

2025/2405

28.11.2025

DECISÃO (UE) 2025/2405 DA COMISSÃO

de 28 de novembro de 2024

relativa à decisão fiscal prévia SA.38944 (2014/C) (ex 2014/NN) — Luxemburgo, alegado auxílio à Amazon

[notificada com o número C(2024) 8565]

(Apenas faz fé o texto em língua inglesa)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

A COMISSÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente o artigo 108.º, n.º 2, primeiro parágrafo,

Tendo em conta o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, nomeadamente o artigo 62.º, n.º 1, alínea a),

Após ter convidado as partes interessadas a apresentarem as suas observações em conformidade com os referidos artigos ⁽¹⁾, e tendo em conta essas observações,

Considerando o seguinte:

1. PROCEDIMENTO

- (1) Por ofício de 24 de junho de 2014, a Comissão apresentou ao Grão-Ducado do Luxemburgo («Luxemburgo») um pedido de informações sobre a prática nacional em matéria de decisões fiscais prévias relativamente ao grupo de empresas Amazon («Amazon» ou «grupo Amazon»).
- (2) Nesse ofício, a Comissão solicitou que lhe fossem disponibilizadas todas as decisões fiscais prévias relativas ao grupo Amazon que ainda se encontravam em vigor. Por mensagem de correio eletrónico de 18 de julho de 2014, o Luxemburgo solicitou uma prorrogação do prazo de resposta ao ofício da Comissão, prorrogação essa que lhe foi concedida.
- (3) Em 4 de agosto de 2014, o Luxemburgo respondeu ao pedido da Comissão de 24 de junho de 2014. À sua resposta anexou, nomeadamente, uma carta de 6 de novembro de 2003 («decisão fiscal prévia controvertida» ou «APPT da Amazon») dirigida à Amazon.com, Inc. pela administração fiscal luxemburguesa (*Administration des contributions directes*).
- (4) Em 7 de outubro de 2014, a Comissão adotou uma decisão para dar início ao procedimento formal de investigação previsto no artigo 108.º, n.º 2, do Tratado, relativamente à decisão fiscal prévia controvertida, uma vez que persistiam sérias dúvidas quanto à compatibilidade da referida medida com o mercado interno («decisão de início do procedimento») ⁽²⁾. Nessa decisão, o Luxemburgo foi instado a apresentar informações complementares sobre a decisão fiscal prévia controvertida ⁽³⁾.
- (5) Por ofício de 21 de novembro de 2014, o Luxemburgo apresentou as suas observações sobre a decisão de início do procedimento. A sua comunicação incluiu, nomeadamente, um relatório sobre os preços de transferência.
- (6) Em 6 de fevereiro de 2015, a decisão de início do procedimento foi publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* ⁽⁴⁾. As partes interessadas foram convidadas a apresentar as suas observações sobre a decisão.
- (7) Por ofício de 13 de fevereiro de 2015, a Comissão enviou ao Luxemburgo um pedido de informações complementar.
- (8) Por carta de 5 de março de 2015, a Amazon apresentou as suas observações sobre a decisão de início do procedimento. Foram igualmente apresentadas observações sobre a decisão de início do procedimento por terceiros.

⁽¹⁾ JO C 44 de 6.2.2015, p. 13.

⁽²⁾ Realizaram-se várias trocas de informações confidenciais que, todavia, não são individualmente mencionadas nesta secção.

⁽³⁾ JO C 44 de 6.2.2015, p. 30.

⁽⁴⁾ JO C 44 de 6.2.2015, p. 13.

- (9) Por ofício de 17 de março de 2015, o Luxemburgo respondeu parcialmente ao pedido de informações da Comissão de 13 de fevereiro de 2015.
- (10) Em 19 de março de 2015, a Comissão transmitiu ao Luxemburgo as observações sobre a decisão de início do procedimento apresentadas por terceiros.
- (11) Em 26 de março de 2015, a Comissão informou o Luxemburgo de que, em conformidade com o artigo 6.º-A do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho ⁽⁹⁾, tinha considerado que o procedimento formal de investigação relativo à decisão fiscal prévia controvertida era ineficaz. Nessa base, e com a autorização do Luxemburgo, nos termos do artigo 6.º-A, n.º 6, do Regulamento (CE) n.º 659/1999, a Comissão enviou um pedido de informações à Amazon em 26 de março de 2015 («pedido de informações sobre o mercado»).
- (12) Em 4 de maio de 2015, a Amazon respondeu parcialmente ao pedido de informações da Comissão de 26 de março de 2015.
- (13) Por ofício de 13 de maio de 2015, o Luxemburgo apresentou a sua resposta às observações dos terceiros sobre a decisão de início do procedimento.
- (14) Por cartas de 24 e 31 de julho de 2015, a Amazon apresentou uma resposta parcial ao pedido da Comissão de 3 de julho de 2015.
- (15) Por carta de 21 de agosto de 2015, a Amazon respondeu parcialmente ao pedido da Comissão de 31 de julho de 2015, no qual a Comissão lhe reiterou o pedido para apresentar todas as informações solicitadas, em especial informações completas sobre os acordos de propriedade intelectual («PI») e a nova decisão prévia emitida em 2014 a favor da Amazon.
- (16) Entre 30 de setembro de 2015 e 12 de setembro de 2017, ocorreram novas trocas escritas e realizaram-se reuniões entre a Comissão, o Luxemburgo e a Amazon (para mais pormenores, remete-se para os considerandos 27 a 89 da decisão de início do procedimento).
- (17) Em 4 de outubro de 2017, a Comissão encerrou o procedimento formal de investigação através da adoção de uma decisão final [Decisão (UE) 2018/859 da Comissão ⁽⁹⁾], na qual concluiu que a decisão fiscal prévia a favor da Amazon constituía um auxílio na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado («decisão de encerramento»). Considerou-se que o auxílio era incompatível com o mercado interno e que tinha sido ilegalmente executado pelo Luxemburgo, em violação do artigo 108.º, n.º 3, do Tratado. Foi imposto ao Luxemburgo que recuperasse o montante do auxílio incompatível e ilegal obtido pela Amazon.
- (18) Em 12 de maio de 2021, o Tribunal Geral anulou a Decisão (UE) 2018/859 ⁽⁷⁾.
- (19) Em 22 de julho de 2021, a Comissão interpôs um recurso de anulação do acórdão do Tribunal Geral de 12 de maio de 2021 para o Tribunal de Justiça.
- (20) Em 14 de dezembro de 2023, o Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso da Comissão, confirmando assim a anulação da decisão de encerramento («acórdão *Amazon*») ⁽⁸⁾. À semelhança do acórdão do Tribunal Geral de 12 de maio de 2021, essa decisão não alterou a decisão de início do procedimento. Por conseguinte, a investigação formal da decisão fiscal prévia controvertida descrita no considerando 42 ainda está em curso e deve ser encerrada.

⁽⁹⁾ Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo 93.º do Tratado CE (JO L 83 de 27.3.1999, p. 1). O Regulamento (CE) n.º 659/1999 foi revogado e substituído pelo Regulamento (UE) 2015/1589 do Conselho que estabelece as regras de execução do artigo 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (codificação) (JO L 248 de 24.9.2015, p. 9, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2015/1589/oj>), com efeitos a partir de 14 de outubro de 2015.

⁽⁶⁾ 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 [notificada com o número C(2017) 6740], (JO L 153 de 15.6.2018, p. 1, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dec/2018/859/oj>).

⁽⁷⁾ Processos apensos T-816/17 e T-318/18, Luxemburgo, *Amazon EU e Amazon.com/Comissão*, ECLI:EU:T:2021:252.

⁽⁸⁾ Processo C-457/21 P, *Comissão/Amazon.com e o.*, ECLI:EU:C:2023:985. O Tribunal de Justiça concluiu que o Tribunal Geral tinha determinado incorretamente o sistema de referência pertinente e que, por conseguinte, tinha cometido um erro na análise do critério da vantagem seletiva, na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado (acórdão *Amazon*, n.ºs 46 a 50). No entanto, o Tribunal de Justiça considerou que o Tribunal Geral tinha constatado corretamente que a Comissão não tinha demonstrado a existência de uma vantagem a favor do grupo Amazon e, com base nesse fundamento, tinha anulado corretamente, a decisão de encerramento (acórdão *Amazon*, n.ºs 53 a 58). Tendo em conta o exposto e procedendo a uma substituição de fundamentos, o Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso na sua totalidade (acórdão *Amazon*, n.º 59).

2. DESCRIÇÃO DA MEDIDA

2.1. O grupo Amazon

- (21) De acordo com as informações recolhidas durante a investigação formal, o grupo Amazon é constituído pela Amazon.com, Inc. e por todas as empresas direta ou indiretamente por ela controladas (coletivamente designadas por «Amazon» ou «grupo Amazon»). A Amazon tem a sua sede em Seattle, Washington, Estados Unidos da América.
- (22) A Amazon desenvolve atividades de venda a retalho e de prestação de serviços. A Amazon obtém igualmente receitas de outros serviços de comercialização e de promoção, tais como a publicidade em linha e os contratos associados a cartões de crédito em parceria com outras marcas. Por último, a Amazon fabrica e vende equipamentos informáticos, como os dispositivos Amazon Kindle, o Amazon Fire e o Amazon Echo.
- (23) A Amazon explora treze sítios Web a nível mundial, incluindo a página www.amazon.com e seis sítios Web europeus: www.amazon.de, www.amazon.co.uk, www.amazon.fr, www.amazon.it, www.amazon.es e www.amazon.nl («sítios Web europeus»). As atividades da Amazon estão organizadas em três segmentos: América do Norte, Internacional e Amazon Web Services («AWS»).
- (24) Em 2016, a Amazon realizou vendas líquidas a nível mundial no valor de cerca de 136 mil milhões de USD e obteve um lucro líquido de 2,37 mil milhões de USD. A nível mundial, 91 % do volume de negócios da Amazon provém das suas atividades de venda a retalho. 59 % das vendas líquidas correspondem ao segmento da América do Norte, 32 % ao segmento Internacional e 9 % ao segmento AWS. Em 2016, a Amazon empregava 314 400 trabalhadores a tempo parcial ou inteiro.

2.2. Atividades da Amazon na Europa

- (25) Duas entidades luxemburguesas do grupo revestem-se de especial importância para efeitos da investigação no que diz respeito aos exercícios que abrangem o período de 1 de maio de 2006 a 30 de junho de 2014 («período considerado»):
- Amazon Europe Holding Technologies SCS («LuxSCS») — É uma sociedade em comandita luxemburguesa (*Société en Commandite Simple*). Embora os detentores do capital tenham mudado ao longo do período considerado, os associados da LuxSCS foram sempre empresas com domicílio nos Estados Unidos. Durante o período considerado, a LuxSCS deveria intervir unicamente enquanto empresa detentora de ativos incorpóreos para as atividades da Amazon na Europa, pelas quais a LuxOpCo era responsável na qualidade de operadora principal. A LuxSCS apenas deveria receber rendimentos passivos das suas filiais (*royalties* e juros). A LuxSCS também concedia empréstimos interempresas à LuxOpCo e a outras empresas do grupo. A LuxSCS não tinha qualquer presença física nem empregava trabalhadores durante o período considerado.
 - Amazon EU Société à responsabilité limitée («LuxOpCo») — Durante o período considerado, a LuxOpCo era uma filial a 100 % da LuxSCS. Estava incumbida de continuar a desenvolver e a melhorar o modelo de negócio baseado em *software* que serve de base às atividades de venda a retalho e de prestação de serviços da Amazon na Europa. Durante este período, a LuxOpCo funcionou como sede do grupo Amazon na Europa e era a operadora principal das atividades de venda a retalho e de prestação de serviços em linha da Amazon na Europa, desenvolvidas através dos sítios Web europeus. Em 2013 e 2014, o volume de negócios líquido consolidado da LuxOpCo foi de 13 612 449 784 EUR e 15 463 362 589 EUR, respetivamente. Durante o exercício de 2013, a LuxOpCo empregava, em média, 523 trabalhadores a tempo inteiro («ETI»).

2.3. O acordo de licença

- (26) A LuxOpCo celebrou um acordo de licença com a LuxSCS («acordo de licença»), que entrou em vigor em 30 de abril de 2006. Nos termos desse acordo, a LuxOpCo obteve, 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 no território geográfico do «país europeu», como contrapartida do pagamento de *royalties* («taxa de licença»). Qualquer direito de propriedade intelectual criado ou desenvolvido pela LuxOpCo através dos ativos incorpóreos ou graças ao acesso aos mesmos era atribuído à LuxSCS. A LuxOpCo devia tomar, por sua conta e risco, as medidas necessárias para proteger e manter os ativos incorpóreos. O acordo de licença previa igualmente a prestação, pela LuxOpCo, de serviços internos à LuxSCS, sem que fosse paga uma renumeração distinta à LuxOpCo. A LuxOpCo aceitava, além disso, assumir o conjunto dos riscos associados a todas as atividades que lhe incumbiam no âmbito do acordo de licença. Se a LuxOpCo adquirisse direitos de PI destinados à mesma finalidade que a dos ativos incorpóreos obtidos de terceiros, devia conceder esses direitos à LuxSCS sem o pagamento de *royalties*.

- (27) O acordo de licença devia permanecer em vigor durante a vida útil de todos os ativos incorpóreos licenciados e apenas podia ser resolvido em caso de mudança de controlo ou de oneração substancial, ou no caso de uma das partes não reparar um incumprimento no âmbito do acordo. Por conseguinte, a LuxSCS não podia denunciar unilateralmente o acordo de licença. O acordo de licença foi alterado em janeiro de 2010, com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2009. A alteração dizia respeito à definição dos «lucros de exploração na UE», utilizados para efeitos de cálculo da taxa de licença.

2.4. A decisão fiscal prévia controvertida

- (28) A medida apreciada na presente decisão é a carta de 6 de novembro de 2003 ⁽⁹⁾ enviada pelas autoridades fiscais luxemburguesas à Amazon, que aprova o acordo sobre os preços de transferência descrito na carta de 23 de outubro de 2003, enviada pela Amazon a essas autoridades, bem como a estrutura do grupo Amazon descrita nas suas cartas de 23 de outubro de 2003 e de 31 de outubro de 2003 ⁽¹⁰⁾.
- (29) Na sua carta de 31 de outubro de 2003 dirigida à administração fiscal luxemburguesa («carta da Amazon de 31 de outubro de 2003»), a Amazon solicitou que lhe fosse confirmado o tratamento fiscal da LuxSCS e das suas associadas sediadas nos Estados Unidos, bem como os dividendos recebidos pela LuxOpCo no âmbito da nova estrutura prevista. Na carta, é explicado que a LuxSCS, enquanto sociedade em comandita, não deve ter uma personalidade fiscal distinta da das suas associadas e que, por conseguinte, não está sujeita ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas nem ao imposto sobre o património líquido no Luxemburgo. Apesar da transparência fiscal da LuxSCS, esta última ou as suas associadas sediadas nos Estados Unidos podiam ser tributadas no Luxemburgo, caso se considerasse que as suas atividades eram realizadas por intermédio de um estabelecimento estável no Luxemburgo. Na carta, a Amazon menciona ainda que não se podia considerar que a LuxSCS e as suas associadas tinham uma presença tangível no Luxemburgo (escritórios, trabalhadores, etc.), de tal modo que, na ausência de instalações comerciais fixas, a LuxSCS não teria de dispor de uma personalidade fiscal distinta da das suas associadas nem exercer uma atividade comercial no Luxemburgo. Do mesmo modo, não se podia considerar que as suas associadas tinham um estabelecimento estável no Luxemburgo.
- (30) Na sua carta de 23 de outubro de 2003 dirigida à administração fiscal luxemburguesa («carta da Amazon de 23 de outubro de 2003»), a Amazon solicitou a emissão de uma decisão fiscal prévia que confirmasse o tratamento da LuxOpCo para efeitos do imposto luxemburguês sobre o rendimento das pessoas coletivas. Nessa carta, a Amazon explica a estrutura da empresa prevista na Europa e solicita a confirmação de que o método de fixação dos preços de transferência relativo ao acordo de licença descrito na carta confere à LuxOpCo «um benefício adequado e aceitável» «relativamente à política em matéria de preços de transferência e aos artigos 56.º e 164.º, n.º 3, da lei luxemburguesa relativa ao imposto sobre o rendimento». A carta faz referência a uma «análise económica» que figura em anexo, na qual se definem «as funções e os riscos que a LuxOpCo deve assumir, assim como a natureza e a importância dos ativos incorpóreos que devem ser objeto da licença sobre os ativos incorpóreos». Com base nesta análise, foi proposto um acordo sobre os preços de transferência, que determinava o nível anual de *royalties* que a LuxOpCo teria de pagar à LuxSCS pela utilização dos ativos incorpóreos.
- (31) A presente decisão aprecia se o acordo sobre os preços de transferência aprovado na decisão fiscal prévia controvertida contém uma vantagem seletiva que constitui um auxílio estatal.

3. DESCRIÇÃO DO QUADRO JURÍDICO APLICÁVEL

3.1. Quadro jurídico nacional

- (32) As regras comuns relativas à tributação das pessoas coletivas no Luxemburgo estão previstas na Lei do Imposto sobre o Rendimento luxemburguesa [*Loi modifiée du 4.12.1967 concernant l'impôt sur le revenu* («LIR»)].

⁽⁹⁾ Ver o considerando 2.

⁽¹⁰⁾ Devido a um atraso na execução da reestruturação das atividades europeias da Amazon, a Amazon solicitou uma prorrogação da validade da decisão fiscal prévia controvertida por carta de 5 de dezembro de 2004 dirigida à administração fiscal luxemburguesa, que confirmou a prorrogação por carta de 23 de dezembro de 2004. A decisão fiscal prévia controvertida, inicialmente aplicável por cinco anos, foi prorrogada em 2010 e produziu efeitos até junho de 2014. A estrutura europeia da Amazon, tal como descrita no pedido de decisão prévia e conforme aprovada pela decisão fiscal prévia controvertida, foi implementada em maio de 2006 e permaneceu aplicável até junho de 2014, data em que foi alterada.

- (33) O artigo 18.º, n.º 1, da LIR estabelece o método para determinar o lucro anual do contribuinte: «O lucro é constituído pela diferença entre o ativo líquido investido no final e o ativo líquido investido no início do exercício, acrescentados os levantamentos pessoais efetuados durante o exercício e subtraídas as entradas adicionais de capital efetuadas durante o exercício.»
- (34) O artigo 159.º da LIR estabelece que as empresas com domicílio fiscal no Luxemburgo estão sujeitas a imposto sobre a totalidade dos seus lucros. O artigo 160.º da LIR estabelece que as empresas que não têm domicílio fiscal no Luxemburgo estão sujeitas a imposto sobre os seus rendimentos locais, tal como definidos no artigo 156.º da mesma lei. Desde 2011, aos lucros tributáveis de todas as empresas sujeitas a imposto no Luxemburgo é aplicada uma taxa de tributação normal de 28,80 %.
- (35) O artigo 164.º, n.º 3, da LIR prevê o seguinte: «O rendimento tributável inclui as distribuições ocultas de lucros. A distribuição oculta de lucros ocorre, nomeadamente, quando um associado, um acionista ou uma parte interessada recebe, direta ou indiretamente, benefícios de uma empresa ou de uma associação, que normalmente não receberia se não fosse um associado, um acionista ou uma parte interessada.»⁽¹¹⁾ Na decisão de início do procedimento, a Comissão considerou — ver em especial o considerando 59 — que o artigo 164.º da LIR constituía a base legislativa, no Luxemburgo, para a fixação dos preços de transferência e que, por conseguinte, implementava o artigo 9.º do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE, que consagra o princípio da plena concorrência segundo o qual os preços aplicáveis às transações interempresas devem ser fixados em conformidade com os preços do mercado (ver o considerando 40 da presente decisão).
- (36) Desde 1 de janeiro de 2017, o novo artigo 56.º bis da LIR formaliza explicitamente a aplicação do princípio da plena concorrência no direito fiscal luxemburguês. Esta posição foi confirmada pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Amazon*: «só depois de 1 de janeiro de 2017, ou seja, após a adoção da decisão fiscal antecipada em causa e da sua prorrogação, é que um novo artigo da Lei do Imposto sobre o Rendimento «formaliza explicitamente a aplicação do princípio da plena concorrência no direito fiscal luxemburguês».

3.2. Orientações sobre os preços de transferência

- (37) A presente decisão diz respeito a uma decisão fiscal prévia que valida um acordo sobre os preços de transferência, também designado por acordo prévio de preços de transferência («APPT»). Os APPT são acordos que definem, antes das transações intragrupo, um conjunto adequado de critérios aplicáveis à fixação dos preços de transferência para essas transações durante um período fixo, para efeitos fiscais.
- (38) Neste contexto, os preços de transferência são os preços faturados nas transações comerciais entre diferentes entidades do mesmo grupo de empresas, nomeadamente os preços estabelecidos para bens vendidos ou serviços prestados por uma filial de um grupo de empresas a outra filial do mesmo grupo. Por conseguinte, os preços de transferência dizem respeito à repartição dos lucros entre as diferentes entidades do mesmo grupo de empresas.
- (39) As empresas multinacionais pagam impostos em jurisdições com taxas de imposto diferentes. O lucro após impostos registado ao nível do grupo de empresas é a soma dos lucros após impostos registados em cada país em que o grupo está sujeito a tributação. Por conseguinte, em vez de maximizarem o lucro declarado em cada país, as empresas multinacionais são financeiramente incentivadas, quando afetam os lucros às diferentes empresas do grupo, a afetarem o máximo de lucros possível a jurisdições que apliquem uma baixa tributação e o mínimo de lucros possível a jurisdições que apliquem uma elevada tributação.
- (40) Para assegurar uma tributação justa, foi estabelecida uma norma acordada a nível internacional para a fixação dos preços de transferência. Assim, o artigo 9.º do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE estabelece o chamado princípio da plena concorrência, segundo o qual os preços das transações entre empresas devem ser fixados em conformidade com os preços de mercado. O princípio da plena concorrência é descrito de forma mais pormenorizada nas Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ A aplicação do artigo 164.º, n.º 3, da LIR às empresas de financiamento foi clarificada pela administração fiscal luxemburguesa nas circulares n.º 164/2, de 28 de janeiro de 2011, e n.º 164/2 bis, de 8 de abril de 2011, que foram substituídas pela circular do diretor das contribuições LIR n.º 56/1 — 56 bis/1, de 27 de dezembro de 2016, *traitement fiscal des sociétés exerçant des transactions de financement intra-groupe*.

⁽¹²⁾ *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (não traduzido para português), OCDE, 2010.

4. MOTIVOS PARA DAR INÍCIO AO PROCEDIMENTO FORMAL DE INVESTIGAÇÃO

- (41) Na decisão de início do procedimento, a Comissão manifestou sérias dúvidas quanto à compatibilidade da decisão fiscal prévia controvertida com o mercado interno, em concreto, quanto à questão de saber se o acordo sobre os preços de transferência aprovado pela decisão fiscal prévia controvertida resultava no pagamento de *royalties* em condições de plena concorrência à LuxSCS e de uma remuneração em condições de plena concorrência à LuxOpCo.
- (42) Na sua decisão de início do procedimento, a Comissão observou que, por meio da decisão fiscal prévia controvertida, as autoridades fiscais luxemburguesas aprovaram os acordos sobre os preços de transferência propostos pela Amazon no pedido de decisão prévia, com base no artigo 164.º da LIR que, segundo a Comissão, transpõe o artigo 9.º do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE e consagrou o princípio da plena concorrência no direito luxemburguês. Com base neste princípio, a fim de evitar que uma transação conduza a uma evasão fiscal, o preço de transferência deve ser comparável ao que teria sido fixado entre operadores independentes com base no método tradicional, segundo o qual o lucro tributável é calculado com base na diferença entre os rendimentos e os encargos da empresa. Qualquer resultado que se desvie desse resultado e reduza a matéria coletável tem por efeito conferir uma vantagem ao contribuinte em causa.
- (43) Por conseguinte, na sua decisão de início do procedimento, a Comissão considerou que a aprovação de um acordo sobre os preços de transferência que não refletisse um resultado do mercado e favorecesse uma determinada empresa devia ser considerada seletiva *prima facie*. Esse tratamento seletivo resultaria de um desvio ao princípio da plena concorrência ou da aplicação incorreta desse princípio, tal como estabelecido no Modelo de Convenção Fiscal da OCDE e nas Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência e incorporado no direito nacional por meio do artigo 164.º da LIR.
- (44) Nesta base, na sua decisão de início do procedimento, a Comissão suscitou as dúvidas a seguir expostas, que dizem exclusivamente respeito à legalidade da decisão fiscal prévia controvertida à luz do princípio da plena concorrência, tal como estabelecido no Modelo de Convenção Fiscal da OCDE e nas Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência, e tal como incorporado no direito nacional por meio do artigo 164.º da LIR.
- (45) Em primeiro lugar, a Comissão observou que a decisão fiscal prévia controvertida parece ter sido concedida sem que fosse elaborado um relatório sobre os preços de transferência que sustentasse a conformidade do acordo com o princípio da plena concorrência no quadro das Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência. Observou igualmente que a decisão prévia tinha sido concedida num prazo de onze dias úteis a contar da receção do pedido.
- (46) Em segundo lugar, a Comissão concluiu, a título preliminar, que o acordo sobre os preços de transferência aprovado pela decisão fiscal prévia controvertida não parece basear-se num dos métodos normalmente aceites para a fixação dos preços de transferência enunciados nas Orientações da OCDE.
- (47) Em terceiro lugar, a Comissão estabeleceu que, contrariamente às recomendações constantes do ponto 6.16 das Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência de 1995 e de 2010, o pagamento de *royalties* aprovado pela decisão fiscal prévia controvertida não estava relacionado com a produção, as vendas ou os lucros. Ao invés, os *royalties* eram calculados como o lucro residual obtido com as transações intragrupo da LuxOpCo, determinado através da dedução de uma rendibilidade corrente imputável às funções da LuxOpCo dos lucros efetivamente por ela registados.
- (48) Em quarto lugar, à luz das Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência, a Comissão questionou se seria correto considerar que a LuxOpCo desempenhava funções menos complexas que a LuxSCS. Com base na descrição das funções desempenhadas pela LuxOpCo e dos riscos por ela assumidos, afigura-se que essas funções e riscos são, com efeito, mais complexos do que os da LuxSCS. As funções específicas relacionadas com os ativos incorpóreos, pelas quais a LuxSCS é alegadamente remunerada, não foram descritas no pedido de decisão prévia, nem pela administração fiscal luxemburguesa na decisão fiscal prévia controvertida. Além disso, embora, segundo o pedido de decisão prévia, a LuxSCS devesse assumir todos os riscos relacionados com a detenção dos direitos de PI, os riscos relacionados com a a detenção dos ativos incorpóreos que deviam ser assumidos pela LuxSCS não eram especificados, nomeadamente em relação aos riscos empresariais assumidos pela LuxOpCo.

- (49) Em quinto lugar, a Comissão considerou que uma margem de [4-6]% sobre as despesas de exploração baseada na aplicação do método da margem líquida da operação («MMLO») em conformidade com as Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência, que foi aprovada pela decisão fiscal prévia controvertida para as funções desempenhadas pela LuxOpCo, era relativamente baixa, tendo em conta, nomeadamente, o facto de as funções da LuxOpCo terem sido apresentadas como fundamentais para a tomada de decisões comerciais e estratégicas, concentrando o risco comercial de todo o mercado europeu. Além disso, a aplicação de um limite mínimo e de um limite máximo para determinar a remuneração em condições de plena concorrência da LuxOpCo, que prevalece efetivamente sobre o acordo sobre os preços de transferência baseado nas despesas de exploração, não foi explicada. Por último, a Comissão questionou se a escolha de um método indireto de fixação dos preços de transferência para determinar a remuneração da LuxOpCo era justificada, uma vez que as Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência estabelecem uma preferência pela utilização de métodos diretos para fixar um nível adequado de lucros tributáveis.
- (50) Em sexto lugar, a Comissão observou que, embora tivesse sido emitida em 2003, a decisão fiscal prévia controvertida estava em vigor em 2014. A Comissão afirmou que essa duração era muito superior à das decisões fiscais prévias emitidas noutros Estados-Membros. A Comissão manifestou dúvidas quanto à questão de saber se era correto considerar que a remuneração aceite pela decisão fiscal prévia controvertida estava em condições de plena concorrência após mais de dez anos, sem que fosse exigida qualquer revisão ou imposta a obrigação de informar a administração em caso de alteração de determinados elementos críticos.
- (51) Tendo em conta estas dúvidas, na sua decisão de início do procedimento, a Comissão concluiu, a título provisório, que a decisão fiscal prévia controvertida conferia uma vantagem seletiva à Amazon, uma vez que tinha resultado no pagamento de *royalties* à LuxSCS e de uma remuneração à LuxOpCo que se afastava de um resultado de plena concorrência. Uma vez que todas as outras condições previstas no artigo 107.º, n.º 1, do Tratado pareciam estar preenchidas e que não existia uma razão aparente que justificasse a compatibilidade aparente nos termos do artigo 107.º, n.º 2, ou 3, do Tratado, a Comissão concluiu, a título provisório, que a decisão fiscal prévia controvertida constituía um auxílio estatal incompatível com o mercado interno.

5. OBSERVAÇÕES DAS AUTORIDADES LUXEMBURGUESAS SOBRE A DECISÃO DE INÍCIO DO PROCEDIMENTO

5.1. Sobre os alegados erros de direito na decisão de início do procedimento

- (52) O Luxemburgo considerou que a decisão de início do procedimento estava viciada por vários erros de direito.
- (53) Em primeiro lugar, o Luxemburgo considerou que a decisão interferia com os seus poderes soberanos em matéria de fiscalidade direta. Mais concretamente, no seu entender, ao desenvolver e impor a sua própria interpretação do princípio da plena concorrência, a Comissão tinha excedido os seus poderes em matéria de auxílios estatais.
- (54) Em especial, o Luxemburgo chamou a atenção para a especificidade e a complexidade dos preços de transferência. Segundo as Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência, as autoridades fiscais nacionais precisam de uma margem de apreciação para interpretar as regras fiscais num caso específico e para decidir se o método de fixação dos preços de transferência utilizado resulta num preço de transferência aceitável. O Luxemburgo afirmou ter recebido a confirmação de que a sua prática em matéria de decisões fiscais prévias era adequada e estava em conformidade com o código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas e com as Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência.
- (55) Em segundo lugar, o Luxemburgo alegou que os precedentes nos quais a Comissão baseou a sua decisão de início do procedimento eram distintos da decisão fiscal prévia controvertida, pois diziam respeito a sistemas que continham elementos que resultavam na concessão de uma vantagem, independentemente da situação específica dos contribuintes.
- (56) Em terceiro lugar, o Luxemburgo alegou que a decisão de início do procedimento não incluía qualquer análise de seletividade e, mais concretamente, não identificava o sistema fiscal de referência nem o grupo de contribuintes de referência com os quais o tratamento fiscal da Amazon deveria ser comparado. Por conseguinte, não foi aplicada à Amazon nenhuma derrogação ao sistema fiscal de referência, nem nenhuma vantagem.
- (57) No que se refere ao quadro de referência correto, o Luxemburgo considerou que se tratava do direito fiscal nacional, mais concretamente o artigo 164.º, n.º 3, e o artigo 18.º da LIR. O Luxemburgo reiterou que a decisão fiscal prévia controvertida devia ser apreciada à luz do quadro regulamentar aplicável em vigor e das circunstâncias económicas preexistentes no momento da concessão da medida, ou seja, em 2003. O Luxemburgo salientou que, à data, as Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência de 2010 não existiam e que o direito luxemburguês não fazia qualquer referência às Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência de 1995.

- (58) Em quarto lugar, o Luxemburgo considerou que a Comissão não tinha identificado nenhuma categoria de empresas suscetíveis de serem favorecidas pela medida. No que diz respeito ao grupo de contribuintes de referência, o Luxemburgo considerou que apenas os contribuintes sujeitos às regras em matéria de preços de transferência e à sua prática em matéria de decisões fiscais prévias se encontravam numa situação factual e jurídica comparável.

5.2. Sobre as dúvidas manifestadas na decisão de início do procedimento

- (59) O Luxemburgo também respondeu especificamente às dúvidas manifestadas pela Comissão na decisão de início do procedimento quanto à conformidade da decisão fiscal prévia controvertida com o princípio da plena concorrência.
- (60) Em primeiro lugar, o Luxemburgo alegou que a preocupação da Comissão de que a decisão fiscal prévia controvertida tivesse sido concedida sem a análise económica exigida era infundada, uma vez que tinha sido elaborado um relatório sobre os preços de transferência para fundamentar o acordo sobre os preços de transferência proposto no pedido de decisão prévia.
- (61) O Luxemburgo explicou que, uma vez que o comércio eletrónico é uma atividade com margens reduzidas sujeita a uma concorrência feroz, a estratégia da Amazon consistia em diferenciar-se através da inovação tecnológica. Por conseguinte, os ativos incorpóreos eram considerados como as fontes essenciais de criação de valor das atividades da Amazon.
- (62) O Luxemburgo alegou que a decisão fiscal prévia controvertida autorizava um acordo sobre os preços de transferência baseado no MMLO para determinar o nível dos *royalties* em condições de plena concorrência pagos pela LuxOpCo à LuxSCS, o que está em conformidade com o quadro regulamentar do Luxemburgo em vigor no momento da concessão da medida. O MMLO é um método de fixação dos preços de transferência que corresponde às regras e à prática administrativa luxemburguesa em matéria de preços de transferência. A aceitação do MMLO pela administração fiscal luxemburguesa refletiu a análise funcional constante do relatório sobre os preços de transferência. Por conseguinte, a LuxOpCo foi considerada a entidade menos complexa em comparação com a LuxSCS e foi, por isso, selecionada de forma adequada como parte testada. Outros métodos teriam produzido resultados mais voláteis. A luz do que precede, o Luxemburgo alegou que não se podia considerar que a decisão fiscal prévia controvertida aceitava «o resultado mais fraco possível» para a LuxOpCo.
- (63) Em terceiro lugar, em resposta às dúvidas manifestadas pela Comissão na decisão de início do procedimento quanto ao facto de os *royalties* pagos pela LuxOpCo à LuxSCS não estarem relacionadas com a produção, as vendas ou os lucros, o Luxemburgo confirmou que os *royalties* eram calculados como um lucro residual. No entanto, considerou que tal resultado era inerente à aplicação do MMLO e que era conforme com as análises funcional e dos riscos.
- (64) Em quarto lugar, o Luxemburgo argumentou que o retorno financeiro da LuxOpCo efetivamente obtido em cada ano do período considerado estava em plena conformidade com o princípio da plena concorrência.
- (65) Em quinto lugar, no que respeita à dúvida manifestada quanto à pertinência dos limites mínimo e máximo aplicáveis à remuneração da LuxOpCo, o Luxemburgo alegou que o limite mínimo garantia uma remuneração positiva que aumentava em função da expansão das atividades. Além disso, estes limites mínimo e máximo incentivavam a LuxOpCo a gerir as suas atividades de forma eficiente. Uma vez que a margem obtida pela LuxOpCo no período de 2006-2013 foi, em média, de [3,5-4] % (*) e se encontrava, todos os anos, dentro do intervalo interquartil, o Luxemburgo conclui que os limites mínimos e máximos não tiveram qualquer impacto real e prático.
- (66) O Luxemburgo acrescentou que a matéria coletável não tinha sido objeto de um limite máximo e que tinha aumentado em função da expansão e do investimento da Amazon na União. A margem de remuneração era aplicada a todos os custos de exploração da LuxOpCo e não só aos custos de exploração por ela suportados no Luxemburgo.

(*) Informações confidenciais.

- (67) Em sexto lugar, no que diz respeito à duração da decisão fiscal prévia controvertida, o Luxemburgo explicou que estava inicialmente previsto que esta fosse válida por um período de cinco exercícios, a contar do início das atividades da Amazon no Luxemburgo, atividades essas que foram, efetivamente, iniciadas em 2006 ⁽¹³⁾. Por conseguinte, a decisão fiscal prévia controvertida era, inicialmente, aplicável até 2011. O Luxemburgo explicou também que, em conformidade com a sua prática administrativa à data as decisões prévias em matéria de preços de transferência só eram, por norma, alteradas em caso de alteração significativa do modelo de atividades ou das condições de mercado. O Luxemburgo explicou igualmente que, na sequência da crise de 2008, a remuneração das atividades comparáveis (venda a retalho em linha) estavam sob forte pressão e as margens operacionais da Amazon continuavam a diminuir. Neste contexto, o Luxemburgo considerou que uma revisão do acordo de preços de transferência poderia ter conduzido a uma redução da remuneração da LuxOpCo.

6. OBSERVAÇÕES DAS PARTES INTERESSADAS SOBRE A DECISÃO DE INÍCIO DE PROCEDIMENTO

6.1. Observações apresentadas pela Amazon

- (68) Nas suas observações, a Amazon centrou-se nos alegados erros de direito e nas dúvidas manifestadas pela Comissão na decisão de início do procedimento.
- (69) No que respeita aos alegados erros de direito, a Amazon alegou que, na sua decisão de início do procedimento, a Comissão não tinha identificado corretamente o quadro de referência, nem comprovado a seletividade da medida. Segundo a Amazon, a decisão fiscal prévia controvertida devia ser examinada à luz de uma regra específica do direito nacional e/ou de uma prática administrativa e não à luz do sistema do imposto sobre as pessoas coletivas no seu conjunto. Por conseguinte, o quadro de referência correto para apreciar a decisão fiscal prévia controvertida é o princípio da plena concorrência conforme definido no artigo 164.º, n.º 3, e no artigo 18.º da LIR, em conjunto com a prática administrativa pertinente, aplicando as disposições em questão. Além disso, segundo a Amazon, apenas poderia existir um auxílio estatal se a decisão fiscal prévia controvertida se desviasse da interpretação e da aplicação normais do princípio da plena concorrência no Luxemburgo, o que, segundo a mesma, não era o caso. A Amazon alegou igualmente que a Comissão não tinha demonstrado a seletividade da medida.
- (70) No que diz respeito às dúvidas manifestadas pela Comissão na decisão de início do procedimento, as observações da Amazon coincidem, em grande medida, com as do Luxemburgo, na medida em que a primeira também alegou que o pedido de decisão prévia era acompanhado de um relatório sobre os preços de transferência e que tinha sido objeto de um exame rigoroso.
- (71) A Amazon alegou ainda que o método de fixação dos preços de transferência escolhido, nomeadamente o método de repartição dos lucros residuais, não só está em conformidade com as Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência, mas também com as regras e as prática administrativa luxemburguesas relativas à fixação dos preços de transferência ⁽¹⁴⁾.
- (72) A Amazon acrescentou que as contribuições da LuxSCS consistem não só na concessão de sublicenças para ativos incorpóreos, mas também na assunção dos riscos associados às atividades da LuxOpCo.
- (73) A Amazon alegou ainda que a aplicação do método do preço comparável de mercado não era adequada às circunstâncias em causa. A Amazon sustentou que, em todo o caso, a administração fiscal luxemburguesa deve iniciar a sua análise dos preços de transferência com base na metodologia escolhida pelo contribuinte. A Amazon recordou igualmente que, dado que a fixação dos preços de transferência não é uma ciência exata e exige que seja exercido um juízo de valor, a aplicação de qualquer método para a sua fixação produz normalmente um intervalo de resultados e não um preço preciso.
- (74) A Amazon defendeu igualmente a validade da duração da decisão fiscal prévia controvertida, apresentando um relatório *ex post* sobre os preços de transferência, que tinha encomendado em 2012 («relatório *ex post* de 2012 sobre os preços de transferência»). Este relatório apresentava dois conjuntos de dados das empresas atualizados: um baseado em dados relativos ao período 2004-2006 e outro ao período 2008-2010, que, segundo a Amazon, confirmaram que a remuneração da LuxOpCo se tinha mantido dentro do intervalo de plena concorrência durante todo o período considerado.

⁽¹³⁾ Por carta de 5 de dezembro de 2004, a Amazon informou o Luxemburgo de que a reestruturação apenas seria concluída em 2006 e solicitou que a decisão fiscal prévia controvertida fosse aplicável durante os primeiros cinco anos a contar daquela data. Em 23 de dezembro de 2004, o Luxemburgo confirmou que o prazo indicado não afetaria o acordo de 6 de novembro de 2003, desde que as outras condições do pedido de 23 de outubro de 2003 fossem mantidas.

⁽¹⁴⁾ A Amazon ilustra este argumento fazendo referência às decisões fiscais prévias controvertidas emitidas pelo Luxemburgo e publicadas pelo ICIJ. Entre essas decisões, a Amazon identificou 97 que, segundo a mesma, se baseiam no método de repartição dos lucros residuais e que, no âmbito de acordos de financiamento, atribuem rendimentos não únicos, ou seja, uma margem financeira fixa a uma entidade luxemburguesa, sendo o lucro residual atribuído ao detentor de um instrumento de financiamento.

6.2. Observações de outras partes interessadas

- (75) O EPICENTER, ⁽¹⁵⁾ a Computer & Communications Industry Association («CCIA»), a ATOZ e a Fedil apresentaram as suas observações, manifestando várias preocupações. O EPICENTER considerou que a decisão de início do procedimento não tinha tido em conta o grau adequado de discricionariedade inerente às práticas em matéria de preços de transferência e que, ao recorrer às regras em matéria de auxílios estatais para combater a concorrência fiscal prejudicial, a Comissão tinha excedido os seus poderes legais em matéria de fiscalidade direta. A ATOZ e a Fedil alegaram que não era correto considerar as regras da OCDE em matéria de preços de transferência para efeitos da apreciação dos auxílios estatais, uma vez que, à data, tais regras não estavam incorporadas na legislação luxemburguesa.
- (76) A Oxfam, a Booksellers Association of the United Kingdom & Ireland Ltd., a Federação Europeia e Internacional de Livreiros, o Syndicat de la Librairie Française, a Federação dos Editores Europeus, o Syndicat des Distributeurs de Loisirs Culturels e a Bundesarbeitskammer apoiaram os argumentos da Comissão ou acolheram favoravelmente as investigações da Comissão em matéria de auxílios estatais.

7. INFORMAÇÕES APRESENTADAS PELA EMPRESA X

- (77) A empresa X, um concorrente da Amazon que exerce atividades de venda a retalho em linha num mercado da União e deseja que a sua identidade não seja divulgada, forneceu informações sobre o mercado à Comissão no contexto da investigação. Explicou que os principais motores para o sucesso e a durabilidade das atividades de venda a retalho em linha eram os clientes e o *marketing*, pelo que os principais ativos para assegurar o crescimento neste mercado são uma base de dados de clientes sólida e a capacidade financeira para realizar investimentos significativos em *marketing*. A empresa X salientou igualmente que a Amazon tinha prosseguido uma estratégia bastante agressiva de investimento em tecnologia e *marketing*, obtendo assim vantagens difíceis de igualar.

8. RESPOSTA DAS AUTORIDADES LUXEBURGUESAS ÀS OBSERVAÇÕES DOS TERCEIROS E ÀS INFORMAÇÕES APRESENTADAS PELA EMPRESA X

- (78) Por ofício de 20 de abril de 2015, o Luxemburgo manifestou o seu acordo com as observações formuladas pela Amazon, pela FEDIL, pela CCIA, pela ATOZ e pelo EPICENTER, e considerou que as restantes observações relativas à decisão de início do procedimento não eram pertinentes no caso em apreço.
- (79) Em 2 de maio de 2016, o Luxemburgo apresentou a sua resposta às informações apresentadas pela empresa X. O Luxemburgo afirmou que a Amazon, na qualidade de operador de mercado, estava mais bem posicionada para se pronunciar sobre as informações apresentadas pela empresa X.

9. OBSERVAÇÕES COMPLEMENTARES DA AMAZON

- (80) Nas suas observações complementares, a Amazon forneceu informações adicionais para sustentar a afirmação de que a remuneração da LuxSCS e da LuxOpCo aprovada pela decisão fiscal prévia controvertida estava em conformidade com o sistema fiscal do Luxemburgo.
- (81) Além disso, a Amazon questionou se a empresa X era efetivamente comparável à LuxOpCo e alegou que as informações que a empresa X forneceu não deviam ter sido consideradas, uma vez que não estavam disponíveis no momento da concessão da decisão fiscal prévia controvertida.
- (82) No que respeita à concentração das atividades de venda a retalho em linha da Amazon na tecnologia, a Amazon argumenta que a inovação tecnológica está no cerne do seu modelo de negócio de venda a retalho em linha orientado para os serviços e é da maior importância para as empresas.
- (83) Quanto às ameaças críticas dirigidas às atividades europeias da Amazon, a Amazon citou as seguintes ameaças: i) a concorrência no comércio eletrónico, ii) a (ausência de) adoção de novos produtos, serviços e tecnologias pelos clientes e iii) as condições económicas e políticas locais e as alterações ao quadro jurídico.
- (84) Nas suas observações complementares, a Amazon apresentou uma declaração emitida no âmbito do processo no Tribunal Fiscal Federal dos Estados Unidos, bem como um novo relatório sobre os preços de transferência. A primeira foi prestada para sustentar a taxa de *royalties* que a LuxSCS recebeu durante o período considerado, ao passo que o relatório *ex post* visava comprovar que a remuneração da LuxOpCo era conforme ao princípio da plena concorrência.

⁽¹⁵⁾ O EPICENTER apresenta-se como uma iniciativa independente que reúne seis grupos de reflexão de primeiro plano na União Europeia. Este centro tem por objetivo clarificar o debate sobre as políticas europeias e promover os princípios de uma sociedade livre agrupando os conhecimentos especializados económicos dos seus membros.

10. APRECIÇÃO

- (85) Nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado, 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.
- (86) Como declararam os tribunais da União ⁽¹⁶⁾, para que uma medida possa ser qualificada como auxílio na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado devem, por conseguinte, estar preenchidas as seguintes condições cumulativas: i) a medida deve ser imputável ao Estado e financiada através de recursos estatais, ii) deve conceder uma vantagem ao seu beneficiário, iii) essa vantagem deve ser seletiva, e iv) a medida deve falsear ou ameaçar falsear a concorrência e ser suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros.
- (87) Para efeitos da presente decisão, é necessário, em especial, analisar mais aprofundadamente a existência de uma vantagem seletiva.
- (88) De acordo com jurisprudência constante, a condição relativa à seletividade da vantagem «impõe que se determine se, no âmbito de um determinado regime jurídico, a medida nacional em causa é suscetível de favorecer “certas empresas ou certas produções” em relação a outras, que se encontrem, à luz do objetivo prosseguido pelo referido regime, numa situação factual e jurídica comparável e que estão assim sujeitas a uma tratamento diferenciado que pode, em substância, ser qualificado de discriminatório» ⁽¹⁷⁾.
- (89) Mais concretamente, o Tribunal de Justiça estabeleceu uma análise em três fases para determinar se uma medida fiscal é seletiva ⁽¹⁸⁾. Em primeiro lugar, é identificado o regime fiscal comum ou normal aplicável no Estado-Membro. Este constitui o «sistema de referência». Numa segunda fase, é necessário determinar se a medida fiscal em causa constitui uma derrogação a esse sistema, na medida em que introduz diferenciações entre operadores económicos que, à luz dos objetivos intrínsecos ao sistema, se encontram numa situação factual e jurídica comparável. Se a medida constituir uma derrogação ao sistema de referência, importa determinar, na terceira fase da análise, se essa medida se justifica pela natureza ou pela economia geral do sistema de referência. Uma medida fiscal que constitua uma derrogação à aplicação do sistema de referência pode ser justificada se o Estado-Membro em causa conseguir demonstrar que esta medida resulta diretamente dos princípios fundadores ou diretores desse sistema fiscal ⁽¹⁹⁾. Se for esse o caso, a medida fiscal não é seletiva. Nessa terceira fase, o ónus da prova recai sobre o Estado-Membro.
- (90) No acórdão *FIAT* ⁽²⁰⁾, o Tribunal de Justiça clarificou a forma de identificar o sistema de referência pertinente. O Tribunal de Justiça indicou que a Comissão não devia ter em conta parâmetros e regras externos ao sistema fiscal nacional ao determinar o sistema de referência. Mais especificamente, no n.º 96 do acórdão *FIAT* o Tribunal de Justiça considerou que «[n]ão 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 nacional em causa, exceto se este último a eles se referir expressamente».
- (91) À luz destes princípios, recordados no n.º 44 do acórdão *Amazon*, o Tribunal de Justiça confirmou, no n.º 58 do mesmo acórdão ⁽²¹⁾, a conclusão do Tribunal Geral segundo a qual a Comissão não tinha demonstrado, na decisão de encerramento, a existência de uma vantagem a favor do grupo Amazon na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça confirmou a anulação da decisão de encerramento.

⁽¹⁶⁾ Processo C-399/08 P, *Comissão/Deutsche Post*, ECLI:EU:C:2010:481, n.º 39.

⁽¹⁷⁾ Processo C-457/21 P, *Comissão/Amazon.com e o.*, ECLI:EU:C:2023:985, n.º 33. Ver também os processos apensos C-451/21 P e C-454/21 P, *Luxemburgo e o./Comissão*, ECLI:EU:C:2023:948, n.º 106. Ver também o processo C-172/03, *Heiser*, ECLI:EU:C:2005:130, n.º 40.

⁽¹⁸⁾ Processos apensos C-78/08 a C-80/08, *Paint Graphos e o.*, ECLI:EU:C:2009:417, n.ºs 49, 64 e 65. O referido método de análise em três fases da seletividade do auxílio foi concebido para revelar a seletividade dissimulada de medidas fiscais vantajosas que estão aparentemente à disposição de todas as empresa: ver os processos apensos C-649/20 P, C-658/20 P e C-662/20 P, *Espanha e o./Comissão*, ECLI:EU:C:2023:60, n.º 48.

⁽¹⁹⁾ Processos apensos C-78/08 a C-80/08, *Paint Graphos e o.*, ECLI:EU:C:2009:417, n.º 65.

⁽²⁰⁾ Processos apensos C-885/19 P e C-898/19 P, *Fiat Chrysler Finance Europe/Comissão*, ECLI:EU:C:2022:859.

⁽²¹⁾ Processo C-457/21 P, *Comissão/Amazon.com e o.*, ECLI:EU:C:2023:985: ver também o raciocínio exposto nos n.ºs 41 a 50 e 53 a 58.

- (92) Por conseguinte, nos termos do artigo 266.º do Tratado, cabe à Comissão tomar as medidas necessárias à execução do acórdão *Amazon*.
- (93) As conclusões do Tribunal de Justiça no acórdão *Amazon* são, de facto, diretamente pertinentes para apreciar as dúvidas suscitadas na decisão de início do procedimento no que diz respeito à decisão fiscal prévia controvertida. Essas dúvidas assentavam, nomeadamente, numa análise da existência de uma vantagem seletiva realizada com base num sistema de referência que pressupunha a incorporação do princípio da plena concorrência da OCDE, tal como enunciado no artigo 9.º do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE, no direito fiscal luxemburguês. Esta mesma abordagem baseava-se na aplicabilidade, no sistema fiscal luxemburguês, das Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência.
- (94) Mais especificamente, na decisão de início do procedimento, a Comissão observou que se considerava que o artigo 164.º da LIR incorporava o artigo 9.º do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE no direito fiscal nacional. A Comissão concluiu que qualquer resultado que se desviasse do princípio da plena concorrência, tal como expresso nessa Convenção e nas Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência, e que reduzisse a matéria coletável, tinha por efeito conferir uma vantagem ao contribuinte em causa ⁽²²⁾.
- (95) Por outras palavras, a qualificação, a título preliminar, da decisão fiscal prévia controvertida como auxílio estatal, tal como exposta na decisão de início do procedimento, resultou de um desvio ao princípio da plena concorrência ou da aplicação incorreta desse princípio, tal como previsto no Modelo de Convenção Fiscal da OCDE e nas Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência.
- (96) A Comissão observa ainda que as seis dúvidas expressas de forma pormenorizada nos considerandos 63 a 76 da decisão de início do procedimento e recordadas na secção 4 da presente decisão se basearam na premissa de que existia um princípio de plena concorrência decorrente do artigo 9.º do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE tal como interpretado pelas Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência.
- (97) A Comissão reconhece, no entanto, que, no n.º 54 do acórdão *Amazon*, o Tribunal de Justiça declarou que apenas os princípios incorporados no direito nacional podem ser aplicados para efeitos da determinação do quadro de referência no âmbito da análise em três fases para demonstrar a existência de uma vantagem seletiva. o Tribunal de Justiça declarou que «só uma incorporação deste princípio (de plena concorrência) enquanto tal no direito nacional, que exige, *a minima*, que este último se refira expressamente a esse princípio, permitiria à Comissão aplicá-lo no âmbito da apreciação da existência de uma vantagem seletiva na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE».
- (98) Além disso, no n.º 55 do acórdão *Amazon*, o Tribunal de Justiça considerou que, na decisão de encerramento, a Comissão cometeu um erro ao estabelecer o quadro de referência, uma vez que o princípio da plena concorrência não estava consagrado no direito nacional. Com efeito, concluiu que «a própria Comissão reconheceu [...] (que) só depois de 1 de janeiro de 2017, ou seja, após a adoção da decisão fiscal antecipada em causa e da sua prorrogação, é que um novo artigo da Lei do Imposto sobre o Rendimento «formaliza explicitamente a aplicação do princípio da plena concorrência no direito fiscal luxemburguês». Está, portanto, demonstrado que a exigência recordada pela jurisprudência referida no número anterior não estava satisfeita quando o Estado-Membro em causa adotou a medida que a Comissão considerou constitutiva de um auxílio de Estado, pelo que essa instituição não podia aplicar este princípio retroativamente na decisão controvertida.»
- (99) À luz desta conclusão, a Comissão considera que as dúvidas suscitadas na decisão de início do procedimento devem ser ignoradas. Com efeito, uma vez que a decisão fiscal prévia controvertida data de 6 de novembro de 2003, foi adotada quando o princípio da plena concorrência ainda não estava incorporado no direito fiscal luxemburguês, como resulta do acórdão *Amazon*.
- (100) Como recordado no acórdão *Amazon*, um erro na determinação das regras efetivamente aplicáveis ao abrigo do direito nacional pertinente e, por conseguinte, na identificação da tributação dita «normal» à luz da qual a decisão fiscal prévia controvertida devia ser examinada vicia necessariamente todo o raciocínio relativo à existência de uma vantagem seletiva ⁽²³⁾.

⁽²²⁾ A Comissão remeteu para o processo relativo ao auxílio estatal C 49/2001, centros de coordenação do Luxemburgo (JO L 170 de 9.7.2003, p. 20).

⁽²³⁾ Processo C-457/21 P, *Comissão/Amazon.com e o.*, ECLI:EU:C:2023:985, n.º 37.

- (101) Por conseguinte, nem as dúvidas específicas suscitadas na decisão de início do procedimento, nem o raciocínio subjacente exposto na mesma permitem à Comissão demonstrar que, por meio da decisão fiscal prévia controvertida, o Luxemburgo concedeu uma vantagem seletiva à Amazon. Na decisão de início do procedimento, a Comissão não apreciou, à luz de qualquer outro sistema de referência, a existência de uma vantagem seletiva, nem levantou dúvidas quanto à existência de um auxílio por outros motivos relacionados com a existência de uma vantagem seletiva.
- (102) Por conseguinte, na presente decisão, a Comissão deve afastar as dúvidas suscitadas na decisão de início do procedimento quanto à existência de uma vantagem seletiva. Uma vez que os critérios que permitem concluir pela existência de um auxílio estatal com base no artigo 107.º, n.º 1, do Tratado são cumulativos, não é necessário apreciar os restantes critérios previstos na referida disposição.

11. CONCLUSÃO

- (103) Tendo em conta o que precede, a Comissão conclui que a decisão fiscal prévia controvertida emitida pelo Luxemburgo a favor da Amazon não constitui um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado.

ADOTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1.º

A decisão fiscal prévia controvertida, adotada em 6 de novembro de 2003 pela administração fiscal do Grão-Ducado do Luxemburgo, a favor da Amazon, não constituiu um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado.

Artigo 2.º

O destinatário da presente decisão é o Grão-Ducado do Luxemburgo.

Feito em Bruxelas, em 28 de novembro de 2024.

Pela Comissão
Margrethe VESTAGER
Vice-Presidente Executiva