

## FIAT, STARBUCKS, APPLE E AMAZON E A AFERIÇÃO DA SELETIVIDADE DO AUXÍLIO: OPORTUNIDADE DESPERDIÇADA?

Beatriz Ribeiro Fernandes\*

**ABSTRACT** *This paper analyses the evaluation of the selectivity criterion applied by the European Commission in its Fiat, Starbucks, Apple and Amazon state aid decisions on tax rulings on transfer prices addressed to companies which are part of multinational groups. The particularity of these decisions is that the object of the investigations – the tax rulings – are the result of negotiations made between those companies and the national tax authorities in order to establish a way of calculating transactions made with other companies in the same group. Finally, this paper also analyses the EU Courts' conclusions on the subject.*

**SUMÁRIO** 1. Introdução. 2. A aferição do critério da seletividade e práticas administrativas fiscais. 3. Preços de transferência, o princípio da plena concorrência (*Arm's Length Principle*) e os acordos prévios sobre preços de transferência. 4. A prática da Comissão: as recentes decisões sobre AdE sob a forma fiscal em casos de acordos prévios sobre preços de transferência. 4.1. Apreciação. 5. A jurisprudência do Tribunal Geral: *Fiat, Starbucks, Apple e Amazon*. 6. Caso *Fiat*: a decisão do Tribunal de Justiça. 7. Conclusões

**KEY-WORDS** auxílio de Estado; auxílio de Estado fiscal; artigo 107.º do TFUE; Comissão Europeia; critério da seletividade; *tax rulings*; práticas administrativas fiscais; preços de transferência; acordos prévios sobre preços de transferência; Fiat; Starbucks; Apple; Amazon.

---

\* Artigo adaptado e atualizado (à data de maio de 2023) do texto da dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, em julho de 2022, sob a orientação do Professor Doutor Lúcio Tomé Feteira. O texto do artigo é da exclusiva responsabilidade da sua autora.

## 1. INTRODUÇÃO

O tema dos auxílios de Estado (AdE) constitui uma especificidade da União Europeia (UE), visto ser o único ordenamento jurídico a regular o tema – em concreto, nos artigos (arts.) 107.º a 109.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Tendo o regime do controlo da atribuição de AdE sido previsto no Tratado de Roma com o objetivo de evitar que o apoio por parte dos Estados-Membros (EM) a empresas nacionais conduzisse a medidas retaliatórias por parte de outros EM (suscetíveis de conduzir a uma *subsidy race*), hoje, já com um paradigma de estabilização da integração económica dentro da UE, o foco está em questões acerca da eficiência das políticas de intervenção do Estado na economia<sup>1</sup>.

Nesta lógica, desde 2001, a Comissão Europeia (CE) tem levado a cabo um conjunto de investigações a medidas fiscais de certos EM suscetíveis de beneficiar algumas empresas<sup>2</sup>.

A tributação das empresas multinacionais e os moldes em que tal deverá ocorrer é um tema bastante atual e dinâmico. De acordo com a CE, no ano de 2018 cerca de 30,7% dos AdE foram atribuídos através de medidas fiscais<sup>3</sup>. Em dezembro de 2021, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) apresentou uma nova regra de tributação mínima de 15% a empresas multinacionais a aplicar no âmbito de cada jurisdição<sup>4</sup>, decisão imediatamente acompanhada pela CE<sup>5</sup>.

Concretamente, desde 2013, a DG Competition tem vindo a investigar diversas práticas e decisões no âmbito fiscal tomadas pelas autoridades administrativas do ponto de vista da sua compatibilidade com as regras europeias sobre AdE<sup>6</sup>. Para o efeito, em junho de 2013, criou uma *task force* dedicada ao tema com o objetivo de acompanhar e investigar informações que haviam vindo a público através dos meios de comunicação social e dos próprios Parlamientos nacionais, que alegavam estar a ser concedido um tratamento fiscal

---

1 Bacon, 2017: 5.

2 Comissão Europeia, 2016b: §(3).

3 Comissão Europeia, 2021b: 5.

4 OCDE, 2021.

5 Comissão Europeia, 2021a.

6 Comissão Europeia, 2016b: §(5).

mais favorável a certas multinacionais, tendo acabado por, em dezembro de 2014, alargar as suas investigações a todos os EM<sup>7</sup>.

Foram pedidas informações a todos os EM acerca das suas práticas relacionadas com decisões fiscais administrativas, assim como uma lista de todas essas decisões que tivessem sido adotadas entre 2010 e parte de 2013<sup>8</sup>. Pretendia-se, nomeadamente, obter informações a propósito de decisões fiscais administrativas referentes a acordos prévios sobre preços de transferência, para determinar a base tributável a ser paga por empresas que integravam grupos empresariais<sup>9</sup>.

Desses pedidos de elementos, a CE determinou a abertura de investigações aprofundadas para determinar a eventual existência da atribuição de AdE ilegais por alguns EM, destacando-se neste trabalho quatro desses casos em relação à Irlanda (*Apple*<sup>10</sup>), ao Luxemburgo (*Fiat*<sup>11</sup> e *Amazon*<sup>12</sup>) e aos Países Baixos (*Starbucks*<sup>13</sup>).

Nestes quatro casos estão em causa medidas que correspondem a acordos prévios sobre preços de transferência, acordados entre as empresas e as autoridades tributárias nacionais.

## 2. A AFERIÇÃO DO CRITÉRIO DA SELETIVIDADE E AS PRÁTICAS ADMINISTRATIVAS FISCAIS

Os elementos necessários para aferir da (in)existência de um AdE encontram-se na definição constante do n.º 1 do artigo 107.º do TFUE: *i)* a existência de uma empresa/atividade económica; *ii)* a origem estatal do auxílio; *iii)* a atribuição de uma vantagem; *iv)* que essa vantagem seja seletiva; e *v)* a suscetibilidade de produzir efeitos sobre a concorrência entre os EM.

7 Cf. Informação disponível em [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/tax\\_rulings/index\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/tax_rulings/index_en.html) (consultado em 28.02.2021).

8 Comissão Europeia, 2016b: §(6).

9 Comissão Europeia, 2016b: §(7).

10 Disponível em [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/253200/253200\\_1582634\\_87\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253200/253200_1582634_87_2.pdf) (consultado em 16.05.2023).

11 Disponível em [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/253203/253203\\_1590108\\_107\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253203/253203_1590108_107_2.pdf) (consultado em 16.05.2023).

12 Disponível em [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/254685/254685\\_1614265\\_70\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/254685/254685_1614265_70_2.pdf) (consultado em 16.05.2023).

13 Disponível em [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/253201/253201\\_1596706\\_60\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253201/253201_1596706_60_2.pdf) (consultado em 16.05.2023).

No que em concreto diz respeito ao critério da seletividade, pode entender-se estar perante um AdE proibido pelo TFUE quando estão em causa “*medidas particulares e concretas, direcionadas a certos destinatários*”<sup>14</sup>.

A seletividade pode ser *material* ou *geográfica*. Dentro da seletividade material, poderá indicar-se existir aquela *de jure, de facto* e, ainda, a resultante de práticas administrativas fiscais, na medida em que a administração atua no âmbito do seu poder discricionário. Estas medidas são aquelas em que a atuação discricionária de administração limita o âmbito geral da medida.

Para o evitar, releva que essa autorização “*se base[ie] em critérios objetivos, não discriminatórios e conhecidos antecipadamente, circunscrevendo assim o exercício do poder discricionário das administrações públicas*”, devendo ainda “*assentar num sistema processual facilmente acessível e capaz de garantir aos interessados que o seu pedido de autorização será tratado dentro de um prazo razoável e com objetividade e imparcialidade, devendo, além disso, as eventuais recusas de autorização poder ser impugnadas no quadro de um recurso judicial ou parajudicial*”<sup>15</sup>.

A jurisprudência dos tribunais da UE tem distinguido duas situações em que pode ser afastado o carácter seletivo da medida: a primeira, quando a empresa/produção favorecida não esteja numa situação factual e jurídica comparável com a empresa/produção não favorecida; a segunda, quando o tratamento diferenciado se possa justificar pela natureza ou pelo regime geral do sistema de referência<sup>16</sup>.

Desta distinção, surgiu um método de análise em três fases para apreciação da seletividade das medidas (em inglês, *derrogation test*). Essas fases são: *i*) a identificação do sistema de referência; *ii*) a conclusão sobre se a medida em causa constitui uma derrogação a esse sistema de referência; e *iii*) em caso afirmativo, a análise da eventual justificação para essa derrogação, pela sua natureza ou pelo próprio regime geral do sistema de referência.

O sistema de referência deverá ser definido com base no(s) objetivo(s) que a medida pretende assegurar, o que no caso dos auxílios fiscais poderá constituir o “normal” sistema fiscal ou o “normal” imposto a aplicar naquela situação<sup>17</sup>. Isto poderá traduzir-se, no caso de impostos, na análise da matéria

14 Marcelino, 2016: 141.

15 Comissão Europeia, 2016a: §125.

16 Bacon, 2017: 70.

17 Bacon, 2017: 71.

coletável, dos sujeitos passivos, do facto gerador do imposto ou das taxas de imposto aplicáveis<sup>18</sup>.

Concluir que a medida em análise constitui uma derrogação ao sistema de referência significa concluir que essa medida “*é suscetível de favorecer certas empresas ou certas produções em comparação com outras empresas que se encontram numa situação factual e jurídica semelhante, tendo em conta o objetivo intrínseco do sistema de referência*”<sup>19</sup>.

A existência ou não de uma derrogação ao sistema de referência é o elemento-chave desta análise, pelo que, verificando-se a derrogação, entende-se que a medida é seletiva *prima facie*<sup>20</sup>. Sobre esta seletividade *prima facie*, refere Wolfgang Schön, a propósito dos AdE fiscais, que esta situação reverte o ónus de prova para o legislador de cada EM, na medida em que o coloca numa situação de demonstrar que a medida em causa é conforme ao sistema fiscal desse EM<sup>21</sup>.

Contudo, haverá ainda lugar a que essa seletividade seja afastada, caso o EM consiga justificar o tratamento diferenciado de empresas com base na natureza ou no regime geral do sistema de referência, nomeadamente por resultar de princípios básicos intrínsecos ao sistema de referência ou que provenha de mecanismos necessários para o funcionamento e a eficácia do sistema<sup>22</sup>.

O critério da seletividade comporta elevadas exigências técnicas de análise que, muitas vezes, dificultam a apreciação das medidas em causa, o que é também verdadeiro quando estão em causa AdE sob a forma fiscal.

Nomeadamente, Claire Micheau aponta a abrangência da definição de AdE ou o facto de muitas das medidas de natureza fiscal assumirem a forma de uma norma jurídica, o que aparenta conferir-lhe um carácter geral<sup>23</sup>.

A análise da seletividade em medidas fiscais, tal como realizada pela CE e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ) é suscetível de levantar diversos problemas que, associados à complexidade do sistema fiscal, criam

18 Comissão Europeia, 2016a: §134.

19 Comissão Europeia, 2016<sup>a</sup>: §135.

20 Comissão Europeia, 2016a: §128.

21 Schön, 2016: 423.

22 Comissão Europeia, 2016a: §138. Vide Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 02.07.1974, *Itália c. Comissão*, C-173/73, EU:C:1974:71, §33.

23 Micheau, 2008: 276.

espaço para um elevado grau de incerteza, nomeadamente, a dificuldade na distinção entre o critério da seletividade e o da vantagem económica<sup>24</sup>.

De facto, apesar de constituírem critérios distintos, a análise de ambos assenta em critérios em tudo semelhantes, que se traduzem na necessidade de identificar um sistema de referência e perceber se a medida *sub judice* se afasta desse mesmo sistema<sup>25</sup>.

Contudo, Wolfgang Schön refere que ambos os critérios requerem um exercício de comparação que, no âmbito fiscal, conduz à consideração de dois testes distintos: relativamente à vantagem, é necessário perceber se a empresa em causa é desobrigada da prestação de valores que normalmente teria de pagar; quanto à seletividade, é necessário identificar o sistema de referência e determinar se a medida em causa constitui uma derrogação ao mesmo<sup>26</sup>.

Noutra perspetiva, também a aplicação do método de análise em três fases levanta algumas dificuldades que advêm do facto de este método exigir a definição do regime tributário geral aplicável àquela situação (caso não existisse a medida em crise), o que não constitui uma tarefa linear nestes casos<sup>27</sup>.

Neste âmbito, a abordagem adotada pelo TJ para determinar a seletividade de uma medida fiscal consiste em verificar se essa medida efetivamente favorece um certo número de empresas contribuintes, independentemente do número concreto de empresas em causa, dos setores envolvidos ou das atividades levadas a cabo por essas empresas<sup>28</sup>.

Uma última dificuldade apontada por Micheau, relaciona-se com o encontrar um critério que se mostre capaz de equilibrar uma aplicação tão exigente e rigorosa do método de análise em três fases, entendendo a autora que esse equilíbrio se encontrará com a possibilidade de justificar a medida à luz do sistema jurídico em causa<sup>29</sup>.

Não obstante, estando a grande dificuldade do sistema de três fases na exigente aplicação dos seus critérios, uma crítica que pode ser apontada relaciona-se com a definição do sistema de referência com o qual se possa comparar

---

24 *Ibidem*: 280.

25 *Ibidem*: 281.

26 Schön, 2016: 407.

27 Micheau, 2008: 282.

28 *Ibidem*: 282.

29 *Ibidem*: 282-283.

a medida em crise, isto por muitas vezes este sistema de referência ser definido de forma demasiado abrangente<sup>30</sup>.

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

Assim, uma conclusão possível é a de que a aplicação do método em três fases a medidas fiscais conduz a uma situação de incerteza jurídica, podendo resultar em decisões arbitrárias<sup>31</sup>.

### 3. PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA, O PRINCÍPIO DA PLENA CONCORRÊNCIA (*ARM'S LENGHT PRINCIPLE*) E OS ACORDOS PRÉVIOS SOBRE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

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

Os preços de transferência (em inglês, *transfer prices*), podem ser definidos como “*the prices at which an enterprise transfers physical goods and intangible property or provides services to associated enterprises*”<sup>32</sup>.

Está, portanto, em causa a determinação dos preços a aplicar quando se realizam transferências entre empresas que pertencem a um mesmo grupo de empresas. Do ponto de vista do Direito da Concorrência, a relevância do tema está em assegurar que estas empresas não tiram partido das suas relações especiais para praticar preços mais favoráveis do que aqueles que são praticados em condições normais de mercado por empresas independentes.

Com a preocupação em garantir que estes preços de transferências são definidos com base em condições de mercado, relaciona-se o respeito pelo princípio de plena concorrência (em inglês, *arm's lenght principle*), previsto no

30 *Ibidem*: 283.

31 Soltész, 2020: 19.

32 OCDE, 2022: 13.

art. 9.º do *Model Tax Convention on Income and on Capital* da OCDE<sup>33</sup>, que não tem, contudo, caráter vinculativo.

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

De certa forma, a CE procura tornar vinculativo o que não o é<sup>34</sup>.

A aplicação do princípio da plena concorrência aos preços de transferência pressupõe que estes sejam fixados de acordo com as condições de mercado e em correspondência com aqueles que são os preços praticados por empresas independentes em situação comparável, evitando-se assim que a carga fiscal a aplicar àquela transação seja reduzida artificialmente através da troca de lucros e prejuízos entre as empresas do mesmo grupo económico<sup>35</sup>.

A este nível, existe uma figura que se traduz na possibilidade de as administrações fiscais poderem adotar, no âmbito dos seus poderes discricionários, decisões fiscais prévias (as *Advanced Tax Rulings*), que poderão tomar várias formas, uma delas sendo os acordos prévios sobre preços de transferência (APPT), realizados entre empresas e administrações fiscais<sup>36</sup>.

Os APPT consistem em acordos estabelecidos entre as empresas contribuintes e as autoridades fiscais administrativas, onde são estabelecidos os critérios a recorrer para o cálculo dos preços de transferência, para um determinado período<sup>37</sup>, cuja principal função é a de proporcionar certeza jurídica quanto à aplicação das normas relacionadas com preços de transferência à situação concreta em análise<sup>38</sup>.

Uma decisão fiscal poderá ser problemática do ponto de vista do regime dos AdE quando, por um lado, aplica uma determinada norma fiscal que constitua, esta própria, um AdE e, por outro lado, quando se traduz num

33 OCDE, 2017: 34-35.

34 Gormen, 2016: 380-381.

35 Vos, 2018: 115.

36 Esteves, 2016: 250.

37 Vos, 2018: 115.

38 Gunn et al., 2015: 122.



acordo que aplica uma norma fiscal de tal forma que passa a atribuir um auxílio, verificando-se os critérios para essa classificação<sup>39</sup>.

#### 4. A PRÁTICA DA COMISSÃO: AS RECENTES DECISÕES SOBRE ADE SOB A FORMA FISCAL EM CASOS DE ACORDOS PRÉVIOS SOBRE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

##### *Fiat*<sup>40</sup>

No caso *Fiat*, a medida em causa recai sobre um APPT, adotado em 03.09.2012, atribuído pela administração fiscal luxemburguesa à Fiat e que autoriza a aplicação de um método de afetação dos lucros à FFT<sup>41</sup>, que havia sido proposto pelo consultor fiscal da sociedade e que permitia à empresa determinar o seu rendimento tributável<sup>42</sup>.

Na decisão fiscal em causa, a administração fiscal luxemburguesa aceitou a análise sobre os preços de transferência da FFT realizada pelo consultor fiscal do grupo e que consta de um relatório sobre os preços de transferência que serviu de base à decisão fiscal em análise<sup>43</sup>.

De notar que o ordenamento jurídico luxemburguês prevê o princípio da plena concorrência<sup>44</sup>.

No que diz respeito à análise do critério da seletividade da medida, por um lado, a CE analisa conjuntamente a existência de uma vantagem e a seletividade da mesma; por outro lado, recorre ao método da análise em três etapas para a determinação da seletividade da medida<sup>45</sup>.

Primeiramente, determina o sistema de referência como correspondendo ao sistema geral do imposto sobre as sociedades do Luxemburgo, por entender que o regime de tributação societário do Luxemburgo é aplicável tanto a

39 *Ibidem*: 120.

40 Decisão (UE) SA.38375 - *Fiat*: §§1-67.

41 Empresa do grupo Fiat, sediada no Luxemburgo e que exerce atividades industriais e de serviços financeiros. À data do APPT em causa, o grupo era constituído pela S.p.A., com sede em Turim (Itália), e pelas demais sociedades controladas pela Fiat S.p.A.. Em outubro de 2014, a Fiat S.p.A. fundiu-se com a Fiat Investments N.V., sendo aquela sucedida pela Fiat Chrysler Automobiles N.V. – cf. Decisão (UE) SA.38375 - *Fiat*: §§34-36.

42 Decisão (UE) SA.38375 - *Fiat*: §52.

43 *Ibidem*: §54.

44 *Ibidem*: §75.

45 *Ibidem*: §§192 e ss.

empresas nacionais como às estrangeiras com residência no país, assim como às sucursais luxemburguesas destas. Enquanto as empresas nacionais ou com residência no Luxemburgo são tributadas relativamente aos lucros realizados a nível mundial, as não residentes estão sujeitas a imposto apenas nalgumas das receitas de fonte luxemburguesa<sup>46</sup>.

Acrescenta que o sistema de tributação societário do Luxemburgo é aplicável a todas as empresas, não fazendo qualquer distinção quanto à sua forma ou estrutura, nem quanto à forma de tributação do lucro entre sociedades integradas e não integradas, concluindo que ambos os tipos de sociedades se encontram numa situação factual e jurídica similar<sup>47</sup>.

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

Para chegar a tal conclusão, a CE analisou as opções do ponto de vista técnico tomadas no APPT, nomeadamente: *i)* não considerar adequadas as opções metodológicas, escolhas de parâmetros e ajustamentos por parte do consultor fiscal da Fiat para o cálculo da matéria coletável da FFT<sup>48</sup>; *ii)* o método utilizado na decisão para determinar a remuneração de plena concorrência não ser metodologicamente coerente do ponto de vista contabilístico<sup>49</sup>; *iii)* o consultor fiscal aplicar de forma incoerente, para a determinação no nível hipotético de fundos próprios regulamentares, o Quadro de Basileia II<sup>50</sup> por analogia<sup>51</sup>; *iv)* o consultor fiscal realizar um conjunto de deduções aos capitais próprios remanescentes da FFT, mas que se afastavam de um resultado baseado no mercado<sup>52</sup>; *v)* o nível estimado de rendibilidade exigida

---

46 *Ibidem*: §194.

47 *Ibidem*: §§198-199.

48 *Ibidem*: §248.

49 *Ibidem*: §250.

50 O Acordo de Basileia II é de 1999 e surge da conclusão pela insuficiência do Basileia I, de 1988. Estes acordos surgem num contexto de instabilidade sentido nos mercados bancários e cambiais internacionais, da década de 1970. Nesse sentido, foi criado um comité de supervisão bancária, em 1974, no seio do Bank for International Settlements, cujo objetivo era o de procurar a harmonização dos padrões de supervisão bancária. Em 2007, foi ainda acordado o Basileia III - cf. Vasconcelos et al, 2017: 3-4.

51 Decisão (UE) SA.38375 - Fiat: §267.

52 *Ibidem*: §277.

aplicada à base de capitais neste caso não se traduzir numa aproximação fiável de um resultado baseado no mercado<sup>53</sup>.

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

Já no que diz respeito à existência de uma justificação, nem o Luxemburgo, nem a Fiat avançaram com um qualquer motivo justificativo para o tratamento seletivo da FFT, nem a CE conseguiu identificar qualquer possível justificação<sup>54</sup>, pelo que concluiu assim pela seletividade da decisão fiscal emitida pela administração fiscal luxemburguesa à FFT.

### *Starbucks*<sup>55</sup>

Esta Decisão recaiu sobre um APPT celebrado em 2008 entre a administração fiscal neerlandesa e a Starbucks Manufacturing EMEA BV (SMBV<sup>56</sup>), vinculativo por um período de 10 anos (de 01.10.2007 a 31.12.2017)<sup>57</sup>.

A CE concluiu que o APPT celebrado entre os Países Baixos e a Starbucks permitiu reduzir artificialmente a despesa fiscal da empresa, desde 2008, de duas formas distintas: *i*) através do pagamento de *royalties* à Alki LP (uma empresa também do grupo Starbucks, baseada no Reino Unido); *ii*) através do pagamento por um particular grão de café à Starbucks Coffee Trading SARL (baseada na Suíça)<sup>58</sup>.

Também aqui a CE dedicou-se à análise conjunta da seletividade e da vantagem.

No que diz respeito ao sistema de referência, a CE entendeu tratar-se do regime geral neerlandês do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas

53 *Ibidem*: §292.

54 *Ibidem*: §§337-338.

55 Decisão (UE) SA.38374 - Starbucks: §§38-115.

56 Constituída nos Países Baixos, é uma filial do grupo Starbucks controlada pela Starbucks Corporation, com sede em Seattle, nos Estados Unidos da América (EUA). Das entidades controladas pelo grupo Starbucks, a SMBV é a única fora dos EUA que procede à torrefação do café, sendo ainda intermediária de distribuição de vários produtos — que não o café— a lojas Starbucks na Europa, Médio Oriente e em África - Cf. Decisão (UE) SA.38374 - Starbucks: §§37, 39, 49. Ainda, Arena, 2017: 55-56.

57 Decisão (UE) SA.38374 - Starbucks: §40.

58 Comunicado de imprensa da Comissão Europeia, de 21.10.2015, disponível em [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_15\\_5880](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_5880).

após concluir que ao abrigo deste regime não há distinção na tributação entre empresas integradas e não integradas e, por isso, devem ser consideradas como estando numa situação factual e jurídica semelhante<sup>59</sup>.

A CE rapidamente conclui que o APPT da SMBV constitui uma derrogação a esse sistema<sup>60</sup>, procedendo a uma análise exaustiva com vista a demonstrar que o acordo prévio em crise constitui um desvio ao princípio da plena concorrência (§§255-412 da Decisão).

As condições previstas no APPT em crise tiveram por base um relatório de preços de transferência preparado à data pelo consultor fiscal da Starbucks, relatório esse que determina a remuneração pela função de torrefação da SMBV e que foi aceite pela administração fiscal neerlandesa como constituindo uma remuneração em condições de plena concorrência, aceitando também que o lucro gerado pela SMBV superior a esse nível de remuneração fosse pago sob a forma de *royalties* à Alki LP<sup>61</sup>.

Entendeu a CE que, com a celebração do APPT, a administração fiscal aceitou que a metodologia apresentada pelo consultor fiscal da Starbucks para efeitos de cálculo dos valores tributáveis devidos à SMBV pelas funções de torrefação pudesse determinar de forma direta o nível de *royalties* pagos pela SMBV à Alki LP pelo acordo de licença da propriedade intelectual (PI) de torrefação celebrado entre ambas. Aceitou ainda que o nível real dos lucros gerados pela SMBV no país pudesse ser reduzido para efeitos fiscais pelo pagamento de *royalties*, o que resultou num lucro tributável abaixo daquele registado<sup>62</sup>.

Tendo em conta esta situação, concluiu que o APPT em crise foi solicitado, em verdade, em relação ao acordo de licença de PI de torrefação entre a Alki LP e a SMBV e que a metodologia para a determinação dos *royalties* em causa enquanto uma variável de ajustamento seria a transação para a qual se fixam os preços através do acordo prévio. Esta conclusão choca com o facto de o relatório não ter identificado nem analisado este acordo de licença de PI de torrefação e, portanto, não ter sido determinada uma metodologia que assegure que o pagamento de *royalties* era conforme ao princípio da plena concorrência<sup>63</sup>.

59 Decisão (UE) SA.38374 – Starbucks: §§232, 236.

60 *Ibidem*: §§252 e ss.

61 *Ibidem*: §§268, 270.

62 *Ibidem*: §276.

63 *Ibidem*: §§277-278.

Já no que diz respeito aos valores de *royalties* pagos pela SMBV à Alki LP, a CE conclui que o valor em causa não está em plena concorrência, através da comparação com transações não controladas comparáveis, nomeadamente tendo em conta os acordos de licença de PI em acordos de distribuição, de fabrico e de torrefação realizados pela Starbucks com terceiros, de onde a CE conclui que o valor dos *royalties* que a SMBV deveria pagar à Alki LP deveria ser igual a zero, já que aquela não retira qualquer benefício da utilização deste acordo de PI de torrefação<sup>64</sup>.

Por fim, no que diz respeito à eventual justificação da medida, a CE não conseguiu avançar com qualquer possível justificação, nem os Países Baixos ou a Starbucks cumpriram com esse seu ónus<sup>65</sup>.

### *Apple*<sup>66</sup>

Esta decisão tem por objeto dois acordos prévios emitidos pela administração fiscal irlandesa em 29.01.1991 e em 23.05.2007, em relação às sociedades Apple Sales International (ASI) e Apple Operations Europe (AOE)<sup>67</sup>.

A ASI e a AOE não têm a sua residência fiscal constituída na Irlanda<sup>68</sup>. A ASI é uma filial da AOE, que detém a primeira a 100%; por sua vez a AOE é uma filial a 100% da Apple Operations International, irlandesa, detida a 100% pela Apple Inc., constituída nos EUA<sup>69</sup>.

A ASI e a AOE detêm os direitos de PI da Apple para a venda e produção de produtos Apple fora da América do Norte e da América do Sul, em troca de pagamentos anuais feitos à Apple Inc. para o financiamento das suas atividades de Investigação e Desenvolvimento<sup>70</sup>.

Em regra, as sociedades constituídas na Irlanda, mesmo sendo geridas e controladas no estrangeiro, estão sujeitas a tributação no país, exceto em duas situações: *i)* quando uma sociedade tenha residência fiscal noutra país ao abrigo de uma convenção para evitar dupla tributação; ou *ii)* quando uma sociedade seja cotada numa bolsa de valores reconhecida ou controlada por

64 *Ibidem*: §290.

65 *Ibidem*: §§413-414.

66 Decisão (UE) SA.38373 - *Apple*: §§1-110.

67 *Ibidem*: §§39, 40 e 44.

68 *Ibidem*: §45.

69 *Ibidem*: §47 e Figura 1.

70 Arena, 2017: 55.

pessoa residente num EM ou num outro país signatário de uma convenção fiscal e essa sociedade (ou uma sua filial) exerça uma atividade comercial na Irlanda.<sup>71</sup>

No período durante o qual os acordos prévios em crise estiveram em vigor, foi considerado que a ASI e a AOE, apesar de constituídas na Irlanda, se inseriam na segunda exceção referida, uma vez que eram controladas pela Apple Inc., sociedade residente num país signatário – os EUA. Contudo, e em simultâneo, a ASI e a AOE não tinham presença tributável em qualquer outra jurisdição fiscal<sup>72</sup>.

Através dos acordos em crise, ficaram determinados os lucros tributáveis da ASI e da AOE que, na prática, resultaram na transferência dos lucros decorrentes das vendas realizadas na Irlanda, para um *Head Office*, que não tinha espaço físico, trabalhadores, nem presença em qualquer jurisdição fiscal<sup>73</sup>.

No que diz respeito à análise do sistema de referência, a CE entendeu ser constituído pelo regime geral irlandês de tributação do lucro de sociedades, uma vez que este regime tributa todos os lucros de qualquer sociedade, independentemente da sua origem. Assim, entende a CE estarem numa situação factual e jurídica semelhante todas as sociedades com rendimento, residentes ou não residentes na Irlanda, estando também incluídas todas as empresas, independentemente de serem ou não integradas em sociedades<sup>74</sup>.

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

Também aqui recorreu ao princípio da plena concorrência, esclarecendo que não recorre à aplicação direta do n.º 2 do art. 7.º e/ou do art. 9.º, ambos do Modelo de Convenção Fiscal, nem das orientações da OCDE, mas sim à aplicação do disposto no n.º 1 do art. 107.º do TFUE e ao princípio da plena concorrência, tal como interpretado pela jurisprudência do TJ, sendo indiferente que o EM tenha ou não integrado o princípio no seu sistema jurídico nacional<sup>75</sup>.

Deste ponto, procura demonstrar que os acordos prévios em causa constituem uma derrogação ao regime normal de tributação do lucro das sociedades

71 Decisão (UE) SA.38373 - *Apple*: §§48-49.

72 *Ibidem*: §§50-52.

73 Arena, 2017: 55.

74 Decisão (UE) SA.38373 - *Apple*: §§228-239.

75 *Ibidem*: §§255, 257.

na Irlanda, que permitiram que a ASI e AOE determinassem o seu lucro anual tributável de uma forma que se afastou daquele que seria o resultado em mercado, em respeito pela plena concorrência<sup>76</sup>.

Em primeiro lugar, alega que a afetação de lucros no seio de uma sociedade implica a afetação de ativos, funções e riscos entre as várias partes da sociedade em causa<sup>77</sup>, porque, argumenta, uma vez que as sucursais ASI e AOE não detêm personalidade jurídica própria, distinta daquela das sociedades a que pertencem, também não é possível concluir que os ativos e passivos sejam separados entre si, concluindo assim que é a sociedade como um todo que detém as licenças de PI em causa no presente processo<sup>78</sup>.

Assim, entende que a administração fiscal irlandesa deveria ter verificado se a afetação das licenças de PI da Apple fora da Irlanda, em vez da afetação à ASI e à AOE, poderia ter sido acordada em condições de plena concorrência<sup>79</sup>.

Em segundo lugar<sup>80</sup>, alega que cabia à Irlanda apreciar se as licenças de PI deveriam ou não ter sido afetadas fora da Irlanda, pois, caso o tivesse feito, concluiria que o facto de as sedes sociais da Apple não terem qualquer tipo de atividades relacionadas com essa PI, implicava a afetação das licenças à ASI e à AOE para efeitos fiscais<sup>81</sup>.

A somar a este facto, a CE conclui ainda da análise das atas de reunião do Conselho de Administração da ASI e da AOE durante o período em causa, que esses conselhos de administração não desempenharam “*papéis ativos e fundamentais no que se refere à gestão e ao controlo efetivos das licenças da PI da Apple*” e que várias funções foram eventualmente externalizadas a funcionários da Apple sediados na Irlanda<sup>82</sup>.

Além disso, entende que não tendo a ASI e a AOE atividade económica nem presença física fora das sucursais irlandesas, as atividades exercidas por estas empresas devem entender-se como integralmente realizadas por essas

76 *Ibidem*: §260.

77 Cf. Decisão (UE) SA.38373 - *Apple*: secção a), do subcapítulo 8.2.2.2.

78 Decisão (UE) SA.38373 - *Apple*: §271.

79 *Ibidem*: §273.

80 Cf. Decisão (UE) SA.38373 - *Apple*: secção b), do subcapítulo 8.2.2.2.

81 Decisão (UE) SA.38373 - *Apple*: §280.

82 *Ibidem*: §§282-286.

sucursais, não devendo o rendimento por estas registado ser afetado às respetivas sedes sociais<sup>83</sup>.

O terceiro ponto de análise relaciona-se com a observação da influência da afetação dos contributos da Apple Inc. em I&D e na gestão das licenças de PI em causa, sobre a afetação dos lucros no seio da ASI e da AOE<sup>84</sup>: entende a CE que a eventual existência de contributos não remunerados por parte da Apple Inc. em benefício da ASI e da AOE, mesmo que suscetíveis de influenciar a rentabilidade global destas, não podem condicionar a afetação dos lucros, já que *“os custos pagos pela ASI e pela AOE por esses contributos seriam suportados por essas sociedades como um todo (e não apenas pelas sedes sociais ou pelas sucursais irlandesas)”*<sup>85</sup>.

Desta forma, entende demonstrada a atribuição de uma vantagem seletiva à ASI e à AOE, através da redução da sua obrigação fiscal, referindo ainda dois fatores adicionais: por um lado, o facto de a Apple nunca ter apresentado à administração fiscal irlandesa um relatório sobre a afetação de lucros que fundamentasse os métodos de afetação que propôs à administração<sup>86</sup>; por outro lado, o facto de ambas as decisões fiscais terem sido concedidas sem qualquer tempo determinado de aplicação, sendo que, no caso da decisão de 1991, não estava sequer prevista uma cláusula de revisão<sup>87</sup>.

Por fim, a CE analisa a eventual existência de uma justificação (subcapítulo 8.2.4. da Decisão).

A Apple alegou como justificação que *“o exercício de poder discricionário é intrínseco ao regime irlandês de tributação das sociedades e que as decisões contribuíram para a eficácia do sistema e foram proporcionadas”*<sup>88</sup>.

A CE considera que a argumentação apresentada não constitui justificação bastante com base em três razões<sup>89</sup>: *i)* o uso do poder discricionário por parte da administração fiscal não pode por si só justificar o tratamento desigual entre sociedades em situação factual e jurídica semelhante; *ii)* meramente alegar que o poder discricionário é intrínseco ao regime de tributação, sem

83 *Ibidem*: §307.

84 Cf. Decisão (UE) SA.38373 - *Apple*: secção c), do subcapítulo 8.2.2.2.

85 Decisão (UE) SA.3837 - *Apple*: §§313-314.

86 *Ibidem*: §363.

87 *Ibidem*: §§364-366.

88 *Ibidem*: §405.

89 *Ibidem*: §§407, 409 e 410.



melhor o concretizar, não é suficiente para se considerar a derrogação justificada; e *iii*) a mesma referência geral à eficácia do sistema geral, não pode ser suficiente para justificar a seletividade em questão.

### *Amazon*<sup>90</sup>

A medida em causa no presente processo é uma decisão fiscal emitida pela autoridade fiscal administrativa luxemburguesa (DFA) à Amazon.com, Inc. (empresa parte do grupo *Amazon*) e que se materializa numa carta de 06.11.2003, aplicada até junho de 2014<sup>91</sup>.

Em 2005, a LuxSCS (sociedade em comandita simples luxemburguesa, associada à Amazon.com, Inc.) assinou com a Amazon Technologies, Inc. (ATI) um acordo de licença e cessão para os direitos de propriedade intelectual preexistentes e um acordo prévio de custos com a A9.com, Inc. e a ATI, ambas estabelecidas nos EUA. Celebrou ainda um acordo de licença e cessão de direitos de PI com a Amazon.co.uk, Ltd., a Amazon.fr SARL e a Amazon.de GmbH, através do qual a LuxSCS recebeu as marcas registadas e os direitos de PI destes *websites* europeus<sup>92</sup>.

Com o primeiro acordo de licença e cessão referido, a LuxSCS adquiriu o direito de exploração de determinados direitos de PI da Amazon, assim como um conjunto de ativos incorpóreos, da posse e desenvolvidos pela A9.com, ATI e pela LuxSCS, podendo também sublicenciar os mesmos<sup>93</sup>.

Por sua vez, a LuxOpCo era uma empresa 100% detida pela LuxSCS que, durante o período considerado, foi sede social do grupo Amazon na Europa, sendo a principal operadora das vendas a retalho em linha, assim como da prestação de serviços através dos *websites* europeus da Amazon na Europa<sup>94</sup>.

Sucedeu que a LuxOpCo e a Lux SCS celebraram entre si um acordo de licença, a vigorar a partir de 30.04.2006, que atribuiu à LuxOpCo, “*de forma irrevogável, o direito exclusivo de desenvolver, melhorar e utilizar os ativos incorpóreos para explorar os sítios Web europeus e para qualquer outra finalidade pretendida no território geográfico do «país europeu», como contrapartida do pagamento de royalties (a «taxa de licença»)*”<sup>95</sup>.

90 Decisão (UE) SA.38944 - Amazon: §§1-142.

91 *Ibidem*: §§121-122.

92 *Ibidem*: §105.

93 *Ibidem*: §106.

94 *Ibidem*: §108.

95 *Ibidem*: §116.

Através da DFA em crise no presente processo, o Luxemburgo declarou estar de acordo com o princípio da plena concorrência o método sugerido pela Amazon para a fixação dos preços de transferência para determinar os *royalties* anuais devidos pela LuxOpCo à LuxSCS em virtude do acordo de licença realizado entre ambas, que, por sua vez, determinaria o rendimento anual tributável da LuxOpCo no Luxemburgo<sup>96</sup>.

Para este efeito, o regime fiscal luxemburguês determina que as empresas contribuintes residentes no Luxemburgo têm a totalidade dos seus lucros sujeitos a impostos, enquanto aquelas não residentes têm apenas os seus rendimentos locais<sup>97</sup>.

O regime luxemburguês tem uma norma que consagra o princípio da plena concorrência, codificada em várias circulares, que concretizam a aplicação do princípio às transações de financiamento intragrupo<sup>98</sup>.

Nesta decisão, ao contrário das anteriores, a CE procedeu à análise distinta dos critérios da vantagem e da seletividade, sendo a seletividade tratada no capítulo 9.3 da Decisão (§§580 e seguintes).

A primeira conclusão a que a CE chega é a de que a medida em causa constitui uma medida individual, uma vez que tem um único beneficiário (a Amazon.com, Inc.) e que incide exclusivamente sobre a situação fiscal da LuxOpCo e da LuxSCS<sup>99</sup>.

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

Numa primeira fase, a CE analisa a existência de um tratamento favorável relativamente aos demais sujeitos passivos do imposto sobre as pessoas coletivas, ou seja, o sistema de referência, definindo como estando numa mesma situação factual e jurídica “*todos os sujeitos passivos do imposto sobre as pessoas coletivas*”, quer empresas independentes, quer integradas em multinacionais<sup>100</sup>.

No que diz respeito à existência de uma derrogação, a CE não se alonga na demonstração da sua verificação, referindo apenas que a medida em causa constitui uma derrogação ao sistema de referência “*na medida em que concede à LuxOpCo um tratamento fiscal favorável que não está acessível a outros sujeitos*

---

96 *Ibidem*: §154.

97 *Ibidem*: §240.

98 *Ibidem*: §§241-242.

99 *Ibidem*: §583.

100 *Ibidem*: §589.

*passivos do imposto luxemburguês sobre as pessoas coletivas, cujo lucro tributável reflete os preços negociados em condições de plena concorrência no mercado*<sup>101</sup>.

Por fim, nem o Luxemburgo nem a Amazon adiantaram qualquer justificação para a medida em causa, nem a CE encontrou qualquer possível explicação que justificasse o tratamento favorável à LuxOpCo<sup>102</sup>.

#### 4.1. Apreciação

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

Como primeira nota, há que apontar a opção sistemática de tratar a existência de uma vantagem simultaneamente com o seu eventual carácter seletivo<sup>103</sup> que, em nossa opinião, é uma metodologia que complica fortemente a compreensão sobre os aspetos específicos de cada um dos critérios individualmente considerados. Tal metodologia, em último recurso, é suscetível de afetar não só os direitos de defesa dos destinatários das decisões da CE, mas também o carácter pedagógico que estas possam ter para outras empresas e EM que procurem compreender antecipadamente como atuar em matéria de celebração de acordos prévios sobre preços de transferência.

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

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

Por outro lado, ainda que no âmbito do critério da vantagem, as decisões da CE indicaram já um conjunto de pormenores que os EM poderão procurar acautelarem no futuro<sup>104</sup>:

Em primeiro lugar, o facto de a decisão fiscal ter ou não por base um relatório sobre preços de transferência que seja apresentado pela empresa

101 *Ibidem*: §599.

102 *Ibidem*: §§603-604.

103 Arena, 2017: 63.

104 Cf. Arena, 2017: 61-62.

contribuinte (preocupação levantada pela CE nas decisões de abertura formal de investigação nos casos *Apple* e *Amazon*); por outro lado, quanto maior o período previsto para a aplicação da medida, menores as probabilidades de a mesma ser considerada como estando de acordo com a plena concorrência, já que poderá não acautelar as normais alterações no contexto económico (veja-se o §365 da Decisão *Apple*).

Por fim, estas decisões da CE demonstram a relevância de os acordos prévios compactuarem com os métodos previstos na *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration* da OCDE<sup>105</sup>.

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

A legitimidade da sua aplicação no âmbito do direito europeu foi já confirmada pelo TJ, nomeadamente no Acórdão *Forum 187*<sup>106</sup>.

Contudo, a aplicação deste princípio nestes casos gerou alguma controvérsia, nomeadamente o facto de a CE parecer, desde logo, presumir que o desvio daqueles que seriam os resultados da consideração da plena concorrência indica a existência de seletividade<sup>107</sup>, opção criticada, designadamente, pelo Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, na sua reação ao caso *Apple*<sup>108</sup>.

Uma outra questão que poderá ser colocada em relação à aplicação do princípio da plena concorrência e que é levantada pelos EM nos casos *supra* analisados, prende-se com a possibilidade de esta comparação dos termos da medida em crise com o princípio da plena concorrência, implicar que a CE esteja a substituir-se às administrações nacionais na interpretação da sua própria legislação, uma vez que nem todos os ordenamentos jurídicos dos EM preveem esse princípio e que as orientações da OCDE não têm natureza vinculativa.

Contudo, a CE afasta esta questão, referindo que o princípio da plena concorrência que aplica não é aquele que resulta do Modelo da Convenção Fiscal da OCDE, mas sim aquele que decorre do princípio geral de igualdade de tratamento em matéria de tributação e que é abrangido pelo n.º 1 do art. 107.º do TFUE<sup>109</sup>. Poderá ainda assim questionar-se se não será esta uma

105 *Ibidem*: 62. Veja-se, nomeadamente, o determinado no §255 da decisão no caso *Apple*.

106 C-182/03 e C-217/03, *Forum 187*, EU:T:2020:338.

107 Gormsen, 2016: 375.

108 Estados Unidos da América, 2016: 6-9.

109 Veja-se, a título de exemplo, o §264 da decisão no caso *Starbucks*.

forma demasiado “obscura” de a CE ultrapassar a questão, já que, da letra do art. 107.º do TFUE, não será previsível que EM e empresas retirem a centralidade do princípio como este é apresentado pela CE nos presentes casos.

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

Uma crítica que se poderá empregar a esta situação resulta do facto de ser um sistema de referência de alargada abrangência: a fixação do sistema de referência como sendo todo o regime fiscal de tributação a pessoas coletivas dificulta que qualquer acordo prévio não seja entendido como uma derrogação.

Contudo, esta crítica peca pela dificuldade em encontrar uma solução alternativa.

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

A solução que melhor parece apresentar-se seria, acompanhando alguns dos EM e empresas visadas, a de aceitar como sistema de referência a legislação aplicável a empresas integradas em grupos societários. A CE afastou anteriormente esta hipótese, mas o facto é que estas são as normas aplicáveis em matéria de preços de transferência, instituto a que empresas não integradas não necessitam de recorrer, pelo que também nunca seriam objeto de um acordo prévio nessa matéria emitido por uma entidade administrativa fiscal.

Não se pode, contudo, ignorar que esta não se mostra uma solução ótima, já que traz como eventual problema o facto de os EM poderem fazer-se valer desta situação para legislarem e/ou emitirem decisões administrativas em favorecimento de sociedades integradas, em comparação com aquelas não integradas<sup>110</sup>.

Há então que concluir que a prática decisória por parte da CE em matéria de acordos prévios sobre preços de transferências carece, em nossa opinião, de

110 Neste sentido, Vos, 2018: 119.

uma maior clareza de exposição na sua fundamentação e necessita de algumas alterações em termos de opções metodológicas, nomeadamente, da clara separação analítica de cada um dos critérios em causa.

##### 5. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL GERAL: *FIAT*, *STARBUCKS*, *APPLE* E *AMAZON*

Das decisões da CE analisadas, foram interpostos recursos para o Tribunal Geral da União Europeia (TG) por parte das empresas e EM destinatários dessas decisões.

O TG pronunciou-se nos Acórdãos de 24.09.2019 (*Fiat*<sup>111</sup> e *Starbucks*<sup>112</sup>), 15.07.2020 (*Apple*<sup>113</sup>) e 12.05.2021 (*Amazon*<sup>114</sup>). À exceção do Acórdão *Fiat*, o TG deu provimento a todos os recursos interpostos, anulando assim as decisões da CE.

Efetivamente, nas decisões *Starbucks*, *Apple* e *Amazon*, o TG entendeu que a CE não conseguiu demonstrar de forma bastante a existência de uma vantagem, pelo que não considerou necessário analisar os demais critérios e argumentos. Significa, portanto, que apenas no caso da *Fiat* é que o TG analisou a aplicação do critério da seletividade pela CE.

Analise-se brevemente a decisão do TG quanto à seletividade da vantagem que entendeu verificar-se no caso *Fiat*:

Neste âmbito, as alegações da FFT e do Luxemburgo podem ser resumidas nos seguintes pontos: *i*) o quadro de referência considerado foi errado, devendo ter sido considerado o regime de tributação das sociedades integradas; *ii*) a medida em causa constitui uma medida individual de aplicação de um regime fiscal geral e não de uma medida *ad hoc*, pelo que a CE não deveria ter presumido a seletividade<sup>115</sup>.

Assim, quanto à consideração da seletividade por via da presunção operada pela CE, o TG declarou entender que a medida em causa não poderia “*ser considerada uma medida concedida com base num regime de auxílios*”<sup>116</sup>, tendo como sustentação três constatações: *i*) nenhuma disposição em causa ou que

111 T-755/15 e T-759/15, *Fiat*, EU:T:2019:670.

112 T-760/15 e T-636/16, *Starbucks*, EU:T:2019:669.

113 T-778/16 e T-892/16, *Apple*, EU:T:2020:338.

114 T-816/17 e T-318/18, *Amazon*, EU:T:2021:252.

115 Cf. T-755/15 e T-759/15, *Fiat*, EU:T:2019:670: §§328-329.

116 *Ibidem*: §349.

tenha sido invocada pelas partes é suscetível de configurar um regime tal como definido na al. d) do n.º 1 do Regulamento n.º 2015/1589; ii) a decisão administrativa em causa diz respeito única e exclusivamente à FFT, acrescentando que os elementos essenciais da medida derivam dessa medida e não do regime fiscal luxemburguês; iii) o facto de a administração fiscal luxemburguesa dispor de uma “*margem de apreciação*” para determinar em cada caso o montante tributável de cada sociedade que o requeira, é suficiente para entender que a medida não constitui uma medida de execução de um regime de auxílio<sup>117</sup>.

Desta feita, o TG conclui que a medida em causa constitui efetivamente uma medida individual, nos termos da al. e) do art. 1.º do Regulamento n.º 2015/1589<sup>118</sup>.

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

No que diz respeito à definição do sistema de referência e à derrogação ao mesmo, começou por considerar que “*independentemente do quadro de referência considerado pela Comissão, quer se trate do sistema geral do imposto sobre as sociedades ou do artigo 164.º do Código dos Impostos e da Circular, a Comissão pôde corretamente considerar que a decisão antecipativa derogava as regras que compõem cada um dos quadros de referência*”, rejeitando os argumentos dos recorrentes relativos ao sistema de referência relevante identificado pela CE, assim como os que contestavam a existência de uma derrogação<sup>119</sup>.

Por fim, quanto à verificação de uma eventual justificação para a derrogação, o TG valorou o facto de nem a FFT, nem o Luxemburgo terem “*fornecido o mínimo motivo que permitisse justificar o tratamento seletivo da FFT resultante da decisão antecipativa em causa*”, além de a CE também não ter conseguido identificar uma possível justificação<sup>120</sup>.

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

Efetivamente, uma vez que os critérios para a verificação da existência de um AdE são cumulativos e tendo em conta que nos restantes casos o TG entendeu que a CE não demonstrou de forma suficiente a existência de uma

117 *Ibidem*: §§349-353.

118 *Ibidem*: §355.

119 *Ibidem*: §§361-362.

120 *Ibidem*: §363.

vantagem, nos processos *Starbucks*, *Apple* e *Amazon*, não foi avaliada a aplicação do critério da seletividade nos termos realizados pela CE.

Naturalmente, não se pretende questionar a justeza dessa opção por parte do TG, uma vez que todos os critérios que concorrem para a existência de um AdE ilegal são cumulativos e, portanto, não se verificando um deles, os demais não carecem de ser analisados.

Contudo, não poderá deixar de assinalar-se uma “oportunidade perdida”: a de submeter à sindicância dos tribunais a seletividade em medidas desta natureza e complexidade. Acresce que, mesmo que em sede de recurso o TJ viesse a anular a Decisão de 1ª instância e a determinar a sua devolução ao TG para uma nova decisão, já se teriam passado alguns anos e com isso a oportunidade de esclarecer em tempo útil a questão<sup>121</sup>.

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

Resulta claro destas decisões que o TG esperava um maior grau de argumentação por parte da CE na fundamentação das suas conclusões. Nomeadamente, é repetidamente declarado pelo Tribunal que a CE não conseguiu demonstrar suficientemente a existência de uma redução da carga fiscal em benefício das empresas em causa e, conseqüentemente a existência de uma vantagem.

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

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

---

121 Derenne et al, 2019: 154d.



Mas esta vitória não é isenta de críticas. Em análise ao Acórdão *Fiat*, alguns autores criticam a apreciação feita pelo TG à aplicação do princípio da plena concorrência, na medida em que entendem que reescreve a análise feita pela CE na sua decisão<sup>122</sup>.

Estes autores consideram ainda que o princípio só poderá ser aplicado no âmbito do art. 107.º do TFUE quando não está previsto no ordenamento jurídico nacional em causa e que, por isso, não poderá constituir uma componente do art. 107.º do TFUE<sup>123</sup>.

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

Desse mesmo Acórdão não deixa de se destacar que o TG focou também o facto de não ter sido apresentada nenhuma possível justificação para a seletividade da medida, o que valorou de forma desfavorável às recorrentes. Ora, invoca-se nesta sede o que já havia sido suscitado no subcapítulo 4.1., na medida em que parece pouco prudente que os EM e as próprias empresas visadas não procurem apresentar uma potencial justificação para o tratamento seletivo dos destinatários da medida em crise.

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

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

---

122 Beeton et al, 2019: 2.

123 *Ibidem*: 2

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

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

## 6. CASO FIAT: A DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dos Acórdãos supra analisados, foram objeto de recurso para o TJ aqueles proferidos nos processos *Apple*, *Amazon* e *Fiat*. Enquanto nos dois primeiros ainda se aguarda decisão, o TJ já se pronunciou acerca do processo *Fiat*.

Assim, por Acórdão de 08.11.2022<sup>124</sup>, decidiu o TJ dar provimento ao recurso interposto, anulando o Acórdão do TG e a Decisão da CE, por entender que a CE falhou na identificação do sistema de referência. Em nossa opinião, não só o sentido decisório constitui uma derrota, como o decidido pelo TJ a propósito da aplicação do princípio da plena concorrência se mostra desapontante.

Efetivamente, entendeu o TJ, recorrendo ao princípio da legalidade, que a CE não deveria ter procedido à aplicação de um princípio que não está previsto no ordenamento jurídico do país visado: “(...) *só são pertinentes (...) as disposições nacionais para efeitos da análise da questão de saber se determinadas transações devem ser examinadas à luz do princípio da plena concorrência e, sendo caso disso, se os preços de transferência, que constituem a matéria coletável dos rendimentos tributáveis devidos por um contribuinte e a sua repartição entre os Estados em causa, se afastam ou não de um resultado de plena concorrência. Não podem assim ser tomados em consideração, no âmbito do exame da existência de uma vantagem fiscal seletiva na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, e para efeitos da determinação da carga fiscal que habitualmente onera uma empresa, parâmetros e regras externas ao sistema fiscal em causa, exceto se este último a eles se referir expressamente*”<sup>125</sup>.

124 C-885/19 P e C-898/19 P, *Fiat*, EU:C:2022:859.

125 *Ibidem*: §§96-97.

Parece assim que os tribunais da UE manter-se-ão um desafio para as tentativas da CE na investigação e condenação de EM pela prática de alegadas práticas fiscais anticoncorrenciais, podendo até questionar-se se entendimentos como aquele desenhado pelo TJ neste caso voltará a trazer o tema da autonomia fiscal dos EM para o centro da discussão.

É defensável que esta decisão cria segurança jurídica para empresas e EM, sendo que poderá naturalmente influenciar o sentido decisório nos processos ainda pendentes no TJ<sup>126</sup>. Contudo, em Comunicado<sup>127</sup>, Margrethe Vestager voltou a reforçar o seu objetivo de continuar a investigar práticas fiscais suscetíveis de consubstanciar AdE ilegais estando tal trabalho inserido no objetivo de transparência fiscal, que tem sido central na atuação da CE nos últimos anos.

Nomeadamente, invoca que o trabalho da CE nesta área tem expressado resultados nos EM que vão além das decisões individuais tomadas pela CE, mas que se traduziram em alterações à legislação fiscal ou na incorporação de princípios da OCDE.

## 7. CONCLUSÕES

O desenrolar judicial dos processos *Fiat*, *Starbucks*, *Apple* e *Amazon*, não deixa de se traduzir numa oportunidade perdida de clarificar a análise a realizar para aferir da verificação da seletividade da vantagem ilegalmente concedida, clareza essa necessária para garantir uma maior segurança jurídica a empresas e EM, uma vez que está em causa um critério de difícil análise, ainda por mais em medidas de natureza tão complexa como aquelas de natureza fiscal.

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

Uma outra conclusão que se retira dos acórdãos do TG é a de que se esperava um maior grau de fundamentação por parte da CE, nomeadamente, uma fundamentação concreta e não apenas baseada na alegação de erros metodológicos nas medidas em causa.

Também o TJ se pronunciou no caso do processo *Fiat*, numa decisão que se pode considerar como uma grande derrota para a CE, que não só viu a

<sup>126</sup> Anderson et al, 2022: 2.

<sup>127</sup> Comissão Europeia, 2022.

decisão do TG, única que lhe havia sido favorável, ser anulada, como viu o recurso ao princípio da plena concorrência ser condicionado.

Em qualquer caso, a CE já demonstrou vontade de continuar a investigar práticas administrativas de âmbito fiscal que sejam suscetíveis de consubstanciar AdE ilegais, não abandonando os seus objetivos de construção de uma política fiscal cada vez mais justa dentro da UE, pelo que importa ficarmos atentos ao resultado de futuras investigações.

## BIBLIOGRAFIA

ANDERSON, James e o.

2022 “The EU Court of Justice annuls the Commission’s expansive interpretation of State aid in a Luxembourg tax rulings case (Fiat Chrysler)”, in *e-Competitions News*, issue November 2022 – II

ARENA, Amedeo

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

BACON, Kelyn

2017 *European Union Law of State Aid*, 3.<sup>a</sup> ed., Oxford: Oxford University Press

BEEON, Daniel & PARTSCH, Philippe-Emmanuel

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

DERENNE, Jacques & CHILARU, Catalina

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

ESTEVEES, Mariana Medeiros

2016 “Os auxílios de Estado sob a forma fiscal e o combate da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia”, in *Revista Concorrência e Regulação*, n.º 27/28, pp. 239-264

- GORMEN, Lisa Lovdahl  
 2016 “EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 7, n.º 6, pp. 369-382
- GUNN, Anna & Luts, Joris  
 2015 “Tax Rulings, APAPs and State Aid: Legal Issues”, in *EC Tax Review*, 2015-2, pp. 119-125
- MARCELINO, Carla  
 2016 “Auxílios do Estado – introdução ao conceito à luz do artigo 107.º do TFUE e do atual contexto europeu”, in *e-Pública*, Vol. 3, n.º 2, pp. 135-159
- MICHEAU, Claire  
 2008 “Tax selectivity in State aid review: a debatable case practice”, in *EC Tax Review*, 2008-6, pp. 276-284
- SCHÖN, Wolfgang  
 2016 “State Aid in the area of taxation”, in Hancher, Leigh *et al* (ed.), *EU State Aids*, 5.ª ed., UK: Sweet & Maxwell Ltd., pp. 393-440
- SOLTÉSZ, Ulrich  
 2020 “EU State aid law and taxation – Where do we stand today?”, in *European Competition Law Review*, Volume 41, Issue 1, pp. 18-25
- VASCONCELOS, J.M.O., PERES M., C.J. & CRISTÓVÃO, D.C.  
 2017 *Acordos de Basileia e o impacto na regulamentação da actividade bancária: Uma revisão*, disponível em [https://www.occ.pt/dtrab/trabalhos/xviicica/ finais\\_site/218.pdf](https://www.occ.pt/dtrab/trabalhos/xviicica/ finais_site/218.pdf) [consultado em 31.03.2023]
- Vos, Bram  
 2018 “State Aid, Taxation & Transfer Pricing: Illegal Fiscal State Aid Granted to Starbucks?”, in *EC Tax Review*, 2018-2, pp. 113-120

### Documentos Oficiais

#### COMISSÃO EUROPEIA

- 2016a *Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*, (2016/C 262/01), JO C 262, de 19.07.2016
- 2016b *DG Competition working paper on state aid and tax rulings*, de 03.06.2016 disponível em [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/working\\_paper\\_tax\\_rulings.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/working_paper_tax_rulings.pdf) [consultado em 31.03.2023]
- 2021a Discurso Comissário Gentiloni: *Opening remarks by Commissioner Gentiloni at the press conference on the implementation of the OECD agreement on a*

- global minimum level of taxation and on an initiative to prevent the misuse of shell entities*, de 22.12.2021, disponível em [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/speech\\_21\\_7085](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/speech_21_7085) [consultado em 31.03.2023]
- 2021b *State Aid Scoreboard 2020*, de 14.06.2021, disponível em [https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-06/state\\_aid\\_scoreboard\\_note\\_2020.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-06/state_aid_scoreboard_note_2020.pdf) [consultado em 31.03.2023]
- 2022 STATEMENT/22/6690, de 08.11.2022, disponível em [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/statement\\_22\\_6690](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/statement_22_6690) [consultado em 19.03.2023]

#### ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

- 2016 *The European Commission's recent state aid investigations of transfer pricing rulings – U.S. Department of the Treasury White Paper*, Departamento do Tesouro dos Estados Unidos da América, de 24.08.2016, disponível em <https://home.treasury.gov/system/files/131/WhitePaper-EU-State-Aid-8-24-2016.pdf>, [consultado em 31.03.2023]

#### OCDE

- 2017 *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, Paris: OECD Publishing, disponível em <https://doi.org/10.1787/mtc-cond-2017-en> [consultado em 31.03.2023]
- 2021 Comunicado: *OECD releases Pillar Two model rules for domestic implementation of 15% global minimum tax*, de 20.12.2021, disponível em <https://www.oecd.org/tax/oecd-releases-pillar-two-model-rules-for-domestic-implementation-of-15-percent-global-minimum-tax.htm> [consultado em 31.03.2023]
- 2022 *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*, Paris: OECD Publishing, disponível em <https://doi.org/10.1787/0e655865-en> [consultado em 31.03.2023]

#### Jurisprudência UE & Prática Decisória

- Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 22 de junho de 2006 – *Forum 187 ASBL*, C-182/03 e C-217/03, EU:C:2006:416
- Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 24 de setembro de 2019 – *Fiat Chrysler Finance Europe*, T-755/15 e T-759/15, EU:T:2019:670
- Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 24 de setembro de 2019 – *Starbucks Corp. e Starbucks Manufacturing Emea BV*, T-760/15 e T-636/16, EU:T:2019:669
- Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 15 de julho de 2020 – *Apple Sales International e Apple Operations Europe*, T-778/16 e T-892/16, EU:T:2020:338

Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 12 de maio de 2021, *Amazon EU Sàrl e Amazon.com, Inc.*, T-816/17 e T-318/18, EU:T:2021:252

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 08 de novembro de 2022, *Fiat Chrysler Finance Europe*, C-885/19 P e C-898/19 P, EU:C:2022:859

### **Comissão Europeia**

Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) - *Starbucks*

Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) - *Fiat*

Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, de 30 de agosto de 2016, SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) - *Apple*

Decisão (UE) 2018/859 da Comissão, de 04 de outubro de 2017, SA.38944 (2014/C) (ex 2014/NN) - *Amazon*