Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 22 de maio de 2025 [1]

Processo C-524/23

Comissão Europeia
contra

Reino da Bélgica

«Processo por incumprimento — Transposição da Diretiva (UE) 2016/1164 — Regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno — Competência legislativa da União — Artigo 115.º TFUE — Não transposição do artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva — Harmonização mínima — Alcance da obrigação de transposição»

I. Introdução

1. O presente processo por incumprimento enquadra-se no domínio das regras contra as práticas de elisão fiscal. Os impostos diretos, como o imposto sobre as sociedades em causa no presente caso, encontram-se, em princípio, sujeitos à soberania financeira e fiscal dos Estados-Membros. No entanto, o Conselho considerou oportuno combater as práticas de elisão fiscal a nível da União, a fim de evitar uma fragmentação do mercado interno e de pôr termo às assimetrias e distorções do mercado. Para o efeito, criou, através da Diretiva (UE) 2016/1164 de 12 de julho de 2016 [2] («*Anti-Tax Avoidance Directive*»; a seguir «Diretiva Antielisão Fiscal»), um nível mínimo de proteção dos sistemas nacionais de tributação das sociedades contra as práticas de elisão fiscal em toda a União.

2. Além de uma regra geral antiabuso, a Diretiva Antielisão Fiscal contém uma disposição específica destinada a evitar benefícios fiscais resultantes da transferência de lucros para uma sociedade afiliada estrangeira. O caso clássico é o da constituição de uma sociedade afiliada no país estrangeiro com tributação mais baixa, a qual é dotada de capitais para, de seguida, conceder um empréstimo à sociedade-mãe. Os rendimentos de juros são objeto de uma tributação mais baixa no estrangeiro, sendo dedutíveis no território nacional com uma tributação mais elevada como despesas profissionais. Tal permite que o lucro seja transferido para um país estrangeiro com uma tributação baixa. Atualmente, a Diretiva Antielisão Fiscal sujeita a Bélgica às designadas regras de reintegração. Assim, os rendimentos obtidos pela sociedade afiliada no estrangeiro são tributados no território nacional como tratando-se de rendimentos da

[1] Língua original: alemão.

[2] Diretiva do Conselho, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno (JO 2016, L 193, p. 1), conforme alterada pela Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29 de maio de 2017, que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros (JO 2017, L 144, p. 1). Porém, estas alterações não afetam as disposições pertinentes no caso em apreço.

sociedade-mãe (nestes reintegrados), estando sujeitos à taxa de imposto belga (mais elevada). No entanto, o artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal restringe esta consequência jurídica. Deste modo, o imposto (mais baixo) pago no estrangeiro pela sociedade afiliada é deduzido da coleta nacional (mais elevada) da sociedade-mãe.

3. No entanto, em nome de uma proteção mais elevada da sua base tributável, o Reino da Bélgica não permitiu tal dedução, afirmando que a Diretiva Antielisão Fiscal regulava apenas uma harmonização mínima. A Comissão considerou estar em causa uma situação de incumprimento.

4. O processo por incumprimento iniciado nessa sequência é particularmente sensível, uma vez que a competência ao abrigo do direito da União para a referida diretiva não é inequívoca. Ainda que todos os Estados-Membros tenham acordado numa diretiva, esse facto não pode fundamentar nem substituir uma competência da União não prevista nos Tratados. Por outro lado, coloca-se a questão geral de direito da União de saber qual a margem de que dispõem os Estados-Membros na transposição das diretivas de harmonização mínima que contenham, igualmente, regras pormenorizadas em relação a derrogações.

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

5. De acordo com o seu título, a Diretiva Antielisão Fiscal cria regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno.

6. Quanto ao contexto da adoção da Diretiva, os seus considerandos 1, 2, 3, 5, 11, 12, 14 e 16 enunciam o seguinte:

«(1) As atuais prioridades políticas em matéria de fiscalidade internacional salientam a necessidade de garantir que o imposto é pago no país onde os lucros e o valor são gerados. É, pois, imperativo restabelecer a confiança na equidade dos sistemas fiscais e permitir que os governos possam exercer eficazmente a sua soberania fiscal. […]

(2) […] É essencial para o bom funcionamento do mercado interno que os Estados-Membros ponham em prática, no mínimo, os compromissos assumidos no âmbito da BEPS [3] e, de um modo mais geral, tomem medidas para desencorajar práticas de elisão fiscal e garantir uma tributação justa e eficaz na União de forma suficientemente coerente e coordenada. […]

(3) É necessário estabelecer regras para reforçar o nível médio de proteção contra o planeamento fiscal agressivo no mercado interno. […]

(5) É necessário estabelecer regras contra a erosão das bases tributáveis no mercado interno e a transferência de lucros para fora do mercado interno. A fim de contribuir para a realização desse objetivo, são necessárias regras nos seguintes domínios: limitações à dedutibilidade dos juros, tributação à saída, regra geral antiabuso, regras relativas às sociedades estrangeiras controladas e regras para combater as assimetrias híbridas. Sempre que a aplicação dessas regras dê origem a casos de dupla tributação, os contribuintes deverão beneficiar de um

[3] Recomendações de ações no contexto da iniciativa da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económicos (OCDE) contra a erosão da base tributável e a transferência de lucros (*Base Erosion and Profit Shifting — BEPS*).

desagravamento através de uma dedução do imposto pago noutro Estado-Membro ou país terceiro, consoante o caso. Assim, as regras não deverão ter por único objetivo combater as práticas de elisão fiscal, mas também evitar a criação de outros obstáculos ao mercado, como a dupla tributação.

(11) As regras gerais antiabuso estão presentes nos sistemas fiscais para combater práticas fiscais abusivas que ainda não tenham sido objeto de disposições específicas. As regras gerais antiabuso têm, portanto, a função de colmatar lacunas, o que não deverá prejudicar a aplicabilidade de regras antiabuso específicas. […]

(12) As regras relativas às sociedades estrangeiras controladas têm por efeito reatribuir à sociedade-mãe os rendimentos de uma filial controlada sujeita a baixa tributação. Seguidamente, a sociedade-mãe passa a estar sujeita a tributação relativamente a estes rendimentos atribuídos no Estado onde é residente para efeitos fiscais. […] A fim de garantir um nível de proteção mais elevado, os Estados-Membros poderão reduzir o limiar de controlo, ou utilizar um limiar mais elevado comparando o imposto sobre as sociedades efetivamente pago com o imposto sobre as sociedades que teria sido cobrado no Estado-Membro do contribuinte. […]

(16) Atendendo a que um dos principais objetivos da presente diretiva consiste em melhorar a resiliência do mercado interno no seu conjunto contra as práticas de elisão fiscal transfronteiras, tal objetivo não pode ser suficientemente alcançado pelos Estados-Membros a título individual. […] Devido ao facto de grande parte da ineficiência no mercado interno acarretar essencialmente problemas de natureza transfronteiras, as medidas corretivas deverão ser antes adotadas a nível da União. […] Em conformidade com o princípio da proporcionalidade […], a presente diretiva não excede o necessário para alcançar aquele objetivo. Ao fixar um nível mínimo de proteção do mercado interno, a presente diretiva apenas visa alcançar o grau mínimo essencial de coordenação no interior da União a fim de concretizar os seus objetivos.»

7. O artigo 3.º da Diretiva Antielisão Fiscal («Nível mínimo de proteção») dispõe:

«A presente diretiva não obsta à aplicação das disposições nacionais ou convencionais destinadas a garantir um nível de proteção mais elevado da matéria coletável do imposto sobre as sociedades a nível nacional.»

8. O artigo 6.º da Diretiva Antielisão Fiscal, com a epígrafe «Regra geral antiabuso», determina, nos seus n.os 1 e 2:

«1. Para efeitos do cálculo da matéria coletável das sociedades, os Estados-Membros devem ignorar uma montagem ou série de montagens que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes. Uma montagem pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte.

2. Para efeitos do n.º 1, considera-se que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica.»

9. O artigo 7.º da Diretiva Antielisão Fiscal contém regras relativas à reintegração dos rendimentos das sociedades estrangeiras controladas na base tributável do contribuinte. O n.º 1 define o conceito de sociedade estrangeira controlada; o contribuinte deve deter, nomeadamente, mais de 50 % dos direitos de voto, do capital ou deve ter direito a receber mais de 50 % dos lucros. No que respeita às regras de reintegração, o n.º 2 deixa aos Estados-Membros a escolha entre duas opções, nas suas alíneas a) e b):

«Caso uma entidade ou um estabelecimento estável sejam tratados como uma sociedade estrangeira controlada ao abrigo do n.º 1, o Estado-Membro do contribuinte inclui na base tributável:

a) os rendimentos não distribuídos da entidade ou os rendimentos do estabelecimento estável provenientes das seguintes categorias: […]

   ou

b) os rendimentos não distribuídos da entidade ou do estabelecimento estável resultantes de montagens não genuínas postas em prática com a finalidade essencial de obter uma vantagem fiscal.

   Para efeitos da presente alínea, considera-se que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que nem a entidade nem o estabelecimento estável seriam detentores dos ativos que geram a totalidade ou parte dos seus rendimentos, nem teriam assumido os riscos a eles associados se não fossem controlados por uma sociedade na qual são exercidas as funções dos dirigentes, que são relevantes para esses ativos e riscos, e que são essenciais para gerar os rendimentos da sociedade controlada.»

10. O artigo 8.º, n.º 2 («Cálculo dos rendimentos das sociedades estrangeiras controladas»), da Diretiva Antielisão Fiscal dispõe:

«Caso seja aplicável o artigo 7.º, n.º 2, alínea b), os rendimentos a incluir na base tributável do contribuinte estão limitados aos montantes gerados através de ativos e riscos ligados às funções dos dirigentes que são assumidas pela empresa que exerce o controlo. A atribuição dos rendimentos das sociedades estrangeiras controladas é calculada segundo o princípio da plena concorrência.»

11. O artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal prevê, a este respeito:

«O Estado-Membro do contribuinte autoriza uma dedução do imposto pago pela entidade ou pelo estabelecimento estável à coleta do contribuinte no seu Estado de residência fiscal ou de localização. Essa dedução é calculada nos termos do direito nacional.»

B. Direito belga

12. O Reino da Bélgica transpôs a Diretiva Antielisão Fiscal para o direito nacional com a Lei de 25 de dezembro de 2017, relativa à Reforma do Imposto sobre as Sociedades (*M.B.*, 29.12.2017, p. 116422). Em consequência, foi aditado, em especial, um novo artigo, a saber o artigo 185.º, n.º 2, ao Código do Imposto sobre o Rendimento de 1992, que, em conformidade com a opção

que figura no artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal, previa regras de reintegração apenas para as montagens não genuínas. A faculdade de dedução prevista no artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal não foi implementada.

III. Antecedentes do litígio

13. Após o termo do prazo de transposição da Diretiva, em 31 de dezembro de 2018 (artigo 11.º, n.º 1, da Diretiva Antielisão Fiscal), o Reino da Bélgica comunicou à Comissão as disposições adotadas para a transposição da mesma. Neste contexto, a tabela de correspondência fornecida indicava, com respeito ao artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal, que esta opção não tinha sido escolhida devido ao artigo 3.º da mesma diretiva (Nível mínimo de proteção). Por carta de 2 de julho de 2020, a Comissão solicitou ao Reino da Bélgica, ao abrigo do artigo 258.º TFUE, que se pronunciasse sobre o facto de, nas medidas comunicadas, não figurarem quaisquer disposições de transposição do artigo 4.º, n.º 4, alínea b), n.º 7, e artigo 8.º, n.º 7. Na sua resposta de 24 de novembro de 2020, o Reino da Bélgica anunciou, quanto ao artigo 4.º, ter procedido às alterações necessárias, tendo comunicado as mesmas à Comissão, em 9 de março de 2021. No entanto, o Reino da Bélgica rejeitou a transposição do artigo 8.º, n.º 7, da diretiva.

14. Em 2 de dezembro de 2021, a Comissão convidou o Reino da Bélgica, mediante parecer fundamentado a este respeito, a adotar, no prazo de dois meses, as medidas necessárias de transposição do artigo 8.º, n.º 7. Em 2 de fevereiro de 2022, o Reino da Bélgica anunciou, na sua resposta ao parecer fundamentado, que as medidas necessárias de transposição do artigo 8.º, n.º 7 seriam adotadas no primeiro semestre de 2022. Em 10 de janeiro de 2023, as autoridades belgas informaram a Comissão que o Governo Belga não tinha conseguido chegar a um consenso político sobre a adoção das medidas de transposição do artigo 8.º, n.º 7, e que, por conseguinte, o Reino da Bélgica iria manter a sua posição relativamente à não transposição do artigo 8.º, n.º 7. A disposição belga é apenas aplicada aos casos de abuso fiscal. O caráter dissuasivo desta disposição assume grande importância, apresentando-se inadequado permitir uma dedução de impostos estrangeiros. Em todo o caso, essa receita fiscal não foi, até à data, objeto de tributação, pelo que nenhuma sociedade sofreu ainda qualquer desvantagem em resultado da aplicação desta disposição.

IV. Pedidos das partes e tramitação processual no Tribunal de Justiça

15. Com a sua petição, de 11 de agosto de 2023, a Comissão propôs uma ação contra o Reino da Bélgica no Tribunal de Justiça, ao abrigo do artigo 258.º, segundo parágrafo, TFUE, pedindo ao Tribunal de Justiça que se digne:

– declarar que, ao não ter adotado as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento ao artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva (UE) 2016/1164, o Reino da Bélgica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força desta diretiva;

– condenar o Reino da Bélgica nas despesas.

16. O Reino da Bélgica pede ao Tribunal de Justiça que se digne:

– julgar a ação proposta pela Comissão inadmissível, a título subsidiário, julgar a ação improcedente;

– condenar a Comissão nas despesas.

17. O Reino dos Países Baixos intervém, na qualidade de interveniente, em apoio dos pedidos do Reino da Bélgica.

18. As partes apresentaram observações escritas e, com exceção do Reino dos Países Baixos, observações orais na audiência realizada em 21 de outubro de 2024.

V. Apreciação jurídica

A. Quanto à admissibilidade da ação

19. O Reino da Bélgica considera a ação inadmissível, uma vez que a Comissão não expôs os fundamentos de forma suficientemente clara e precisa no parecer fundamentado e na petição. Este argumento não merece acolhimento.

20. De acordo com o artigo 21.º, primeiro parágrafo, segundo período, do Estatuto do Tribunal de Justiça, e com o artigo 120.º, alínea c), do Regulamento de Processo, a petição deve indicar o objeto do litígio e conter uma exposição sumária dos fundamentos invocados, devendo estas indicações ser claras e precisas para permitir ao demandado preparar a sua defesa e ao Tribunal de Justiça exercer a sua fiscalização [4].

21. De acordo com a jurisprudência assente, o objeto de uma ação por incumprimento intentada nos termos do artigo 258.º TFUE é fixado pelo parecer fundamentado da Comissão, de forma que a ação deve basear-se nos mesmos fundamentos e argumentos que este parecer fundamentado [5]. No entanto, tal não exige uma coincidência perfeita entre os pedidos formulados na petição e a parte dispositiva do parecer fundamentado. A petição apenas não pode ampliar ou alterar o objeto do litígio tal como definido no parecer fundamentado [6].

22. Na petição de 11 de agosto de 2023, a Comissão pede a declaração de que, ao não transpor corretamente o artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal, o Reino da Bélgica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força desta diretiva. O facto de a Comissão se referir, na petição, a uma transposição incorreta do artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal e o parecer fundamentado referir uma não transposição, não constitui uma alteração do objeto do litígio. A transposição incorreta abrange, igualmente, o subcaso da não transposição integral, o que explica a terminologia utilizada pela Comissão. Na petição, a Comissão mantém, em substância, a invocação da não transposição do artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal. Nesta medida, a ação baseia-se nos mesmos fundamentos e argumentos do que o parecer fundamentado. Daqui resulta que a ação deve ser declarada admissível.

[4] Acórdãos de 10 de maio de 2012, Comissão/Estónia (C-39/10, EU:C:2012:282, n.º 24); de 24 de março de 2011, Comissão/Espanha (C-375/10, não publicado, EU:C:2011:184, n.º 10); e de 12 de fevereiro de 2009, Comissão/Polónia (C-475/07, não publicado, EU:C:2009:86, n.º 43).

[5] V. Acórdão de 8 de dezembro de 2005, Comissão/Luxemburgo (C-33/04, EU:C:2005:750, n.º 36 e jurisprudência referida).

[6] Acórdãos de 7 de setembro de 2006, Comissão/Reino Unido (C-484/04, EU:C:2006:526, n.º 25), e de 14 de julho de 2005, Comissão/Alemanha (C-433/03, EU:C:2005:462, n.º 28).

B. Quanto ao mérito da ação

23. A questão que importa clarificar é a de saber se o Reino da Bélgica, que optou pela aplicação das regras de reintegração apenas *nos casos de montagens não genuínas*, previstas no artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal, não cumpriu a sua obrigação de transposição da Diretiva ao não transpor a faculdade de dedução prevista no artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal.

24. Tal pressupõe, desde logo, que o Reino da Bélgica se encontre obrigado à transposição da Diretiva. Esta obrigação existirá, em princípio, apenas no caso de o ato da União a transpor ter sido validamente adotado. Por conseguinte, abordarei, em primeiro lugar, a existência de uma competência da União para a adoção da Diretiva Antielisão Fiscal e a questão de saber se o Tribunal de Justiça se encontra habilitado, no âmbito de um processo por incumprimento, a conhecer desta questão independentemente da correspondente invocação pelas partes (v., a este respeito, *infra*, ponto 1.). De seguida, abordarei a defesa apresentada pelo Reino da Bélgica. O Reino da Bélgica invoca, em primeiro lugar, que o artigo 8.º, n.º 7, segundo período, da Diretiva Antielisão Fiscal remete para o direito nacional quanto ao cálculo da dedução (v., a este respeito, *infra*, ponto 2.). Além disso, o artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal não é aplicável às regras de reintegração previstas no artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal, circunstância que suscita questões relativas à relação com a regra geral antiabuso prevista no artigo 6.º da Diretiva Antielisão Fiscal (v., a este respeito, *infra*, ponto 3.). Por último, a Diretiva não impede os Estados-Membros de, em conformidade com o artigo 3.º da Diretiva Antielisão Fiscal, garantirem um nível de proteção mais elevado da matéria coletável do imposto sobre as sociedades a nível nacional (v., a este respeito, *infra*, ponto 4.).

1. Competência da União para a adoção da Diretiva Antielisão Fiscal

25. Na doutrina, existem sérias dúvidas quanto à questão de saber se a adoção da Diretiva Antielisão Fiscal se encontra coberta pelas competências legislativas da União[7]. Durante o processo legislativo, Malta[8] e Suécia[9] manifestaram, igualmente, preocupações quanto à competência legislativa, mediante pareceres fundamentados. Estas dúvidas parecem ser, efetivamente, justificadas [v., a este respeito, *infra*, a)]. Todavia, a competência da União para adotar a Diretiva Antielisão Fiscal não pode ser clarificada no âmbito do presente processo por incumprimento [v., a este respeito, *infra*, b)].

7 V., a título exemplificativo, de Graaf, A./Visser, K. J., *ATAD Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects*, EC Tax Review 25 (2016), p. 199 (204); Traversa, E./Possoz M., *L'équilibre délicat entre la lutte contre l'évasion fiscale internationale et l'achèvement du marché intérieur: réflexion sur la mise en œuvre du plan BEPS de l'OCDE au sein de l'Union européenne*, em: Revue des affaires européennes 2018, p. 611 (624 e 625); Brokelind C., «The Anti-Tax Avoidance Directive under Scrutiny: A Matter of Competence?», em: Monsénégo, J./Bjuvberg, J. (Hrsg.), *International Taxation in a Changing Landscape — Liber Amicorum in Honour of Bertil Wiman*, Alphen aan den Rijn, 2019, p. 45 (48 e 49); Haslehner, W., «The General Scope of the ATAD and its Position in the EU Legal Order», em: Haslehner, W. e o. (Hrsg.), *A Guide to the Anti-Tax Avoidance Directive*, Cheltenham, 2020, p. 32 (38 e 39); Hey, J., *Harmonisierung der Missbrauchsabwehr durch die Anti-Tax-Avoidance-Directive (ATAD)*, em: Steuer und Wirtschaft 2017, p. 248 (254, 262); Oppel, F., *BEPS in Europa: (Schein-) Harmonisierung der Missbrauchsabwehr durch neue Richtlinie 2016/1164 mit Nebenwirkungen*, em: Internationales Steuerrecht 2016, p. 797 (798 e 799).

8 Parlamento Europeu — Comissão dos Assuntos Jurídicos, 5 de setembro de 2016, Parecer fundamentado do Parlamento maltês sobre a proposta de diretiva que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno [COM(2016)0026 — C8-0031/2016 — 2016/0011(CNS)].

9 Parlamento Europeu — Comissão dos Assuntos Jurídicos, 25 de abril de 2016, Parecer fundamentado do Parlamento sueco sobre a proposta de diretiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno [COM(2016)0026 — C8-0031/2016 — 2016/0011(CNS)].

a) Dúvidas sobre a competência da União para a adoção da Diretiva Antielisão Fiscal

26. De acordo com o princípio da atribuição (artigo 5.º, n.º 1, primeiro período, e n.º 2, TUE), a União apenas tem competência na medida em que a sua competência legislativa lhe seja atribuída por uma norma de competência específica. A União baseou a Diretiva Antielisão Fiscal no artigo 115.º TFUE, que atribui ao Conselho a competência legislativa de adotar «diretivas para a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros que tenham incidência direta no estabelecimento ou no funcionamento do mercado interno». A incidência direta no funcionamento do mercado interno pode resultar de uma restrição às liberdades fundamentais [10] ou de distorções sensíveis de concorrência entre as empresas em causa [11].

27. O legislador da União parece considerar que o efeito de promoção do mercado interno reside, essencialmente, na luta contra as práticas de elisão fiscal [12]. No entanto, a Diretiva Antielisão Fiscal não afasta as restrições às liberdades fundamentais que possam resultar das disposições nacionais existentes. Pelo contrário, ao obrigar os Estados-Membros a garantir um nível mínimo comum de proteção dos sistemas nacionais de tributação das sociedades contra as práticas de elisão fiscal, a referida diretiva restringe a possibilidade de as empresas atuarem além-fronteiras. Deste modo, impede o exercício das liberdades fundamentais em vez de o promover [13].

28. Até à data, o Tribunal de Justiça tem sempre considerado as medidas contra as práticas de elisão fiscal como restrições às liberdades fundamentais, sobretudo à liberdade de estabelecimento e à liberdade de capitais, que carecem de justificação. A este respeito, a tributação à saída [14], em especial, mas também as regras de reintegração [15], foram já objeto de jurisprudência do Tribunal de Justiça. Uma vez que a garantia das liberdades fundamentais do operador económico serve, precisamente, o funcionamento do mercado interno, parece contraditório considerar que uma restrição dessas mesmas liberdades fundamentais possa promover o mesmo objetivo [16].

[10] Neste sentido, porém, não quanto ao artigo 115.º TFUE, Acórdão de 5 de outubro de 2000, Alemanha/Parlamento e Conselho (C-376/98, EU:C:2000:544, n.º 95); igualmente, quanto ao artigo 115.º, TFUE, parte da doutrina alemã: Korte, S., em: Calliess/Ruffert, *EUV/AEUV*, 6.ª edição, 2022, AEUV, artigo 115.º, n.º 9; Tietje, C., em: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, 83.ª atualização, julho de 2024, AEUV, artigo 115.º, n.ºs 22 e segs.; Herrnfeld, H.-H., em: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, *EU-Kommentar*, 4.ª edição 2019, AEUV, artigo 115.º, n.º 4.

[11] Acórdão de 18 de março de 1980, Comissão/Itália (91/79, EU:C:1980:85, n.º 8).

[12] V., por exemplo, considerando 2: «[…] É essencial para o bom funcionamento do mercado interno que os Estados-Membros ponham em prática, no mínimo, os compromissos assumidos no âmbito da BEPS e, de um modo mais geral, tomem medidas para desencorajar práticas de elisão fiscal e garantir uma tributação justa e eficaz na União […]»; e considerando 16: «Atendendo a que um dos principais objetivos da presente diretiva consiste em melhorar a resiliência do mercado interno no seu conjunto contra as práticas de elisão fiscal transfronteiras […]».

[13] Haslehner, W., «The General Scope of the ATAD and its Position in the EU Legal Order», em: Haslehner, W. e o. (Hrsg.), *A Guide to the Anti-Tax Avoidance Directive*, Cheltenham, 2020, p. 32 (39); de Graaf, A./Visser, K. J., *ATAD Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects*, EC Tax Review 25 (2016), p. 199 (202); Schönfeld, J./Ellenrieder, B., *Das Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht — oder: Gibt es «gegen Primärrecht immunisiertes Recht»*?, em: Steuer und Wirtschaft 2019, p. 253 (261 e segs.).

[14] Acórdão de 21 de maio de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, n.º 36); Acórdão de 23 de janeiro de 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, n.º 43); Acórdão de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, n.º 41); Acórdão de 7 de setembro de 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525, n.ºs 32 a 39).

[15] Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, X (Sociedades intermediárias estabelecidas em países terceiros) (C-135/17, EU:C:2019:136, n.ºs 55 a 58); Acórdão de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, n.º 46).

[16] Também neste sentido, no que respeita à regra de correspondência obrigatória recentemente introduzida na Diretiva relativa às sociedades-mãe e sociedades afiliadas, Desens, M., *Ist die neue Korrespondenzregel in der Mutter-Tochter-Richtlinie mit dem primären Unionsrecht vereinbar*?, em: Internationales Steuerrecht 2014, p. 825 (828).

29. Na medida em que o legislador da União considera que o efeito de promoção do mercado interno se centra na aproximação das disposições legislativas e na redução das distorções do mercado que lhe está associada [17], tal não é, em princípio, suficiente, por si só, para justificar a competência prevista no artigo 115.º TFUE. A harmonização não é um fim em si mesmo. O princípio da atribuição ficaria esvaziado se se atribuísse à União um poder ilimitado de harmonização das legislações com o fundamento de que tal favoreceria, *per se*, o funcionamento do mercado interno. A exigência do *efeito direto* sobre o funcionamento do mercado interno tornar-se-ia, deste modo, obsoleta. Assim, o Tribunal de Justiça limitou igualmente a base jurídica do artigo 100.º-A TCE (atual artigo 114.º TFUE) à eliminação de distorções *sensíveis* de concorrência [18].

30. Nesta medida, a propósito do artigo 114.º TFUE (o então ainda artigo 100.º-A TCE), que autoriza a aproximação das disposições legislativas dos Estados-Membros que têm por objeto o funcionamento do mercado interno, no que respeita ao necessário caráter sensível desse efeito, o Tribunal de Justiça declarou o seguinte [19]:

«No quadro da fiscalização da legalidade de uma diretiva com fundamento no artigo 100.º-A do Tratado, o Tribunal de Justiça verifica se as distorções de concorrência que o ato visa suprimir são sensíveis [jurisprudência referida]. Se não houvesse tal exigência, a competência do legislador comunitário não teria praticamente limites. Com efeito, as regulamentações nacionais diferem muitas vezes quanto às condições de exercício das atividades em causa, o que se repercute direta ou indiretamente sobre as condições de concorrência das empresas envolvidas. Daqui resulta que interpretar o artigo 100.º-A bem como os artigos 57.º, n.º 2, e 66.º do Tratado no sentido de que o legislador comunitário podia fundar-se nestes artigos para suprimir distorções mínimas de concorrência seria incompatível com o princípio, […], de que as competências da Comunidade são competências de atribuição.»

31. Em meu entender, esta afirmação vale igualmente para a fiscalização da legalidade de uma diretiva adotada com fundamento no artigo 115.º TFUE. Com efeito, da comparação das bases jurídicas para a competência no domínio dos impostos indiretos (artigo 113.º TFUE, «seja necessária» para o funcionamento do mercado interno) e diretos (artigo 115.º TFUE, «incidência direta […] no funcionamento do mercado interno») decorre igualmente que o efeito direto no funcionamento do mercado interno exige, no caso dos impostos diretos, um esforço de fundamentação mais elevado do que no caso dos impostos indiretos, cuja harmonização apenas se exige que «seja necessária». O modo como tal deve suceder quanto às regras da Diretiva Antielisão Fiscal, não é, em todo o caso, evidente, à primeira vista. Nesta medida, afigura-se duvidoso se a Diretiva Antielisão Fiscal poderá fundar-se na base jurídica do artigo 115.º TFUE.

[17] V. considerando 2: «Além disso, apenas um regime comum poderá evitar uma fragmentação do mercado e pôr termo às assimetrias e distorções do mercado atualmente existentes. […]»

[18] Acórdão de 11 de junho de 1991, Comissão/Conselho (C-300/89, EU:C:1991:244, n.º 23, que admite as referidas distorções apenas quando as disposições conduzam a custos de produção diferentes). V., igualmente, Acórdão de 5 de outubro de 2000, Alemanha/Parlamento e Conselho (C-376/98, EU:C:2000:544, n.ºs 106 e segs.).

[19] Acórdão de 5 de outubro de 2000, Alemanha/Parlamento e Conselho (C-376/98, EU:C:2000:544, n.ºs 106 e 107).

b) Quanto ao exame da competência no processo por incumprimento

32. No entanto, de acordo com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, existe uma presunção de legalidade dos atos da União, mesmo no quadro de uma ação por incumprimento [20]. Assim, em caso de não transposição de uma diretiva, o Estado-Membro não pode, geralmente, invocar, em sua defesa, a ilegalidade dessa diretiva [21]. Pelo contrário, é remetido para o recurso de anulação para pôr em causa a legalidade de um ato da União [22].

33. No entanto, resulta igualmente da jurisprudência do Tribunal de Justiça que só o poderia fazer se o ato em causa enfermasse de vícios particularmente graves e evidentes, a ponto de poder ser qualificado de ato inexistente [23]. A questão de saber se a falta de competência legislativa constitui um vício particularmente grave e evidente foi, até ao presente, deixada em aberto pelo Tribunal de Justiça [24].

34. Estreitamente ligada com este aspeto está a questão de saber se o Tribunal de Justiça pode sequer conhecer, oficiosamente, da competência legislativa para o ato. Nenhuma das partes alegou a falta de competência da União. Nem mesmo pela via do recurso de anulação [25], qualquer dos Estados-Membros pôs em causa a competência da União para adotar a Diretiva.

35. No entanto, a particular importância constitucional da repartição de competências na União no que diz respeito ao princípio da atribuição (artigo 5.º, n.º 1, primeiro período, e n.º 2, TUE) milita a favor de um poder de controlo *ex officio* [26]. Uma vez que nem este princípio nem as competências legislativas se encontram à disposição da maioria, a unanimidade alcançada durante o processo legislativo não pode alterar esta conclusão. Em conformidade com o princípio da atribuição, apenas uma alteração ao Tratado poderá conferir à União novas competências. No entanto, uma vez que esta carece sempre de ratificação pelos parlamentos nacionais, o princípio da democracia (artigo 2.º, primeiro período, TUE) opõe-se, igualmente, à manutenção de um ato da União que viole as suas competências. Na jurisprudência existem igualmente elementos indiciários de que na falta de uma base jurídica suficiente, poderá considerar-se um exame jurisdicional oficioso da legalidade [27].

36. No entanto, a decisão de conhecer sempre oficiosamente da competência legislativa da União, incluindo em processos por incumprimento, deve ser tomada pela Grande Secção do Tribunal de Justiça. O Tribunal de Justiça decidiu antecipadamente, de forma deliberada, não transferir este processo para a Grande Secção. Por conseguinte, esta questão deve ser deixada em aberto no âmbito do presente processo.

[20] Acórdão de 15 de junho de 1994, Comissão/BASF e o. (C-137/92 P, EU:C:1994:247, n.ºs 48 a 50 e jurisprudência referida).

[21] Acórdão de 5 de março de 2015, Comissão/Luxemburgo (C-502/13, EU:C:2015:143, n.º 56 e jurisprudência referida).

[22] Acórdão de 26 de junho de 2003, Comissão/Espanha (C-404/00, EU:C:2003:373, n.º 40 e jurisprudência referida).

[23] Acórdão de 6 de março de 2008, Comissão/Espanha (C-196/07, não publicado, EU:C:2008:146, n.º 35 e jurisprudência referida).

[24] Acórdão de 11 de outubro de 2016, Comissão/Itália (C-601/14, EU:C:2016:759, n.ºs 33 e segs.).

[25] V., no entanto, os pareceres dos Parlamentos sueco e maltês no âmbito do processo legislativo nos termos do artigo 6.º do Protocolo (n.º 2), relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade (JO 2008, C 115, p. 206): Parlamento Europeu — Comissão dos Assuntos Jurídicos, 25 de abril de 2016, Parecer fundamentado do Parlamento sueco sobre a proposta de diretiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno [COM(2016)0026 — C8-0031/2016 — 2016/0011(CNS)]; Parlamento Europeu — Comissão dos Assuntos Jurídicos, 5 de setembro de 2016, Parecer fundamentado do Parlamento maltês sobre a proposta de diretiva que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno [COM(2016)0026 — C8-0031/2016 — 2016/0011(CNS)].

[26] Acórdão de 14 de junho de 2016, Parlamento/Conselho (C-263/14, EU:C:2016:435, n.º 42); v., ainda, Parecer 2/00 (Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança) de 6 de dezembro de 2001 (EU:C:2001:664, n.º 5).

[27] V., a este respeito, as minhas Conclusões nos processos apensos BCE/Corneli e Comissão/BCE (C-777/22 P e C-789/22 P, EU:C:2024:973, n.º 130, com referência ao Acórdão do Tribunal Geral de 12 de junho de 2019, RV/Comissão, T-167/17, EU:T:2019:404, n.ºs 59 a 61, e às Conclusões do advogado-geral P. Pikamäe no processo EUIPO/Neoperl, C-93/23 P, EU:C:2024:751, n.ºs 72 e segs.).

c) Conclusão intercalar

37. Apesar das preocupações quanto à competência legislativa da União para a Diretiva Antielisão Fiscal, esta questão terá de permanecer em aberto no presente processo por incumprimento. A questão da competência apenas pode ser clarificada por via de um reenvio prejudicial que questione a validade da Diretiva Antielisão Fiscal.

2. Importância da remissão para o direito nacional para o cálculo da dedução referida no artigo 8.º, n.º 7, segundo período, da Diretiva Antielisão Fiscal

38. Quanto ao mérito, o Reino da Bélgica alega, em sua defesa, que o artigo 8.º, n.º 7, segundo período, da Diretiva Antielisão Fiscal, que remete para o direito nacional para efeitos do cálculo da dedução prevista no artigo 8.º, n.º 7, primeiro período, da Diretiva Antielisão Fiscal, confere, desde logo, aos Estados-Membros a faculdade de não efetuar qualquer dedução. Com efeito, de acordo com o artigo 8.º, n.º 7, segundo período, da Diretiva Antielisão Fiscal, a dedução «é calculada nos termos do direito nacional».

39. Este argumento não pode ser acolhido, uma vez que o artigo 8.º, n.º 7, segundo período, da Diretiva Antielisão Fiscal tem outra função. Se a sociedade afiliada no estrangeiro gerar apenas uma parte dos seus rendimentos através de montagens não genuínas, na aceção do artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal, o artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva Antielisão Fiscal dispõe que apenas estes rendimentos devem ser incluídos na base tributável do contribuinte residente no território nacional (neste exemplo, a sociedade-mãe), e, por conseguinte, tributados no seu Estado de residência (neste caso, a Bélgica). Os restantes rendimentos continuarão a ser tributados no estrangeiro. No entanto, não é ainda claro como calcular o montante da carga fiscal pago pela sociedade estrangeira controlada no seu Estado de residência que recai sobre a montagem não genuína e que, por conseguinte, deve ser deduzido à coleta do contribuinte nacional.

40. Esta questão é clarificada pelo artigo 8.º, n.º 7, segundo período, da Diretiva Antielisão Fiscal, evitando, nesta medida, que as administrações fiscais nacionais do Estado de residência do contribuinte que exerce o controlo sejam obrigadas a proceder a um exame hipotético da carga fiscal, considerada sem a montagem não genuína, em conformidade com a legislação do Estado de residência da sociedade estrangeira controlada. Nesta medida, este artigo permite um cálculo em conformidade com o direito nacional.

41. Por conseguinte, como a Comissão afirma corretamente, o artigo 8.º, n.º 7, segundo período, da Diretiva Antielisão Fiscal apenas confere aos Estados-Membros o poder de determinar o método de cálculo da dedução, não, porém, o de se abster de o realizar. Tal resulta igualmente da redação do número, que refere «calculada» e, por conseguinte, apenas aborda a questão do «em que montante» é realizada a dedução, assumindo, porém, desde logo, a resposta (afirmativa) à questão do «se». Por conseguinte, a não consideração de uma faculdade de dedução do imposto pago no estrangeiro não é, desde logo, possível devido ao artigo 8.º, n.º 7, segundo período, da Diretiva Antielisão Fiscal.

3. Aplicação do artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal ao artigo 7.º, n.º 2, alínea b)

42. O Reino da Bélgica considera igualmente que a aplicação do artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal não exige a transposição do artigo 8.º, n.º 7, da mesma diretiva. O artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal diz respeito apenas a montagens não

genuínas, cujo objetivo essencial é obter uma vantagem fiscal, ou seja, apenas a artifícios por motivos fiscais. Nestes casos, não se verifica uma verdadeira movimentação de bens, serviços, capitais e pessoas no mercado interno. Por conseguinte, nestes casos, uma não dedução não constitui um obstáculo ao mercado.

43. Os Estados-Membros são obrigados a transpor as diretivas de forma correta e completa [28]. Em princípio, tal implica a transposição de todas as disposições da diretiva [29]. No entanto, na medida em que o artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal não se aplicasse, desde o início, ao artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal, os Estados-Membros estariam liberados, na transposição desta última opção, da obrigação de transpor o artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal. Tal deve ser determinado por via da interpretação [30] da referida disposição.

44. Como a Comissão assinala corretamente, o artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal, contrariamente ao que sucede com os n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo, não se limita, de acordo com a sua redação, a uma das duas alíneas do artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva Antielisão Fiscal. Tal pode militar a favor da ideia de que a faculdade de dedução prevista no artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal deve, de acordo com a vontade do legislador da União, igualmente ser aplicada às montagens não genuínas reguladas no artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal, devendo, por conseguinte, ser também transposta para o direito nacional.

45. Ainda assim, considero que o artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal não é aplicável, do ponto de vista sistemático e teleológico, ao artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal. Com efeito, em caso de montagens não genuínas não se verifica, em regra, uma dupla tributação, pelo que a regra resultaria esvaziada de sentido [v., a este respeito, *infra*, a)]. No entanto, na medida em que, na prática, subsista um risco residual ou um esforço acrescido para evitar a dupla tributação, tal constitui um fator de dissuasão em relação a montagens não genuínas que visem transferir lucros para o país estrangeiro com tributação mais baixa [v., a este respeito, *infra*, b)].

a) A faculdade de dedução prevista no artigo 8.º, n.º 7, resulta, regra geral, esvaziada de sentido nos casos do artigo 7.º, n.º 2, alínea b)

46. Importa esclarecer se o artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal (dedução) pode sequer ser aplicado ao artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da mesma diretiva (montagens não genuínas que transferem os lucros para países com baixas taxas de impostos) ou se tal não deve suceder por razões sistemáticas e teleológicas.

47. A Diretiva Antielisão Fiscal estabelece, no artigo 7.º, n.º 2, alínea b), o princípio de que os rendimentos da sociedade estrangeira controlada resultantes de montagens não genuínas são incluídos na base tributável do contribuinte residente no território nacional. Esta regra visa tributar o contribuinte da mesma forma que seria tributado na ausência da montagem não genuína. Por conseguinte, os rendimentos da sociedade estrangeira controlada são atribuídos aos rendimentos do contribuinte que exerce o controlo, na medida em que os mesmos resultem de montagens não genuínas. O artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal afasta-se deste princípio, na medida em que, em virtude da dedução aí prevista, os rendimentos da sociedade estrangeira

[28] Acórdão de 22 de dezembro de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres (C-444/09 e C-456/09, EU:C:2010:819, n.º 64), e de 27 de outubro de 2011, Comissão/Polónia (C-311/10, não publicado, EU:C:2011:702, n.º 59).

[29] Acórdão de 14 de janeiro de 2010, Comissão/República Checa (C-343/08, EU:C:2010:14, n.ºs 39 a 42).

[30] Quanto à interpretação segundo a redação, contexto e objetivo da disposição, v. Acórdão de 4 de maio de 2010, TNT Express Nederland (C-533/08, EU:C:2010:243, n.º 44 e jurisprudência referida).

controlada deixam de ser tributados, na totalidade, no território nacional, sendo tributados apenas no montante da diferença entre as duas taxas de imposto sobre as sociedades no território nacional e no estrangeiro.

1) Contradição valorativa quanto às consequências jurídicas gerais de uma montagem não genuína

48. No entanto, as regras antiabuso da Diretiva Antielisão Fiscal assentam na ideia geral de que as estruturas societárias artificiais, que se destinam, essencialmente, a obter vantagens fiscais, são desconsideradas, por completo, pela legislação fiscal. O direito fiscal baseia-se, para efeitos da base tributável, nos factos económicos e não na organização societária ou estatutária. Tal resulta claro do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva Antielisão Fiscal, em que figura a regra geral de antiabuso, a qual dispõe: «[p]ara efeitos do cálculo da matéria coletável das sociedades, os Estados-Membros devem ignorar uma montagem ou série de montagens que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes».

49. A consequência jurídica de uma montagem não genuína é, pois, a sua negação. Tal como já reiterado pelo Tribunal de Justiça, também fora do âmbito de aplicação da Diretiva Antielisão Fiscal, deve, nesse caso, ser restabelecida a situação tal como existiria na ausência da referida montagem [31].

50. Tal aplica-se tanto ao Estado-Membro em que o contribuinte que exerce o controlo é residente como ao Estado-Membro em que a sociedade controlada está estabelecida, tal como decorre igualmente da redação do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva Antielisão Fiscal («*os* Estados-Membros devem ignorar»). Em última análise, no seu artigo 6.º, a Diretiva reparte os poderes de tributação para as situações transfronteiriças entre os Estados-Membros em causa, determinando quem é competente para a tributação dos rendimentos resultantes de montagens não genuínas. Os mesmos rendimentos não podem ser tributados uma segunda vez pelo outro Estado-Membro (no presente caso, o Estado-Membro em que a sociedade controlada está estabelecida).

51. O princípio expresso no artigo 6.º da Diretiva Antielisão Fiscal, segundo o qual as montagens não genuínas devem ser ignoradas, é igualmente relevante para as montagens não genuínas abrangidas pelo artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal. As montagens não genuínas são definidas no artigo 6.º, n.º 2, da Diretiva Antielisão Fiscal de forma um pouco mais geral [32] do que as montagens que não sejam postas em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica. No entanto, a definição constante do artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal concretiza esta definição geral, em última análise, apenas para o caso das sociedades estrangeiras controladas.

[31] Acórdãos de 4 de outubro de 2024, UP CAFFE (C-171/23, EU:C:2024:840, n.º 40); de 22 de novembro de 2017, Cussens e o. (C-251/16, EU:C:2017:881, n.º 46); de 22 de dezembro de 2010, Weald Leasing (C-103/09, EU:C:2010:804, n.º 48); e de 21 de fevereiro de 2006, Halifax e o. (C-255/02, EU:C:2006:121, n.º 94). Em sentido contrário, Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, T Danmark e Y Denmark (C-116/16 e C-117/16, EU:C:2019:135, n.ºs 107 e 108).

[32] Destacando as diferenças Böhmer, J./Gebhardt, R./Krüger, S./Orlet, P./Pinetz, E., em: Hagemann, T./Kahlenberg, C. (Hrsg.), *ATAD Kommentar*, 2019, artigo 7.º, n.º 198.

52. O artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal constitui, nesta medida, um caso especial de aplicação do artigo 6.º da Diretiva Antielisão Fiscal. Por um lado, o artigo 7.º, n.º 2, alínea b), primeiro parágrafo, da Diretiva Antielisão Fiscal faz referência expressa a estas «montagens não genuínas postas em prática com a finalidade essencial de obter uma vantagem fiscal». Por outro lado, o artigo 7.º, n.º 2, alínea b), segundo parágrafo, da Diretiva Antielisão Fiscal tem em conta a situação específica de uma relação de controlo. Com efeito, o facto de, sem o exercício de funções-chave por parte dos dirigentes da sociedade que exerce o controlo, a sociedade controlada não ser detentora dos ativos ou não ter assumido os riscos que geram os seus rendimentos, constitui, precisamente, um caso de uma montagem que não é posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica.

53. A proximidade conceptual entre o artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal e o artigo 6.º da mesma diretiva é, a este respeito, evidente. Por conseguinte, as consequências jurídicas devem igualmente estar em sintonia. No entanto, a consequência jurídica resultante do artigo 6.º da Diretiva Antielisão Fiscal é a de que a montagem não genuína seja ignorada por ambos os Estados-Membros, sendo, no lugar desta, tributada a montagem genuína. Por conseguinte, o Estado de residência da sociedade controlada que recebe rendimentos resultantes de uma montagem não genuína deve tratar estes rendimentos como se tivessem sido obtidos, desde o início, apenas no Estado de residência do contribuinte que exerce o controlo.

54. No *plano factual*, o artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal pode prevalecer, como *lex specialis*, sobre a regra geral antiabuso prevista no artigo 6.º da Diretiva Antielisão Fiscal (v. considerando 11). No entanto, a nível das consequências jurídicas, o artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal não pode, sem mais, ser aplicado ao artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal. Caso contrário, existiria uma contradição valorativa no que respeita à consequência jurídica prevista no artigo 6.º, que consiste em ignorar, por completo, a montagem não genuína.

2) Dupla tributação concebível em caso de montagem não genuína?

55. Nesta medida, coloca-se igualmente a questão de saber se a dupla tributação é sequer concebível no caso de uma montagem não genuína, na aceção do artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal. A argumentação do Reino dos Países Baixos vai igualmente neste sentido quando alega que, ao abrigo dos mecanismos previstos na diretiva, os rendimentos da sociedade estrangeira controlada são tributados uma única vez, no estrangeiro ou no território nacional.

56. A interpretação e a aplicação uniformes em toda a União das regras antiabuso e, por conseguinte, também das regras de reintegração previstas no artigo 7.º da Diretiva Antielisão Fiscal é garantida, em última análise, pelo Tribunal de Justiça. Assim, não pode verificar-se uma dupla tributação. Se a transferência de rendimentos para o estrangeiro constituir uma montagem não genuína, a Bélgica tributará os rendimentos, uma vez que, na ausência da montagem não genuína, os mesmos verificar-se-iam na Bélgica. Não existindo uma montagem não genuína, não se verifica a reintegração dos rendimentos na Bélgica, sendo os mesmos tributados no estrangeiro.

57. No entanto, existindo divergências entre os Estados-Membros no que respeita à existência de uma montagem não genuína, as mesmas teriam, provavelmente, de ser resolvidas com recurso aos princípios contidos na Diretiva 2017/1852, em conformidade com o princípio da cooperação leal

(artigo 4.º, n.º 3, primeiro parágrafo, TUE) [33].

58. Consequentemente, nas montagens não genuínas abrangidas pelo artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal, é desnecessária a dedução ao abrigo do artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal se a transferência de lucros ocorrer entre dois Estados-Membros. Em contrapartida, no caso de transferência de lucros para países terceiros, as convenções para evitar a dupla tributação contêm, em regra, disposições relativas aos correspondentes procedimentos amigáveis (v., por exemplo, artigo 25.º do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE).

59. Assim, aplicando-se uniformemente o conceito de montagem não genuína, não se verifica a dupla tributação. Por conseguinte, não é igualmente necessária a dedução do imposto pago no estrangeiro, que seria então pago indevidamente.

3) A dedução em caso de montagem não genuína é contraproducente

60. O objetivo da diretiva, que consiste em lutar eficazmente contra as montagens não genuínas, milita igualmente a favor da ideia da não aplicação do artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal (ou seja, da dedução) às montagens não genuínas abrangidas pelo artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal.

61. Tal é ilustrado pelo seguinte exemplo. É compatível, também segundo a Comissão, com o objetivo de harmonização mínima a aplicação de regras de reintegração no caso de diferença reduzida entre as taxas de imposto, o que, de acordo com o artigo 7.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal, é exigido para a qualificação como sociedade estrangeira controlada. Deste modo, podia, desde logo, considerar-se a existência de uma montagem não genuína quando se fizesse uso de uma diferença de taxa de imposto de, por exemplo, 5 %. No entanto, se a sociedade estrangeira controlada tiver já pagado uma taxa de imposto sobre as sociedades de, por exemplo, 15 %, havendo, porém, no Estado de residência do contribuinte que exerce o controlo, que pagar apenas 20 % de imposto sobre as sociedades, o incentivo para tomar medidas contra as montagens não genuínas é mais reduzido, uma vez que, nesse caso, a receita fiscal própria circunscreve-se apenas à diferença (neste exemplo, de 5 %). A dedução reduziria simplesmente o incentivo para combater montagens genuínas, sendo, nesta medida, contraproducente.

62. Além disso, a aplicação do artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal ao artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal é contrária à soberania fiscal do Estado de residência do contribuinte que exerce o controlo, na medida em que o obriga a renunciar ao seu direito efetivo de tributação no montante do imposto pago no estrangeiro, não obstante o contribuinte ter optado por uma montagem não genuína. Em regra, não cabe ao contribuinte decidir, através de uma montagem não genuína, quem tem direito à receita fiscal.

63. Por conseguinte, a aplicação do artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal não é necessária nem adequada nos casos em que estão em causa montagens não genuínas na aceção do artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal. Tal encontra-se igualmente em contradição com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, segundo a qual ninguém pode abusivamente

[33] Diretiva (UE) 2017/1852 do Conselho, de 10 de outubro de 2017, relativa aos mecanismos de resolução de litígios em matéria fiscal na União Europeia (JO 2017, L 265, p. 1).

invocar normas de direito da União [34]. Uma vez que a reintegração em virtude de montagens não genuínas, na aceção do artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal, constitui um caso especial do artigo 6.º da Diretiva Antielisão Fiscal (que, em conformidade com a sua epígrafe, se destina a evitar abusos, dizendo respeito a montagens não genuínas), de acordo com esta jurisprudência, nenhum contribuinte que tenha optado por uma montagem não genuína poderá invocar a vantagem resultante da faculdade de dedução prevista no artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal.

64. No entanto, se for esse o caso, o Estado-Membro não tem sequer de prever inicialmente essa faculdade na legislação nacional. Com efeito, como refere expressamente [35] o Tribunal de Justiça, este princípio geral (segundo o qual ninguém pode abusivamente invocar normas de direito da União) é imperativo. Enquanto princípio geral imperativo do direito da União, dificilmente pode ser afastado pelo direito derivado.

4) Quanto à importância efetiva do 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal

65. No entanto, a referida interpretação sistemática e teleológica não torna a regra constante do artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal supérflua. Necessária é, pois, a dedução prevista no artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal, concretamente na transposição da opção que figura no artigo 7.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva Antielisão Fiscal. Neste caso, os rendimentos passivos da sociedade estrangeira controlada são tributados a uma taxa fixa no Estado de residência do contribuinte, sem que seja necessário demonstrar que a finalidade principal da montagem é a obtenção de uma vantagem económica.

66. Estes lucros não estão sujeitos à soberania fiscal do Estado de residência do contribuinte devido, desde logo, ao princípio da inobservância dos artifícios expresso no artigo 6.º da Diretiva Antielisão Fiscal. Por conseguinte, não existe razão para que o Estado de residência da sociedade estrangeira controlada se abstenha, à partida, de tributar os mesmos rendimentos. Assim, a aplicação do artigo 7.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva Antielisão Fiscal pode, em caso de não aplicação do artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal, conduzir a uma dupla tributação. Consequentemente, a regra prevista no artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal mantém o seu sentido autónomo, ainda que tenha de ser restringida, do ponto de vista sistemático e teleológico.

b) Os riscos factuais subsistentes interessam à luta contra as montagens não genuínas

67. Ainda que, no caso da existência de montagens não genuínas, não possa verificar-se a dupla tributação, pelo menos entre os Estados-Membros, deve reconhecer-se que, na prática, existe um risco de se verificar um esforço acrescido associado ao facto de se ter de lidar tanto com o Estado de residência da sociedade estrangeira controlada como com o Estado de residência do contribuinte que exerce o controlo. Com efeito, enquanto o Estado de residência do contribuinte que exerce o controlo tem interesse numa aceção ampla do conceito de montagem não genuína,

[34] Acórdãos de 4 de outubro de 2024, UP CAFFE (C-171/23, EU:C:2024:840, n.º 36); de 26 de fevereiro de 2019, T Danmark e Y Denmark (C-116/16 e C-117/16, EU:C:2019:135, n.º 70); de 11 de julho de 2018, Comissão/Bélgica (C-356/15, EU:C:2018:555, n.º 99); e de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, n.º 35).

[35] Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, T Danmark e Y Denmark (C-116/16 e C-117/16, EU:C:2019:135, n.º 71), com remissão para os Acórdãos de 11 de julho de 2018, Comissão/Bélgica (C-356/15, EU:C:2018:555, n.º 99), de 22 de novembro de 2017, Cussens e o. (C-251/16, EU:C:2017:881, n.º 27), e de 5 de julho de 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, n.º 38).

que gera receitas fiscais a seu favor, o Estado de residência da sociedade controlada tem interesse numa aceção restrita de montagem não genuína, pois, caso contrário, os rendimentos tributáveis são subtraídos à sua soberania fiscal.

68. No entanto, estes riscos factuais não são contrários à lógica inerente à Diretiva. Muito pelo contrário. Com efeito, se a faculdade de dedução prevista no artigo 8.º, n.º 7, for aplicada aos casos previstos no artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal, e caso a montagem não genuína seja detetada, o contribuinte que exerce o controlo apenas tem de suportar a carga fiscal no seu próprio Estado de residência, excluída a carga fiscal no Estado de residência da sociedade estrangeira controlada.

69. Assim, no pior cenário, o contribuinte que exerce o controlo tem de pagar impostos no mesmo montante que o teria de fazer não existindo a montagem não genuína; na melhor das hipóteses, a montagem não genuína nunca é detetada e os lucros são transferidos, com êxito, para um país com baixa tributação. Trata-se, pois, de um convite a «experimentar» montagens não genuínas, uma vez que não há nada a perder, mas há algo a ganhar. O efeito dissuasor dos riscos práticos ora delineados evita-o.

c) Conclusão intercalar

70. Por conseguinte, a faculdade de dedução prevista no artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal não deve ser aplicada ao artigo 7.º, n.º 2, alínea b). Pelo contrário, o artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal deve ser restringido do ponto de vista teleológico, uma vez que a finalidade da norma de evitar uma dupla tributação não é um fator a ter em conta neste caso. Além disso, caso contrário, verificar-se-ia uma contradição valorativa com a consequência jurídica resultante do artigo 6.º da Diretiva Antielisão Fiscal (não tomada em consideração da montagem não genuína) e também com a jurisprudência do próprio Tribunal de Justiça, segundo a qual ninguém pode abusivamente invocar normas de direito da União. Por conseguinte, a aplicação do artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal limita-se à reintegração prevista no artigo 7.º, n.º 2, alínea a).

71. Desde logo, por este motivo, o Reino da Bélgica, que optou pela hipótese prevista no artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal no que respeita às disposições relativas às sociedades estrangeiras controladas, não se encontrava obrigado a transpor o artigo 8.º, n.º 7, desta diretiva. Por esse simples facto, a ação proposta pela Comissão é infundada.

4. Harmonização mínima

72. Em sua defesa, o Reino da Bélgica alega ainda que, de acordo com o seu artigo 3.º, a Diretiva Antielisão Fiscal visa apenas uma harmonização mínima das disposições relativas à proteção da matéria coletável do imposto sobre as sociedades a nível nacional. Não prevendo uma dedução ao abrigo do artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal em casos de abuso, apenas é garantido um nível mais elevado de proteção da matéria coletável do imposto sobre as sociedades a nível nacional.

73. A Comissão objeta, alegando que a transposição correta da Diretiva Antielisão Fiscal para o direito nacional exige, igualmente, a transposição do seu artigo 8.º, n.º 7. A harmonização mínima apenas permite completar ou reforçar as medidas previstas na Diretiva, por exemplo, através da redução de limiares de controlo, na aceção do artigo 7.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva Antielisão Fiscal (v. considerando 12), mas não a sua não transposição integral.

74. De acordo com o artigo 288.º, terceiro parágrafo, TFUE, as diretivas são vinculativas quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. Conforme acima explicitado, os Estados-Membros são obrigados a transpor as diretivas de forma correta e completa [36], ou seja, em princípio, a transpor todas as disposições da diretiva [37].

75. No entanto, no caso das diretivas de harmonização mínima, o legislador da União oferece, deliberadamente, a faculdade aos Estados-Membros de manterem ou adotarem medidas mais estritas. A adoção ou manutenção de regras mais estritas está sujeita à condição de não serem suscetíveis de comprometer seriamente o resultado prescrito pela diretiva em causa e de serem, além disso, conformes com o direito primário [38]. As restrições às liberdades fundamentais daí resultantes podem ser justificadas, no quadro da harmonização mínima, pelos objetivos da diretiva enquanto razões de ordem pública [39], desde que não vão além do necessário para alcançar o objetivo prosseguido [40].

76. Em regra, trata-se do caso em que o Estado-Membro transpõe uma disposição de natureza geral de uma diretiva, adotando uma regulamentação mais específica e mais rigorosa ou, por exemplo, do caso em que altera, no âmbito da transposição, um limiar previsto na diretiva como norma mínima, tornando, deste modo, mais rigorosas as exigências legais.

77. O caso em apreço distingue-se destes casos, na medida em que o Reino da Bélgica não se limitou a transpor uma disposição da diretiva de forma mais estrita, mas, pelo contrário, não transpôs, de todo, a disposição específica do artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal. A este respeito, o Reino da Bélgica invoca que apenas no artigo 7.º e no artigo 8.º, n.ºs 1 a 4 da Diretiva Antielisão Fiscal figura a norma mínima de proteção da matéria coletável do imposto sobre as sociedades a nível nacional que deve obrigatoriamente ser transposta pelos Estados-Membros. As derrogações à inclusão na base tributável estabelecidas no artigo 8.º, n.ºs 5 a 7 da Diretiva Antielisão Fiscal, as quais visam evitar a dupla tributação, limitam a realização deste objetivo, não tendo, por conseguinte, de ser, obrigatoriamente, transpostas pelos Estados-Membros. Com efeito, quando, por exemplo, nos casos de montagens não genuínas, um Estado-Membro não prevê a dedução referida no artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal, apenas é garantido um nível mais elevado de proteção da matéria coletável do imposto sobre as sociedades a nível nacional.

[36] Acórdãos de 27 de outubro de 2011, Comissão/Polónia (C-311/10, não publicado, EU:C:2011:702, n.º 59), e de 22 de dezembro de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres (C-444/09 e C-456/09, EU:C:2010:819, n.º 64).

[37] Acórdão de 14 de janeiro de 2010, Comissão/República Checa (C-343/08, EU:C:2010:14, n.ºs 39 a 42).

[38] Acórdão de 7 de julho de 2016, Muladi (C-447/15, EU:C:2016:533, n.º 43 e jurisprudência referida).

[39] Quanto a restrições à livre circulação de capitais, v. Acórdãos de 2 de março de 2023, PrivatBank e o. (C-78/21, EU:C:2023:137, n.º 63), e de 18 de junho de 2020, Comissão/Hungria (Transparência associativa) (C-78/18, EU:C:2020:476, n.º 89).

[40] Acórdãos de 18 de janeiro de 2024, Regionalna direktsia «Avtomobilna administratsia» Pleven (C-227/22, EU:C:2024:57, n.º 35), e de 7 de julho de 2016, Muladi (C-447/15, EU:C:2016:533, n.º 44).

78. O Tribunal de Justiça teve já de se debruçar sobre diretivas que previam apenas uma harmonização mínima, embora no domínio da legislação de proteção dos consumidores. Também aqui a lei nacional de transposição pretendeu realizar o objetivo da diretiva em maior medida, não tendo, por conseguinte, e tal como no caso em apreço, transposto uma derrogação prevista na diretiva.

79. Tal situação foi conhecida pelo Tribunal de Justiça, por exemplo, no processo Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid [41]. No referido processo estava em causa a Diretiva 93/13/CEE, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores [42], cujo artigo 4.º, n.º 2, dispõe que o caráter abusivo da cláusula não decorre do objeto principal do contrato nem da relação entre a prestação e a contrapartida, desde que a cláusula se encontre redigida de maneira clara e compreensível. De acordo com o artigo 8.º da referida diretiva, os Estados-Membros podem adotar ou manter, no domínio regido pela presente diretiva, disposições mais rigorosas, compatíveis com o Tratado, para garantir um nível de proteção mais elevado para o consumidor. A legislação espanhola que transpôs a Diretiva 93/13 para o direito interno não adotou as derrogações previstas no artigo 4.º, n.º 2, desta diretiva. Em contrapartida, com base na mesma, pode uma cláusula redigida de maneira clara e compreensível ser igualmente considerada abusiva em virtude do seu objeto principal ou da relação entre o preço e a prestação. Na sequência das conclusões da advogada-geral Verica Trstenjak [43], o Tribunal de Justiça considerou que esta não transposição da derrogação era admissível, uma vez que a legislação espanhola visava garantir um nível de proteção mais elevado do consumidor, em conformidade com o objetivo de harmonização mínima [44] [45].

80. Daqui pode retirar-se que a obrigação de os Estados-Membros transporem a diretiva em caso de simples harmonização mínima não abrange as derrogações cuja não transposição permita atingir o objetivo prosseguido pela diretiva em maior medida do que se esta fosse transposta. Por outras palavras, no caso de uma diretiva de harmonização mínima, a derrogação que limite a realização do objetivo da diretiva não tem necessariamente de ser transposta.

81. Tal como no caso Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid a Diretiva 93/13 admitiu disposições nacionais mais rigorosas «para garantir um nível de proteção mais elevado do consumidor» [46], no caso em apreço, o artigo 3.º da Diretiva Antielisão Fiscal abre a possibilidade de «aplicação das disposições nacionais ou convencionais destinadas a garantir um nível de proteção mais elevado da matéria coletável do imposto sobre as sociedades a nível nacional». Por conseguinte, a Diretiva Antielisão Fiscal tem, igualmente, apenas uma natureza de harmonização mínima.

82. Para determinar se o artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal, que não foi transposto, constitui uma derrogação que limita a realização do objetivo da diretiva, é necessário abordar, de novo, o mecanismo normativo. A Diretiva Antielisão Fiscal estabelece, no artigo 7.º, n.º 2, alínea b), o princípio de que os rendimentos da sociedade estrangeira controlada resultantes de montagens não genuínas são incluídos na base tributável do contribuinte residente no território nacional. Esta

41 Acórdão de 3 de junho de 2010 (C-484/08, EU:C:2010:309).

42 Diretiva do Conselho de 5 de abril de 1993 (JO 1993, L 95, p. 29), na sua versão original. As alterações introduzidas pela Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores (JO 2011, L 304, p. 64), e pela Diretiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro de 2019 (JO 2019, L 328, p. 7), não relevavam ainda para o processo C-484/08.

43 No processo Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2009:682, n.º 87).

44 Acórdão de 3 de junho de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, n.ºs 28 e segs.).

45 Acórdão de 3 de junho de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, n.º 40).

46 Artigo 8.º da Diretiva 93/13.

regra visa tributar o contribuinte da mesma forma que seria tributado na ausência da montagem não genuína. Por conseguinte, os rendimentos da sociedade estrangeira controlada são atribuídos aos rendimentos do contribuinte que exerce o controlo, na medida em que os mesmos resultem de montagens não genuínas. O artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal afasta-se deste princípio, porquanto, em virtude da dedução aí prevista, os rendimentos da sociedade estrangeira controlada deixam de ser tributados, no montante total, no território nacional. Deste modo, fica restringido o objetivo normativo (proteção da matéria coletável do imposto sobre as sociedades a nível nacional). A «vítima» de uma montagem não genuína recebe menos receita fiscal do que no caso de se ter optado por uma estrutura fiscal genuína.

83. Nesta medida, o princípio acima mencionado, que pode ser deduzido do processo Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, é aplicável no presente caso. Nos termos do mesmo, a não transposição do artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal não constitui um incumprimento por parte do Reino da Bélgica, desde que contribua para uma maior realização do objetivo da diretiva [v., a este respeito, *infra*, a)] e não vá além do necessário para esse efeito [v., a este respeito, *infra*, b)].

a) Maior realização do objetivo da diretiva através da não transposição do artigo 8.º, n.º 7

84. A não transposição do artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal tem, em primeiro lugar, de contribuir para uma maior realização do objetivo da diretiva. Por conseguinte, cabe decidir de onde se pode inferir o objetivo da Diretiva Antielisão Fiscal.

85. No processo acima mencionado, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, foi apenas tida em conta, a este respeito, a proteção dos consumidores referida no artigo 8.º da Diretiva 93/13, o qual estabelece a norma de simples harmonização mínima. Nesta medida, deve ter-se em conta o artigo 3.º da Diretiva Antielisão Fiscal.

86. A «proteção da matéria coletável do imposto sobre as sociedades a nível nacional», referida no artigo 3.º da Diretiva Antielisão Fiscal, é realizada, em maior medida, se a faculdade de dedução prevista no artigo 8.º, n.º 7 não for transposta. Sobretudo o risco da necessidade de defesa em relação a uma tributação adicional no Estado de residência da sociedade controlada tem um efeito dissuasor sobre a transferência de rendimentos para o estrangeiro, protegendo, assim, adicionalmente, a matéria coletável do imposto sobre as sociedades.

87. Contrariamente ao argumento da Comissão que, a este respeito, remete apenas para o considerando 5, o objetivo aí mencionado de evitar, simultaneamente, obstáculos ao mercado, como a dupla tributação, não pode ser considerado um objetivo autónomo da diretiva. Em especial, a dupla tributação resulta apenas da própria diretiva, ou seja, da obrigação de aplicar as regras de reintegração, e apenas se se admitir que o Estado com baixa tributação tem direito ao imposto em virtude da montagem não genuína. Por conseguinte, seria incoerente considerar que diretiva tem como objetivo evitar a dupla tributação quando o risco resulta somente da própria diretiva (neste caso, em razão da obrigação de aplicar as regras de reintegração).

88. Este aspeto é confirmado por uma análise mais aprofundada da Diretiva Antielisão Fiscal. De acordo com a sua designação, a Diretiva Antielisão Fiscal estabelece «regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno». Desta designação apenas a expressão «contra as práticas de elisão fiscal» descreve o objetivo da

Diretiva. A parte acrescentada «que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno» determina a categoria de práticas de elisão fiscal abrangidas, em conformidade com o fundamento do artigo 115.º TFUE (v., *supra*, 1.), sem definir um objetivo próprio.

89. A necessidade de restabelecer «a confiança na equidade dos sistemas fiscais» e de permitir que «os governos possam exercer eficazmente a sua soberania fiscal» é notada logo no considerando 1. Os considerandos 2, 3, 5, 14 e 16 referem-se igualmente à luta contra a elisão fiscal enquanto objetivo da diretiva.

90. Além disso, a diretiva considera que o obstáculo ao mercado reside, essencialmente, nas próprias práticas de elisão fiscal. Tal resulta, desde logo, implícito na designação da Diretiva («práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno»), sendo confirmado pelo considerando 2 da Diretiva, que dispõe: «[é] essencial para o bom funcionamento do mercado interno que os Estados-Membros ponham em prática, no mínimo, os compromissos assumidos no âmbito da BEPS e, de um modo mais geral, tomem medidas para desencorajar práticas de elisão fiscal e garantir uma tributação justa e eficaz na União […]». O considerando 16 vai igualmente neste sentido quando enuncia: «[a]tendendo a que um dos principais objetivos da presente diretiva consiste em melhorar a resiliência do mercado interno no seu conjunto contra as práticas de elisão fiscal transfronteiras […]».

91. O objetivo de evitar «obstáculos ao mercado, como a dupla tributação», é apenas referido no considerando 5. No entanto, cair-se-ia numa situação de exacerbamento da importância de um considerando se dele se retirasse um objetivo adicional e autónomo da diretiva, quando o objetivo principal indiscutível da mesma é afirmado em, pelo menos, cinco considerandos, no título e nos próprios preceitos (v. artigo 3.º da Diretiva Antielisão Fiscal). Nenhuma das disposições substantivas da Diretiva Antielisão Fiscal aborda, em pormenor, o problema da dupla tributação entre Estados-Membros, com exceção do artigo 8.º, n.º 7, o qual também se refere «apenas» à dupla tributação criada pela própria. É mais adequado considerar o objetivo de evitar a dupla tributação como uma expressão do princípio da proporcionalidade, nos casos em que a mesma possa ocorrer por força da diretiva.

92. O considerando 5, terceiro período, dispõe: «[s]empre que a aplicação dessas regras dê origem a casos de dupla tributação, os contribuintes deverão beneficiar de um desagravamento através de uma dedução do imposto pago noutro Estado-Membro ou país terceiro, consoante o caso». Contudo, no que se refere às regras de reintegração no caso de sociedades estrangeiras controladas, reguladas no artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva Antielisão Fiscal, apenas se contempla a hipótese da alínea a), no âmbito da qual pode de facto verificar-se uma situação de dupla tributação por dois Estados-Membros. No entanto, nos casos referidos na alínea b) não pode, em todo o caso, verificar-se qualquer situação de dupla tributação entre os Estados-Membros, conforme exposto *supra* (n.ºs 46 e segs.).

93. Por conseguinte, pode ficar em aberto a questão de saber se a União tem sequer competência para a adoção de uma diretiva que vise, *de um modo geral*, *pôr termo* à dupla tributação na legislação em matéria de fiscalidade direta dos Estados-Membros. Com efeito, a dupla tributação resulta do exercício da soberania fiscal pelos Estados-Membros. A este respeito, o Tribunal de Justiça sublinhou já várias vezes que os inconvenientes que podem resultar do exercício paralelo das competências fiscais dos diferentes Estados-Membros, desde que esse exercício não seja

discriminatório, não constituem restrições proibidas pelo Tratado [47].

94. Consequentemente, a não transposição do artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal conduz a uma realização mais abrangente do objetivo da diretiva de proteção da matéria coletável do imposto sobre as sociedades a nível nacional, tal como definido no artigo 3.º, do que seria o caso se se verificasse a transposição.

b) Observância do requisito da necessidade

95. A não transposição é, igualmente, necessária, uma vez que nos casos do artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal não existe, regra geral, qualquer risco de dupla tributação (v., *supra*, n.os 46 e segs.). A não transposição do artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal resulta num encargo adicional para as empresas em causa, que optaram por uma montagem não genuína, no que diz respeito a dificuldades práticas (v., a este respeito, *supra*, n.os 67 e segs.). Nesta medida, este esforço adicional funciona como elemento dissuasor ao neutralizar o incentivo económico para transferir lucros para outros Estados com taxas de imposto sobre as sociedades mais baixas. Consequentemente, a medida não vai além do necessário para alcançar o objetivo por esta prosseguido.

c) Conclusão intercalar

96. Por conseguinte, a dedução do imposto pago no estrangeiro pela sociedade estrangeira controlada, dedução esta prevista no artigo 8.º, n.º 7, não se encontrava, enquanto derrogação que restringe a realização deste mesmo objetivo da diretiva, abrangida pela obrigação de transposição da Diretiva Antielisão Fiscal de harmonização mínima. Consequentemente, ao não transpor o artigo 8.º, n.º 7, o Reino da Bélgica não incumpriu a sua obrigação de transposição. Também por este motivo, a ação proposta pela Comissão é infundada.

C. Resumo

97. Assim, a alegação de incumprimento por não transposição do artigo 8.º, n.º 7, da Diretiva Antielisão Fiscal em caso de escolha das regras de reintegração ao abrigo do artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva Antielisão Fiscal é infundada, desde logo, perante uma interpretação teleológica desta norma, e, em todo o caso, em razão da simples harmonização mínima prevista no artigo 3.º da Diretiva.

VI. Despesas

98. De acordo com o artigo 138.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo o Reino da Bélgica pedido a condenação da Comissão e sendo esta vencida, há que condená-la nas despesas.

[47] Acórdão de 3 de junho de 2010, Comissão/Espanha (C-487/08, EU:C:2010:310, n.º 56); v., neste sentido, Acórdãos de 16 de julho de 2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471, n.º 27); de 20 de maio de 2008, Orange European Smallcap Fund (C-194/06, EU:C:2008:289, n.os 41, 42 e 47); e de 14 de novembro de 2006, Kerckhaert e Morres (C-513/04, EU:C:2006:713, n.os 19, 20 e 24).

99. De acordo com o artigo 140.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, os Estados-Membros e as instituições da União que intervenham no litígio devem suportar as suas próprias despesas. Em aplicação desta disposição, o Reino dos Países Baixos suportará as suas próprias despesas.

VII. Conclusão

100. Tendo em consideração o exposto, proponho ao Tribunal de Justiça que decida como se segue:

1. A ação é julgada improcedente.

2. A Comissão suportará as despesas do processo.

3. O Reino dos Países Baixos suportará as suas próprias despesas.