

CLIPPING MIRANDA				 Miranda & Associados Sociedade de Advogados, SP, RL
MEIO	Jornal de Negócios			
Nº PAG.	4	DATA	23 de julho de 2020	



A Comissão Europeia foi derrotada no processo em que impunha que a Apple devolvesse à Irlanda 13 mil milhões por lucros não tributados. Bruxelas falhou na demonstração do caso.



Alexandra Machado amachado@negocios.pt
23 de Julho de 2020 às 11:00

"Esta decisão envia uma mensagem clara: os Estados-membros não podem conceder benefícios fiscais injustos a companhias selecionadas. Não interessa que sejam europeias ou estrangeiras, pequenas ou grandes, ou parte de um grupo". Margrethe Vestager, comissária europeia da Concorrência, comentava assim, a 30 de agosto de 2016, a decisão de exigir à Apple a devolução 13 mil milhões de euros (mais juros) à Irlanda de impostos que não tinham sido cobrados.

Bruxelas perdeu a ação contra a Apple. Mas o tribunal confirmou que informações do Fisco podem ser auxílios de Estado.

Quatro anos depois a mensagem clara foi do Tribunal Geral da União Europeia. A Apple não tem de devolver dinheiro e a Comissão Europeia tem de saber explicar estes casos de alegado auxílio de Estado por via de benefícios fiscais. A sentença foi conhecida no passado dia 15 de julho e com derrota de Bruxelas. O gabinete de Margrethe Vestager tem ainda a possibilidade de recorrer da decisão do Tribunal Geral, não tendo ainda dito se o fará. Na primeira reação à sentença judicial defendeu o seu caso, considerando até que em alguns termos o tribunal tido ido ao encontro das opções de Bruxelas.

Este não é o primeiro caso de auxílios de Estado por questões fiscais decidida pelo Tribunal Europeu. E também não é a primeira vez que o resultado é de derrota para a Comissão Europeia.

Já em setembro de 2019, a instância judicial gorou as intenções de Bruxelas no caso que visava a Starbucks, que teria de devolver 30 milhões de euros aos Países Baixos, decisão, no entanto, contrabalançada com a vitória no processo da Fiat no Luxemburgo, que envolvia um montante semelhante.

CLIPPING MIRANDA				 Miranda & Associados Sociedade de Advogados, SP, RL
MEIO	Jornal de Negócios			
Nº PAG.	4	DATA	23 de julho de 2020	

"Nesses dois casos ficou demonstrado que o sucesso das decisões da Comissão sobre auxílios de Estado ilegais, existentes e futuras, estaria em grande medida dependente de a Comissão conseguir demonstrar, e não apenas alegar, que houve uma decisão de uma administração tributária que gerou uma vantagem fiscal seletiva a um contribuinte e que não existiria em caso de inexistência daquela", realça Mafalda Alfaiate, "of counsel" na Miranda, explicando, pois, que "não basta à Comissão identificar erros que possam ter sido cometidos durante a obtenção desses acordos ou informações vinculativas", salientando mesmo que o ónus da prova de Bruxelas é "significativo", e não pode ser invertido através de uma presunção de ilicitude. Não pode, pois, ser exigido à Irlanda/Apple "a prova de que de que inexistiu qualquer vantagem concedida a uma empresa, e portanto, de que inexistiu um auxílio de Estado ilegal (prova negativa). Sempre caberá à Comissão demonstrar e provar o preenchimento dos pressupostos da incompatibilidade do auxílio com o direito da União", salientam Pedro Marques Bom e Luís Bordalo e Sá, advogados especializados em Direito Europeu e da Concorrência na Cuatrecasas, que falam de um acórdão que é também um aviso à Comissão em matéria de prova e ónus de prova. Não basta pois, especificam, que Bruxelas diga que as sucursais irlandesas tinham um certo número de trabalhadores na área da investigação & desenvolvimento, por contraposição à inexistência de trabalhadores nessa área nos EUA, para alocar essas licenças e correspondentes rendimentos às sucursais irlandesas, sujeitando-as aí à tributação.

É sobre a Comissão Europeia que recai o ónus de provar que uma decisão fiscal levou a uma vantagem seletiva.

Nesse sentido, Pedro Marques Bom e Luís Bordalo e Sá explicam que o tribunal considerou que a análise feita pela Comissão Europeia "não pode simplesmente presumir a existência de uma vantagem seletiva concedida a uma empresa, cabendo-lhe a prova efetiva de uma vantagem seletiva e a prova de que a medida adotada pela Irlanda foi discricionária".

Considera Ricardo Oliveira, sócio coordenador na PLMJ de Direito Europeu e da Concorrência, que a sentença do Tribunal Geral é, assim, "acertada", já que "baseou-se no teor efetivo da lei irlandesa ao invés de procurar resolver um alegado problema de insuficiente tributação". O advogado defende que "a alteração das regras de tributação internacional é uma matéria da competência dos Estados, que poderão no limite procurar acertar posições no quadro de organizações como a OCDE". Por isso considera um forte revés para Bruxelas esta decisão.

CLIPPING MIRANDA				 Miranda & Associados Sociedade de Advogados, SP, RL
MEIO	Jornal de Negócios			
Nº PAG.	4	DATA	23 de julho de 2020	

O que pode mudar no futuro?

Este acórdão do Tribunal Geral pode ter impacto em futuros casos. Desde logo, pela exigência de Bruxelas construir melhor o processo. "O sucesso da Comissão em casos futuros estará dependente de análises económicas mais robustas que possam suportar as suas decisões", salienta Mafalda Alfaiate, acreditando que os serviços de Bruxelas irão "analisar a decisão do Tribunal Europeu com vista a não enfraquecer a sua posição em futuras decisões quanto a auxílios de Estado ilegais".

Pedro Marques Bom e Luís Bordalo e Sá sugerem, mesmo, que a análise de auxílios de Estado (e de outras práticas) pela Comissão "deveria mudar e ser claramente mais exigente", ainda que não seja claro que isso possa vir a acontecer, pelo menos, no imediato, realçam. "Pela dificuldade de prova de determinadas práticas, a Comissão e as autoridades de defesa da concorrência tendem a recorrer com frequência a presunções de ilicitude ou de efeitos restritivos, o que pode desequilibrar a posição das empresas e afetar os seus direitos de defesa". Reclamam, assim, "maior foco na prova real e concreta de uma violação e na tendente demonstração dos efeitos negativos e não apenas na sua presunção".

Com o ónus da prova a recair sobre a Comissão Europeia, a sua demonstração pode ser, nas palavras de Pedro Marques Bom e Luís Bordalo e Sá, "hercúlea", evidenciando, no entanto, os juristas que "o que distingue os Estados de Direito é o respeito pelo princípio da presunção de inocência, independentemente da maior ou menor dificuldade de prova".

Decisões fiscais podem configurar auxílios de Estado

A Comissão Europeia perdeu, no Tribunal Geral da União Europeia, o processo em que exigia a devolução pela Apple à Irlanda de 13 mil milhões de euros de lucros não tributados.

Apesar da derrota, a sentença da instância judicial confere, no entanto, à comissária da Concorrência, Margrethe Vestager, uma vitória, já anteriormente reconhecida pelo mesmo tribunal. É que informações vinculativas por parte das autoridades fiscais podem, mesmo, consubstanciar auxílios de Estado.

"Mais uma vez o Tribunal Europeu confirma que a Comissão Europeia tem o poder de examinar se acordos ou informações vinculativas emitidas pelas administrações tributárias consubstanciam auxílios de Estado ilegais", com "a possibilidade de recorrer ao princípio da plena concorrência para determinar se multinacionais estão, em desconsideração deste princípio, a alocar rendimentos para países com baixas taxas de tributação", realça Mafalda Alfaiate, "of counsel" na Miranda.

CLIPPING MIRANDA				 Miranda & Associados Sociedade de Advogados, SP, RL
MEIO	Jornal de Negócios			
Nº PAG.	4	DATA	23 de julho de 2020	

Neste processo a decisão da Comissão Europeia de 2016 considerou como auxílios de Estado ilegais essas informações vinculativas da administração tributária da Irlanda em 1991 e 2017 a favor de duas empresas irlandesas do grupo: a Apple Sales International (ASI) e a Apple Operations Europe (AOE). Para Bruxelas, essas informações seriam imputadas ao Estado irlandês, o que resultou na redução de imposto pago por estas companhias, em vantagem face a outras empresas que estão também a operar no país. O benefício distorcia, no entender da Comissão Europeia, as regras de concorrência, afetando ainda o comércio entre Estados-membros. Pediu, pois, a devolução de 13 mil milhões de euros (mais juros) à Irlanda.

Bruxelas tem, assim, assumido que as decisões das administrações tributárias dos diversos Estados-membros podem suscitar dúvidas sobre o cumprimento das regras de auxílios de Estado. Pedro Marques Bom e Luís Bordalo e Sá, da Cuatrecasas, sustentam que se verifica, aliás, "uma tendência recente da Comissão para utilizar o mecanismo de controlo dos auxílios de Estado no domínio tributário como meio de combate à fraude e à evasão fiscal, especialmente quando estão em causa empresas multinacionais".

O tribunal confirmou que as informações fiscais podem ser auxílios de Estado, ainda que tenha invalidado o processo por considerar que a Comissão Europeia falhou na prova dos benefícios e vantagens à Apple.