Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
NICHOLAS EMILIOU
apresentadas em 14 de março de 2024[1]

Processo C-585/22

X BV
contra
Staatssecretaris van Financiën

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Hoge Raad der Nederlanden (Supremo Tribunal dos Países Baixos)]

«Reenvio prejudicial — Liberdade de estabelecimento — Artigo 49.º TFUE — Imposto sobre as sociedades — Empréstimo intragrupo transfronteiriço contraído para efeitos de uma aquisição externa — Impossibilidade de deduzir os juros sobre a dívida de empréstimo dos lucros tributáveis — Expediente puramente artificial — Conceito — Proporcionalidade»

I. Introdução

1. A famosa máxima de Benjamin Franklin de que «nada é certo neste mundo, exceto a morte e os impostos» capta uma verdade universal. No entanto, observa-se com frequência uma predisposição da natureza humana para eludir estas mesmas inevitabilidades.

2. O presente pedido de decisão prejudicial surge no contexto de disposições nacionais relativas ao imposto sobre as sociedades, especificamente destinadas a lutar contra as práticas de evasão fiscal. Nos termos desta legislação, presume-se que a contração de uma dívida de empréstimo por um sujeito passivo com uma entidade associada — para efeitos de aquisição ou aumento da participação noutra entidade — constitui, em determinadas circunstâncias, um expediente artificial destinado a eliminar a matéria coletável neerlandesa. Por conseguinte, é proibido a essa pessoa deduzir os juros da dívida dos seus lucros tributáveis, a menos que possa ilidir essa presunção.

3. O presente pedido do Hoge Raad der Nederlanden (Supremo Tribunal dos Países Baixos) convida o Tribunal de Justiça a clarificar a sua jurisprudência relativa, nomeadamente, à liberdade de estabelecimento prevista no artigo 49.º TFUE e, em especial, a questão de saber se é compatível com esta liberdade que as autoridades fiscais de um Estado-Membro recusem a uma empresa pertencente a um grupo transfronteiriço o direito de deduzir do seu lucro tributável os juros que paga sobre essa dívida de empréstimo. Mais especificamente, o Tribunal de Justiça é convidado a precisar as suas conclusões no Acórdão Lexel[2], sobre a questão de saber se tais

[1] Língua original: inglês.

[2] Acórdão de 20 de janeiro de 2021, Lexel (C-484/19, EU:C:2021:34; a seguir «Acórdão Lexel»).

empréstimos intragrupo podem, para esse efeito, ser considerados expedientes puramente artificiais, mesmo que sejam efetuados em condições de plena concorrência, e os juros fixados à taxa habitual do mercado.

II. Quadro jurídico

4. O artigo 10a da Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Lei do Imposto sobre as Sociedades de 1969; a seguir «Lei do Imposto sobre as Sociedades»), na versão em vigor à data do litígio no processo principal, dispõe:

«1. Para efeitos da determinação dos lucros […] não são dedutíveis os juros — incluindo as despesas e os resultados cambiais — relativos a uma dívida contraída juridicamente ou de facto, direta ou indiretamente, a uma entidade associada ou a uma pessoa singular relacionada, sempre que a dívida diga respeito a um dos seguintes negócios jurídicos:

[…]

c. aquisição ou aumento pelo sujeito passivo, por uma entidade associada do sujeito passivo e sujeita ao imposto sobre as sociedades ou por uma pessoa singular associada do sujeito passivo e residente nos Países Baixos, de uma participação numa entidade que se torna entidade associada do sujeito passivo após a aquisição ou o aumento dessa participação;

[…]

3. O n.º 1 não se aplica se o sujeito passivo demonstrar:

a que o empréstimo e a operação jurídica conexa se baseiam de forma determinante em considerações económicas; ou

b que é cobrado, em última instância, sobre os juros em relação à pessoa a quem estes, juridicamente ou de facto, direta ou indiretamente, um imposto sobre os lucros ou um imposto sobre o rendimento que, de acordo com os critérios do direito neerlandês, é razoável […] Um imposto cobrado sobre os lucros é razoável de acordo com os critérios neerlandeses se resultar na cobrança de uma taxa não inferior a 10 % sobre o lucro tributável determinado segundo os critérios do direito neerlandês […]

4. Para efeitos do presente artigo […], é considerada uma entidade associada do sujeito passivo:

a uma entidade na qual o sujeito passivo detenha uma participação não inferior a um terço;

b uma entidade que detenha uma participação não inferior a um terço no sujeito passivo;

c uma entidade na qual um terceiro detenha uma participação não inferior a um terço, se esse terceiro também detiver uma participação não inferior a um terço no sujeito passivo.

[…]»

III. Matéria de facto, tramitação processual nacional e questões prejudiciais

5. A sociedade X (a seguir «sociedade X» ou «recorrente») é uma sociedade gestora de participações sociais de direito neerlandês. Pertence a um grupo multinacional que inclui, nomeadamente, a sociedade A e a sociedade C (a seguir, respetivamente, «sociedade A» e «sociedade C»).

6. A sociedade A é a sociedade-mãe com sede na Bélgica. É a única acionista da recorrente e a acionista maioritária da sociedade C.

7. A sociedade C é um «banco interno», também com sede na Bélgica. Oferece serviços intragrupo, incluindo reestruturação e gestão financeiras. No período compreendido entre 1999 e 2010, tinha o estatuto de «centro de coordenação» (para efeitos fiscais) nos termos do direito belga, o que lhe permitia beneficiar de um regime fiscal preferencial ao abrigo do qual o respetivo lucro tributável era determinado de forma fixa.

8. Em 2000, a sociedade X adquiriu as ações da sociedade F (a seguir «sociedade F»), com sede nos Países Baixos. Na sequência dessa aquisição, a sociedade F tornou-se uma entidade associada da recorrente.

9. A sociedade X obteve financiamento para esta transação mediante a contração de empréstimos junto da sociedade C, que concedeu os empréstimos recorrendo a capital próprio recentemente adquirido através de uma entrada de capital da sociedade A. Os empréstimos em causa previam juros fixados à taxa normal do mercado.

10. A partir de 1 de janeiro de 2001, as sociedades X e F foram consolidadas numa unidade fiscal, sendo a sociedade X designada sociedade-mãe. Assim, o imposto devido tanto pela sociedade F como pela sociedade X passou a ser cobrado a esta última sociedade. A sociedade X podia igualmente deduzir os encargos com juros que pagava à sociedade C dos lucros obtidos pela sociedade F. Como consequência dessa dedução, o imposto sobre as sociedades devido pela unidade fiscal nos Países Baixos era muito reduzido.

11. Em 2007, a sociedade X deduziu os juros sobre os seus empréstimos contraídos junto da sociedade C na sua declaração relativa ao imposto sobre as sociedades. Todavia, o Staatssecretaris van Financiën (Secretário de Estado das Finanças, Países Baixos) recusou esta dedução com fundamento no artigo 10a da Lei do Imposto sobre as Sociedades.

12. A recorrente interpôs recurso de tal recusa no rechtbank Gelderland (Tribunal de Primeira Instância, Gelderland, Países Baixos) e, em seguida, no Gerechtshof Arnhem Leeuwarden (Tribunal de Recurso, Arnhem-Leeuwarden, Países Baixos).

13. Por decisão de 20 de outubro de 2020, este último órgão jurisdicional declarou que a restrição da dedução dos juros era compatível com o direito da União. Considerou que o objetivo desta legislação (que consiste em evitar a erosão da matéria coletável neerlandesa por práticas abusivas em que as despesas com juros gerados artificialmente são deduzidas dos lucros) era justificado e proporcionado.

14. A recorrente interpôs recurso de cassação desta decisão no Hoge Raad der Nederlanden (Supremo Tribunal dos Países Baixos).

15. Segundo jurisprudência constante desse órgão jurisdicional, as dívidas contraídas de forma arbitrária e sem justificação económica constituem expedientes puramente artificiais, destinados unicamente a criar um encargo dedutível, independentemente da questão de saber se a taxa de juro é idêntica à que teria sido acordada entre sociedades independentes em condições de plena concorrência.

16. Subscrevendo as considerações efetuadas pelo Gerechtshof Arnhem Leeuwarden (Tribunal de Recurso de Arnhem-Leeuwarden), o órgão jurisdicional de reenvio considera, portanto, nessas circunstâncias, que a recusa total de dedução de juros em relação aos devedores é adequada e proporcionada porque essa medida se destina a combater a elisão fiscal, visando especificamente os casos em que a dívida é gerada por um expediente puramente artificial.

17. No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se se esta posição é correta à luz do Acórdão Lexel do Tribunal de Justiça.

18. Com efeito, esse acórdão pode ser lido no sentido de que as transações intragrupo, como a contração de uma dívida com uma entidade associada do sujeito passivo, não podem ser consideradas expedientes puramente artificiais se forem efetuadas em condições de plena concorrência. Se tal interpretação for correta, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se ainda sobre a compatibilidade da recusa total do direito à dedução de juros com o princípio da proporcionalidade do direito da União.

19. Por último, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a questão de saber se a distinção entre o direito nacional em causa no presente processo, relativo tanto à reestruturação interna como à aquisição externa, e a lei em causa no Acórdão Lexel, que não abrangia as aquisições externas, tem alguma relevância.

20. Neste contexto, o Hoge Raad der Nederlanden (Supremo Tribunal dos Países Baixos) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Devem os artigos 49.º, 56.º e/ou 63.º TFUE ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional nos termos da qual os juros relativos a uma dívida de empréstimo contraída junto de uma entidade associada do sujeito passivo — sendo esta dívida relativa à aquisição ou ao aumento de uma participação numa entidade que se torna, após a aquisição ou o aumento da participação, numa entidade associada — não são dedutíveis aquando da determinação dos lucros do sujeito passivo porque a dívida em questão deve ser considerada (parte de) um expediente puramente artificial, independentemente da questão de saber se, considerada isoladamente, essa dívida foi contraída em condições de plena concorrência?

2) Em caso de resposta negativa à questão 1, devem os artigos 49.º, 56.º e/ou 63.º TFUE ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional nos termos da qual a dedução dos juros relativos a uma dívida de empréstimo considerada (parte de) um expediente puramente artificial que é contraída junto de uma entidade associada do sujeito passivo — sendo esta dívida relativa à aquisição ou ao aumento de uma participação numa entidade que se torna, após a aquisição ou o aumento da participação, numa entidade associada — é totalmente recusada para efeitos da determinação dos lucros do sujeito passivo, mesmo que tais juros, considerados isoladamente, não excedam o montante que teria sido acordado entre empresas independentes?

3) É relevante para a resposta às questões 1 e/ou 2 que a aquisição ou o aumento da participação sejam relativos a) a uma entidade que já era entidade associada do sujeito passivo antes da aquisição ou do aumento da participação, ou b) a uma entidade que só se torna entidade associada do sujeito passivo após tal aquisição ou aumento da participação?

21. Foram apresentadas observações escritas pela recorrente, pelos Governos Belga, Espanhol e Neerlandês, bem como pela Comissão Europeia. A recorrente, os Governos Espanhol e Neerlandês, bem como a Comissão, foram ouvidos na audiência realizada em 15 de novembro de 2023.

IV. Análise

22. As três questões do órgão jurisdicional de reenvio têm origem nas regras relativas ao imposto sobre as sociedades dos Países Baixos. Estas questões referem-se, mais especificamente, ao seguinte problema. Considerando que, por força desta regulamentação, uma sociedade residente fiscal nos Países Baixos pode, em princípio, deduzir do seu lucro tributável os juros da dívida que contraiu e, portanto, reduzir a sua carga fiscal, a disposição controvertida, ou seja, o artigo 10a, n.º1, alínea c), da Lei do Imposto sobre as Sociedades, limita essa possibilidade relativamente aos empréstimos intragrupo.

23. Esta disposição é aplicável quando uma dívida de empréstimo é contraída pelo sujeito passivo com uma entidade associada (ou seja, outra empresa do grupo a que esse sujeito passivo pertence, por exemplo, um banco interno) para financiar uma aquisição ou aumento de participação numa entidade que já era entidade associada do sujeito passivo antes dessa aquisição ou aumento de participação (reestruturação interna) ou numa entidade que apenas posteriormente se torna entidade associada do sujeito passivo (aquisição externa).

24. Num ou noutro caso, é proibido ao sujeito passivo deduzir os juros relativos a essa dívida, mesmo que as despesas com juros sejam equivalentes às que teriam sido acordadas com uma entidade não associada, como um banco externo. Com efeito, esta disposição estabelece a presunção de que tal dívida, contraída com outra sociedade do mesmo grupo, constitui (ou faz parte de)[3] um expediente puramente artificial, cuja única finalidade consiste na erosão da matéria coletável neerlandesa.

25. Porém, nos termos do artigo 10a, n.º3, da Lei do Imposto sobre as Sociedades, o sujeito passivo pode ilidir a presunção e, portanto, deduzir esses juros do seu lucro tributável demonstrando que: a) o empréstimo se baseia, de facto, de forma determinante em considerações económicas ou que b) é cobrado, em última instância, sobre os juros em relação à sociedade que concedeu o empréstimo, um imposto sobre os lucros ou um imposto sobre o rendimento que é razoável de acordo com os critérios neerlandeses (nomeadamente, de cerca de 10 %).

26. Com as suas três questões, que importa tratar de forma conjunta, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se essa legislação nacional é compatível com o artigo 49.º TFUE relativo à liberdade de estabelecimento, com o artigo 56.º TFUE relativo à livre prestação de serviços, e/ou com o artigo 63.ºTFUE relativo à livre circulação de capitais.

[3] Tal acordo pode ser composto por várias etapas, sendo uma delas o empréstimo (ver, por exemplo, n.º 92, *infra*).

27. Uma vez que estas questões se referem a várias liberdades fundamentais, há que determinar, a título preliminar, a liberdade aplicável ao presente processo (Secção A). Em seguida, analisarei a questão de saber se o direito nacional em causa cria uma restrição à liberdade pertinente (Secção B), antes de determinar se essa restrição é admissível (Secção C).

A. A liberdade de estabelecimento é a liberdade pertinente

28. É jurisprudência constante que, para determinar que liberdade fundamental é aplicável a um determinado ato legislativo nacional, há que tomar em consideração o objeto dessa legislação [4].

29. Como alegam os Governos intervenientes e a Comissão, parece-me claro que, tendo em conta a sua finalidade, o artigo 10a, n.º1, alínea c), da Lei do Imposto sobre as Sociedades diz respeito à liberdade de estabelecimento, garantida pelo artigo 49.ºTFUE.

30. A este respeito, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que uma legislação nacional que apenas tenha por objeto as relações internas de um grupo de sociedades afeta preponderantemente a liberdade de estabelecimento nos termos do artigo 49.º TFUE. De igual modo, uma legislação nacional que é aplicável apenas às participações que permitem ao titular exercer uma influência efetiva nas decisões de uma sociedade e determinar as respetivas atividades está igualmente abrangida pelo âmbito de aplicação dessa mesma disposição do direito da União [5].

31. Recordo que o artigo 10a, n.º1, alínea c), da Lei do Imposto sobre as Sociedades é aplicável quando uma dívida é contraída por um sujeito passivo (i) com uma «entidade associada» e (ii) para o financiamento de uma aquisição ou aumento de participação numa entidade que já era «associada» dessa pessoa antes da aquisição ou aumento de participação ou numa entidade que posteriormente se torna «associada» dessa pessoa. Nos termos do artigo 10a, n.º4, as entidades são consideradas «associadas», na aceção da primeira disposição, quando detenham, direta ou indiretamente, pelo menos 33,3 % das ações da outra, ou quando uma entidade terceira detenha 33,3 % das ações das duas entidades.

32. Por conseguinte, as disposições controvertidas apenas dizem respeito às relações dentro de um grupo de sociedades, estando o seu objeto limitado aos empréstimos intragrupo. Além disso, só se aplicam aos juros de tal empréstimo contraído pelo sujeito passivo para a aquisição de uma percentagem de participação suficientemente elevada para lhe permitir exercer uma influência certa sobre a entidade visada [6]. Com efeito, a decisão de reenvio precisa que a sociedade X detém efetivamente uma participação na sociedade F significativamente superior ao mínimo exigido por essas disposições.

33. Por conseguinte, considero oportuno examinar o direito nacional em causa e responder às questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio apenas à luz do artigo 49.ºTFUE [7].

[4] V., nomeadamente, Acórdão de 16 de fevereiro de 2023, Gallaher (C-707/20, EU:C:2023:101, n.º 55 e jurisprudência aí referida; a seguir «Acórdão Gallaher»).

[5] Acórdão Gallaher, n.ºs 56 a 58 e jurisprudência aí referida.

[6] V., neste sentido, Acórdão de 13 de outubro de 2022, Finanzamt Bremen (C-431/21, EU:C:2022:792, n.ºs 25 e 26).

[7] Na hipótese de a legislação nacional em causa ter também efeitos restritivos na livre circulação de capitais (v. n.º75, *infra*), esses efeitos são um aspeto acessório desse entrave à liberdade de estabelecimento, de modo que não seria necessária uma apreciação separada. V. Acórdão Gallaher, n.º 61 e jurisprudência aí referida.

B. Tal legislação nacional implica uma restrição à liberdade de estabelecimento

34. Recordo que a liberdade de estabelecimento, que o artigo 49.º TFUE reconhece aos nacionais da União Europeia, inclui, conforme resulta do artigo 54.ºTFUE, para as sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que tenham a sua sede estatutária, a sua administração central ou o seu estabelecimento principal na União, o direito de exercerem a sua atividade noutro Estado-Membro através de filiais, sucursais ou agências [8].

35. No caso em apreço, a sociedade X alega que o artigo 10a, n.º1, alínea c), da Lei do Imposto sobre as Sociedades restringe essa liberdade porque trata as situações transfronteiriças de forma menos favorável do que as situações puramente internas.

36. Em especial, a sociedade X alega que, se o sujeito passivo contrair uma dívida de empréstimo com uma entidade associada (por exemplo, o banco interno do grupo a que pertence) estabelecida nos Países Baixos, poderá deduzir sistematicamente do seu lucro tributável os juros desse empréstimo, uma vez que a condição prevista no artigo 10a, n.º 3, alínea b), da referida lei é sempre respeitada. A entidade associada está evidentemente sujeita, em relação a esses juros, a um imposto sobre os lucros ou sobre o rendimento «que é razoável segundo os critérios do direito neerlandês», uma vez que é aplicável a taxa neerlandesa de 10 %. Em contrapartida, quando o sujeito passivo contrai essa dívida de empréstimo com uma entidade associada estabelecida noutro Estado-Membro, é-lhe mais difícil deduzir os juros desse empréstimo, uma vez que esta condição nem sempre estaria preenchida (uma vez que pode ser aplicado por outros Estados-Membros a essa entidade um imposto sobre os lucros ou um imposto sobre o rendimento menos elevado, tal como fez a Bélgica à data dos factos em relação à sociedade C). Quando não for o caso, o sujeito passivo só poderá obter esse benefício preenchendo o requisito previsto no artigo 10a, n.º3, alínea a), isto é, demonstrando que o empréstimo e a operação conexa se baseiam de forma determinante em considerações económicas. O órgão jurisdicional de reenvio e a Comissão concordam com esta apreciação.

37. Em contrapartida, o Governo Neerlandês alega que não há restrição à liberdade de estabelecimento. No processo principal, apenas a sociedade A (a sociedade-mãe), sediada na Bélgica, exerceu essa liberdade ao criar a sua filial sociedade X nos Países Baixos. A liberdade de estabelecimento visa garantir a essa sociedade-mãe o benefício do tratamento nacional no Estado-Membro onde constitui uma filial, e proíbe qualquer discriminação baseada no lugar da sede. No caso em apreço, tal discriminação não resulta do artigo 10a, n.º1, alínea c), da Lei do Imposto sobre as Sociedades. Com efeito, quanto à possibilidade de uma sociedade estabelecida nos Países Baixos deduzir os juros sobre os empréstimos intragrupo, a disposição aplica-se do mesmo modo, quer a sociedade-mãe destes últimos esteja sediada nos Países Baixos quer noutro Estado-Membro [9].

38. A título subsidiário, o Governo Neerlandês sustenta que, mesmo que a localização da entidade mutuante (o banco interno do grupo) fosse uma consideração pertinente para apreciar a existência de uma restrição à liberdade de estabelecimento, continuaria a não haver uma diferença de tratamento constitutiva de tal restrição. Com efeito, o artigo 10a, n.º1, alínea c), da Lei do Imposto sobre as Sociedades aplica-se sem distinção às dívidas contraídas entre entidades associadas estabelecidas nos Países Baixos e às dívidas contraídas entre entidades associadas

[8] V., nomeadamente, Acórdão de 8 de outubro de 2020, Impresa Pizzarotti (Empréstimo em condições anormais concedido a uma sociedade não residente) (C-558/19, EU:C:2020:806, n.º 21).

[9] O Governo Neerlandês refere, por analogia, o Acórdão Gallaher, n.ºs 69 a 74.

estabelecidas em Estados-Membros diferentes, e a condição prevista no artigo 10a, n.º3, alínea b), pode, de facto, ser cumprida mesmo que o banco interno tenha sede noutro Estado-Membro. O Governo Espanhol partilha, em substância, deste ponto de vista.

39. Partilho da opinião da sociedade X e da Comissão.

40. É certo que, como sustenta o Governo Neerlandês, a análise deve, no caso em apreço, centrar-se na questão de saber se o artigo 10a, n.º1, alínea c), da Lei do Imposto sobre as Sociedades restringe o exercício pela sociedade A da sua liberdade de estabelecimento, uma vez que é, de facto, a única sociedade que utilizou essa liberdade, nomeadamente ao criar uma filial (sociedade X) num Estado-Membro (Países Baixos) diferente daquele em que tem a sua sede (Bélgica). Admito igualmente que esta disposição não implica qualquer discriminação baseada na localização da sede da sociedade. Por força desta disposição, a filial da sociedade A, sociedade X, teria sido tratada da mesma forma se a sociedade A estivesse estabelecida nos Países Baixos em vez da Bélgica.

41. No entanto, o conceito de restrição à liberdade de estabelecimento não está limitado a essa discriminação. Embora as disposições do Tratado FUE relativas a esta liberdade tenham por objetivo garantir que os cidadãos e as sociedades estrangeiras sejam tratados no Estado-Membro de acolhimento da mesma forma que os cidadãos e as sociedades desse Estado, o Tribunal de Justiça já declarou repetidas vezes que a liberdade de estabelecimento é muito ampla. Com efeito, devem ser consideradas restrições à referida liberdade todas as medidas que proíbam, perturbem ou tornem menos atrativo o seu exercício [10].

42. No caso em apreço, saliento, antes de mais, que, se as disposições controvertidas do direito neerlandês tratam de forma diferente, no que respeita à possibilidade de deduzir os juros de um empréstimo intragrupo, a filial residente fiscal (como a sociedade X) de uma sociedade-mãe domiciliada noutro Estado-Membro (como a sociedade A) consoante o banco interno do grupo que concedeu esse empréstimo (neste caso a sociedade C) esteja situado nos Países Baixos ou noutro Estado-Membro, esta diferença de tratamento é suscetível de tornar menos atrativo o exercício por essa sociedade-mãe da sua liberdade de estabelecimento.

43. Essa diferença poderia dissuadir essa sociedade-mãe de estruturar livremente o seu grupo, fixando o banco interno deste último num Estado-Membro diferente dos Países Baixos. De facto, a mesma coloca os grupos de sociedades transfronteiriços, cuja existência decorre do exercício da liberdade de estabelecimento, em desvantagem em relação aos grupos que são «puramente internos» nos Países Baixos. Com efeito, ao contrário dos segundos, os primeiros são muitas vezes estruturados com o seu banco interno noutro Estado-Membro.

44. O raciocínio é o mesmo se invertermos o ponto de vista e as razões, tendo em conta o cenário hipotético, invocado pelo Governo Neerlandês, em que a sociedade A teria tido a sua sede nos Países Baixos. Também nesta hipótese, essa diferença de tratamento seria suscetível de tornar menos atrativo o exercício por essa sociedade da sua liberdade de estabelecimento através da criação de um banco interno noutro Estado-Membro [11]. Com efeito, se essa sociedade o fizesse, poderia sofrer uma desvantagem relativamente a uma sociedade semelhante que não exerce essa liberdade e cria, em vez disso, um banco interno nos Países Baixos.

[10] Acórdão de 21 de dezembro de 2023, Cofidis (C-340/22, EU:C:2023:1019, n.º 40 e jurisprudência aí referida).

[11] V., por analogia, Acórdão de 22 de fevereiro de 2018, X e X (C-398/16 e C-399/16, EU:C:2018:110, n.º 32) (a seguir «Acórdão X e X»).

45. O Acórdão Lexel [12] do Tribunal de Justiça confirma, na minha opinião, esta interpretação. Recordo que este processo dizia respeito à impossibilidade, no direito sueco, de uma sociedade sueca, parte de um grupo internacional, deduzir os juros de um empréstimo contraído junto do banco interno do grupo, a saber, uma outra sociedade situada em França. A sociedade-mãe deste grupo tinha igualmente a sua sede em França. Nesse processo, a diferença de tratamento residia no facto de que, se o banco interno fosse na Suécia, a dedução teria sido possível. O Tribunal de Justiça considerou corretamente que tal diferença de tratamento constituía uma restrição à liberdade de estabelecimento [13].

46. Observo, por outro lado, que as disposições controvertidas do direito neerlandês parecem, com efeito, criar uma tal diferença de tratamento em razão da sede do banco interno dos grupos de sociedades.

47. É certo que, como alega o Governo Neerlandês, as disposições pertinentes do direito neerlandês não fazem uma distinção direta consoante o banco interno que concedeu o empréstimo intragrupo em causa ao sujeito passivo esteja estabelecido nos Países Baixos ou noutro Estado-Membro [14]. Em especial, o critério previsto no artigo 10a, n.º3, alínea b), da Lei do Imposto sobre as Sociedades, não é o de saber se esse banco está sujeito, relativamente a esses juros, a um imposto sobre os lucros ou sobre o rendimento «nos Países Baixos». Trata-se de uma diferença notável em relação ao processo que deu origem ao Acórdão Lexel, em que um requisito análogo impunha, para que a dedução desses juros pudesse ser obtida, que o banco interno fosse tributado na Suécia [15].

48. No entanto, como alega a sociedade X, o critério utilizado no artigo 10a, n.º3, alínea b), da Lei do Imposto sobre as Sociedades, a saber, que o banco interno esteja sujeito, relativamente a esses juros, a «um imposto sobre os lucros ou a um imposto sobre o rendimento razoável segundo os critérios do direito neerlandês» (ou seja, pelo menos 10 %), embora pareça objetivo, pode, de facto, desfavorecer as situações transfronteiriças [16].

49. É certo que os argumentos em contrário do Governo Neerlandês têm uma certa importância. Este Governo sustenta, por analogia com o Acórdão do Tribunal de Justiça no processo Köln-Aktienfonds Deka [17], que este critério não é específico do mercado neerlandês, só podendo ser satisfeito quando os sujeitos passivos obtêm empréstimos intragrupo junto de bancos internos estabelecidos nos Países Baixos. À data dos factos, todos os Estados-Membros aplicavam uma taxa de imposto sobre as sociedades igual ou superior a 10 %. Assim, esta condição encontrava-se geralmente preenchida mesmo quando o empréstimo era obtido junto de bancos internos com sede noutros Estados-Membros, salvo na situação excecional em que o banco em questão beneficia (como a sociedade C) de um regime fiscal preferencial no Estado em que tem a sede. Este Governo afirma igualmente que existem circunstâncias em que as despesas com juros sobre os empréstimos são tributadas a uma taxa inferior a 10 % nos Países Baixos. Por conseguinte, existem casos em que as condições previstas no artigo 10a, n.º3, alínea b), da Lei do

[12] N.ºs 35 a 41.

[13] V., igualmente, neste sentido, Acórdão de 13 de março de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, a seguir «Acórdão Test Claimants II», EU:C:2007:161, n.º 95).

[14] V., por analogia, Acórdão X e X, n.º 35.

[15] V. Acórdão Lexel, n.ºs 12 e 38.

[16] V., por analogia, Acórdão de 9 de setembro de 2021, Real Vida Seguros (C-449/20, EU:C:2021:721, n.ºs 20 e 21).

[17] Acórdão de 30 de janeiro de 2020 (C-156/17, EU:C:2020:51, n.º 56).

Imposto sobre as Sociedades não sejam respeitadas, apesar de o banco interno ter a sua sede nesse Estado-Membro. Assim, uma sociedade-mãe, como a sociedade A, não é dissuadida de criar tal banco num Estado-Membro diferente dos Países Baixos, nem é desfavorecida quando o faz.

50. No entanto, a meu ver, as legislações nacionais não têm de utilizar critérios que são específicos de um mercado nacional, nem *apenas* em benefício das sociedades nacionais existentes nesse mercado, para que desfavoreçam de facto as situações transfronteiriças. A questão crucial, a este respeito, é a de saber se os critérios aí utilizados são suscetíveis de afetar *mais* as situações transfronteiriças do que as situações puramente internas. Para determinar se é o que acontece no caso em apreço, é necessário comparar a (potencial) percentagem de grupos de empresas com bancos internos sediados nos Países Baixos que não podiam satisfazer a condição prevista no artigo10a, n.º3, alínea b), da Lei do Imposto sobre as Sociedades com a (potencial) percentagem de grupos de sociedades com bancos internos noutros Estados-Membros que seriam desfavorecidos por essa condição [18].

51. Embora caiba ao órgão jurisdicional de reenvio verificar tal, parece que, proporcionalmente, a segunda categoria de grupos de sociedades é mais afetada pela condição em causa do que a primeira.

52. Por um lado, o Governo Neerlandês admitiu, na audiência, que a condição prevista no artigo 10a, n.º3, alínea b), da Lei do Imposto sobre as Sociedades está praticamente *sempre* preenchida quando o banco interno tem a sua sede nos Países Baixos. Com efeito, as despesas com juros de um empréstimo só são tributadas, nos Países Baixos, a uma taxa inferior a 10 % em cenários raros em que o empréstimo é concedido por uma fundação ou uma associação que não tem atividade comercial. Na audiência, X alegou, e o Governo Neerlandês confirmou que esta exceção nunca é aplicada aos bancos comerciais internos como a sociedade C e que não existe nenhuma outra exceção no direito neerlandês. Assim, a proporção de grupos de sociedades que dispõem de bancos internos com sede nos Países Baixos que não poderiam preencher esta condição é insignificante.

53. Por outro lado, o Governo Neerlandês admite que a condição prevista no artigo 10a, n.º3, alínea b), da Lei do Imposto sobre as Sociedades não é cumprida quando o banco interno tem a sua sede num Estado-Membro que aplica um regime fiscal preferencial a esse banco. Pode razoavelmente supor-se que existem diferentes variantes desses regimes nos 27 Estados-Membros da União Europeia. Além disso, a Comissão observa, com alguma razão, que, embora todos os Estados-Membros tenham uma taxa geral ou teórica do imposto sobre as sociedades de 10 %, a taxa efetiva é frequentemente mais baixa. Em última análise, uma proporção suficientemente importante dos grupos de sociedades que têm bancos internos em Estados-Membros diferentes dos Países Baixos é suscetível de ser prejudicada.

54. Por último, não me convence o argumento do Governo Espanhol de que essa diferença de tratamento é atenuada pela condição alternativa, prevista no artigo 10a, n.º3, alínea a), da Lei do Imposto sobre as Sociedades, que permite a um sujeito passivo deduzir os juros de um empréstimo intragrupo se puder demonstrar as considerações económicas subjacentes ao empréstimo em questão e à operação conexa. Com efeito, esta disposição representa um encargo para essa pessoa, para efeitos da dedução dos juros, que esta (praticamente) nunca deveria

[18] V., por analogia, Conclusões do advogado-geral H. Saugmandsgaard Øe no processo Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach (C-437/17, EU:C:2018:627, n.º 24).

suportar se o banco interno que concedeu o empréstimo tivesse a sua sede nos Países Baixos (uma vez que, como vimos acima, a condição prevista no artigo 10a, n.º3, alínea b), seria praticamente sempre cumprida nesse caso). Tal confirma a diferença de tratamento em causa.

C. A restrição é admissível nos termos do artigo 49.º TFUE

55. Dito isto, partilho da opinião dos Governos intervenientes e da Comissão de que a restrição à liberdade de estabelecimento decorrente do artigo 10a, n.º1, alínea c), da Lei do Imposto sobre as Sociedades é admissível nos termos do artigo 49.ºTFUE. Com efeito, como será explicado nas secções seguintes, esta restrição é justificada por uma razão imperiosa de interesse geral (Subsecção 1). Além disso, a restrição é adequada para garantir a realização do objetivo legítimo que prossegue (Subsecção 2) e não excede o necessário para o atingir (Subsecção 3).

1. A restrição é justificada

56. Os Governos intervenientes e a Comissão sustentam que a restrição à livre circulação decorrente do artigo 10a, n.º1, alínea c), da Lei do Imposto sobre as Sociedades é justificada por motivos de luta contra a evasão fiscal abusiva. O objetivo específico de tal disposição é precisamente o de impedir comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, com o objetivo de eludir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por atividades realizadas nos Países Baixos. O órgão jurisdicional de reenvio partilha este entendimento.

57. É jurisprudência constante que tal objetivo constitui uma razão imperiosa de interesse geral no domínio fiscal [19]. Na minha opinião, não há dúvida de que o artigo 10a, n.º1, alínea c), da Lei do Imposto sobre as Sociedades prossegue verdadeiramente esse objetivo e pode, por conseguinte, ser justificado por uma tal razão imperiosa.

58. O Tribunal de Justiça já formulou essa conclusão no seu Acórdão X & X em relação a uma disposição da mesma lei (mas numa versão anterior) que era, em substância, idêntica ao artigo 10a, n.º1, alínea c). A única diferença entre as duas disposições é a de que a versão anterior apenas dizia respeito à reestruturação interna, ao passo que o artigo 10a, n.º1, alínea c), também se aplica às aquisições externas [20]. Todavia, o objetivo prosseguido por uma ou outra destas disposições é o mesmo. Como o Tribunal de Justiça salientou nesse acórdão, «está em causa impedir que fundos próprios de um grupo sejam apresentados, de maneira fictícia, como fundos emprestados por uma sociedade neerlandesa desse grupo e que os juros desse empréstimo possam ser deduzidos do resultado tributável nos Países Baixos» [21], quando esses juros não são (razoavelmente) tributados. A finalidade da proibição da dedução dos juros de empréstimos intragrupo encontra-se expressamente confirmada pela regra segundo a qual, ao abrigo do artigo 10a, n.º3, alínea a), os juros de empréstimos podem ser deduzidos se tal empréstimo e a operação conexa forem economicamente justificados.

[19] V., nomeadamente, Acórdão de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, n.ºs 51 e 55).

[20] V., relativamente a estes conceitos, o n.º 22 das presentes conclusões.

[21] Acórdão X & X (n.º 48).

2. A restrição é adequada

59. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a exigência segundo a qual qualquer restrição à liberdade de estabelecimento deve ser «adequada» abrange dois critérios cumulativos: a medida em causa deve, por um lado, ser adequada para garantir a realização do objetivo prosseguido e, por outro, responder «verdadeiramente à intenção de o alcançar e se for aplicada de maneira coerente e sistemática» [22].

60. O facto de o presente processo preencher o primeiro critério não é contestado. Ao prever que um sujeito passivo não pode deduzir dos seus lucros tributáveis os juros de um empréstimo intragrupo que constitui (ou faz parte) de um expediente puramente artificial destinado a reduzir a matéria coletável dos Países Baixos, o artigo 10a, n.º1, alínea c), da Lei do Imposto sobre as Sociedades pode impedir tais expedientes. É evidente que esta regulamentação contribui para a realização do objetivo prosseguido [23].

61. Em contrapartida, a sociedade X contesta que o presente processo preencha igualmente o segundo critério. A recorrente alega que o artigo 10a, n.º1, alínea c), da Lei do Imposto sobre as Sociedades não combate os empréstimos intragrupo artificiais de maneira coerente e sistemática. Com efeito, se os juros desse empréstimo forem tributados a uma taxa razoável no Estado-Membro em que a sociedade mutuante tem a sua sede, a sociedade mutuária com sede nos Países Baixos pode deduzir esses juros [nos termos do artigo 10a, n.º3, alínea b), da referida lei], mesmo que o empréstimo e/ou a operação conexa não tenham qualquer justificação económica.

62. Na minha opinião, o facto de as disposições controvertidas permitirem deduzir os juros de um empréstimo intragrupo na hipótese mencionada pela sociedade X é, na realidade, conforme com o objetivo prosseguido. É certo que, nessa hipótese, permitir tal dedução pode implicar uma deslocação dos lucros tributáveis dos Países Baixos para o Estado-Membro onde está estabelecida a sociedade mutuante. No entanto, se esses juros forem tributados a uma taxa razoável neste último Estado, a tributação não é totalmente evitada. Assim, a luta contra a evasão fiscal não podia justificar a recusa da dedução na hipótese em causa [24].

3. A restrição é necessária

63. Na minha opinião, a restrição que decorre das disposições controvertidas do direito neerlandês não excede o necessário para atingir o seu objetivo legítimo, uma vez que a aplicação destas disposições está limitada aos expedientes puramente artificiais (a) e as consequências da qualificação de uma operação como tal não são excessivas (b).

22 V., nomeadamente, Acórdão de 7 de setembro de 2022, Cilevičs e o. (C-391/20, EU:C:2022:638, n.ºs 74 e 75 e jurisprudência aí referida).

23 V., por analogia, Acórdãos de 13 de março de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, a seguir «Acórdão Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation», EU:C:2007:161, n.º 77).

24 V., por analogia, Acórdão de 12 de dezembro de 2002, Lankhorst-Hohorst (C-324/00, EU:C:2002:749, n.º 37).

a) A aplicação das disposições controvertidas limita-se aos expedientes puramente artificiais

64. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, para que as disposições nacionais sejam consideradas necessárias à luz do objetivo de prevenção dos expedientes puramente artificiais cujo objetivo é eludir o imposto normalmente devido pelos lucros gerados por atividades realizadas no território nacional, a aplicação destas disposições deve ser limitada a tais expedientes, sem prejuízo das operações legítimas [25].

65. A questão de saber se a regulamentação neerlandesa satisfaz esta exigência foi deixada em suspenso pelo Tribunal de Justiça no seu Acórdão X & X. Contudo, os Governos intervenientes e a Comissão sustentam que a exigência é satisfeita. Com efeito, o artigo 10a, n.º1, alínea c), da Lei do Imposto sobre as Sociedades visa apenas as operações que não refletem a realidade económica, quando os empréstimos intragrupo são celebrados com uma entidade sujeito passivo nos Países Baixos com a única finalidade (ou a finalidade principal) de criar uma dívida dedutível do lucro tributável dessa entidade, reduzindo, assim, a matéria coletável dos Países Baixos. Em contrapartida, se o empréstimo e a operação conexa se basearem principalmente em razões económicas válidas, esta disposição não se aplica, em conformidade com o artigo 10a, n.º3, alínea a), da referida lei.

66. A sociedade X discorda. Em seu entender, a conclusão inversa é apresentada no Acórdão Lexel. Nesse processo, o Tribunal de Justiça examinou a compatibilidade com o artigo 49.º TFUE da regulamentação sueca relativa ao imposto sobre as sociedades, em especial das disposições sobre a dedução das despesas com juros. À semelhança da regulamentação neerlandesa, estas disposições referiam, em substância, que a dedução, excecionalmente, não era autorizada, quando a entidade sujeito passivo tivesse contraído o empréstimo em causa junto de uma entidade associada, salvo se se demonstrasse que o empréstimo era justificado principalmente por razões económicas e, portanto, não tinha sido celebrado simplesmente para constituir uma dívida dedutível. O Governo Sueco também alegou que estas disposições visavam prevenir os expedientes puramente artificiais destinados a eludir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por atividades realizadas no território nacional. O Tribunal de Justiça considerou que as disposições suecas não podiam ser justificadas por este motivo, uma vez que, em seu entender, a sua aplicação não se limitava a esses expedientes. O Tribunal de Justiça referiu, a este respeito, o seguinte:

«53 Com efeito, como admitiu, em substância, a [Administração Fiscal sueca] na audiência, a […] exceção [ao direito à dedução] diz respeito a dívidas resultantes de transações de direito civil, sem, no entanto, apenas dizer respeito a expedientes fictícios. Assim, segundo a apreciação dos objetivos da transação em causa feita [por essa autoridade], podem igualmente ser abrangidas pela exceção as transações celebradas em condições de plena concorrência, ou seja, em condições análogas às que se aplicam entre sociedades independentes.

54. Por outras palavras, o aspeto fictício da transação em causa não constitui uma condição determinante para recusar o direito à dedução, uma vez que a intenção da sociedade em causa de contrair uma dívida, principalmente por razões fiscais, é suficiente para justificar a recusa do direito à dedução […]

[…]

[25] V. Acórdão Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (n.º 79).

56 Deve considerar-se que a exceção é suscetível de incluir no seu âmbito de aplicação transações concluídas em condições de plena concorrência e, consequentemente, não constituem expedientes puramente artificiais ou fictícios destinados a contornar o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por atividades realizadas no território nacional.»

67. Segundo a sociedade X, daqui resulta que as autoridades fiscais nacionais não podem considerar um empréstimo intragrupo (ou o conjunto de operações de que este faz parte) um expediente puramente artificial e recusar, por esse motivo, a dedução dos juros, pelo simples facto de esse empréstimo ter sido contraído por razões fiscais. Em seu entender, é perfeitamente legítimo que um grupo o faça. Tal empréstimo só seria artificial se, e na medida em que, os juros pagos pela sociedade mutuária à sociedade mutuante excedessem o que essas sociedades teriam acordado em condições de plena concorrência, ou seja, se a taxa de juro aplicável fosse superior à taxa do mercado que essas sociedades teriam acordado se não fizessem parte do mesmo grupo. Em contrapartida, se um tal empréstimo for executado em condições de plena concorrência, não pode, independentemente da sua finalidade, ser considerado artificial. É o caso dos empréstimos celebrados entre a sociedade X e a sociedade F [26].

68. Ainda segundo a recorrente, porque o artigo 10a, n.º1, alínea c), Lei do Imposto sobre as Sociedades se centra erradamente na finalidade para a qual um empréstimo intragrupo foi contraído (a evasão fiscal ou razões comerciais) em vez das condições aplicáveis a esse empréstimo, a dedução dos juros pode ser recusada não apenas em relação aos empréstimos com taxas de juro excessivas (que são artificiais, como acima explicado), mas também em relação a empréstimos aos quais se aplica a taxa habitual do mercado (e que, por esta razão, não podem ser considerados como tal). Por conseguinte, tal como o processo que deu origem ao Acórdão Lexel, já referido, o âmbito de aplicação destas disposições não se limita aos expedientes puramente artificiais, estendendo-se igualmente às operações legítimas.

69. Este debate está no cerne da primeira questão do órgão jurisdicional de reenvio. É evidente que não se pode determinar se o artigo 10a, n.º1, alínea c), da Lei do Imposto sobre as Sociedades só se aplica aos «expedientes puramente artificiais» se o próprio sentido deste conceito é contestado. É igualmente evidente que os Governos intervenientes e a Comissão, por um lado, e a sociedade X, por outro, sugerem abordagens muito diferentes a este respeito. A primeira abordagem consiste em concentrar-se na *finalidade* para a qual foi contraído um empréstimo. A segunda centra-se unicamente nas *condições* aplicáveis a esse empréstimo. A primeira abordagem confere às autoridades fiscais neerlandesas uma margem de manobra claramente mais importante do que a segunda, que oferece, pelo contrário, maior certeza aos contribuintes [27]. De acordo com a primeira abordagem, as autoridades fiscais nacionais podem qualificar um empréstimo intragrupo de «expediente puramente artificial» (ou como fazendo parte de tal «expediente») e recusar, com esse fundamento, a dedução dos juros, se o empréstimo foi contraído com a finalidade principal de obter uma vantagem fiscal, independentemente das condições aplicáveis a esse empréstimo. De acordo com a segunda abordagem, um empréstimo intragrupo está «imune» a tais consequências, desde que as suas condições, incluindo a taxa de juro, sejam, por assim dizer, «normais», mesmo que tenha sido realizado para efeitos fiscais.

70. Nesta fase, gostaria de salientar que, embora os governos intervenientes e a Comissão tenham passado uma parte importante dos respetivos articulados a explicar que «a sua» abordagem não é contrária ao Acórdão Lexel, uma vez que i) o presente processo deve ser distinguido do processo

[26] No entendimento da sociedade X, tal é comprovado pelo facto de um banco comercial independente ter proposto um empréstimo nas mesmas condições.

[27] V., a este respeito, n.ºs 80 e 87, *infra*.

que deu origem a esse acórdão e/ou ii) esse acórdão não pode ser lido da forma sugerida pela sociedade X, não estou convencido por essas explicações. Resulta do n.º 66 das presentes conclusões que, em todos os pontos pertinentes [28], as disposições controvertidas do direito neerlandês apresentam uma semelhança notória com a regulamentação em causa no processo Lexel. Estas regras têm, nomeadamente, um objetivo idêntico: empréstimos intragrupo contraídos com a única finalidade (ou a finalidade principal) de obter um benefício fiscal. Por conseguinte, a questão geral é a mesma: se, e em que medida, tal empréstimo pode ser considerado um «expediente puramente artificial» (ou como parte desse «expediente») e tratado como tal pela Administração Fiscal. Além disso, o Acórdão Lexel não é nem vago nem ambíguo, nem é, portanto, suscetível de diferentes leituras nessa matéria. Na minha opinião, só pode ser interpretado no sentido em que a sociedade X o interpretou [29]. Com efeito, o Tribunal de Justiça considerou que a finalidade para a qual o empréstimo foi celebrado não é pertinente e, pelo contrário, estabeleceu uma distinção entre os empréstimos contraídos em condições de plena concorrência (que considerou como verdadeiras) e os que não são contraídos nessas condições (que considerou artificiais). A única questão que se coloca é, portanto, a de saber se o Tribunal de Justiça deveria, no caso em apreço, confirmar o Acórdão Lexel ou afastar-se do mesmo.

71. A meu ver, a abordagem sugerida pelos Governos intervenientes e pela Comissão é correta. Por conseguinte, exorto o Tribunal de Justiça a rever a abordagem que seguiu no Acórdão Lexel, no que respeita à questão em causa.

72. A liberdade de estabelecimento, conforme garantida pelo artigo 49.º TFUE, oferece uma possibilidade bastante ampla de «otimização» fiscal. O Tribunal de Justiça tem reiteradamente declarado que os grupos de sociedades europeus podem legitimamente fazer uso dessa liberdade para criar filiais nos Estados-Membros com o objetivo de beneficiarem de um regime fiscal vantajoso [30]. Assim, como sustenta a sociedade X, A podia legitimamente optar por estabelecer o banco interno do seu grupo, C, na Bélgica, com esse objetivo. Do mesmo modo, a sociedade C pode conceder empréstimos a outras sociedades do grupo estabelecidas noutros Estados-Membros, como a sociedade X nos Países Baixos. Os empréstimos intragrupo transfronteiriços não são, por si só, censuráveis [31]. É certo que esse empréstimo pode levar a uma redução da matéria coletável do imposto sobre as sociedades da sociedade mutuária no Estado-Membro onde está estabelecida. Com efeito, ao deduzir os juros desse empréstimo do seu lucro tributável, esta sociedade reduz a sua carga fiscal para com esse Estado-Membro. Com efeito, alguns dos lucros realizados pela sociedade mutuária são transferidos, sob a forma de despesas com juros, do Estado-Membro onde esta está estabelecida para o Estado-Membro onde a sociedade mutuante tem a sua sede. Todavia, isso é algo que os Estados-Membros devem, em princípio, aceitar num mercado único e integrado como o mercado interno da União Europeia.

[28] Em primeiro lugar, os governos intervenientes e a Comissão sublinham que a legislação sueca era indistintamente aplicável às situações puramente internas e transfronteiriças, ao passo que as regras neerlandesas não o são (v. secção B das presentes conclusões). Todavia, esta diferença é irrelevante para efeitos da interpretação do conceito de «expedientes puramente artificiais». Em segundo lugar, a Comissão alega que, no processo que deu origem a esse acórdão, tanto a reestruturação interna para a qual os empréstimos em causa tinham sido executados como os próprios empréstimos tinham justificações comerciais válidas, e só as condições aplicáveis aos empréstimos eram artificiais. Não me parece claro que tenha sido esse o caso e, em todo o caso, no Acórdão Lexel, o Tribunal de Justiça, formulou o seu raciocínio de forma ampla, sem relação com as circunstâncias particulares do caso em apreço.

[29] V., em relação à mesma interpretação, van der Weijden, M., «ECJ Lexel AB Decision Casts a Shadow Over Dutch Interest Limitation Provision», *European Tax Blog*, 21 de junho de 2021; e Garcia Prats, G., e o., «Opinion Statement ECJ-TF 1/2021 on the ECJ Decision of 20 January 2021 in Lexel AB (Case C-484/19) Concerning the Application of the Swedish Interest Deductibility Rules (June 30, 2021)», *European Taxation*, vol. 61, n.º 6, 2021.

[30] V., nomeadamente, Acórdão de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, n.ºs 34 a 38).

[31] V. Acórdão Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, n.º 73.

73. No entanto, o Tribunal de Justiça reconheceu um limite claro a este respeito. Constitui um princípio geral do direito que o direito da União, incluindo a liberdade de estabelecimento, não pode ser invocado para fins abusivos. O conceito de «expedientes puramente artificiais» deve ser lido a esta luz. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, é abusivo que operadores económicos estabelecidos em diferentes Estados-Membros realizem «operações artificiais desprovidas de […] justificação económica e comercial» (ou, por outras palavras, «que não reflitam a realidade económica»), preenchendo assim as condições para beneficiar de uma vantagem fiscal apenas formalmente, «com o objetivo essencial de beneficiarem [dessa] vantagem» [32].

74. Além disso, no seu Acórdão X (Sociedades intermediárias estabelecidas em países terceiros) [33], o Tribunal de Justiça precisou, no que respeita à livre circulação de capitais garantida pelo artigo 63.ºTFUE, que «a criação artificial das condições exigidas para escapar indevidamente à tributação num Estado-Membro ou para beneficiar indevidamente de uma vantagem fiscal neste Estado pode assumir, no que respeita aos movimentos de capitais [transfronteiriços], diversas formas». Neste contexto, declarou que o conceito de «expediente puramente artificial» é suscetível de abranger «qualquer dispositivo cujo objetivo principal, ou um dos objetivos principais, seja a transferência artificial de lucros gerados por atividades realizadas no território de um Estado-Membro para [outro país] com um baixo nível de tributação».

75. Na minha opinião, esta interpretação é igualmente válida relativamente às operações intragrupo abrangidas pela liberdade de estabelecimento. De facto, esta interpretação é perfeitamente conforme com a explicação dada no n.º 73, *supra*. Além disso, relativamente a uma legislação nacional que visa as operações intragrupo, como a regulamentação neerlandesa controvertida, a livre circulação de capitais e a liberdade de estabelecimento estão indissociavelmente ligadas. É porque os capitais não podem circular livremente entre sociedades de um mesmo grupo que a liberdade de estabelecimento é restringida. Assim, essas regras podem, em princípio, ser examinadas à luz de uma ou outra destas liberdades fundamentais. Não há, portanto, nenhuma razão para aplicar critérios diferentes consoante a liberdade aplicável.

76. Em suma, como alegaram os Governos intervenientes e a Comissão alegaram, para determinar se um empréstimo intragrupo constitui (ou faz parte) de um «expediente puramente artificial», o objetivo prosseguido pelos operadores económicos em questão é decisiva, quando essa operação tenha sido efetuada com o único objetivo (ou com o objetivo principal) de beneficiar de uma vantagem fiscal (como a dedução dos juros desse empréstimo dos lucros tributáveis), como demonstrado pelo facto de que este é, além disso, desprovida de justificação económica e/ou comercial (ou, dito por outras palavras, «não reflita a realidade económica»). A questão de saber se é esse o caso exige uma apreciação global dos factos e das circunstâncias pertinentes do caso concreto [34].

77. Como salienta o Governo Neerlandês, e como o Tribunal de Justiça já deu a entender no Acórdão Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation [35], podem distinguir-se duas hipóteses a este respeito.

[32] V., nomeadamente, Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, N Luxembourg 1 e o. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, EU:C:2019:134, n.ºs 96, 124 e 125 e jurisprudência aí referida). V., igualmente, por analogia, Acórdão de 21 de dezembro de 2023, BMW Bank e o. (C-38/21, C-47/21 e C-232/21, EU:C:2023:1014, n.ºs 282 e 283).

[33] Acórdão de 26 de fevereiro de 2019 (C-135/17, EU:C:2019:136, n.º 84).

[34] V., quanto a este último aspeto, Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, N Luxembourg 1 e o. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, EU:C:2019:134, n.º 125 e jurisprudência aí referida).

[35] N.º 81.

78. Por um lado, um empréstimo intragrupo celebrado por razões económicas e/ou comerciais válidas pode conter cláusulas específicas que não «reflitam a realidade económica». Pode ser acordada uma taxa de juro demasiado elevada (artificialmente, uma vez que o grupo paga, afinal, esses juros a si próprio) no âmbito de uma operação legítima, com a finalidade de beneficiar de uma dedução fiscal também elevada no Estado-Membro em que a sociedade mutuária tem a sua sede. O princípio da plena concorrência (ou seja, a questão de saber se sociedades independentes teriam acordado as mesmas condições em circunstâncias comparáveis) serve de referência objetiva para determinar se é esse efetivamente o caso [36].

79. Por outro lado, as sociedades associadas podem igualmente contrair um empréstimo que carece globalmente de justificação económica e/ou comercial, com o único objetivo (ou com o objetivo principal) de gerar pagamentos de juros na sede da sociedade mutuária. Contrariamente ao que o Tribunal de Justiça decidiu no n.º54 do Acórdão Lexel, e como referido no n.º76 das presentes conclusões, tal motivo, demonstrado por essa falta de justificação, constitui uma consideração determinante. Pelas mesmas razões, tal empréstimo deve ser considerado «puramente artificial». A questão de saber se as condições aplicáveis a esse empréstimo correspondem às que teriam sido acordadas por entidades não associadas em circunstâncias semelhantes é, em contrapartida, irrelevante. Como alega o Governo Neerlandês, não se pode considerar que tal empréstimo «reflete a realidade económica» pelo simples facto de a taxa de juro aplicável ser fixada ao valor de mercado. Na realidade, esse empréstimo «não reflete a realidade económica» uma vez que, na ausência de uma relação entre as sociedades e o benefício fiscal pretendido, nunca teria sido contraído [37]. O artigo 10a, n.º1, alínea c), da Lei do Imposto sobre as Sociedades tem precisamente por objeto as dívidas geradas artificialmente.

80. Como salientam os Governos intervenientes e a Comissão, se as operações intragrupo desprovidas de justificação económica e/ou comercial nunca pudessem ser consideradas «expedientes puramente artificiais» quando realizadas em condições de plena concorrência, isso dificultaria gravemente o combate da evasão fiscal abusiva pelas autoridades fiscais nacionais. O princípio da plena concorrência seria, de facto, transformado num «porto seguro» indesejável para os grupos multinacionais. Os seus hábeis consultores fiscais poderiam conjurar todos os tipos de expedientes complicados concebidos com o único objetivo de reduzir a carga fiscal da sociedade num Estado-Membro e de transferir os seus lucros para outro Estado com uma taxa de imposto mais baixa. Enquanto esses consultores estipularem claramente condições que reflitam as habitualmente usadas no mercado, esses acordos ficarão «imunes» às medidas tomadas contra a evasão fiscal pelas autoridades fiscais [38].

81. Isto é tanto menos desejável quanto é certo que as autoridades fiscais nacionais têm, por força do princípio geral da proibição do abuso do direito da União, não só o direito, mas a obrigação de prevenir a obtenção de benefícios fiscais graças a «expedientes puramente artificiais». Com efeito, as medidas eficazes contra a evasão fiscal são essenciais não só para garantir o direito soberano dos Estados-Membros de tributarem os rendimentos e os lucros gerados no seu território, mas também para o funcionamento do mercado interno, em geral. A evasão fiscal abusiva atenta contra a coesão económica, bem como contra o bom funcionamento do mercado interno, falseando as condições de concorrência [39].

[36] V., neste sentido, Acórdão de 21 de janeiro de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, n.ºs 58 e 71 e jurisprudência aí referida). V. também o artigo 9.º do modelo de convenção fiscal relativo ao rendimento e ao património elaborado pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económicos (OCDE).

[37] V., neste sentido, Acórdão Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, n.º 81.

[38] Na minha opinião, o princípio da plena concorrência existe para evitar que operações económicas justificadas sejam manipuladas para efeitos fiscais indevidos. Não deve ser utilizado para legitimar operações que nunca tiveram justificação económica.

[39] V. Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, N Luxembourg 1 e o. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, EU:C:2019:134, n.º 107).

82. Com efeito, o impacto crescente da erosão da matéria coletável e da transferência de lucros pelos grupos multinacionais para o Tesouro Público dos Estados-Membros e o funcionamento do mercado interno levaram a União Europeia a abordar esta questão. A este respeito, o legislador da União adotou várias medidas, entre as quais a Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno [40] (a seguir «Diretiva Antielisão Fiscal») [41]. A referida diretiva contém, no artigo 6.º, uma «regra geral antiabuso», elaborada à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça referida no n.º 73 do presente acórdão, e que deve ser interpretada em conformidade [42]. Se as autoridades fiscais nacionais não pudessem tratar transações intragrupo desprovidas de justificação económica e/ou comercial como «expedientes puramente artificiais» quando efetuados em condições de plena concorrência, esta política ficaria comprometida. Além disso, a «regra antiabuso» em causa perderia uma parte importante do seu efeito útil. Uma grande parte das operações realizadas não «por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica», mas «com a finalidade principal […] de obter um benefício fiscal» (utilizando os termos desta disposição) estariam fora do seu alcance.

83. Pelas razões acima expostas, considero que, no presente processo, o Tribunal de Justiça deve afastar-se dos n.os 53, 54 e 56 do Acórdão Lexel [43]. Os empréstimos intragrupo, realizados sem justificação comercial e/ou económica válida com a única finalidade (ou a finalidade principal) de criar uma dívida dedutível na sede da sociedade mutuária, constituem «expedientes puramente artificiais», quer sejam ou não efetuados em condições de plena concorrência. As disposições nacionais que visam esses empréstimos devem ser consideradas necessárias à luz do objetivo de impedir esses «expedientes».

84. Com esta precisão, resta examinar alguns últimos argumentos apresentados pela sociedade X relativamente ao âmbito de aplicação do artigo 10a, n.º1, alínea c), da Lei do Imposto sobre as Sociedades.

85. Em primeiro lugar, a sociedade X alega que as autoridades fiscais neerlandesas podem aplicar esta disposição a uma gama indefinida de operações intragrupo, porque o seu âmbito de aplicação depende de uma condição formulada em termos vagos e ambíguos, ou seja, a de saber se o empréstimo e a operação jurídica conexa «se baseiam de forma determinante em considerações económicas», nos termos do artigo 10a, n.º3, alínea a), da referida lei. Pela mesma razão, a regulamentação neerlandesa controvertida não respeita o princípio da segurança jurídica, uma vez que as sociedades não podem prever com suficiente precisão quais as operações que podem ser consideradas abusivas pela Administração Fiscal.

[40] Diretiva de 12 de julho de 2016 (JO 2016, L 193, p. 1).

[41] V., igualmente, Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de 15 de fevereiro de 2011, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade e que revoga a Diretiva 77/799/CEE (JO 2011, L 64, p. 1), conforme alterada pela Diretiva (UE) 2018/822 do Conselho, de 25 de maio de 2018, que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade em relação aos mecanismos transfronteiriços a comunicar (JO 2019, L 139, p. 1).

[42] Observo que a Diretiva Antielisão Fiscal não é aplicável, *ratione temporis*, ao processo principal. Com efeito, as disposições desta diretiva são aplicáveis desde 1 de janeiro de 2019. Os factos do caso em apreço ocorreram antes dessa data.

[43] Compreendo a situação difícil em que o Tribunal de Justiça se encontrará, se concordar com a minha apreciação. O Acórdão Lexel foi proferido por uma secção composta por cinco juízes, tal como o será o acórdão a proferir no presente processo. No entanto, tendo em conta que os números do Acórdão Lexel em causa não refletem a abordagem dos conceitos de «expediente puramente artificial» e de abuso de direito seguida na jurisprudência geral, que inclui as decisões proferidas pela Grande Câmara, tanto antes como depois do Acórdão Lexel (v. n.os 73 e 74, *supra*), poder-se-ia considerar que este acórdão já foi implicitamente infirmado. O Tribunal de Justiça não necessita da competência da Grande Secção para confirmar este facto no presente processo.

86. Em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o princípio da segurança jurídica exige, em especial, que as regras de direito sejam suficientemente claras, precisas e previsíveis nos seus efeitos, em especial quando têm consequências negativas para os contribuintes [44].

87. A este propósito, observo que a disposição neerlandesa controvertida está formulada à semelhança de outras cláusulas antiabuso que figuram no direito nacional e no direito da União. Em especial, a aplicação da «regra geral antiabuso» prevista no artigo 6.º da Diretiva Antielisão Fiscal a uma determinada operação depende igualmente da questão de saber se essa operação foi efetuada «por razões económicas válidas que reflitam a realidade económica» e não «com a finalidade principal […] de obter uma vantagem fiscal». É certo que se trata de conceitos abertos que, por natureza, criam um certo grau de incerteza quanto ao seu alcance. Além disso, como indiquei no n.º 76 das presentes conclusões, a questão de saber se essas condições estão preenchidas num determinado caso exige uma apreciação casuística e global de um conjunto de factos e circunstâncias, o que cria igualmente um certo grau de incerteza.

88. No entanto, este grau de incerteza é um efeito secundário inevitável e aceitável de tais disposições antiabuso. Como salientou a advogada-geral J. Kokott nas suas Conclusões no processo SGI [45], «as normas destinadas a combater práticas abusivas devem, necessariamente, conter conceitos jurídicos indeterminados para poderem abranger o maior número possível de situações imagináveis que são criadas para fins de evasão fiscal». Além disso, estas disposições visam fazer face a comportamentos aparentemente legais e, portanto, difíceis de apreender.

89. Tal não significa que a aplicação dessa legislação seja deixada à inteira discricionariedade da Administração Fiscal, tornando-a imprevisível nos seus efeitos. Como referem o órgão jurisdicional de reenvio e o Governo Neerlandês, o caráter «puramente artificial» de um determinado expediente é determinado com base em elementos objetivos e verificáveis [46].

90. Conforme indicado no n.º 79, *supra*, a questão determinante é a de saber se, na ausência de uma relação entre as sociedades e do benefício fiscal pretendido, o empréstimo intragrupo em causa nunca teria sido contraído. O tipo de análise a efetuar ao abrigo deste critério é suficientemente claro. A apreciação dos factos e das circunstâncias pertinentes implica o exame da estrutura global e da aparente finalidade do acordo de que o empréstimo faz parte. Conforme indica o órgão jurisdicional de reenvio, as questões são essencialmente as seguintes: na ausência de uma vantagem fiscal, o sujeito passivo em causa teria tido interesse em realizar a operação em questão? A estrutura do expediente afigura-se, à luz da finalidade declarada, demasiado complexa e, em especial, inclui etapas que parecem inúteis (salvo pelo seu impacto na carga fiscal)? Estas são as questões que não devem ser difíceis de responder para os profissionais fiscais e para os grupos multinacionais de sociedades, que podem regulamentar o seu comportamento em conformidade [47].

91. No processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio e o Governo Neerlandês explicam que, embora a aquisição de uma entidade externa e a contração de um empréstimo para esse efeito por uma entidade sujeito passivo junto de uma entidade associada sejam geralmente consideradas «baseadas de forma determinante em considerações económicas» na aceção do artigo 10a, n.º3,

[44] V., nomeadamente, Acórdão de 11 de junho de 2015, Berlington Hungary e o. (C-98/14, EU:C:2015:386, n.os 74, 76 e 77 e jurisprudência aí referida).

[45] Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo SGI (C-311/08, EU:C:2009:545, n.º 70).

[46] V., em relação a esta exigência, Acórdão de 21 de janeiro de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, n.º 71 e jurisprudência aí referida).

[47] V., por analogia, as minhas Conclusões no processo C-623/22, n.os 93 a 103 e jurisprudência aí referida.

alínea a), da Lei do Imposto sobre as Sociedades, o expediente global que envolveu a aquisição da sociedade F pela sociedade X foi considerada «puramente artificial» devido à sua natureza complexa e às etapas (aparentemente) desnecessárias. Tais etapas foram, recordo, i) a reorientação dos fundos próprios da sociedade A para a sociedade C; ii) a posterior conversão desses fundos num empréstimo concedido à sociedade X; iii) a aquisição da sociedade F pela sociedade X; e iv) a constituição de uma unidade fiscal entre a sociedade F e a sociedade X, para que os juros pagos pela sociedade X à sociedade C pudessem ser deduzidos do lucro tributável realizado pela sociedade F nos Países Baixos [48].

92. Em especial, o facto de o empréstimo ter sido concedido à sociedade X com fundos «redirecionados» da sociedade A mancha, à primeira vista, todo o expediente. Levanta a questão de saber se esse empréstimo era realmente necessário e por que razão foi a sociedade X, em vez de a sociedade A, que acabou por comprar a sociedade F. A Comissão sustenta que, num cenário contrafactual que reflete a realidade económica, a sociedade F teria sido comprada pela sociedade A e, como tal, haveria menos etapas na aquisição. No entanto, nesse cenário, a sociedade X pagaria, relativamente aos lucros gerados por si e pela sociedade F nos Países Baixos, dividendos à sociedade A. Tal distribuição não implicaria uma redução do imposto sobre as sociedades devido nos Países Baixos. Em contrapartida, à luz do expediente através do qual a sociedade F foi comprada pela sociedade X através de um empréstimo concedido pela sociedade C com fundos transferidos da sociedade A, pelo facto de a sociedade X ter deduzido os juros desse empréstimo do lucro tributável gerados por si e pela sociedade F nos Países Baixos, o imposto devido por estas duas sociedades nesse Estado-Membro foi reduzido para quase zero [49].

93. Em tal situação, o órgão jurisdicional de reenvio e o Governo Neerlandês sublinham que incumbe ao sujeito passivo justificar, de forma plausível, as razões económicas e/ou comerciais subjacentes às etapas do expediente e, em especial, a «reorientação» dos fundos emprestados. Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, é oferecida ao sujeito passivo a possibilidade, sem estar sujeito a exigências administrativas excessivas, de fornecer elementos de prova a este respeito [50]. Além disso, se a Administração Fiscal, à luz das explicações e dos elementos de prova fornecidos pelo sujeito passivo, continuar a considerar que o expediente é artificial, este último pode impugnar judicialmente a decisão dessa administração. Ora, a sociedade X não conseguiu fornecer esses elementos de prova no processo principal e os órgãos jurisdicionais nacionais confirmaram a decisão da Administração Fiscal.

94. A sociedade X replica que a questão de saber quais são as razões económicas e/ou comerciais que podem ser validamente invocadas para justificar essa «reorientação» de fundos não é clara na prática das autoridades fiscais e dos órgãos jurisdicionais neerlandeses. Até à data, as explicações foram sempre rejeitadas. Além disso, essas autoridades e órgãos jurisdicionais não têm em conta, a este respeito, considerações relativas à estrutura do grupo em causa, como o facto de a sociedade mutuante desempenhar geralmente, como a sociedade C no caso em apreço, um papel chave no financiamento do grupo [51].

48 V. n.os 8 a 10, *supra*.

49 V. n.º 10 das presentes conclusões.

50 V., nomeadamente, Acórdão de 21 de janeiro de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, n.º 71 e jurisprudência aí referida).

51 A sociedade X explica que, tendo em conta a estrutura do grupo da sociedade A, o expediente em causa deveria ter sido considerado economicamente justificado. Com efeito, o financiamento geral do grupo está centralizado na sede da sociedade C (v. n.º7 das presentes conclusões), de um modo geral, que dispõe de pessoal e de elementos importantes atribuídos para esse efeito. É por esta razão que a aquisição da sociedade F foi realizada através de um empréstimo concedido pela sociedade C. Os fundos são regularmente transferidos pela sociedade A para a sociedade C apenas porque esta última necessita de capital para exercer as suas funções.

95. Na minha perspetiva, haverá sempre zonas cinzentas no funcionamento de uma cláusula antiabuso como o artigo 10a), n.º1, alínea c), da Lei do Imposto sobre as Sociedades. Tal não torna esta regra incompatível com o princípio da segurança jurídica. No caso em apreço, a prática das autoridades fiscais e dos órgãos jurisdicionais neerlandeses clarificará progressivamente a problemática salientada pela sociedade X. A este respeito, limitar-me-ei a observar que, ao avaliarem se um expediente deve ser considerado artificial ou economicamente justificado, as autoridades e os tribunais fiscais devem tomar em consideração todas as razões económicas válidas, incluindo as financeiras [52]. Não se pode excluir que a razão avançada pela sociedade X possa ser considerada como tal. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar esta questão.

96. Em segundo lugar, a sociedade X contesta a repartição do ónus da prova resultante das disposições controvertidas do direito neerlandês. Mais especificamente, a recorrente alega que o artigo 10a, n.º1, alínea c), da Lei do Imposto sobre as Sociedades introduz uma presunção geral de abuso, que excede o necessário para atingir o objetivo prosseguido [53]. Com efeito, as autoridades fiscais neerlandesas podem, com base nesta disposição, recusar a uma entidade tributável a dedução dos juros que paga sobre um empréstimo intragrupo sem serem obrigadas a apresentar provas, mesmo *prima facie*, da existência de um abuso, quando essa entidade, para obter a vantagem fiscal, tem o ónus de provar, nos termos do artigo 10a, n.º3, alínea a), da referida lei, que o empréstimo e a operação jurídica conexa se basearam de forma determinante em considerações económicas.

97. Discordo. É evidente que, quando as autoridades fiscais nacionais procuram recusar uma vantagem fiscal a um sujeito passivo com fundamento em abuso, têm, de um modo geral, o ónus de provar que este último tenta obter essa vantagem através de um «expediente puramente artificial», tendo em conta todos os elementos e circunstâncias pertinentes do caso concreto, à luz dos critérios acima examinados [54]. Isto não significa, porém, que os Estados-Membros estejam impedidos de estabelecer presunções legais no seu direito nacional, desde que estas sejam específicas e baseadas em motivos suficientes.

98. No caso em apreço, o artigo 10a, n.º1, alínea c), da Lei do Imposto sobre as Sociedades, bem como a obrigação de o sujeito passivo justificar a realidade do expediente em causa, só se aplicam, em princípio, nos casos em que um empréstimo intragrupo tenha sido celebrado por uma entidade sujeito passivo com uma entidade associada estabelecida noutro Estado-Membro, em que as despesas com juros recebidas por esta última não sejam tributadas ou não sejam

[52] V., por analogia, considerando 11 da Diretiva Antielisão Fiscal.

[53] A sociedade X refere os Acórdãos de 7 de setembro de 2017, Eqiom e Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, n.ºs 31, 32 e 36), e de 20 de dezembro de 2017, Deister Holding e Juhler Holding (C-504/16 e C-613/16, EU:C:2017:1009, n.ºs 61 e 62).

[54] V., por analogia, Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, N Luxembourg 1 e o. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, EU:C:2019:134, n.º 142).

tributadas a uma taxa razoável [55]. Estas circunstâncias específicas podem legitimamente ser consideradas indícios de um comportamento suscetível de constituir evasão fiscal abusiva, justificando uma inversão do ónus da prova [56].

99. Uma vez que as autoridades fiscais nacionais entenderam que esse empréstimo intragrupo é abrangido pelo âmbito de aplicação desta disposição e, portanto, poderia ter sido celebrado para fins de evasão fiscal, não é excessivo que essas autoridades exijam ao sujeito passivo que faça prova do caráter económico e/ou comercial do expediente e que recuse a dedução dos juros desse empréstimo se não o fizer [57]. Com efeito, o sujeito passivo é quem está mais bem colocado para fornecer explicações e provas dos motivos das operações que efetua. Por outro lado, o Tribunal de Justiça declarou reiteradamente que «nada impede as autoridades fiscais em causa de exigirem ao contribuinte as provas que julguem necessárias para determinar concretamente os impostos […] em questão e, sendo caso disso, de recusarem a isenção pedida se essas provas não forem fornecidas» [58].

b) As consequências que decorrem da qualificação de uma operação como um tal expediente não são excessivas

100. Nos termos do artigo 10a, n.º1, alínea c), da Lei do Imposto sobre as Sociedades, quando se verifique que um empréstimo intragrupo constitui um expediente puramente artificial (nas condições descritas na secção anterior), a dedução dos juros desse empréstimo está totalmente excluída no momento da determinação dos lucros da entidade sujeito passivo mutuária nos Países Baixos.

101. Embora o órgão jurisdicional de reenvio considere que tal consequência decorre logicamente da verificação do caráter artificial do empréstimo, pergunta ainda assim (precisamente, através da sua segunda questão) se, à luz do n.º51 do Acórdão Lexel, a recusa total do direito à dedução vai além do que é necessário para atingir o objetivo prosseguido. Com efeito, o Tribunal de Justiça precisou, no referido número, que, quando a Administração Fiscal considera que um empréstimo contraído por um sujeito passivo junto de uma entidade associada constitui um expediente puramente artificial, «o princípio da proporcionalidade exige que a recusa do direito à dedução se limite à fração dos juros que ultrapasse o que teria sido acordado caso não houvesse relações especiais entre as partes» [59].

102. Concordo com os Governos intervenientes e com a Comissão que não é esse o caso. A este respeito, importa também distinguir aqui os dois cenários mencionados nos n.ºs 78 e 79, *supra*.

[55] Se os encargos com juros forem impostos a uma taxa razoável no outro Estado-Membro, aplica-se a condição prevista no artigo 10a, n.º 3, alínea b), da Lei do Imposto sobre as Sociedades, e a dedução não pode ser recusada, conforme referido na secção B das presentes conclusões.

[56] V., por analogia, Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, X (Sociedades intermediárias estabelecidas em países terceiros) (C-135/17, EU:C:2019:136, n.º 86). V., em contrapartida, Acórdão de 20 de dezembro de 2017, Deister Holding e Juhler Holding (C-504/16 e C-613/16, EU:C:2017:1009, n.ºs 65, 67 e 71). É evidente que o legislador da União é da mesma opinião. A este respeito, o anexo IV da Diretiva 2011/16 contém, para efeitos das obrigações de comunicação previstas nesta diretiva, uma lista de «características-chave», ou seja, características ou elementos de um mecanismo transfronteiriço que apresentam «indicaç[ões] de um potencial risco de evasão fiscal (v. artigo 3.º, ponto 20, da referida diretiva). Nomeadamente, a parte II, C, n.º 1, alínea d), da referida diretiva refere que um expediente «que envolve a dedutibilidade de pagamentos transfronteiriços efetuados entre duas ou mais empresas associadas em que […] o pagamento beneficia de um regime fiscal preferencial na jurisdição em que o destinatário reside para efeitos fiscais» constitui uma tal «característica-chave».

[57] V., neste sentido, Acórdãos de 21 de janeiro de 2010, SGI(C-311/08, EU:C:2010:26, n.º 73), e de 5 de julho de 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, n.º 53).

[58] V., nomeadamente, Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, N Luxembourg 1 e o. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, EU:C:2019:134, n.º 141 e jurisprudência aí referida).

[59] V., igualmente, Acórdão Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, n.º 83.

103. Por um lado, quando o artifício consiste na taxa de juro excecionalmente elevada estipulada num empréstimo intragrupo que é quanto ao mais genuíno, a resposta em conformidade com o princípio da proporcionalidade consiste em proceder a uma correção relativa à fração dos encargos com juros que é superior à taxa habitual do mercado. Recusar qualquer dedução sobre esses juros excederia o objetivo de prevenção dos expedientes puramente artificiais.

104. Em contrapartida, quando o empréstimo é, em si mesmo, desprovido de justificação económica e/ou comercial e quando, sem a relação entre as sociedades e o benefício fiscal pretendido, nunca teria sido contratado, é perfeitamente lógico e proporcionado recusar a dedução da totalidade dos juros e não uma simples fração destes. Tal expediente puramente artificial deve, com efeito, ser ignorado pelas autoridades fiscais no momento do cálculo do imposto sobre as sociedades devido. Sem o empréstimo, não há juros a deduzir.

105. Se, na segunda hipótese, as autoridades fiscais recusassem a dedução de apenas uma fração dos juros do empréstimo, a coerência do regime antiabuso seria posta em causa. Com efeito, uma parte (ou mesmo a totalidade) do benefício fiscal pretendido por meios abusivos acabaria por ser concedido ao sujeito passivo, contrariamente ao objetivo prosseguido [60].

V. Conclusão

106. Tendo em conta todas as considerações anteriores, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais submetidas pelo Hoge Raad der Nederlanden (Supremo Tribunal dos Países Baixos) do seguinte modo:

O artigo 49.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação nacional por força da qual os juros de um empréstimo contraído junto de uma entidade associada do sujeito passivo não são dedutíveis na determinação dos lucros deste último, quando a celebração desse empréstimo não tenha sido principalmente motivada por considerações económicas, mas pelo objetivo de constituir uma dívida dedutível, mesmo que a taxa de juro aí prevista não exceda a que teria sido acordada entre sociedades independentes uma da outra. Neste caso, a dedução dos juros deve ser afastada na totalidade.

[60] O Tribunal de Justiça perguntou aos intervenientes, na audiência, se a Administração Fiscal não deveria sequer considerar os juros pagos pela sociedade mutuária à sociedade mutuante uma distribuição (disfarçada) (v., a este respeito, n.º 92, *supra*). Com efeito, se o fizesse, a carga fiscal da sociedade mutuária poderia agravar significativamente, não só pelo facto de não se poder deduzir do lucro tributável o montante dos juros pagos mas também pelo facto de, através da qualificação dos referidos juros como lucros distribuídos, essa sociedade poder ser devedora do pagamento antecipado do imposto sobre as sociedades, no momento dessa operação [v., por analogia, Acórdão Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, já referido (n.ºs 38 e 39)]. Parece-me que, como alegou a Comissão na audiência, seria efetivamente proporcionado e, portanto, compatível com o direito da União que as autoridades fiscais o pudessem fazer. Todavia, o tratamento adequado dos juros é da competência das autoridades fiscais nacionais à luz do seu direito nacional (v., por analogia, artigo 6.º, n.º 3, da Diretiva Antielisão Fiscal).