irlandesa, os ativos detidos por uma sociedade não residente não podem ser imputados à sucursal se não se demonstrar que esses ativos são efetivamente controlados pela referida sucursal. Neste quadro, o TGUE, considerando a jurisprudência irlandesa, conclui que a Comissão, ao ter considerado que a ASI e AOE não tinham empregados nem presença física e como tal as licenças de PI do grupo Apple deveriam ser imputadas às sucursais irlandesas, sem que tivesse procedido à demonstração de que as sucursais tinham efetivamente o controlo das licenças, apreciou erradamente as disposições do direito fiscal irlandês relativas à tributação dos lucros das sociedades não residentes na Irlanda que aí exercem atividade através de uma sucursal.

No que respeita ao argumento aduzido pelas recorrentes de que o **PPC** não faz parte integrante do direito fiscal irlandês, nem resulta do artigo 107.º do TFUE, o TGUE desenvolve a sua avaliação em dois segmentos. Em primeiro lugar, se a Comissão poderia basear-se no PPC a fim de verificar a existência de uma vantagem seletiva e, em segundo lugar, se podendo, foi feita uma adequada aplicação do mesmo.

Para o TGUE o PPC¹⁸¹, nos termos em que é descrito pela Comissão na sua decisão, é um instrumento suscetível de ser utilizado, no âmbito do exercício das competências ao abrigo

¹⁸⁰ Cfr. relatado no parágrafo 178 do Acórdão.

¹⁸¹ O PPC embora não estivesse, à data da emissão das decisões, incorporado formalmente no direito irlandês, estava presente quer na prática administrativa na determinação do lucro imputável às sucursais nos termos do (continuação da notas de rodapé)

do artigo 107.º do TFUE, como «referência a fim de verificar se o lucro tributável de uma sucursal de uma sociedade não residente era determinado, para efeitos do imposto sobre as sociedades, de modo a que as sociedades não residentes que operam por intermédio de uma sucursal na Irlanda não beneficiassem de um tratamento de favor face às sociedades residentes autónomas, cujo lucro tributável refletia os preços negociados no mercado em condições de concorrência plena» (par. 215 do Acórdão).^{182 183}

No entanto, o TGUE conclui que o PPC foi incorretamente aplicado pela Comissão uma vez que esta para concluir que as licenças de PI deveriam ser imputadas às sucursais irlandesas, se limitou a considerar a inexistência de pessoal e de presença física das sociedades, sem que tivesse procurado demonstrar que essa imputação decorria das atividades realmente efetuadas pelas sucursais e que o valor dos rendimentos imputados representava o valor das atividades efetivamente realizadas.

No que concerne à **abordagem autorizada da OCDE**, que as recorrentes alegam não fazer parte integrante do direito fiscal irlandês, designadamente no que respeita à tributação das sociedades não residentes prevista no artigo 25.º do TCA, o TGUE também aqui desenvolve a sua avaliação em dois segmentos. Em primeiro lugar, avalia se a Comissão poderia apoiar-se na abordagem autorizada da OCDE a fim de verificar a existência de uma vantagem seletiva e, em segundo lugar, se podendo, foi feita uma adequada aplicação da mesma.

Para o TGUE, considerando que «em substância, a aplicação do artigo 25.º do TCA, tal como descrita pela Irlanda, e a análise funcional e factual no âmbito da primeira etapa da análise proposta pela abordagem autorizada da OCDE se sobrepõem», a «Comissão não pode ser criticada por se ter baseado, em substância, na abordagem autorizada da OCDE quando considerou que, para efeitos da aplicação do artigo 25.º do TCA, a imputação dos lucros à sucursal irlandesa de uma sociedade não residente devia ter em conta a repartição dos ativos, das funções e dos riscos entre a sucursal e as outras partes dessa sociedade» (pars. 239 e 240 do Acórdão). No entanto, na perspetiva do TGUE (pars. 241 a 244 do

artigo 25.º do TCA, ao serem consideradas as atividades reais das sucursais e valor dessas atividades em função do respetivo valor de mercado, quer em várias convenções de dupla tributação celebradas pela Irlanda (cfr. pars. 218 a 220).

¹⁸² Tal não significa que exista uma obrigação autónoma de aplicar o PPC em resultado do artigo 107.º do TFUE e que obrigue os Estados-Membros a aplicarem esse princípio de forma horizontal a todos os domínios do seu direito fiscal nacional (cfr. par. 221 do Acórdão).

¹⁸³ Para o TGUE, apenas se poderá concluir pela existência de uma vantagem «na condição da discrepância entre os dois fatores de comparação ir além das imprecisões inerentes ao método aplicado para obter...» a aproximação fiável de um lucro tributável gerado em condições de mercado.

Acórdão), a Comissão fez uma aplicação desconforme da abordagem autorizada da OCDE, uma vez que esta assenta

na análise das funções realmente exercidas no estabelecimento estável [o que] contradiz a abordagem adotada pela Comissão que consiste, por um lado, em identificar as funções exercidas pela sociedade no seu conjunto, sem proceder a uma análise mais detalhada das funções realmente exercidas pelas sucursais, e, por outro, em presumir que as funções tinham sido exercidas pelo estabelecimento estável quando não pudessem ser imputadas à sede central da própria sociedade.

Também no que respeita às apreciações factuais relativas às **atividades desenvolvidas no seio do grupo Apple** a Comissão andou mal na perspetiva do TGUE. Em síntese, o TGUE (par. 310) considera que a Comissão «não conseguiu demonstrar que, tendo em conta, por um lado, as atividades e as funções efetivamente exercidas pelas sucursais irlandesas [...] e, por outro, as decisões estratégicas tomadas e implementadas fora dessas sucursais, deviam ter sido imputadas às referidas sucursais irlandesas as licenças de PI do grupo Apple, para efeitos da determinação dos lucros anuais tributáveis da ASI e da AOE na Irlanda».

No que respeita às apreciações da Comissão no âmbito do raciocínio a título subsidiário¹⁸⁴, o TGUE conclui (par. 480) que

[a] Comissão não conseguiu demonstrar que os erros metodológicos que tinha invocado contra os métodos de imputação de lucros avalizados pelas *rulings* fiscais controvertidas, decorrentes da escolha das sucursais irlandesas como partes testadas [...], da escolha dos custos de exploração como indicador do nível dos lucros [...] e dos níveis de remuneração aceites pelas *rulings* fiscais controvertidas [...] tinham conduzido a uma diminuição dos lucros tributáveis da ASI e da AOE na Irlanda. Assim, não conseguiu demonstrar que essas *rulings* tivessem concedido uma vantagem a essas sociedades.

Vejamos como sustenta o TGUE a sua conclusão relativamente a cada um dos erros apontados pela Comissão.¹⁸⁵

Relativamente à **escolha das sucursais como entidades testadas**, o TGUE considera que não basta à Comissão alegar um erro na escolha da entidade testada, é necessário quantificar os efeitos de tal erro, o que, refere a TGUE, a Comissão não logrou efetuar.

¹⁸⁴ Cfr. pars. 315 a 481 do Acórdão.

¹⁸⁵ Note-se que o TGUE julgou improcedente as alegações das recorrentes contra a utilização do MMLO a fim de verificar se o método de imputação dos lucros avalizado pelas decisões fiscais controvertidas tinha levado a uma redução da carga fiscal.

Adicionalmente, refere o TGUE (par. 336), «desde que as funções da parte testada tenham sido corretamente identificadas e a remuneração dessas funções tenha sido corretamente calculada, o facto de uma parte ou outra ter sido escolhida como parte testada é irrelevante». Por outro lado, acrescenta o TGUE, a Comissão não conseguiu demonstrar nem que as sucursais irlandesas são as detentoras da propriedade intelectual do grupo Apple, nem que a falta de provas e documentação, relativamente às funções exercidas pelas sucursais, na avaliação da administração fiscal irlandesa, aquando da emissão das decisões fiscais, constituem uma falha metodológica que tenha levado a uma redução da carga fiscal da ASI e da AOE.

No que respeita à escolha dos **custos de exploração como indicador do nível de lucros**, o TGUE conclui que:

- Relativamente à ASI, não basta à Comissão alegar que a consideração dos custos de exploração como indicador de lucro é errada, sendo necessário demonstrar as funções efetivamente exercidas e riscos assumidos pela sucursal irlandesa e consequentemente que os custos de exploração, ao contrário das vendas, não são adequados para refletir o valor com que a sucursal contribuiu para as atividades da sociedade. Para o TGUE, que valorizou a prova apresentada pelas recorrentes, a Comissão também não fez prova de que a não consideração da totalidade dos custos no indicador de lucro levou a uma vantagem seletiva, tendo concluído que face às funções exercidas pela sucursal irlandesa da ASI, e atendendo às orientações da OCDE em matéria de preços de transferência, a utilização do rácio de *Berry* seria adequado. Na perspetiva do TGUE, a Comissão também não conseguiu demonstrar que os riscos alegadamente suportados pela sucursal, foram efetivamente suportados por esta.
- Relativamente à AOE, o TGUE considera que a Comissão fez uma errada interpretação das orientações da OCDE, relativamente à necessidade de utilização dos custos totais no indicador de lucro, e que não logrou demonstrar que o indicador do nível dos lucros baseado nos custos totais seria mais adequado para determinar os lucros de plena concorrência.

Por fim, no que respeita aos **níveis de remuneração aceites** pelas decisões fiscais controvertidas, o TGUE, uma vez mais, refere que não basta à Comissão apontar erros subjacentes às metodologias consideradas na decisão, sendo necessário demonstrar que tais

erros conduzem a uma redução fiscal das partes. Sem prejuízo da falta de demonstração dos efeitos, o TGUE procedeu à análise das deficiências identificadas pela Comissão, tendo referido que:

- os preços de transferência não são uma ciência exata e como tal não podem ser esperados resultados exatos;
- sem o apoio de uma base de dados não seria possível efetuar um estudo de comparabilidade que permitisse proceder a uma estimativa dos lucros considerados de plena concorrência;
- o facto de uma sociedade distribuir produtos de marca de alta qualidade não significa necessariamente que tal tenha correlação com o nível de custos de exploração suportados; e
- a consideração, no quadro de comparáveis (52 sociedades), de três sociedades em situação de liquidação, não tem necessariamente de afetar a fiabilidade da análise no seu conjunto.

Adicionalmente, relativamente à análise de comparabilidade corrigida pela Comissão, considerando as vendas enquanto indicador do nível de lucro na aplicação do MMLO, o TGUE refere que a Comissão não demonstrou nem que a utilização dos custos de exploração tinha sido inapropriada, nem que a utilização das vendas tinha sido mais adequada.

Por fim, no que respeita às apreciações da Comissão no âmbito do raciocínio a título alternativo¹⁸⁶, e em especial quanto ao facto de as decisões fiscais controvertidas terem sido emitidas com base no poder discricionário da administração fiscal irlandesa, o TGUE refere que, por um lado, a eventual existência de um poder discricionário não significa necessariamente que o mesmo tenha sido exercido de modo a conduzir a uma redução da carga fiscal do beneficiário da decisão e, por outro lado, a Comissão não demonstrou nem o exercício do poder discricionário, nem que a validação de diferentes métodos de repartição de lucros em diferentes decisões não resulte de se estar perante situações diferentes.

Face a tudo o exposto, o TGUE conclui pela anulação integral da decisão impugnada.

¹⁸⁶ Cfr. pars. 482 a 504 do Acórdão.

3.4.5 NOTAS FINAIS SOBRE O CASO APPLE

O caso Apple tem subjacente duas decisões fiscais, em que uma sucede à outra, datando a primeira de 1991. As decisões fiscais determinam a alocação dos lucros às sucursais irlandesas da ASI e AOE. Estas entidades não residentes na Irlanda, ao abrigo de um regime vigente à data, também não são reconhecidas nos EUA, local onde têm as suas sedes sociais, pelo que os resultados obtidos por estas entidades do grupo Apple apenas são tributadas pelos lucros obtidos na Irlanda¹⁸⁷.

Também neste caso estamos perante uma decisão fiscal que estabelece os lucros alocados e sujeitos a tributação no país emitente da mesma, recorrendo ao regime dos preços de transferência e beneficiando o grupo Apple de uma discrepância no sistema de tributação entre a Irlanda e os EUA.

A Comissão, sem prejuízo de ter considerado que por estarmos perante uma medida fiscal individual poderia desenvolver uma análise conjunta da seletividade e da vantagem, o que foi reconhecido pelo TGUE, procedeu a uma análise da seletividade em três fases.

O sistema de referência identificado na análise foi o imposto sobre o lucro das sociedades irlandesas tendo, face ao objetivo intrínseco de tributação do imposto sobre o lucro das sociedades, sido consideradas em situação factual e jurídica comparável as sociedades residentes e não residentes, estejam, ou não, integradas em grupos. Tal posição foi corroborada pelo TGUE.

Na aferição da derrogação ao sistema de referência a Comissão, uma vez mais, teve em linha de conta o princípio de plena concorrência, ainda que o mesmo não estivesse expressamente previsto no ordenamento jurídico irlandês, nem seja o que decorre do previsto no artigo 9.º do MOCDE.

O TGUE reconheceu a utilização do PPC como instrumento a utilizar pela Comissão no âmbito do controlo dos auxílios de Estado, admitindo a relevância das Orientações da OCDE na interpretação das questões relativas a preços de transferência, bem como da abordagem autorizada da OCDE relativamente à atribuição de lucros aos estabelecimentos estáveis.

No entanto, o TGUE rejeitou, em toda a linha, a aplicação que a Comissão efetuou do PPC, identificando na apreciação feita pela Comissão a falta de demonstração do alegado, em

¹⁸⁷ Os lucros serão tributados nos EUA apenas quando distribuídos.

especial quanto à alocação das funções, ativos e riscos às sucursais irlandesas. Para o TGUE, a alocação às sucursais resultou tão só da não identificação das mesmas na restante da estrutura das empresas, o que para além de contrariar a jurisprudência irlandesa, resulta de uma deficiente análise funcional desenvolvida pela Comissão, que deveria ter identificado e demonstrado as funções desempenhadas, os ativos utilizados e riscos assumidos pelas sucursais. Note-se que a análise funcional assume um papel primordial na aplicação das regras de preços de transferência, pois é ela que permite, nomeadamente identificar o método apropriado a utilizar na determinação dos preços de transferência e consequentemente os lucros atribuídos a cada entidade do grupo.

O TGUE também relativamente aos argumentos apresentados pela Comissão a título subsidiário, nomeadamente no que respeita aos erros metodológicos apontados à decisão fiscal, considerou que a Comissão, para além de erradas interpretações, apresentou prova insuficiente relativamente ao por si alegado. Há, no entanto, um aspeto referenciado pelo TGUE que nos merece uma nota adicional. O TGUE considera que poderá ser irrelevante a escolha da entidade testada, o que na nossa opinião poderá não ser correto, uma vez que uma escolha errada poderá conduzir à aplicação de um método de determinação dos preços de transferência que não se revela apropriado.

Importa ainda referir a propósito da insuficiente demonstração das funções exercidas, ativos utilizados e riscos assumidos pelas sucursais, isto é, a inadequada análise funcional desenvolvida pela Comissão, que esta apenas poderia ser efetuada com recurso a um conjunto de informação que permita ter uma perspetiva global das atividades desenvolvidas pelas várias entidades do grupo Apple. Ora, sem prejuízo dos instrumentos internacionais ao dispor das administrações fiscais, nomeadamente do *Country-by-Country Reporting* conjugado com a documentação de preços de transferência, incluindo o *Master File*, bem como a possibilidade de troca de informação com outras administrações fiscais, parece-nos que estamos perante uma assimetria de informação entre as administrações fiscais e os contribuintes.

Sem prejuízo do resultado do recurso da Comissão para o TJUE, este caso trouxe, na opinião de Mason e Daly (2020, p. 1331-1332), vários ganhos, nomeadamente

[f]irst, Ireland reformed its corporate residency rules in 2015 to ensure that Irish-incorporated companies could no longer find themselves “stateless” because they are managed and controlled outside Ireland. Second, (...) the increase in the

information now exchanged between tax authorities – encompassing tax rulings for instance – was motivated in part by the commission’s investigations.

Por fim, importa referir que neste caso é ainda abordado o facto de a administração fiscal irlandesa ter utilizado um poder discricionário aplicando metodologias distintas face a outros casos semelhantes. Embora o TGUE não tenha acompanhado a Comissão, parece-nos relevante que as várias administrações fiscais, nomeadamente a portuguesa, assegurem a coerência metodológica na celebração de Acordos Prévios sobre Preços de Transferência.

3.5 CASO AMAZON

O Caso Amazon tem por base uma decisão fiscal comunicada pela administração fiscal luxemburguesa, por carta datada de 6 de novembro de 2013, à Amazon.com, Inc.. A Comissão iniciou, em 24 de junho de 2014, um procedimento, com um pedido de informações pormenorizadas sobre as práticas nacionais luxemburguesas em matéria de decisões fiscais antecipadas relativamente à Amazon. A decisão fiscal controvertida, versa sobre preços de transferência e abrange as seguintes entidades do grupo Amazon: Amazon EU Société (LuxOpCo), Amazon Europe Holding Technologies SCS (LuxSCS), Amazon Services Europe Société    responsabilit   limitée (ASE) e Amazon Media EU Société    responsabilit   limitée (AMEU). A Comissão deu início, em 7 de outubro de 2014, ao procedimento formal de investiga  o.

3.5.1 DESCRI  O DOS FACTOS

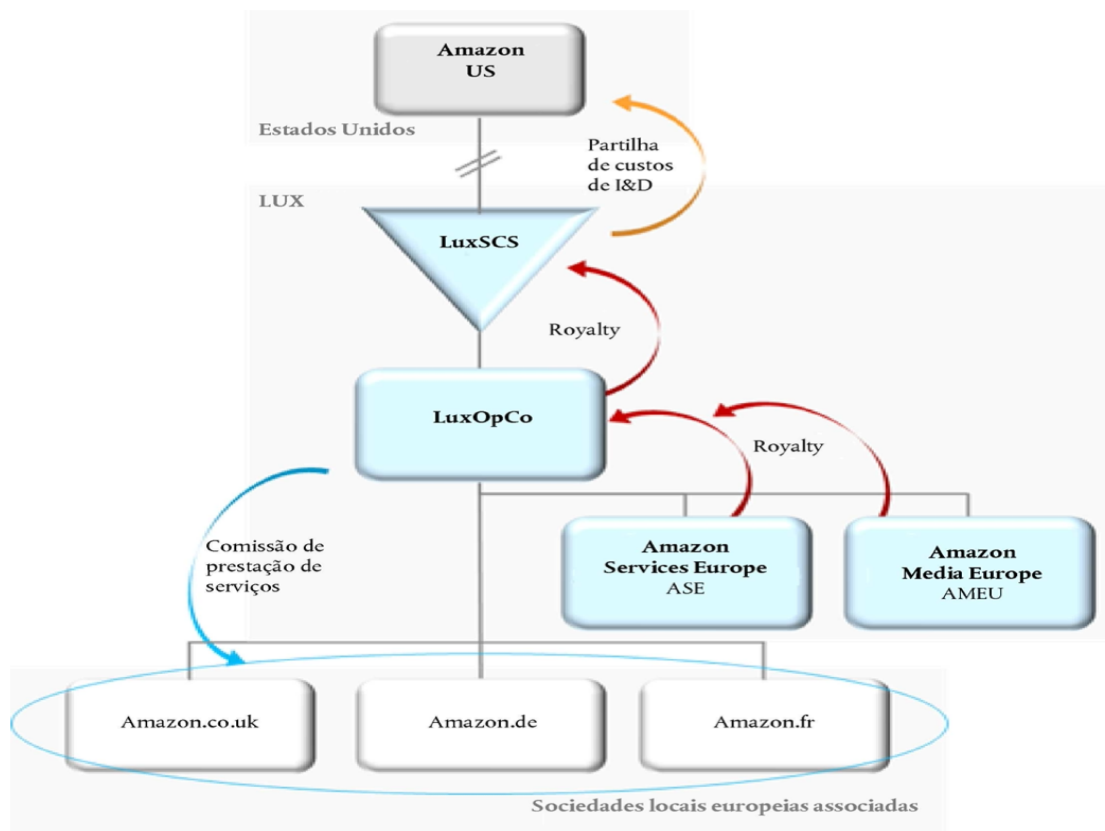
O grupo Amazon, encabeçado pela Amazon.com, Inc, com sede em Seattle nos Estados Unidos da América, gere nomeadamente atividades de venda a retalho¹⁸⁸ e presta  o de servi  os¹⁸⁹, estando a sua atividade organizada em três segmentos: América do Norte, Internacional e Amazon Web Services.

¹⁸⁸ As atividades de venda a retalho da Amazon consistem na venda aos clientes, através dos seus sítios Web, de um leque diversificado de produtos, nomeadamente livros, DVD, vídeos, bens de consumo eletr  nicos, computadores, artigos domésticos, ferramentas, materiais, telemóveis, etc. e conteúdos, nomeadamente música digital, livros eletr  nicos, jogos, etc. que a Amazon compra a fornecedores para fins de revenda. A Amazon processa as encomendas dos clientes de várias formas, nomeadamente através dos seus próprios centros e redes de tratamento de encomendas internacionais e norte-americanos, de acordos de subcontrata  o e de parceria para o tratamento de encomendas em determinados países e de entrega digital (cfr. par. 92 da decisão).

¹⁸⁹ As atividades de presta  o de serviços da Amazon incluem as suas atividades no âmbito de programas de terceiros denominados «Third-Party Seller Programs» («programas de vendedores terceiros»), tais como o Marketplace e o Merchants@Amazon, graças aos quais a Amazon permite que outras empresas (de menor dimensão) e particulares (Marketplace), assim como retalhistas de média ou grande dimensão (*continua  o da notas de rodapé*)

No Luxemburgo estão parqueadas várias entidades que integram o grupo Amazon na Europa, cuja estrutura é apresentada na figura infra¹⁹⁰.

Figura 4 – Caso Amazon - Estrutura das entidades europeias



A LuxSCS é uma sociedade em comandita simples luxemburguesa, cujos associados são ao longo dos anos sociedades residentes nos EUA, detentora de ativos intangíveis para as atividades da Amazon na Europa pelas quais a LuxOpCo era responsável na qualidade de operadora principal.¹⁹¹ A LuxSCS não tem presença física, nem trabalhadores no Luxemburgo, onde sendo uma entidade fiscalmente transparente não é, tal como os seus associados, sujeita a tributação. Por sua vez, os EUA não consideram a LuxSCS como uma entidade fiscalmente transparente, mas sim como uma entidade distinta residente no

(Merchants@Amazon) coloquem os seus produtos à venda nos sítios Web da Amazon. Os produtos dos comerciantes terceiros são integrados nos sítios Web da Amazon. Em contrapartida, as empresas e os particulares participantes pagam comissões à Amazon. Estas empresas e vendedores terceiros podem também optar por enviar os seus produtos para a Amazon; a Amazon armazena os artigos nos seus centros de tratamento de encomendas, exhibe-os em todos os seus sítios Web, recolhe-os, embala-os e entrega-os na morada do cliente (cfr. par. 93 da Decisão).

¹⁹⁰ Figura extraída da Decisão (par. 102).

¹⁹¹ Cfr. pars. 103 e 104 da Decisão.

Luxemburgo, pelo que a tributação dos associados nos EUA apenas ocorrerá com a distribuição dos lucros pela LuxSCS.¹⁹²

As atividades principais da LuxSCS consistem na detenção de ativos intangíveis e de uma participação no desenvolvimento constante dos ativos intangíveis no âmbito de um APC. Os direitos subjacentes aos ativos intangíveis¹⁹³ foram obtidos na sequência de um acordo de entrada e participação no APC, tendo sido efetuados pagamentos de entrada e contribuições pela quota-parte anual dos custos ligados aos programas de desenvolvimento do APC.¹⁹⁴ A LuxSCS em contrapartida da cedência do direito exclusivo de utilização à LuxOpCo recebe royalties que contribuem para a formação dos seus lucros que, sendo retidos, são utilizados na concessão de empréstimos a entidades relacionadas obtendo juros.

A LuxOpCo desempenha a função de sede social do grupo Amazon na Europa e era a operadora principal das atividades de venda a retalho *on-line* e de prestação de serviços da Amazon na Europa realizadas através dos sítios Web europeus. A LuxOpCo comprava a fornecedores bens destinados a revenda que eram depois reenviados aos clientes finais que faziam as suas compras nos referidos sítios, sendo a LuxOpCO a proprietária dos bens e assumindo os riscos associados a tal¹⁹⁵.

A LuxOpCo detinha a ASE¹⁹⁶ e a AMEU¹⁹⁷, ambas residentes no Luxemburgo, e todas integravam o grupo fiscal em que a LuxOpCo era a sociedade dominante, sendo o grupo tributado no Luxemburgo como se se tratasse de um único contribuinte.¹⁹⁸ A LuxOpCo através de acordo de licença sobre a propriedade intelectual, celebrado em abril de 2006, cedeu à ASE e AMEU licenças não exclusivas sobre os ativos intangíveis, recebendo em

¹⁹² Cfr. par. 155, e respetiva nota de rodapé, da Decisão.

¹⁹³ Os ativos intangíveis incluem: i) «todos os direitos de propriedade intelectual, independentemente da sua natureza, no mundo inteiro», na posse da ATI e da LuxSCS ou por estas detidos de outra forma, assim como determinados direitos de propriedade intelectual detidos pela A9, ii) todos os direitos de PI licenciados, transferidos ou cedidos às referidas partes e iii) os trabalhos derivados desta PI cedidos a uma das partes ao abrigo do APC. Os ativos incorpóreos englobam essencialmente três categorias de PI, denominadas i) a «tecnologia», ii) os «dados de clientes» e iii) as «marcas registadas» (cfr. par. 107 da Decisão).

¹⁹⁴ A quota-parte é determinada em função do peso das vendas na Europa face às vendas globais.

¹⁹⁵ Cfr. pars. 108 a 109 da Decisão.

¹⁹⁶ A ASE presta serviços à LuxOpCO, gerindo o serviço da Amazon para vendedores terceiros da União, o chamado Marketplace (cfr. par. 112 da Decisão).

¹⁹⁷ A AMEU geria as atividades digitais da Amazon na União (cfr. par. 112 da Decisão).

¹⁹⁸ Cfr. pars. 110 a 112 e 156 da Decisão.

contrapartida *royalties* determinadas da mesma forma das *royalties* pagas pela LuxOpCo à LuxSCS.¹⁹⁹

A LuxOpCo detinha ainda participações nas sociedades europeias associadas²⁰⁰ que prestavam serviços²⁰¹ de recomendação de clientes para os sítios Web europeus, assegurando serviços aos clientes e aos comerciantes, serviços de apoio e serviços de tratamento de encomendas²⁰².

3.5.2 DESCRIÇÃO DA MEDIDA

A decisão fiscal controvertida, tendo por referência nomeadamente o n.º 3 do artigo 164.º²⁰³ da LIR, autoriza o método de determinação das *royalties* a pagar pela LuxOpCo à LuxSCS pela utilização dos ativos intangíveis.

De acordo com o método aprovado, a taxa de licença e o nível de *royalties* seriam calculados da seguinte forma:²⁰⁴

1. Calcular e atribuir à LuxOpCo o «rendimento da LuxOpCo» de montante igual ao montante mais baixo entre a) [4-6]²⁰⁵ % do total dos encargos de exploração suportados pela LuxOpCo durante o ano em causa e b) os lucros de exploração realizados na UE atribuíveis aos sítios Web europeus durante esse mesmo ano;
2. A taxa de licença é igual aos lucros de exploração realizados na UE menos o rendimento da LuxOpCo, sem poder ser inferior a zero;
3. O nível de *royalties* anual é igual à taxa de licença dividida pelo volume de negócios total realizado na UE no ano em causa;
4. Não obstante o que precede, o montante do rendimento da LuxOpCo não é [...] inferior a 0,45 % nem superior a 0,55 % do volume de negócios realizado na UE[.]

¹⁹⁹ Vide ponto 3.5.2 referente à descrição da medida onde é apresentado o método de determinação do nível de *royalties*.

²⁰⁰ Amazon.co.uk; Amazon Logistic GmbH; Amazon.de GmbH; Amazon.fr. Logistique SAS e Amazon.fr SARL.

²⁰¹ Pela prestação de serviços estas sociedades eram remuneradas pela LuxOpCo de acordo com o MMLO, com uma margem (entre 3% e 8%) sobre os custos suportados como indicador de lucro.

²⁰² Cfr. pars. 110 e 114 a 115 da Decisão.

²⁰³ O n.º 3 do artigo 164.º da LIR, antes da entrada em vigor em 2017 do artigo 56.º, consagrava o PPC no direito fiscal luxemburguês (cfr. pars. 241 a 243 da Decisão).

²⁰⁴ Cfr. par. 127 da Decisão.

²⁰⁵ Esta margem é sustentada pela Amazon através de uma pesquisa de comparáveis na base de dados Amadeus.

3.5.3 DECISÃO DA COMISSÃO

O início do procedimento formal de investigação resultou de a Comissão ter considerado, a título preliminar, que a decisão fiscal controvertida constitui a concessão de um auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º do TFUE, na medida em que o pagamento de *royalties* para a LuxSCS e a remuneração obtida pela LuxOpCo se afastam de um resultado de plena concorrência.

Na sequência do procedimento formal de investigação a Comissão decide que, através da decisão fiscal controvertida, foi concedido um auxílio incompatível e ilegal que deve ser recuperado pelo Luxemburgo junto da Amazon EU Sàrl. Esta decisão da Comissão resulta de ter considerado que estavam preenchidos todos os elementos subjacentes ao conceito de auxílio de Estado.

No que respeita à existência de uma vantagem seletiva, a Comissão considera que a decisão fiscal confere uma vantagem económica à Amazon por aprovar «um método que produz um resultado que se afasta de uma aproximação fiável de um resultado baseado no mercado» (cfr. par. 399 da decisão). Tal vantagem, para a Comissão, é seletiva por, desde logo, ser concedida unicamente à Amazon, e adicionalmente em resultado da análise em três fases: identificação do sistema de referência; aferição da existência de derrogação e justificação da eventual derrogação.

A existência de uma vantagem resulta da decisão aprovar um método de determinação de preços de transferência que produz um resultado que se afasta de uma aproximação fiável de um resultado baseado no mercado e conseqüentemente provoca uma redução da matéria coletável da LuxOpCo para efeitos do cálculo do imposto sobre as pessoas coletivas. A Comissão utiliza duas linhas de argumentação, principal e subsidiária:

- i. A título principal a Comissão considera que o método adotado se baseia no pressuposto inexato e infundado de que a LuxSCS exerceria funções únicas e de valor relativamente aos ativos intangíveis, enquanto a LuxOpCO exerceria apenas funções rotineiras, quando o que acontecia na realidade seria o inverso.
- ii. A título subsidiário, a Comissão considera que as escolhas metodológicas, subjacentes ao método de determinação dos preços de transferência, são inadequadas e como tal produzem um resultado que se afasta de uma aproximação fiável de um resultado baseado no mercado.

Na fundamentação a título principal, a Comissão começa por identificar duas etapas que compõem uma análise de preços de transferência. A primeira consiste «em determinar as relações comerciais e financeiras entre o contribuinte que solicita uma decisão antecipada relativa à fixação de preços de transferência e as sociedades do grupo às quais está ligado na ou nas transações que são objeto de análise». A segunda etapa é «a comparação das condições da transação em questão com as transações comparáveis entre empresas independentes (análise de comparabilidade), de maneira a poder fixar um preço para a transação intragrupo»²⁰⁶.

Neste âmbito, e tendo em vista demonstrar que o método de determinação de preços de transferência assenta em pressupostos errados, a Comissão promove a análise funcional da LuxSCS e da LuxOpCO.

Na perspetiva da Comissão, a análise funcional da LuxSCS permite concluir que esta

não estava habilitada a exercer funções únicas e de valor associadas ao desenvolvimento, à melhoria, à gestão e à exploração dos ativos incorpóreos, não exerceu nem externalizou essas funções e não tinha capacidade para o fazer. [...] além disso, [...] durante esse período, a LuxSCS não utilizou ativos associados a essas atividades, detendo simplesmente a propriedade e uma licença sobre os ativos incorpóreos nos termos do APC, e não assumiu nem controlou efetivamente os riscos associados a essas atividades, nem tinha capacidade operacional e financeira para o fazer. Na realidade, podia considerar-se, no máximo, que a LuxSCS exerceu determinadas funções necessárias à manutenção da sua propriedade legal dos ativos incorpóreos (...).²⁰⁷

Por outro lado, a análise funcional da LuxOpCo, permite à Comissão concluir que esta, durante o período sob análise,

exercia funções ativas e críticas relacionadas com o desenvolvimento, a melhoria, a gestão e a exploração de ativos incorpóreos e com a função de sede e o exercício das atividades de venda a retalho e de prestação de serviços da Amazon na Europa. A LuxOpCo utilizava a sua licença relativa aos ativos incorpóreos para efeitos do exercício das atividades de venda a retalho e de prestação de serviços da Amazon na Europa e suportava os custos associados ao desenvolvimento, à melhoria, à gestão e à exploração desses ativos. Também utilizava uma série de

²⁰⁶ Cfr. pars. 409 e 410 da Decisão.

²⁰⁷ Cfr. par. 447 da Decisão.

ativos corpóreos e suportava os custos relacionados com as atividades de venda a retalho e de prestação de serviços da Amazon na Europa de um modo geral. Por último, a LuxOpCo assumia e controlava os riscos substanciais associados aos ativos incorpóreos, bem como todos os riscos comerciais e empresariais relacionados com as atividades de venda a retalho e de prestação de serviços da Amazon na Europa.

Após a definição da transação vinculada e da análise funcional das partes envolvidas, a Comissão procedeu à avaliação da seleção do método de preços de transferência mais adequado, tendo concluído que, uma vez que resulta da análise funcional que só uma das partes no acordo de licença efetua contribuições únicas e de valor, o MMLO é o mais adequado para avaliar a remuneração a pagar nos termos do acordo, devendo a LuxSCS ser a parte testada, uma vez que é a entidade menos complexa. Para efeitos de aplicação do MMLO, considera a Comissão que o indicador de lucro adequado é uma margem sobre os custos totais considerados, ou seja, os custos incorridos com os serviços externos contratados pela LuxSCS para proteção da propriedade legal dos ativos intangíveis, na medida em que representam os custos associados às funções efetivamente por si realizadas²⁰⁸. Na determinação da margem sobre os custos, a Comissão absteve-se de efetuar qualquer análise de comparabilidade, tendo considerado uma margem de 5% que, na sua perspetiva, corresponde a um adequado ponto do intervalo de margens compreendidas entre 3% e 10% que, segundo relatório elaborado em 2010 pelo Fórum Conjunto de Preços de Transferência²⁰⁹, as administrações fiscais nacionais dos Estados-Membros participantes observam relativamente aos serviços intragrupo de baixo valor acrescentado.

Assim, conclui a Comissão que o nível de remuneração adequado é inferior ao nível de remuneração da LuxSCS resultante do método de determinação dos preços de transferência aprovado pela decisão fiscal controvertida, e como tal esta confere uma vantagem económica à LuxOpCo sob a forma de redução da sua matéria coletável para efeitos do cálculo do imposto luxemburguês sobre pessoas coletivas.

²⁰⁸ Na perspetiva da Comissão, os custos associados ao acordo de entrada e ao APC devem ser refaturados, pela LuxSCS à LuxOpCo, sem adição de qualquer margem.

²⁰⁹ O Fórum Conjunto de Preços de Transferência (FCPT), criado em 2002, é composto por especialistas, do setor público, empresarial e organizações sem fins lucrativos, e assiste a Comissão Europeia em matéria de preços de transferência (https://ec.europa.eu/taxation_customs/joint-transfer-pricing-forum_pt).

Conforme já referido, adicionalmente, e a **título subsidiário**, a Comissão considera que as escolhas metodológicas, subjacentes ao método de determinação dos preços de transferência, são inadequadas e como tal produzem um resultado, não quantificado pela Comissão, que se afasta de uma aproximação fiável de um resultado baseado no mercado. A sustentar esta posição, a Comissão argumenta que:

- ao considerar-se, erradamente, que a LuxOpCO executou apenas funções rotineiras, o lucro residual foi indevidamente imputado na totalidade à LuxSCS, quando deveria ser, face às funções efetivamente desenvolvidas por cada uma das partes e no âmbito de aplicação do método do fracionamento do lucro, imputado atendendo às contribuições de cada²¹⁰;
- a escolha de um indicador de lucro baseado nos encargos de exploração não é adequada, devendo, face ao modelo de negócio da LuxOpCo, na qualidade de empresa de venda a retalho, considerar-se a totalidade dos custos totais, incluindo os custos das mercadorias, das matérias-primas e dos consumíveis que são a componente mais importante dos mesmos²¹¹; e
- não existe justificação para a consideração de um limite máximo de rentabilidade, não resultando tal opção de qualquer análise de comparabilidade.²¹²

No que respeita à seletividade da medida, a Comissão, para além de considerar poder pressupor a natureza seletiva, uma vez que a decisão fiscal é uma medida individual que confere uma vantagem à LuxOpCo, procede a uma análise em três fases: identificação do sistema de referência; aferição da existência de derrogação e justificação da eventual derrogação.

No que respeita à identificação do sistema de referência, a Comissão considera que este é constituído pelo regime geral do imposto sobre as pessoas coletivas no Luxemburgo, que tem como objetivo tributar todos os lucros tributáveis no país e, conseqüentemente, todos os sujeitos passivos deste imposto, quer operem de forma autónoma, quer integrem um grupo de sociedades, encontram-se numa situação factual e jurídica comparável no que diz respeito à determinação do imposto que têm de pagar.

²¹⁰ Cfr. pars. 565 a 568 da Decisão.

²¹¹ Cfr. pars. 569 a 574 da Decisão.

²¹² Cfr. pars. 575 a 578 da Decisão.

O método de determinação dos preços de transferência aprovado pela decisão, ao conduzir a um lucro tributável para a LuxOpCo desconforme ao PPC, permite concluir pela existência de uma derrogação, cujo tratamento favorável não foi justificado pelo Luxemburgo ou pela Amazon, não tendo a Comissão identificado qualquer motivo ou justificação decorrente diretamente dos princípios internos, fundadores ou diretores do sistema de referência ou de mecanismos inerentes que sejam necessários ao funcionamento e à eficácia do sistema.²¹³

A Comissão, estando preenchidos os requisitos previstos no artigo 107.º do TFUE, considerou o auxílio de Estado incompatível e ilegal, tendo determinado a sua recuperação²¹⁴, relativamente ao auxílio concedido a partir de 24 de junho de 2004, junto da Amazon EU Sàrl.

Desta decisão da Comissão foi interposto recurso, quer pelo Luxemburgo, em 14 de maio de 2018 (processo T-816/17), quer pela Amazon EU Sàrl e a Amazon.com, em 22 de maio de 2018 (processo T-318/18), pedindo a anulação da mesma.

3.5.4 DA APRECIACÃO PELO TRIBUNAL

Na sequência dos recursos, que foram apensos, veio a ser proferido, em 12 de maio de 2021, o Acórdão do Tribunal Geral.

O TGUE preliminarmente à apreciação dos argumentos aduzidos pelas recorrentes quanto à existência de um auxílio de Estado, considera admissível que, no âmbito do controlo dos auxílios de Estado, a Comissão é competente para avaliar se a decisão fiscal controvertida constitui um auxílio. Neste âmbito, considera que a Comissão pode, por aplicação do artigo 107.º do TFUE, *«[...]check whether that pricing corresponds to pricing under market conditions, in order to determine whether there is, as a result, any mitigation of the burdens normally included in the budget of the undertaking concerned, thus conferring on*

²¹³ Cfr. pars. 588 a 604 da Decisão.

²¹⁴ O montante a recuperar deve ser determinado: i) tomando o lucro contabilístico da LuxOpCo de cada um dos exercícios durante os quais a DFA em causa foi utilizada para determinar a sua dívida de imposto sobre as pessoas coletivas, ii) deduzindo a esse montante a soma dos custos de entrada e dos custos no âmbito do APC, os custos dos serviços externos assumidos pela LuxSCS e a margem adequada sobre os custos destes serviços, desde que estes custos traduzam as funções realmente exercidas pela LuxSCS, iii) aplicando ao montante resultante o regime comum do imposto sobre o lucro das sociedades no Luxemburgo, incluindo o imposto normal sobre o rendimento das pessoas coletivas, o imposto municipal, as majorações e o imposto sobre o património, iv) deduzindo do montante assim obtido o montante do imposto efetivamente pago pela LuxOpCo em cada exercício em que a DFA em causa esteve em vigor (cfr. par. 645 da Decisão).

*that undertaking an advantage».*²¹⁵ No entanto, acrescenta o tribunal, a existência de erros metodológicos na determinação dos preços de transferência nos termos da decisão fiscal antecipada, apenas relevam se a Comissão demonstrar que os mesmos levaram a que a decisão controvertida

do not allow a reliable approximation of an arm's length outcome to be reached and that they led to a reduction in the taxable profit compared with the tax burden resulting from the application of normal taxation rules under national law to an undertaking placed in a comparable factual situation to the company concerned and carrying out its activities under market conditions. (cfr. par. 123 do Acórdão).

No pedido de anulação da decisão da Comissão, as recorrentes contestam os fundamentos que suportam a mesma, quer os aduzidos a título principal, quer os aduzidos a título subsidiário.

Na contestação, dos fundamentos produzidos pela Comissão a título principal, as recorrentes argumentam que a errada análise funcional desenvolvida pela Comissão levou-a a, indevidamente considerar que a LuxSCS era a parte menos complexa e a escolhas metodológicas erradas na aplicação do MMLO, a Comissão utilizou de modo arbitrário e enviesado partes do processo nos EUA envolvendo a Amazon e o resultado apurado pela Comissão é desconforme ao que deriva da aplicação do princípio de plena concorrência.

O TGUE na apreciação dos argumentos aduzidos pelas recorrentes começa por avaliar se as Orientações da OCDE, que embora não sejam vinculativas constituem um referencial na apreciação da aplicação do PPC, devem ser levadas em linha de conta para efeitos da apreciação da decisão fiscal controvertida face ao regime dos auxílios de Estado. Neste âmbito, o tribunal, após observar que a decisão da Comissão se socorre quer da versão de 1995, quer das de 2010 e de 2017, refere que as várias versões diferem em vários pontos e em diferentes intensidades, destacando como diferença significativa que «*[o]ne of the entirely new elaborations of the OECD Guidelines which appeared only in the 2017 version is the DEMPE functional analysis method*»²¹⁶, tendo este método sido referenciado e utilizado pela Comissão no âmbito da sua fundamentação. Assim, quanto às orientações da OCDE relevantes, conclui o tribunal (par. 154 do Acórdão) que

²¹⁵ Cfr. par. 120 do Acórdão.

²¹⁶ Cfr. par. 152 do Acórdão.

as the Commission relied on the 2010 version of the OECD Guidelines, that version is not relevant, unless it merely provides a useful clarification, without further elaboration, of the guidelines already set out in 1995. As for the 2017 version of the OECD Guidelines, since they were published after the relevant period and in so far as the recommendations contained therein have evolved significantly in relation to the 1995 version of the OECD Guidelines, those guidelines are not relevant in the present case.

No que respeita ao aduzido pelas recorrentes de que, em resultado de uma incorreta análise funcional, a LuxSCS foi indevidamente considerada como entidade testada para efeitos de aplicação do MMLO, o TGUE acompanha as recorrentes. A suportar tal posição, o TGUE considera que as funções desempenhadas, ativos utilizados e riscos assumidos foram incorretamente minimizados pela Comissão no âmbito da análise funcional por si desenvolvida. Ao contrário do sustentado pela Comissão, o TGUE acompanha o argumento de que a LuxSCS detém ativos²¹⁷ intangíveis considerados únicos e valiosos, que são disponibilizados à LuxOpCo, no âmbito do acordo de licenciamento, mediante o recebimento de *royalties*, contribuindo para o seu desenvolvimento através da sua contribuição financeira no âmbito do APC e assim assumindo os riscos financeiros associados à sua detenção e desenvolvimento.

Adicionalmente, considera o TGUE, ainda que a LuxSCS fosse a entidade testada, a remuneração a atribuir a esta entidade foi inapropriadamente calculada pela Comissão. No que respeita à primeira componente da remuneração preconizada pela Comissão, de redébito sem margem dos custos suportados no âmbito do APC, o TGUE²¹⁸ considera que tal é erróneo e não corresponde a uma remuneração de plena concorrência. O TGUE, para além de considerar que a hipótese aventada pela Comissão, que suporta a posição, de que a LuxOpCo poderia participar diretamente no APC é meramente hipotética, refere que

[t]he mere fact that an entity belonging to a group of companies was created solely for the purposes of tax optimisation and that it receives a royalty for intangible assets developed within the group of companies in question is not sufficient, in itself, to support the conclusion that there was a tax advantage within

²¹⁷ Para o TGUE não releva que os ativos sejam eventualmente detidos de modo passivo, uma vez que «*although, as the Commission suggested in footnote 681 of the contested decision, according to the 2017 version of the OECD Guidelines, a passive owner cannot be the most complex party and may therefore be the tested party in the context of the application of the TNMM, it must be pointed out that that was not the case in the relevant period, which must be examined in the present case solely in the light of the 1995 version of the OECD Guidelines*» (par. 195 do Acórdão).

²¹⁸ Cfr. pars. 257 a 284 do Acórdão.

the meaning of Article 107(1) TFEU for the entity liable for payment of the royalty and therefore does not necessarily demonstrate the existence of State aid in favour of the entity liable for payment of the royalty. (par. 279 do Acórdão).

Para o TGUE, o que está em discussão não é se a Lux SCS foi criada apenas com objetivos fiscais, nem tão pouco se existe tributação dos seus lucros nos EUA, mas sim se o valor das *royalties* pagas pela LuxOpCo está sobreavaliado, atendendo ao referencial de plena concorrência, e como tal a base tributável foi artificialmente reduzida conferindo assim uma vantagem.

Também no que respeita à segunda componente da remuneração o TGUE²¹⁹ acompanhou as recorrentes, nomeadamente atendendo à inadequabilidade de utilização das margens de referência consideradas pelo EUJTPF no que respeita à remuneração dos serviços de baixo valor acrescentado uma vez que, atendendo às funções desenvolvidas pela LuxSCS associadas à manutenção dos seus ativos intangíveis, estamos perante serviços com características distintas.

Relativamente à fundamentação apresentada pela Comissão a título subsidiário, o TGUE²²⁰ refere que a análise efetuada não permite concluir que da aplicação do MFL resultaria uma remuneração superior para a LuxOpCO face à obtida com a aplicação da metodologia aprovada com a decisão fiscal controvertida, nem que a utilização de um indicador de lucro tendo por referência os custos totais conduziria a uma remuneração de plena concorrência. Assim, e ainda que considere que a Comissão andou bem ao considerar que não existe racionalidade económica para a definição de um mecanismo de limite mínimo e máximo para o lucro obtido pela LuxOpCO, tal não permite só por si concluir pela existência de uma vantagem, pelo que também a argumentação utilizada pela Comissão a título subsidiário não é suficiente para sustentar que a decisão fiscal controvertida confere uma vantagem.

Assim, atendendo ao anteriormente referido, o TGUE concluiu pela anulação integral da decisão impugnada.

²¹⁹ Cfr. pars. 285 a 295 do Acórdão.

²²⁰ Cfr. pars. 298 a 590 do Acórdão.

3.5.5 NOTAS FINAIS SOBRE O CASO AMAZON

O caso Amazon tem subjacente uma decisão fiscal emitida pelas autoridades fiscais luxemburguesas a favor de entidades do grupo Amazon. A referida decisão determina a metodologia de determinação das *royalties* pagas pela LuxOpCo à LuxSCS, representando na prática a determinação dos lucros atribuídos às duas entidades, sendo que a LuxSCS é uma entidade fiscalmente transparente no Luxemburgo. Ora considerando que por sua vez os lucros não são tributados nos EUA por estes não considerarem a LuxSCS uma entidade transparente, mas sim uma entidade distinta residente no Luxemburgo, estamos, uma vez mais, perante uma alocação de lucros, recorrendo às regras de preços de transferência, que permitem, face à discrepância no sistema de tributação entre o Luxemburgo e os EUA, o diferimento da tributação de uma grande parte dos lucros gerados na Europa pelo Grupo Amazon.

No entanto, embora a própria Comissão admita que a constituição da LuxSCS apenas ocorreu por motivos fiscais, o TGUE refere que não é o eventual abuso que está em discussão, mas sim se a violação do princípio de plena concorrência provoca uma redução da base tributável no Luxemburgo e consequentemente uma vantagem para efeitos de enquadramento no regime de auxílios de Estado.

A Comissão na aferição da existência de vantagem levou em linha de conta o princípio de plena concorrência, tendo na sua interpretação recorrido às Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência. O TGUE, para além de reconhecer a competência da Comissão para avaliar se a metodologia resultante da decisão fiscal conduz a um resultado de plena concorrência, reconhece que as Orientações da OCDE, embora não sejam de carácter vinculativo, constituem um referencial suscetível de ser utilizado nesta avaliação. No entanto, importa referir que há que atender às diferenças entre as várias versões da Orientações da OCDE, referindo o Tribunal que apenas serão de considerar aquelas que estavam em vigor à data da emissão da decisão, ou que não tenham alterações relevantes face à versão em vigor nessa data.

A Comissão, que na sua avaliação havia seguido a metodologia preconizada nas Orientações da OCDE e sustentado a sua decisão de que a metodologia que resultava da decisão assentava em pressupostos errados, nomeadamente atenta a análise funcional por si efetuada e os efeitos que daí resultam ao nível do método apropriado e da escolha da entidade testada, viu o TGUE contrair a sua posição e como tal dar razão aos recorrentes.

Resulta deste caso, em linha com boa parte dos anteriormente estudados, a especial relevância que a análise funcional tem na determinação dos preços de transferência praticados entre entidades relacionadas.

Por fim, importa mencionar a referência que a Comissão fez ao Relatório do FCPT relativo às margens obtidas em serviços de baixo valor acrescentado. Embora também as orientações da OCDE (2017, pp. 333-343) abordem este tema, parece-nos que de um modo geral a sua aplicação será reduzida por incoerência face ao que na realidade ocorre em operações vinculadas relativas a serviços de maior valor acrescentado. O TGUE na sua decisão também não acompanhou a Comissão na sua decisão por falta de apresentação de comparáveis.

3.6 AVALIAÇÃO À QUESTÃO DE INVESTIGAÇÃO E À EXISTÊNCIA DE ALTERNATIVAS

De acordo com o que Yin (2003) propõe para o método do estudo de caso, pretende-se investigar empiricamente o fenómeno atual da utilização das regras dos auxílios de Estado no combate a práticas fiscais prejudiciais e proteção das bases tributáveis. Para a resposta à questão geral sobre se «o regime dos auxílios de Estado é adequado para combater as práticas fiscais prejudiciais e proteger as bases tributáveis», tendo por base as cinco decisões da Comissão Europeia antes apresentadas, propomos a sua divisão em duas questões específicas, a saber:

1. As medidas fiscais controvertidas provocam erosão das bases tributáveis?
2. A abordagem desenvolvida pela Comissão revelou-se adequada?

3.6.1 AS MEDIDAS FISCAIS CONTROVERTIDAS PROVOCAM EROSÃO DAS BASES TRIBUTÁVEIS?

Na perspetiva da Comissão Europeia em todos os casos estudados as medidas fiscais controvertidas conferem uma vantagem seletiva aos beneficiários das mesmas. Essa vantagem traduz-se na redução da carga fiscal suportada pelo que, de um modo geral, há uma erosão das bases tributáveis nomeadamente no Estado-Membro da administração fiscal que emite a decisão fiscal antecipada.

Nos casos estudados as decisões fiscais antecipadas versam sobre a alocação de lucros relativamente a operações vinculadas realizadas pelas entidades a que se destinam. Considerando que os preços de transferência praticados, com base nas diversas decisões,

assentam em metodologias desconformes ao princípio de plena concorrência, tal significa uma redução do lucro tributável e conseqüentemente uma erosão da base tributável no respetivo Estado-Membro.

No caso Fiat, embora seja possível identificar uma transferência de lucros para a jurisdição das entidades relacionadas nas operações vinculadas, não é evidente que esses lucros beneficiem nessa jurisdição de um tratamento mais favorável.

No caso Apple, através dos mecanismos de preços de transferência, uma parte significativa dos lucros gerados são alocados a outras entidades do grupo. No entanto, a discrepância nos sistemas de tributação entre a Irlanda e os EUA, nomeadamente quanto à qualificação de uma entidade relacionada, permite um diferimento da tributação dos lucros alocados a esta. Situação semelhante ocorre no caso Amazon, em resultado da discrepância nos sistemas de tributação entre o Luxemburgo e os EUA. Assim, considerando que nos períodos em que os lucros são gerados não existe tributação, ou seja, existe uma dupla não tributação que se manterá até que o grupo decida pela distribuição de dividendos, podemos concluir que as medidas fiscais controvertidas nestes casos propiciam a erosão das bases tributáveis. Adicionalmente, considerando que os lucros retidos e não tributados podem ser geradores de rendimentos e lucros adicionais, também eles não tributados, estamos perante um «efeito multiplicador» ao nível da não tributação dos lucros.

No caso Starbucks, parte significativa dos lucros gerados, também através dos mecanismos de preços de transferência, são alocados a entidade considerada transparente no Reino Unido e como tal aí não sujeita a tributação com a conseqüente perda de receita tributária.

No caso *Excess Profit Scheme*, as várias decisões fiscais antecipadas permitem aos seus beneficiários a não tributação de parte dos lucros gerados no grupo. Relativamente a estes lucros existe uma dupla não tributação, uma vez que se numa primeira fase, da aplicação da metodologia de determinação dos preços de transferência, foi testada a entidade relacionada contraparte residente noutra jurisdição, tendo os lucros remanescentes sido alocados à entidade belga, numa segunda fase as autoridades fiscais belgas admitem que parte dos mesmos são excessivos não sendo tributados. Assim, esses lucros excessivos não sendo tributados na esfera da entidade belga, nem na esfera de qualquer outra entidade do grupo, são definitivamente excluídos de tributação, ou seja, estamos perante medidas fiscais que provocam uma evidente erosão das bases tributáveis nas jurisdições em que se localizam as entidades que integram o grupo multinacional.

Em síntese, temos que nos casos estudados existem situações de deslocalização de tributação para outra jurisdição, diferimento de tributação ou até dupla não tributação. Assim, poderemos responder afirmativamente à questão sobre se as medidas fiscais controvertidas provocam erosão das bases tributáveis.

No ponto seguinte, e considerando que as medidas fiscais controvertidas provocam erosão das bases tributáveis, procuraremos avaliar se a abordagem desenvolvida pela Comissão Europeia na avaliação destas medidas fiscais, recorrendo ao regime dos auxílios de Estado, foi adequada.

3.6.2 A ABORDAGEM DESENVOLVIDA PELA COMISSÃO REVELOU-SE ADEQUADA?

Na aferição sobre se a abordagem desenvolvida pela Comissão foi adequada iremos considerar as decisões da própria Comissão, do TGUE e do TJUE (no caso *Excess Profit Scheme*) e ponderar os seguintes aspetos: a competência da Comissão para avaliar estes casos à luz do regime dos auxílios de Estado, a fundamentação seguida pela Comissão e a existência de alternativas à aplicação do regime dos auxílios de Estado.

No que respeita à competência da Comissão para avaliar as medidas fiscais à luz do regime dos auxílios resulta da jurisprudência, designadamente das decisões do TGUE relativamente aos casos controvertidos e da decisão do TJUE relativamente ao caso *Excess Profit Scheme*, que, embora a competência no domínio da fiscalidade direta seja de cada Estado-Membro, tal não significa que estes nesse exercício não respeitem o direito da União, ou seja, as suas intervenções não estão excluídas da regulamentação relativa à fiscalização dos auxílios de Estado, sendo que a Comissão é competente para garantir o respeito do artigo 107.º do TFUE, podendo qualificar uma medida fiscal de auxílio de Estado, desde que estejam reunidas as condições para essa qualificação.

Na fundamentação das condições para a qualificação de uma medida fiscal como auxílio de Estado merece especial destaque a existência de uma vantagem seletiva. Embora estejamos perante dois elementos autónomos podem ser avaliados conjuntamente, sendo que no caso das medidas fiscais individuais (todos os casos estudados com exceção do caso belga) a existência de uma vantagem permite pressupor a existência de seletividade. Na generalidade das decisões sob a apreciação a Comissão socorreu-se da análise em 3 fases: identificação do sistema de referência, aferição de existência de derrogação e justificação para derrogação.

De um modo geral, nos casos analisados a Comissão identificou como sistema de referência o imposto sobre o lucro das sociedades, do Estado-Membro que emitiu as decisões fiscais antecipadas, tendo, face ao objetivo intrínseco do imposto sobre o lucro das sociedades, sido consideradas em situação factual e jurídica comparável as sociedades residentes e não residentes, estejam ou não, integradas em grupos económicos. Esta posição foi corroborada pelo TGUE no âmbito da sua pronúncia quanto aos recursos apresentados relativamente aos casos sob análise.

Na aferição da derrogação ao sistema de referência a Comissão tomou como referência o Princípio de Plena Concorrência, ainda que este não fizesse parte do ordenamento jurídico interno do Estado-Membro que emitiu a decisão e não corresponda necessariamente ao que decorre do previsto no artigo 9.º do MOCDE. Ainda assim, nas avaliações efetuadas pela Comissão, foram consideradas as orientações emitidas pela OCDE em matéria de preços de transferência. Nas várias decisões do TGUE foi reconhecida a pertinência do PPC como instrumento a utilizar pela Comissão no âmbito do controlo dos auxílios de Estado, bem como a relevância das orientações emitidas pela OCDE na interpretação das questões relativas a preços de transferência, atentas, todavia, as interpretações que resultariam das orientações que existiam à data da emissão das decisões fiscais antecipadas.

No entanto, embora o TGUE acompanhe a Comissão na possibilidade de utilização do PPC, apenas no caso Fiat a acompanhou quanto à aplicação concreta do mesmo. Nos restantes casos estudados²²¹, em que já foi avaliada a aplicação do PPC, o TGUE não acompanha as conclusões da Comissão. Para o TGUE as decisões da Comissão estão inadequadamente fundamentadas, considerando: a falta de demonstração dos efeitos dos alegados erros metodológicos subjacentes às decisões fiscais antecipadas; a fragilidade das análises funcionais realizadas pela Comissão, tendo em vista a correta identificação e alocação das funções desempenhadas, ativos utilizados e riscos assumidos pelas entidades relacionadas que participam nas operações vinculadas, com os consequentes efeitos ao nível da escolha dos métodos de determinação dos preços de transferência e dos comparáveis a utilizar; a insuficiente ou inapropriada utilização de comparáveis, atendendo nomeadamente aos fatores de comparabilidade a considerar na identificação dos mesmos; e

²²¹ Casos Starbucks, Apple e Amazon, sendo que o caso *Excess Profit Scheme* ainda tem pendente a avaliação do TGUE no que respeita à aplicação do PPC, uma vez que na primeira decisão o TGUE apenas se pronunciou quanto à existência de um regime de auxílios.

a falta de demonstração probatória de asserções consideradas pela Comissão nas suas decisões.

Esta fragilidade apontada pelo TGUE às decisões da Comissão, deixam evidenciada a complexidade e subjetividade da temática dos preços de transferência e as dificuldades, seja da Comissão, seja das administrações fiscais, na avaliação das políticas de preços de transferência dos grupos multinacionais.

Para além da complexidade técnica, a assimetria de informação entre administrações fiscais e grupos multinacionais constitui um entrave ao controlo desenvolvido pelas administrações fiscais. Neste âmbito importa fazer referência à possibilidade de acesso pelas administrações fiscais, no âmbito da troca de informação, a informação relevante, nomeadamente: o *Country-by-Country Reporting* (CbCR),²²² conjugado com o *Master File* que integra o processo de documentação de suporte às políticas de preços de transferência dos grupos, e as decisões fiscais prévias transfronteiriças e de acordos prévios sobre preços de transferência emitidas com relevância para outras administrações fiscais.²²³ Esta última permite às administrações fiscais das jurisdições que são contraparte nas operações vinculadas abrangidas pelas DFA e pelos APPT, conhecer da existência e dos termos gerais dos mesmos, habilitando-as a desenvolver análises adicionais em resultado dos potenciais efeitos ao nível dos lucros tributáveis nessa jurisdição.²²⁴

No âmbito do controlo e avaliação das políticas de preços de transferência adotadas pelos grupos multinacionais parece-nos que quer os controlos multilaterais e as auditorias conjuntas²²⁵, quer a avaliação conjunta do risco fiscal subjacente à referida política²²⁶, são dois instrumentos cuja utilização pelas administrações fiscais deverá merecer uma especial atenção, podendo a Comissão Europeia assumir um papel relevante na sua dinamização.

Estes instrumentos deverão, no entanto, ser complementados com melhorias no quadro normativo. Assim, sem prejuízo do Inclusive Framework da OCDE estar a trabalhar numa

²²² Vide Diretiva (UE) 2016/881.

²²³ Vide Diretiva (UE) 2015/2376.

²²⁴ A preocupação de evitar situações geradoras de dupla não tributação está patente no Relatório da OCDE relativo à Ação 14, quando a propósito dos efeitos retroativos de um APPT e de eventuais ajustamentos negativos, refere no seu ponto 33 que «*[d]ownward adjustments should only be made after notification to or consultation with the other competent authority, in order to prevent an outcome that leads to non-taxation of all or part of the adjusted profits*».

²²⁵ Neste sentido vide as alterações promovidas pela DAC7 à Diretiva da Cooperação Administrativa.

²²⁶ Vide, no âmbito da OCDE, o *ICAP - International Compliance Assurance Programme* (disponível em <https://www.oecd.org/tax/forum-on-tax-administration/international-compliance-assurance-programme.htm>) e, no âmbito da União Europeia, o *EU Cooperative Compliance Program* (disponível em https://ec.europa.eu/taxation_customs/eu-cooperative-compliance-programme_en).

solução consensual global para reformar o quadro internacional em matéria de tributação das sociedades, nomeadamente no Pilar 1 (*Partial re-allocation of taxing rights*) e no Pilar 2 (*Minimum effective taxation of multinationals' profit*), que, no entanto, apenas se aplicarão a uma pequena franja das sociedades europeias, parece-nos relevante a proposta da Comissão Europeia de vir a criar um novo quadro para a tributação do rendimento das empresas na Europa (*Business in Europe: Framework for Income Taxation – Empresas na Europa: Quadro para a Tributação de Rendimentos – ou BEFIT*), que, substituindo as propostas pendentes do *Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, pretende constituir um conjunto único de regras de tributação das sociedades para a UE, assente em aspetos fundamentais como um valor tributável comum e a repartição dos lucros entre os Estados-Membros com base numa fórmula de repartição²²⁷.

Adicionalmente, importa lembrar que, nos casos estudados, a não tributação, temporária ou definitiva, tem subjacente as discrepâncias entre os sistemas de tributação de diferentes jurisdições. Estas discrepâncias, bem como o eventual planeamento fiscal agressivo com a criação de entidades apenas por motivos fiscais, não estão em avaliação pelo TGUE que delimita a sua intervenção à aferição do enquadramento da medida fiscal enquanto auxílio de Estado nos termos do artigo 107.º TFUE. Assim, para lidar com as questões do abuso e das discrepâncias entre sistemas de tributação há que encontrar mecanismos alternativos, que não o regime dos auxílios de Estado.

No que respeita às questões do abuso merece especial destaque a diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, que estabeleceu regras contras as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, nomeadamente a previsão uma norma geral antiabuso.

No que concerne ao aproveitamento das discrepâncias entre sistemas de tributação, nomeadamente quanto à qualificação das entidades, importa referenciar a Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, bem como a Convenção Multilateral para Implementar Medidas Relacionadas com Tratados Fiscais para Prevenir a Erosão das Bases e a Transferência, adotada em Paris, em 24 de novembro de 2016, que surge na sequência do Projeto BEPS²²⁸. No entanto, o facto dos EUA terem optado por não assinar a Convenção

²²⁷ Vide Comissão (2021, pp. 11-13).

²²⁸ «Verificando-se a primazia da Convenção Multilateral sobre as CDTs por ela abrangidas, o resultado prático dessa aplicação concretiza-se na modificação de algumas das regras das CDTs e na introdu[ção] de regras novas, a par com a manutenção de todo o conteúdo das CDTs que não seja objeto de alteração pela Convenção Multilateral (...)» (Pereira, 2021, p. 238).

Multilateral representa uma brecha no propósito desta contribuir para uma rede de CDTs mais harmonizada evitando o planeamento fiscal agressivo que surge devido a brechas e lacunas na conjugação entre diversas CDTs (Pereira, 2021, p. 233-234).

Para finalizar, e procurando responder à questão sobre se a abordagem desenvolvida pela Comissão se revelou adequada, podemos concluir, atentas as decisões do TGUE e TJUE já conhecidas relativamente aos casos estudados, que embora o caminho gizado pela Comissão seja adequado, nomeadamente a consideração do PPC como referencial na sua análise, a fundamentação que suporta as suas conclusões foi considerada deficientemente suportada.

3.6.3 RESPOSTA À QUESTÃO DE INVESTIGAÇÃO

Face ao antes exposto, e em resposta à questão sobre se o regime dos auxílios é adequado para combater as práticas fiscais prejudiciais e proteger as bases tributáveis tendo por referência os casos estudados, podemos concluir que a Comissão é competente para avaliar as medidas fiscais, nomeadamente as que provocam a erosão das bases tributáveis, à luz do regime dos auxílios de Estado previsto no artigo 107.º do TFUE.²²⁹

No entanto, face às decisões dos Tribunais relativas aos casos estudados, sem prejuízo do mérito na consideração do PPC na avaliação, a fundamentação utilizada pela Comissão revelou-se deficiente, pelo que o regime dos auxílios de Estado embora possa ser considerado um instrumento para combater as práticas fiscais prejudiciais e proteger as bases tributáveis, considerando nomeadamente os seus eventuais efeitos preventivos, a sua aplicação não se revela eficiente. Esta conclusão é ainda reforçada atento o hiato de tempo decorrido entre a data em que as medidas fiscais controvertidas foram tomadas e a data em que se virá a obter uma decisão final consolidada.

²²⁹ No mesmo sentido, a vice-presidente da Comissão Europeia Margrethe Vestager, que em entrevista ao Jornal Expresso, de 4 de junho de 2021, refere a propósito das decisões do TGUE nos casos Apple e Amazon, que «[o] Tribunal de Justiça da UE disse-nos: ‘Aquilo que vocês estão a fazer está correto; é legítimo usar as nossas ferramentas relacionadas com as ajudas de Estado para saber se houve evasão fiscal’».

IV. CONCLUSÕES

Face ao exposto ao longo do presente trabalho resultam as seguintes conclusões principais:

1. A noção de auxílio de Estado, atento o disposto no n.º 1 do artigo 107.º do TFUE, compreende cinco elementos: o beneficiário de uma medida é uma empresa, a medida é imputada ao Estado com financiamento através de recursos estatais, existência de uma vantagem, seletividade da medida e distorção da concorrência e efeitos sobre as trocas comerciais entre Estados-Membros.
2. A Comissão Europeia exerce um controlo administrativo dos auxílios de Estado, aferindo da sua compatibilidade, ficando sujeita a eventual ulterior controlo judicial pelos tribunais da União.
3. A fiscalidade direta é uma competência de cada Estado-Membro. No entanto, tal não significa que estes, nesse exercício, não respeitem o direito da União, podendo a Comissão qualificar uma medida fiscal de auxílio de Estado, desde que estejam reunidas as condições para tal.
4. Os auxílios tributários são uma subespécie do conceito de auxílios de Estado, compreendendo os mesmos elementos das restantes formas de auxílio de Estado.
5. Na aplicação das regras de auxílios de Estado na perspetiva tributária o critério da seletividade, material (*de jure* ou *de facto*) ou regional, assume especial relevância face aos demais.
6. Na avaliação de medidas fiscais a análise da seletividade assenta numa análise em três fases, compreendendo a identificação do sistema de referência, a aferição da existência de derrogação e a justificação da derrogação.
7. As decisões fiscais antecipadas, como as emitidas nos casos estudados, sem prejuízo do mérito de conferir poder conferir certeza jurídica aos destinatários na aplicação da legislação fiscal, constituem medidas fiscais que podem contribuir para a evasão fiscal e constituir práticas fiscais prejudiciais.
8. O regime dos auxílios de Estado foi durante várias décadas o único instrumento ao dispor da Comunidade Europeia para combater a concorrência fiscal prejudicial. Em meados da década passada, com a sensibilidade dos casos de planeamento fiscal vindos a público, nomeadamente com o *Lux Leaks*, e encorajada pelo Parlamento Europeu, a Comissão Europeia desenvolveu várias investigações, ao

abrigo do regime dos auxílios de Estado, tendo em vista combater as práticas fiscais prejudiciais.

9. Nas investigações incluem-se as decisões fiscais antecipadas emitidas a favor da Fiat, Starbucks, Apple e Amazon, bem como de várias entidades no âmbito do regime do *Excess Profit Scheme*. Nestes casos, alvo do nosso estudo, as várias decisões fiscais antecipadas versaram sobre a alocação de lucros através da definição da metodologia de determinação dos preços de transferência.
10. As medidas fiscais controvertidas são suscetíveis de contribuir para a erosão das bases tributáveis, uma vez que permitem a deslocalização da tributação para outra jurisdição, o diferimento da tributação e até dupla não tributação.
11. Nos casos estudados, de um modo geral, a Comissão identificou como sistema de referência o imposto sobre o lucro das sociedades do Estado-Membro que emitiu as decisões fiscais antecipadas, tendo, face ao objetivo intrínseco deste imposto, sido consideradas em situação factual e jurídica comparável as sociedades residentes e não residentes, estejam ou não integradas em grupos económicos. Esta posição foi corroborada pelo TGUE no âmbito da sua pronúncia quanto aos recursos apresentados.
12. Na aferição da derrogação ao sistema de referência, a Comissão tomou como referência o Princípio de Plena Concorrência, ainda que este não fizesse parte do ordenamento jurídico interno do Estado-Membro que emitiu a decisão e não corresponda necessariamente ao que decorre do previsto no artigo 9.º do MOCDE. Ainda assim, nas avaliações efetuadas pela Comissão, foram consideradas as orientações emitidas pela OCDE em matéria de preços de transferência. Nas várias decisões do TGUE, relativamente aos casos sob análise, foi reconhecida a pertinência do PPC como instrumento a utilizar pela Comissão no âmbito do controlo dos auxílios de Estado, bem como a relevância das orientações emitidas pela OCDE na interpretação das questões relativas a preços de transferência, atentas, todavia, as interpretações que resultariam das orientações que existiam à data da emissão das decisões fiscais antecipadas.
13. No entanto, embora o TGUE acompanhe a Comissão na possibilidade de utilização do PPC, apenas no caso Fiat a acompanhou quanto à aplicação concreta do mesmo. Nos restantes casos estudados, em que já foi avaliada a aplicação do PPC, o TGUE

não acompanha as conclusões da Comissão, por considerar que as mesmas estão inadequadamente fundamentadas.

14. Assim, sem prejuízo do mérito na consideração do PPC na avaliação, a fundamentação utilizada pela Comissão revelou-se, à luz das decisões do TJUE, deficiente, pelo que o regime dos auxílios de Estado embora possa ser considerado um instrumento para combater as práticas fiscais prejudiciais e proteger as bases tributáveis, considerando nomeadamente os seus eventuais efeitos preventivos, a sua aplicação não se revela eficiente.
15. No entanto, parece-nos que as investigações realizadas pela Comissão Europeia, com o impacto que têm na opinião pública, contribuíram para que, com a pressão desta junto dos respetivos Governos, se promovam alterações legislativas e busquem consensos em torno de melhorar os sistemas tendo em vista contribuir para o combate à evasão fiscal.

As conclusões extraídas, tendo por referência os casos estudados, poderão vir a ser ajustadas em resultado daquelas que vierem a ser as decisões do TJUE. Assim, o eventual estudo futuro destas decisões, bem como os impactos das medidas que se projetam ao nível da tributação internacional, parece-nos apresentar um interesse relevante para a área da tributação internacional, em especial no seio da União Europeia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andrade, C. (2019). O Caso McDonald's: Explorando os Limites da Proibição de Auxílios de Estado na Luta Contra o Planeamento Fiscal Internacional, *Revista Eletrónica de Fiscalidade da AFP*, I(2).
- Carvalho das Neves, J. (2002). *Avaliação de empresas e negócios*. Lisboa: McGraw-Hill.
- Dagan, T. (2017). Chapter 3: Tax Sovereignty in an Era of Tax Multilateralism In D. Weber (Ed.). *EU Law and the Building of Global Supranational Tax Law: EU BEPS and State Aid*, (pp. 37-48), Amesterdão: IBFD.
- Damodaran, A. (2002). *Investment valuation: Tools and techniques for determining the value of any asset* (2ª Ed.). Estados Unidos: Wiley.
- Devereux, M., Auerbach, A., Keen, M., Oosterhuis, P., W. Schön & Vella, J. (2021). *Taxing Profit in a Global Economy – A report of the Oxford International Tax Group*. Oxford University Press. Disponível em <https://oxfordtax.sbs.ox.ac.uk/taxing-profit-global-economy>.
- Dourado, A.P. (2017). *Governança Fiscal Global*. Coimbra: Edições Almedina.
- Gormsen, L.L. (2016). EU State Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga. *Journal of European Competition Law & Practice*, 7(6), 369-382.
- Gormsen, L.L. & Mifsud-Bonnici, C. (2017). Legitimate Expectation of Consistent Interpretation of EU State Aid Law: Recovery in State Aid Cases Involving Advanced Pricing Agreement on Tax. *Journal of European Competition Law & Practice*, 8(7), 423-436.
- Gormsen, L.L. (2019). *European State Aid and Tax Rulings*. Cheltenham: Eduard Elgar Publishing.
- Haslehner, P. (2016). Double Taxation Relief, Transfer Pricing Adjustments and State Aid Law In I. Richele, W. Schön & E. Traversa (Eds.). *State Aid Law and Business Taxation*, MPI Studies in Tax Law and Public Finance vol. 2 (pp. 133-161), Berlim: Springer.
- Jaeger, T. (2016). Tax Incentives Under State Aid Law: A Competition Law Perspective In I. Richele, W. Schön & E. Traversa (Eds.). *State Aid Law and Business Taxation*, MPI Studies in Tax Law and Public Finance vol. 2 (pp. 39-57), Berlim: Springer.
- Luja, R. (2018). General Report In J.L.C. Vilaça, C.B. Moniz, R.L. Vasconcelos & A. Saavedra (Eds.). *Taxation, State aid and distortions of competition: XXVIII Fide Congress: Congress Proceeding*, vol. 2 (pp. 53-97), Coimbra: Edições Almedina.
- Maillo, J. (2016). Chapter 10: Seeking the Rationale behind Current Concept of Fiscal State Aid: The EC Draft Notice and Beyond In P. Pistone & M. Villar Ezcurra (Eds.). *Energy Taxation, Environmental Protection and State Aids: Tracing the Path from Divergence to Convergence*, (pp. 227-244), Amesterdão: IBFD.
- Mason, R. & Daly, S. (2020). State Aid: The General Court Decision in Apple. *Tax Notes International* 99(10), 1317-1332.
- Miladinovic, A. & Petruzzi, R. (2019). The Recent Decisions of the European Commission on Fiscal State Aid: An analysis from a Transfer Pricing Perspective. *International Transfer Pricing Journal* 6(4), 243-252.

- Monsenego, J. (2018). *Selectivity in State Aid Law and the Methods for the Allocation of the Corporate Tax Base*. Haia: Kluwer Law International.
- Moutarlier, V. (2016). Reforming the Code of Conduct for Business Taxation in the New Tax Competition Environment In I. Richele, W. Schön & E. Traversa (Eds.). *State Aid Law and Business Taxation*, MPI Studies in Tax Law and Public Finance vol. 2 (pp. 75-84), Berlin: Springer.
- Nicolaides, P. (2015). New limit to the Concept of Selectivity: The Birth of a ‘General Exception’ to the Prohibition of State Aid in EU Competition Law. *Journal of European Competition Law & Practice* 6(5), 315-323. doi:10.1093/jeclap/lpu124
- OECD (2015), *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective*, Action 14 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing. Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241633-en>
- OCDE (2017). *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*. Paris: OECD Publishing
- OCDE (2018). *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method: Inclusive Framework on BEPS: Action 10*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD. Disponível em www.oecd.org/tax/beps/revised.guidance-on-the-application-of-the-transactional-profit-split-method-beps-action-10.pdf
- Palma, C.C. (2015). Planeamento Fiscal Internacional. In J.R. Catarino & V.B. Guimarães (Coord.), *Lições de Fiscalidade*, Vol. II. Coimbra: Edições Almedina.
- Pereira, L.I.S. (2018). Os auxílios de estado de natureza fiscal na proibição geral dos auxílios de estado na União Europeia In A. Martins, I. Cruz, J. Xavier de Basto & M. Augusto (Orgs.). *Estudos em memória de Ana Maria Rodrigues*, vol.I (pp. 237-253), Coimbra: Edições Almedina.
- Pereira, P.R. (2021). *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*. Coimbra: Edições Almedina.
- Pires, R. (2019). *Manual de Direito Internacional Fiscal (Reimpressão)*. Coimbra: Edições Almedina.
- Ramos, L.P.C. (2006). O princípio de plena concorrência e a problemática dos comparáveis. In Glória Teixeira, *Preços de Transferência – Casos Práticos*, Porto: Grupo Editorial Vida Económica.
- Ramos, R.M.M. (2018). *Tratado da União Europeia e Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* (6ª Ed.), Coimbra: Gestlegal.
- Ribeiro, J.S. (2018). *Direito Fiscal da União Europeia*. Coimbra: Edições Almedina.
- Rapp J. & Janus R. (2018). Institutional Report In J.L.C. Vilaça, C.B. Moniz, R.L. Vasconcelos & A. Saavedra (Eds.). *Taxation, State aid and distortions of competition: XXVIII Fide Congress: Congress Proceeding*, vol. 2 (pp. 101-158), Coimbra: Edições Almedina.
- Santos, A.C. (2003). *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Edições Almedina.
- Santos, A.C. (2009). *L’Union européenne et la regulation de la concurrence fiscal*. Bruxelas: Bruylant.

- Schön, W. (2006). Special Charges – a Gap in European Competition Law? *European State Aid Law*, 5(3), 495-504. Acesso em 10 de junho de 2021, em <https://www.jstor.org/stable/26680947>.
- Schön, W. (2016). Tax Legislation and the Notion of Fiscal Aid: A Review of 5 Years of European Jurisprudence In I. Richele, W. Schön & E. Traversa (Eds.). *State Aid Law and Business Taxation*, MPI Studies in Tax Law and Public Finance vol. 2 (pp. 3-26), Berlin: Springer.
- Szudoczky, R. (2016). Double Taxation Relief, Transfer Pricing Adjustments and State Law: Comments In I. Richele, W. Schön & E. Traversa (Eds.). *State Aid Law and Business Taxation*, MPI Studies in Tax Law and Public Finance vol. 2 (pp. 163-184), Berlin: Springer.
- Thomson, A. & Hardwick, E. (2017). The European Commission’s Application of the State Aid Rules to Tax: Where Are We Now?. *Journal of Taxation of Investments* 34(3), 29-50.
- Traversa, E. & Sabbadini, P.M. (2016). Anti-avoidance Measures and State Aid in a Post-BEPS Context: An Attempt at Reconciliation In I. Richele, W. Schön & E. Traversa (Eds.). *State Aid Law and Business Taxation*, MPI Studies in Tax Law and Public Finance vol. 2 (pp. 85-110), Berlin: Springer.
- Vanistendael, F. (2017). Chapter 11: EU vs BEPS: Conflicting of Tax Avoidance In D.Weber (Ed.). *EU Law and the Building of Global Supranational Tax Law: EU BEPS and State Aid*, (pp. 249-274), Amsterdão: IBFD.
- Wattel, P.J. (2016a). Comparing Criteria: State Aid, Free Movement, Harmful Tax Competition and Market Distorting Disparities In I. Richele, W. Schön & E. Traversa (Eds.). *State Aid Law and Business Taxation*, MPI Studies in Tax Law and Public Finance vol. 2 (pp. 59-71), Berlin: Springer.
- Wattel, P.J. (2016b). The Cat and the Pigeons: Some General Comments on (TP) Tax Rulings and State Aid After the Starbucks and Fiat Decisions In I. Richele, W. Schön & E. Traversa (Eds.). *State Aid Law and Business Taxation*, MPI Studies in Tax Law and Public Finance vol. 2 (pp. 185-194), Berlin: Springer.
- Yin, R.K (2003). *Case study research: design and methods* (3ª Ed.). California: Sage Publications, Inc.

Jurisprudência:

do Tribunal Geral da União Europeia

Acórdão de 14 de fevereiro de 2019 do TGUE, processos T-131/16 e T-263/16. Disponível em

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=210761&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6031244>

Acórdão de 24 de setembro de 2019 do TGUE, processos T-755/15 e T-759/15. Disponível em

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=1394659B71E46E4A87AF327C2C04614C?text=&docid=218102&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6031244>

Acórdão de 24 de setembro de 2019 do TGUE, processos T-760/15 e T-636/16. Disponível em

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218101&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6031244>

Acórdão de 15 de julho de 2020 do TGUE, processos T-778/16 e T-892/16. Disponível em

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=228621&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6031244>

Acórdão de 12 de maio de 2021 do TGUE, processos T-816/17 e T-318/18. Disponível em

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=241188&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6031244>

do Tribunal de Justiça da União Europeia:

Acórdão de 15 de novembro de 2011 do Tribunal de Justiça, processos C-106/09 P e C-107/09 P. Disponível em

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=114241&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2199073>

Acórdão de 16 de setembro de 2021 do Tribunal de Justiça, processo C-337/19 P. Disponível em

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=246081&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2239851>

Legislação:

Regulamento (UE) n.º 1407/2013 da Comissão, de 18 de dezembro de 2013, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia aos auxílios *de minimis*.

Regulamento (UE) n.º 651/2014 da Comissão, de 16 de junho de 2014, que declara certas categorias de auxílio compatíveis com o mercado interno, em aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado.

Diretiva 2014/107/UE do Conselho, de 9 de dezembro de 2014, que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade.

Regulamento (UE) n.º 2015/1589 do Conselho, de 13 de julho de 2015, que estabelece as regras de execução do artigo 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (codificação).

Diretiva (UE) 2015/2376 do Conselho, de 8 de dezembro de 2015, que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade.

Diretiva (UE) 2016/881 do Conselho, de 25 de maio de 2016, que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade.

Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contras as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno.

Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29 de maio de 2017, que altera a Diretiva 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros.

Diretiva (UE) 2018/822 do Conselho, de 25 de maio de 2018, que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade.

Regulamento (UE) n.º 2020/972 da Comissão, de 2 de julho de 2020, que altera o Regulamento (UE) n.º 1407/2013 no que se refere à sua prorrogação e que altera o Regulamento (UE) n.º 651/2014 no que se refere à sua prorrogação e aos ajustamentos pertinentes.

Comunicações e Decisões da Comissão Europeia e do Conselho:

Conselho (1998), Conclusões do Conselho Ecofin de 1 de dezembro de 1997 em matéria de política fiscal (98/C 2/01).

Comissão Europeia (1998), Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas (98/C 383/03).

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.

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.

Decisão (UE) 2016/1699 da Comissão, de 11 de janeiro de 2016, relativa ao regime de auxílios estatais de isenções em matéria de lucros excedentários SA.37667 (2015/C) (ex 2015/NN) concedido pela Bélgica.

Comissão Europeia (2016), 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).

Decisão (UE) 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.

Decisão (UE) 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.

Comissão Europeia (2021), Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: Uma tributação das empresas para o século XXI (COM(2021) 251 final).